

Partnere/kontorfeller:
Mette Y. Larsen (H)
Else S. Gjesti
Elisabeth Grøndahl
Morten Engesbak
Bendik Falch-Koslung (H)
Torhild Holth
Petter Mandt
Geir Hovland (H)
Erik Kr. Gundersen (H)
Petter Nordgreen Sterud
Jørgen Løvdal
Gunn-Mari Kjølberg
Maria Bergram Aas

Ansatte advokater:
Ingrid M. Gundersen
Veslemøy Aga
Andreas Berg Fevang
Kenneth Solberg

Advokatfullmektig:
Tonje Lilaas Larsen
Vilde Svendsrud

Postadresse: Postboks 599 sentrum, 0106 Oslo
Besøksadresse: Karl Johansgate 41 A (Paleet)
Telefon: +47 22 40 41 40
Telefax: +47 22 40 41 49
E-post: post@larsenco.no
www.larsenco.no

Medlemmer av Advokatforeningen
(H: Møterett for Høyesterett)

JURIDISK UTDRAG

Bevisavskjæring



Innholdsfortegnelse

Lover og forskrifter mv.....	4
Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 21-2. Bevisvurderingen, §22-7	4
Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) Art 6. Retten til en rettferdig rettergang	5
Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) § 117., §118, §118b, §119, §120, §134, §232, §292, §293, §296, §297, §305, §343.....	6
Forarbeider og stortingsdokumenter.....	12
NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven) § 25-7 Forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte [Lovens § 22-7]	12
NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven) Kapittel 10. Vitner.	15
Rettsavgjørelser	35
Norges Høyesterett - Dom - HR-2022-955-A	35
Norges Høyesteretts ankeutvalg - Kjennelse - HR-2022-866-U	44
Norges Høyesterett - Kjennelse - HR-2021-966-A	50
Noregs Høgsterett - Dom - HR-2020-2137-A	59
Norges Høyesterett - Dom. - HR-2014-2472-A - Rt-2014-1292.....	78
Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2014-2288-A - Rt-2014-1105	87
Norges Høyesterett - Dom. - HR-2013-2295-A - Rt-2013-1412.....	102
Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2011-1118-A - Rt-2011-800 - UTV-2011-1098....	107
Norges Høyesterett - Dom. - HR-2009-2259-A - Rt-2009-1526.....	119
Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2006-815-A - Rt-2006-582.....	125
Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2004-1554-A - Rt-2004-1425	131

Høyesterett - Kjennelse. - HR-2003-1137-A - Rt-2003-1814	135
Høyesterett - Kjennelse. - HR-2003-1098-A - Rt-2003-1808	139
Høyesterett - Kjennelse. - HR-2002-1547-A - Rt-2003-549	144
Høyesteretts kjæremålsutvalg - Kjennelse. - HR-2002-1665 - Rt-2002-1744 (386-2002)	148
Høyesterett - Dom - HR-1999-54-A - Rt-1999-1269	152
Norges Høyesteretts ankeutvalg - Kjennelse. - HR-2009-634-U - Rt-2009-345.....	156
Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2021-63748.....	161
Internasjonalt.....	165
Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom - Case of SCHATSCHASCHWILI v. GERMANY (Norsk sammendrag)	165
Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom - Case of AL-KHAWAJA and TAHERY v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag).....	168
Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) – Dom – Case of IBRAHIM AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM	171
Menneskerettsdomstolen – Domstol – Dom – Case of STEFANCIC v. SLOVENIA	299
Menneskerettsdomstolen – Domstol – Dom – Case of CABRAL v. THE NETHERLANDS	318

Lover og forskrifter mv.

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 21-2. Beisvurderingen, §22-7

Dato	LOV-2005-06-17-90
Departement	Justis- og beredskapsdepartementet
Sist endret	LOV-2021-06-18-126 fra 01.07.2021
Ikrafttredelse	01.01.2008
Endrer	LOV-1915-08-13-6
Rettsområde	Sivil- og straffeprosess ► Sivilprosess/tvisteloven
Kunngjort	17.06.2005
Rettet	28.03.2022 (tegnsetting i lister tilpasset universell utforming)
Korttittel	Tvisteloven – tvl

Femte del – Bevis

Kapittel 21. Almennelige regler om bevis

§ 21-2. *Beisvurderingen*

- (1) Retten fastsetter ved en fri beisvurdering det saksforhold avgjørelsen skal bygges på.
- (2) Beisvurderingen baseres på det som framkommer om de faktiske forhold i det som skal utgjøre grunnlaget for avgjørelsen. De bevis som føres, er felles for alle parter i saken eller i saker forent til felles behandling.
- (3) I beisvurderingen kan retten, uten at det er forhandlet om det, trekke inn faktiske forhold som er erkjent av en part, vitterlige kjensgjerninger og den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde. Hvis slik kunnskap kan være usikker eller omtvistet, gjelder § 11-1 tredje ledd.

Femte del – Bevis

Kapittel 22. Beisforbud og beisfritak

§ 22-7. *Forbud mot bevis framskaffet på utilbørlig måte*

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

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) Art 6. Retten til en rettferdig rettergang

Dato	LOV-1999-05-21-30
Departement	Justis- og beredskapsdepartementet
Sist endret	LOV-2014-05-09-14 fra 01.02.2022
Ikrafttredelse	21.05.1999
Rettsområde	Internasjonal rett ► Folkerett Internasjonal rett ► Konvensjoner. Overenskomster Menneskerettigheter
Rettet	04.10.2021 (EMK art 35 tilbakestillt i begge språk)
Korttittel	Menneskerettsloven – mrl

Vedlegg 2. Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse)

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

Del I – Rettigheter og friheter

Art 6. Retten til en rettferdig rettergang

1. For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Dommen skal avsis offentlig, men pressen og offentligheten kan bli utelukket fra hele eller deler av rettsforhandlingene av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser.
2. Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.
3. Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal ha følgende minsterettigheter:
 - a. å bli underrettet straks, i et språk han forstår og i enkeltheter, om innholdet i og grunnen til siktelsen mot ham;
 - b. å få tilstrekkelig tid og muligheter til å forberede sitt forsvar;
 - c. å forsvare seg personlig eller med rettslig bistand etter eget valg eller, dersom han ikke har tilstrekkelige midler til å betale for rettslig bistand, å motta den vederlagsfritt når dette kreves i rettferdighetens interesse;
 - d. å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham, og få innkalt og avhørt vitner på hans vegne under samme vilkår som vitner ført mot ham;
 - e. å ha vederlagsfri bistand av en tolk hvis han ikke kan forstå eller tale det språk som blir brukt i retten.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) § 117., §118, §118b, §119, §120, §134, §232, §292, §293, §296, §297, §305, §343

Dato	LOV-1981-05-22-25
Departement	Justis- og beredskapsdepartementet
Sist endret	LOV-2021-06-18-128 fra 01.07.2021
Ikrafttredelse	01.01.1986
Endrer	LOV-1887-07-01-5, LOV-1947-02-21-2
Rettsområde	Sivil- og straffeprosess ► Straffeprosess/straffeprosessloven
Rettet	01.07.2021 (faglige noter fjernet)
Korttittel	Straffeprosessloven – strpl

Tredje del. Bevis.

Kap 10. Vitner.

§ 117.

Retten må ikke ta imot vitneforklaring om noe som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, hvis ikke Kongen gir tillatelse.

Dersom ikke tillatelsen bestemmer noe annet, skal vitnesbyrdet bare meddeles retten og partene i møte for stengte dører og under pålegg om taushetsplikt.

Tredje del. Bevis.

Kap 10. Vitner.

§ 118.

Uten samtykke fra departementet må retten ikke ta imot forklaring som vitnet ikke kan gi uten å krenke lovbestemt taushetsplikt han har som følge av tjeneste eller arbeid for stat eller kommune. Tilsvarende gjelder for vitne som har taushetsplikt som følge av tjeneste eller arbeid for familievernkontor, tilbyder av posttjenester, tilbyder av tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller elektronisk kommunikasjonstjeneste, elektronisk kommunikasjonsinstallatør, eller statens lufthavnselskap. Samtykke kan bare nektes om åpenbaringen vil kunne utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighet.

Etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning, kan retten ved kjennelse bestemme at vitneforklaring skal gis selv om samtykke er nektet, eller at vitneforklaring ikke skal mottas selv

om departementet har samtykket. Før retten tar slik avgjørelse, skal den gi departementet anledning til å redegjøre for grunnene for sitt standpunkt. Denne redegjørelsen skal meddeles partene.

Regelen i § 117 annet ledd gjelder tilsvarende.

Tredje del. Bevis.

Kap 10. Vitner.

§ 118 b.

Retten må ikke ta imot forklaring når dette vil krenke en oppnevnt verges lovbestemte taushetsplikt etter vergemålsloven.

I den utstrekning personen med verge ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer, kan retten ved kjennelse beslutte om forklaring kan tas imot. Det samme gjelder hvis personen med verge er mindreårig og ikke selv kan samtykke, og vergen treffer avgjørelser som tilkommer den som har foreldreansvaret etter vergemålsloven § 17 annet ledd. Om den mindreåriges medbestemmelsesrett ved rettens beslutning gjelder reglene i barnelova § 31.

Reglene i § 119 tredje og fjerde ledd gjelder tilsvarende.

Tredje del. Bevis.

Kap 10. Vitner.

§ 119.

Uten samtykke av den som har krav på hemmelighold, må retten ikke ta imot forklaring av prester i Den norske kirke, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, patentrådgivere oppført på listen nevnt i artikkel 134 nr. 1 i konvensjonen om meddelelse av europeiske patenter 5. oktober 1973, meklere i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling.

Det samme gjelder underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer.

Forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet.

Dersom ikke den som har krav på hemmelighold samtykker i at avhøringen foregår offentlig, skal forklaringen bare meddeles retten og partene i møte for stengte dører og under pålegg om taushetsplikt.

Tredje del. Bevis.

Kap 10. Vitner.

§ 120.

Uten samtykke av den som har krav på hemmelighold, må retten ikke ta imot forklaring om innholdet av forhandlinger eller forklaringer som en domstol med hjemmel i lov har pålagt de tilstedeværende taushet om.

Reglene i § 119 annet og fjerde ledd gjelder tilsvarende.

Tredje del. Bevis.

Kap 10. Vitner.

§ 134.

Bevisførsel om et vitnes vandel eller for å svekke eller styrke et vitnes troverdighet i sin alminnelighet må bare finne sted på den måte og i den utstrekning retten tillater. Det gjelder også bevisførsel om et vitnes tidligere seksuelle atferd. Slik bevisførsel bør nektes når den ikke antas å være av vesentlig betydning. Motbevis må alltid tillates.

Spørsmål om vitnet har vært straffet, skal som regel stilles og besvares skriftlig. Etter rettens bestemmelse kan samme fremgangsmåte brukes ved andre spørsmål om vitnets person eller privatliv.

Skriftlige erklæringer om et vitnes gode eller dårlige navn og rykte må ikke brukes.

Femte del. Saksbehandlingens enkelte ledd.

Kap 18. Etterforskning.

§ 232.

Før det foretas avhør av mistenkte, skal han gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg.

Er han villig til å gi forklaring, oppfordres han til å forklare seg sannferdig. Reglene i § 92 gjelder tilsvarende.

Er mistenkte under 18 år, bør vergen som regel gis anledning til å være til stede under avhøret og til å uttale seg.

Femte del. Saksbehandlingens enkelte ledd.

Kap 22. Hovedforhandling for tingrett.

§ 292.

Gir tiltalte en fullstendig tilståelse, bestemmer retten i hvilken utstrekning ytterligere bevisførsel om skyldspørsmålet skal finne sted.

Om ikke annet følger av tredje ledd eller av § 292 a, kan bevis som er for hånden, bare nektes ført når beviset

- a. gjelder forhold som er uten betydning for dommens innhold,
- b. gjelder forhold som allerede er tilstrekkelig bevist, eller
- c. åpenbart ikke har noen beviskraft.

Er det begjært anonym vitneførsel, jf. § 130 a eller § 234 a, kan det ikke føres bevis som kan føre til at identiteten til vitnet eller informanten blir kjent. Avslår retten en begjæring om anonym vitneførsel, kan beviset føres bare dersom påtalemyndigheten likevel vil føre vitnet under full identitet, jf. § 130.

Åstedsbefaring foretar retten når den finner grunn til det.

Femte del. Saksbehandlingsens enkelte ledd.

Kap 22. Hovedforhandling for tingrett.

§ 293.

Retten kan nekte å utsette forhandlingene av hensyn til bevisførsel når den finner at bevisførselen vil føre til en forsinkelse eller ulempe som ikke står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning.

Føres et bevis som motparten ikke har fått tilstrekkelig varsel om, har han krav på utsettelse, hvis ikke beviset er uten betydning for dommens innhold.

Femte del. Saksbehandlingsens enkelte ledd.

Kap 22. Hovedforhandling for tingrett.

§ 296.

Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det.

Ved avhøret kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, eller når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om eller erklærer at det ikke husker. Det samme gjelder skriftlig erklæring som vitnet tidligere har gitt i anledning av saken.

Femte del. Saksbehandlingens enkelte ledd.

Kap 22. Hovedforhandling for tingrett.

§ 297.

Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift. Opplesing kan alltid skje når tiltalte uteblir uten gyldig fravær i sak hvor forelegg er utferdiget eller som bare gjelder inndragning.

En skriftlig erklæring som vitnet har gitt i anledning av saken, kan bare leses opp såfremt begge parter samtykker eller rettslig avhør ikke kan foretas.

Femte del. Saksbehandlingens enkelte ledd.

Kap 22. Hovedforhandling for tingrett.

§ 305.

Ved avgjørelsen av hva som anses bevist, tas bare i betraktning de bevis som er ført under hovedforhandlingen.

Sjette del. Rettsmidler.

Kap 23. Anke over dommer

§ 343.

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

Følgende feil skal ubetinget tillegges virkning:

1. at nødvendig påtalebegjæring mangler,
2. at saken ikke er reist av rett myndighet,
3. at domstolen ikke var lovlig besatt; likevel tillegges det ikke ubetinget virkning at en sak feilaktig er pådømt med meddommere, at det ikke har vært like mange meddommere av hvert kjønn, at den er pådømt med meddommere av de alminnelige utvalg i stedet for av det særlige, eller med oppnevnte meddommere i stedet for uttrukne,
4. at dommen er avsagt av en rett som ikke var domsmyndig i saken,
5. at saken allerede var rettskraftig avgjort,
6. at saken i strid med loven er fremmet i siktedes fravær,
7. at siktede ikke har hatt forsvarer enda det etter loven var nødvendig,
8. at domsgrunnene har mangler som hindrer prøving av anken.

De feil som er nevnt i nr. 1, 2, 6 og 7 får likevel bare ubetinget virkning såfremt dommen er fellende.

Forarbeider og stortingsdokumenter

NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven) § 25-7 Forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte [Lovens § 22-7]

Tittel	NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
Dato	2001-12-20
Utgiver	Justis- og politidepartementet, JD
Antall sider	604 (sidene 645-1249)
Korttittel	NOU 2001:32 B Rett på sak
Merknad	Del I og II utgitt i NOU 2001:32 A. Del III og IV utgitt i NOU 2001:32 B. Se evt pdf-versjon av bind A og bind B . Fulltekst / engelsk sammendrag / vedlegg

DEL III. Bemerkninger til de enkelte kapitler og bestemmelser

III. Kapittel 25. Bevisforbud og bevisfritak

25.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 25

§ 25-7 Forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte [Lovens § 22-7]

Retten kan i særlige tilfeller nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte dersom føring av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn.

Det er viktig at retten til bevisføring mest mulig uttømmende fremgår av tvisteloven. Utvalget har derfor funnet å burde lovfeste enkelte av de bevisforbudsregler som er nedfelt i praksis, jf blant annet § 25-2, § 25-4 (3) og § 25-6 (4). Også § 25-7 er gitt for å gi forankring i loven for et bevisforbud som bygger på rettspraksis. Det er vanlig å omtale problemstillingen under betegnelsen avskjæring av ulovlig ervervet bevis.

Spørsmålet om hvilken betydning det har for adgangen til å føre et bevis at beviset er ervervet på ulovlig måte, har først og fremst vært diskutert i straffesaker. I forarbeidene til straffeprosessloven av 1981 ble det reist spørsmål om man burde gi en regel om dette, men man ble stående ved at temaet burde overlates til praksis og teori. Det vises til Straffeprosesslovkomiteens innstilling (1969) side 197 og Ot.prp.nr.35 (1978–1979) side 139. Noen praksis av betydning forelå imidlertid ikke på dette tidspunktet, og spørsmålet var generelt lite utredet. I ettertid har imidlertid Høyesterett avsagt flere avgjørelser både i straffesaker og sivile saker, som gir et vesentlig bedre grunnlag for en generell

Side 961

regelformulering enn man hadde ved utarbeidelsen av straffeprosessloven.

Først og fremst nevnes prinsippavgjørelsen i Rt-1991-616. I den saken ble videoopptak av arbeidstakere, foretatt i hemmelighet av arbeidsgiveren, nektet brukt som bevis i en straffesak mot en ansatt som var tiltalt for underslag overfor arbeidsgiveren. Avgjørelsen var det første egentlige prejudikat for en regel om avskjæring av

et ulovlig ervervet bevis etter en avveining fra rettens side. Det ble dessuten formulert generelle kriterier for avveiningen som er blitt fulgt også i senere sivile saker. Det vises spesielt til Rt-1997-795 og Rt-2001-668. Den siste avgjørelsen gjaldt samme type saksforhold som i Rt-1991-616, og et hemmelig videoopptak foretatt av arbeidsgiveren ble her avskåret i en avskjedssak mot en ansatt som var blitt avskjediget på grunn av mistanke om underslag. I avgjørelsen fra 1997, som gjaldt en tvist om samværsrett, tok barnets mor opp på bånd telefonsamtaler mellom faren og barna. Dette skjedde uten farens vitende. Lydbåndopptakene ble nektet brukt som bevis.

Utvalget tar med den regel som er formulert i § 25-7 sikte på å videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger. At det dreier seg om en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde er markert innledningsvis ved at bestemmelsen kun kommer til anvendelse i «særlige tilfeller». Det er et vilkår for bevisavskjæring at beviset er fremskaffet på utilbørlig måte. Dette kriteriet foretrekkes fremfor det tradisjonelle uttrykket «ulovlig» ervervet bevis. Det er i rettspraksis ikke tillagt avgjørende vekt om beviset er ervervet ved brudd på en lovregel. I Rt-1991-616 la Høyesterett til grunn at det kan være noe diskutabelt om hemmelige videoopptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, men at det likevel er klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet må anses uakseptabel. Dette var tilstrekkelig til at beviset ble bedømt under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis (side 623).

Disse synspunktene er fulgt i senere avgjørelser. Således ble lydbåndopptaket av farens telefonsamtale med barna i Rt-1997-795 avskåret fordi det var illojalt og støtende, selv om det ikke stred mot noen lovregel. På den annen side vil det ikke nødvendigvis bli ansett utilbørlig om beviset er opptatt ved krenkelse av rent formelle regler som ikke har hatt betydning for bevisverdien. Dette illustreres av avgjørelsen i Rt-1992-698.

At beviset er ervervet på utilbørlig måte er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å nekte det ført. I tillegg kreves at føring av beviset vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettsikkerhetshensyn. At det er en «kan»-regel innebærer at disse hensynene også må være tilstrekkelig tungtveiende til at prinsippet om fri bevisføring må vike. Det gjelder derfor ikke noe alminnelig forbud mot å føre ulovlig eller utilbørlig ervervete bevis. Hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet. Det kriterium utvalget har valgt, fremhever spesielt det sistnevnte momentet. Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte. Det siste momentet illustrerer en grenseflate mot bestemmelsen i § 24-7 (2) (c), se avgjørelsen i Rt-1987-548 som er kommentert i bemerkningene til den bestemmelsen.

Avgjørelsene fra 1991 og 2001 om hemmelig videoopptak viser at arbeidsgiverens legitime interesse i å beskytte seg mot underslag fra de ansatte ikke var tilstrekkelig tungtveiende til å forsvare det midlet som var brukt. Hvis imidlertid saksforholdet i dommene f.eks. endres dithen at videoopptaket viste en meget alvorlig voldshandling, måtte vurderingen ha falt annerledes ut, selv om den grove voldshandlingen hadde vært rettet mot den som sto bak opptaket. I saken om lydbåndopptaket i Rt-1997-795 tok Høyesterett også den reservasjon at det i saker om foreldreansvar og omsorg for barn er av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig, og at det derfor ikke kan ses bort fra at hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at avveiningen må falle annerledes ut.

Bruk av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis vil kunne krenke retten til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 (1). Problemstillingen har vært vurdert i flere saker for Menneskerettsdomstolen. Etter utvalgets oppfatning tilsier imidlertid Domstolens praksis at artikkel 6 (1) får liten selvstendig

Side 962

betydning som begrensning på dette område fordi den norm som har utviklet seg i nasjonal rettspraksis tilsynelatende nok så uavhengig av EMK, synes å være vel så restriktiv. Menneskerettsdomstolen har tatt som utgangspunkt at man av artikkel 6 (1) ikke kan utlede noe generelt og prinsipielt forbud mot å føre ulovlig

erervete bevis, og at spørsmålet beror på om rettergangen som helhet er «fair». Det vises spesielt til prinsipputtalelsene i Schenk, Series A No. 140 para 46. Ved avveiningen av om rettergangen har vært fair til tross for at det har vært ført et ulovlig bevis, synes Menneskerettsdomstolen ikke å tillegge personvern hensynene og synspunktet om fortsatt krenkelse den samme vekt som Høyesterett. Det fokuseres mer på om krenkelsen har hatt reell betydning for bevisverdien, og om partene har hatt rimelige muligheter for å ivareta sine interesser og eventuelt føre motbevis under rettssaken. Dette inntrykket bekreftes av dom av 12. mai 2000 i saken Khan mot Storbritannia. I denne saken ble det heller ikke ansett å krenke retten til rettfærdig rettergang i artikkel 6 (1) at det i en alvorlig straffesak ble ført et bevis som var ervervet ved brudd på konvensjonen selv, nærmere bestemt et opptak foretatt ved hemmelig romavlytting i en narkotikasak. Domstolen konstaterer krenkelse av EMK artikkel 8 med den begrunnelse at kravet til lovhjemmel for inngrepet ikke var oppfylt. Utvalget antar at denne avveiningen ville falt annerledes ut etter den ulovfestede norske regel.

For å anvende § 25-7 kreves det at beviset er ervervet på utilbørlig måte. Utvalget understreker at det med formuleringen ikke har ment å utelukke at bevisforbud eller bevisfritak i helt eksepsjonelle tilfeller kan tenkes etablert, og da på ulovfestet grunnlag, selv om det ikke er noe utilbørlig i fremskaffelsen av beviset. I avgjørelsene om bevisforbud mot løgndektortester, jf særlig Rt-1996-1114, var ikke beviset fremskaffet på utilbørlig måte, men beviset ble nektet blant annet ut fra tungtveiende personvern hensyn. Utvalget ser ikke bort fra at det kan tenkes nektet bevis også i andre tilfeller hvor det utilbørlige ikke ligger i fremskaffelsen av det, men hvor føringen av beviset vil kunne tilsidesette tungtveiende hensyn til en rettfærdig rettergang, jf her § 1-1.

NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven) Kapittel 10. Vitner.

Tittel	NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen(Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
Dato	1969-06-00
Utgiver	Justis- og politidepartementet, JD
Antall sider	386
Korttittel	NUT 1969:3
Merknad	Oversendelsesbrev / innholdsfortegnelse / sammendrag / fulltekst

Spesielle motiver

I. Utkast til lov om rettergangsmåten i straffesaker.

Tredje del. Bevis

Kapittel 10. Vitner.

Ved revisjonen av vitnekapitlet har komiteen lagt vekt på å bringe bestemmelsene reelt og formelt i samsvar med de tilsvarende bestemmelser i tvistemålsloven, når ikke avgjørende hensyn har tilsagt noe annet. En har likevel foretatt visse forenklinger og språklige moderniseringer i forhold til tvistemålsloven. På noen punkter har utkastet andre løsninger enn tvistemålsloven, også hvor de to lover nå stemmer overens (jfr.

Side 198

Alminnelige motiver, avsnitt II). Hvilke punkter dette gjelder, vil fremgå av de enkelte bestemmelser og bemerkningene til disse i det følgende.

I den nåværende lov finnes reglene om vitneavhøring dels i kapitlet om vitner, dels i kapitlet om hovedforhandlingen. Komiteen har forsøkt å samle reglene i vitnekapitlet, bortsett fra de bestemmelser som henger sammen med gjennomføringen av bevisumiddelbarhetsprinsippet under hovedforhandlingen. Bestemmelser som svarer til §§ 334-336 i den nåværende lov finnes i utkastets §§ 133-135.

Ved revisjonen av kapitlet har komiteen hatt god hjelp av den utførlige danske «Betænkning om vidner» fra 1962, som dannet grunnlaget for lov nr. 149 av 21. april 1965 om ændringer i lov om rettens pleje.

Om ed og forsikring vises til Alminnelige motiver, avsnitt VI.

Til § 109. [lovens § 108]

Bestemmelsen fastslår det alminnelige prinsipp om vitneplikten, men innlater seg ikke på noen nærmere regulering av vitneplikstens innhold. Dette må som hittil overlates til teori og praksis, bortsett fra de begrensninger som følger av de øvrige bestemmelser i vitnekapitlet.

Til § 110. [lovens § 109]

Se nåværende § 171, jfr. tvml. § 199.

Utkastet behandler møteplikten for herreds- og byrett først, siden disse regler angår det største antall vitner. Den nåværende lovs sonndring mellom hovedforhandling og rettsmøter utenfor hovedforhandling er sløyfet. noe som betyr en viss utvidelse av møteplikten. En annen endring består i at rutebil og rutebåt er likestilt med jernbane.

For øvrig er bestemmelsene noe forenklet. Adgang til å treffe avtale med et vitne om fremmøte gjelder etter den nåværende lovs § 174 bare når vitnet på grunn av avstanden ikke har møteplikt. Justisdepartementet har imidlertid i en skrivelse av 13. april 1899 uttalt at også når et vitne har lovlig forfall, kan man etter omstendighetene være berettiget til å søke forfallet avhjulpet ved pengeutlegg (in casu utlegg for tilsyn med vitnets småbarn), som i så fall etter departementets nærmere bedømmelse kan ventes godtgjort av det offentlige (se Kjerschow, Rettsavgjørelser m.v. s. 118, Salomonsen I s. 177). Utkastet gir i nest siste ledd uttrykkelig hjemmel for slike og lignende utlegg. Det kan f.eks. være spørsmål om å bruke drosje for et vitne som er for sykt eller skrøpelig til å bruke offentlige transportmidler. Eller det kan være maktpåliggende å innkalle vitnet straks, slik at det ikke kan henvises til rutegående transport. Det kan også være spørsmål om å bruke fly i stedet for andre rutegående transportmidler.

Bestemmelsen i nåværende lov (§ 171, nest siste punktum) om at avslutning av overenskomst skal være forsøkt før retten treffer bestemmelse om utvidelse av møteplikten, er ikke opprettholdt. Det vil da bero på rettens skjønn hvordan den skal gå frem.

Med hensyn til bestemmelsene om vitnegodtgjørelse vil komiteen fremheve at utgiftene ved fremmøte og opphold for vitnene må betraktes som en samfunnsmessig omkostning ved rettspleien som bør bæres av det offentlige og ikke av det enkelte vitne. Dette tilsies både av rimelighetshensyn overfor vitnene og av hensyn til rettspleiens interesser. Hvis vitner blir pålagt byrder som føles urimelige, kan det skape uvilje mot rettspleien og gjøre det vanskeligere å få vitner til å melde seg.

Ut fra disse synspunkter synes de nåværende bestemmelser, fastsatt ved lov av 21. juli 1916 nr. 2 og kgl. res. av 1. oktober 1964 og 1. desember 1967 noe restriktive selv om satsene ved de siste revisjoner er hevet vesentlig. Godtgjørelse ytes som regel bare når avstanden til rettsstedet er minst 20 km., og den godtgjørelse som ytes (i tillegg til de rene reiseutgifter etter taksten for billigste plass), er begrenset til kr 9 hvis reisen varer under 8 timer og kr 20 for hvert døgn hvis reisen varer over 8 timer. Denne godtgjørelse er tenkt som en kostgodtgjørelse, ikke som erstatning for tapt arbeidsfortjeneste. Når særlige grunner, såsom vitnets kår eller rettsmøtets varighet taler for det, kan retten dessuten tilkjenne vitnet refusjon for utlegg og tapt arbeidsfortjeneste med inntil kr 50,- pr. dag. I visse tilfelle, således når oppholdet varer over en uke, kan denne sats økes til kr 80,-. Et vitne som må overnatte utenfor hjemmet, skal dessuten ha nattillegg etter de til enhver tid gjeldende faste satser i regulativet for reiser innenlands for statens regning, men uten tillegg for legitimerte merutgifter. Et vitne som bor nærmere enn 20 km kan, hvis særlige grunner – så som vitnets kår eller rettsmøtets varighet – tilsier det, tilkjennes refusjon for utlegg og tapt arbeidsfortjeneste med inntil kr 50 pr. dag.

Til sammenlikning kan anføres de tilsvarende svenske bestemmelser i RB kap. 36 § 22 og Kgl. Kungörelse av 13. mai 1966 om ersättning av allmänna medel til vittnen m.fl., som i langt høyere grad tar sikte på å holde

Side 199

vitnene skadesløse. De svenske bestemmelser bygger på prinsippet om at et vitne skal ha rimelig godtgjørelse for nødvendige utgifter til reise og opphold, og dessuten erstatning for tidstap hvis det kan antas at vitnet mister

inntekt eller på annen måte lider økonomisk tap. Erstatning for tidsspille er dog begrenset oppad til sv. kr 60 pr. dag. Da komiteen anser spørsmålet om erstatning til vitner i for å ligge utenfor sitt mandat, skal den nøye seg med å uttale ønsket om at det blir tatt opp til overveielse.

Til § 111. [lovens § 110]

Se nåværende § 172 første og annet – ledd, jfr. tvml. § 200.

Den normale minimumsfrist for varsel til vitnene er forlenget fra én til tre dager. Til gjengjeld innfører § 112 en utvidet adgang til innkalling uten varsel i påtrengende tilfelle.

Til § 112. [lovens § 111]

Se nåværende § 173, jfr. tvml. § 200 tredje og fjerde ledd.

Bestemmelsen i annet punktum er ny. En slik adgang til øyeblikkelig innkalling kan især være av betydning for å unngå utsettelse av en pågående sak hvor man finner det nødvendig å innkalle et nytt vitne. Ved utvidelse av møteplikten etter § 110 tredje ledd gjelder bestemmelsen ikke, her har vitnet altså krav på tre dagers varsel etter § 111. En avtale om fremmøte etter § 110 fjerde ledd kan derimot naturligvis gå ut på øyeblikkelig fremmøte.

Bestemmelsen i den nåværende § 173 annet ledd er uten praktisk betydning og foreslås sløyfet.

Til § 113. [lovens § 112]

Domstolslovens § 205 har bestemmelser om bot og erstatning, bl.a. for et vitne som har forsømt å melde sitt forfall i tide. Plikten til å melde slikt forfall er altså her forutsatt, men ikke direkte uttalt. Utkastets § 113 fastslår plikten uttrykkelig, men inneholder ikke noe nytt i realiteten.

Til § 114. [lovens § 113]

Man har funnet grunn til i lovteksten uttrykkelig å minne om det hensyn som bør tas til vitnene, selv om det i og for seg er selvsagt (jfr. også bemerkningene til § 110). Byrden for vitnene bør ikke gjøres større enn nødvendig, og det bør fra rettens side vises den elastisitet som er mulig uten å forsinke rettergangen. Undertiden kan en times utsettelse med fremmøte spare et reisedøgn.

Til § 115. [lovens § 114]

Første og annet ledd svarer til tvml. § 201 første og annet ledd.

Tredje og fjerde ledd er nye. Forsømmer den foresatte å gi opplysning om at vitnet ikke kan møte, kan han ilegges bot etter strl. § 339 nr. 1. Derimot er ansvarsreglene i domstolsloven bare anvendelig overfor vitnet selv, bortsett fra det ansvar for foresatte som følger av § 111 annet ledd. Om den foresatte forsømmer plikten etter nærværende paragraf til å sørge for at vitnet så vidt mulig får anledning til å møte, vil dette derfor ikke medføre straffansvar.

Til § 116. [lovens § 115]

Første ledd svarer til nåværende § 175, jfr. tvml. § 203.

Etter den nåværende lov kan avhenting bare besluttes «under særlige omstendigheter» (jfr. Salomonsen I s. 179). Avhenting synes imidlertid ved uteblivelse å være den adekvate reaksjon, som det bør være adgang til i alle tilfelle. I våre dager, da avhenting normalt vil skje i bil, vil den heller ikke ha den samme oppsiktsvekkende

karakter som på den tid da straffeprosessloven ble gitt. Avhenting var den gang formodentlig også mindre praktisk, fordi den som regel ville ta for lang tid.

Annet ledd svarer til nåværende § 189 annet ledd, jfr. tvml. § 203.

Til § 117. [lovens § 116]

Se nåværende § 172 tredje ledd, jfr. tvml. § 202 og dl. § 207.

Bestemmelsen er gitt en noe mer generell form enn tidligere. Mens vitnet etter någjeldende lov bare kan pålegges å undersøke «regnskapsbøker, brev eller lignende», vil det etter utkastet kunne pålegges å undersøke også andre ting, f.eks. å friske opp sitt kjennskap til åstedet for den straffbare handling. Dette stemmer med dansk og svensk rett, se Rpl. § 180 og RB kap. 36 § 8.

Etter den danske lov har vitnet plikt til om fornødent å oppfriske sin kunnskap om saken uten at det er nødvendig med noe pålegg av retten. Komiteen har imidlertid hatt visse betenkeligheter ved å lovfeste en slik ordning. Man frykter for at et generelt påbud til vitner om å oppfriske sin kunnskap om saken av enkelte, kanskje særlig samvittighetsfulle vitner kan bli misoppfattet og føre til at de forsøker å skaffe seg best mulig rede på saken, f.eks. ved konferanse med andre vitner.

Bestemmelsen om ansvar for ikke å etterkomme rettens pålegg finnes i domstolslovens § 207. Denne bestemmelse er foreslått omredigert så den kommer i overensstemmelse med utkastet.

Til § 118. [lovens § 117]

Den nåværende § 180 nr. 1 (og tvml. § 204 nr. 1), som taler om «hemmelige underhandlinger,

Side 200

rådslagninger eller beslutninger i saker, som har betydning for rikets sikkerhet eller rettigheter i forhold til en annen stat», er en gjengivelse av straffeprosesslovens opprinnelige § 180. Denne var igjen redigert i overensstemmelse med straffebestemmelsene i kriminalloven av 1842, kap. 9 §§ 9 og 10. Den nåværende straffelovs § 90 har en generell bestemmelse om den som «rettsstridig bevirker eller medvirker til at noe åpenbares, som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet likeoverfor annen stat». I den juridiske teori har det vært hevdet at prosesslovenes bestemmelser må tolkes utvidende, slik at retten må nekte å ta imot enhver opplysning som det etter strl. § 90 ville være en forbrytelse å gi utenfor rettergang (se Skeie I s. 165, Alten, Tvistemålsloven, note 1 til § 204). Utkastet er formulert i samsvar med strl. § 90, med den forandring at det i stedet for å tale om noe som bør holdes hemmelig, legger vekten på den faktiske hemmeligholdelse. Det blir derved Kongen som får avgjørelsen av om hemmeligholdelsen bør vike for interessen i sakens opplysning.

Når utkastet bruker uttrykket Kongen, utelukker det ikke at myndigheten kan delegeres, f.eks. ved bestemmelse i sikkerhetsinstruksen. Man har foretrukket å skille bestemmelsene om forsvarshemmeligheter ut som en egen paragraf. Bestemmelsene om forsvarshemmeligheter er ikke begrenset til å gjelde vitneprov fra offentlige tjenestemenn, og de regler som utkastets § 119 inneholder om forholdet mellom vitneplikten og offentlige tjenestemenns taushetsplikt i sin alminnelighet, passer mindre godt for forsvarshemmeligheter. Regelen om at Kongen kan gi tillatelse, kan ikke antas å gjelde hemmelige forhandlinger i Stortinget. Det må følge av konstitusjonelle prinsipper om forholdet mellom statsmaktene at Stortinget der er herre over hvor strengt hemmeligholdelsen skal gjennomføres. En har ikke funnet det nødvendig med noen uttrykkelig regel i loven om dette lite praktiske tilfelle.

Til § 119. [lovens § 118]

Når en offentlig tjenestemann blir innkalt som vitne om noe han ikke kan forklare seg om uten å krenke sin taushetsplikt, er det etter den nåværende lov tjenestemannens overordnede (normalt vedkommende departement) som avgjør om han skal løses fra taushetsplikten av hensyn til rettssaken. Loven foreskriver at «tillatelse må ikke nektes, med mindre vitnesbyrdet ville kunne utsette staten eller almene interesser for skade».

men retten har ingen adgang til å prøve den offentlige myndighets skjønn over dette eller å avkreve den noen begrunnelse for avgjørelsen.

Etter loven er det bare offentlige interesser som kan være grunnlag for nektelser, men det må formodentlig være berettiget å ta i betraktning at det vil kunne gjøre det vanskeligere for de offentlige myndigheter å få de opplysninger de trenger hvis de private ser at deres opplysninger blir utlevert (jfr. Skeie I s. 174-175, Andenæs s. 206-207). I teorien er det stort sett antatt at bestemmelsene i strpl. § 177 annet ledd om forretnings- og driftshemmeligheter kommer til anvendelse ved siden av reglene i § 180, slik at en offentlig tjenestemann som vitne kan nekte å svare når han ikke kan forklare seg uten å åpenbare en forretnings- eller driftshemmelighet, selv om hans overordnede har gitt tillatelse etter § 180 (jfr. Andenæs s. 206 med henvisninger). Etter den gjeldende ordning vil dette spørsmål neppe ha særlig praktisk betydning. Når den overordnede myndighet har gitt tillatelse, vil nok tjenestemannen som regel føle dette som avgjørende. Det har vært kritisert at ordningen ikke gir tilstrekkelig garanti for at den private interesser blir tatt tilbørlig i betraktning ved avgjørelsen (se Skeie I s. 174-175, Andenæs s. 206-207). Skeie hevder for øvrig at man for ikke å gjøre den interesserte privatmann rettløs, må tolke loven slik at den offentlige myndighets tillatelse bare avgjør at offentlige interesser ikke er til hinder for vitnesbyrdet, og at retten selvstendig må bedømme om den private interesse i hemmeligholdelse må vike for interessen i at saken blir fullstendig opplyst. Det synes imidlertid vanskelig å forene denne tolking med lovens ordlyd.

Hvis det gjelder opplysninger om private forhold og vedkommende privatmann samtykker i at opplysningene blir lagt frem, vil taushetsplikten i alminnelighet falle bort (se Rt-1921-31, Skeie I s. 166, Andenæs s. 207).

Utkastet avviker fra den nåværende lov i to retninger.

For det første gir det uttrykk for at administrasjonen ved avgjørelsen av om den skal gi samtykke til avhøringen skal ta hensyn ikke bare til det offentliges interesser, men også til om åpenbaringen ville virke urimelig overfor den privatmann som har krav på hemmeligholdelse. Man forutsetter at den særlige regel om forretnings- og driftshemmeligheter etter denne forandring bare vil få anvendelse på vitneprov fra private.

For det annet er nektelsen av samtykke stilt under kontroll av domstolen. Dette er i overensstemmelse med den danske Rpl. § 169, slik som den lyder etter endringsloven av

Side 201

21. april 1965. I Betænkning om vidner heter det til begrunnelse bl.a. (s. 29):

«Selv om der efter udvalgets opfattelse kun i beskedent omfang vil blive anvendelse for den her foreslåede nye regel om tilsidesættelse af administrationens nægtelse af samtykke, tillægger udvalget regelen væsentlig betydning, fordi den – i overensstemmelse med en almindelig tendens i nyere lovgivning – undergiver administrationens afgørelser en af retssikkerhedshensyn ønskelig kontrol og samtidigt understreger, at samtykke til afgivelse af forklaring kun bør nægtes i sager, hvor afgørende offentlige interesser i hemmeligholdelse gør sig gældende.»

Komiteen er – med visse modifikasjoner som vil fremgå av det følgende – enig i det som her er sagt. En fagadministrasjon kan være innstilt på hemmeligholdelse i høyere grad enn det som er berettiget ut fra en videre samfunnsmessig vurdering. Det kan heller ikke utelukkes at det kan forekomme tilfelle hvor administrasjonen er fristet til å nekte tillatelse til avgivelse av forklaring for å hindre at kritikkverdige forhold innenfor administrasjonen selv kommer frem, eller at folk iallfall kan tro at dette er motivet for nektelsen. Selv om man ikke har kjennskap til at de nå gjeldende regler har ført til vanskeligheter, finner man det prinsipielt riktig at den avveining av de forskjellige hensyn som må foretas, kan etterprøves av domstolene, selv om man går ut fra at det meget sjelden vil forekomme at domstolene vil underkjenne administrasjonens skjønn. Selve bevisstheten om at den kan bli nødt til å begrunne sin avgjørelse, kan ha sin betydning for administrasjonens holdning.

Den danske lov sonderer mellom de tilfelle hvor taushetsplikten påhviler tjenestemannen i det offentliges interesse og de hvor den er begrunnet i private interesse. I den siste gruppe er det ifølge Rpl. § 170 stk. 3 domstolen alene som bestemmer uten at vedkommende administrative myndighet blir spurt om tillatelse. Bestemmelsen lyder: «Retten kan bestemme, at forklaring ikke skal afgives om forhold, med hensyn til hvilke vidnet i medfør af lovgivningen har tavshedspligt, og hvis hemmeligholdelse har væsentlig betydning». Betænkning om vidner nevner (s. 28) at sonderingen mellom de tilfelle hvor taushetsplikt er pålagt av hensyn til private borgere og tilfelle hvor den er begrunnet i hensyn til det offentlige, undertiden kan volde tvil, men antar

at det i alminnelighet uten vanskelighet vil kunne avgjøres hvilke hensyn som i første rekke ligger til grunn for taushetsplikten. Komiteen føler seg ikke overbevist om at en slik grensdragning vil være lett (jfr. også Justitsministeriets bemerkninger i Forslag til Lov om endringer i lov om rettens pleje. Lovforslag. Folketingsåret 1964-65, s. 7-8). Hensynene vil ofte være blandet: Taushetsplikten gjør det lettere for offentlige myndigheter å få de opplysninger de trenger, og tjener samtidig til å beskytte de private som gir opplysninger eller er utsatt for kontroll, mot at uvedkommende får innblikk i deres forhold. Under enhver omstendighet finner man at det er en fordel om reglene formes slik at de dekker begge grupper av tilfelle, slik som det er gjort i utkastet.

Utkastet utstrekker ikke domstolens prøvelsesrett til de tilfelle hvor taushetsplikt er pålagt av hensyn til statens sikkerhet eller forhold til fremmed stat (utk. § 118). Her antar man at det bør ha sitt forblivende med Kongens avgjørelse. Det danske utvalg fant den foreslåtte regel om domstolskontroll med administrasjonens avgjørelser så betydningsfull, og risikoen for domstolsavgjørelser som tilsidesetter rimelige hensyn til det offentliges interesser så beskjeden, at det ikke var tilstrekkelig grunn til å gjøre unntak fra regelen om domstolskontroll for disse særlige tilfelle (Betænkning s. 30). Dette ble imidlertid endret i Justitsministeriets forslag' som fant det nødvendig – også under hensyn til de traktatmessige forpliktelser som påhviler Danmark – å begrense bestemmelsen, således at den ikke gjelder hvis nektelsen er begrunnet med hensynet til statens sikkerhet eller dens forhold til fremmede makter (Forslaget s. 8). Dette ble også lovens ordning.

Bestemmelsene i § 119 annet ledd annet og tredje punktum, som i realiteten er i overensstemmelse med den danske lov (Rpl. § 169 stk. 2, jfr. Betænkning om vidner s. 29), tar sikte på så vidt mulig å hindre at selve behandlingen av spørsmålet om vitneplikt fører til at tjenestehemmeligheter blir kjent. Rettens avgjørelse kan naturligvis påkjæres etter vanlige regler, men heller ikke under behandlingen av kjæremålet har partene adgang til administrasjonens uttalelse i større utstrekning enn den måtte være gjengitt i rettens kjennelse.

Den danske lov sidestiller med offentlige tjenestemenn «andre, der handler i offentligt eller dermed ligestillet hverv». Dette tar sikte på «institutioner, der efter deres struktur og formål må ligestilles med offentlige institutioner, uden at de formelt har denne status; det vil således kunne være naturligt at anse f.eks. mødrehjælpsinstitutionen og Dansk Forsorgsselskab for omfattet af bestemmelsen i dens nye affattelse» (Betænkning om vidner s. 101). Komiteen har ikke funnet grunn til en slik utvidelse av rekkevidden av bestemmelsen om offentlige tjenestemenn.

Side 202

Man antar at det behov bestemmelsen tar sikte på, i det vesentlige vil dekkes ved den foreslåtte nye bestemmelse i § 122.

Til § 120. [lovens § 119]

Se nåværende § 178, jfr. tvml. § 205. «Sykepleiere» kom inn i oppregningen ved lov 8. januar 1960 som handler om utdanning og offentlig godkjenning av sykepleiere (se Ot.prp.nr.34 (1959), s. 14).

Endringene er av rent redaksjonell natur. «I deres kall» er erstattet med «i deres stilling», «vitnesbyrd» er erstattet med «forklaring», og siste setning i første ledd er sløffet som overflødig.

Komiteen har overveiet om tredje ledd er påkrevet ved siden av bestemmelsen i strl. § 172, som setter straff for den som unnlater å opplyse om omstendigheter som godtgjør at en for en forbrytelse tiltalt eller dømt er uskyldig, eller som medvirker til slik unnlatelse. Bestemmelsen i § 120 tredje ledd (nåværende § 178 tredje ledd) rekker imidlertid videre enn bestemmelsen i strl. § 172 i to retninger. For det første gjelder den også når vitnesbyrdet trengs for å forebygge at en uskyldig blir straffet for en forseelse, mens strl. § 172 bare handler om forbrytelser. For det annet gjør strl. § 172 unntak fra straffetruselen når opplysningen ikke kunne gis uten å utsette vedkommende selv, noen av hans nærmeste eller noen uskyldig for tiltale eller fare for liv, helbred eller velferd eller for tap av den borgerlige aktelse, mens utkastets § 120 tredje ledd ikke har noen slik begrensning. Man har ikke funnet grunn til å gjøre noen endring i den bestående ordning. Forholdet er da det at forbudet mot å gi vitneforklaring faller bort så snart forklaringen er nødvendig for å forebygge at noen uskyldig blir straffet, mens straffebudet mot unnlatelsen av å gi forklaring har den snevrere ramme som en fastlagt i strl. § 172.

Man nevner for øvrig at spørsmålet om legers taushetsplikt har vært gjenstand for utførlig drøftelse i Innstilling fra komiteen til å utrede spørsmålet om legers taushetsplikt m.v. (1959), og at komiteen ikke fant grunn til å foreslå endringer i reglene om taushetsplikt i rettergang.

Til § 121. [lovens § 120]

Paragrafen svarer til tvml. § 206, men har en noe mer generell formulering. Forskriftene i tvml. § 206 er ufullstendige ved at de bare henviser til de bestemmelser i tvistemålsloven og domstolsloven som gir grunnlag for taushetspålegg fra retten, ikke til de tilsvarende bestemmelser i straffeprosessloven.

Til § 122. [lovens § 121]

Utviklingen har ført til at det er oppstått nye grupper i samfunnet som utfører en liknende virksomhet som de yrkesgrupper § 120 handler om, og mottar betroelser om personlige forhold på tilsvarende måte, uten at de har fått den samme status i lovgivningen. Det gjelder særlig psykologer og sosialarbeidere av forskjellig art. I atskillig utstrekning vil betroelser til dem være dekket dels ved reglene om offentlige tjenestemenn, dels ved regelen i § 120 annet ledd om medhjelpere til prest, lege osv. Men spørsmålet reiser seg om ikke en taushetsplikt bør anerkjennes også utenfor dette område.

Den danske lov løser dette spørsmål langs to linjer. Dels er bestemmelsen om offentlige tjenestemenn utvidet til å gjelde også andre som handler «i offentlig eller dermed ligestillet hverv», se bemerkningene til § 119. Dels gir utkastet retten en generell adgang til å bestemme at forklaring ikke skal gis «om forhold, med hensyn til hvilket vidnet i medfør af lovgivningen har tavshedspligt, og hvis hemmeligholdelse har væsentlig betydning». Denne siste regel bygger altså på lovgivningens regler om taushetsplikt. Regelen kan påberopes av Mødrehjelpens personale, som har lovmessig taushetsplikt, men ikke f.eks. av psykologer og sosialrådgivere. Taushetsplikten for disse grupper bygger nemlig bare på faglige normer og er ikke regulert i lov (se Betænkning om vidner s. 31-33, 36- 39 og 103-404).

Utkastet har i stedet valgt en form som mer direkte gir uttrykk for det behov man tar sikte på. Etter en avveining av de kryssende interesser kan retten etter utkastet fritta for vitneplikt selv om vitnet ikke hører til en yrkesgruppe som har fått sin taushetsplikt lovregulert. Det dreier seg ikke om noe bevisforbud, slik som etter § 120, bare om en fritagelsesrett som vitnet selv må gjøre gjeldende. At grensen for bestemmelsens anvendelsesområde blir noe skjønnsmessig, legger man ikke så stor vekt på i betraktning av at det bare er en adgang til fritagelse som bestemmelsen gir. Når sjelesorg er nevnt ved siden av psykologisk rådgivningstjeneste og sosialt hjelpearbeid, må dette sees i sammenheng med at § 120 i overensstemmelse med den nåværende § 178 bare nevner prester «i statskirken og andre anerkjente trossamfunn». Også utenfor denne ramme er det grunn til å verne om fortroligheten i skriftemål og sjelesorg. Det kan dreie seg om ikke-ankjente trossamfunn, men også om prester eller undre i liknende stilling i private religiøse organisasjoner som ikke er egne trossamfunn.

Komiteen har overveiet spørsmålet om stillingen

Side 203

for personundersøkere og tilsynsførere i straffesaker.

Om personundersøkere i straffesaker vises til kap. 13. Etter utk. § 173 må personundersøker ikke overfor uvedkommende røpe noe han under sitt arbeid får vite om private forhold. Med noe andre ord er det samme uttrykt i Justisdepartementets regler om personundersøkelser i straffesaker § 6. I sin skriftlige eller muntlige uttalelse til påtalemyndigheten eller retten må han derimot naturligvis ta med de opplysninger som han finner av betydning for sakens behandling. Han har heller ikke rett til å nekte å oppgi hvor han har fått opplysningene fra. Opplysninger om personlige forhold som er uten interesse for saken, er det ingen grunn for personundersøkeren til å ta med i sin uttalelse. Ofte kan han her bli nødt til å utøve et visst personlig skjønn. Personundersøkeren står på mange måter i lignende stilling som en psykiatrisk sakkyndig som har utført en rettspsykiatrisk undersøkelse (se herom Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om legers taushetsplikt m.v., 1959, s. 31-32).

I forbindelse med betinget påtaleunntatelse eller betinget dom blir siktede ofte stilt under tilsyn av et godkjent vernelag eller en tilsynsfører oppnevnt av retten (se strl. § 52 nr. 7 og strpl. § 85 fjerde ledd, jfr. utk. § 69 siste ledd). Nærmere regler for tilsynet er fastsatt av Justisdepartementet 1. desember 1961. I Norges Vernesambands rettleiding for tilsynsførere er det innskjerpet at de opplysningene tilsynsføreren får om klienten er strengt fortrolige. Dette er en plikt av yrkesetisk art uten direkte hjemmel i lov. Da vernelagene i prinsippet er private foreninger, selv om deres virksomhet i det vesentlige er finansiert av staten, er vernelagenes funksjonærer ikke offentlige tjenestemenn. Taushetsplikten utelukker selvsagt ikke at vernelaget gir politiet melding om brudd på vilkår som lovbrøyteren gjør seg skyldig i. Dette er det gitt nærmere regler om i Justisdepartementets forskrifter § 5. Det er bl.a. bestemt at melding alltid skal sendes når vernelaget har mistanke om eller kjennskap til at lovbrøyteren har gjort seg skyldig i straffbart forhold. Kommer saken for retten, har tilsynsføreren naturligvis plikt til å opptre som vitne med de opplysninger han kan gi om forholdet.

Det kan imidlertid tenkes at en personundersøker eller tilsynsfører blir innkalt som vitne i en helt annen sak enn den oppdraget gjaldt. Den som har vært personundersøker eller tilsynsfører for en ung biltyv blir f.eks. innstevnt som vitne i en straffesak mot faren for heimebrenning eller koneplageri som han har fått innblikk i under utførelsen av sitt oppdrag, eller i en sivil sak om skilsmisse. Man kjenner ikke til at tilfelle av denne art har oppstått i praksis. Skulle en slik situasjon inntreffe, må løsningen etter utk. § 122 bli forskjellig for en personundersøker og en tilsynsfører. At tilsynsvirksomheten går inn under «sosialt hjelpearbeid eller liknende virksomhet», slik at § 122 kan påberopes, kan ikke være tvilsomt. Personundersøkerens virksomhet er derimot ikke hjelpearbeid, men en undersøkelsesvirksomhet i rettspleiens interesse. Forbudet mot å røpe noe til uvedkommende kan ikke antas å fritta for vitneplikt.

Utkastet åpner ikke, slik som den danske lov, adgang til vitnefritagelse når det gjelder en rent økonomisk rådgivningsvirksomhet, selv om det til denne er knyttet en lovbestemt taushetsplikt, slik som det hos oss er tilfellet for revisorer, meglere og banker. Det kan i denne forbindelse nevnes at heller ikke sakførerens taushetsplikt dekker hans virksomhet i forbindelse med eiendomsmegling og formuesbestyrelse (jfr. Rt 1905 109, Rt-1918-859). Det kan imidlertid tenkes at f.eks. en revisor eller bankfunksjonær kan påberope seg bestemmelsen i § 125 om forretnings- og driftshemmeligheter.

Heller ikke har man funnet å burde åpne adgang til vitnefritagelse for vanlige private betroelser ut over det som følger av reglene om nærbeslektede. Det vil nok ofte kunne bringe et vitne i en vanskelig stilling når det avkreves vitneforklaring om noe som en venn har betrodd det, kanskje under uttrykkelig løfte om taushet. Man finner det imidlertid ikke mulig å formulere noen regel om dette uten å undergrave det alminnelige prinsipp om vitneplikt. Utkastets § 124 medfører imidlertid en viss oppmykning av den nåværende straffeprosesslovs § 177.

Til § 123. [lovens § 122]

Svarer til nåværende § 176, jfr. tvml. § 207.

Komiteen finner ikke grunn til å foreta vesentlige endringer i de nåværende regler i strpl. §§ 176 og 177 om et vitnes rett til å nekte å avgi forklaring, men har tatt sikte på så vidt mulig å bringe bestemmelsene i formell og reell overensstemmelse med de tilsvarende bestemmelser i tvml. §§ 207 og 208. Reglene om fritagelsesrett på grunn av slektskap til parten er imidlertid vesentlig snevrere i sivile saker (tvml. § 207) enn i straffesaker (strpl. § 176, utk. § 123). Etter tvistemålsloven sfjelder fritagelsesretten «det som er meddelt dem av parten». I straffeprosessen er det derimot det samme hvilken kilde vitnet har for sin kunnskap. Regelen i tvml. § 207 tar sikte

Side 204

på å verne fortroligheten i familielivet, mens strpl. § 176 (utk. § 123) beskytter siktetes pårørende mot å komme i den situasjon at de har valget mellom å lyve i retten eller å bidra til at siktede blir straffet. Også kretsen av de familieforhold som er beskyttet er trukket forskjellig. I motsetning til strpl. § 176 nevner tvml. § 207 således ikke svogerskap.

Om enkelthetene i utkastet bemerkes:

Når ekteskapet er oppløst ved skilsmisse, er etter nåværende § 176 nr. 1 fritagelsen begrenset til å gjelde begivenheter før skilsmissen. Noen tilsvarende begrensning gjelder ikke i tvistemål, se tvml. §§ 207 annet ledd (jfr. § 208 tredje ledd), og utkastet foreslår samme ordning.

Med hensyn til forlovede gjelder etter strpl. § 176 nr. 2 fritagelse for forklaringsplikt når forlovelsen var inngått før handlingens forøvelse. På samme måte som tvistemålsloven sonderer utkastet ikke etter tidspunktet for forlovelsen, men gjør til gjengjeld fritagelsen avhengig av rettens skjønn.

Bestemmelser om fritagelsesrett for adoptivforeldre, adoptivbarn og adoptivbarns livsarvinger kom inn i loven i 1917 som en konsekvens av den da nylig vedtatte lov om adopsjon (se Innst.O.nr.XXIX (1917), s. 3-4). Etter strpl. § 176 nr. 3 er fritagelsen begrenset til de tilfelle da adopsjonsbevillingen var gitt før handlingens forøvelse. Utkastet sløyfer på samme måte som tvistemålsloven denne begrensning. På et annet punkt går utkastet videre enn tvistemålsloven. Denne bestemmer i § 207 annet ledd, annet punktum: «Like med slektskap i rett opp- eller nedstigende linje regnes forholdet mellom adoptivforeldre og adoptivbarn og disses livsarvinger». Utkastet likestiller derimot adopsjonsforhold fullt ut med slektskap, slik at også siktedes adoptivsøsken og deres ektefeller kan kreve fritagelse for vitneplikt. Komiteen mener dette er i overensstemmelse med den utvikling av adopsjonsinstituttet som har funnet sted i retning av å stille adoptivbarnet i samme stilling som om det hadde vært adoptantens eget barn.

Den nåværende § 176 nr. 4 uttaler at «som besvogret anses her også den besvogredes ektefelle». Hvis siktede A og vitnet B er gift med hver sin søster («uekte svogerskap»), er altså B fritatt for vitneplikt. Dette stemmer med definisjonen i strl. § 5 av «noens nærmeste», jfr. bestemmelsen i strl. § 167 annet ledd om fritagelse eller nedsettelse av straffen for falsk forklaring når vitnet ikke kunne forklare sannheten uten å utsette seg eller noen av sine nærmeste for straff eller tap av den borgerlige aktelse. Derimot er A og B ikke å regne for svogre i relasjon til inhabilitetsreglene i domstolslovens § 106 nr. 2, 7 og 9 (jfr. Rt-1900-521 og Rt-1908-216 på s. 217, Ot.med.nr.2 (1912) s. 23).

Bestemmelsen om den besvogredes ektefelle var opprinnelig ikke med i strpl. §§ 176 og 177. Jurykommisjonen hadde i sitt utkast overhodet ikke tatt med svogerskap som grunnlag for fritagelsesrett, men bestemmelsen om dette kom inn etter forslag av den departementale revisjonskomité. Det heter i innstillingen s. 31:

«Det kan visstnok antas at det personlige kjærlighetsbånd i regelen er sterkere ved slektskap enn ved svogerskap, men dette oppveies etter vår mening fullt ut ved det hensyn som svogerskapet fremkaller til den ektefelle gjennom hvem det er begrunnet. For å vitne mot sine slektninger, vil man kun ha å overvinne seg selv; hvor det gjelder svogre og liknende, vil man utsettes for et påtrykk fra den annen ektefelles side, som ofte vil være vanskeligere å motstå. Og avgis vitnesbyrdet, vil det kanskje gripe ulykkelig inn i det ekteskapelige forhold og frykten derfor kan være en likeså sterk fristelse til falsk vitnesbyrd som den, der ved slektskap finner sted.»

Forholdet til den besvogredes ektefelle var ikke nevnt i innstillingen, og kom altså heller ikke med i loven. Om dette skyldes en bevisst begrensning av bestemmelsens rekkevidde eller uklarhet om den juridiske betydning av uttrykket «svogerskap», er ikke godt å si. Da straffeloven ble gitt, ble derimot en bestemmelse om den besvogredes ektefelle tatt inn i definisjonen av «noens nærmeste» i strl. § 5 (jfr. Straffelovkommisjonens motiver av 1896, s. 11). Noen tilsvarende bestemmelse ble ikke tatt inn i straffeprosessloven ved den revisjon som fant sted samtidig med vedtagelsen av straffeloven, til tross for at § 176 ble endret på et annet punkt ved denne anledning. Bestemmelsen om den besvogredes ektefelle i den nåværende strpl. § 176 nr. 4 kom inn ved lov 14. desember 1917 nr. 11 i forbindelse med forberedelsen av de nye rettergangslover for tvistemål. Det heter til begrunnelse i Ot.med.nr.2 (1912), s. 23:

«I denne paragrafs første ledd nr. 3 har departementet tilføyet at også den besvogredes ektefelle anses som besvogret. Dette stemmer med hva der er bestemt i straffelovens § 5, og de hensyn som har fremkalt denne bestemmelse, gjelder også med hensyn til fritagelse for vitneplikt i straffesaker. Ellers antas ikke denne utvidelse av svogerskapsbegrepet å burde gjelde, således ikke ved inhabilitetsreglene.»

Det kan spørres om ikke den svekkelse av familiebåndene som er et trekk ved nåtidens samfunn, burde føre til en begrensning av kretsen av dem som kan nekte å gi forklaring. Komiteen er imidlertid blitt stående ved å opprettholde fritagelsen også ved det såkalte

Side 205

uekte svogerskap. De hensyn som er nevnt i det foran gjengitte sitat fra straffeprosesslovens forarbeider gjør seg gjeldende med atskillig vekt også her. Et hensyn som også trekker i retning av å frita den besvogredes ektefelle er at den juridiske sondring mellom de to kategorier av svogerskap synes å være lite kjent blant folk flest, og at det derfor kan virke kunstig å behandle dem forskjellig.

Hvis et ekteskap opphører ved den ene ektefelles død, anses svogerskap som er begrunnet ved ekteskapet, fortsatt å bestå, jfr. beslutning av Bratsberg lagmannsrett i Rt-1903-607, Salomonsen I s. 181, Skeie, Civilprosess, 2. utg. I s. 223, Alten, Domstolsloven, 3. utg. s. 86, Ot.prp.nr.1 (1910) s. 58 og 182. I de uttalelser fra litteraturen og tvistemålslovens forarbeider som det er henvist til, er det antatt at det samme gjelder når ekteskapet er oppløst ved skilsmisse. Dette synes imidlertid mindre vel begrunnet. Og når tvml. § 207 og utk. § 123 uttrykkelig nevner at det som er bestemt om ektefeller også gjelder fraskilte, er det etter komiteens oppfatning naturlig å forstå dette slik at det bare gjelder i forholdet mellom ektefellene selv, ikke i forhold til deres familie.

I siste ledd er fostersøsken tatt med i oppregningen av dem som etter rettens vurdering kan fritas for vitneplikt. Oppvekst som fostersøsken i samme hjem kan etter omstendighetene knytte bånd som ligger nær opp til et virkelig søskenforhold.

Til § 124. [lovens § 123]

Første punktum svarer til den nåværende lov § 177, jfr. tvml. § 208. Etter begge bestemmelser er det avgjørende for fritagelsesretten at svaret kan utsette vitnet eller dets nære pårørende for straff eller tap av den borgerlige aktelse.

På grunn av henvisningen i denne paragraf til den foregående blir den avgrensning som i § 123 er foretatt av de relevante familieforhold, også avgjørende for rekkevidden av § 124. I bemerkningene til § 123 er nevnt at bestemmelsen om fritagelsesrett for den besvogredes ektefelle kom inn i straffeprosessloven i forbindelse med sivilprosessreformen. Derimot ble den besvogredes ektefelle ikke nevnt i tvistemålslovens § 208. Det fremgår heller ikke av forarbeidene at spørsmålet var gjenstand for særlig overveielse. Det er derfor blitt en uoverensstemmelse mellom tvistemålsloven og straffeprosessloven som er vanskelig å begrunne, og som bør rettes ved en revisjon av tvistemålsloven.

Bestemmelsen i annet punktum om at retten kan fritas for forklaringsplikt på grunn av fare for vesentlig velferdstap av annen art, er ny. Det er ikke uten betenkeligheter komiteen foreslår en slik utvidelse av fritagelsesretten. Det ville svekke rettspleien hvis et vitne i noen større utstrekning kunne nekte å avgi forklaring fordi det utsetter seg for ubehageligheter eller repressalier på grunn av vitneprovet. Det kan imidlertid forekomme tilfelle hvor det ville virke urimelig hårdt å fremtvinge vitneforklaring, selv om vitnet ikke utsetter seg eller sine nærmeste for straff eller tap av borgerlig aktelse.

Et slikt tilfelle er referert i Rt-1930-672 og Rt-1931-126. Ved den første avgjørelse ble direktøren for den norske avdeling av et utenlandsk opplysningsbyrå tilpliktet å oppgi kilden for en ærekrenkende opplysning som byrået hadde brakt videre. Direktøren nektet imidlertid å bøye seg for kjennelsen, og det ble spørsmål om bruk av tvangsmidler for å fremtvinge opplysningen. Forhørsretten dømte ham til en bot etter domstolslovens § 206, men avsto å bruke fengslig forvaring etter strpl. § 189 som tvangsmiddel, idet den mente dette ville virke for hårdt. Byråets hovedkontor hadde gitt uttrykk for at direktøren ville bli avskjediget hvis han røpet kilden. Kjæremålsutvalget var enig med forhørsretten i at fengslig forvaring ikke skulle anvendes, men opphevet også kjennelsen om bot etter domstolsloven (Rt-1931-126). I sin begrunnelse nevner Kjæremålsutvalget at vitneplikten må være begrenset av det alminnelige prinsipp at hvor en kollisjon av rettsgoder oppstår, må det mindre ofres for å redde det større, og fortsetter: «Men selv om straffelovens § 47 ikke skulle finnes i tilfelle å kunne gis direkte anvendelse i den foreliggende sak, må det dog erkjennes ikke å ville være overensstemmende med en fullt forsvarlig og human anvendelse av straffebestemmelsen vedkommende vitneplikten, om man uten hensyn til de interesser, vitnet måtte ha av sin vegring ved å forklare seg, søkte forklaringen fremtvunget. Sannsynliggjøres det, at vitnet ved å avgi forklaringen vil påføres en skade, der må anses som betydelig og vesentlig større enn den som strafferettspleien og den av forklaringens fremkomst interesserte privatmann vil påføres ved forklaringens uteblivelse, bør så vel det i straffelovens § 47 uttalte prinsipp som billighetshensyn føre til at det nektende vitne ikke ilegges straff». I det foreliggende tilfelle hadde vitnet uimotsagt opplyst at han hadde innehatt sin stilling i 14 år, at han i tilfelle av avskjed ville være ervervsløs, at han var formuesløs og gift. På den annen side var klagerens interesse i å få opplysningen ikke særlig sterk. Kjæremålsutvalget fant derfor etter en avveining av de kryssende hensyn og interesser

Side 206

at det var det riktigste at domstolslovens § 206 ikke ble brakt til anvendelse i det foreliggende tilfelle.

Det er lite tilfredsstillende at et vitne, slik som i dette tilfelle, først blir pålagt vitneplikt og deretter, når han nekter å bøye seg for avgjørelsen, i realiteten blir fritatt for å oppfylle den. Dersom man finner at det i et tilfelle er for hårdt å bruke straff eller andre tvangsmidler, bør konsekvensen være at vitnet direkte fritas for forklaringsplikt. Dette vil det være adgang til etter utkastet. Vilåret for fritagelsesadgangen er at forklaringen vil utsette vitnet eller dets nære pårørende for vesentlig velferdstap. Om adgangen til fritagelse skal benyttes, vil bero på en avveining hvor også styrken av interessen i at forklaringen blir gitt, kommer i betraktning.

Det kan nevnes at den danske lov fritar for forklaringsplikt når besvarelsen antas å ville utsette vitnet selv for straff eller tap av velferd (Rpl. § 171 stk. 2 nr. 1). Denne fritagelse er absolutt. Som hovedregel er vitnet også fritatt fra forklaringsplikt såfremt forklaringen antas å ville utsette vitnets nærmeste for straff eller tap av velferd eller å ville påføre vitnet selv eller hans nærmeste annen vesentlig skade. I disse tilfelle kan imidlertid retten pålegge vitnet å avgi forklaring, når forklaringen anses for å være av avgjørende betydning for sakens utfall, og sakens beskaffenhet og dens betydning for vedkommende part eller samfunnet finnes å berettigede dertil (Rpl. § 171 stk. 2 og 3). Den danske lov går altså noe videre enn utkastet i å frita for vitneplikt på grunn av risikoen for uheldige følger av vitneprovet for vitnet og dets nærmeste.

Til § 125. [lovens § 124]

Se nåværende § 177 annet ledd, jfr. tvml. § 209 første og annet ledd. Med hensyn til forståelsen av begrepet forretnings- eller driftshemmelighet henvises til rettsavgjørelser i Rt-1930-672 og Rt-1930-814, Rt-1933-762 og Rt-1936-565. Det fremgår herav bl.a. at opplysninger om en persons økonomiske forhold ikke er en forretningshemmelighet i lovens forstand.

Det har vært noen tvil om bestemmelsen om forretnings- og driftshemmeligheter gjelder også for offentlige tjenestemenn med hensyn til forhold som går inn under deres taushetsplikt, slik at tjenestemannen med hjemmel i denne bestemmelse kan nekte å svare selv om hans overordnede har løst ham fra taushetsplikten (se Andenæs s. 206 med henvisninger). Når utkastets § 119 nå gir uttrykk for at også den private interesse skal komme inn ved avgjørelsen etter denne paragraf, går komiteen ut. fra at offentlige tjenestemenns taushetsplikt må anses for å være uttømmende regulert ved denne bestemmelse, jfr. bemerkningene til § 119.

Til § 126. [lovens § 125]

Jfr. strpl. § 177 tredje ledd og tvml. § 209 tredje ledd.

Spørsmålet om pressens rett til å dekke sine kilder var gjenstand for inngående drøftelser i forbindelse med lovdendingen av 15. juni 1951 (Ot.prp.nr.28 (1950)), men den gang var ikke spørsmål som er behandlet i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse av 11. februar 1966 i den såkalte Klepsland-saken, Rt-1966-176. Det heter her at de alminnelige regler om vitneplikt kommer til anvendelse når opplysningene er meddelt politiet, selv om hjemmelsmannen skulle ha oppsøkt vedkommende fordi denne var presseman, og «selv om de opplysninger hjemmelsmannen ga, senere ble referert i pressen». På bakgrunn av denne kjennelse ble det i Stortinget 23. februar 1966 av representanten Bjellaanes stillet spørsmål til justisministeren om departementet ville overveie en revisjon av bestemmelsene om vitneplikten for utgivere av trykt skrift og deres medarbeidere (Forh. i Stortinget s. 2023). Ved departementets brev av 24. februar 1966 ble nærværende komité bedt om å overveie det reiste spørsmål i forbindelse med revisjonen av straffeprosessloven.

Norsk Presseforbund gjorde senere samme år en henvendelse til komiteen, idet forbundet i et udatert brev foreslo tilføyet følgende som nytt annet punktum i strpl. § 177 tredje ledd:

«Det samme gjelder spørsmål om hjemmelsmann for andre opplysninger som er betrodd vedkommende i dennes egenskap av utgiver (redaktør), eller når redaktør (utgiver) vegrer seg ved å oppgi hjemmelsmannen fordi det ville stride mot god presseskikk å gi slik meddelelse.»

I begrunnelsen for det fremsatte forslag blir det fremholdt at «pressens medarbeidere i stillings medfør blir betrodd en serie opplysninger og informasjon som vil tjene som grunnlag for den journalistiske virksomhet», og skulle «slike opplysninger være av den art at en journalist anser seg pliktig til å orientere politiet eller andre offentlige myndigheter for å unngå gamfunnsskadelige følger, vil man stille journalisten overfor en alvorlig samvittighetskonflikt, hvis han ikke skulle ha rett til å dekke sine kilder på samme måte som om han skulle

skrive en artikkel om saken». Det heter videre at en «slik utvidelse av kildebeskyttelsen må være ikke bare i pressens interesse, men også i almenhetens og de offentlige

Side 207

myndigheters interesse». For øvrig fremholdes at hensett til at retten i alle tilfelle kan pålegge vitneplikt «når den etter avveining av de stridende interesser finner det påkrevet», kan det ikke være sterke betenkeligheter ved å utvide grunnlaget for redaktørens og journalistens primære rett til å vegre seg ved å besvare spørsmål.

Komiteen er enstemmig kommet til at bestemmelsene om pressens rett til å dekke sine kilder bør endres for så vidt som det ikke bør være avgjørende at opplysningene er satt på trykk for – eller samtidig med at – de meddeles videre på annen måte. En slik begrensning vil lett kunne virke urimelig, især hvis det er nødvendig straks å underrette politiet eller annen myndighet dersom en ulykke eller en forbrytelse skal kunne avverges. I dette tilfelle kan vedkommende pressemann også være pliktig til straks å underrette politiet eller annen myndighet, nemlig hvis det er fare for tap av menneskeliv, jfr. strl. § 387 nr. 2, eller hvis det gjelder å avverge en av de forbrytelser som er nevnt i strl. § 139. Når det gjelder spørsmålet om hvordan anonymitetsretten skal avgrenses, har imidlertid komiteens medlemmer delt seg i to fraksjoner.

Komiteens flertall (Aulie, Backer, Bahr, Christophersen og Jenny Lund) mener at anonymitetsretten fortsatt bør knyttes til det trykte ord, slik at det ikke blir tilstrekkelig at opplysningene er betrodd vedkommende som pressemann, uten hensyn til om de er kommet på trykk. Det er pressefriheten som skal vernes, og det er nøye sammenheng mellom pressens strafferettslige ansvar (for innholdet av trykt skrift) og utstrekningen av pressefolks vitneplikt, jfr. Ot.prp.nr.28 for 1950 s. 30 spalte 2 og Innstilling fra Straffelovrådet om ansvar for rettskrenkelser i trykt skrift (1955) s. 48.

Det er riktignok slik at den som henvender seg til en pressemann med en opplysning, kan ha interesse av selv å forbli anonym, enten pressemannen bruker opplysningen i avisen eller ikke. Normalt må han imidlertid kunne gå ut fra at pressemannen enten bruker opplysningene i avisen eller beholder dem for seg selv. Kilden har under enhver omstendighet tatt risikoen for at pressemannen kan gjøre seg skyldig i indiskresjoner. Bare i sjeldne unntakstilfelle vil det være naturlig at pressemannen melder fra til politiet eller en annen offentlig myndighet for å hindre en straffbar handling eller en ulykke. Det kan føles urimelig for kilden at han i slike tilfelle ikke kan dekkes etter den nåværende lovbestemmelse. Men her vil flertallets lovforslag komme ham til hjelp, nemlig i alle de tilfelle der opplysningene er trykt i umiddelbar tilknytning *UØ* den forutgående anmeldelse. Tilbake blir bare en meget liten rest. tilfelle der pressemannen foretar en anmeldelse, men ikke finner at opplysningen egner seg til å inntas i avisen.

Man antar at det ikke er noe vesentlig behov for også å dekke disse tilfellene. Det finnes så vel i våre nordiske naboland som i en rekke andre land lovbestemmelser om pressens rett til å beskytte sine kilder. Man kjenner imidlertid ikke til at disse noe sted går lenger enn til å beskytte kilden til opplysninger som er offentliggjort i trykt skrift, eller at det har vært følt behov for det. Det har det for så vidt heller ikke vært her i landet. I Klepsland-saken, som er nevnt ovenfor, skjedde offentliggjørelse i avisen så snart det var mulig etter at melding var gitt til politiet.

Dertil kommer at når vedkommende opplysning ikke er inntatt i trykt skrift – eventuelt før eller etter meddelelse på annen måte – savner man etter flertallets mening grunnlaget for å sondre mellom betroelser til pressefolk og betroelser til andre personer som nyter almen tillit, og som det måtte være naturlig at almenheten henvender seg til. Det kan f.eks. være at en kilde, som selv ønsker å være anonym, henvender seg til en stortingsrepresentant eller en annen kjent person på stedet med opplysninger som det er av offentlig interesse kommer videre til rette vedkommende. Kilden kan også tenkes å gå direkte til politiet eller den myndighet som saken hører under. Etter gjeldende rett vil ikke kilden i noen av disse tilfelle normalt ha krav på å bli dekket.

Hvis man, som foreslått av mindretallet nedenfor, lar det avgjørende kriterium være om opplysningen er betrodd pressemannen til bruk i hans virksomhet, vil man etter flertallets mening innføre en regel som retts teknisk vil være vanskelig å anvende i praksis. Normalt vil man bare ha vedkommendes eget ord for at den utrykte opplysning er betrodd ham på denne måte. Enten må retten uten videre slå seg til ro med dette, eller den må prøve å verifisere anførselen. Det siste lar seg imidlertid vanskelig gjøre uten at kilden samtidig røpes. På grunnlag av svært knappe opplysninger vil det videre være vanskelig for retten å foreta den «avveining av de stridende interesser» som skal til for å avgjøre om kilden må oppgis uansett at tilfellet faller inn under lovens alminnelige regler. Det kan nevnes at i Klepsland-saken skjedde betroelsen til pressemannen fra en personlig venn, og at det var omtvistet om den var skjedd til bruk i hans virksomhet.

Man har tidligere vært inne på at når opplysningen først settes på trykk etter at den

Side 208

er meddelt videre på annen måte, bør inntagelsen i trykt skrift skje umiddelbart etterpå. Etter flertallets mening er en slik regel nødvendig av retstekniske grunner. Det kan ikke være tilstrekkelig at opplysningen trykkes etter at den har tapt sin aktualitet. Under enhver omstendighet bør opplysningen være trykt før spørsmålet om vitneplikt er blitt aktuelt ved at vedkommende er begjært rettslig avhørt.

Komiteens mindretall (formannen, Harbek, Leivestad og Ramndal) foreslår følgende utforming av annet punktum i § 126:

«Det samme gjelder spørsmål om hvem som er hjemmelsmann for andre opplysninger som er betrodd utgiveren til bruk i hans virksomhet.»

Mindretallet mener at anonymitetsretten bør sees mer ut fra kildens og samfunnets interesser. Har kilden betrodd seg til pressemannen som sådan, bør denne kunne gjøre det som er hans moralske plikt uten å måtte treffe et valg mellom å sette opplysningene på trykk eller å røpe kilden. I praksis antar man at det vil spille liten rolle om det er flertallets eller mindretallets forslag som blir lagt til grunn, idet slike situasjoner som forslagene tar sikte på, i seg selv er sjeldne og enda sjeldnere blir satt på spissen i en rettsak, men prinsipielt mener mindretallet at det ikke bør være avgjørende om opplysningene settes på trykk eller ikke. Det som er av betydning for pressefriheten er at folk uten for stor risiko kan gi pressen opplysninger. Om opplysningene faktisk blir brukt eller ikke, vil kilden ikke ha herredømme over, og det kan være vanskelig for ham å gjøre seg opp noen mening om dette på forhånd. Grunnen til at opplysningene ikke settes på trykk, kan være at pressemannen ikke finner det riktig å skape publisitet om saken, f.eks. fordi han ikke finner opplysningene sikre nok eller fordi offentliggjøring ville skade etterforskningen eller virke urimelig overfor impliserte personer. Det kan endog tenkes at en pressemann etter å ha brakt en opplysning til politiets kunnskap, av politiet direkte blir anmodet om ikke å omtale saken. Man finner det ikke rimelig at journalisten for å kunne dekke sin kilde likevel skal være nødt til å bruke opplysningene i avisen. Noen sikkerhet for å bli holdt utenfor saken kan kilden riktignok aldri ha, fordi domstolen alltid kan pålegge journalisten å oppgi kilden hvis den etter en avveining av de stridende interesser finner det påkrevd. Dette er en begrensning i anonymitetsretten som man ikke kan gi avkall på. Men det er etter mindretallets oppfatning ikke tilstrekkelig grunn til generelt å avskjære journalistens adgang til å dekke kilden fordi om han finner at opplysningene bør brukes på en annen måte enn kilden hadde tenkt.

En utvidelse av vegringsretten slik mindretallet foreslår, skulle ikke by på vesentlige betenkeligheter i betraktning av det korrektiv som ligger i rettens adgang til å pålegge vitneplikt når den etter en avveining av de stridende interesser finner det påkrevd. Det antas heller ikke å være grunn til å begrense vegringsretten til tilfelle hvor det er en offentlig myndighet pressemannen har gitt opplysningene til. Opplysningenes art og måten de er brukt på vil være momenter ved den skjønnsmessige avveining som retten foretar. Dette må være tilstrekkelig til å motvirke misbruk av vegringsretten.

På et punkt går mindretallets forslag mindre langt enn flertallets. Etter mindretallsforslaget er det et vilkår for vegringsretten at opplysningene er betrodd vedkommende til bruk i hans virksomhet. I dette legger man at kilden har regnet med at hans navn ikke skulle utleveres og at opplysningene skulle brukes i pressevirksomheten, i vedkommendes virksomhet som pressemann. Muligens burde dette være et vilkår for vegringsretten også etter første punktum. Hvis kilden selv ikke har regnet med anonymitet, synes det å være liten grunn til å gi journalisten rett til å nekte å oppgi hans navn. Man vil imidlertid ikke foreslå noen innskrenkning i den vegringsrett som nå gjelder, men når retten til å dekke kilden foreslås utvidet til også å gjelde opplysninger som ikke er kommet på trykk, finner mindretallet at vilkåret bør være at opplysningene er «betrodd» pressemannen i den ovenfor nevnte forstand. Hvis meningen fra kildens side bare har vært å bruke journalisten som en mellommann overfor politiet, ikke å gi ham stoff for hans journalistvirksomhet, kan journalisten selvsagt ikke nekte å oppgi kilden selv om denne har gitt uttrykk for ønsket om å være anonym. Det er heller ikke meningen å gi journalisten noen vegringsrett med hensyn til kilden for opplysninger som bare gjelder den økonomiske side av virksomheten, f.eks. om en forretningsforbindelses hederlighet eller økonomiske stilling. Derimot vil etter forslaget vegringsretten også gjelde kilden for opplysninger som ikke er beregnet på å komme i avisen, men på å tjene som bakgrunnsinformasjon for journalisten, f.eks. til bruk for vurderingen av påliteligheten av de opplysninger som tenkes offentliggjort.

Komiteen forutsetter at tvml. § 209 tredje ledd vil bli endret i samsvar med den ordlyd som blir vedtatt for straffeprosesslovens vedkommende. Det bemerkes for øvrig

Side 209

at uttrykket «utgiveren (redaktøren)» er erstattet med «redaktøren». Den nåværende noe uklare dobbeltbetegnelse kom inn i loven i 1951 etter mønster av de daværende bestemmelser i straffeloven om forbrytelser og forseelser i trykt skrift (strl. §§ 322 og 429-431), og uten nærmere drøftelse (se Ot.prp.nr.28 (1950), s. 44, alt. B). I straffeloven forekommer uttrykket ikke lenger (jfr. Innstilling fra Straffelovrådet om ansvar for rettskrenkelser i trykt skrift, 1955, s. 55-56).

Til § 127. [lovens § 126]

Tilsvarende bestemmelse finnes ikke i den nåværende straffeprosesslov, men derimot i tvml. § 210 første, annet og tredje ledd. Utkastet nevner samtykke ved siden av tillatelse for å gjøre det klart at bestemmelsen også tar sikte på de tilfelle av taushetsplikt som er nevnt i utk. §§ 120 og 121. Det fremgår av forarbeidene til tvistemål sl oven at det har vært meningen å gi tvml. § 210 en tilsvarende rekkevidde (se Civilprosesskomisjonens utkast § 205 og Ot.prp.nr.1 (1910) s. 182, kommentaren til § 219). For øvrig er den eneste forskjell i forhold til tvistemålsloven at utkastet i siste setning i første ledd har med et forbehold på grunn av den foreslåtte regel i § 119 om at retten kan fritta en offentlig tjenestemann fra taushetsplikt, selv om den overordnede myndighet ikke har gitt tillatelse.

Tvml. § 210 fjerde ledd bestemmer:

«Begjæres et barn under 10 år eller en sinnssyk avhørt som vitne, avgjør retten om der er tilstrekkelig grunn til det. Avgjørelsen kan ikke angripes ved kjæremål eller anke.»

En tilsvarende bestemmelse er ikke tatt med i utkastet. Spørsmålet om å avhøre barn som vitner er mer praktisk i straffesaker enn i sivile saker, særlig gjelder det i saker om sedelighetsforbrytelser. Det bør etter komiteens mening være alminnelig adgang til å innkalle barn og sinnssyke som vitner i straffesak. Hvor langt ned man kan gå når det gjelder alder, forstandsutvikling og mental tilstand, må man som hittil kunne overlate til partenes skjønn.

Til § 128. [lovens § 127]

Den nåværende § 176 annet ledd bestemmer at et vitne som står i slikt forhold til siktede at han kan nekte å avgi forklaring, skal gjøres oppmerksom på retten til å nekte. Derimot har loven ikke noe tilsvarende påbud i forbindelse med fritagelsesretten etter § 177 eller bestemmelsene om taushetsplikt. Tvml. § 211 første ledd gjelder derimot også for disse tilfelle, men ikke for bestemmelsene om forretnings- og driftshemmeligheter eller særreglene for journalister (tvml. § 209). Etter utkastets § 128 første ledd gjelder rettens plikt til å orientere vitnet både bestemmelsene om taushetsplikt og alle fritagelsesgrunnene. Forutsetningen er at retten antar at det foreligger en slik grunn. Hvor loven sier at retten kan fritta vitnet fra forklaringsplikt, har vitnet ikke noen rett til å nekte å svare, og disse tilfelle går derfor ikke inn under bestemmelsen.

Annet ledd svarer til nåværende § 179 og tvml. § 211 annet ledd. Mens strpl. § 179 krever at vitnet må godtgjøre grunnen, sier utkastet på samme måte som tvml. § 211 at grunnen skal gjøres sannsynlig. I stedet for ed trer etter utkastet forsikring.

Tredje ledd svarer til nåværende § 176 annet ledds siste punktum, jfr. tvml. § 211 siste ledd, men har en mer generell rekkevidde.

Til § 129. [lovens § 128]

Første ledd svarer til nåværende § 182 første ledd og tvml. § 216 med den endring som følger av forslaget om at eden skal falle bort.

Annet ledd er nytt og svarer stort sett til den bestemmelse man nå har i påtaleinstruksens § 9 første ledd, slik som denne lyder etter kgl. res. av 1. november 1968. Tidligere var det i påtaleinstruksen tatt forbehold for det

tilfelle at barnets foreldre eller foresatte selv er vitner i saken. I sedelighetssaker hvor fornærmede er et barn, vil foreldrene vanligvis stå som anmeldere. De vil gjerne ha fått barnets forklaring om forholdet før etterforskning ble iverksatt, og av den grunn bli avhørt som vitner. Dette bør ikke utelukke deres rett til å være til stede ved avhør av barnet.

På den annen side er det ikke bare når vergen er anmeldt i saken at det kan være grunn til å fravike hovedregelen om at vergen bør være til stede. Også i andre tilfelle kan det foreligge mislige forhold fra vergens side. Den hyppigste grunn til å utelukke vergen vil vel imidlertid være at barnet ellers kan ha vanskelig for å gi en uforbeholden forklaring. Barnet vil f.eks. kunne frykte avstraffelse hjemme om det forteller alt som det var, eller barnet vil kunne ha vanskelig for å forklare seg annerledes enn det har gjort overfor sine foreldre.

Etter utkastet er det ikke noe til hinder for at begge foreldre får være til stede under avhøret, men det normale vil være at bare én av dem møter. Se for øvrig utk. § 244 og bemerkningene til denne.

Til § 130. [lovens § 129]

Se nåværende § 181 første ledd, jfr. tvml. § 215 første ledd.

Side 210

Den nåværende lov sier at vitnene før de er avhørt under hovedforhandlingen ikke bør påhøre andre vitners, sakkyndiges eller siktedes forklaringer. Utkastet taler om «forhandling i saken» for å gjøre det klart at de heller ikke bør høre på aktors (og eventuelt forsvarers) innledningsforedrag. Utkastet har reservasjonen «som regel». Med dette tar man særlig sikte på private sakkyndige som partene fremstiller til avhøring etter reglene om vitner.

Bestemmelsen om når vitner kan stilles mot hverandre, er gitt en noe videre formulering enn i tvml. § 215, som bare nevner det tilfelle at deres forklaringer står i strid. Etter komiteens mening bør det være adgang til å stille vitner mot hverandre overalt hvor dette fremtrer som en hensiktsmessig måte å få saken oppklart på.

Til § 131. [lovens § 130]

Se nåværende § 182 annet ledd, jfr. tvml. § 216 annet ledd.

Etter utkastet skal vitnet alltid spørres om sitt forhold til siktede og fornærmede, noe som også nå som regel blir gjort i praksis. Om andre omstendigheter som kan ha innflytelse på bedømmelsen av forklaringen, spørres bare når det er særlig grunn til det.

Etter den nåværende lov skal vitnet spørres om alder. Utkastet bruker den mer presise angivelse «fødselsår og -dag».

Til § 132. [lovens § 133]

Se nåværende §§ 181 annet ledd og 183, jfr. tvml. §§ 215 annet ledd og 217.

Bestemmelsen om ledende spørsmål (strpl. § 183 tredje punktum og tvml. § 217 fjerde punktum) står i § 135 annet ledd og har fått en mer utførlig formulering enn i nåværende lov.

Til § 133. [lovens § 134]

Første og tredje ledd svarer til nåværende § 336, jfr. tvml. § 193. Siden det her er spørsmål om en beskyttelse for vitnet, som bør gjelde på alle trinn av saksbehandlingen, er bestemmelsene overført fra kapitlet om hovedforhandlingen til vitnekapitlet.

Annet ledd er nytt og betegner en viss innskrenkning i offentlighetsprinsippet. Bestemmelsen er hentet fra dansk rett, se Rpl. § 185 annet og tredje punktum som lyder slik: «Spørsmål om hvorvidt vidnet er under tiltale eller har vært straffet, stilles og besvares skriftlig. Kun retten og parterne gøres bekendt med svaret».

Første punktum i utkastets § 133 annet ledd svarer til den danske bestemmelse med den forskjell at man ikke har funnet grunn til å ta med spørsmål om vitnet er under tiltale.

Det er ikke samme grunn til å beskytte vitnet mot omtale av en sak man må regne med vil komme for retten i nær fremtid, som mot omtale av tidligere straffedommer. Annet punktum i utkastet går videre enn den danske bestemmelse, idet utkastet generelt nevner «andre spørsmål om vitnets person eller privatliv». Man tenker f.eks. på spørsmål om vitnet har vært underkastet mentalobservasjon eller vært innlagt på psykiatrisk sykehus, eller spørsmål om vitnets seksuell liv. Mens spørsmål etter første punktum skal stilles og besvares skriftlig, beror dette etter annet punktum på rettens skjønn. For at en slik bestemmelse fullt ut skal nå sitt formål, vil det være nødvendig at den som ønsker å stille spørsmålet – enten dette er aktor eller forsvarer – er innstilt på å vise hensyn overfor vitnet. Dersom spørsmålet først blir stilt muntlig, vil en vesentlig del av skaden allerede være skjedd selv om retten treffer bestemmelse om at svaret kan gis skriftlig.

En bestemmelse om at spørsmål stilles og besvares skriftlig, virker unektelig uvant, og det kan spørres om det behov som bestemmelsen tar sikte på, ikke like godt kan tilfredsstilles ved reglene i domstolslovens § 126 om adgang til å beslutte forhandling for lukkede dører «når hensynet til privatlivets fred krever det, eller når den siktede er under 18 år eller selv ber om det av grunner, som retten finner fyllestgjørende». Komiteen foreslår en utvidelse av denne bestemmelse, slik at retten kan bestemme forhandling for lukkede dører også når et vitne ber om det av grunner som retten finner fyllestgjørende. Betydningen av de nye bestemmelser i utkastets § 133 annet ledd vil være at de gir adgang til å få stillet og besvart enkelte spørsmål på en diskret måte uten å gå den omstendelige vei om kjennelse for at dørene skal lukkes. Man legger vekt på at ordningen har vært praktisert i Danmark i en årrekke og ikke synes å ha gitt anledning til kritikk, jfr. Betænkning om vidner, s. 110. Det er opplyst at man i de større domstoler har trykte eller manskinkrevne blanketter om tidligere strafforhold, som vitnet får til utfylling (Kommenteret retsplejelov I s. 233-234). Reservasjonen «som regel» tar særlig sikte på tilfelle hvor en medskyldig som allerede er dømt, blir avhørt som vitne.

Den danske lov bestemmer uttrykkelig at «kun retten og parterne gøres bekendt med svaret». Komiteen har ikke tatt med en bestemmelse av dette innhold. Det er i og for seg en selvfølge at det skriftlige svar ikke leses opp i retten. Man kan imidlertid ikke gi vitnet noen ubetinget beskyttelse mot at de forhold det gjelder kommer frem til muntlig

Side 211

drøftelse under rettsmøtet. Dersom en part ikke aksepterer vitnets svar, kan det bli tale om bevisførsel for at svaret er uriktig, f.eks. ved dokumentasjon av strafferegister eller ved vitneførsel. Om adgangen til slik bevisførsel gjelder hovedregelen i første punktum. Det samme gjelder hvis en part som ikke slår seg til ro med det skriftlige svar, ber om rettens tillatelse til en nærmere eksaminasjon av vitnet. Heller ikke under prosedyren kan aktor eller forsvarer ubetinget være avskåret fra å bruke de opplysninger som er kommet frem ved et skriftlig svar. I noen grad må man her stole på de prosederendes takt og diskresjon.

Man har ikke opptatt bestemmelsen i tvml. § 193 fjerde ledd om at rettens beslutninger etter denne paragraf ikke kan angripes ved kjæremål eller anke uten på det grunnlag at lovens regler er tilsidesatt.

Til § 134. [lovens § 135]

Etter den nåværende lov er det som hovedregel aktor og forsvarer som avhører vitnene under hovedforhandlingen (§§ 334 og 374 annet ledd). Utenfor hovedforhandlingen foretas avhøringen derimot av dommeren (§ 184). I tvistemålsloven er regelen at partene skal foreta avhøringen også utenfor hovedforhandlingen (tvml. § 212).

Komiteen finner at samme regel bør gjelde også i straffeprosessen, og bestemmelsen er formulert i overensstemmelse med tvml. § 212. Den part som har innkalt vitnet, vet best hva vitnet skal spørres om. Det stemmer også best med nåtidens syn på forholdet mellom domstolen og partene at det i første rekke er partenes sak å få frem de faktiske forhold i saken. Det er en fordel at dommeren kan nøye seg med å overvåke partenes eksaminasjon og supplere denne når han finner det nødvendig. Ved vitneførsel utenfor hovedforhandlingen påhviler det dommeren å sørge for protokollasjon av vitnets forklaring. Også dette synes å tale for at han fritas for selve eksaminasjonen. På sett og vis kan det nok være lettere for dommeren å gi en sammenfatning til protokollen av sine egne spørsmål og svarene på dem enn å sammenfatte resultatet av partenes eksaminasjon,

men den siste fremgangsmåte synes å gi den største garanti mot misforståelser og for at alle vesentlige nyanser kommer med.

Når første ledd bestemmer at det er partene som foretar avhøringen, betyr det aktor og forsvarer. Ved avhøring under rettslig etterforskning vil det ofte verken være aktor eller forsvarer til stede. I så fall må dommeren foreta avhøringen, se annet ledd. Siktede har naturligvis rett til å begjære spørsmål stilt, men etter bestemmelsen i annet ledd vil han ikke ha rett til å eksaminere vitnene direkte. Dette utelukker ikke at dommeren etter omstendighetene kan la ham stille spørsmål direkte til et vitne.

Det kunne være tale om å legge eksaminasjonen i sin helhet til dommeren hvis enten aktor eller forsvarer mangler. Komiteen mener imidlertid at man også i dette tilfelle så langt som mulig bør følge prinsippet om at eksaminasjonen skjer ved partene, og at retten bare opptrer i stedet for den som mangler. Hvis det er aktor som mangler, følger det av utkastet at påtalemyndighetens vitner blir avhørt først av dommeren, dernest av forsvareren. For forsvarsvitnene blir rekkefølgen den motsatte. Er det forsvarer som mangler, blir påtalemyndighetens vitner avhørt først av aktor, mens forsvarsvitnene blir avhørt først av dommeren.

Man har ansett det overflødig å ta med bestemmelser som svarer til tvml. § 212 fjerde, femte og sjette ledd. Bestemmelsen i utkastets første ledds siste punktum svarer i realiteten til de mer omstendelige regler i tvml. § 214.

Til § 135. [lovens § 136]

Den nåværende lov gir rettens formann adgang til å overta avhøringen når den skjer på en utilfredsstillende måte (strpl. § 334 annet ledd, jfr. tvml. § 212 tredje ledd), men går ikke inn på hva dette vil si, bortsett fra forbudet mot suggestive spørsmål. Utkastets § 135 første ledd forsøker å presisere noe nærmere de synspunkter retten skal ha for øye ved sin kontroll med avhøringen, jfr. den danske lov § 183 stk. 2 og § 184 stk. 1. Ved siden av hensynet til sakens oppklaring skal det også tas rimelig hensyn til vitnet. Det betyr at vitnet skal spares for unødig påkjenning eller sjikane. De ubehageligheter som er nødvendige for å få sannheten frem, må det naturligvis finne seg i.

Annet ledd behandler ledende eller suggestive spørsmål. Strpl. § 183 annet punktum sier nå: «Spørsmål, hvorved omstendigheter foreholdes det (vitnet), hvilke først ved dets svar skal godtgjøres, bør såvidt mulig unngås». Tvml. § 217 fjerde punktum sier kort og fyndig: «Spørsmålene må ikke uten nødvendighet være formet slik, at de legger vitnet svaret i munnen». Utkastets annet ledd har forsøkt å gi prinsippet en mer nyansert utformning. Det er klart at utgangspunktet bør være at spørsmålene stilles så nøytralt som mulig. Vitnepsykologiske erfaringer viser at spørsmålet ellers kan suggerere frem et bestemt svar. Et forbud mot ledende eller suggestive spørsmål trenger imidlertid unntak.

Side 212

Det er for det første klart at det undertiden er nødvendig å stille ledende spørsmål for i det hele å få svar. Det kan f.eks. tenkes at vitnets forklaring for retten mangler en viktig detalj som var med da vitnet forklarte seg for politiet. Dette kan skyldes at vitnet helt har glemt vedkommende trekk i hendelsesforløpet, eller bare at han ikke nå har kommet til å tenke på det. Det kan også tenkes at unnlåtelsen er bevisst, f.eks. fordi vitnet helst vil slippe å nevne forholdet eller fordi det har forklart seg uriktig tidligere. Det kan være umulig å få vitnet til å forklare seg om dette punkt uten å nevne hva det gjelder på en slik måte at spørsmålet strengt tatt er ledende. Generelle spørsmål om vitnet erindrer noe mer enn det har forklart, vil ofte ikke føre frem.

For det annet vil det ofte være uskadelig og spare tid om man bruker ledende spørsmål når det bare gjelder å få en bekreftelse på nøytrale eller uomstridte spørsmål. I praksis skjer dette i atskillig utstrekning, selv om man ikke kan si det er nødvendig å gjøre det, og fremgangsmåten derfor strengt tatt ikke er i overensstemmelse med loven.

Komiteen mener videre at det bør være adgang til å stille ledende spørsmål når det skjer for å prøve påliteligheten av opplysninger som vitnet tidligere har gitt eller for å sikre seg at vitnet er blitt riktig forstått. I engelsk-amerikansk rett blir det sondret skarpt mellom hovedforhøret, som blir holdt av den som har innstevnt vitnet, og kryssforhøret, som blir holdt av motparten. Ledende spørsmål er forbudt under hovedforhøret, men tillatt under kryssforhøret. Det blir lagt stor vekt på den mulighet som et effektivt kryssforhør gir til å avsløre et

løgnaktig eller upålitelig vitne, selv om det ofte blir innrømmet at et hensynsløst gjennomført kryssforhør også kan tjene til å forvirre og diskreditere et hederlig og troverdig vitne.

Også i svensk rett er distinksjonen mellom hovedforhør og kryssforhør tatt opp, selv om det ikke fremgår uttrykkelig av loven. RB kap. 36 § 17 tredje ledd bestemmer: «Frågor, vilka genom sitt innehåll, sin form eller sättet för deras framställande inbjuda till visst svar, må ej ställas, med mindre särskilda skäl föranleda därtill». Av lovens motiver fremgår at ledende spørsmål bl.a. er «berättigade, då den part, som åberopat vittnet, avslutat sitt förhör, och motparten vill söka få fram, att vittnets uppgifter icke äro tillförlitliga» (se Nytt Juridiskt Arkiv 1943, II, s. 483).

Å gjennomføre en formell sonndring mellom hovedforhør og kryssforhør, slik som i engelsk-amerikansk rett, ville hos oss bryte for sterkt med tilvante forestillinger og virke kunstig. Man mener imidlertid at selve tanken inneholder noe riktig, slik som det også er kommet til uttrykk i de gjengitte uttalelser fra den svenske lovs motiver. Utkastet er – i motsetning til den svenske lov – formet slik at det direkte i lovteksten peker på at det formål å prøve påliteligheten av opplysninger som vitnet tidligere har gitt, er en av de grunner som gjør det forsvarlig å stille ledende spørsmål. Det blir dommerens sak å kontrollere om eksaminasjonen holder seg innenfor slike grenser at den «er egnet til å fremkalle en klar og sannferdig forklaring» og «tar rimelig hensyn til vittnet», jfr. første ledd. Tredje ledd svarer i det vesentlige til strpl. §§ 334 annet ledd og 374 annet ledd og tvml. § 212 tredje ledd. Etter utkastet kan formannen overta avhøringen ikke bare når den foregår på en utilfredsstillende måte, men også når andre grunner taler for det. En slik særlig grunn kan være ønsket om å skåne et barn som må avhøres som vitne i en sedelighetssak, men utkastet opprettholder ikke den nåværende absolutte regel i strpl. § 334 siste ledd om at vitner under 16 år som må forklare seg i lagmannsretten i en sedelighetssak, skal avhøres av lagmannen.

Til § 136. [lovens § 131]

Se nåværende § 185, tvml. § 218.

I stedet for ed trer forsikring, se Alminnelige motiver, avsnitt VI. Om formen for forsikringen vises til § 139. Bestemmelsen i annet punktum gjengir i forenklet form den nåværende § 185 annet ledd.

Bestemmelsen i annet ledd er ny. Bestemmelsen tar sikte på å gi retten et bedre grunnlag for dens avgjørelse av om den skal unnlate å kreve forsikring fordi vitnets forklaring er upålitelig, jfr. utkastets § 138.

Etter den nåværende lov kreves i regelen ikke ed hvis begge parter frafaller edfestelse. Som nevnt i de alminnelige motiver har dette ført til atskillig ulikhet i praksis ved forskjellige domstoler, alt etter dommerens innstilling til eden. Tilsvarende ulikheter kan tenkes å oppstå med hensyn til bruken av forsikring. Også bortsett fra dette kan det reises innvendinger mot at partene skal ha innflytelse på spørsmålet. Særlig er det åpenbart at partene ikke bør ha adgang til å gi uttrykk for sitt

Side 213

syn på de enkelte vitners troverdighet ved avvekslende å frafalle og forlange forsikring. Etter komiteens mening er det sakens og vitneprovets betydning som bør være avgjørende for bruken av forsikring, med mindre noen av de særlige grunner som er nevnt i de følgende paragrafer foreligger. Etter utkastet avkreves forsikring ikke hvis retten finner forklaringen av liten betydning, og som regel ikke hvis det ikke vil bli påstått større straff enn bot. Bruk av forsikring i bagatellsaker er egnet til å undergrave respekten for denne høytidelige form. Reservasjonen «som regel» skyldes at det i enkelte bøtesaker kan stå meget på spill for den ene eller den annen av partene. Man tenker her særlig på injuriersaker, eller på saker hvor en vel ansett mann, kanskje i fremtredende stilling, står tiltalt for en handling som vil nedsette hans omdømme, selv om den rent strafferettslig ikke har alvorlige konsekvenser.

Om det vil bli påstått høyere straff enn bot, vil i de fleste tilfelle være klart allerede etter sakens art, og skulle det være tvil, vil den som regel kunne heves straks ved et spørsmål til påtalemyndighetens representant i retten. Skulle han unntaksvis måtte si at påstanden vil bero på utfallet av bevisførselen, vil det riktige være å avkreve vitnene forsikring, da det i dette tilfelle ikke lar seg konstatere at det ikke vil bli påstått høyere straff enn bot.

Utkastet har ikke noen uttrykkelig regel for det tilfelle at saken bare gjelder krav som ikke er straff (sikring, mortifikasjon, inndragning). Det vil her være naturlig å legge vekt på om saken har større betydning enn en vanlig bøtesak. Det vil normalt være tilfelle i saker om sikring eller mortifikasjon, derimot ikke i saker om inndragning, med mindre en domfellelse i realiteten vil være ensbetydende med å bli kjent skyldig i en vanærende handling.

Til § 137. [lovens § 132]

Se nåværende § 186, jfr. tvml. § 218 annet ledd.

Nr. 2 er ment å være noe mer omfattende enn den tilsvarende bestemmelse i den nåværende lov, som taler om skyld «i den handling som danner undersøkelsens gjenstand». Utkastet omfatter også tilfelle hvor vitnet kan være skyldig i andre forhold enn det tiltalen gjelder, men som har nær tilknytning til det. I en sak om tyveri bør man ikke ta imot forsikring fra den som er mistenkt for heleri, og omvendt.

Særbestemmelsen om overtredelser av toll-lovgivningen i siste ledd av den nåværende bestemmelse foreslås opphevet som overflødig.

Til § 138.

Se nåværende § 187, jfr. tvml. § 218 tredje ledd.

Utkastet går noe videre enn gjeldende lov i å gi avkall på forsikring. Den nåværende lov taler om vitner som kunne ha krevd seg fritatt for forklaring etter § 176 (som svarer til utk. § 123). Utkastet tar med også de øvrige nektelsesgrunner (§§ 124-126). Nåværende lov taler om vitnesbyrd som er «særlig upålitelig», utkastet bruker uttrykket «upålitelig». Nåværende lov taler om fornærmede som har sluttet seg til den offentlige forfølgning, utkastet taler generelt om fornærmede.

Til § 139. [lovens § 131]

De nåværende bestemmelser om formen for forsikring i rettergangen er noe uensartede. Reglene om forsikring fra lagrettemenn finnes i strpl. § 327. Det brukes her formen: «Det forsikrer jeg på ære og samvittighet». Den tilsvarende bestemmelse om domsmenn i dl. § 100 sier bare at rettens formann skal ta imot domsmannens forsikring, og etter de bestemmelser som er fastsatt av Justisdepartementet, er formen: «Det forsikrer jeg». Det samme gjelder for skjønnsmenn (jfr. skjønnslovens § 20) og for rettsvitner (jfr. dl. § 104). Parter i sivile saker gir etter tvml. § 204 forsikring på ære og samvittighet, og det samme gjelder både i sivile saker og straffesaker for vitner som avlegger forsikring i stedet for ed, se lov om ed av 10. mai 1893, §§ 2 og 3, strpl. § 188, tvml. § 219.

Komiteen mener at formen for avgivelse av forsikring bør fremgå av loven selv. Man er blitt stående ved å foretrekke den kortere formulering: «Det forsikrer jeg». Dette sier det nødvendige på en enkel og verdig måte, og ved de regler som paragrafen ellers gir, er det sørget for at avgivelsen av forsikringen er omgitt av den nødvendige høytid.

Til § 140. [lovens § 137]

Se nåværende § 189 første ledd.

Etter dl. § 206 kan et vitne som nekter å avgi forklaring, ed eller forsikring, straffes med bøter og pålegges helt eller delvis å erstatte de omkostninger som er voldt. Nårværende paragraf gir hjemmel for å anvende det sterkere tvangsmiddel å sette vitnet i fengslig forvaring, noe som det ikke er adgang til i sivile saker. I motsetning til den nåværende lov kan dette tvangsmiddel etter utkastet bare brukes når vitnet nekter å forklare seg, ikke når vitnet har forklart seg, men nekter å avlegge forsikring. Å fremtvinge en slik forsikring synes ikke å tjene noe berettiget formål. At vitnet har nektet å avgi forsikring,

Side 214

hører til de omstendigheter som retten vil ta i betraktning ved vurderingen av vitneprovet.

Etter dl. § 206 er vilkåret for å ilegge ansvar at vitnet «ikke oppgir noen grunn eller bare oppgir en grunn, som er forkastet ved rettskraftig kjennelse». Hvis vitnet oppgir en grunn for vegringen, kan retten ikke i en og samme kjennelse forkaste grunnen og ilegge ansvar for nektelsen. Vitnet får altså muligheten for å få kjennelsen om vitneplikt prøvd ved kjæremål før det tar endelig sjtandpunkt til om det skal utsette seg for ansvar ved fortsatt nektelse. Selv om systemet kan virke noe omstendelig, synes det vel begrunnet av hensyn til vitnet.

Straffeprosessloven § 189 har samme system, men går enda noe videre. Etter denne bestemmelse er det et absolutt vilkår for å anvende fengslig forvaring at vitneplikten først er fastslått ved rettskraftig kjennelse. Utkastet opprettholder denne ordning, slik at kjennelse om vitneplikten er nødvendig også når vitnet ikke oppgir noen grunn for nektelsen. Man har ment at en slik formell konstatering av vitneplikten bør kreves før man griper til et så hårdhendt tvangsmiddel som fengslig forvaring. Forskjellen er imidlertid av nokså formell art. Når vitnet er til stede i retten, må det nemlig erklære kjæremål straks mot en avgjørelse som pålegger det forklaringsplikt (strpl. § 408, utk. § 359). Hvis et vitne nekter å forklare seg, men ikke har noen grunn for nektelsen, kan retten avsi kjennelse for vitneplikten uten at det er nødvendig med annen begrunnelse enn at vitnet ikke har gitt noen grunn for sin nektelse. Og hvis vitnet ikke straks påkjærer kjennelsen, blir denne uten videre rettskraftig, slik at avgjørelse om fengslig forvaring kan treffes ved ny kjennelse i samme rettsmøte. Om man opprettholder den nåværende lovs krav om at det alltid må avsies en kjennelse som slår fast vitneplikten, og en ny kjennelse om fengslig forvaring, skulle det derfor som regel ikke behøve å føre til noen forsinkelse av saken.

Rettsavgjørelser

Norges Høyesterett - Dom - HR-2022-955-A

Instans	Norges Høyesterett – Dom
Dato	2022-05-10
Publisert	HR-2022-955-A
Stikkord	Straffeprosess. Kontradiksjon. Tilrettelagt avhør. EMK.
Sammendrag	I sak etter strl. (1902) §§ 195 andre ledd bokstav c og 197, og strl. (2005) § 304, var det gjennomført tilrettelagt, supplerende avhør av fornærmede uten at tiltalte var informert om sin rett til å begjære supplerende avhør. Han var heller ikke blitt informert at det ville bli foretatt supplerende avhør, og hadde ikke fått anledning til å se opptaket av det første tilrettelagte avhøret av fornærmede før gjennomføringen av det supplerende avhøret. Tiltaltes rett til kontradiksjon etter Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 og straffeprosessloven var da ikke ivaretatt. Lagmannsrettens fellende dom med hovedforhandling ble opphevet. (Rt-sammendrag)
Saksgang	Møre og Romsdal tingrett TMOR-2021-15900 – Frostating lagmannsrett LF-2021-78080 – Høyesterett HR-2022-955-A, (sak nr. 21-158435STR-HRET).
Parter	A (advokat John Christian Elden) mot Påtalemyndigheten (førstestatsadvokat Ingvild Thorn Nordheim).
Forfatter	Dommerne Arne Ringnes, Ingvald Falch, Wenche Elizabeth Arntzen, Kristin Normann og Jens Edvin A. Skoghøy.
Sist oppdatert	2022-05-12

(1) Dommer **Ringnes**:

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder saksbehandlingen i en straffesak om seksuell omgang med en mindreårig datter. Det sentrale spørsmålet er om tiltaltes rett til kontradiksjon er oppfylt, og særlig om han har fått anledning til å stille spørsmål til fornærmede.
- (3) Fornærmede i saken er B, som er født [00.00.2003]. Ankende part – A – er hennes far. Den 31. juli 2019 innga Bs mor en politianmeldelse mot far for seksuelle overgrep. B var på dette tidspunkt 15 år og åtte måneder, og det ble besluttet å gjennomføre tilrettelagt avhør etter straffeprosessloven § 239 på Statens Barnehus i [sted9]. Avhøret ble gjennomført 9. august 2019 og ble tatt opp på video.
- (4) Den 7. juli 2020 ble A – som jeg i fortsettelsen omtaler som tiltalte – besluttet pågrepet. Siktelsen gjaldt for det første overtredelse av straffeloven 1902 § 195 andre ledd bokstav c og § 197. Grunnlaget var beskrevet slik:
- «Ved flere anledninger i tidsrommet fra ca 2008 til 2015 på bopel i [sted1] og/eller [sted3], masturberte og slikket han kjønnsorganet til sin datter B, f. [00.00.2003], samt

fikk han henne til å masturbere sin penis.»

- (5) Siktelsen gjaldt videre overtredelse av straffeloven § 304. Grunnlaget var:
«Ved flere anledninger i perioden fra ca 2015 til 2019 på bopel i [sted3] befølte han B, f. [00.00.2003], på brystene både på bar hud og utenpå klærne.»
- (6) Tiltalte bodde på tidspunktet for pågripelsesbeslutningen i [land]. Det ble utstedt en europeisk arrestordre, og han ble pågrepet 25. september 2020.
- (7) Forsvareren fikk etter anmodning oversendt noen av sakens dokumenter 13. oktober 2020.
- (8) Tiltalte ble innsatt i norsk fengsel 4. november 2020 og ble avhørt samme dag. Den 5. november 2020 fikk ny forsvarer oversendt sakens dokumenter. Forsvareren ble pålagt taushetsplikt overfor tiltalte i henhold til straffeprosessloven § 242 andre ledd.
- (9) Det ble gjennomført nytt avhør av tiltalte 30. november 2020. Forsvareren var til stede under avhøret. Avslutningsvis i politiforklaringen heter det:
«TILRETTELAGT AVHØR AV B
Siktede blir gjort kjent med at det vil bli gjennomført avhør av B. På spørsmål om han tenker på noe politiet bør spørre henne om sier han at han har mange spørsmål, men ikke noen han ønsker at politiet skal spørre om. Siktede tror politiet klarer det bedre enn ham.»
- (10) Tiltalte var på dette tidspunkt ikke orientert om at det var avholdt tilrettelagt avhør av fornærmede og at politiet hadde begjært supplerende avhør av henne, som skulle finne sted 1. desember 2020.
- (11) Nytt tilrettelagt avhør av fornærmede ble som nevnt avholdt 1. desember 2020. Under dette avhøret var forsvareren til stede. Han hadde imidlertid ikke adgang til å kommunisere med tiltalte om de klausulerte dokumentene.
- (12) Klausuleringen om taushetsplikt ble opphevet 14. desember 2020. Fra dette tidspunktet hadde tiltalte tilgang til alle dokumentene i saken og videopptakene av fornærmedes forklaringer. Tiltalte hadde før dette fått oppnevnt ny forsvarer, og den nye forsvareren fikk 29. desember 2020 oversendt videopptakene.
- (13) Tiltalebeslutning ble tatt ut 28. januar 2021. I tiltalen er tidsrommene for når de straffbare handlingene skal ha funnet sted, noe endret fra beskrivelsen i siktelsen.
- (14) Hovedforhandlingen i Møre og Romsdal tingrett ble avholdt over fire dager fra 24. mars 2021. Tiltalte nektet straffeskyld. På hovedforhandlingens første dag ble videopptakene av de tilrettelagte avhørene av fornærmede avspilt, og tiltalte var til stede under avspillingen. Han avga deretter forklaring. Forklaringen skulle fortsette neste rettsdag, men tiltalte ble syk og var ikke til stede andre og tredje rettsdag. Det var enighet om å fortsette hovedforhandlingen 21. april 2021. Da møtte tiltalte og fortsatte sin forklaring.
- (15) Ved tingrettens dom 30. april 2021 ble tiltalte dømt etter tiltalen til en straff av fengsel i syv år samt til å betale 250 000 kroner i oppreisningserstatning til fornærmede.
- (16) Tiltalte anket dommen i sin helhet til lagmannsretten. Anken gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, saksbehandlingen – mangelfulle domsgrunner – og straffutmålingen.
- (17) Frostating lagmannsrett avholdt ankeforhandling 17. til 19. august 2021. Fornærmede var ikke til

stede. I lagmannsrettens dom er det opplyst følgende om tiltaltes tilstedeværelse under ankeforhandlingen:

«Tiltalte møtte til ankeforhandlingens første dag. Han ønsket ikke å være til stede i saken, og han ønsket heller ikke å avgi forklaring. Dette ble begrunnet med at han opplevde saken som en svært stor belastning og at han var psykisk nedkjørt. Tiltalte sa seg likevel villig til å være til stede under opplesning av sine politiforklaringer, som han vedtok som sin rettslige forklaring i saken. Han ønsker ikke å gjøre tilføyelser eller å svare på oppfølgende spørsmål. Han ble deretter dimittert etter eget ønske.»

- (18) Tiltalte forlot ankeforhandlingen før videopptakene av de tilrettelagte avhørene ble avspilt.
- (19) Frostating lagmannsrett avsa 25. august 2021 dom med slik domsslutning:
«1. A, født [00.00.1965], dømmes for:
overtredelse av straffeloven (1902) § 195 andre ledd bokstav c og straffeloven (2005) § 301, jf. § 299,
– overtredelse av straffeloven (1902) § 197 og straffeloven (2005) § 312, og
– overtredelse av straffeloven (2005) § 304
alt sammenholdt med straffeloven (2005) § 79 a til en straff av fengsel i 7 – syv – år.
Til fradrag kommer 340 dager for utholdt varetekt.
2 A, født [00.00.1965], dømmes til å betale oppreisningserstatning til B, født [00.00.2003], med 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner innen 14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse.»
- (20) Dommen er avsagt under dissens. Én meddommer mente at tiltalte skulle frifinnes.
- (21) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder saksbehandlingen, lovanvendelsen og straffutmålingen. Det er også begjært ny behandling av det sivile kravet.
- (22) Anken over saksbehandlingen er særlig begrunnet i at retten til kontradiksjon etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 er krenket, fordi det supplerende avhøret av fornærmede ble foretatt mens dokumentene var klausulert med taushetsplikt for forsvareren. Siktete fikk derfor ikke reell mulighet til å stille spørsmål til fornærmede.
- (23) Høyesteretts ankeutvalg har tillatt anken fremmet for så vidt gjelder saksbehandlingen, knyttet til spørsmålet om kontradiksjon, og straffutmålingen. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (24) Etter at anken ble henvist til behandling i Høyesterett, er det kommet frem at tiltalte, etter at siktelsen ble tatt ut, ikke fikk forkynt informasjon om sin rett til å kreve supplerende avhør av fornærmede, slik straffeprosessloven § 239 b fjerde ledd krever. Da dette ble oppdaget, fikk han slik informasjon 28. februar 2022. Forsvareren har deretter oversendt en liste med spørsmål som ønskes stilt ved avhør av fornærmede. Aktor har i skranken for Høyesterett opplyst at det der er angitt spørsmål som fornærmede ikke fikk under de tilrettelagte avhørene.
- (25) A har nedlagt påstand om at lagmannsrettens og tingrettens dommer med hovedforhandlinger oppheves både for straffekravet og erstatningskravet.
- (26) Påtalemyndigheten har nedlagt påstand om at lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves, og har i påtegning 30. mars 2022 begrunnet dette slik:
«Etter en nærmere gjennomgang av saken og rettspraksis i Høyesterett og EMD,

bedømmer påtalemyndigheten saken slik at det er grunnlag for opphevelse i det kontradiksjonen i denne saken ikke er ivaretatt.»

Mitt syn på saken

Siktedes rett til kontradiksjon i saker hvor det avholdes tilrettelagt avhør

- (27) Problemstillingen i saken er om tiltaltes rett til kontradiksjon er ivaretatt. Tiltalte har en grunnleggende rett til – gjennom sin forsvarer – å avhøre vitner som blir ført mot ham, jf. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav d. Retten til kontradiksjon er også et grunnleggende prinsipp etter straffeprosessloven. Vanligvis ivaretas denne retten ved at forsvareren kan eksaminere vitnet under hovedforhandlingen eller ankeforhandlingen, jf. straffeprosessloven §§ 296 første ledd og 327 første ledd første punktum, som fastsetter at hovedregelen er at vitner avhøres muntlig for den dømmende rett.
- (28) I saker som gjelder seksuallovbrudd samt visse voldslovbrudd, gir straffeprosessloven særregler for avhør av vitner under 16 år. Under etterforskningen av slike saker skal det gjennomføres tilrettelagt avhør av vitnet, jf. § 239 første ledd, og avhøret skal tas opp på video, jf. § 239 a tredje ledd. Jeg nevner at § 239 andre til femte ledd har bestemmelser om bruk av tilrettelagt avhør også i andre saker.
- (29) Under hovedforhandlingen avspilles videoopptakene, og de erstatter vitnets muntlige forklaring i retten, jf. § 298 første ledd, som lyder:
- «I sak der det er tatt tilrettelagt avhør etter § 239 første ledd og vitnet ved hovedforhandlingen er under 16 år, skal videoopptak av avhøret tre i stedet for personlig forklaring. Det samme gjelder om vitnet har fylt 16 år, med mindre det av hensyn til siktedes rett til kontradiksjon er nødvendig at vitnet avgir personlig forklaring under hovedforhandlingen.»
- (30) Det følger av § 239 b første ledd at det første tilrettelagte avhøret som hovedregel skal tas uten at mistenkte blir varslet. For å sikre siktedes rett til kontradiksjon er det i paragrafens fjerde ledd og i § 239 c andre ledd gitt bestemmelser om siktedes rett til å begjære supplerende avhør av vitnet. Dette er sentrale bestemmelser i saken, som jeg kommer nærmere tilbake til etter gjennomgangen av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).
- (31) Straffeprosesslovens regler om tilrettelagt avhør er utformet med sikte på å oppfylle de krav som følger av EMK artikkel 6 og praksis fra EMD, jf. Prop.112 L (2014–2015) side 59:
- «Etter departementets syn vil siktedes rett til en rettferdig rettergang bli godt ivaretatt ved at siktede får sett opptak av gjennomført avhør og kan få sine spørsmål til vitnet stilt ved supplerende avhør. Svekket vitnenes rettssikkerhet mer enn hva som er nødvendig, kan det være i strid med våre internasjonale forpliktelser. Departementet mener derfor at den foreslåtte avhørsmodellen er en ordning som best ivaretar både vitnenes og siktedes rettssikkerhet, og således best ivaretar våre internasjonale forpliktelser.
- Den foreslåtte avhørsmodellen forutsetter at mistenkte skal bli siktet og varslet så snart som mulig etter det tilrettelagte avhøret er tatt og at siktede da skal få tilgang til avhøret og få informasjon om at han kan begjære supplerende avhør. EMDs praksis viser at det ikke er et krav om at siktede har fått mulighet til å få spørsmål stilt til vitnet ved første avhør, forutsatt at siktede får mulighet til å få sine spørsmål stilt til vitnet i løpet av etterforskningen eller rettergangen.»

- (32) Den grunnleggende avgjørelsen fra EMD er storkammerdommen 15. desember 2011 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* [EMD-2005-26766]. EMD klargjorde her prinsippene som gjelder for adgangen til opplesning av tidligere forklaringer fra vitner som ikke er til stede under den offentlige rettssaken, og som tiltalte ikke har hatt mulighet til å eksaminere. I avsnitt 118 oppstilles det generelle rettslige utgangspunktet:
- «Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings ...»
- (33) I dommen drøftes det deretter under hvilke betingelser det kan gjøres unntak fra prinsippet om at alle bevis mot tiltalte må fremlegges i den offentlige rettssaken, slik at han kan imøtegå dem. Dette oppsummeres i avsnitt 147. Der domfellelsen bare eller i avgjørende grad («solely or to a decisive degree»), jf. avsnitt 119, er basert på forklaringer fra vitner som tiltalte ikke har hatt mulighet til å utspørre, må det – for at rettsikkerhetsgarantiene i artikkel 6 skal oppfylles – foreligge «sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards».
- (34) Disse prinsippene er senere lagt til grunn i en rekke avgjørelser fra EMD. Det er særlig grunn til å trekke frem storkammerdommen 15. desember 2015 *Schatschaschwili mot Tyskland* [EMD-2010-9154] hvor prinsippene er oppsummert og nærmere utdypet i avsnitt 107:
- «According to the principles developed in *Al-Khawaja and Tahery*, it is necessary to examine in three steps the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention of proceedings in which statements made by a witness who had not been present and questioned at the trial were used as evidence (ibid., § 152). The Court must examine
- whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statements as evidence (ibid., §§ 119-25);
- whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (ibid., §§ 119 and 126-47); and
- whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair (ibid., § 147).»
- (35) Domstolen behandler i de følgende avsnittene forholdet mellom de tre kriteriene og det nærmere innholdet av dem. For vår sak er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.
- (36) I EMDs praksis er prinsippene også anvendt i saker som gjelder domfellelse for seksuelle overgrep mot mindreårige. Her viser jeg til EMDs avgjørelse 2. april 2013 *D.T. mot Nederland* [EMD-2010-25307] avsnitt 44 til 52 og dom 19. desember 2013 *Rosin mot Estland* [EMD-2008-26540], avsnitt 50 til 63.
- (37) Rettighetene som følger av artikkel 6, er minimumsrettigheter, og vurderingen av om tiltaltes rett til kontradiksjon er ivarettatt i saker hvor det er avholdt tilrettelagt avhør, må skje med utgangspunkt i straffeprosesslovens mer konkrete og detaljerte saksbehandlingsregler. Sentralt i denne sammenheng er siktedes rett til å begjære og få gjennomført *supplerende avhør av vitnet*.

Formålet er, som jeg allerede har vært inne på, å gi siktede mulighet for kontradiksjon ved at han gjennom avhørsleder skal kunne få stilt sine spørsmål til vitnet.

- (38) I Prop.112 L (2014–2015) side 56 heter det at det supplerende avhøret trer i stedet for siktedes rett til å eksaminere vitnet under hovedforhandlingen.
- (39) Straffeprosessloven § 239 b fjerde og femte ledd lyder:
- «Tas det ut siktelse, skal siktede og forsvarer straks få adgang til å gjøre seg kjent med de dokumenter i saken som det er adgang til etter § 242, herunder videoopptak av tilrettelagte avhør. Påtalemyndigheten skal ved forkynning informere siktede om at siktede har adgang til å begjære supplerende avhør av vitnet og at videoopptak av tilrettelagte avhør vil kunne tre i stedet for vitnets personlige forklaring under hovedforhandlingen. Avhørsleder skal gi siktede en frist til å begjære supplerende avhør og siktede skal gis anledning til å rådføre seg med sin forsvarer før fristen går ut.
- Blir siktede varslet om at det skal tas tilrettelagt avhør, skal han gis anledning til å rådføre seg med sin forsvarer før avhøret.»
- (40) Jeg viser videre til § 239 c andre og tredje ledd:
- «Siktede kan ved begjæring til avhørsleder be om at det blir tatt supplerende avhør av vitnet. Begjæringen skal angi hvilke spørsmål som ønskes stilt til vitnet.
- Har siktedes begjæring kommet inn innen fristen fastsatt etter § 239 b, skal det tas supplerende avhør av vitnet, med mindre avhørsleder kommer til at det etter en samlet vurdering, der det legges særlig vekt på siktedes rett til kontradiksjon, vil være en uforholdsmessig belastning for vitnet.»
- (41) I § 239 c fjerde ledd er det bestemt at en begjæring inngitt etter fristen kan innvilges i særlige tilfeller. Videre nevner jeg at det følger av paragrafens femte ledd at en avgjørelse om avslag på begjæring om supplerende avhør kan bringes inn for retten.
- (42) Et supplerende avhør skal som hovedregel avholdes innen én uke etter at det ble gjennomført tilrettelagt avhør, se § 239 e sjette ledd. Endelig viser jeg til at nærmere regler om tilrettelagte avhør er gitt i forskrift 24. september 2015 nr. 1098.
- (43) Jeg vender nå tilbake til § 239 b fjerde ledd, som fastsetter flere saksbehandlingsregler som skal sikre at siktede får en reell mulighet til å få gjennomført supplerende avhør.
- (44) For det første skal påtalemyndigheten ved forkynning informere siktede om adgangen til å begjære supplerende avhør. Påtalemyndigheten har med andre ord en aktivitetsplikt, og det er i utgangspunktet ikke opp til siktede å ta initiativ til avhøret. For det andre skal siktede samtidig orienteres om at videoopptak av tilrettelagte avhør vil kunne tre i stedet for vitnets personlige forklaring under hovedforhandlingen. Og for det tredje skal siktede og forsvarer straks få adgang til sakens dokumenter og videoopptaket av det første avhøret av vitnet.
- (45) Det er i § 239 b fjerde ledd første punktum angitt at denne innsynsretten gjelder dokumenter «som det er adgang til etter § 242». Dersom avhøret er unntatt fra innsyn av hensyn til etterforskningen, jf. § 242 første ledd, eller klausulert med taushetsplikt for forsvareren, jf. andre ledd, vil imidlertid siktede ikke ha et reelt grunnlag for å ivareta sin rett til å få stilt spørsmål til vitnet. En klausulering etter § 242 må derfor oppheves så tidlig at siktede – i samråd med forsvareren – kan ta stilling til om supplerende avhør skal begjæres, og til å utarbeide relevante spørsmål, innen den frist som er satt av avhørsleder. Dette er også forutsatt i forarbeidene, se Prop.112 L (2014–2015) side 49 hvor det heter:

«Videre mener departementet, i likhet med Agder lagmannsrett, Nedre Telemark tingrett og Det nasjonale statsadvokatembetet, at siktedes rettssikkerhet blir bedret fordi siktede får muligheten til å se avhøret før siktede skal forberede spørsmål til vitnet. Slik får siktede langt bedre forutsetninger for å stille relevante spørsmål til vitnet og få frem alle sider ved vitnets forklaring.»

- (46) Den samme forståelsen er lagt til grunn av Riksadvokaten i RA-2015-483 Tilrettelagte avhør – direktiver og retningslinjer, se kapittel 15 i rundskrivet:

«Det er ikke i forbindelse med lovendringene om tilrettelagte avhør gjort endringer i § 242, som gjør innsyn betinget av at det kan gis uten skade eller fare for etterforskingens øyemed eller for tredjemann. Straffeprosessloven § 239 d fjerde ledd første punktum innebærer ikke at siktede har et ubetinget krav på innsyn i videoopptaket før han har fått muligheten til å forklare seg for politiet og politiet har hatt mulighet til å forestå konfrontasjon, jf. påtaleinstruksen § 8-2 åttende ledd. For at siktede skal kunne foreta en reell vurdering av om han ønsker å begjære supplerende avhør, og for at slike avhør skal kunne gjennomføres innen ukesfristen, må avhør av siktede i praksis påbegynnes straks i saker hvor det er tatt et tilrettelagt avhør som befester eller styrker mistanken.»

Den konkrete vurderingen i saken

- (47) Påtalemyndigheten sørget ikke for at tiltalte fikk forkynt informasjon om retten til å begjære supplerende avhør og overholdt derfor ikke kravet i § 239 b fjerde ledd. Videre ble det supplerende avhøret av fornærmede avholdt 1. desember 2020 uten at tiltalte var informert om det, og uten at han hadde fått adgang til å se videoopptaket av det første avhøret av henne. Han fikk følgelig ikke reell mulighet til å stille spørsmål til fornærmede.
- (48) Dette er klare saksbehandlingsfeil etter straffeprosesslovens regler, som har fratatt tiltalte muligheten for kontradiksjon på etterforskningsstadiet.
- (49) I redegjørelsen for sakens bakgrunn har jeg gjengitt fra tiltaltes politiforklaring at han ikke hadde noen ønsker om hva politiet skulle spørre fornærmede om. Ut fra omstendighetene kan dette ikke tolkes som et utvetydig avkall på retten til eksaminasjon, se Rt-2011-93 avsnitt 29, hvor det er redegjort for hva som kreves for slikt avkall.
- (50) En eventuell forsømmelse fra tiltaltes daværende forsvarer av ikke å begjære ytterligere supplerende avhør, kan heller ikke medføre at retten til supplerende avhør er bortfalt. Tungtveiende rettssikkerhetshensyn taler mot at tiltalte skal identifiseres med slike forsømmelser fra forsvareren. Dette ville i tilfelle kunne medføre at siktede mister retten til kontradiksjon, jf. til sammenligning Rt-2015-334 avsnitt 55 og 56. Jeg viser videre til Rt-2011-93 avsnitt 32 og 33:
- «(32) Kontradiksjon er dessuten både innenfor EMK og intern norsk rett en meget viktig rettighet, som må praktiseres i samsvar med grunnkravet om en rettferdig rettergang – jf. kravet til 'fair trial' i EMK artikkel 6 nr. 1.
- (33) Man bør på denne bakgrunn etter mitt syn i alle fall være forsiktig med å godta at den tiltalte har gitt avkall på retten til kontradiksjon i forbindelse med dommeravhør som følge av forsvarerens manglende disposisjoner. Om denne retten er oppgitt, kan dessuten enkelt avklares gjennom spørsmål fra retten eller aktor.»
- (51) Under hovedforhandlingen i tingretten og ankeforhandlingen i lagmannsretten ble videoopptakene av fornærmede avspilt, og domfellelsen er i avgjørende grad basert på disse forklaringene. Her viser jeg til at lagmannsrettens flertall uttaler at fornærmedes forklaring «etterlater ... ingen tvil om

at hun forklarer seg om selvopplevde og reelle hendelser». Det heter videre at «[d]et sentrale i saken har vært fornærmedes forklaring og troverdighet». Om tiltaltes forklaring uttaler flertallet at han «kategorisk [har] benektet å ha forgrepet seg på B», men at flertallet ikke fester lit til hans forklaring.

- (52) Det foreligger altså en situasjon hvor «the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction», jf. prinsippene som er oppsummert i Schatschaschwili-dommen avsnitt 107, som jeg har redegjort for.
- (53) I henhold til disse prinsippene må det være god grunn – «good reason» – til at fornærmede ikke møtte og ga forklaring i retten. Da hovedforhandlingen i tingretten ble avholdt, var fornærmede fylt 16 år. Det følger da av § 298 første ledd andre punktum at videoopptak av avhøret trer i stedet for personlig forklaring «med mindre det av hensyn til siktedes rett til kontradiksjon er nødvendig at vitnet avgir personlig forklaring under hovedforhandlingen.»
- (54) EMDs dom 19. desember 2013 *Rosin mot Estland* [EMD-2008-26540] avsnitt 53 kaster lys over de avveininger som må gjøres i denne sammenheng:
- «The Court must also have regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the alleged victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence ...»
- (55) Spørsmålet om tiltaltes rett til kontradiksjon tilsa at fornærmede skulle avgitt forklaring i retten, må vurderes på bakgrunn av den informasjonen som nå foreligger. Når tiltalte ikke hadde hatt reell mulighet for kontradiksjon under etterforskningen, var det etter mitt syn ikke forsvarlig at forhandlingene ble gjennomført uten at tiltalte fikk anledning til å eksaminere fornærmede.
- (56) Jeg tilføyer at det ikke kan gå ut over tiltalte at forsvareren ikke krevde personlig avhør av fornærmede. Jeg viser til det jeg tidligere har sagt om at tiltalte ikke skal identifiseres med forsvareren, dersom denne har forsømt å ivareta retten til kontradiksjon.
- (57) Endelig bemerker jeg at det i denne saken ikke foreligger noen kompenserende tiltak – «counterbalancing factors» – som kan oppveie at tiltalte ikke på noe tidspunkt av straffesaken fikk reell mulighet til å eksaminere fornærmede.
- (58) Min konklusjon er etter dette at tiltaltes rett til kontradiksjon etter Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 og straffeprosessloven ikke ble ivaretatt i saken. Som jeg har nevnt, er dette også påtalemyndighetens syn.
- (59) Det følger av rettspraksis at det stilles små krav til sannsynliggjøring av at manglende kontradiksjon kan ha virket inn på resultatet, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd og Rt-2011-93 avsnitt 40 med videre henvisninger. Jeg finner det klart at lagmannsrettens dom med ankeforhandling må oppheves.
- (60) Forsvareren har, under henvisning til HR-2020-1140-A, lagt ned påstand om at også tingrettens dom med hovedforhandling må oppheves. Den saken gjaldt spørsmålet om de psykiatrisk sakkyndige var inhabile i en narkotikasak hvor det var spørsmål om tiltalte var tilregnelig på

handlingstiden. Høyesterett kom til at også tingrettens dom med hovedforhandling skulle oppheves.

- (61) Jeg mener at denne avgjørelsen ikke er avgjørende her, da den gjaldt en annen situasjon. Høyesterett har i tidligere saker som gjelder tilsvarende problemstilling som i vår sak, lagt til grunn at det er tilstrekkelig at lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves, jf. Rt-2011-93 avsnitt 41 og 42 med videre henvisning til Rt-2010-600. Begrunnelsen er at saksbehandlingsfeilen kan rettes opp i lagmannsretten ved at det avholdes et supplerende avhør hvor tiltaltes rett til eksaminasjon blir ivaretatt.

Konklusjon

- (62) Min konklusjon er at lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves. Det er fastsatt i ankeutvalgets henvisningsbeslutning at dersom anken i straffesaken fører frem, må det få betydning for avgjørelsen av det sivile kravet. Dommen på betaling av oppreisningserstatning må etter dette også oppheves.

- (63) Jeg stemmer for denne

DOM:

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (64) Dommer **Falch**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

- (65) Dommer **Arntzen**: Likeså.

- (66) Dommer **Normann**: Likeså.

- (67) Dommer **Skoghøy**: Likeså.

- (68) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

DOM:

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Norges Høyesteretts ankeutvalg - Kjennelse - HR-2022-866-U

Instans	Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse
Dato	2022-04-29
Publisert	HR-2022-866-U
Stikkord	Straffeprosess. Bevisavskjæring.
Sammendrag	En tiltalt person var blitt avhørt under en biltransport umiddelbart etter pågripelsen uten at det var gjort tilstrekkelig klart for ham at samtalen i bilen var et avhør, og at retten til forsvarer dermed også gjaldt for denne samtalen. Ankeutvalgets flertall kom i motsetning til lagmannsretten til at dette avhøret skulle avskjæres som bevis. Det ble vist til at den utilstrekkelige informasjonen innebar en krenkelse overfor siktede, og denne krenkelsen ville bli fortsatt hvis avhøret skulle bli tillatt brukt som bevis i medhold av strpl. § 290. Dissens 2-1. (Rt-sammendrag)
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2020-123945 – Borgarting lagmannsrett LB-2021-83719-1 – Høyesterett HR-2022-866-U, (sak nr. 22-045469STR-HRET), straffesak, anke over kjennelse.
Parter	A (advokat Aurora Lindeland Geelmuyden) mot Påtalemyndigheten (statsadvokat Marit Formo politiadvokat Lene Hammersland).
Forfatter	Dommerne Indreberg, Bergh. Dissens: dommer Steinsvik.
Sist oppdatert	2022-05-09

-
- (1) Saken gjelder spørsmål om et politiavhør skal avskjæres som bevis på grunn av at siktede ikke ble tilstrekkelig informert om sin rett til å la seg bistå av forsvarer under avhøret.
 - (2) Grunnlaget for tiltalen mot A er i korte trekk at han via chattetjenester på internett har medvirket til at det ble begått seksuelle overgrep mot mindreårige på Filippinene i tidsrommet 2012 til 2015, og har besittet fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn eller fremstillinger som seksualiserer barn.
 - (3) A ble pågrepet på Værnes lufthavn torsdag 22. mars 2018 cirka kl. 15.50. Han skulle da reise til Filippinene. I bilen fra Værnes til politihuset i Trondheim, i tidsrommet fra kl. 16.03 til kl. 16.43, ble det foretatt et første avhør av ham uten forsvarer til stede. Underveis i det andre avhøret senere samme dag, fikk A oppnevnt forsvarer jf. straffeprosessloven § 98 første ledd.
 - (4) Ved Oslo tingretts dom 23. mars 2021 ble A dømt i samsvar med tiltalen til fengsel i 13 år. Han ble også dømt til å betale oppreisning til flere fornærmede.
 - (5) A har anket til Borgarting lagmannsrett, og hans anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet er henvist til behandling. Ankeforhandlingen er berammet til 9. mai 2022.
 - (6) Tiltalte ved sin nye forsvarer har begjært det første avhøret av tiltalte avskåret som bevis for lagmannsretten, fordi han ikke på tilfredsstillende vis ble opplyst om eller ga avkall på sin rett til å ha forsvarer tilstede.
 - (7) Borgarting lagmannsrett avsa 3. mars 2022, etter skriftlig behandling, kjennelse med slik slutning:

«Lydfil og politirapport fra avhør 22. mars 2018 kan benyttes som bevis under ankeforhandlingen i samsvar med straffeprosessloven § 290.»

- (8) Lagmannsretten understreket at siktede ikke på noe tidspunkt ble nektet å ha forsvarer til stede, men kom til at han ikke fikk tilstrekkelig tydelig informasjon om retten til å ha forsvarer under det første avhøret, og heller ikke utvetydig ga avkall på retten. Lagmannsretten konkluderte imidlertid med at føring av beviset ikke vil være i strid med retten til rettferdig rettergang, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 og Grunnloven § 95, og at avhøret kan benyttes som bevis etter de norske reglene om avskjæring av ulovlig ervervede bevis.
- (9) A har anket til Høyesterett. Det er anført at føring av avhøret som bevis er i strid med retten til rettferdig rettergang jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Lagmannsretten har ikke konkret vurdert kravet etter Den europeiske menneskerettsdomstols (EMDs) praksis om at det må foreligge «compelling reasons» for å gjøre unntak fra retten til forsvarer. Fravær av slike tvingende grunner medfører at det skal mer til for å konkludere med at prosessen som helhet har vært rettferdig. Kravet om «compelling reasons» er ikke begrenset til tilfeller der siktede er nektet forsvarer.
- (10) Selvinkrimineringsvernet omfatter ikke kun tilståelser eller direkte inkriminerende uttalelser. Tiltaltes generelle troverdighet er helt avgjørende for skyldspørsmålet. Det er uklart hvilken betydning lagmannsretten mener at det har at feil ved avhøret først ble påpekt under saksforberedelsene til ankeforhandlingen. En tiltalt skal ikke lastes for forsvarerens eventuelle feil. Lagmannsretten skulle lagt mer vekt på at feilen var bevisst fra politiets side. Videre er det anført at avhøret skulle vært avskåret etter den norske læren om ulovlig ervervet bevis. Når det først er konstatert brudd ved tilblivelsen av et avhør, vil dette som regel tilsi at bruk av avhøret som bevis er en fortsettelse av rettskrenkelsen. Lagmannsretten har ikke vektlagt at beviset i liten grad har betydning for sakens opplysning, og at det da skal mindre til for å nekte det ført. Det forelå «særlige grunner» som tilsa at politiet skulle ha oppnevnt forsvarer på eget initiativ, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd, jf. påtaleinstruksen § 8-1a, og det må også vurderes om tiltalte skulle fått oppnevnt forsvarer etter § 98. Det er lagt ned følgende påstand:
- «Avhøret av 22. mars 2018 kl. 16:03 (dok 07,02 og tilhørende lydfil) og gjengivelse derfra i tingrettens dom avskjæres som bevis i saken.»
- (11) *Påtalemyndigheten* har anført at A ble tilstrekkelig informert om sin rett til forsvarer, og ga et informert avkall på retten. Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at avhører var bevisst vag. Lagmannsretten har tatt riktig rettslig utgangspunkt for helhetsvurderingen etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Kriteriet «compelling reasons» jf. EMDs praksis gjelder kun tilfeller der rett til forsvarer nektes. A ga ikke informasjon i sitt første avhør som har vesentlig betydning for hans situasjon, og føring av beviset er dermed ikke i strid med selvinkrimineringsvernet. At manglende forsvarer ble et tema først i forbindelse med saksforberedelser til lagmannsretten, kan være et element i helhetsvurderingen. Videre slutter påtalemyndigheten seg til lagmannsrettens redegjørelse for reglene for bevisavskjæring av ulovlig ervervet bevis. Det forhold at avhøret ble gjennomlest med forsvarer til stede, må tillegges vekt ved vurderingen av hvorvidt føring av beviset vil innebære en fortsatt krenkelse. Det er feil at brudd ved tilblivelsen av et avhør som regel vil tilsi at føring vil innebære en krenkelse. Det er ikke grunnlag for anførselen om at det skal mindre til for å avskjære et mindre sentralt bevis. At vilkårene for oppnevning av forsvarer etter § 100 andre ledd kan ha vært tilstede, innebærer ikke at politiet automatisk hadde en plikt til å besørge oppnevning av forsvarer. Det er lagt ned følgende påstand:
- «Anken forkastes.»
- (12) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at lagmannsretten har avsagt kjennelsen som første instans. De begrensingene i ankeutvalgets kompetanse som følger av straffeprosessloven § 388 første ledd, får derfor ikke anvendelse.

- (13) Lagmannsretten har avgjort spørsmålet om bevisavskjæring under henvisning til straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. Etter denne bestemmelsen kan det «holdes rettsmøte under saksforberedelsen» blant annet for å behandle spørsmål om å «avskjære bevisførsel under hovedforhandlingen». Det må anses klart at bestemmelsen ikke gir adgang til skriftlig behandling av spørsmål om bevisavskjæring. I Prop.146 L (2020–2021) side 61 heter det om dette:
- «Det er også utelukket med skriftlig behandling av spørsmål om bevisavskjæring etter første ledd bokstav c, se Ot.prp.nr.66 (2001–2002) punkt 8.4.3 side 85, HR-1990-1455-S og Ørnulf Øyen, 'Rettsens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker', kapittel 4 i boken: 'Bevis i straffesaker. Utvalgte emner', Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), Gyldendal 2015 side 184-185. Se også Keiserud m.fl.: Straffeprosessloven kommentarutgave bind II (5. utgave, Oslo 2020) side 1130 ('Keiserud m.fl., Straffeprosessloven, 2020'), hvor det gis uttrykk for at dette 'neppe er en god regel'.»
- (14) Etter forslag i proposisjonen er straffeprosessloven § 272 vesentlig endret ved lov 18. juni 2021 nr. 122, som trer i kraft 1. juli 2022. Endringene medfører at retten vil ha en vid adgang til å treffe avgjørelser under saksforberedelsen uten at det er krav om forutgående rettsmøte. Dette vil også omfatte avgjørelser om bevisavskjæring.
- (15) I og med at lovendringen foreløpig ikke er satt i kraft, er det en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten har avgjort bevisavskjæringsspørsmålet uten forutgående muntlig forhandling. Anken omfatter imidlertid ikke lagmannsrettens saksbehandling, og ankeutvalget er kommet til at det ikke er grunn til å oppheve avgjørelsen utenom anken, jf. straffeprosessloven § 385 tredje ledd andre punktum. Lagmannsretten har foretatt en grundig og forsvarlig behandling, bygd på skriftlige innlegg fra partene, og det er ikke holdepunkter for at feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold.
- (16) Ved avgjørelsen av om beviset skal nektes ført i denne saken, har ankeutvalget delt seg i et flertall og et mindretall.
- (17) Flertallet, *dommerne Indreberg og Bergh*, er kommet til at anken fører fram.
- (18) Det følger av straffeprosessloven § 94 første ledd at siktede har rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken, og at han skal gjøres kjent med dette. Det første spørsmålet i saken er om A ved det første avhøret, som altså skjedde i en bil umiddelbart etter pågripelsen, i tilstrekkelig grad ble gjort kjent med retten til bistand av forsvarer.
- (19) Lagmannsrettens kjennelse inneholder en utførlig beskrivelse av de innledende delene av avhøret, som også omfattet informasjon om siktedes rettigheter, herunder en transkribering av lydopptaket fra de mest relevante delene.
- (20) Det er på det rene at siktede i bilen ble informert om at han hadde rett til å ha forsvarer til stede under avhør, og om at han ikke hadde plikt til å forklare seg. Han ga også uttrykk for at han forsto dette. Lagmannsretten konkluderer likevel med at siktede ikke fikk tilstrekkelig *tydelig* informasjon om retten til å la seg bistå av forsvarer.
- (21) Lagmannsretten uttaler i denne sammenheng blant annet:
- «Lagmannsretten understreker at det ikke er ulovlig å foreta et avhør umiddelbart etter pågripelse, og under omstendigheter som redegjort for over. Men både tidspunktet, situasjonen, stedet for avhøret, og avhørerens innledning til avhøret om hva som nå 'skal' skje, skaper en klar forventning og et ikke ubetydelig press om at tiltalte nå skal

forklare seg. Under slike omstendigheter må det stilles strenge krav til innholdet og måten siktedes rettigheter formidles på, og tydelig dokumentasjon for at siktede faktisk har forstått innholdet. Denne konteksten vil også ha betydning for de krav som må stilles til klarheten og utvetydigheten til et avkall på retten til å la seg bistå av forsvarer.»

- (22) Flertallet slutter seg til dette. Når det gjelder den konkrete vurderingen er det sentrale, slik også lagmannsretten fremhever, at det ikke på et tidlig stadium ble gjort tilstrekkelig klart at samtalen i bilen faktisk var et avhør, og at retten til forsvarer dermed også gjaldt for denne samtalen. Informasjonen om rett til forsvarer fremsto mer som en generell informasjon om rettighetene som siktet, uten direkte tilknytning til den samtalen som ble gjennomført i bilen. Videre burde siktede også fått tydeligere beskjed om at politi og påtalemyndighet var pliktig til å bistå med å oppnevne forsvarer, dersom tiltalte ønsket det, og at det offentlige ville dekke kostnadene knyttet til dette, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd.
- (23) Etter dette er flertallet enig med lagmannsretten i at avhøret i bilen innebar et brudd med siktedes rettigheter etter straffeprosessloven ved at han ikke på riktig måte ble gjort kjent med retten til å la seg bistå ved forsvarer. Avhøret må da anses som et bevis som er skaffet til veie på en utilbørlig måte.
- (24) Etter straffeprosessloven er utgangspunktet at tiltalte skal forklare seg umiddelbart for den dømmende rett. Lovens § 290 gir likevel hjemmel for å tillate at en tidligere politiforklaring kan leses opp dersom det foreligger motstrid mellom den forklaringen og forklaringen som tiltalte avgir for retten. Spørsmålet i dette tilfellet er om feilen ved avhøret må føre til at det må avskjæres som bevis selv om vilkårene i § 290 for øvrig skulle være oppfylt.
- (25) Retten kan nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte. Hovedregelen er likevel at beviset skal tillates ført, jf. HR-2021-966-A avsnitt 21. Det fremheves samme sted at spørsmålet om avskjæring må avgjøres ut fra en bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. I avsnitt 24 pekes det på at momenter i vurderingen blant annet er grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset, om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse, hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken. Anvendelsen av regelen om bevisavskjæring må holdes opp mot målet om å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse. Reglene om bevisavskjæring må dessuten ses i lys av retten til en rettfærdig rettergang jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95, jf. HR-2018-1909-A avsnitt 30.
- (26) Ved den konkrete vurderingen viser flertallet til at retten til forsvarer på ethvert trinn i saken er en sentral rettighet for å sikre siktedes rettssikkerhet. Det fremhever også at saken beviset ønskes ført i, er en meget alvorlig straffesak. Videre er dette et tilfelle hvor føring av beviset vil medføre at rettskrenkelsen fortsetter.
- (27) Avhøret inneholder ikke noen form for tilståelse, og det kan i det hele tatt være usikkert hvilken bevismessig betydning avhøret kan ha. Hensynet til sakens opplysning taler da ikke i vesentlig grad mot bevisavskjæring.
- (28) Lagmannsretten har benyttet at avhøret uansett har begrenset bevisverdi, som et argument i motsatt retning – for at det bør tillates ført. Ankeutvalgets flertall er ikke enig i en slik synsvinkel. Det kan som påpekt, etter omstendighetene, være et moment som taler for å tillate et ulovlig bevis ført, at dette kan være nødvendig for å sikre en riktig avgjørelse. Men det kan også, beroende på omstendighetene, være utelukket å tillate et ulovlig bevis dersom det er det eneste eller et helt sentralt bevis. Det må uansett skje en konkret vurdering. Når det som her er slik at beviset antas å ha begrenset bevismessig betydning, må hensynet til å unngå å fortsette krenkelsen være avgjørende.

- (29) Lagmannsretten har i sin avgjørelse videre vist til at retten til forsvarer ikke er absolutt, og at tiltalte ikke er nektet å bli bistått av forsvarer. Etter flertallets syn blir det ikke riktig å foreta en slik relativisering. Hvis man, slik også lagmannsretten har gjort, kommer til at siktede har avgitt forklaring uten at han har fått tilstrekkelig informasjon om retten til forsvarer, er det skjedd en krenkelse som vil bli fortsatt om avhøret tillates brukt som bevis.
- (30) Flertallet konkluderer etter dette med at avhøret avskjæres som bevis.
- (31) Ankeutvalgets mindretall – *dommer Steinsvik* – er kommet til samme resultat som lagmannsretten.
- (32) Etter mindretallets syn vil en opplesning av politiforklaringen – innenfor rammene av straffeprosessloven § 290 – ikke være i strid med EMK artikkel 6, Grunnloven § 95 eller reglene om avskjæring av bevis som er skaffet til veie på en ulovlig eller utilbørlig måte.
- (33) Vedrørende forholdet til EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95 er mindretallet enig i den begrunnelse lagmannsretten har gitt.
- (34) Når det gjelder spørsmålet om beviset skal avskjæres etter *reglene om ulovlig ervervet bevis*, slutter mindretallet seg til de rettslige utgangspunktene som flertallet har redegjort for. Som klargjort i avgjørelsen i HR-2021-966-A må spørsmålet om avskjæring av bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, bero på en bred avveining. Sentrale momenter er grovheten av den krenkelse som er begått ved innhenting, om føring av beviset innebærer en fortsatt krenkelse, sakens alvor og bevisets betydning for oppklaring av saken.
- (35) Siktelsen gjelder en meget alvorlig straffesak og det må stilles strenge krav til at siktedes prosessuelle rettigheter overholdes på ethvert stadium. Mindretallet mener at det på enkelte punkter er grunnlag for å reise kritikk mot gjennomføringen av den innledende fasen av avhøret, men kan ikke se at avhøret ble gjennomført direkte i strid med straffeprosessloven § 94 eller påtaleinstruksens regler om politiavhør i § 8-1 til § 8-4.
- (36) Det fremgår av lydopptaket fra avhøret at siktede klart og tydelig ble gjort kjent med retten til å forholde seg taus. Han ble også gjort kjent med innholdet i siktelsen og fikk kopi av denne til gjennomlesning før selve avhøret starter. Han fikk anledning til å stille spørsmål til siktelsen, noe han også benyttet seg av. Siktede ble også gjort kjent med at det ble foretatt lydopptak, og at avhøret skulle skrives ut i ettertid. Han møtte også senere for gjennomlesning og vedtakelse av avhøret sammen med sin da oppnevnte forsvarer.
- (37) Siktede fikk også – før selve avhøret om forholdene i siktelsen starter – informasjon om retten til å la seg bistå av forsvarer på ethvert trinn av saken. Som lagmannsretten har gjengitt i kjennelsen, opplyser avhører, om lag fem minutter etter at lydopptaket er startet, at «du [har] rett til en forsvarer om du ønsker å ha en forsvarer tilstede under avhør eller andre deler av saka, så har du rett på det». Etter noe ytterligere dialog om siktedes rettigheter, spør avhører om siktede har forstått «de tingene jeg nå har sagt». Avhører ber også «for å være helt sikker» siktede om å «si tilbake til meg de rettighetene du nå har fått». Av lagmannsrettens transkripsjon fremgår det at siktede til dette svarer følgende:
- «Jeg har fått rettighet om at jeg kan be om forsvarer, eller advokat tilstede. Og at jeg ikke kan bli dømt for det jeg sier, men hvis jeg lyver og sier noe om andre så er det straffbart.»
- (38) Fordi siktede ikke nevner selve taushetsretten, gjentar avhører denne.
- (39) Mindretallet er enig i at det er grunnlag for å rette en viss kritikk mot måten siktede gjøres kjent

med retten til å la seg bistå av forsvarer. Avhører burde i den situasjonen siktede befant seg i, ha gjort det helt tydelig at retten til å ha forsvarer tilstede også omfattet det avhøret som nå skulle gjennomføres, i politiets bil rett etter pågripelsen. Og slik informasjon kunne enkelt ha vært gitt. Mindretallet er enig i at den informasjonen siktede ble gitt, var «vag», men uten at dette fremstår som «bevisst» fra avhørerens side. Den manglende tydeliggjøringen innebærer imidlertid etter mindretallets syn at det ikke kan legges til grunn at siktede ga et informert avkall på retten til å ha forsvarer til stede.

- (40) Rekkefølgen i den innledende fasen, der avhører først beskriver hvordan avhøret vil bli gjennomført og hva som «skal skje», kunne også med fordel også ha vært en annen, og slik at rettighetene ble tydeliggjort aller først for å unngå forklaringspress i form av forventninger om at siktede forklarer seg.
- (41) At avhører samlet bruker en del tid på den innledende fasen, der også siktedes rettigheter er tema, finner mindretallet imidlertid ikke grunn til å kritisere. Tvert imot gir dette siktede tid til å områ seg i en vanskelig situasjon, før forholdene i siktelsen blir tema.
- (42) Selv om det kan reises kritikk mot enkeltpunkter i innledningen av avhøret, ble siktede etter mindretallets syn ikke utsatt for noen *grov krenkelse* av sine prosessuelle rettigheter i forbindelse med avhøret. Alvoret i krenkelsen må ses i lys av at siktede fikk klar og tydelig informasjon om selve taushetsretten, som er den sentrale interessen retten til å ha forsvarer til stede, skal beskytte. Mindretallet legger til grunn at forklaringen fra siktede ble gitt frivillig, og at det var realitet i det. Det er ut fra dette også vanskelig å se noen direkte sammenheng mellom forklaringen og manglene ved informasjonen om retten til forsvarerbistand.
- (43) I den samlede avveiningen er det et moment om føringen av beviset vil innebære en *fortsatt rettskrenkelse*. Etter mindretallets syn må det ha betydning for vekten av dette momentet at siktede, sammen med sin senere oppnevnte forsvarer, møtte til gjennomlesning av avhøret og vedtok dette som sin forklaring.
- (44) Idet beviset kun kan anvendes innenfor rammene av straffeprosessloven § 290, i praksis til konfrontasjon under siktedes forklaring i retten, er det på forhånd vanskelig å ha noen sikker formening om hvilken *betydning beviset har for sakens opplysning*. Etter mindretallets syn er betydningen av dette momentet heller ikke opplagt i en situasjon der det ikke er snakk om noen alvorlig krenkelse av siktedes rettigheter, og beviset samtidig i utgangspunktet ikke fremstår som betydningsfullt med sikte på opplysning av saken. Etter mindretallets syn gir ikke denne situasjonen i seg selv god grunn til å utvide unntakene fra hovedregelen om at beviset kan føres.
- (45) Ved den samlede avveiningen av momentene er mindretallet kommet til at det ikke er grunn til å nekte at forklaringen – innenfor rammen av straffeprosessloven § 290 – føres som bevis.
- (46) Ut fra flertallets begrunnelse blir konklusjonen at avhøret avskjæres som bevis under ankeforhandlingen.
- (47) Avgjørelsen er truffet under dissens.

SLUTNING

Første avhør av A 22. mars 2018 tillates ikke ført som bevis under ankeforhandlingen i lagmannsretten.

Norges Høyesterett - Kjennelse - HR-2021-966-A

Instans	Norges Høyesterett – Kjennelse
Dato	2021-05-05
Publisert	HR-2021-966-A
Stikkord	Straffeprosess. Bevisavskjæring. Skjult videoopptak.
Sammendrag	En kvinne som var tiltalt etter strl. § 351 for å ha ripet opp en bil som sto parkert i et lukket garasjeanlegg, var blitt filmet av en mobiltelefon mens hun angivelig ripet opp bilen. Bilens eier, som hadde opplevd tidligere at bilen var blitt ripet opp, hadde satt opp telefonen, som var rettet mot hennes egen parkeringsplass, og som automatisk startet filming ved bevegelse. I egen sak om hvorvidt opptaket kunne benyttes som bevis i straffesaken, kom Høyesterett, som behandlet saken i avdeling, som de tidligere instanser til at opptaket kunne benyttes som bevis, selv om det skulle være fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Det ble lagt til grunn at lagmannsretten hadde foretatt en tilstrekkelig bred vurdering basert på relevante kriterier, og bygget på en korrekt forståelse av den bevisavskjæringsnormen som er kodifisert for sivile saker i tvl. § 22-7. Det ble ikke tatt stilling til hvorvidt opptaket var ulovlig etter personopplysningsloven eller EUs personvernforordning. Den tiltalte kvinnens anke over lagmannsrettens kjennelse ble forkastet. (Rt-sammendrag)
Saksgang	Fredrikstad tingrett TFRED-2020-86852 – Borgarting lagmannsrett LB-2020-151682 – Høyesterett HR-2021-966-A, (sak nr. 20-189058STR-HRET).
Parter	A (advokat Øystein Horntvedt – til prøve) mot Påtalemyndigheten (førstestatsadvokat Lars Erik Alfheim).
Forfatter	Dommerne Per Erik Bergsjø, Espen Bergh, Wenche Elizabeth Arntzen, Ragnhild Noer og Jens Edvin A. Skoghøy.
Sist oppdatert	2022-01-11

(1) Dommer **Bergsjø**:

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmål om avskjæring av skjult videoopptak som bevis i straffesak om skadeverk.
- (3) Spørsmålet om beviset skal tillates ført, har oppstått i straffesak mot A, som har fått forelegg for skadeverk, jf. straffeloven § 351 første ledd. A og fornærmede B har bodd i et boligsameie i Fredrikstad med 26 seksjoner. Sameiet har som del av fellesarealet et garasjeanlegg med 22 parkeringsplasser, og B har eksklusiv rett til bruk av en av disse. Garasjeanlegget er låst, slik at det i utgangspunktet bare er sameierne som har tilgang.
- (4) B opplevde ved flere anledninger at hennes bil og andre biler som var parkert på hennes plass, fikk uforklarlige riper. Hun anmeldte forholdet til politiet, men saken ble raskt henlagt. I tingrettens kjennelse, som lagmannsretten har sitert fra, er det videre hendelsesforløpet beskrevet slik:

«Senhøsten 2019 oppdaget fornærmede en ny ripe på bilen, rett i overkant av bensinlokket. Hun besluttet da at hun enten måtte finne ut hvem som sto bak dette, eller flytte fra sameiet. Hun allierte seg med en nabo som hadde parkeringsplass rett overfor hennes plass, og fikk tillatelse til å plassere en mobiltelefon i et skap tilknyttet denne plassen. Fornærmede plasserte en gammel mobiltelefon i en boks i skapet, og benyttet denne for sporadisk filming av egen parkeringsplass. Overvåkningen fungerte slik at kameraet ble skrudd på dersom det ble bevegelse i bildet kameraet fanget opp. Kameraet var rettet mot fornærmedes parkeringsplass, men fanget også opp området mellom naboens parkeringsplass og hennes plass. Dersom en person gikk forbi i passasjen mellom plassene ville dermed kameraet bli slått på. Mobiltelefonen filmet med både lyd og bilde.

Mobiltelefonen sto sporadisk på plassen, og måtte fjernes når det var behov for å lade den. Fornærmede har forklart at opptakene telefonen gjorde ble gjennomgått av henne alene, ved at hun spolte gjennom opptakene for å se om noen var i nærheten av hennes bil. Dersom ingen hadde vært i nærheten av bilen hennes, slettet hun opptakene uten å se nærmere på disse og uten å høre lyd.

Fredag 14. februar 2020 hadde telefonen gjort opptak av en person, umiddelbart identifisert som tiltalte, som ripet opp bilen til fornærmede. Fornærmede ble svært overrasket over at hun hadde fått hendelsen på film og tror muligens hun sendte den til et styremedlem for å ha en 'back up' av denne. Filmen kan muligens også senere være sendt til styreleder.»

- (5) B tok etter dette med seg videoopptaket til politiet og anmeldte forholdet på nytt. Politimesteren i Øst politidistrikt utferdiget forelegg mot A for overtredelse av straffeloven § 351 første ledd. I forelegget er grunnlaget beskrevet slik:

«Fredag 14. februar 2020 i [adresse] ripet hun opp bilen til B.»

- (6) A vedtok ikke forelegget, og Fredrikstad tingrett berammet hovedforhandling til september 2020. As forsvarer gjorde imidlertid gjeldende at videoopptaket, og et politiavhør hvor A ble konfrontert med opptaket, ikke kan tillates ført som bevis. Han ba om at tingretten tok endelig stilling til fremleggelsen før hovedforhandlingen. Som følge av dette ble det i stedet for hovedforhandling holdt et saksforberedende rettsmøte til behandling av bevisavskjæringsspørsmålet, jf. straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. Tingretten avsa deretter 1. oktober 2020 kjennelse med slik slutning:

«Filmopptak og politiavhør av A tillates ført som bevis.»

- (7) Tingretten tok ikke endelig stilling til om filmen er tatt opp i strid med positive lovbestemmelser, men la til grunn at opptaket er «ervert på en utilbørlig måte». Etter en samlet vurdering kom tingretten til at opptaket måtte tillates ført. Som følge av dette tillot tingretten også at politiforklaringen blir brukt som bevis i saken. Kjennelsen må forstås slik at opptaket bare er tillatt ført som bevis uten lyd.

- (8) A anket til Borgarting lagmannsrett, som 17. desember 2020 avsa kjennelse med slik slutning:

«Anken forkastes.»

- (9) For lagmannsretten var partene enige om at videoopptaket er gjort i strid med personopplysningslovens bestemmelser. Lagmannsretten sluttet seg til denne konklusjonen, men kom etter en samlet vurdering og interesseavveining til at billedelen likevel kan føres som bevis. I kjennelsen gikk lagmannsretten ikke inn på spørsmålet om politiforklaringen kan fremlegges.

- (10) A har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Anken er angitt å gjelde saksbehandlingen og lovanvendelsen. Hun har anført at videoopptaket er gjort i strid med personopplysningsloven og EUs personvernforordning – GDPR. Opptaket kan etter hennes syn ikke tillates ført i medhold

av de bevisavskjæringsprinsipper som er utviklet i rettspraksis, særlig fordi fremleggelse i straffesaken vil innebære en fortsatt krenkelse av personvernet. Saksbehandlingsanken er ikke kommentert nærmere under saksforberedelsen, men under ankeforhandlingen er det gjort gjeldende at kjennelsesgrunnene er mangelfulle. A har lagt ned påstand om at lagmannsrettens kjennelse oppheves.

- (11) *Påtalemyndigheten* har tatt til motmæle og gjort gjeldende at videoopptaket ikke er ulovlig etter personopplysningsloven og EUs personvernforordning. En avveining av de motstridende interessene tilsier videre at opptaket tillates brukt som bevis. Påtalemyndigheten har lagt ned påstand om at anken forkastes.
- (12) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 8. februar 2021 at ankesaken skulle behandles av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd andre punktum. I det saksforberedende møtet ble det avklart at spørsmålet om fremleggelse av politiforklaringen ikke er tema for Høyesterett. Saksforberedende dommer oppfordret videre partene til å avklare sitt syn på lovligheten av videoopptaket og til å kommentere EØS-rettens eventuelle betydning for bevisavskjæringsspørsmålet.
- (13) Under ankeforhandlingen for Høyesterett er det opplyst at videoopptaket har en varighet på 16 sekunder. Den eneste lyden som kan høres, er en skrapelyd.
- (14) Saken er for Høyesterett behandlet ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Mitt syn på saken

Høyesteretts kompetanse – problemstillingen

- (15) Saken gjelder en videre anke over lagmannsrettens kjennelse, og Høyesteretts kompetanse er begrenset etter straffeprosessloven § 388. Dette innebærer at Høyesterett bare kan prøve saksbehandlingen og «tolking av en lovforskrift», jf. § 388 første ledd nr. 2 og 3. Etter sikker rettspraksis omfatter «tolking av en lovforskrift» også den generelle forståelsen av ulovfestede prosessregler, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, 2017, side 1263 med henvisninger til avgjørelser både i straffesaker og sivile saker.
- (16) Spørsmålet i saken er om lagmannsretten har bygget på en korrekt lovforståelse når den er kommet til at videoopptaket fra garasjelegget kan føres som bevis. Slik saken er lagt opp fra ankeutvalgets og partenes side, er det i den sammenhengen naturlig å drøfte om videoopptaket er innhentet og brukt i strid med personopplysningsloven og Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679, heretter stort sett kalt personvernforordningen. Selve subsumsjonen faller som nevnt utenfor Høyesteretts kompetanse. Under ankeforhandlingen for Høyesterett er det også gjort gjeldende at kjennelsesgrunnene er mangelfulle, men med mitt syn på saken er det ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.
- (17) Jeg redegjør først generelt for reglene om avskjæring av bevis som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte.

Generelt om reglene om bevisavskjæring

- (18) Gjennom rettspraksis er det utviklet regler om bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Det er lagt til grunn at vurderingstemaet er det samme i straffesakene og de sivile sakene, selv om de konkrete avveiningene og resultatet kan bli forskjellig. Jeg viser til Rt-2009-1526 avsnitt 28, Rt-2013-1282 avsnitt 42, Rt-2014-1105 avsnitt 48 og HR-2017-1894-U avsnitt 16.
- (19) På strafferettens område er ikke prinsippene for bevisavskjæring lovfestet. Straffeprosesslovkomiteen vurderte spørsmålet om lovregulering i sin utredning NUT 1969: 3 på side 197, men kom til at løsningen burde overlates til teori og praksis som tidligere. Departementet sluttet seg til denne vurderingen i Ot.prp.nr.35 (1978–1979) side 139. En sentral avgjørelse om avskjæring av bevis i straffesaker er Rt-1999-1269 *Verksbetjent*. På side 1272 fremhever førstvoterende at det ved vurderingen av om et bevis skal nektes ført, blant annet må legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet av beviset. Han uttaler at beviset i så fall «normalt [må] nektes ført», mens det i andre tilfeller må foretas en interesseavveining.
- (20) Ved vedtakelsen av tvisteloven ble reglene om bevisavskjæring lovfestet for sivile saker. Jeg viser til tvisteloven § 22-7, som lyder:
- «Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.»
- (21) Siktemålet med lovfesting var å videreføre gjeldende rett i tråd med den rettspraksis som forelå, og som gjaldt både straffesaker og sivile saker, se NOU 2001:32 B side 961. Uttrykket «i særlige tilfeller» viser at hovedregelen er at beviset tillates ført. Spørsmålet om avskjæring må avgjøres ut fra en bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. På side 961 i utredningen uttaler Tvistemålsutvalget dette om vurderingskriteriene:
- «For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet. Det kriterium utvalget har valgt, fremhever spesielt det sistnevnte momentet. Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte.»
- (22) Som nevnt har det vært lagt til grunn at vurderingstemaet er det samme i straffesakene og de sivile sakene. I tråd med dette har det etter vedtakelsen av tvisteloven § 22-7 blitt vanlig å vise til bestemmelsen også i straffesakene, se for eksempel Rt-2009-1526 avsnitt 29, Rt-2014-1105 avsnitt 47 og HR-2017-1894-U avsnitt 16. Riktignok er det også i nyere avgjørelser vist til Rt-1999-1269 *Verksbetjent*. Den todelingen som er skissert i dommen – utskillingen av tilfellene hvor føring av beviset innebærer gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet som en egen kategori – er imidlertid nedtonet. Det legges i stedet opp til en bredere vurdering, hvor flere momenter er trukket inn. Etter mitt syn er denne tilnærmingen en naturlig konsekvens av at bevisavskjæringsnormen nå er tatt inn i tvisteloven § 22-7 som en kodifikasjon av tidligere praksis både i straffesaker og sivile saker. Uttrykket «gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet» er dessuten vagt og temmelig skjønnspreget. Det er derfor ikke spesielt godt egnet som avgrensningskriterium for en egen kategori tilfeller. Når momentet uansett inngår i den bredere vurderingen som må foretas – og etter omstendighetene med betydelig vekt – er det heller ingen reelle grunner til å trekke et slikt skille mellom tilfellene som verksbetjendommen bygger på.
- (23) For adgangen til bevisavskjæring er det etter dette et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår at beviset er fremskaffet «på utilbørlig måte». Dette uttrykket omfatter blant annet tilfeller hvor

beviset er innhentet ulovlig. Etter tvisteloven § 22-7 kan bevisavskjæring som nevnt bare skje «i særlige tilfeller». I Tvistemålsutvalgets utredning er det uttalt at bevisavskjæringsregelen har «et forholdsvis snevert anvendelsesområde», se NOU 2001:32 B side 961. Denne uttalelsen må imidlertid leses med et visst forbehold, da utvalget foreslo at bevisavskjæring bare skulle kunne skje dersom føring av beviset ville «medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn». Dette vilkåret ble sløffet i proposisjonen, se Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 459.

- (24) Ved vurderingen av om beviset skal nektes ført, må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset. Videre har det betydning om den som satt med beviset, pliktet å utlevere dette. I tråd med blant annet verksbetjentdommen må det dessuten vurderes om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse. Etter omstendighetene vil det også kunne ha betydning om innhenting blir møtt med sanksjoner fra myndighetene. Andre relevante momenter er hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken. I Ot.prp.nr.51 (2004–2005) er det på side 459 fremholdt at anvendelsen av § 22-7 «må holdes opp mot målet om å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse».
- (25) Før jeg ser nærmere på lagmannsrettens forståelse av bevisavskjæringsnormen, er det – slik saken er lagt opp – naturlig å drøfte om et skjult videoopptak som i saken her er i strid med personopplysningsloven og EUs personvernforordning

Om lovligheten av skjulte videoopptak etter personopplysningsloven og EUs personvernforordning

- (26) Som nevnt var partene for lagmannsretten enige om at «filmopptaket i garasjen var i strid med personopplysningslovens bestemmelser». Lagmannsretten sluttet seg til dette og drøftet ikke spørsmålet særlig inngående. For Høyesterett har imidlertid påtalemyndigheten gjort gjeldende at videoopptaket ikke er ulovlig.
- (27) Personopplysningsloven § 1 inkorporerer Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 – personvernforordningen. Flere viktige bestemmelser er dessuten tatt inn i loven, herunder bestemmelser om det saklige virkeområdet. Etter lovens § 2 fjerde ledd går bestemmelser i personvernforordningen i tilfelle konflikt foran bestemmelser i annen lov som regulerer samme forhold, jf. også EØS-loven § 2. Jeg finner det hensiktsmessig å forholde meg til forordningen også der personopplysningsloven har en parallell bestemmelse.
- (28) Det *saklige virkeområdet* for personvernreglene er regulert i personvernforordningen artikkel 2. Etter nr. 1 får forordningen anvendelse «på helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger». Et mobilkamera som starter opptak når det registrerer bevegelse, er automatisert. Forordningen får dermed i utgangspunktet anvendelse hvis opptaket anses som «behandling» av «personopplysninger».
- (29) Med begrepet «personopplysninger» menes etter artikkel 4 nr. 1 «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person ('den registrerte'); en identifiserbar fysisk person er en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en identifikator, f.eks. et navn, et identifikasjonsnummer, lokaliseringsopplysninger, en nettidentifikator eller ett eller flere elementer som er spesifikke for nevnte fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet». En film av en fysisk person faller klart innenfor denne definisjonen og er dermed en personopplysning. Jeg viser til Skullerud med flere, Personvernforordningen – (GDPR): Kommentartutgave, Juridika, revidert 1. desember 2019, hvor det i kommentaren til artikkel 4 nr. 1 heter at personopplysninger blant annet kan komme til uttrykk gjennom fotografier.

- (30) I artikkel 4 nr. 2 defineres «behandling» som «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger, enten automatisert eller ikke». Som eksempler nevnes blant annet «innsamling», «lagring», «bruk», «spredning» og «alle andre former for tilgjengeliggjøring». Definisjonen omfatter nærmest enhver befatning med personopplysninger. Det er ikke tvilsomt at et videoopptak av en person og videre bruk av filmen er en «behandling» i forordningens forstand. Dermed er vi i et tilfelle som det foreliggende innenfor det saklige virkeområdet for forordningen etter artikkel 2 nr. 1.
- (31) Jeg nevner at påtalemyndigheten har gjort gjeldende at forordningen ikke får anvendelse på opptak med et mobilkamera, fordi det ikke er fastmontert. I den forbindelse er det vist til personopplysningsloven § 31, som i andre ledd definerer «kameraovervåking» som personovervåking ved hjelp av kamera mv. «som er fastmontert». Anførselen kan ikke føre frem. Definisjonen knytter seg til første ledd, som gjør det forbudt å benytte «uekte kameraovervåkingsutstyr». Jeg kan vanskelig se at den har noen relevans ved vurderingen av forordningens saklige virkeområde.
- (32) Etter artikkel 2 nr. 2 bokstav c får personvernforordningen likevel ikke anvendelse på behandling av personopplysninger som utføres «av en fysisk person som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter». Unntaket kalles gjerne «the household exemption» – *husstandsunnøttaket*. Lagmannsretten har i sin kjennelse lagt til grunn at videoopptaket fra parkeringsanlegget ikke omfattes av unntaket, men uten noen nærmere begrunnelse.
- (33) Unntaket i artikkel 2 nr. 2 bokstav c er behandlet i EU-domstolens dom 11. desember 2014 i sak C-212/13 *František Ryneš*. Dommen gjaldt det nå opphevede direktiv 95/46/EF, som på dette punktet var sammenfallende med personvernforordningen. Domstolen tok stilling til følgende spørsmål, se avsnitt 18:
- «Kan anvendelsen af et kamerasystem, som er installeret i en familiebolig med henblik på at beskytte boligens ejeres ejendom, sundhed og liv, kvalificeres som behandling af personoplysninger, 'som foretages af en fysisk person med henblik på udøvelse af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter' som omhandlet i artikel 3, stk. 2, i direktiv 95/46[...], selv om et sådant system også overvåger et offentligt rum?»
- (34) I dommen slår EU-domstolen fast at husstandsunnøttaket må undergis en «streng fortolkning», se avsnitt 29. Dette knyttes dels opp mot de grunnleggende rettighetene som personvernreglene skal beskytte, dels opp mot uttrykket «rent» i ordlyden. Domstolen konstaterer videre i avsnitt 33 at en videoovervåking som også delvis dekker et offentlig område, ikke kan anses å falle inn under unntaket. På denne bakgrunn besvares spørsmålet slik i domsslutningen:
- «Artikel 3, stk. 2, andet led, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger skal fortolkes således, at anvendelsen af et kamerasystem, der anvendes til at optage videoer af personer, der kontinuerligt bliver opbevaret på en optagerenhed, såsom en harddisk, hvilket system er blevet installeret af en fysisk person på den pågældendes familiebolig med henblik på at beskytte boligens ejeres ejendom, sundhed og liv, idet dette system også overvåger et offentligt rum, ikke udgør behandling af personoplysninger, som foretages med henblik på udøvelse af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter som omhandlet i denne bestemmelse.»
- (35) Domstolen legger her avgjørende vekt på om opptaket også dekker «et offentlig rum» – et offentlig område. Et låst parkeringsanlegg i et boligsameie er ikke offentlig i ordets vanlige betydning. Alle beboerne har imidlertid adgang, og det samme kan besøkende, håndverkere mv. ha. Et videoopptak som kan fange opp en slik ubestemt gruppe, og ikke bare parkeringsplassen til den som står bak opptaket, kan ikke anses omfattet av unntaket i artikkel 2 nr. 2 bokstav c. På

denne bakgrunn finner jeg ikke holdepunkter for at lagmannsrettens generelle lovforståelse er feil på dette punktet.

- (36) En behandling av personopplysninger kan være lovlig hvis den har et *rettslig grunnlag* i artikkel 6. Jeg nevner at artikkel 6 nr. 1 bokstav f gir adgang til slik behandling hvis den «er nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige eller en tredjepart, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger, særlig dersom den registrerte er et barn». Om behandlingen av personopplysninger kan ha grunnlag i denne bestemmelsen, beror på en interesseavveining, se nærmere i Skullerud med flere, kommentaren til artikkel 6 nr. 1. Jeg antar at bestemmelsen kan gi behandlingsgrunnlag i et tilfelle som det foreliggende etter en nærmere vurdering av de motstridende hensynene.
- (37) Artikkel 5 inneholder imidlertid *overordnede prinsipper* om blant annet åpenhet, se nr. 1 bokstav a. I kapittel III er det videre gitt en rekke bestemmelser om *den registrertes rettigheter* som skal bidra til at disse prinsippene etterlevs, jf. Prop.56 LS (2017–2018) side 57. Artikkel 13 pålegger for eksempel den behandlingsansvarlige en informasjonsplikt, og etter artikkel 15 har den registrerte rett til innsyn. Forsvarer har på sin side fremhevet den registrertes rett til å protestere, jf. artikkel 21. Selv om et videoopptak har rettslig grunnlag i artikkel 6, kan det vanskelig anses lovlig hvis ikke disse reglene er fulgt.
- (38) Lagmannsretten har imidlertid ikke drøftet disse spørsmålene, og Høyesterett kan ikke prøve subsumsjonen. Selv om bevisopptaket skulle være fremskaffet på ulovlig måte, kan det likevel tillates ført. En eventuell ulovlighet inngår som et moment i en bredere interesseavveining. Det overordnede spørsmålet er om lagmannsretten har bygget på en korrekt forståelse av den bevisavskjæringsnormen som er kodifisert for sivile saker i tvisteloven § 22-7. Jeg går på denne bakgrunn over til å vurdere dette spørsmålet og tar ikke endelig stilling til om videoopptaket er ulovlig etter personopplysningsloven og personvernforordningen. Den begrensede kompetansen gjør at jeg heller ikke tar stilling til anførslene om at opptaket er lovlig ut fra nødrettsbetraktninger, jf. straffeloven § 17.

Lagmannsrettens forståelse av prinsippene om bevisavskjæring

- (39) Ved vurderingen av lagmannsrettens drøftelse av bevisavskjæringsspørsmålet tar jeg utgangspunkt i det jeg allerede har sagt om normen for avskjæring av bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Det må foretas en bred avveining, hvor flere momenter inngår. Blant disse er som nevnt grovheten av den krenkelse som ble begått ved innhentingen av beviset, om føring av beviset innebærer en fortsatt krenkelse, sakens alvor og bevisets betydning for oppklaring av saken.
- (40) Jeg nevner først at partene er enige om at EU-retten ikke utelukker bruk av nasjonale bevisavskjæringsregler. Med utgangspunkt i de kildene som er fremlagt for Høyesterett, er det en konklusjon jeg kan slutte meg til. Jeg viser her til EU-domstolens dom 17. januar 2019 i sak C-310/16 *Petar Dzivev med flere*. Saken gjaldt bevis ervervet ved kommunikasjonskontroll etter beslutning av en domstol som manglet jurisdiksjon, og spørsmålet var om avskjæring av beviset var i strid med EU-retten, se avsnitt 20. Dommen synes å forutsette at nasjonale bevisavskjæringsregler må aksepteres, selv om bruken skulle motvirke effektiv kriminalitetsbekjempelse og etterlevelse av EU-retten, se særlig avsnitt 39.
- (41) Partene er videre enige om at Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) bare stiller opp en ytre ramme på dette feltet. Dette synes også å være lagmannsrettens syn, et syn jeg kan slutte meg til. Jeg viser til storkammerdommen fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) 17. oktober 2019 i saken *López Ribalda og andre mot Spania* [EMD-2013-1874]. Saken gjaldt oppsigelse av

ansatte i et supermarked basert på forhold avdekket gjennom videoovervåkning som dels var åpen, dels skjult. De ansatte gjorde gjeldende at dette innebar en krenkelse av deres rettigheter etter EMK artikkel 8.

- (42) I avsnitt 111 presiserer EMD at det må finnes en «fair balance» mellom de private og offentlige interessene. Samme sted fremheves statenes skjønnsmargin på dette området. Domstolen peker i avsnitt 128 videre på at en varsling av de ansatte ville vanskeliggjort oppfyllelsen av formålet, som var å avdekke underslag. Jeg viser også til avsnitt 132, hvor EMD kommenterer den nasjonale domstolens detaljerte avveining av de motstridende hensynene. Jeg forstår den videre drøftelsen slik at en grundig og etterprøvable avveining av de private og offentlige interessene må kreves, noe som samsvarer med den vurderingen som må foretas etter vår internrettslige bevisavskjæringsnorm.
- (43) Lagmannsretten har i sin konkrete vurdering av om videobeviset skal tillates, for det første lagt til grunn at det ikke kan være ubetinget avgjørende om det er innhentet på en ulovlig måte. Videre har lagmannsretten «i store trekk» sluttet seg til tingrettens begrunnelse. Tingretten har over tre-fire sider foretatt en bred og grundig avveining av ulike relevante hensyn. Etter å ha gitt sin tilslutning til tingrettens begrunnelse, tilføyer lagmannsretten følgende:
- «Lagmannsretten viser til at videoopptaket skjedde på bakgrunn av at B hadde opplevd flere tilfeller av skadeverk på bilene som sto parkert på hennes parkeringsplass, og at politiet hadde henlagt hennes anmeldelse. Den eneste praktiske mulighet til å avklare hvem som kunne stå bak, var å gjøre filmopptak av parkeringsplassen. Det måtte være nærliggende å anta at det var en i sameiet som sto bak skadeverket, jf. at det bare var sameierne som hadde tilgang til garasjen. På denne bakgrunn ville det vært nærmest nytteløst å få avslørt hvem som var gjerningsperson dersom B hadde tatt saken opp med sameiets styre for behandling i sameiet. Hun fikk imidlertid tillatelse av sameieren som hadde parkeringsplassen rett overfor hennes plass og som eide skapet som ble benyttet til filmingen. Lagmannsretten viser også til at det var et begrenset areal i garasjen som ble filmet, og at opptakene som ikke var av betydning for oppklaringen av saken ble slettet jevnlig. Lagmannsretten forstår det for øvrig slik at ingen andre personer enn A er filmet på det videoopptaket som er bevart. Det må etter dette legges til grunn at Bs formål med filmingen var legitim. Selv om skadeverk på bil gjelder begrensede økonomiske verdier samfunnsmessig sett, var det ikke ubetydelige verdier for B. Som nevnt ovenfor, kostet skadeverkene henne til sammen 70 000 kroner. Det vises også til at de gjentatte skadeverkene på bilen skapte en utrygghetsfølelse hos B. Det framgår at hun ikke så andre muligheter enn å flytte fra sameiet dersom gjerningspersonen ikke ble avslørt.»
- (44) Lagmannsretten har i tillegg lagt vekt på at videoopptaket må antas å være det sentrale beviset i saken. Også det forhold at opptaket er gjort kjent for andre, er trukket inn i vurderingen. Det samme gjelder As muligheter for å føre motbevis og bestride innholdet.
- (45) Forsvarers innvending mot kjennelsen er særlig at lagmannsretten ikke har tatt uttrykkelig stilling til om føring av beviset vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet. Anførselen er knyttet opp mot Rt-1999-1269 *Verksbetjent*, som jeg har redegjort for. Jeg viser her til det jeg allerede har sagt om bevisavskjæringsnormen. Når normen nå er lovfestet i tvisteloven § 22-7, må man ta utgangspunkt i denne bestemmelsen også i straffesakene. Det er ikke naturlig å skille ut som en særskilt kategori de tilfellene hvor føring av beviset vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at det er uttrykk for en uriktig generell lovforståelse når lagmannsretten ikke har konkludert uttrykkelig på dette punktet for så vidt gjelder bildedelen av opptaket. En kommentar om lyd delen av opptaket viser at spørsmålet om fortsatt krenkelse er vurdert.
- (46) Samlet sett ser jeg det slik at lagmannsretten har foretatt en tilstrekkelig bred vurdering basert på relevante kriterier. Det er da ikke grunnlag for å hevde at kjennelsen bygger på en uriktig generell

forståelse av bevisavskjæringsnormen. Kjennelsesgrunnene er også tilstrekkelige til å trekke denne konklusjonen. Som nevnt flere ganger har Høyesterett ikke kompetanse til å prøve den konkrete vurderingen.

Konklusjon

(47) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens kjennelse ikke bygger på en uriktig generell lovforståelse, og at det ikke hefter saksbehandlingsfeil ved avgjørelsen. Anken blir da å forkaste.

(48) Jeg stemmer for denne

KJENNELSE

Anken forkastes.

(49) Dommer **Bergh**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(50) Dommer **Arntzen**: Likeså.

(51) Dommer **Noer**: Likeså.

(52) Dommer **Skoghøy**: Likeså.

(53) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

KJENNELSE:

Anken forkastes.

Noregs Høgsterett - Dom - HR-2020-2137-A

Instans	Noregs Høgsterett – Dom
Dato	2020-11-05
Publisert	HR-2020-2137-A
Stikkord	Strafferett. Seksuelle overgrep mot barn. Nettovergrep. Menneskehandel. Bevisprovokasjon. Varetektsfradrag.
Sammendrag	En mann hadde over en seks års periode medvirket til grove seksuelle overgrep mot barn fra Romania, Filippinene og andre steder. Han hadde betalt barnas omsorgspersoner for at de skulle begå overgrepene, og hadde også gitt instruksjoner om hvordan overgrepene skulle gjennomføres. Overgrepene ble filmet og overført til hans datamaskin, nettbrett e.l. Høyesterett, som behandlet saken sammen med HR-2020-2136-A, kom under henvisning til dommen i den andre saken til at han ikke kunne dømmes for medvirkning til menneskehandel, jf. strl. § 257. Under etterforskningen hadde politiet benyttet såkalt bevisprovokasjon. Ved å benytte tiltalte identiteter på nettet hadde de fått tilgang til chatlogger han hadde hatt med en kontakt, og de hadde også fått tilbud om nye overgrep. Høyesteretts flertall på fire dommere kom til at kommunikasjonen politiet hadde hatt med kontaktene kunne benyttes som bevis. Bevisene hadde ikke kommet frem på ulovlig måte, og det forelå ikke brudd på andre prosessuelle grunnprinsipper som medførte at de ikke kunne benyttes. Straffen, som gjaldt overtredelser av strl. § 301 jf. § 299 jf. § 15, § 301 jf. § 299 jf. § 16 jf. § 15, § 303 jf. § 302 jf. § 312 jf. § 15, de tilsvarende bestemmelsene i strl. 1902 samt en del andre forhold, ble fastsatt til fengsel i 16 år. Det ble lagt vekt på at overgrepene inngikk i et mønster. Det ble gitt et års fradrag for tidsbruken. I likhet med i sak HR-2020-2136-A ble det gitt et varetektsfradrag for en rekke urettmessige kroppsvisitasjoner, jf. strl. § 83. Også her ble fradraget satt til en dag for to slike visitasjoner. (Rt-sammendrag)
Saksgang	Bergen tingrett TBERG-2019-31526-2 – Gulating lagmannsrett LG-2019-134901-2 – Høgsterett HR-2020-2137-A, (sak nr. 20-064622STR-HRET).
Parter	A (advokat John Christian Elden) mot Påtalemakta (statsadvokat Jan-Inge Wensell Raanes – til prøve).
Forfatter	Dommarane Borgar Høgetveit Berg, Hilde Indreberg og Knut H. Kallerud. Delvis dissens: dommar Ingvald Falch. Særmerknad: dommar Wenche Elizabeth Arntzen.
Sist oppdatert	2020-11-11

(1) Dommar **Høgetveit Berg**:

Bakgrunnen for saka

- (2) Saka gjeld medverknad og forsøk på medverknad til ei rekkje seksuelle overgrep mot barn i utlandet. Overgrepa er blitt direkteoverførte til den tiltalte over internett, og den tiltalte har instruert og betalt overgriparane, som i dei fleste tilfella er omsorgspersonane til offera. Saka reiser spørsmål om den tiltalte også kan dømmast for medverknad til grov menneskehandel. Vidare er det spørsmål om det var ein sakshandsamingsfeil å tillate prov som var innhenta ved at

politiet hadde nytta eit alias tilhøyrande den tiltalte. I tillegg reiser saka spørsmål om domsgrunnane er tilstrekkelege til å utmåle straffa, om straffutmåling, om det er grunnlag for forvaring og om tydinga av kroppsvisiteringar i varetekt.

- (3) A er fødd 0.0.1962. Bakgrunnen for saka er at dottera hans logga seg på datamaskina hans og fann ein seksualisert chat som omfatta barn. Sambuaren tok utskrift av chat-loggen og leverte den til politiet 9. september 2015. Etterforskinga vart likevel fyst sett i gang i desember 2016. A vart pågripen 22. februar 2017 og har vore varetektsfengsla sidan.
- (4) Statsadvokaten i Hordaland, Sogn og Fjordane tok 13. februar 2019 ut tiltale mot A for medverknad til ei rekkje seksuallovbrot mot barn i utlandet, direkteoverførte til A over internett. Tiltalen omfatta også medverknad til grov menneskehandel.
- (5) Bergen tingrett sa 16. august 2019 dom med slik domsslutning:
- «A, født 0.0.1962, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 195 annet ledd bokstav b/ straffeloven (2005) § 301 jf. § 15, straffeloven (1902) § 195 annet ledd bokstav b jf. § 49/ straffeloven (2005) § 301 jf. § 16 jf. § 15, straffeloven (1902) § 196 annet ledd bokstav b/straffeloven (2005) § 303 jf. 302 jf. § 15, straffeloven (1902) § 197/straffeloven (2005) § 312 jf. § 15, straffeloven (1902) § 204a første ledd bokstav b/straffeloven (2005) § 311 første ledd til fengsel i 16 – seksten – år, jf. straffeloven 1902 § 62 / straffeloven 2005 § 79 bokstav a.
- A, født 0.0.1962, frifinnes for overtredelse av straffeloven (1902) § 224 annet ledd bokstav a jf. første ledd/straffeloven (2005) § 258 jf. § 257 annet ledd jf. § 15, jf. tiltalebeslutningen post V.
- Varetekt kommer til fradrag med 907 – nihundreogsyv – dager, jf. straffeloven 1902 § 60 /straffeloven 2005 § 83.
- A, født 0.0.1962, dømmes til å betale oppreisningserstatning innen 2 – to – uker fra dommen er forkynt til:
- B med 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner.
- C med 250 000 – tohundrefemtitusen – kroner.»
- (6) Tingretten kom til at den samla straffa for dei forholda A vart dømt for i utgangspunktet var fengsel i 18 år, men at det måtte gjerast fradrag på to år for den lange tida som hadde gått frå saka vart meldt til politiet til etterforskinga kom i gang. Frifinninga for tiltaleposten om menneskehandel fekk ikkje tyding for lengda på straffa. Det var ikkje kravd forvaringsstraff, og tingretten kom heller ikkje til at det var grunnlag for forvaring.
- (7) Både A og påtalemakta anka tingrettens dom. Det vart utferda ein endra tiltale 25. oktober 2019. Det vart gjort ytterlegare endringar under ankesaka i lagmannsretten.
- (8) Grunnlaget for tiltalepost I om medverknad til seksuell omgang med barn under 14 år, jf. straffelova 1902 § 195 andre ledd bokstav b og straffelova 2005 § 301, jf. § 15, var skildra slik:
- «I perioden 2010 til februar 2017, fra bopel i [adresse1] eller andre steder, i kontakt via internett med personer bosatt i Romania, Filippinene, Madagaskar og andre steder, formidlet han instruksjoner om at de skulle ha seksuell omgang med barn under 14 år eller få barn under 14 år til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med andre barn eller seg selv, herunder samleie eller handling likestilt med samleie. Han betalte for at instruksjonene skulle bli fulgt. Overgrepene ble filmet og direkte overført til hans datamaskin, nettbrett e.l.
- a) Ved flere anledninger i perioden 6. august 2015 til 31. august 2016, instruerte han D i Romania (Skype-bruker [...]), til alene og/eller sammen med datteren C (f. 0.0.01), å

få sin datter B (f. 0.0.05) til å føre sine knyttede hender inn i morens vagina (fisting), til å slikke eller beføle morens og/eller søsterens kjønnsorgan eller bryster, og/eller at moren eller søsteren slikket eller befølte hennes kjønnsorgan.

- b) Ved en eller flere anledninger, bl.a. i august 2010, instruerte han en voksen kvinne på Filippinene, formodentlig E (Yahoo messenger-bruker [...]), til å slikke og/eller føre fingre inn i kjønnsorganet til hennes døtre på ca 3 og 13 år, til å urinere på den yngste datterens ansikt, til å få døtrene til å slikke hennes kjønnsorgan og/eller til å få dem til å slikke hverandres kjønnsorgan.
- c) Ved en eller flere anledninger, bl.a. i august 2016, instruerte han en voksen kvinne på Madagaskar, formodentlig F og/eller [Fs brukernavn] (Skype-bruker [...]) (senere [...]), til å føre en eller flere fingre inn i kjønnsorganet til hennes datter på ca 10 måneder og/eller føre barnets fot inn i hennes vagina.
- d) Ved en eller flere anledninger i perioden september 2014 til november 2015, instruerte han G på Filippinene (Cumcam-bruker [...]/Skype-bruker [...]/Yahoo Messenger-bruker [...]), og/eller hans ektefelle, til masturbasjon med en jente på 6-7 år, slikke hennes skjede og/eller føre hans penis inn i hennes munn, skjedeåpning, analåpning eller mellom hennes kjønnslepper og/eller annen seksuell omgang.
- e) Ved en eller flere anledninger, bl.a. i perioden mai 2015 til januar 2016, instruerte han en voksen person på Filippinene, formodentlig H/H og/eller H (Yahoomessenger-bruker [...]) til å ha seksuell omgang med en jente på 6 år og gutt på 2 år, til å få barna til å ha seksuell omgang med hverandre og/eller utføre tilsvarende handlinger med seg selv.»

- (9) Grunnlaget for tiltalepost II om forsøk på medverknad til seksuell omgang med barn under 14 år, jf. straffelova 1902 § 195 andre ledd bokstav b, jf. § 49, og straffelova 2005 § 301, jf. § 16, jf. § 15, var skildra slik:

«I perioden 2010 til februar 2017, fra bopel i [adresse1] eller andre steder, i kontakt via internett med personer bosatt i Romania, Filippinene, Madagaskar og andre steder, forsøkte han ved å formidle instruksjoner å få dem til å ha seksuell omgang med barn under 14 år eller å få barn under 14 år til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med voksne, andre barn eller seg selv. Han betalte for at instruksjonene skulle bli fulgt. Overgrepene ble filmet og direkte overført til hans datamaskin, nettbrett e.l.

- a) Den 4. august 2010 ga han instruksjoner til Yahoo messenger-bruker [...] om at penis til en gutt på 5 år skulle bli sugd.
- b) Ved en eller flere anledninger, bl.a. i september 2015, ga han instruksjoner til J på Madagaskar (skypebruker [...]) om at penis til en gutt på 7 år ble vist frem, at den ble gjort stiv og/eller at den ble sugd.
- c) Den 19. mars 2016 ga han instruksjoner til Yahoo Messenger-bruker [...] om at penis til en gutt på 2 eller 3 år skulle bli sugd.»

- (10) Grunnlaget for tiltalepunkt III om medverknad til seksuell omgang med barn under 16 år, jf. straffelova 1902 § 196 andre ledd bokstav a og b, jf. fyrste ledd, jf. § 205, og straffelova 2005 § 303, jf. § 302, jf. § 15, var det same som for post Ia med den skilnaden at den fornærma var mellom 14 og 16 år. Den fornærma her er den eldre systera til den fornærma jenta i post Ia.
- (11) Grunnlaget for tiltalepunkt IV om medverknad til incest, jf. straffelova 1902 § 197 og straffelova 2005 § 312, jf. § 15, var at A for postane I-III fekk vaksne til å ha seksuell omgang med egne barn, eller at han forsøkte på det.
- (12) Grunnlaget for tiltalepunkt V om medverknad til grov menneskehandel, jf. straffelova 1902 § 224 andre ledd bokstav a, jf. fyrste ledd, og straffelova 2005 § 258, jf. § 257 andre ledd, jf. § 15 var skildra slik:

«Til tid og på sted som beskrevet under post I-III, i kontakt via internett med kvinner og

menn, bosatt i Romania, Filippinene, Madagaskar og andre steder, formidlet han i seksualiserte chatter instruksjoner til kontaktene om gjennomføring av seksuelle overgrep mot barn under 18 år, og overførte penger som vederlag for overgrepene. Han medvirket derved til at kontaktene rekrutterte egne eller andres barn til seksuelle formål og/eller at andre voksne ble forledet til å la sine barn bli utnyttet til slike formål. Både kontaktene, de mindreårige barna og de voksne som ble forledet var i en sårbar situasjon, fordi de levde under meget vanskelige økonomiske og sosiale forhold.»

- (13) Grunnlaget for tiltalepunkt VI om framstilling av seksuelle overgrep mot barn eller framstilling som seksualiserer barn, jf. straffelova 1902 § 204a fyrste ledd bokstav b og straffelova 2005 § 311 fyrste ledd, var skildra slik:
- «a) Ved flere anledninger i perioden 2011 til februar 2017, på bopel i [adresse1] eller andre steder, kommuniserte han med L på Filippinene (bl.a. Skypebruker [...]), om å begå seksuelle overgrep mot barn, og mottok mot betaling video eller annet materiale som inneholdt seksuelle overgrep som L eller andre hadde begått mot barn.
- b) I perioden fra 2010 til februar 2017, på bopel i [adresse1] eller andre steder, har han via internett vært i kontakt med en rekke utenlandske personer, bl.a på Filipinene, Madagaskar og Romania, og chattet med dem om seksuelle overgrep mot barn. Han har slik laget framstillinger av seksuelle overgrep mot eller som seksualiserer barn, og også mottatt direkteoverføringer, videoer eller bilder av seksuelle overgrep mot barn.»
- (14) Før ankeforhandlinga i lagmannsretten kom det til prosess om provavskjering for prov knytt til tiltalepostane Ic, Id, Ie og VIa. Bakgrunnen kjem eg attende til. Gulating lagmannsrett sa 5. desember 2019 orskurd der kravet om provavskjering vart forkasta.
- (15) Orskurden vart anka til Høgsterett. Ved brev 16. desember 2019 opplyste den saksførebuande dommaren i Høgsteretts ankeutval at anken ikkje kunne handsamast forsvarleg før den tidfesta ankeforhandlinga i lagmannsretten, og at spørsmålet truleg ville bli vist til handsaming i avdeling. Lagmannsretten måtte såleis velja om hovudsaka skulle utsetjast medan ein venta på at Høgsterett tok stilling til spørsmålet eller om saka skulle avviklast etter planen. Den saksførebuande dommaren i lagmannsretten bestemte at saka skulle gå etter planen.
- (16) Gulating lagmannsrett sa dom 17. februar 2020 med slik slutning i punkt 1:
- «1. A, født 0.0.1962, dømmes for overtredelse av straffeloven (1902) § 195 annet ledd b) jf. første ledd første straffalternativ jf. § 205 (tiltalevedtakets post I a og I b), straffeloven (2005) § 301 første ledd første straffalternativ jf. annet ledd b) og c) jf. § 299 a) jf. § 15 (tiltalevedtakets post I c), straffeloven (1902) § 195 annet ledd b) og c) jf. første ledd første punktum jf. § 205 og § 206 (tiltalevedtakets post I d), straffeloven (1902) § 195 annet ledd b) og c) jf. første ledd første punktum jf. § 205 (tiltalevedtakets post I e), straffeloven (1902) § 195 annet ledd b) jf. første ledd jf. § 205 jf. § 49 (tiltalevedtakets II a og II b – før 01.10.2015), straffeloven (2005) § 301 første ledd første straffalternativ jf. annet ledd b) og c) jf. § 299 jf. § 16 jf. § 15 (tiltalevedtakets II c – etter 01.10.2015), straffeloven (1902) § 196 annet ledd b) jf. første ledd jf. § 205 og straffeloven (2005) § 303 annet ledd b) jf. første ledd jf. § 302 jf. § 312 jf. § 15 (tiltalevedtakets post III før og etter 01.10.2015), straffeloven (1902) § 197 jf. § 205 og straffeloven (2005) § 312 jf. § 15 (tiltalevedtakets post IV før og etter 01.10.2015), straffeloven (1902) § 224 fjerde ledd jf. første ledd a) jf. annet ledd b) og c) og straffeloven (2005) § 258 jf. § 257 første ledd a) jf. annet ledd b) og c) jf. § 15 (tiltalevedtakets post V – før og etter 01.10.2015) og straffeloven (1902) § 204a første ledd b) og straffeloven (2005) § 311 første ledd (tiltalevedtakets post VI a og VI b – før og etter 01.10.2015), alt sammenholdt med straffeloven (1902) § 62 første ledd/straffeloven (2005) § 79 [første ledd bokstav] a, til forvaring med en tidsramme på 16 – seksten – år og en minstetid på 11 – elleve – år, jf. straffeloven § 40 jf. § 43.

Utholdt varetekt kommer til fradrag i tidsrammen og minstetiden med til sammen 1 161 –

ettusenettihundreogsekstien – dager, jf. straffeloven (1902) § 60/straffeloven (2005) § 83.»

- (17) I motsetnad til tingretten kom lagmannsretten til at det var grunnlag for å dømme A for medverknad til grov menneskehandel og at det var grunnlag for å gje han forvaringsstraff. I tillegg til straffa i slutninga punkt 1, vart A dømt til å tole inndraging av diverse datautstyr og til å betale oppreisning til to jenter i Romania med 250 000 kroner til kvar.
- (18) A anka lagmannsrettens dom. Anken gjaldt sakshandsaminga, lovbruken, straffutmålinga og sivile krav. Høgsteretts ankeutval trefte 16. juni 2020 vedtak med slik slutning:
- «1. Anken over saksbehandlingen for så vidt gjelder spørsmålet om bevis innhentet ved provokasjon skulle vært avskåret, tillates fremmet.
 2. Anken over lovanvendelsen for så vidt gjelder at straffebestemmelsen om grov menneskehandel er gitt anvendelse, tillates fremmet
 3. Anken over straffutmålingen for så vidt gjelder straffereaksjonens lengde og om vilkårene for forvaring er oppfylt, tillates fremmet.
 4. For øvrig tillates ikke anken over straffekravet fremmet.
 5. Det gis ikke samtykke til ny behandling av erstatningskravene i straffesaken for Høyesterett.»
- (19) Høgsterett oppnemnde 15. juli 2020 Erik Rønneberg Hauge, spesialist i psykiatri og nevrologi, og Kirsten Rasmussen, professor og spesialist i klinisk psykologi, som sakkunnige for Høgsterett. Dei har gjeve ei felles erklæring og forklart seg munnleg for Høgsterett under ankeforhandlinga.
- (20) Utom anken har As forsvarar gjort gjeldande at lagmannsrettens domsgrunnar knytt til talet på overgrep, er utilstrekkelege til å fastsetja straffa. Vidare er det gjort gjeldande at den tiltalte under varetekt i Bergen fengsel har blitt utsett for kroppsvisiteringar i eit slikt omfang at det ligg føre brot på Den europeiske menneskerettskonvensjonen – EMK – artikkel 3 og at dette må få tyding for straffutmålinga eller varetektsfrådraget.
- (21) For Høgsterett vart saka handsama og prosedert saman med HR-2020-2136-A, der dom vart sagd tidlegare i dag. Eg kjem attende til dommen der det er relevant.

Mitt syn på saka

Lovtolkinga. Menneskehandel

- (22) Det fyrste hovudspørsmålet i saka er om A kan dømast for medverknad til grov menneskehandel. Tingretten frifann A for dette, medan lagmannsretten fann han skuldig på dette punktet. Spørsmålet er om straffelova 1902 § 224 og straffelova 2005 § 257 omfattar slike forhold som A er funnen skuldig i. Straffeboda er ikkje heilt likelydande, men det er utan tyding for saka her.
- (23) Saka er på dette punktet heilt parallell med saka som Høgsterett har avgjort tidlegare i dag; sak HR-2020-2136-A. Dei faktiske omstenda som påtalemakta i saka her meiner gjev grunnlag for domfelling for medverknad til menneskehandel, skil seg ikkje frå den nemnte saka. Det er i alt ni fornærma i saka her, om ein reknar med forsøka under tiltalepost II. Det er ikkje faktisk grunnlag for å seia at A har medverka til at offera har blitt rekrutterte til den verksemda kontaktpersonane driv eller er ein del av; saka har heller ikkje vore lagt opp slik av påtalemakta. Eg viser difor til drøftinga i HR-2020-2136-A, avsnitta 20-42, og konkluderer med at A må frifinnast for medverknad til menneskehandel.

Sakshandsaminga

Problemstilling

- (24) Det andre hovudspørsmålet i saka er om prov er henta inn på ein ulovleg måte og i så fall om dei skulle ha vore avskore frå å bli førte. Måten prova er framkomne på kan nok karakteriserast som ein hybrid mellom provprovokasjon og infiltrasjon, men for å forenkla omtalar eg dette i det fylgjande som provprovokasjon.

Provsituasjonen og provprovokasjonane

- (25) I ordskurden 5. desember 2019 skriv lagmannsretten fylgjande om provsituasjonen før provokasjonane vart sette i verk:

«Politiet hadde på tidspunktet for beslutning om provokasjonstiltak, 04.03.2019, utledet mye informasjon fra den chat-loggen tiltaltes samboer hadde levert i slutten av 2015. Den aktuelle chat-loggen inneholdt i seg selv bevis som støttet en mistanke om medvirkning til overtredelse av strl. § 299, men den gav også grunnlag for mistanke om at annen grov kriminalitet hadde funnet sted. Skype-identiteten tiltalte hadde brukt ledet politiet til informasjon om ulike aktive og tidligere aktive nett-identiteter eller 'visningsnavn' som kunne tilbakeføres til tiltaltes IP-adresse. Det ble funnet skype-adresser, e-postadresser, messengerkontoer, kontoer på nettsider som tilbød pornografi og kontoer for datingsider. Det ble funnet redigerte 'visningsnavn' for skype-adresser som hadde mistenkelig karakter, f.eks. 'pretty mom G 15 B 8 G3twins' [...]. Bokstavkodene var konsekvent gjennomført og gav mistanke om at skype-adressene tilbød seksuell fremstilling av barn, og/eller overgrepsmateriale, eventuelt også muligheter for instruksjon om overgrep mot barn som kunne direkteoverføres.

Man satt videre med beviser for at tiltalte hadde brukt automatiske slettingsprogram, f.eks. 'Ccleaner', som fjerner tidligere aktivitet på nettet mer effektivt enn ordinær sletting. Spesialprogrammene ikke bare sletter, men skriver over den tidligere aktivitetens digitale spor med ny informasjon. Det ble også avdekket at tiltalte hadde brukt 'tor-nettverk' og såkalte 'onion-links'. 'Onion', det engelske ordet for 'løk', refererer til at en identitet blir sendt via mange servere rundt i verden, slik at den opprinnelige IP-adressen skjules. For den juridiske vurderingen trenger ikke lagmannsretten gå dypere i de tekniske detaljene. Det rettslig relevante er at tiltalte hadde brukt ulike programmer for å skjule egen identitet knyttet til hans aktivitet på internett.»

- (26) Lagmannsretten skriv deretter fylgjande om korleis prova kom fram:

«Med utgangspunkt i den ovennevnte bevissituasjonen besluttet statsadvokaten 02.03.[2017] å benytte en utradisjonell etterforskningsmetode i form av provokasjon. Det er ikke omstridt at beslutning ble tatt på rett påtalenivå og at det forelå gjennomføringsplan i tråd med riksadvokatens rundskriv. Provokasjonen pågikk fra 04.03.[2017] til 14.06.[2017]. [...]

Fremgangsmåten politiet brukte er blitt forklart og dokumentert for lagmannsretten. Den kan sammenfattes slik:

Fra chat-logg innlevert av samboer, samt beslaglagt materiale, fant politiet skype-adresser med navn som politiet kunne bruke til aktivitet på nettet der man tok kontakt med personer man antok at tiltalte hadde vært i kontakt med før. Overfor slike kontakter innledet man en chat med hovedformål å skaffe bevis mot tiltalte i form av rekonstruksjon

av hans tidligere kontakt med tilbydere av barnepornografi.

Politiet brukte altså skype-identiteter generert av tiltalte for å ta opp kontakt med hans antatt tidligere forbindelser, som kunne styrke en mistanke om at han hadde kjøpt barnepornografisk materiale. For dette formål ble det benyttet skype-identiteten '[...]', som var opprettet av tiltalte fire dager før pågrepelse. Politietterforskerne brukte i denne sammenheng en standardtilnærming som var basert på tiltaltes språklige formuleringer og dialogmodus. Kontaktene ble spurt om de husket tiltalte (alias [As brukernavn]), om de hadde gjort noen 'show' (direkteoverføring av film som viser nakne personer i ulike former for seksuell aktivitet) for ham tidligere, og om kontakten kunne sende tidligere logg fra tidligere brukt skype-identitet '[...]'. Det er ulike variasjoner i de ulike chat-loggene som er fremlagt for lagmannsretten, men hovedinnholdet i tilnærmingen er som beskrevet. ...»

- (27) Føremålet med provprovokasjonen var særleg å verifisere eller avkrefte forklaringa frå A om at det heile dreia seg om rollespel eller psykologisk kartlegging av andre vaksne.
- (28) Politiet lukkast i april 2017 med å få ein av kontaktane til å sende kopi av chat-loggar mellom vedkommande og den tiltalte frå mai og august 2016. Desse loggane inneheld også kommunikasjon om kva for kanal den tiltalte kunne sjå direkteoverføringa frå vedkommande på. A instruerte der kontakten om å gjera ulike seksuelle overgrep mot barn. Chat-loggane frå 2016 er kopierte inn i ein chat mellom kontakten og politiet 19. april 2017.
- (29) Vidare lukkast det politiet å få fleire av kontaktane til å oppgje kva for tenester dei kunne tilby. Politiet avslutta umiddelbart kontakten når det vart tilbode nye overgrep. Det er såleis klart at det ikkje er gjort strafflagde handlingar som elles ikkje ville blitt gjort. Fleire vart kontakta utan at politiet fekk svar. Notoriteten vart sikra ved at politiet filma dataskjermen som vart brukt under etterforskinga.

Generelt om vilkåra for å gjennomføre provprovokasjon

- (30) Bruken av provprovokasjonar er ikkje lovfesta. Det er trekt opp grenser for bruken i rettspraksis, både frå Høgsterett og frå Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).
- (31) Den grunnleggande avgjerda i norsk rett er Rt-1984-1076. Her hadde ein politimann på telefon utgjeve seg for å vera D, ein mann som var varetektsfengsla for kjøp av narkotika, og inngått avtale om mottak av eit narkotikaparti. Høgsterett stilte ikkje opp eit krav om lovheimel. Vidare uttalte Høgsterett seg om behovet for slike metodar i narkotikasaker. Deretter uttalte Høgsterett at politiet ikkje kan framprovosere handlingar som elles ikkje ville blitt gjort, at metoden berre kan nyttast ved alvorlege lovbrøt og berre når vanlege etterforskningsmetodar er utilstrekkelege. I tillegg må det stillast krav til måten metoden blir vedteken og gjennomført på, og høvet til kontroll. Endeleg vart det uttalt at overordna rettsprinsipp må etterlevast ved eventuell bruk av provet i rettssak. Høgsterett konkluderte med at framgangsmåten var forsvarleg og tillét at opplysningar frå telefonsamtalene vart nytta som prov.
- (32) I Rt-1999-1269 hadde politiet gjort opptak med skjult mikrofon av den mistenkte der han erkjente å ha gjort det strafflagde. Dette vart rekna for å vera ulovleg innhenta prov. Samstundes uttalte Høgsterett at «provokasjonshandlingar som tar sikte på å fremskaffe beviser for straffbare handlingar som er begått, [er av] så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlingar kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt».
- (33) I Rt-2000-1345 svarte politiet på oppringing til den beslaglagde mobiltelefonen til den tiltalte.

Dette var ikkje eit ulovleg erverva prov. Høgsterett uttalte vidare at personar som kan tenkjast å vera medskuldige i det strafflagde forholdet, ikkje har den same verneverdige interessa i konfidensialitet som utanforståande. Det vart akseptert at politiet ikkje opplyste at vedkommande snakka med politiet.

- (34) Denne gjennomgangen viser at etterforskningsmetoden må vera forsvarleg. Det er eit absolutt grunnvilkår at framferda til politiet ikkje fører til fullbyrding av ei strafflagd handling som elles ikkje ville blitt gjort. Elles er det stilt opp fire tilleggsvilkår. For det fyrste kan slike metodar berre nyttast ved mistanke om alvorlege strafflagde handlingar. For det andre kan slike metodar berre nyttast når tradisjonelle etterforskningsmetodar er utilstrekkelege. For det tredje må metodebruken vera proporsjonal og for det fjerde må han ikkje vera i strid med andre prosessuelle grunnprinsipp. I tillegg krevst ei fullgod sakshandsaming, både ved vedtaket om å bruke slike metodar og under gjennomføringa.

Lovskravet

- (35) Trass i den nemnde rettspraksisen, har A gjort gjeldande at innleiinga av kontakt og den seinare innhentinginga av prov er i strid med lovskravet i Grunnlova § 113. Føresegna vart vedteken i 2014 og har slik ordlyd:

«Styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket.»

- (36) Dei etterforskningsmetodane som er brukte i saka her, inneber eit innsyn som i og for seg kan reknast som eit inngrep i privatlivet til A. Spørsmålet er om dette har eller treng heimel i lov sjølv om det, som eg kjem attende til, ikkje er i strid med straffelova.

- (37) Spørsmålet om lovregulering av mellom anna provokasjon og infiltrasjon som etterforskningsmetodar, har vore vurdert fleire gonger. Eg viser til oppsummeringa i Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdal, Straffeprosessloven, kommentarutgave, 2020 side 932:

«I Norge tok man det standpunkt ved vedtakelsen av straffeprosessloven i 1981 at det foreløpig ikke var behov for særlige lovregler om utradisjonelle etterforskningsmetoder, jf. Ot.prp.nr.35 (1978–1979) s. 179. Spørsmålet ble vurdert på ny på grunnlag av utredningen i NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet, og da særlig med fokus på kontrollerte leveranser og etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt, jf. NOU 1997:15 s. 120. Konklusjonen var at man ikke fant tilstrekkelig grunn til lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetoder, men departementet uttalte at man ville holde spørsmålet under oppsikt, jf. Ot.prp.nr.64 (1998–1999) om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.) s. 122-124 og Innst.O.nr.3 (1999–2000) om samme lov s. 18-19. I NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern foreslo flertallet i utvalget – først og fremst av hensyn til EMK art. 8 – å lovregulere spaning, infiltrasjon og provokasjon som forebyggende politimetoder, se utredningen s. 175. På grunn av utvalgets mandat ble det ikke foreslått lovregulering av slik metodebruk i etterforskningsøyemed, men det ble fremholdt at behovet for lovregulering er minst like stort for metodebruk under etterforskning. I Ot.prp.nr.60 (2004–2005) s. 141 uttalte Justisdepartementet at det ville bli nedsatt et eget lovutvalg for å vurdere spørsmålet om lovfesting av enkelte ulovfestede etterforskningsmetoder. Oppfølgingen kom først i NOU 2016:24 pkt. 14.10.2 (s. 342-345), hvor Straffeprosessutvalget tilrår at enkelte av de ulovfestede metodene blir lovhjemlet.»

- (38) Denne gjennomgangen viser at ei eventuell lovfesting av utradisjonelle etterforskningsmetodar langt på veg har blitt sett på som eit spørsmål om kva som er tenleg.

- (39) Rt-1984-1076 er som nemnt ei grunnleggande avgjerd for grensene for bruken av utradisjonelle etterforskningsmetodar. Høgsterett slo fast at det ikkje var krav om lovheimel for den aktuelle framferda. Dette er likevel ein mannsalder sidan, og spørsmålet er om prinsippet framleis gjeld, i lys av auka vektlegging av legalitetsprinsippet og samfunnsutviklinga elles.
- (40) Då Grunnlova § 113 vart vedteken i 2014, var dette ei kodifisering av det som alt fylgde av ulovfesta rett, sjå Innst.186 S (2013–2014) side 7-8. Dersom slike etterforskningsmetodar som er tema i saka her, på dette tidspunktet vart rekna for ikkje å ha tilstrekkeleg lovheimel, er det nærliggjande at Stortinget ville ha gjeve uttrykk for det. I førearbeida til grunnlovsendinga – Lønningutvalets rapport – er det eigne kapittel om rettferdig rettargang og legalitetsprinsippet, sjå Dok.nr.16 (2011–2012) kapittel 23 og 41. Etter mitt syn underbyggjer tilvisinga til vidareføring av gjeldande rett at Stortinget føresette at vedtakinga av Grunnlova § 113 ikkje skulle verke inn på bruken av slike utradisjonelle etterforskningsmetodar som var nytta innanfor dei rammene som mellom anna var fastlagte av Høgsterett og omtalte i Riksadvokatens rundskriv.
- (41) Eg nemner at eit av hovudføremåla med lovskravet i Grunnlova § 113 er den demokratiske kontrollen som ligg i lovhandsaminga, jf. Dok.nr.16 (2011–2012) side 248. Stortinget har konkret, og med jamne mellomrom, teke stilling til spørsmålet om lovfesting av etterforskningsmetodar ut over dei generelle reglane i straffeprosesslova, sjå mellom anna Innst.O.nr.3 (1999–2000), Innst.O.nr.113 (2004–2005), Innst.445 L (2012–2013), Innst.343 L (2015–2016) og Innst.357 L (2019–2020). Stortinget har ikkje på noko tidspunkt peikt på at det krevst lovheimel.
- (42) Etter mitt syn er det på denne bakgrunnen ikkje grunn til å fråvike setninga frå Rt-1984-1076 om at det ikkje er krav om lovheimel for slike utradisjonelle etterforskningsmetodar som har blitt nytta i saka her. Noko anna er at det er ei rekkje vilkår – rettstryggleiksgarantiar – som må vera oppfylte. Dette kjem eg attende til straks.
- (43) Avslutningsvis nemner eg at mange meiner at spørsmålet om erverv av prov gjennom provokasjon og infiltrasjon bør regulerast nærare i lov. Spørsmålet har som nemnt vore reist ei rekkje gonger. I lys av vedtakinga av Grunnlova § 113 og det rettspolitiske idealet føresegna er berar av, meiner eg tida kan vera mogen for ei nærare lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetodar, jf. også Straffeprosesslovutvalet i NOU 2016:24 side 342-345 og 619-620.

Den konkrete vurderinga

- (44) Den formelle avgjerda om, og gjennomføringa av, provprovokasjonane er det ikkje noko å seia på i saka her. Det er ikkje tale om framferd som har framkalla strafflagde handlingar. Mistanken var knytt til alvorlege lovbrota. Prova gjeld fire av postane i tiltalen; Ic, Id, Ie og VIa. Det er ikkje omstridd at bruk av tradisjonelle etterforskningsmetodar ville gje store utfordringar. Eg nemner her at A hadde sletta så godt som alle sine chat-loggar i tida før han vart pågripen.
- (45) Den fyrste reelle problemstillinga er difor om det som er gjort frå politiets side er uproporsjonalt til alvorret i lovbrota. Saka gjeld alvorleg kriminalitet med ei samla strafferamme på 21 års fengsel. Politiet har ikkje gjort noko strafflagt etter straffelova § 202 om identitetskrenkingar ved å nytte den siktas alias, jf. både føremåla i § 202 bokstavane a og b og rettsstridsreservasjonen i «uberettiget». Bruken av den siktas alias er etter mitt syn heller ikkje uproporsjonal. A har ingen verneverdig interesse i bruken av slike alias til medverknad til overgrep. Metoden var lite inngripande overfor A – og må etter mitt syn vera klart proporsjonal i lys av dei moglege lovbrota som vart etterforsa.
- (46) Oppsummert meiner eg dei aktuelle prova ikkje har kome fram på ulovleg vis.

- (47) Spørsmålet er etter dette om det ligg føre brot på andre prosessuelle grunnprinsipp som gjer at prova ikkje kunne nyttast i saka.

Særleg om orienteringsplikta og vernet mot sjølvinkriminering

- (48) Det er gjort gjeldande at metoden politiet har brukt er i strid med As vern mot sjølvinkriminering. Det er tvillaust at A ikkje skal lurast til å vitne mot seg sjølv, jf. Rt-1999-1269. Men det er uansett ikkje tilfellet her, sidan det er kontakten, og ikkje A, som har uttalt seg i korrespondansen med politiet.
- (49) Det er derimot ikkje tvil om at As eine kontakt har blitt lurt til å avsløre eigne strafflagde handlingar då kopi av den gamle chat-loggen vart returnert til politiet som brukte As alias. Dette ville ganske sikkert ikkje skjedd dersom politiet hadde orientert kontakten om at det var norsk politi som opererte under As alias. Også tilboda om nye strafflagde handlingar må sjåast slik. Spørsmålet er om kontaktar i offeras heimland nyt eit vern mot at dei avslører eigne strafflagde handlingar overfor norsk politi. Eg legg til grunn at kjernen i sjølvinkrimineringsvernet er allment, jf. Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettar – SP – artikkel 14 nr. 3 bokstav g.
- (50) Sidan kontaktane i utlandet ikkje blir etterforska eller moglege saker mot desse heller ikkje er vurdert rettetført av den norske påtalemakta, kan eg ikkje sjå at konvensjonsvernet kjem i bruk overfor desse, utan omsyn til om dei er hovudmenn, bakmenn eller har ei anna rolle. Det er såleis ikkje i strid med kontaktpersonens vern mot sjølvinkriminering at politiet provoserer fram ein opplysning frå kontakten om kva vedkommande har gjort. Dette kunne kanskje stille seg annleis dersom det skjedde som ledd i eit samarbeid med politiet i det landet som kontakten var i, men det er tvillaust ikkje tilfellet her.
- (51) Konklusjonen er at vernet mot sjølvinkriminering for kontaktane i utlandet, ikkje gjer prova mot A ulovleg erverva. Når ein fyrst aksepterer at politiet kan gå fram på denne måten, kan det heller ikkje vera noka orienteringsplikt overfor kontaktane.
- (52) På bakgrunn av prosedyren for Høgsterett nemner eg også at brot på vernet mot sjølvinkriminering som hovudregel berre kan gjerast gjeldande av den krenka sjølv, jf. Rt-2009-567 avsnitt 17 og Ørnulf Øyen, Høyesterett og vernet mot selvinkriminering, i Magnus Matningsdal m.fl. (red.), Rettsavklaring og rettsutvikling, festskrift til Tore Schei, 2016, side 343-344 med vidare referansar.

Særleg om retten til å spørja ut vitne

- (53) Retten til å spørja ut vitne er grunnleggjande i straffeprosessen, jf. straffeprosesslova §§ 296 og 297. Etter EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d har den som blir sikta for ei strafflagd handling rett til å avhøyre eller få avhøyrte vitne som blir ført mot han, og få innkalla og avhøyrte vitne på hans vegne på dei same vilkåra som vitne ført mot den sikta.
- (54) Hindrar retten til å spørja ut vitne provføring for retten i form av framlegging av kopiar av gamle chat-loggar som den tiltalte sjølv har delteke i, og nye chat-loggar mellom politiet og kontakten i utlandet, der politiet har nytta den tiltaltes alias?
- (55) Når det gjeld framlegging av kopiar av chat-loggar mellom den tiltalte og den han har hatt kontakt med, og som eksisterte alt då etterforskinga vart innleia, er det reelt sett ikkje tale om avhøyr av vitne, men om framlegging av skriftleg materiale – realprov – som kontaktpersonen har. Sidan

kopien av loggen er redigerbar, kan ein rett nok ikkje vera sikker på at attgjevinga er fullstendig. Men A har ikkje gjort gjeldande at loggen ikkje viser det som tidlegare var kommunisert. Ein mogleg konfrontasjon med kontakten ville berre i motsett fall kunne vera relevant. For dei eldre chat-loggane frå 2016 – som ser ut til å ha vore avgjerande prov for tiltalepost Ic – kjem såleis spørsmålet om manglande høve til å spørja ut vitne ikkje på spissen.

- (56) Dei nye chat-loggane, som vart til under etterforskinga, er mellom politiet og kontaktane. Desse er nytta som prov for å vise kva kontaktane kan tilby av nye overgrep. For min del er det ikkje nødvendig å ta stilling til om dette er avhøyr i lovas forstand. Føreset at det er tale om avhøyr, er spørsmålet om det var i strid med prinsippet om rettferdig rettargang at desse chat-loggane vart nytta som prov.
- (57) Eg tek her utgangspunkt i EMDs storkammerdom 15. desember 2015 *Schatschaschwili mot Tyskland* [EMD-2010-9154]. Saka hadde sitt utspring i to grove ran mot prostituerte. Desse var blitt avhøyrd av politiet utan at den sikta var til stades. Dei fornærma vitna møtte ikkje i rettssaka. Retten la vekt på politiavhøyra, men hadde også andre prov. EMD peikte i avsnitt 106, med referanse til tidlegare saker, på at provføring av vitneavhøyr som det einaste eller avgjerande provet i saka («sole or decisive evidence»), og som det ikkje har vore høve til å spørja ut vitna om, ikkje nødvendigvis vil gjera at det ligg føre konvensjonsbrot. Utgangspunktet også i slike tilfelle er «whether the proceedings as a whole had been fair». Også når vitneprovet ikkje er det einaste eller avgjerande provet, er det overordna vurderingstemaet om rettargangen som heilskap er rettferdig. EMD stilte deretter opp tre kriterium i avsnitt 107 for å operasjonalisere dette:
- «The Court must examine
- (i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statements as evidence (ibid., §§ 119-25);
- (ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (ibid., §§ 119 and 126-47); and
- (iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair (ibid., § 147).»
- (58) Oppsummert må ein ved opplesing og annan bruk av vitneprov som den tiltalte ikkje har hatt høve til å spørja ut, vurdere om det var gode grunnar for at vitnet ikkje møtte slik at forklaringa kunne lesast opp, om vitneprovet var det einaste eller avgjerande provet og om det var tilstrekkelege prosessuelle tryggingmekanismer som vog opp for forsvaret av den sikta og som gav tryggleik for at rettssaka, som heilskap, var rettferdig.
- (59) I vår sak må det vera klart at det låg føre ein god grunn til at kontaktane ikkje vart førte som vitne i retten. Det var tale om vitne med delvis ukjent identitet og opphaldsstad som det ville vera uproporsjonalt ressurskrevjande å føre, om det i det heile teke ville la seg gjera. Den tiltalte har vidare ikkje hatt innvendingar mot innhaldet i loggane eller rettens tolking av desse. Den tiltalte har ikkje bede om at vitne blir kalla inn.
- (60) Prova er relevante for tiltalepostane Id, Ie og VIa. Men lagmannsretten uttalte at desse prova var «av langt mindre betydning i det samlede bevisbildet» enn dei eksisterande chat-loggane som var avgjerande for domfellinga under tiltalepost Ic. For tiltalepostane Id og Ie går det fram av lagmannsrettens dom at prova framkomne ved provprovokasjonen frå politiets side ikkje er dei einaste eller avgjerande prova. For tiltalepost VIa er provet ikkje nemnt av lagmannsretten, medan det av tingrettens dom går fram at dette er eitt av fleire prov.
- (61) Når det så gjeld faktorar som oppveg fråværet av eksaminasjon, viser eg til at det ikkje er tvil om at prova er ekte og pålitelege – innhaldet er ikkje omstridd.

- (62) Som nemnt har eg ikkje teke stilling til om chat-loggane som politiet tok del i, skal reknast som avhøyr. Konklusjonen er under alle omstende at det ikkje var i strid med prinsippet om rettfærdig rettargang at påtalemakta førte loggane som prov.

Reaksjonsfastsetjinga. Lengda på fengselsstraffa

- (63) Reaksjonsfastsetjinga er det tredje hovudspørsmålet i saka og reiser fleire underspørsmål.
- (64) Eg nemner innleiingsvis at overgrepa er gjort dels før og dels etter at straffelova 2005 vart sett i kraft. Dette er utan tyding då innhaldet i dei relevante lovreglane er det same. Alle overgrepa er gjort etter straffskjerpinga i 2010.
- (65) Det er tale om direkteoverførte overgrep. Seksuelle overgrep over internett, inkludert overgrep der den fornærma blir tvungen til å utføre handlingar med seg sjølv, blir ikkje straffa mildare enn fysiske overgrep, jf. HR-2017-1282-A avsnitta 16-26 og HR-2019-721-A avsnitta 37-38.
- (66) Når det gjeld den metodiske tilnærminga ved fleire overgrep, tek eg utgangspunkt i Høgsteretts dom HR-2019-721-A, avsnitt 47:
- «Etter mitt syn er det ikke hensiktsmessig å låse fremgangsmåten for straffastsettelsen i saker som dette. De forholdene som kommer til pådømmelse varierer i høy grad, også innenfor de samme straffebestemmelsene. Fremgangsmåten bør kunne tilpasses etter omstendighetene i den enkelte sak og etter rettens skjønn over hva som er hensiktsmessig. Men straffenivået for hvert av de mest alvorlige lovbruddene må altså i alminnelighet angis.»
- (67) Det er frå forsvararens side gjort gjeldande at det ut frå lagmannsrettens dom ikkje er mogleg å talfeste overgrepa på ein slik måte at Høgsterett har forsvarleg grunnlag for å utmåle straffa. Eg er ikkje samd i det. Der det er grunn til det, handsamar eg talfestinga som ein del av utmålinga.
- (68) Tiltalepostane Ib og IV gjeld medverknad til eitt overgrep mot ei jente på tre år på Filippinane. A er her funne skuldig i å instruere mora til å «suck and finger ... deep», urinere i fjeset på jenta og at jenta slikka mora i skrittet. Dette er etter mitt syn særleg krenkande. Eg meiner fengsel i fem til seks år er passande straff for medverknaden til dette overgrepet.
- (69) Tiltalepostane Ic og IV gjeld medverknad til eitt overgrep mot ei jente på ti månader på Madagaskar. A er her funnen skuldig i medverknad til at mora stakk ein eller fleire fingrar inn i jentas vagina eller kjønnsopning, og forsøk på innføring av barnets fot i moras vagina. Dette er grov valdtekt av barn under 14 år. Eg meiner fengsel i omkring fem år er passande straff for medverknaden til dette overgrepet.
- (70) Tiltalepostane Ia, III og IV og gjeld medverknad til overgrep mot to systre på 10 og 14 år i Romania. Lagmannsretten erkjenner at talet på overgrep ikkje er sikkert. Ut frå beløpa som er overførte og det som er forklart frå dei fornærma og mor deira, er det lagt til grunn – i lys av prinsippet om at all rimeleg tvil skal koma den tiltalte til gode – «et fåtall ganger» for den yngste jenta og «en rekke anledninger» for den eldste. Aktor har i Høgsterett gjeve uttrykk for at «et fåtall» i alle fall er to og at «en rekke anledninger» i alle fall er tre. Det er eg samd i. Ein må likevel sjå nærare kva lagmannsretten har funne prova.
- (71) For den yngste av systrene er det som lagmannsretten har funne prova, attgjeve under oppreisingsposten. Domsgrunnane er samla sett tilstrekkelege for at Høgsterett skal kunne ta

stilling til utmålinga. Det går fram av lagmannsrettsdommen at A er funnen skuldig i medverknad til eitt tilfelle av seksuell omgang ved at den yngste systera vart slikka i skrittet av storesystera, eitt forsøk på å få jenta til å «fiste» mor og fleire tilfelle av seksuell handling. I lys av at jenta var 10 år og forsøket var grovt, meiner eg at fengsel opp mot fem år er passande straff for medverknaden til desse overgrepa.

- (72) Også for den eldste av systrene er det som lagmannsretten har funne prova, attgjeve under oppreisingsposten. Det er tale om minst tre tilfelle av seksuell omgang i form av «fisting» og masturbasjon av mor etter instruks frå A. Eg er samd med aktor i at fengsel i tre til fire år er passande straff for medverknaden til desse overgrepa.
- (73) Tiltalepost Id gjeld medverknad til overgrep mot ei jente på seks-sju år på Filippinane. Lagmannsretten fann det prova at tiltalte «ved flere anledninger, uten at antallet kan fastlegges presist», gjennom sine instruksjonar og mot betaling, medverka til at jenta saug og masturberte kjønnsorganet til tantas sambuar. Vidare fann lagmannsretten det prova at tanta, etter instruksjon frå tiltalte, hadde hatt seksuell omgang med jenta ved å slikke kjønnsorganet hennar. Det er vanskeleg å leggje til grunn noko anna enn at dette, til saman, er minst tre tilfelle. Eg meiner fengsel i fem til seks år er passande straff for medverknaden til desse overgrepa.
- (74) Tiltalepost Ie gjeld medverknad til overgrep mot ei jente på seks år på Filippinane. Identiteten til jenta er ikkje sikker. Ut frå lengda på videokontakten ved i alle fall tre høve, samanhalde med betalningar og modus, fann lagmannsretten det prova at den tiltalte gjentekne gonger hadde medverka til seksuell omgang overfor denne jenta. Ut frå samanhengen er det ikkje tvil om at lagmannsretten fann minst tre tilfella prova. Sjølv om lagmannsretten ikkje fann det prova at det var tale om samleie, meiner eg fengsel i fire til fem år er passande straff for medverknaden til desse overgrepa.
- (75) Dei andre postane, inkludert forsøka på seksuelle overgrep i tiltalen post II, som kvar kvalifiserer til fengsel i to til tre år, må her reknast som straffskjerpande moment, jf. straffelova § 79 fyrste ledd bokstav a.
- (76) Når ein står overfor så mange alvorlege strafflagde forhold som det er tale om i saka her, må den samla straffa nødvendigvis bli vesentleg lågare enn om ein la saman straffa for alle lovbrota. Slik addisjon ville gje ei straff langt ut over strafferamma som her er fengsel i 21 år, jf. straffelova § 79. Høgsterett har tidlegare slått fast at straffa, også av omsynet til rimelegheit, i mange tilfelle må bli vesentleg lågare enn om ein nytta addisjonsprinsippet, sjå mellom anna Rt-2014-1145 avsnitt 44, HR-2017-1282-A avsnitt 75 og HR-2019-721-A avsnitt 67.
- (77) I den samla vurderinga av lengda på straffa, legg eg vekt på at overgrepa inngår i eit mønster. Lovbrota må sjåast i samanheng på bakgrunn av den domfeltes omsynslause bruk av mindreårige barn for å tilfredsstille egne behov. Talet på fornærma, alderen til offera, grovleiken i handlingane og omfanget av desse må vega tungt ved fastsetjinga av straffa. Eg tek også omsyn til det straffeskjerpande omstendet som ligg i utnyttinga av den sårbare situasjonen offera har vore i.
- (78) Avgjerda i HR-2017-1282-A er ikkje heilt samanliknbar, men viser til eit samla straffenivå på 13-14 år, før frådrag, for ei sak som etter mitt syn ikkje er like alvorleg som saka her. Heller ikkje Rt-2014-1145 er heilt samanliknbar. Her vart straffa sett til fengsel i 11 år for fem valdtektar til samleie og eitt forsøk på valdtekt. Men eg skyt inn at tre av valdtektene skjedde før straffeskjerpinga i 2010. I avgjerda HR-2019-721-A hadde den domfelte gjort seksuelle overgrep over internett mot 49 mindreårige jenter. Den domfelte hadde fått jentene til å gjera seksuelle handlingar med seg sjølve medan han såg på via webkamera. To forhold var valdtekt til samleie. Samla straff, før frådrag, vart sett til fengsel i 15-16 år. Saka her er etter mitt syn noko grovare. Endeleg viser eg til HR-2020-2136-A, som på si side er klart grovare enn saka her, og der straffa før frådrag vart sett til maksimalstraffa på fengsel i 21 år.

- (79) Eg er etter dette komen til at det i saka her i utgangspunktet er grunnlag for ei fengselsstraff, før moglege frådrag, på 17 år.
- (80) Frådrag for tilståing kan det ikkje bli tale om. Dei forholda som er heilt eller delvis erkjente er underordna for straffutmålinga. Erkjenninga har heller ikkje bidrege vesentleg til oppklaring av saka.
- (81) Det må derimot gjerast eit frådrag for tidsbruken. Saka vart meldt i september 2015. Politiet sette i verk ei avgrensa etterforsking hausten 2015. Etterforskinga vart deretter sett på vent store delar av 2016, og fyrst prioritert primo 2017 i tilknytning prosjektet «Dark Room» i Vest politidistrikt. Eg kan likevel ikkje sjå at det er grunnlag for å seia at den inaktive perioden har vore meir enn om lag elleve månader. Sjølv om det då ikkje er eit konvensjonsbrot, skal liggjetida gje eit markert frådrag i straffa, jf. storkammerdommen HR-2016-225-S avsnitt 35. I storkammerdommen var det tale om liggjetid på sju til åtte månader, som der gav eit frådrag på seks månader frå eit utgangspunkt om fengsel i fire og eit halvt år. I vår sak har det nok også vore tungt for A å vente. Samstundes er dette ein krevjande sakstype å etterforske, slik at det kan ta noko tid før etterforskinga kjem i gang. Aktor har gjeve uttrykk for at eitt år frådrag kan vera passande. Eg er samd i det.
- (82) Etter dette meiner eg den samla straffa skal setjast til fengsel i 16 år.

Kroppsvisiteringar i varetekt

- (83) Det er vidare eit spørsmål om kroppsvisiteringa A er blitt utsett for under varetekt i Bergen fengsel er i strid med Grunnlova § 93 andre ledd og EMK artikkel 3, og i så fall korleis dette skal kompenseras. Dette er eit forhold som ikkje vart handsama i lagmannsretten, då problemstillinga har blitt avdekt under saksførebuinga for Høgsterett.
- (84) Saka er også på dette punktet heilt parallell med saka som Høgsterett har avgjort tidlegare i dag; sak HR-2020-2136-A. A har blitt kroppsvisitert ved at han har måtta kle seg heilt naken og sitja på huk medan han vart visuelt undersøkt. Visiteringane var, etter det som er opplyst, gjennomførte systematisk og ikkje konkret grunnjevne. Det er korkje vist til forhold ved A eller fengselet som grunnjev visiteringspraksisen.
- (85) Sjølv om det ikkje er semje om kor mange slike uheimla kroppsvisiteringar det er tale om – påtalemakta meiner det dreier seg om 421 tilfelle medan den tiltalte meiner talet er 506 – så meiner eg det her uansett ligg føre eit brot på Grunnlova § 93 andre ledd og EMK artikkel 3. Eg viser til drøftinga i HR-2020-2136-A, avsnitt 91-117.
- (86) Reparasjonen bør i vår sak skje gjennom eit auka varetekstfrådrag. Det er som nemnt ikkje semje om talet på visiteringar, sidan dei ikkje er loggførte. Ei oppheving for ny handsaming av dette spørsmålet i lagmannsretten, er likevel utenleg. På bakgrunn av den lange fengselsstraffa meiner eg det i denne saka utan nærare prøving av dei 85 omstridde visiteringane er forsvarleg å auke varetekstfrådraget med 253 dagar.
- (87) I lagmannsrettens dom er frådraget oppgjeve til 1 161 dagar. I tillegg kjem ytterlegare 262 dagar fram til i dag. A skal i tillegg ha det nemnte frådraget på 253 dagar. Samla frådrag blir etter dette 1 676 dagar.

Forvaring?

- (88) Eit siste spørsmål under reaksjonsfastsetjinga er om A skal idømmast forvaringsstraff. Tingretten kom til at det ikkje var grunnlag for forvaring. Lagmannsretten kom til motsett resultat.
- (89) For dei rettslege utgangspunkta viser eg til HR-2020-1218-A, der også tidlegare praksis frå Høgsterett er gjennomgått. Eg viser særleg til avsnitta 13-16 om vilkåra for forvaring, avsnitta 17-19 om vurderinga av faren for nye lovbrott og avsnitta 53-58 om grunnvilkåret om samfunnsvern. Saka her reiser ikkje spørsmål om innhaldet i reglane, og eg går difor over på den konkrete vurderinga av om A skal dømmast til forvaring.
- (90) Lovbrota A er dømt for er tvillaust alvorlege seksuallovbrott, jf. straffelova § 40 fyrste og andre ledd. Etter mitt syn er det heller ikkje tvil om at det i dag, på domstidspunktet, er ein nærliggande fare for at A igjen vil gjera nye alvorlege seksuallovbrott. Det er tilstrekkeleg å vise til dei mange lovbrota han er funnen skuldig i.
- (91) Spørsmålet er om grunnvilkåret er oppfylt, det vil seia om ei tidsbestemt straff vil vera tilstrekkeleg for å verne samfunnet mot nye seksuallovbrott frå A. I denne vurderinga må ein ta utgangspunkt i at straffa skal sonast fullt ut. Vurderingstemaet er altså om det framleis vil vera risiko for nye seksuallovbrott frå As side etter han har sona ferdig, jf. HR-2020-976-A avsnitt 57 og HR-2020-1218-A avsnitt 53 med vidare referansar. Når ein tek omsyn til auken i varetaktsfrådraget, skal vurderinga såleis knyttast til situasjonen ved lauslating i 2033.
- (92) As framferd har vore omsynslaus. Omfanget av det han er domfelt for er tilstrekkeleg til å skape alvorleg uro. Det er tale om ei rekkje grove seksuallovbrott og forsøk, totalt overfor ni fornærma. Dette viser ein vilje til å setja eigne behov framom lidinga til barna, eller ei manglande innsikt i lidingane. A er derimot ikkje dømt for kontaktovergrep. Dei sakkunnige for Høgsterett har peikt på at det er lite forskning om nettovergrep, men at tilbakefallsfrekvensen er låg, og langt mindre enn for dei som har gjort både nettovergrep og kontaktovergrep.
- (93) Dei sakkunnige har peikt på at få av dei risikofaktorane som på gruppenivå har vist seg å ha samband med ein auka risiko for gjentekne overgrep mot barn, er til stades. Ein kan likevel ikkje slutte noko om A frå dette. Dei sakkunnige har ikkje funne sikre haldepunkt for at A er pedofil. Rett nok har A visse dyssosiale trekk, men slik eg forstår det ligg det ikkje føre ei gjennomgåande personlegdomsforstyring eller andre faktorar som peikar mot auka risiko for ny kriminalitet. Han er ikkje straffedømd tidlegare, vil her få ei lang fengselsstraff og veit at nye lovbrott vil føre til ein streng reaksjon. Sjølv om han er dømt for omfattande lovbrott, er det vanskeleg å leggje til grunn at handlingsmønsteret ikkje vil opphøre.
- (94) Samla er eg difor komen til at det er for stor usikkerheit knytt til faren for at A etter lauslatinga vil gjera nye seksuallovbrott til at han kan dømmast til forvaring.

Konklusjon

- (95) Eg er etter dette komen til at A må frifinnast for tiltalen om menneskehandel, at forvaring ikkje skal idømmast, at straffa skal setjast til fengsel i 16 år, at varetaktsfrådraget skal aukast og at anken elles må forkastast.
- (96) Eg røystar etter dette for slik

DOM:

1. A blir frifunnen for post V i tiltalen.

2. Lagmannsrettens dom, domsslutninga punkt 1 fyrste avsnitt, blir elles endra slik at straffa blir sett til fengsel i 16 – seksten – år.
3. Elles blir anken forkasta.
4. Til frådrag kjem 1 676 – eittusensekshundreogsyttiseks – dagar for fridomstap.

(97) Dommar **Falch**:

Delvis dissens

Avskjering av prov

- (98) Eg er komen til at lagmannsrettens domfelling for tiltalepostane 1c, 1d, 1e og VIa må opphevast, fordi det er ført ulovlege prov. Ved innhentinga av prova er det etter mi meining *gripe inn* overfor den tiltalte, noko som etter Grunnlova § 113 krev heimel i lov. Slik lovheimel fanst ikkje, og då kunne prova ikkje førast.
- (99) Eg refererer fyrst kort dei aktuelle prova:
- (100) Politiet hadde fått tilgang til Skype-identitetar, e-postadresser, Messenger-kontoar og andre kontoar som den tiltalte hadde oppretta på internett. Det var mistanke om at han hadde brukt dei til å utføre slike overgrep og handlingar som han seinare blei tiltalt for. Politiet sette difor våren 2017 i verk dialogar med tidlegare moglege kontaktar av den tiltalte, ved å bruke dei identitetane han hadde oppretta, med det føremålet å avdekkje overgrep og å skaffe prov mot han. I dei chat-utvekslingane som følgde, gav politiet seg ut for å vere den tiltalte og spurde etter tidlegare kontakt og chat-loggar. Dei som svara på førespurnadene frå politiet, har openbert ikkje visst kven dei i røynda kommuniserte med. Dialogane blei seinare lagde fram som prov i straffesaka mot den tiltalte.
- (101) Det som etter mi meining her har skjedd, er at politiet har gjeve seg ut for å vere den tiltalte ved reelt sett å ha teke over identitetane hans på internett. For å gjere det enkelt omtaler eg dette som identitetsovertakingar med sikte på innhenting av prov.
- (102) Grunnlova § 113 lovfester legalitetsprinsippet – lovskravet – ved kort og godt å seie at styresmaktene «må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket».
- (103) Føremålet med regelen er å «synleggjøre [legalitets]prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse», sjå Dok.nr.16 (2011–2012) side 248. Regelen var allereie gjeldande, men kontroll- og konstitusjonskomiteen meinte at han burde grunnlovfestast. Komiteen viste til at lovskravet «er grunnlaget for forståelsen av rettsstaten» og dermed utgjør ein av «de sentrale deler av vår statsskikk», sjå Innst.186 S (2013–2014) side 31.
- (104) Det nærare føremålet er utlagt slik i Rt-2014-1105 avsnitt 26:
- «Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at '[a]lle er like for loven'. Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.»

- (105) Det er difor klart at ei rekkje etterforsknings- og politimetodar krev lovheimel før dei kan bli sette i verk. Praktiske døme er avgrensingar i rørsle- og kommunikasjonsfridomen til ein mistenkt, ransaking og beslag av gjenstandar og dokument, og overvaking og avlytting av kommunikasjon med andre personar.
- (106) I dette tilfellet har politiet ikkje overvakt den tiltalte kommunikasjon med andre. Politiet har på eit vis gått eitt steg vidare, ved sjølv å setje i gang eller halde fram kommunikasjonen. Det dreier seg difor ikkje om ein situasjon der politiet berre opptre fordekt og/eller gjev seg ut for å vere ein fiktiv person.
- (107) Eg meiner det ligg nær å sjå slike identitetsovertakingar som i saka her som å «gripe inn» overfor den reelle personen – her den tiltalte – som politiet bruker identiteten til. Identiteten – også på internett – til ein person er eit retts gode som i utgangspunktet er verna. Eg viser her til straffelova § 202, der den som «uberettiget ... opptre med en annens identitet» kan bli straffa når forsettet er å påføre vedkomande eller andre «tap eller ulempe». I tillegg kjem at ei slik identitetsovertaking også kan gripe inn overfor kontaktane. Dei blir lokka og kontrollerte.
- (108) Fyrstvoterande har peikt på at det ved ulike høve gjennom åra har vore reist spørsmål om å lovfeste utradisjonelle etterforskningsmetodar, slik som provokasjon og infiltrasjon. Sentralt har stått dei krava som følgjer av lovskravet både i Grunnlova og EMK. At desse initiativa ikkje har ført til noka lovgjeving, har etter mi meining avgrensa vekt ved tolkinga av Grunnlova § 113. Stortinget har, så langt eg er kjend med, aldri uttalt seg spesielt om den etterforskningsmetoden som er brukt i saka her. Då Grunnlova § 113 blei vedteken i 2014, blei ingen etterforskningsmetodar omtalte.
- (109) I Rt-1984-1076, som fyrstvoterande har omtalt, tillét Høgsterett eit prov som var skaffa ved ein ekstraordinær etterforskningsmetode utan at han hadde lovheimel i vår strafferettspleie. I den saka hadde politiet gjeve seg ut for å vere den sikta i kontakten med moglege medskuldige. Slik sett skjedde det ei form for identitetsovertaking også i den saka.
- (110) Det er særleg tre grunnar til at eg meiner den dommen ikkje kan vere avgjerande for løysinga av vår sak:
- (111) For det *fyrste* følgde politiet i den saka opp ein førespurnad som den medskuldige – D – hadde gjort til den sikta. Initiativet kom altså ikkje frå politiet, slik som i saka her. Forskjellen er likevel ikkje så stor at han aleine kan grunngje ei anna løysing av vår sak.
- (112) For det *andre* har det vore ei rivande utvikling i folks kommunikasjonsformer sidan 1980-åra. I dag er internett, som alle har svært enkel tilgang til, dominerande. Det er no vanleg å ha ei rekkje identitetar på ulike digitale plattformer, slik som e-postadresser, andre digitale adresser, identitetar på sosiale medium, på ulike opne og lukka chatte-rom og så bortetter. Alle kan difor enkelt kommunisere med kven det skulle vere, alt frå dei næraste til dei fjernaste kontaktane, og også med heilt ukjende personar. Denne utviklinga gjev politiet heilt nye moglegheiter, dersom politiet som ledd i ei etterforskning skulle ha høve til å overta den mistenktes identitetar på internett, for deretter å opprette eller halde fram hans dialogar med andre personar. Kontrasten til 1980-åra er slående: I saka frå 1984 brukte ikkje politiet meir enn dei moglegheitene fasttelefonen gav.
- (113) Denne utviklinga og dei moglegheitene som no finst, tilseier etter mi meining at vi i dag må sjå på politiets identitetsovertakingar med sikte på innhenting av prov med andre augo enn før. Når moglegheitene, og med det konsekvensane, er blitt heilt andre, kjem også kravet til lovheimel i ei anna stilling. I realiteten er det politiet har gjort i saka her, noko nytt og anna enn det politiet gjorde i 1984-saka.
- (114) For det *tredje* er medvitet om, og framhevinga av, lovskravet på dette området forsterka dei

seinare åra. Lovskravet i strafferetten er utan tvil blitt skjerpa, noko eg meiner straffeprosessen til ein viss grad har blitt påverka av. Rt-2009-394 kan tene som døme: Der var kommunikasjonskontroll kravd for å identifisere kven brukaren av ein mobiltelefon var. Siktemålet var ikkje å identifisere sjølve telefonen, noko lova gav heimel til. Høgsteretts ankeutval konstaterte då at siktemålet låg utanfor ordlyden i lovregelen, og peikte på at «kravet til klar lovhjæmmel må stå sterkt på dette området». Kravet blei difor avslått, sjølv om reelle omsyn skulle tilseie noko anna.

- (115) Eg viser også til den nemnde Rt-2014-1105, som sterkt framhevar lovskravet innanfor straffeprosessen. I tillegg viser eg til HR-2016-1833-A avsnitt 14. Der slår Høgsterett fast at tvang i form av å bruke fingeren til den sikta til å låse opp ein mobiltelefon «krever hjemmel i lov» etter mellom anna Grunnlova § 113.
- (116) Samla sett meiner eg at dei identitetsovertakingane med sikte på innhenting av prov som er skildra i saka her, er inngrep som krev lovgrunnlag. Eg nemner her at eg reknar med at lovskravet ikkje blir aktualisert dersom politiet berre er svært passivt og nokså generelt i sin dialog med kontaktane, sjå til samanlikning Rt-2000-1345. Men slik var situasjonen ikkje her.
- (117) Føremålet med lovskravet understøttar etter mi meining konklusjonen. Det er eit openbert behov for å sikre demokratisk legitimitet til slike etterforskningsmetodar som denne saka gjeld. Lovgjeving vil også kunne klargjere dei nærare avgrensingane. Dette vil i sin tur gje eit betre og sikrere grunnlag for domstolskontrollen.
- (118) Når eg på denne bakgrunnen meiner at politiets chattar med kontaktane var uheimla, blir konsekvensen at dei førespurnadene politiet sende, og dei svara og opplysningane kontaktane gav, er ulovlege prov. Det same må etter mi meining gjelde for den tidlegare chatten som ein kontakt då sende til politiet.
- (119) Endeleg er det mitt syn at når prova fyrst er innhenta ulovleg, så er det ikkje – mot viljen til den tiltalte – høve til å føre dei i straffesaka mot han. Føring av prova vil i så fall representera eit framhald av krenkinga av han, jf. Rt-1999-1269 på side 1272. Føringa vil også undergrave det grunnlovsfesta lovskravet.
- (120) Eg konkluderer difor med at det er gjort ein sakshandsamingsfeil. Han må føre til at domfellinga for dei tiltalepostane eg nemnde, blir oppheva, fordi feilen kan ha verka inn på domfellinga, jf. straffeprosesslova § 343 fyrste ledd.

Andre spørsmål

- (121) Når det gjeld spørsmålet om den tiltalte skal domfella for menneskehandel etter straffelova 1902 § 224 og straffelova § 258, jf. § 257, er eg samd med fyrstvoterande og kan slutte meg til grunnngjevinga hans.
- (122) Eg er etter rådslaginga kjend med at eg er i mindretal i spørsmålet om delar av dommen skal opphevast. Når eg deltek i røystinga over straffutmålinga, skal eg difor basere meg på fleirtalets konklusjon om kva den tiltalte blir dømd for, jf. straffeprosesslova § 32 andre ledd. Ved straffutmålinga er eg i det vesentlige og resultatet samd med fyrstvoterande.
- (123) Dommer **Arntzen:**

Særmerknad

- (124) Jeg slutter meg i det vesentlige og i resultatet til førstvoterende, dommer Høgetveit Berg, og har en særmerknad.
- (125) For så vidt gjelder lovanvendelsesanken, om handlingene A er funnet skyldig i skal anses som medvirkning og forsøk på medvirkning til grov menneskehandel, legger jeg nå flertallets rettsoppfatning i HR-2020-2136-A votert tidligere i dag, til grunn.
- (126) Dommer **Kallerud**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Høgetveit Berg.
- (127) Dommer **Indreberg**: Likeså.
- (128) Etter røystinga sa Høgsterett slik

DOM:

- 1. A blir frifunnen for post V i tiltalen.*
- 2. Lagmannsrettens dom, domsslutninga punkt 1 fyrste avsnitt, blir elles endra slik at straffa blir sett til fengsel i 16 – seksten – år.*
- 3. Elles blir anken forkasta.*
- 4. Til frådrag kjem 1 676 – eittusensekshundreogsyttiseks – dagar for fridomstap.*

Norges Høyesterett - Dom. - HR-2014-2472-A - Rt-2014-1292

Instans	Norges Høyesterett – Dom.
Dato	2014-12-18
Publisert	HR-2014-2472-A – Rt-2014-1292
Stikkord	Strafferett. Saksbehandling. Uskyldspresumsjonen. Fjernavhør.
Sammendrag	I fellende dom for promillekjøring, hvor domfelte hadde gjort gjeldende at en annen enn han selv hadde kjørt bilen ved anledningen, men at han ikke husket hvem dette var, hadde lagmannsretten vektlagt i domfeltes disfavør at han ikke kunne oppgi hvem som hadde kjørt, idet han selv kunne og burde ha funnet ut av dette. Dette var å pålegge domfelte en utrednings- og bevisføringsplikt som ikke er forenlig med uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd, jf. EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nr. 2. Lagmannsretten hadde tillatt et helt sentralt vitne, som hadde forklart at hun hadde sett domfelte kjøre, avhørt ved telefonavhør. Høyesterett uttalte til dette at det ville ha vært uproblematisk å tilrettelegge for at vitnet kunne forklart seg direkte for lagmannsretten, og at en direkte forklaring måtte forventes å gi retten et vesentlig mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen enn et telefonavhør. Begge disse forholdene ga grunnlag for å oppheve lagmannsrettens dom.
Saksgang	Indre Finnmark tingrett TINFI-2013-151567 – Hålogaland lagmannsrett LH-2013-208083 – Høyesterett HR-2014-2472-A, (sak nr. 2014/1747), straffesak, anke over dom.
Parter	A (advokat Halvard Helle) mot Den offentlige påtalemyndighet (kst. statsadvokat Tor Børge Nordmo)
Forfatter	Bårdsen, Matheson, Kallerud, Skoghøy. Dissens: Arntzen.

-
- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder lagmannsrettens saksbehandling ved domfellelse for promillekjøring, etter frifinnelse i tingretten. Det er spørsmål om hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag tilsa at lagmannsretten ikke skulle ha tillatt at et av vitnene forklarte seg ved fjernavhør. Og det er spørsmål om lagmannsretten har foretatt bevisvurderingen i strid med uskyldspresumsjonen.
 - (2) Politimesteren i Øst-Finnmark satte 6. september 2013 A under tiltale for overtredelse av veitrafikkloven § 31 første til fjerde ledd, jf. § 22 første ledd – promillekjøring med bil i X i Y tidlig om morgenen søndag 19. mai 2013. Indre Finnmark tingrett avsa 31. oktober 2013 frifinnende dom [TINFI-2013-151567], under henvisning til at det var rimelig tvil knyttet til om A hadde ført bilen. Rettens formann stemte for domfellelse, og viste spesielt til at vitnet B hadde identifisert A som sjåfør.
 - (3) Påtalemyndigheten anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Hålogaland lagmannsrett avsa 20. mai 2014 dom [LH-2013-208083] med slik domsslutning:
 - «1. A, født 0.0.1991, dømmes for overtredelse av vegtrafikkloven § 31 første til fjerde ledd, jf. § 22 første ledd til en straff av fengsel i 21 – tjueen – dager, som gjøres betinget med en prøvetid på 2 – to – år, jf. straffeloven §§ 52-54, samt en bot til statskassen på 10 000 – titusen – kroner, subsidiært 15 – femten – dager fengsel.
 2. A fradømmes retten til å føre førerkortpliktig motorvogn for en periode på 17 – sytten –

måneder regnet fra dommen blir rettskraftig, jf. vegtrafikkloven § 33 nr. 1, jf. tapsforskriften § 3-2 nr. 2. Til fradrag kommer den tiden føreretten har vært midlertidig tilbakekalt. For gjenerverv av føreretten kreves full ny førerprøve, jf. tapsforskriften § 8-3 siste ledd.»

- (4) Også lagmannsrettens dom ble avsagt under dissens, i det én av meddommerne kom til at det ikke var hevet over rimelig tvil at A hadde ført bilen.
- (5) A har anket til Høyesterett. Anken retter seg mot lagmannsrettens saksbehandling. Det er gjort gjeldende at lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil ved å avhøre vitnet B ved fjernavhør. Hun var et sentralt vitne, og det var flere uavklarte forhold omkring hennes vitneprov som tilsier at hun burde ha forklart seg direkte for lagmannsretten. Det var betenkelig å bruke fjernavhør, jf. straffeprosessloven § 109a, og rettergangen har ikke vært forsvarlig, jf. Grunnloven § 95 første ledd, Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14. Utenfor anken er det gjort gjeldende at lagmannsrettens bevisbedømmelse er gjennomført i strid med uskyldspresumsjonen, jf. Grunnloven § 96 andre ledd, EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2.
- (6) A har lagt ned slik påstand:
«Hålogaland lagmannsretts dom av 20. mai 2014 med ankeforhandling oppheves.»
- (7) *Påtalemyndigheten* har vist til at vilkårene for å tillate fjernavhør etter straffeprosessloven § 109a var oppfylt, og at hensynet til en rettferdig rettergang ikke var til hinder for at lagmannsretten kunne tillate at B ga forklaring per telefon. Lagmannsrettens bevisbedømmelse er ikke strid med uskyldspresumsjonen.
- (8) *Påtalemyndigheten* har lagt ned slik påstand:
«Anken forkastes.»
- (9) **Jeg er kommet til** at anken fører frem.
- (10) Som bakgrunn for de to spørsmålene saken reiser for Høyesterett, gjengir jeg følgende fra lagmannsrettens innledende beskrivelse av hendelsesforløpet:
«Lørdag 18.05.2013 startet tiltalte å drikke alkohol hos en kamerat som bor i nærheten av ham. Deretter dro han til en leilighet i nærheten av Z restaurant hvor han deltok i feiring av Bs 18-års dag. Feiringen fortsatte på Z restaurant, hvor tiltalte var til det stengte kl. 03.00. Sammen med flere andre dro han deretter tilbake til den leiligheten hvor de hadde vært før de dro på restauranten. Basert på tiltaltes egen forklaring legger lagmannsretten til grunn at han denne kvelden og natten drakk både øl, rusbrus og brennevin og at han ble beruset.
Festdeltakerne sørget for mye bråk, og eieren av leiligheten hvor festen fant sted, C, sørget etter hvert for at festdeltakerne forlot leiligheten. B hadde drukket en god del alkohol, og hadde sovnet på festen, men ble vekket da C kom, og hun gikk deretter til naboen D. Både B og D så fra leiligheten at tiltaltes bil ble kjørt, og begge ringte politiet og varslet om promillekjøring.
Etter at C hadde avbrutt festen, dro tiltalte etter hvert til den kameraten som bodde i nærheten av ham, og hvor han hadde startet drikkingen. Der ble han senere pågrepet av politiet og tatt med til blodprøvetaking. Avstanden fra der festen fant sted til dette stedet er ca. 5 km. Blodprøve tatt søndag morgen omkring kl. 08.30 viste at tiltalte hadde en alkoholkonsentrasjon i blodet på 1,12 promille.»
- (11) Både flertallet og mindretallet la til grunn at As bil ble kjørt denne natten, og at han var alkoholpåvirket. Det springende punktet ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet var om A selv førte bilen.

- (12) Jeg ser først på det spørsmålet som A har tatt opp utenom anken; om lagmannsrettens dom må oppheves fordi flertallet har gjennomført bevisvurderingen i strid med uskyldspresumsjonen.
- (13) Grunnloven § 96 andre ledd lyder:
«Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.»
- (14) Bestemmelsen kom inn i Grunnloven ved revisjonen i mai 2014. *Lønning-utvalget*, som utarbeidet det samlede forslaget til grunnlovsreformen, fremholdt at § 96 andre ledd befester «et særlig viktig rettsstatsprinsipp», jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 130. Og Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at § 96 andre ledd «grunnlovsfester innholdet i FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2», jf. HR-2014-2364-A avsnitt 29. Innholdet og rekkevidden må da fastlegges i lys at disse internasjonale parallellene, jf. også Grunnloven § 92.
- (15) Presumsjonen om uskyld rommer flere regler og prinsipper. Helt grunnleggende er det at i ordinære straffesaker må påtalemyndigheten bevise tiltaltes skyld utover rimelig tvil, jf. Rt-2008-1409 avsnitt 89, Rt-2010-655 avsnitt 17 og EMDs dom i *Barberà, Messegué og Jabardo mot Spania* [EMD-1983-10588] 6. desember 1988 avsnitt 77. Den tiltalte kan på sin side ikke avkreves bevis for sin uskyld. Han kan heller ikke domfelles fordi han ikke har villet gi en fullstendig forklaring. Regelen her står i sammenheng med den tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv, jf. Grunnloven § 95 første ledd, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Jeg viser til Rt-2011-800 avsnitt 40 og til EMDs dom i *John Murray mot Storbritannia* [EMD-1991-18731] 8. februar 1996 avsnitt 41-54 og i *Telfner mot Østerrike* [EMD-1996-33501] 20. mars 2001 avsnitt 15-18. I Telfner-dommen avsnitt 17 fremheves samtidig at «common-sense inferences» fra den tiltaltes taushet er i orden dersom påtalemyndigheten gjennom bevisførselen allerede har «established a case against him, which called for an explanation». Og i *Donohoe mot Irland* [EMD-2008-19165] 12. desember 2013 avsnitt 84 heter det at «silence maintained in response to questions 'clearly calling for an explanation' can be taken into account although that negative inference cannot be the 'sole or main' basis for a conviction». Straffeprosessloven § 93 andre ledd – som åpner for at den tiltaltes taushet kan holdes mot ham – må forstås på denne bakgrunn.
- (16) Det sentrale spørsmålet i straffesaken mot A var om det var han eller noen andre som førte bilen den aktuelle morgenen. Ved redegjørelsen for bevisbedømmelsen på dette punktet, tok lagmannsrettens flertall følgende utgangspunkt:
«Tiltaltes bil ble funnet av politiet samme sted som tiltalte ble pågrepet. I bagasjerommet lå tiltaltes jakke med lommeboken hans. Tiltalte har forklart at han ble kjørt dit av en person, men at han var så full at han ikke husker hvem det var. Lagmannsrettens flertall bemerker at tiltalte etter pågripelsen for promillekjøring, burde være interessert i å finne ut hvem som hadde kjørt ham, og at miljøet på X er såpass oversiktlig at det etter alt å dømme ville latt seg gjøre å finne ut av dette ved å spørre andre festdeltakere. At tiltalte ikke har kunnet oppgi hvem som kjørte ham, er således et bevismoment i hans disfavør.»
- (17) Jeg utelukker ikke at lagmannsrettens flertall kan ha forsøkt å få frem at den ikke festet lit til tiltaltes forklaring om at det må ha vært noen andre som kjørte bilen hans. Men det dette avsnittet i lagmannsrettens dom etter sitt eget innhold gir uttrykk for – som opptakt til gjennomgangen av påtalemyndighetens bevisførsel – er at det er et bevismoment i tiltaltes disfavør at han ikke har opplyst hvem det var som kjørte bilen, ettersom *han selv kunne og burde ha sørget for å undersøke* dette i sitt nærmiljø. Dette er noe annet enn å trekke slike «common-sense» slutninger fra den tiltaltes taushet som uskyldspresumsjonen i noen grad tillater: Ved å legge vekt på at tiltalte selv kunne og burde ha sørget for en avklaring, har lagmannsrettens flertall i realiteten kommet i skade for å pålegge ham en utrednings- og bevisføringsplikt som ikke er forenlig med uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd, jf. EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2. Feilen knytter seg til et helt sentralt bevisstema i saken, og må derfor lede til opphevelse av lagmannsrettens dom med ankeforhandling, jf. straffeprosessloven § 342 første ledd nr. 3, jf. §

347 og Grunnloven § 92, jf. EMK artikkel 13.

- (18) Jeg går da over til spørsmålet om lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil da den tillot at vitnet B forklarte seg ved fjernavhør, jf. straffeprosessloven § 109a.
- (19) Straffeprosesslovens utgangspunkt og hovedregel er at vitner forklarer seg for den dømmende rett ved personlig fremmøte i retten. Straffeprosessloven § 109a åpner imidlertid for fjernavhør. Vilkårene er forholdsvis strenge, ettersom fjernavhør som hovedregel bare kan benyttes dersom vitnet ikke har møteplikt på grunn av lovens geografiske begrensninger, eller fordi «andre særlige forhold gjør fjernavhør ønskelig». Fjernavhør bør uansett ikke foretas dersom forklaringen «kan være særlig viktig», eller hvor andre forhold gjør det «betenkelig», se § 109a første ledd andre punktum. Ved rettens vurdering av om fjernavhør vil være «betenkelig», skal det etter forarbeidene tas hensyn til om det vil være mulig å gjennomføre avhøret med lyd og bilde, eller bare med lyd, jf. Prop. 141 L (2009–2010) side 134. Jeg legger til grunn at med høykvalitets toveis-kommunikasjon med både lyd og bilde vil betenkeligheten ved fjernavhør være en del mindre enn ved rene telefonavhør. I saken her er det spørsmål om telefonavhør.
- (20) Rettens beslutning om å tillate at et vitne forklarer seg ved fjernavhør, kan ikke som sådan ankes eller gjøres til ankegrunn. Jeg viser til straffeprosessloven § 377 første ledd og § 315 første ledd, jf. Rt-1995-1380, Rt-1998-297 og Prop. 141 L (2009–2010) side 59-60. Men det kan ankes over en fellende dom på det grunnlag at fjernavhør ikke ga et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. straffeprosessloven § 294 og retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14.
- (21) Jeg legger til grunn at retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd er en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges «i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området», jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 122. Samme sted fremhever *Lønning-utvalget* at den enkelte «vil således kunne påberope seg bestemmelsen overfor domstolene dersom hun eller han mener at retten til rettferdig rettergang ikke er ivaretatt». Og ved «den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD». Dette bekreftes så langt også av Høyesteretts praksis, jf. Rt-2014-964 avsnitt 10, Rt-2014-1045 avsnitt 40 og Rt-2014-1105 avsnitt 37.
- (22) Ved anke til lagmannsretten over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet skal det foretas en fullstendig ny prøving av bevisene så langt anken er henvist, jf. straffeprosessloven § 331 første ledd. Hvorvidt lagmannsrettens dom bygget på et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, vil derfor utelukkende kunne bero på bevisførselen slik den ble gjennomført for lagmannsretten. Forløpet frem til ankebehandlingen i lagmannsretten er likevel viktig for å belyse sammenhengen og utgangspunktene for lagmannsrettens bevisvurdering.
- (23) Som jeg tidligere har vært inne på, var det springende punktet i bevismessig forstand om A førte bilen selv. To vitner – C og B – hadde forklart for politiet at de hadde sett at det var A som kjørte bilen, og at det var på denne bakgrunn at de to også kontaktet politiet for å varsle om promillekjøringen. A har på sin side forklart at bilen ble ført av en annen, som han på grunn av egen alkoholpåvirkning ikke kan huske hvem var.
- (24) A ble, mot formannens stemme, frifunnet i tingretten. Om bevisbedømmelsen heter det i tingrettens dom:
«Rettens flertall, de to meddommerne, finner det ikke bevist ut over rimelig tvil at det var tiltalte som kjørte bilen. Flertallet finner ikke å kunne legge avgjørende vekt på Bs forklaring. Hennes observasjon kan være usikker på grunn av at hun var beruset. Det må legges til grunn at hun var sterkt beruset. Hun måtte bæres i seng, og hun husket ikke under sin rettslige forklaring at hun hadde ringt politiet etter festen. Vitnet D kunne fra

samme posisjon som B ikke se hvem som kjørte. Ds leilighet ligger i andre etasje, og det kan da være vanskelig å se hvem som kjører bil utenfor huset. C kunne heller ikke i retten bekrefte at tiltalte kjørte bilen, og flertallet finner da ikke å kunne legge til grunn hans opplysning til politiet på stedet. Det kan etter dette ikke utelukkes at en annen har kjørt bilen, og tiltalte må bli å frifinne.»

- (25) B forklarte seg direkte for tingretten. Det foreligger ikke opptak av hennes forklaring.
- (26) Forut for ankeforhandlingen i lagmannsretten ba påtalemyndigheten om rettens samtykke til at B kunne forklare seg via telefon, ettersom hun på tidspunktet for ankeforhandlingen ville være på jobb på en plattform i Nordsjøen. Ved lagmannsrettens beslutning 16. mai 2014 ble begjæringen avslått, med følgende begrunnelse:
- «I følge tingrettens dom side 4 var B det avgjørende vitnet ved vurderingen av skyldspørsmålet. B skal være det eneste vitnet som har observert at tiltalte var fører av bilen. Ved vurderingen av Bs forklaring delte tingretten seg i et flertall og et mindretall, hvor flertallet fant ikke å legge til grunn Bs forklaring om at tiltalte var fører. Slik saken fremstår på nåværende tidspunkt synes Bs forklaring å være svært viktig for sakens opplysning. Lagmannsretten avslår derfor begjæringen om lydavhør (telefonavhør) av B, jf. straffeprosessloven § 109a.»
- (27) Ved brev 19. mai 2014 – dagen før ankeforhandlingen – varslet imidlertid retten at den nå hadde besluttet å tillate at B skulle forklare seg ved telefonavhør. Noen begrunnelse er ikke gitt i brevet. Men det er opplyst for Høyesterett at B på dette tidspunktet fremdeles befant seg i Nordsjøen. Med mindre det ble gitt tillatelse til fjernavhør, måtte ankeforhandlingen derfor omberammes.
- (28) Etter at fem vitner hadde forklart seg for lagmannsretten under ankeforhandlingen den 20. mai, trakk lagmannsretten seg tilbake for nok en gang å vurdere spørsmålet om telefonavhør av B, etter at forsvarer hadde protestert mot dette. I rettsboken er det gitt følgende begrunnelse for å tillate telefonavhør:
- «At [vitnet] befinner seg på arbeid på en oljeboringsplattform er et særlig forhold som gjør fjernavhør ønskelig. Hennes forklaring er et viktig bevis, men sett i sammenheng med øvrige bevis er det ut fra de opplysningene som foreligger ikke riktig å si at det dreier seg om et særlig viktig bevis i lovens forstand. Det hun skal forklare seg om er for øvrig en oversiktlig problemstilling om hva hun har observert, og etter en totalvurdering finner lagmannsretten det forsvarlig med telefonavhør av henne. Dersom det likevel skulle vise seg at telefonavhør av det aktuelle vitnet ikke på forsvarlig vis kan opplyse saken, vil lagmannsretten kunne endre sin vurdering, og beslutte at det innkalles til ny ankeforhandling hvor det aktuelle vitnet møter for retten.»
- (29) Lagmannsrettens avsa sin fellende dom senere samme dag. For så vidt gjaldt spørsmålet om A hadde ført bilen selv, påpekte lagmannsrettens flertall først at tiltaltes bil ble funnet der tiltalte ble pågrepet, og at hans jakke med lommebok lå i bagasjerommet. Etter å ha fremholdt at det var et bevismoment i hans disfavør at han – til tross for at miljøet i X var oversiktlig – ikke hadde kunnet oppgi hvem som kjørte bilen, fortsatte lagmannsretten:
- «Det taler også i hans disfavør at han overfor politiet i forbindelse med pågripelsen hadde uttalt at bilen ikke var kjørbar, samtidig som politiførstebetjent Tommy Mikalsen prøvekjørte bilen over en strekning på ca. 200 meter uten å oppleve problemer med å kjøre den. Da han ankom stedet kjente for øvrig Mikalsen at bilens panser var varmt, og at bilen hadde vært i bruk nylig. Flertallet legger også vekt på at C overfor politiet forklarte at han to ganger denne natten hadde møtt tiltaltes bil mens han selv kom kjørende, og at han hadde sett at det var tiltalte som var sjåfør. Det svekker riktignok bevisverdien av hans forklaring noe at han senere har blitt utrygg på om observasjonen var riktig. Videre vektlegger flertallet at B i politiavhør pr. telefon blant annet har forklart at hun fra leiligheten til D hadde utsikt til gårdsplassen utenfor, og at hun der så at tiltalte 'pakket en

masse folk inn i bilen' og kjørte av gårde, at han senere kom tilbake, og at hun var livredd fordi han var 'dritings'. Hun forklarte også at hun så at en person på et tidspunkt forsøkte å stanse ham. Etter avhøret fikk hun referatet av forklaringen opplest, og hun bekreftet at det var riktig. I nytt avhør noen dager senere fikk hun lese igjennom det forrige avhøret, som hun godtok som sin forklaring. At hun under ankeforhandlingen et år senere har problemer med å huske hva som skjedde, svekker ikke på avgjørende måte bevisverdien av politiforklaringene avgitt relativt kort tid etter at hendelsen fant sted. Under ankeforhandlingen sa hun for øvrig at det hun hadde forklart til politiet sikkert var riktig. Fra tiltaltes side er anført at B var kraftig beruset denne natten, og at hennes observasjoner derfor ikke er pålitelige. Lagmannsrettens flertall bemerker at hun ikke var mer påvirket enn at hun var i stand til å gjøre seg forstått overfor D og politiets operasjonssentral. Fra tiltaltes side er også anført at D ikke var i stand til å se hvem som kjørte tiltaltes bil, men etter flertallets mening svekker ikke dette påliteligheten av Bs forklaring om hva hun observerte mens tiltaltes bil var på gårdsplassen.»

- (30) Når dette leses i sammenheng og i lys av den samlede prosesshistorien, er det etter mitt syn ikke tvil om at Bs vitneprov var helt sentralt i saken. Allerede dette tilsier at fjernavhør i form av telefonavhør burde fremstå som lite aktuelt, jf. vilkårene i § 109a. Jeg nevner at det rent praktisk – med et minimum av planlegging – ville være uproblematisk å legge til rette for at B kunne ha forklart seg direkte for lagmannsretten.
- (31) I tillegg kommer de konkrete vanskelighetene med å vurdere Bs forklaring og påliteligheten av den: Det var omstridt hvor beruset hun var da hun observerte kjøringen, og hun skal innledningsvis i etterforskningen ha blitt lovet en form for «anonymitet». I sin forklaring for lagmannsretten husket hun lite, men antok at det hun hadde forklart for politiet – også det per telefon – «sikkert var riktig». Det har interesse her at flertallet i tingretten, etter å ha hørt henne forklare seg direkte for retten, ikke fant det forsvarlig å bygge på hennes vitneprov. Fremmøte for lagmannsretten ville, slik jeg ser dette, gi et bedre grunnlag for kontradiksjon og en tydeligere påminnelse om ansvaret og alvoret forbundet med å forklare seg som vitne i en straffesak. Men viktigst er det, etter mitt syn, at en direkte forklaring måtte forventes å ville gi retten et vesentlig mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen enn et telefonavhør.
- (32) Lagmannsrettens dom med ankeforhandling bør derfor oppheves også på dette grunnlaget, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.
- (33) Jeg stemmer for denne
- dom:
- Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.
- (34) Dommer **Arntzen**: Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.
- (35) Jeg behandler først spørsmålet om lagmannsrettens dom må oppheves fordi flertallets bevisbedømmelse er gjennomført i strid med uskyldspresumsjonen, jf. Grunnloven § 96 sammenholdt med EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2, og at rettergangen derfor ikke har vært rettferdig, jf. EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1.
- (36) Uskyldspresumsjonen innebærer at det påhviler påtalemyndigheten å føre bevis for tiltaltes skyld, og at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.
- (37) Det fremgår av rettsboken for lagmannsretten at det ble ført i alt seks vitner. Temaene for hva påtalemyndighetens vitner skulle forklare seg om er opplyst kort i bevisoppgaven. I tillegg avga tiltalte forklaring.

- (38) I dommen redegjør lagmannsrettens flertall for momentene i bevisvurderingen, etter å ha opplyst om bevisresultatet. Jeg viser til det omstridte avsnittet, slik dette er gjengitt i førstvoterendes votum avsnitt 16 med fortsettelse i avsnitt 29.
- (39) Isolert sett mener jeg setningen om at tiltalte «burde være interessert i å finne ut hvem som hadde kjørt ham, og at miljøet på X er såpass oversiktlig at det etter alt å dømme ville latt seg gjøre å finne ut av dette ved å spørre andre festdeltakere», er uheldig formulert. Når det deretter står at det taler i tiltaltes disfavør at han ikke «har kunnet oppgi hvem som kjørte ham», kan det forståes slik at flertallet mener det påhviler tiltalte å finne ut av dette. Tolket i sin sammenheng, kan jeg likevel ikke se at lagmannsrettens flertall gjennom disse formuleringene i realiteten pålegger tiltalte å føre bevis for sin uskyld. Slik jeg leser avsnittet, foretar flertallet en begrunnet troverdighetsvurdering av tiltaltes forklaring om at han «ble kjørt dit av en person, men at han var så full at han ikke husker hvem det var». Også mot slutten av samme avsnitt foretar flertallet en troverdighetsvurdering av tiltaltes uttalelser overfor politiet om at bilen ikke var kjørbær. På begge punkter konkluderer lagmannsretten med at tiltaltes forhold taler «i hans disfavør».
- (40) Flertallets bevisvurdering bygger i tillegg på andre bevis i saken, herunder politiførstebetjent Tommy Mikalsens observasjoner i tilknytning til pågripelsen, samt politiforklaringene fra vitnene C og B om at de hadde sett tiltalte kjøre bilen. Også passasjerer i bilens forsete ble avhørt som vitne, uten at hennes forklaring er omtalt i dommen.
- (41) De ulike bevismomentene i flertalls bevisvurdering supplerer hverandre og inngår i rettens helhetsvurdering. I en slik situasjon legger EMD i sin praksis til grunn at det ikke er i strid med uskyldspresumsjonen å trekke slutninger basert på «common sense» fra tiltaltes taushet eller unnlatelse av å bidra til sakens opplysning, jf. EMDs dom 8. februar 1996 John Murray mot Storbritannia [EMD-1991-18731] avsnitt 51. Forutsetningen er at påtalemyndigheten først har etablert «a prima facie case against the accused, i.e. a case consisting of direct evidence which, if believed and combined with legitimate inferences based upon it, could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved. ... In addition, the trial judge has a discretion whether, on the facts of the particular case, an inference should be drawn». Videre uttales det i avsnitt 54 at nasjonale domstolers frie bevisvurdering innebærer at «all relevant circumstances, including the manner in which the accused has behaved or has conducted his defence» kan tas i betraktning som et ledd i den åpne bevisbedømmelsen.
- (42) Jeg kan under disse omstendigheter vanskelig se at lagmannsretten gjennom sin bevisbedømmelse i realiteten overførte bevisføringsplikten fra påtalemyndigheten til tiltalte i strid med Grunnloven § 96 sammenholdt med EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2. Lagmannsrettens dom kan følgelig ikke oppheves på et slikt grunnlag.
- (43) Jeg går så over til å behandle spørsmålet om lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil da den tillot at vitnet B forklarte seg ved fjernavhør, jf. straffeprosessloven § 109a, og om det følgelig foreligger et brudd på straffeprosessloven § 294 sammenholdt med Grunnloven § 95, EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1 om rettferdig rettergang.
- (44) Som det fremgår av førstvoterendes votum avsnitt 20, er lagmannsrettens avgjørelse om å tillate fjernavhør med hjemmel i straffeprosessloven § 109a etter sin art uangripelig, og derfor ikke gjenstand for anke. Ved lovrevisjonen i 2010 vurderte departementet å innføre en begrenset ankerett over avgjørelser om fjernavhør tilsvarende den som gjelder for sivile saker etter tvisteloven § 29-3 tredje ledd. Departementet mente imidlertid at adgangen til å anke beslutninger heller burde vurderes under ett ved en senere revisjon av straffeprosesslovens ankekapittel, jf. Prop. 141 L (2009–2010) side 59-60. Bakgrunnen for begrensningen i overprøvingsadgangen er at beslutninger om blant annet fjernavhør er utpreget konkrete og skjønnsmessige.

- (45) For så vidt gjelder overprøving av saksbehandlingen etter straffeprosessloven § 294, viser jeg til Rt-2008-1350 der Høyesterett i avsnitt 16 uttaler følgende:
«Jeg føyer til at Høyesterett etter mitt syn bør vise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve lagmannsrettens egen vurdering av behovet for ytterligere bevisførsel. Dette gjelder særlig der spørsmålet må gjøres ut fra en samlet avveining av det totale, og ofte sammensatte, bevisbildet for lagmannsretten – et bilde som ikke kan gjenskapes for Høyesterett i forbindelse med en ake over lagmannsrettens saksbehandling.»
- (46) Den samme tilbakeholdenhet bør etter min mening vises ved overprøvingen av lagmannsrettens konkrete avgjørelse av om ett enkelt vitne skal avhøres ved personlig oppmøte i retten eller ved fjernavhør.
- (47) Det er ikke konvensjonsregulering eller praksis fra EMD som uttrykkelig berører adgangen til fjernavhør. Spørsmålet om hvordan bevisførselen skal gjennomføres, synes langt på vei å være overlatt til nasjonalstatene. Forutsetningen er at forsvaret gis rett til å krysseksaminere aktoratets vitner og at tiltalte har adgang til å føre egne vitner på likeverdige vilkår, jf. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.
- (48) Når det gjelder det generelle kravet til rettferdig rettergang, fremgår det av EMDs dom 12. desember 2013 i saken Donohoe mot Irland [EMD-2008-19165] avsnitt 73 at «[t]he Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings». Også ved vurderingen av tiltaltes rett til å føre bevis under bestemmelsens nr. 3 d vil EMD «look at the proceedings as a whole having regard to the rights of the defence but also to the interests of the public and the victims that crime is properly prosecuted .. and, where necessary, to the rights of witnesses». Det skal med andre ord foretas en helhetsvurdering av rettergangen, hvor hensynet til tiltalte og til andre berørte interesser ivaretas.
- (49) I forlengelsen av dette peker jeg endelig på sammenhengen med bevisføringsreglene i de tilfeller der et vitne ikke har møteplikt for domstolen. I slike situasjoner følger det av § 109a første ledd tredje punktum at det kan foretas fjernavhør også «dersom forklaringen kan være særlig viktig». Et alternativ til fjernavhør vil være rettslig bevisopptak, jf. straffeprosessloven § 270 – § 271. Også i saker med internasjonale forgreninger vil det typisk kunne være behov for å avhøre vitner i utlandet gjennom fjernavhør og bevisopptak. Så lenge noe annet ikke følger av konvensjonspraksis, mener jeg § 294 og Grunnloven § 95 ikke bør tolkes så strengt at det i praksis blir vanskelig å avvikle saker med slike vitner på en hensiktsmessig måte. Jeg er for øvrig enig med førstvoterende i at fjernavhør primært bør søkes gjennomført med lyd og bilde.
- (50) Med dette som bakteppe går jeg over til den konkrete vurderingen av om saken mot tiltalte ble fullstendig opplyst og om rettergangen var rettferdig.
- (51) Jeg tar utgangspunkt i at spørsmålet om å tillate fjernavhør ble behandlet under ankeforhandlingen etter at den øvrige muntlige bevisførselen var fullført, og etter at partene var hørt. Det følger uttrykkelig av straffeprosessloven § 272 sjette ledd første punktum, jf. § 327, at en avgjørelse om fjernavhør truffet under saksforberedelsen ikke er bindende under ankeforhandlingen. Straffeprosessloven § 109a er for øvrig en skjønsmessig regel, men med et utgangspunkt om at fjernavhør ikke «bør . . . foretas om forklaringen kan være særlig viktig». Som det fremgår av rettsboken, var alternativet til å gjennomføre fjernavhør å avholde «ny ankeforhandling».
- (52) Jeg er enig med førstvoterende i at B var et sentralt vitne. I fagdommerens dissens i tingretten står det at hun i sin rettslige forklaring var «helt sikker på at hun hadde sett at det var tiltalte som kjørte sin egen bil» den aktuelle natten. Jeg har videre merket meg at det kan reises spørsmål i tilknytning til påliteligheten av hennes observasjoner slik dette fremgår av underinstansenes dommer.

- (53) På den annen side kan jeg ikke se at Bs direkte forklaring for retten ville gitt et vesentlig mer avklart grunnlag for bevisbedømmelsen. Som det fremgår av lagmannsrettens dom hadde hun under ankeforhandlingen et år etter at den påtalte kjøringen fant sted «problemer med å huske hva som skjedde». I bevisvurderingen bygger flertallet derfor på hennes politiforklaring, som det da var adgang til å lese opp fra og foreholde henne. Det er for øvrig ikke opplyst om tekniske eller andre problemer som vanskeliggjorde fjernavhøret.
- (54) Som allerede nevnt, ble det ført ytterligere fem vitner i saken. Alle forklarte seg direkte for den dømmende rett. Samtlige vitner hadde hatt kontakt med tiltalte den aktuelle natten, og ble formodentlig innstevnet for å forklare seg om omstendigheter som kunne kaste lys over selve hendelsesforløpet.
- (55) Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at saken ikke har vært fullstendig opplyst, jf. straffeprosessloven § 294, eller at rettergangen – «as a whole» – ikke har vært rettferdig, jf. Grunnloven § 95 sammenholdt med EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1.
- (56) Jeg stemmer for at anken forkastes.
- (57) Dommer **Matheson**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bårdsen.
- (58) Dommer **Kallerud**: Likeså.
- (59) Dommer **Skoghøy**: Likeså.
- (60) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2014-2288-A - Rt-2014-1105

Instans	Norges Høyesterett – Kjennelse.
Dato	2014-11-24
Publisert	HR-2014-2288-A – Rt-2014-1105
Stikkord	Straffeprosess. Kommunikasjonskontroll. Overskuddsmateriale.
Sammendrag	Etter at siktelse etter strl. § 60a var frafalt i 2010, fikk materiale fra gjennomført kommunikasjonskontroll i 2008 status som overskuddsmateriale. Det kunne da ikke benyttes som bevis for tingretten, jf. strpl. § 216i, slik bestemmelsen lød frem til endringsloven av 21. juni 2013 nr. 86. Høyesteretts flertall kom til at overskuddsmaterialet ikke kunne benyttes som bevis i lagmannsretten med hjemmel i strpl. § 216i bokstav d, slik bestemmelsen nå lyder. Det skulle vært slettet senest da tiltale ble tatt ut i 2011, jf. strpl. § 216g. Politiets fortsatte lagring av materialet var derfor i strid med loven, og dermed også i strid med EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. Fortsatt bruk av det ville da representere en ytterligere rettskrenkelse, jf. nå også Grunnloven § 102 og § 113. Samtaler der ektefellen til en av de tiltalte deltok, skulle i sin helhet ha vært slettet umiddelbart, og Høyesterett avsa derfor utenfor ankegegenstanden kjennelse om umiddelbar sletting, jf. Grunnloven § 92, EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 bokstav b. Uttalelser om adgangen til å gi nye prosessregler anvendelse på eldre forhold. Dissens 3-2.
Saksgang	Gulating lagmannsrett LG-2013-52571-1 – Høyesterett HR-2014-2288-A, (sak nr. 2014/1435), straffesak, anke over beslutning.
Parter	I: A (advokat Bjørn Stordrange) mot Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred) og B (advokat Odd Rune Torstrup). II: E (advokat Christian Fredrik Bonnevie Hjort) mot Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred) og B (advokat Odd Rune Torstrup). III: I (advokat John Christian Elden) mot Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred) og B (advokat Odd Rune Torstrup) IV: F (advokat Pål W. Lorentzen) mot Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred) og B (advokat Odd Rune Torstrup).
Forfatter	Bårdsen, Bergsjø, Skoghøy. Dissens: Noer, Arntzen.

-
- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder bruk av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll som bevis i straffesak som står for lagmannsretten, jf. straffeprosessloven § 216i bokstav d, slik den lyder etter endring 21. juni 2013. Hovedproblemstillingen er om overskuddsmaterialet – som er lovlig innhentet og som etter nye regler i utgangspunktet også er tillatt som bevis – må avskjæres fordi dette materialet etter de tidligere regler skulle ha vært slettet, eller fordi de nye reglene ikke kan få anvendelse i en sak som allerede står for domstolene. Det er også spørsmål om ektefellen til en av de tiltalte kan kreve slettet opptak av samtaler som hun deltar i.
- (2) Sju personer – A, B, C, D, E, G og F – er tiltalt for blant annet overtredelser av verdipapirhandelloven, i form av innsidehandel og kursmanipulasjon. For A, i saken ellers gjerne omtalt som «hovedtiltalt», gjelder tiltalen dessuten brudd på aksjelovens regler om ulovlig aksjonærlån. Stavanger tingrett avsa dom 15. november 2012 [TSTAV-2011-128794], hvor de tiltalte ble dømt til fengselsstraffer fra ett til ni år. Det ble også avsagt dom for inndragning og ansvar for sakskostnader. Ankebehandling i Gulating lagmannsrett startet 1. september 2014, og vil etter det opplyste pågå i åtte måneder.

- (3) Under etterforskningen ble det i 2008 gjennomført kommunikasjonskontroll på det grunnlag at siktelsen også omfattet straffeloven § 60a om straffbar handling utøvet som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe. Denne delen av siktelsen ble imidlertid frafalt 7. juli 2010. Alt materialet som var innhentet gjennom kommunikasjonskontrollen, ble fra dette tidspunkt derfor overskuddsinformasjon. Forsvarerne fikk innsyn i materialet 12. januar 2009.
- (4) Tiltale ble tatt ut 15. august 2011. Ettersom denne ikke omfattet § 60a, kunne ikke materialet som var innhentet gjennom kommunikasjonskontrollen, etter de dagjeldende regler benyttes som bevis for tingretten, jf. straffeprosessloven § 216i, slik bestemmelsen da lød. Materialet ble ikke slettet.
- (5) Ved lov 21. juni 2013 nr. 86, som trådte i kraft 13. september samme år, ble det alminnelige forbudet mot bruk av overskuddsmateriale som bevis, opphevet. Regelen er nå at materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll – på visse vilkår – kan benyttes som bevis også ved irettføring av straffbare forhold som ikke i seg selv kunne ha begrunnet kommunikasjonskontrollen, jf. § 216i første ledd bokstav d. Påtalemyndigheten varslet i bevisoppgave 28. februar 2014 at overskuddsmaterialet ønskes brukt som bevis under ankebehandlingen. Gulating lagmannsrett avholdt muntlig forhandling for å avgjøre om dette materialet kunne føres som bevis, eller om det måtte avskjæres, jf. straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. Ved beslutning 16. juni 2014 [LG-2013-52571] konkluderte lagmannsretten med at det aktuelle materialet «tillates benyttet som bevis».
- (6) Tre av de tiltalte – A, E og F – har anket lagmannsrettens beslutning til Høyesterett. Også I – As ektefelle – har anket for så vidt materialet gjelder telefonsamtaler hun selv deltar i. En fjerde av de tiltalte – B – har sluttet seg til påtalemyndigheten, og gjort gjeldende at materialet bør tillates ført. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 3. september 2014 ble ankesaken overført til avgjørelse av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum.
- (7) A og E har i korte trekk anført at det materialet som ble innhentet ved kommunikasjonskontrollen, skulle ha vært slettet senest da tiltale ble tatt ut 15. august 2011. Etter dette tidspunktet var materialet uten betydning for etterforskningen, og det var klart at det etter de regler som da gjaldt, ikke kunne benyttes som bevis i straffesaken når tiltalen ikke omfattet straffeloven § 60a. Forsvarerne fikk innsyn allerede 12. januar 2009. Materialet skulle derfor ha vært slettet, jf. straffeprosessloven § 216g bokstav a og forskrift 31. mars 1995 nr. 281 (kommunikasjonskontrollforskriften) § 9. Lagringen etter 15. august 2011 har vært i strid med loven, og derfor også i strid med Grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. Det vil innebære en ytterligere rettskrenkelse om materialet nå tillates brukt som bevis. Materialet må derfor avskjæres.
- (8) Materialet må uansett nektes ført som bevis fordi slik bruk ville representere en rettsstridig tilbakevirkning, jf. Grunnloven § 97 og prinsippet i straffeloven § 3. Under enhver omstendighet tilsier tilbakevirkningsforbudet som tolkningsfaktor at den nye § 216i bokstav d ikke anvendes i en straffesak som er påbegynt. Hensynet til domstolenes uavhengighet tilsier dessuten stor skepsis mot at lovgiver griper inn med ny lovgivning som får virkning for saker som allerede er under behandling, jf. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Når det ikke er gitt uttrykkelige overgangsbestemmelser, bør i alle tilfeller utgangspunktet være at nye prosessregler bare får anvendelse på nye saker.
- (9) A og E har lagt ned slik påstand:
«Kommunikasjonskontrollmaterialet tillates ikke brukt som bevis i Gulating lagmannsretts sak 13-052571.»
- (10) F har i korte trekk anført at det ikke vil være anledning til å føre opptak av samtaler han har hatt med I, dersom det hun sier under samtalen er «sladdet». Begrenses bevisførselen til det han sier,

vil beviset gi et misvisende og skjevt inntrykk av samtalen, som han i realiteten vil være avskåret fra å korrigere – og han vil da også være fratatt muligheten til å gjendrive påtalemyndighetens anklage om et stråmannsforhold. Dette vil være i strid med retten til en rettfærdig rettergang etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Enten må også det I sier spilles av, eller så må beviset som sådan nektes ført.

- (11) F har lagt ned slik påstand:
«Kommunikasjonsmaterialet fra telefonsamtaler mellom I og F tillates ikke ført, med mindre også Is stemme avspilles.»
- (12) I har i korte trekk gjort gjeldende at hun har rett til å anke over lagmannsrettens beslutning om å tillate brukt som bevis telefonsamtaler der hun deltar, jf. straffeprosessloven § 377 første ledd. At det hun sier i samtalen, eventuelt vil være «sladdet», innebærer ikke at hun mister sin rettslige interesse i å angripe lagmannsrettens beslutning.
- (13) Opptakene av samtaler der I deltar, skulle ha vært slettet straks, jf. straffeprosessloven § 216g første ledd bokstav b og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum, jf. straffeprosessloven § 122. Dette gjelder samtalene i sin helhet, ikke bare det I selv sier. Det vil være i strid med Grunnloven § 97 og § 95 første ledd, jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8 å tillate samtalene ført som bevis for lagmannsretten. Fortsatt lagring av samtalene representerer et selvstendig og fortsatt pågående rettsbrudd overfor I, som må repareres ved at Høyesterett avsier kjennelse for at materialet skal slettes, jf. blant annet EMK artikkel 13.
- (14) I har lagt ned slik påstand:
«Samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der I deltar slettes.
Subsidiært: Samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der I deltar tillates ikke ført som bevis helt eller delvis.
I alle tilfelle:
Staten v/Justisdepartementet dekker sakens omkostninger.»
- (15) Påtalemyndigheten har i korte trekk gjort gjeldende at overskuddsmaterialet ikke skulle ha vært slettet. Plikten til å slette etter straffeprosessloven § 216g bokstav a, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 9, inntreffer først når det er på det rene at materialet ikke vil kunne ha betydning i forbindelse med etterforskningen, som fremdeles vil kunne pågå helt frem til rettskraftig dom. Muligheten for gjenåpning tilsier at materialet vil kunne lagres også utover dette. Dersom materialet skulle ha vært slettet og er lagret i strid med nasjonale og internasjonale menneskerettsbestemmelser, er det imidlertid riktig å nekte materialet brukt som bevis.
- (16) Verken Grunnloven § 97, straffeloven § 3, hensynet til domstolenes uavhengighet eller andre prinsipper er til hinder for at de nye reglene som tillater å bruke overskuddsmateriale som bevis, også gis virkning for verserende saker. Ingen berettiget innrettelsesinteresse er krenket ved at saken irtetteføres etter de nye reglene.
- (17) Is rettigheter etter straffeprosessloven § 122, jf. § 216g bokstav b er ivaretatt ved at det hun sier i de avlyttede samtaler, er «sladdet» og ikke vil bli spilt av under behandlingen i lagmannsretten. At dette vil etterlate et mer fragmentarisk bevisbilde enn om samtaler i sin helhet spilles av, tilsier ikke at Fs rett til en rettfærdig rettergang er krenket.
- (18) Påtalemyndigheten har lagt ned slik påstand:
«Ankene forkastes.»
- (19) B har sluttet seg til påtalemyndigheten, og for egen del spesielt fremhevet at overskuddsmaterialet bør føres for lagmannsretten fordi dette kan ha betydning for avgjørelsen av hans straffeskyld, og eventuelt også for reaksjonsspørsmålet. Når man har for hånden materiale som kan bidra til et mer

fullstendig og riktig faktisk avgjørelsesgrunnlag, bør det ikke avskjæres.

- (20) B har lagt ned slik påstand:
«Ankene forkastes».
- (21) **Jeg er kommet** til at ankene fører frem.
- (22) Ankene gjelder en beslutning etter straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c som lagmannsretten har avsagt som første instans. Høyesterett har full kompetanse.
- (23) Før jeg tar stilling til om overskuddsmaterialet som ble ervervet ved kommunikasjonskontroll i 2008, skulle ha vært slettet, og derfor må nektes ført som bevis i straffesaken som nå går for Gulating lagmannsrett, finner jeg grunn til å presisere hvilke krav til *hjemmelsgrunnlag* som gjelder på dette området.
- (24) Politiets innhenting, oppbevaring og bruk av materiale som er ervervet ved kommunikasjonskontroll, er integritetsinngrep som bare er tillatt dersom, og utelukkende i den utstrekning, dette har hjemmel i lov, direkte eller ved forskrift med hjemmel i lov. Dette følger allerede av det alminnelige legalitetsprinsippet som er etablert ved konstitusjonell sedvanerett, og som nå kommer til uttrykk i Grunnloven § 113, som sier:
«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»
- (25) Paragrafen var ny ved grunnlovsreformen 2014. Den svarer til forslaget fra det stortingsoppnevnte *Lønning-utvalget* som utredet spørsmålet om en generell utvidelse av Grunnlovens menneskerettsvern. Utvalget understreket at man ikke tok sikte på noen endring av rettstilstanden, sammenlignet med den som fulgte av konstitusjonell sedvanerett, jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 248. Formålet med § 113 var å «synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for maktavernes myndighetsutøvelse». Konstitusjons- og kontrollkomiteen var enig i at legalitetsprinsippet burde grunnlovsfestes, og viste til at dette er «grunnlaget for forståelsen av rettsstaten» og dermed utgjør en av «de sentrale deler av vår statsskikk», jf. Innst. 186 S (2013–2014) side 31.
- (26) Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.
- (27) Grunnloven § 102 lyder:
«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.
Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.»
- (28) Også denne paragrafen er ny ved grunnlovsreformen 2014. For så vidt gjelder personlige opplysninger, hadde Lønning-utvalget foreslått at det rettslige vernet burde omtales direkte og mer utførlig i selve grunnlovsbestemmelsen, for å «sikre at all systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av andres personlige opplysninger trenger hjemmel i lov», jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 179. Flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen ønsket en mer komprimert ordlyd. Komiteen ga samtidig, i Innst. 186 S (2013–2014) side 27, uttrykk for at § 102 «skal leses som at systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av opplysninger om andres personlige forhold bare kan finne sted i henhold til lov, benyttes i henhold til lov eller informert samtykke og slettes når formålet ikke lenger er til stede». Jeg legger dette til grunn, men føyer til at hvorvidt en lov som griper inn i privat- og familielivet, hjemmet, kommunikasjonen eller den personlige integritet, er

forenlig med § 102, også beror på om loven ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig. At materialet «slettes når formålet ikke lenger er til stede», slik kontroll- og konstitusjonskomiteen ga uttrykk for i tilknytning til § 102, er nettopp en konsekvens av den alminnelige forholdsmessighetsbegrensningen som gjelder også for lovhjemlede og saklig begrunnede inngrep i rettighetene og frihetene fastsatt i Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.

- (29) Også EMK artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 forstås slik at kommunikasjonskontroll i etterforskningsøyemed er en innblanding i privat- og familielivet og i den personlige integritet som bare kan foretas så langt den er «in accordance with the law» og forholdsmessig. Dette gjelder også den rene lagring av materiale innhentet ved slik kontroll, uavhengig av den senere bruken, jf. dommer av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i *Leander mot Sverige* (26. mars 1987) avsnitt 48 [EMD-1981-9248], *Amann mot Sveits* (16. februar 2000) avsnitt 69 [EMD-1995-27798] og *S. og Marper mot Storbritannia* (4. desember 2008) avsnitt 67 [EMD-2004-30562]. Jeg viser også til Prop. 147 L (2012–2013) side 95, hvor departementet på tilsvarende måte legger til grunn at «selve oppbevaringen innebærer en behandling av personopplysninger og utgjør et inngrep i personvernet».
- (30) Oppbevaring av materiale som er innhentet ved kommunikasjonskontroll, kan altså, i henhold til Grunnloven og det internasjonale menneskerettighetsvernet, bare skje i den utstrekning det er hjemmel for dette i lov eller i forskrift gitt med hjemmel i lov. For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også kvalitative krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater. Den må dessuten – i lys av den forhøyede risikoen for misbruk og vilkårlighet som erfaringsmessig kan foreligge når myndigheter tillates å operere i hemmelighet – gi rimelige garantier knyttet til blant annet formen for lagring, bruken av materialet, mulighetene for innsyn, sikkerhet og sletting. For så vidt gjelder tolkningen av EMK artikkel 8 på dette punktet, viser jeg til EMDs dommer i *Malone mot Storbritannia* (2. august 1984) avsnitt 66 [EMD-1979-8691], *Kopp mot Sveits* (25. mars 1998) avsnitt 72 [EMD-1994-23224], *Amann mot Sveits* (16. februar 2000) avsnitt 56 [EMD-1995-27798], *S. og Marper mot Storbritannia* (4. desember 2008) avsnitt 99 [EMD-2004-30562] og *Kennedy mot Storbritannia* (18. mai 2010) avsnitt 152 [EMD-2005-26839].
- (31) Med dette som bakgrunn ser jeg nå på de konkrete bestemmelsene om oppbevaring og sletting som er aktuelle for det overskuddsmaterialet som foreligger i saken her. De særskilte innvendinger som I har fremsatt, kommer jeg tilbake til.
- (32) Før endring i 2014 bestemte påtaleinstruksen § 2-2 første ledd at alle dokumenter i straffesaker skulle «oppbevares ... ved politikammeret på det sted hvor saken har vært behandlet eller hvorfra etterforskningen har vært ledet». Bestemmelsen ble med virkning fra 1. juli 2014 flyttet til politiregisterforskriften § 25-3. Disse helt generelle hjemlene for oppbevaring av dokumenter i straffesaker må sammenholdes med de spesielle reglene i straffeprosessloven med tilhørende forskrifter om oppbevaring og sletting av materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll.
- (33) Straffeprosessloven § 216g lyder:
 «Påtalemyndigheten skal sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontrollen, snarest mulig blir tilintetgjort i den utstrekning de
 a) er uten betydning for forebyggelsen eller etterforskningen av straffbare forhold, eller
 b) gjelder uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen.»
- (34) For så vidt gjelder overskuddsmaterialet, er det alternativ a – at materialet «snarest mulig blir tilintetgjort» i den utstrekning dette er «uten betydning for etterforskningen av straffbare forhold» – som er det aktuelle slettingsgrunnlag.

- (35) Etter straffeprosessloven § 216k kan det gis forskrifter til nærmere utfylling og gjennomføring av blant annet slettingsreglene. I kommunikasjonskontrollforskriften 31. mars 1995, som er gitt med hjemmel i § 216k, heter det i § 9:
- «De deler av et opptak eller en annen gjengivelse av en kontrollert telefonsamtale eller annen kommunikasjon som er uten betydning for forebyggingen eller etterforskningen av straffbare forhold, skal snarest mulig tilintetgjøres. Det samme gjelder opplysninger som retten etter reglene i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og § 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende mistenkes for overtredelse av straffebud som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen. Opptak eller gjengivelser som gjelder overtredelse av andre straffebud enn dem som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen, skal også tilintetgjøres hvis det har gått mer enn 3 måneder etter at opptaket ble gjort og videre etterforskning ikke er satt i gang. Andre opptak og gjengivelser oppbevares etter reglene i beskyttelsesinstruksen så lenge dette anses nødvendig av hensyn til forebyggingen eller etterforskningen. Når det er særskilt bestemt, skal materialet oppbevares på en mer betryggende måte. Politimesteren skal forvise seg om at opptak og gjengivelser straks blir tilintetgjort når de ikke lenger skal oppbevares etter reglene i de foregående ledd.»
- (36) Forskriften er ikke så lett å forstå. Jeg leser den slik at i tilfeller der det innenfor tremånedersfristen i første ledd siste punktum er iverksatt etterforskning for et annet straffbart forhold enn det som begrunnet kommunikasjonskontrollen, så foreligger det hjemmel for fortsatt lagring av dette materiale som er innhentet – det såkalte overskuddsmaterialet – «så lenge dette anses nødvendig ... av hensyn til etterforskningen», jf. § 9 andre ledd første punktum. Når forskriften bruker «etterforskningen» i bestemt form, antar jeg at den refererer til den fristavbrytende etterforskningen etter første ledd siste punktum. Straks overskuddsmaterialet ikke lenger er nødvendig av hensyn til denne etterforskningen, skal det tilintetgjøres, jf. tredje ledd.
- (37) Språklig sett innebærer straffeprosessloven § 216g bokstav a og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 at materialet skal slettes, selv om § 216i gir adgang til å benytte dette som bevis under den senere *iretteføringen*, så sant det ikke lenger er behov for materialet i forbindelse med selve *etterforskningen*. En slik tolkning er imidlertid meningsløs. Mangelen på sammenheng skyldes at § 216g bokstav a og forskriften § 9 er utformet med utgangspunkt i de tidligere regler som innebar at materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll ikke kunne benyttes som bevis. Bestemmelsene om sletting kan derfor ikke lenger tas helt på ordet. De må suppleres med § 216i, som *forutsetningsvis* gir hjemmel for fortsatt lagring av materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll, i den utstrekning dette skjer med sikte på senere bruk av materialet innenfor rammen av § 216i, jf. til sammenligning Rt-1991-1018. Regelen om sletting i § 216g bokstav a og forskriften § 9 må dessuten ses i sammenheng med innsynsretten etter straffeprosessloven § 264 første ledd, som inntreffer når tiltale tas ut, og som omfatter det samlede materialet som er fremkommet ved kommunikasjonskontrollen. Materialet kan av hensyn til tiltaltes rett til en rettfærdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd og EMK artikkel 6 nr. 1 derfor først slettes etter at forsvaret er gitt anledning til innsyn, jf. Rt-2005-1137 avsnitt 73 og EMDs dommer i *Natunen mot Finland* (31. mars 2009) [EMD-2004-21022] og *Janatuinen mot Finland* (8. desember 2009) [EMD-2005-28552].
- (38) Det er ikke til å komme utenom at reglene for oppbevaring, innsyn og sletting er vanskelig tilgjengelige og temmelig uklare – og derfor også problematiske i lys av det lovkravet jeg redegjorde for innledningsvis. Usikkerhet omkring reglens innhold har etter det opplyste også resultert i en praksis der politiet i stor utstrekning *ikke* sletter materiale fra kommunikasjonskontroll i saker som kan bli eller har blitt iretteført, heller ikke etter rettskraftig avgjørelse. Jeg viser til Metodekontrollutvalgets innstilling i NOU 2009:15 på side 253, hvor det gis uttrykk for at reglene om sletting ikke praktiseres etter sin ordlyd, og hvor det vises til følgende uttalelse fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll:
- «Lovendringen som tillot bruk av opplysninger fra kommunikasjonskontroll som bevis,

har ført til regelverket om sletting og rettstilstanden har kommet i utakt. Etter avgjørelsen i Rt-2005-1137, har dette blitt forsterket. Det rår usikkerhet i politidistriktene omkring makuleringsreglene. Praksis i politidistriktene synes likevel gjennomgående å være at alt materiale i saker som kan bli eller har blitt iretteført ikke makuleres, heller ikke etter rettskraftig avgjørelse. Muligheten for gjenopptakelsessak ligger bak denne praksisen.»

- (39) Jeg nevner også at det i Prop. 147 L (2012–2013) side 93 fremgår at departementet fant det «påkrevet» å revurdere bestemmelsene om sletting, av hensyn til å få sammenheng i loven.
- (40) Påtalemyndigheten har gjort gjeldende at § 216g, sammenholdt med forskriften § 9, i dag må forstås slik at det er hjemmel for lagring inntil rettskraftig dom og trolig også lenger, ettersom det alltid er en mulighet for at materialet kan få betydning for etterforskningen også mens saken står for retten, eventuelt ved en senere begjæring om gjenåpning.
- (41) Det er ikke vanskelig å se at en slik løsning kan ha gode reelle grunner for seg. De endringer i § 216g som ble vedtatt 21. juni 2013, men som ikke er trådt i kraft, innebærer da også at materiale som ikke har vært benyttet som bevis for retten, tidligst skal slettes etter at det foreligger rettskraftig dom. Materiale som har vært brukt som bevis, skal derimot oppbevares også etter dette. Det samme gjelder materiale som ikke «åpenbart er uten betydning for saken». Jeg viser til de overveielser som ligger bak endringene, slik de fremgår av Prop. 147 L (2012–2013) side 95-97. Det fremgår der at når man nå har foretrukket å knytte slettingen til tidspunktet for rettskraftig dom, er dette i første rekke for å ivareta tiltaltes rett til innsyn. Og departementet fremhever videre at tidspunktet for rettskraftig dom utgjør «en klarere og mer praktikabel angivelse av tidspunktet for sletting enn etter dagens løsning, hvor sletting skal skje 'snarest mulig'.»
- (42) Hensynet til hensiktsmessige og praktikable løsninger, praksis i politidistriktene og lovgivers nåværende syn på lagrings- og slettingsspørsmålet, trekker uten tvil i retning av å tolke også dagens regler slik at sletting i hvert fall ikke skal skje før det foreligger rettskraftig dom. Jeg er også fullt klar over at materiale som er innhentet ved kommunikasjonskontroll, kan ha verdi for politiet under iretteføringen, selv om dette materialet ikke brukes som bevis i retten. Ofte gjennomføres det etterforskningskritt etter at tiltalen er tatt ut. Skillet mellom «etterforskning» og «iretteføring» er verken i teorien eller praksis entydig eller skarpt.
- (43) Den gjeldende § 216g bokstav a og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 gir imidlertid *ikke* uttrykk for at slettingen kan vente til det foreligger rettskraftig dom. Tvert imot bestemmer loven at materiale som er uten betydning for etterforskning av straffbare forhold, «snarest mulig blir tilintetgjort». Forskriften presiserer dette slik at materialet bare kan oppbevares «så lenge dette anses nødvendig av hensyn til ... etterforskningen», og bestemmer at materialet deretter «straks blir tilintetgjort». Et bærende prinsipp bak disse reglene er – slik jeg forstår dem – at materialet bare skal lagres så lenge det foregår en målrettet og aktiv etterforskning. Jeg viser til NOU 1997:15 punkt 4.2.5.8, hvor det blir spesielt poengtert at «[l]agring av opplysninger til eventuell fremtidig bruk må ikke finne sted». Jeg viser også til Prop. 147 L (2012–2013) side 95, hvor departementet fremhever følgende:
- «Ved forberedelse av hovedforhandling i en straffesak har begge parter anledning til å gjennomgå innhentet materiale, og vurdere hvilke opplysninger de anser relevant for siktedes straffeskyld og som derfor skal legges frem for retten. Materiale som etter denne gjennomgåelsen ikke påberopes som bevis i saken, er følgelig opplysninger som verken påtalemyndigheten eller forsvarer har funnet å ha bevisverdi. Videre oppbevaring av materialet er således som utgangspunkt ikke nødvendig for det formål opplysningene er innhentet, nemlig etterforskning og iretteføring av straffbare forhold. Som Metodekontrollutvalget påpeker tilsier derfor personvern hensyn at materiale som ikke er påberopt som bevis, bør slettes.»
- (44) Spranget til en ordning som tillater rutinemessig lagring av materiale som ikke skal brukes som bevis, helt frem til rettskraftig dom, slik påtalemyndigheten argumenter for, er på denne bakgrunn

ganske stort – det er i realiteten tale om et annet system enn det loven og forskriften bygger på og gir uttrykk for. I lys av de hjemmelskrav som her gjelder, forstår jeg ikke hvordan en slik omlegging kan foretas uten at loven og forskriften endres. Lovgiver later til å være av samme oppfatning, ettersom loven nå *er* vedtatt endret.

- (45) Hovedtyngden i den aktive og målrettede etterforskningen skal være avsluttet når tiltale tas ut, jf. straffeprosessloven § 226 første ledd bokstav a. Det er derfor etter mitt syn naturlig å knytte slettingsplikten til dette tidspunktet. Ordlyden i loven og forskriften, og hensynet til personvernet, trekker riktignok i retning av at i hvert fall deler av materialet bør kunne slettes også før dette, etter en fortløpende konkret vurdering. Men her kommer andre hensyn inn, spesielt den tiltaltes rett til innsyn i det samlede materialet som er innhentet ved kommunikasjonskontrollen, jf. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Denne retten inntreer først når tiltale tas ut, jf. § 264 første ledd og Rt-2005-1137. Plikten til å slette materialet vil av hensyn til sammenhengen mellom reglene om sletting og innsyn derfor ikke kunne inntre før innsyn er gitt og forsvaret også har fått nødvendig tid til å gjennomgå materialet og til å avgjøre om dette for eksempel gir et grunnlag for å begjære iverksatt ytterligere etterforskningskritt.
- (46) Som tidligere nevnt fikk de tiltalte i denne saken innsyn i alt materialet ganske tidlig under etterforskningen, den 12. januar 2009. Tiltale ble tatt ut 15. august 2011. Den omfattet ikke straffeloven § 60a, og det var derfor etter dette tidspunkt på det rene at det ikke var aktuelt å benytte noe av materialet som bevis under straffesaken. Etter mitt syn skulle derfor materialet ha vært slettet senest da tiltale ble tatt ut.
- (47) Når politiets besittelse av materialet er ulovlig, må adgangen til å benytte det som bevis, avgjøres etter de samme regler som for ulovlig ervervede bevis. Begrensninger i adgangen til å benytte ulovlig ervervede bevis bygger på rettspraksis. Ved vedtakelsen av tvisteloven ble begrensningene lovfestet for sivile saker, se tvisteloven § 22-7, som bestemmer:
«Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.»
- (48) Selv om utfallet kan bli forskjellig i straffesaker og sivile saker, er vurderingstemaet det samme, jf. Rt-2013-1282 avsnitt 42. Løsningen beror på en bred avveining, jf. Rt-1999-1269.
- (49) Jeg peker på at fra 13. september 2013, da endringen av straffeprosessloven § 216i bokstav d trådte i kraft, har loven gitt en forutsetningsvis hjemmel for lagring av overskuddsinformasjon med sikte på å benytte denne som bevis. Den uhjemlede lagringen i perioden fra 15. august 2011 til 13. september 2013 har ikke hatt betydning for materialets pålitelighet. Hensynet til sakens opplysning, konkretisert ved Bs uttrykkelig ønske om at materialet tillates ført, taler for at materialet tillates.
- (50) Disse forholdene er imidlertid ikke avgjørende: Lagringen var etter 15. august 2011 og frem til 13. september 2013 i strid med loven, og dermed også i strid med EMK artikkel 8 og med SP artikkel 17. Politiet hadde i mer enn to år en lovbestemt plikt til å tilintetgjøre materialet. Hadde plikten vært overholdt, ville spørsmålet om å bruke dette som bevis ikke kunnet oppstå i ettertid. I dette ligger ikke bare et visst tilbakevirkningselement. Tillates materialet nå benyttet som bevis i straffesaken, vil denne bruken utgjøre en gjentatt rettskrenkelse, jf. nå også Grunnloven § 102 og § 113. Jeg viser til Rt-1999-1269 som slår fast at beviset i slike tilfeller normalt skal avskjæres.
- (51) Min konklusjon blir etter dette at overskuddsmaterialet ikke kan tillates ført som bevis i straffesaken for Gulating lagmannsrett. Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på de særskilte innvendinger som er fremsatt av F.
- (52) Jeg behandler nå den særlige innvending som er fremsatt av I, ektefellen til «hovedtiltalte» A. I er ikke part i straffesaken. Men fem telefonsamtaler hun har deltatt i fra 9. til 15. juni 2008, har vært

avlyttet – to med E, én med ektefellen A og to med F. Også disse samtaler er etter det aktor har opplyst i skranken for Høyesterett, i sin helhet fremdeles lagret.

- (53) Det følger av straffeprosessloven § 216g bokstav b, som jeg har sitert tidligere, at opptak snarest mulig skal tilintetgjøres for så vidt gjelder uttalelser som retten etter reglene i straffeprosessloven § 117 til § 120 og § 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende selv mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen. I er gift med A, og kan derfor helt nekte å avgi forklaring, jf. § 122.
- (54) I anketilsvaret gjorde påtalemyndigheten gjeldende at I ikke hadde ankerett, ettersom lagmannsrettens beslutning ikke rammer henne, jf. straffeprosessloven § 377 første ledd. Det ble vist til at hun ikke er part i straffesaken, og at det I selv sier i samtaler, vil være «sladdet». Under de muntlige forhandlingene for Høyesterett har aktor ikke kommentert dette, og påstanden om avvising av Is anke er ikke opprettholdt. Da Høyesterett av eget tiltak må ta stilling til spørsmål om avvising, bemerker jeg følgende:
- (55) Samtaler I har deltatt i, har vært avlyttet. Anken hennes gjelder bruken av dette materialet som bevis i straffesaken mot blant andre hennes ektefelle. I gjør gjeldende at de fem samtaler hvor hun deltar, i sin helhet skulle ha vært slettet etter den særlige bestemmelsen om ektefellers rett til å nekte forklaring i straffeprosessloven § 216g bokstav b og § 122, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum. Dette er regler som nettopp tar sikte på å ivareta Is egne interesser, jf. til sammenligning Rt-2012-12. Selv om I ikke er part i straffesaken som sådan, har hun utvilsomt ankerett etter straffeprosessloven § 377 første ledd.
- (56) Materiale som omfattes av straffeprosessloven § 216g bokstav b og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum, kan ikke under noen omstendighet benyttes som bevis. Slikt materiale inngår heller ikke i det forsvaret har rett til innsyn i etter straffeprosessloven § 264. Jeg viser til Rt-2005-1137 avsnitt 76. Det ligger i dette at materialet skal slettes så snart det er brakt på det rene at det er omfattet av denne særlige slettingsregelen, jf. Rt-2005-196, Rt-2009-396 og Prop. 147 L (2012–2013) side 10 og side 109. Jeg viser også til NOU 2009:15 side 260, hvor Metodekontrollutvalget peker på at slikt materiale «heller ikke [kan] brukes i etterforskningen eller i annet etterretningsøyemed», og at utvalget forutsatte «at det skapes notoritet rundt at sletting har funnet sted i politiets datasystemer». I Prop. 147 L (2012–2013) side 104, gir departementet på samme måte uttrykk for at dette materialet ikke kan benyttes av politiet «til andre formål, slik som etterforskning eller etterretning». Informasjonen skal «slettes fra politiets systemer». På side 107 i proposisjonen er det også forutsatt at materialet heller ikke skal kunne brukes om «inngangsupplysninger i andre saker, eller som ren informasjon om visse kriminelle miljøer».
- (57) Påtalemyndigheten har anført at sletteplikten ikke omfatter samtaler i sin helhet, men bare det I selv sier. Det samtalepartneren sier, kan da – etter påtalemyndighetens syn – lagres uhindret av sletteplikten, og eventuelt brukes under etterforskningen og som bevis så langt § 216i tillater. Det er vist til at ordlyden i § 216g bokstav b åpner for en slik løsning, når det som skal slettes, er «uttalelser» som retten etter reglene i § 117 til § 120 og § 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om. Høyesteretts ankeutvalg ga dessuten i Rt-2009-396 uttrykk for at slettingsregelen i § 216g bokstav b ikke innebærer at det aldri kan foretas avlytting av en samtale en siktet har med noen som faller inn under unntaket i bokstav b, ettersom det den siktede selv sier i en slik samtale, «i utgangspunktet» ikke vil måtte slettes. Metodekontrollutvalget og departementet har lagt kjennelsen fra 2009 til grunn, jf. NOU 2009:15 side 258 og Prop. 147 L (2012–2013) side 178.
- (58) Til dette vil jeg si: I Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse i Rt-2009-396 konkluderte utvalget med at romavlytting i utgangspunktet kan gjennomføres selv om én av de tilstedeværende er omfattet av persongruppen i § 216g bokstav b, såfremt det ikke nettopp er det vedkommende forventes å si, som begrunner avlyttingen. Det politiet i den saken var ute etter, var eventuelle beskjeder fra

vedkommende familiemedlem til den siktede, som satt fengslet. Romavlytting var da, som et utgangspunkt, ikke aktuelt. Lagmannsrettens kjennelse ble imidlertid opphevet fordi lagmannsretten ikke hadde vurdert om vedkommende familiemedlem selv kunne mistenkes, og dermed likevel ikke var vernet, jf. § 216g bokstav b *in fine*. Sletteplikten rekkevidde ble ikke nærmere drøftet i ankeutvalgets kjennelse, som etter mitt syn ikke kan tolkes slik at den – som en alminnelig regel – bygger på at det kun er det som den beskyttede personen selv sier, som skal slettes. Når Høyesterett i avdeling nå har fått spørsmålet prosedert i en større bredde, vil en enkeltstående kjennelse fra ankeutvalget uansett kun ha en avdempet prejudikatverdi. Jeg kan heller ikke se at en eventuell lovgiveroppfatning i tråd med påtalemyndighetens tolkning av kjennelsen fra 2009, er så festnet eller har fått slike konsekvenser at denne i seg selv har noen spesiell vekt.

- (59) Jeg er for min del blitt stående ved at sletteplikten må gjelde samtaler som sådanne og i sin helhet, ikke bare det den beskyttede personen selv sier. Slettingsregelen i § 216g bokstav b er en forlengelse av blant annet straffeprosessloven § 122, som – gjennom et generelt unntak for vitneplikten – beskytter én ektefelle fra å inkriminere den andre. Det er bred enighet om verdien av en slik regel, som har vært gjenstand for grundig lovgivervurdering ved flere korsveier, senest i Prop. 147 L (2012–2013) side 102-104. I motsetning til en monolog innebærer en samtale typisk at den ene deltakeren responderer på det den andre sier, enten samtalen har preg av for eksempel informasjonsutveksling, rådgivning, dialog, diskusjon, krangel eller småprat. Det vil trolig bare helt unntaksvis være slik at man ved å «sladde» det den ene samtalepartneren sier, også effektivt forhindrer at det kan trekkes slutninger om hva som blir sagt, ut fra den andre samtalepartnerens reaksjoner og svar. Den lovforståelse påtalemyndigheten tar til orde for, ville altså undergrave slettingsregelens formål og også representere et innhugg i vernet etter § 122. En mellomløsning – hvor politiet skulle vurdere konkret om også samtalepartnerens bidrag må slettes fordi vedkommendes reaksjoner og svar gir grunnlag for å trekke slutninger om hva den beskyttede personen sier – virker for meg aldeles upraktisk.
- (60) Min konklusjon er etter dette at materiale innhentet gjennom kommunikasjonskontroll av samtaler der I deltar, skulle ha vært slettet i sin helhet allerede da politiet ble kjent med at materialet var omfattet av straffeprosessloven § 216g bokstav b, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum. Det følger av det jeg allerede har sagt, at det da er uaktuelt å tillate noe av dette brukt som bevis i straffesaken for Gulating lagmannsrett.
- (61) I har for Høyesterett lagt ned påstand om at politiet må slette materialet. Materielt sett er sletteplikten helt på det rene. Ankegjensstanden for Høyesterett er imidlertid spørsmålet om bevisavskjæring, ikke om materialet også må slettes. Ut fra vanlige prosessuelle prinsipper må kravet om sletting avvises, og eventuelt fremmes som særskilt sak. Forholdet er imidlertid at den fortsatte lagringen, som for øvrig fremdeles også omfatter det I selv sier i disse samtaler, innebærer et pågående brudd på Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. Dette må bringes til opphør. Jeg viser til Grunnloven § 92 og til at I har rett til et effektivt reparasjonsmiddel, jf. EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 bokstav b, sml. også Rt-2012-12. Høyesterett bør etter mitt syn derfor avsi kjennelse for at materialet nå tilintetgjøres.
- (62) I har vunnet frem med sin anke og skal, ut fra analogisk anvendelse av tvistelovens regler, tilkjennes erstatning for sine sakskostnader. Kravet utgjør 171 500 kroner med tillegg av merverdiavgift. Påtalemyndigheten har ikke hatt innvendinger mot kostnadsoppgaven, som legges til grunn. Det er staten v/Justis- og beredskapsdepartementet som står ansvarlig, jf. Rt-2014-645.
- (63) Mitt syn på hovedspørsmålet – at overskuddsinformasjonen skulle ha vært slettet og av den grunn heller ikke kan tillates brukt som bevis i straffesaken for lagmannsretten – innebærer at det heller ikke er behov for å avgjøre om bevisførselen må avskjæres fordi den nye regelen i straffeprosessloven § 216i bokstav d ikke kan få anvendelse på saker som allerede står for domstolene. Jeg vil likevel – helt kort – gi uttrykk for noen hovedsynspunkter:

(64) Det er ikke tvilsomt at nye straffeprosessuelle bestemmelser, som utgangspunkt og hovedregel, uhindret av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 kan få anvendelse på eldre forhold, selv om det medfører at stillingen for den personen det gjelder, blir mindre gunstig. Jeg viser til Rt-2010-1445 avsnitt 95 og Rt-2012-519 avsnitt 89. Førstvoterende i saken fra 2012 holdt åpent «at det må gjøres visse reservasjoner i dette der de prosessuelle endringene skjer mens en sak står for domstolene». Og jeg kan være enig i at blant annet endringer i reglene om bevis og bevisavskjæring står så nær de materielle regler at tilbakevirkningsspørsmål kan aktualiseres. Men vidtrekkende begrensninger er det i tilfelle ikke tale om. Dersom politiets besittelse av kommunikasjonskontrollmaterialet hadde vært lovlig, ville det ikke foreligget noen rettsstridig tilbakevirkning, ettersom tilbakevirkningen under denne forutsetning ikke er uforholdsmessig tyngende eller inngripende. Vi står ikke ovenfor såkalt singulær lovgivning, som vår konstitusjon ikke tillater. Heller ikke på andre måter er domstolenes uavhengighet etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 trådt for nær.

(65) Straffeloven § 3, som er begrenset til straffelovgivningen, har liten interesse i en sammenheng som dette, med mindre en straffeprosessuell endring i realiteten også innebærer en materiell omlegging. Etter omstendighetene vil derimot prinsippet i Grunnloven § 97 kunne få betydning som tolkningsmoment, dersom det er tvil om nye regler skal få anvendelse på eldre forhold, jf. Rt-1991-1439, Rt-1992-1511 og Rt-2010-718. Men rettskildene gir ikke grunnlag for å oppstille en alminnelig presumsjon for at endringer i prosesslovene bare får virkning for senere saker. Jeg viser til Rt-2005-279, hvor det fremgår at dersom loven selv ikke inneholder overgangsregler, vil løsningen bero på hva som finnes rimelig og hensiktsmessig. Et sentralt moment vil være hvor mye nytt lovendringen inneholder, og spesielt om endringen i realiteten innebærer at det innføres en ny prosessordning, eller det er tale om en større samlereform. I så måte er endringen av straffeprosessloven § 216i uproblematisk.

(66) Jeg stemmer for denne

kjennelse:

1. Kommunikasjonsmaterialet tillates ikke brukt som bevis i Gulating lagmannsretts sak 13-052571.
2. Alle opptak og utskrifter av samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der I deltar, skal tilintetgjøres.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet til I 214 375 – tohundreogfjortentusentrehundreogsyttifem – kroner innen 2 – to uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

(67) Dommer **Noer**: Jeg har kommet til et annet resultat enn førstvoterende.

(68) Jeg er enig i at lagring av materiale fra telefonkontroll innebærer et inngrep overfor den det gjelder, og at det derfor kreves hjemmel i lov. Men jeg kan ikke se at det stilles andre krav til lovens klarhet enn det som ellers gjelder for regler som gir adgang til å foreta inngrep overfor enkeltpersoner, og jeg mener man her som ellers må følge vanlig rettskildelære. Jeg viser til Rt-2010-956, som nettopp gjelder vårt rettsområde, og hvor det i avsnitt 15 heter:

«Det er i straffeprosessloven kapittel 16a gitt et omfattende regelverk for bruk av kommunikasjonskontroll som ledd i bekjempelsen av alvorlig kriminalitet. Den nærmere regulering bygger på en avveining av behovet for å avdekke slik kriminalitet og retten til respekt for privatliv og familieliv. Enkelte av bestemmelsene, herunder straffeprosessloven § 216i, er blitt ytterligere presisert ved avgjørelser i Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg. På bakgrunn av prosedyren understreker jeg at dette ikke skaper noen usikkerhet i forhold til lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2. Det følger i denne relasjon ikke av konvensjonsbestemmelsen noe krav om at rettstilstanden skal være avklart ved formell lov, og det er ikke grunnlag for å oppstille et krav om «klar»

lovhjemmel. Det er ikke tvilsomt at nødvendig avklaring i rettsstilstanden kan skje for eksempel ved domstolenes praksis. At det i den rettsavgjørelse som avgjør det aktuelle tolkingsspørsmål, uttrykkes tvil, er i denne sammenheng uten betydning.»

- (69) Vår sak gjelder reglene for oppbevaring av lovlig innhentet materiale fra telefonavlytting, og reglene for bruken av dette som bevis i den etterfølgende straffesaken. Etter mitt syn er hjemmelsreglene tilstrekkelig klare, og de ga lovlig adgang til oppbevaring av det materiale som påtalemyndigheten nå ønsker ført som bevis i straffesaken. Jeg er ikke enig i at Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter må lede til en innskrenkende fortolkning. Det er i denne saken motstridende hensyn, og ikke minst hensynet til en materielt riktig avgjørelse har stor vekt.
- (70) *Straffeprosessloven § 216g bokstav a – overskuddsinformasjon*
- (71) Det følger av straffeprosessloven § 216g bokstav a at opptak som er gjort under kommunikasjonskontroll, snarest mulig skal tilintetgjøres «i den utstrekning» materialet er «uten betydning for ... etterforskningen av straffbare forhold». Dette er nærmere presisert i kommunikasjonskontrollforskriften § 9. Jeg legger til grunn at det i vår sak har vært kontinuerlig etterforskning, og at vilkårene for oppbevaring etter forskriften § 9 første ledd siste punktum er oppfylt.
- (72) Spørsmålet er hva som ligger i begrepet «etterforskningen» i § 216g bokstav a. Dersom etterforskningen er *avsluttet*, sier det seg selv at materialet ikke lenger er av betydning.
- (73) Førstvoterende konkluderer med at etterforskningen må anses avsluttet når det tas ut tiltale. Jeg kan ikke se at ordlyden i bestemmelsen eller forarbeidene gir støtte for en slik avgrensning. Heller ikke i rettspraksis er det lagt til grunn at etterforskningen kan anses avsluttet når tiltale er tatt ut, jf. Rt-2013-530 avsnitt 19 med videre henvisninger og Rt-1978-725 (728) og Rt-1978-1556. Etter mitt syn gir bestemmelsen hjemmel for å oppbevare materialet så lenge det rent faktisk er nødvendig for etterforskningen, og dessuten der avlyttingsmaterialet skal benyttes som bevis under straffesaken.
- (74) I praksis fortsetter etterforskningen ofte etter at tiltale er tatt ut. Dette er klart forutsatt i straffeprosessloven, jf. for eksempel § 226 bokstav b, som sier at et av formålene med etterforskningen er å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og eventuelt spørsmålet om fastsettelse av reaksjon. I henhold til straffeprosessloven kapittel 21 om forberedelse til hovedforhandling, har tiltalte og fornærmede rett til å be om supplerende etterforskningsskritt etter at tiltale er tatt ut, jf. § 264a, § 265 og § 267. Dette gjelder også under ankeforhandlingen, jf. § 327.
- (75) Tiltalespørsmålet er dessuten ikke endelig avgjort når tiltale tas ut første gang. Straffeprosessloven § 253, § 254 og § 331 gir adgang til endring av tiltalen både før og under hovedforhandlingen og under ankebehandlingen for lagmannsretten. Slike endringer kan nettopp skyldes informasjon innhentet som ledd i etterforskning etter tiltaletidspunktet.
- (76) Førstvoterende underbygger i avsnitt 43 sitt syn blant annet ved å vise til NOU 1997:15 punkt 4.2.5.8, hvor det sies at etterforskning forutsetter en målrettet aktivitet fra politiets side, og at lagring av opplysninger til eventuell fremtidig bruk ikke må finne sted. Men dette gjelder spørsmålet om når etterforskningen skal anses *iverksatt*. Det er ikke problemstillingen i vår sak.
- (77) Heller ikke henvisningen i avsnitt 41 til Prop. 147 L (2012–2013) side 95 mener jeg er treffende. Det som omtales der er KK-materiale som *ikke* skulle fremlegges som bevis for retten. Vår sak gjelder imidlertid KK-materiale som er påberopt som bevis i saken.

- (78) Paragraf 216g om sletteplikt må dessuten leses i lys av § 216i om hva KK-materialet lovlig kan brukes til, noe også førstvoterende legger til grunn.
- (79) Paragraf 216i sier at samtaledata kan brukes for eksempel ved avhør av de mistenkte (bokstav a) eller for å forebygge at noen uskyldig blir straffet (bokstav e). Om det er bruk for materialet til dette, kan vanskelig avgjøres allerede på tiltaletidspunktet. Departementet har selv forutsatt at så lenge det er behov for KK-materialet til disse formålene, anses materialet for å ha betydning for etterforskningen, jf. Ot.prp.nr.64 (1998–1999) i spesialmerknadene til § 216g:
«Departementet foreslår i utkastet § 216i at overskuddsinformasjon skal kunne brukes for å avverge at noen uskyldig blir straffet. Etter departementets syn er det ikke behov for å endre § 216g for å hindre at slike opplysninger blir slettet. Enten det gjelder å bevise at en person er skyldig eller å avkrefte at en mistenkt person er skyldig, er opplysningene «av betydning for etterforskningen av straffbare forhold.»
- (80) Endelig peker jeg på siktedes rett til innsyn i og bruk av overskuddsinformasjon til forberedelse av hovedforhandlingen. I saken *Naturen mot Finland* fra 30. juni 2009 [EMD-2004-21022] kom Den europeiske menneskerettsdomstolen til at artikkel 6 – equality of arms – var krenket ved at påtalemyndigheten hadde slettet KK-materiale før siktede hadde fått tilgang til dette. Om materialets betydning for forberedelsen til hovedforhandlingen sies det i avsnitt 42:
«More specifically, Article 6 § 3 (b) guarantees the accused 'adequate time and facilities for the preparation of his defence' and therefore implies that the substantive defence activity on his behalf may comprise everything which is 'necessary' to prepare the main trial. The accused must have the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings.»
- (81) Når det så gjelder spørsmålet om vilkårene for oppbevaring av KK-materialet var til stede i vår sak, viser jeg til at ingen av de tiltalte har erkjent straffeskyld. Saken kan følgelig ikke anses oppklart. Aktor har gitt en detaljert beskrivelse av etterforskningsskritt foretatt helt fram til ganske nylig, hvor også KK-opptakene er brukt. Behovet for å bruke materialet under denne delen av etterforskningen beror på en politifaglig vurdering som jeg ikke har grunnlag for å overprøve.
- (82) Som nevnt av førstvoterende, mener dessuten tiltalte B at avlyttingsmaterialet vil underbygge at han ikke er skyldig etter tiltalen. Han ønsker derfor telefonsamtalene avspilt i retten for å vise dette.
- (83) Når situasjonen er denne, har jeg vanskelig for å se at KK-materialet skulle ha vært slettet.
- (84) Min konklusjon er at § 216g bokstav a ga påtalemyndigheten hjemmel til å oppbevare KK-materialet også etter at tiltale var tatt ut.
- (85) *Straffeprosessloven § 216g bokstav b – ektefelle Is uttalelser*
- (86) Jeg er enig med førstvoterende i at siktedes ektefelle I har ankerett. Men jeg er uenig i at § 216g bokstav b pålegger sletting av alt KK-materiale som inneholder samtaler hvor hun deltar.
- (87) Sletteplikten gjelder «uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om». Straffeprosessloven § 122 – som er den relevante her – omfatter bare ektefellens egen forklaring. Ordlyden i § 216g tilsier derfor at det bare er disse delene som må slettes.
- (88) Dette er også lagt til grunn i rettspraksis, jf. Rt-2009-396, som førstvoterende omtaler i avsnitt 57 og 58. Også Metodekontrollutvalget la til grunn dette som gjeldende rett, jf. NOU 2009:15 på side 258.

- (89) Det samme sies i forarbeidene til de nye slettepliktsreglene i § 216g, jf. Prop. 147 L (2012–2013), i spesialmerknadene til bestemmelsen:
«Bestemmelsen viderefører gjeldende § 216 g bokstav b. I motsetning til første og annet ledd, gjelder sletteplikten i utgangspunktet den enkelte opplysning, og ikke den større enhet som opplysningene inngår i. Dette skyldes at reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke nødvendigvis omfatter en hel samtale, men kan gjelde kun enkeltdeler, jf. Rt-2009-396.»
- (90) KK-materialet i vår sak inneholder en samtale mellom hovedtiltalte og hans ektefelle I. I tillegg er det gjort opptak av samtaler mellom henne og E og F. Det er uklart for meg om de to sistnevnte var siktet da samtalen ble avlyttet, noe jeg uansett mener ikke er avgjørende. Dersom de ikke var siktet, ville retten kunne kreve deres vitneforklaring også om innholdet i samtalen med I, hva enten det var gjort opptak av samtalen eller ikke.
- (91) Det er derfor, etter mitt syn, bare den del av samtalen hvor Is stemme høres, som skulle vært slettet etter § 216g bokstav b.
- (92) Jeg går ikke inn på sletteplikten for så vidt gjelder fortrolig informasjon som omfattes av bevisforbudene i straffeprosessloven § 117 til § 120, hvor lovgrunnlaget er et annet.
- (93) Førstvoterende går inn for at det avsies egen kjennelse for at samtalen der I deltar, *skal slettes*. Som påpekt av førstvoterende, er slettespørsmålet ikke en del av ankegjensstanden. Ankegjensstanden er gyldigheten av lagmannsrettens beslutning om ikke å avskjære bevisførselen. Påtalemyndigheten har dessuten erkjent at materialet skal slettes.
- (94) Etter mitt syn er det i en slik situasjon ikke grunnlag for å avsi kjennelse for sletting. Det er heller ikke et krav etter EMK artikkel 13, jf. Kjølbros, Den europeiske menneskerettighedskonventionen, 3. utgave, kapittel 21.4.
- (95) *Tilbakevirkningsforbudet og Grunnloven § 97*
- (96) Når det gjelder spørsmålet om de nye reglene – som gir utvidet adgang til føring av bevis innhentet ved kommunikasjonskontroll – kan få anvendelse på en sak som allerede står for domstolene, er jeg enig med førstvoterende. Jeg er også enig i hans syn på forståelsen av straffeloven § 3. Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at Grunnloven § 97 ikke er til hinder for at de nye bestemmelsene får anvendelse også på igangværende saker.
- (97) *Om avspilling av KK-materialet i retten*
- (98) Lagmannsrettens avgjørelse i vår sak gjaldt spørsmålet om bevisavskjæring på prinsipielt grunnlag. Jeg er enig med lagmannsretten i at bevisene ikke kan kreves avskåret i utgangspunktet, og at sakens alvor og hensynet til en materielt riktig dom taler for å tillate bevisførsel om de tilgjengelige bevis.
- (99) Spørsmålet om de nærmere vilkårene for avspilling av KK-materialet etter § 216i bokstav d er oppfylt, må imidlertid den dømmende rett avgjøre, sett i sammenheng med det øvrige bevismaterialet. Ved denne vurderingen må det også tas stilling til anførselene fra tiltalte F om at avspilling av det han sier i samtalen med I, uten at hennes stemme høres, vil gi et misvisende bilde.
- (100) Selv om jeg mener det ikke kan oppstilles et prinsipielt forbud mot å føre de fragmenterte samtalen med I som bevis, vil den konkrete forholdsmessighetsvurderingen og subsidiaritetvurderingen som skal foretas i henhold til § 216i bokstav d, likevel kunne føre til

bevisavskjæring. I Prop. 147 L (2012–2013) side 80 står det blant annet følgende:

«Fremstår bevisverdien av overskuddsinformasjonen som usikker, tilsier det en viss tilbakeholdenhet med å benytte informasjonen som bevis.»

- (101) Jeg stemmer etter dette for at ankene forkastes.
- (102) Dommer **Arntzen**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Noer.
- (103) Dommer **Bergsjø**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bårdsen.
- (104) Dommer **Skoghøy**: Likeså.
- (105) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

- 1. Kommunikasjonsmaterialet tillates ikke brukt som bevis i Gulating lagmannsretts sak 13-052571.*
- 2. Alle opptak og utskrifter av samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der I deltar, skal tilintetgjøres.*
- 3. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet til I 214 375 – tohundreogfjortentusentrehundreogsyttifem – kroner innen 2 – to uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.*

Norges Høyesterett - Dom. - HR-2013-2295-A - Rt-2013-1412

Instans	Norges Høyesterett – Dom.
Dato	2013-11-01
Publisert	HR-2013-2295-A – Rt-2013-1412
Stikkord	Straffeprosess. Opplesning av politiforklaring.
Sammendrag	I sak etter strl. § 132a hadde lagmannsretten ikke tillatt opplesning av politiforklaring fra fornærmede, som hadde lovlig forfall. Tiltalte ble frifunnet. Høyesterett viste til at normen for hvorvidt opplesning skal tillates, er om en domfellelse «bare eller i avgjørende grad» vil være basert på oppleste vitneforklaringer, jf. strpl. § 297 og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d. Selv om lagmannsretten hadde lagt en for streng norm til grunn, var Høyesterett etter en helhetsvurdering enig i at vilkårene for opplesning ikke forelå. Det kunne heller ikke legges til grunn at tiltaltes forhold var hovedårsak til uteblivelsen. Påtalemyndighetens anke over lagmannsrettens saksbehandling ble forkastet.
Saksgang	Bergen tingrett TBERG-2012-3808 – Gulating lagmannsrett LG-2012-188340 – Høyesterett HR-2013-2295-A, (sak nr. 2013/1209), straffesak, anke over dom.
Parter	Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Tor Henning Rustan Knudsen) mot A (advokat Øystein Storrвик).
Forfatter	Indreberg, Matheson, Bergsjø, Bull, Utgård.

-
- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder anke over en delvis frifinnende dom, og spørsmålet er om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke tillot opplesning av fornærmedes politiforklaringer.
 - (2) Statsadvokatene i Hordaland satte 11. januar 2012 A under tiltale ved Bergen tingrett. Den mest alvorlige posten i tiltalebeslutningen er post I, som gjelder overtredelse av straffeloven § 132a første ledd bokstav a, jf. fjerde ledd første straffalternativ – motarbeiding av rettsvesenet. Postene III og IV c gjelder overtredelse av straffeloven § 228 første ledd og § 227 første ledd ved det samme faktiske forholdet. Grunnlaget for tiltalen lyder:
«Natt til tirsdag 25. oktober 2011 ved 'Dekk1' i ---vegen 00 i Bergen, tok han tak i B rundt nakken mens hun satt i en bil, løsnet setebeltet hennes, dro henne ut av bilen og dro henne etter nakken og håret bak en container og uttalte til henne at hvis hun vitnet mot ham om det som skjedde der og eller noe annet, skulle han kutte henne opp i småbiter og kaste henne i containeren. Han uttalte videre at han skulle sy igjen munnen på henne dersom hun sladret.»
 - (3) Tiltalen omfatter også vold og trusler mot en annen fornærmet, vinningsforbrytelser og overtredelser av vegtrafikkloven og legemiddeloven.
 - (4) B var innkalt som vitne i tingretten, men møtte ikke. Tingretten fant på grunnlag av erklæringer fra lege- og psykolog at hun hadde gyldig forfall, og tillot opplesning av hennes politiforklaringer.
 - (5) Ved Bergen tingretts dom 4. oktober 2012 ble A frifunnet for en av vinningsforbrytelsene, men domfelt for de øvrige postene. Straffen ble satt til fengsel i åtte måneder, hvorav 60 dager ble gjort betinget med en prøvetid på to år, og en bot på 5 000 kroner.

- (6) A anket til lagmannsretten, som fullt ut prøvde postene som var omfattet av anken. Heller ikke til ankeforhandlingen møtte B. Lagmannsretten la til grunn at hun hadde gyldig forfall, men tillot ikke opplesning av hennes politiforklaringer.
- (7) Lagretten svarte nei på flere av spørsmålene den ble forelagt, blant annet spørsmålene som gjaldt postene der B var fornærmet. Kjennelsen ble lagt til grunn, og Gulating lagmannsrett avsa 22. mai 2013 dom [LG-2012-188340] med slik domsslutning:
- «1. A, født 0.0.1983, frifinnes for de forhold som er omhandlet i tiltalebeslutningen post I (straffeloven § 132a), post IIa (straffeloven § 229, jf. § 232), post III (straffeloven § 228) og post IV a, c og d (straffeloven § 227 første straffalternativ).
 2. A, født 0.0.1983, dømmes for overtredelse av straffeloven § 229 første straffalternativ jf. § 232, straffeloven § 227 første straffalternativ og de forhold som er endelig avgjort ved Bergen tingretts dom av 4. oktober 2012, jf. straffeloven § 62 første ledd, til fengsel i 1 – ett – år og 2 – to – måneder, hvorav 6 – seks – måneder gjøres betinget med en prøvetid på 2 – to – år, jf. straffeloven §§ 52 flg. Straffen er en fellesstraff med den fengselsstraff som er fastsatt ved Gulating lagmannsretts dom av 31. januar 2013, jf. straffeloven § 64.
- Til fradrag i straffen går 180 – etthundreogåtti – dager for utholdt varetekt.»
- (8) Påtalemyndigheten har anket til Høyesterett. Anken gjelder frifinnelsen for postene hvor B er fornærmet. Det gjøres gjeldende at det er en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten nektet opplesning av hennes politiforklaringer.
- (9) **Jeg er kommet til** at anken ikke fører fram.
- (10) Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling. For det første er det anført at lagmannsrettens rettsanvendelse er feil, ved at den har lagt til grunn en for streng norm ved avgjørelsen av om politiforklaringene kunne leses opp, og dermed kommet til uriktig resultat.
- (11) For det andre er det anført at det var grunnlag for opplesning fordi tiltalte selv hadde skapt den situasjon som var oppstått ved de truslene han hadde kommet med.
- (12) Jeg behandler først spørsmålet om lagmannsretten har anvendt uriktig norm.
- (13) Straffeprosessloven § 297 tillater på visse vilkår opplesning av politiforklaringen til et vitne som ikke er til stede under hovedforhandlingen. Bestemmelsen må anvendes med de innskrenkninger som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon, EMK, hvor artikkel 6 nr. 3 bokstav d slår fast at tiltalte har rett til å avhøre eller la avhøre vitner som blir ført mot ham. Til tross for den absolutte ordlyden i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d har Den europeiske menneskerettsdomstol – EMD – kommet til at det unntaksvis er anledning til å lese opp politiforklaringer under hovedforhandlingen selv om tiltalte ikke har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet. Hvordan EMDs praksis skal forstås, har også vært behandlet i en rekke saker for Høyesterett.
- (14) Lagmannsretten har tatt følgende utgangspunkt for når det er adgang til opplesning:
- «Det er lagt til grunn, bl.a. i avgjørelsen i Rt-2004-97, at dersom forklaringen vil være et *vesentlig* bevis for tiltaltes skyld, vil opplesning av rettslig forklaring og politiforklaring som regel måtte avskjæres når tiltalte ikke har hatt anledning til å stille spørsmål til vitnet. Lagmannsretten viser ellers til avgjørelsen i Rt-2001-29, der opplesning av vitnes politiforklaring ledet til at lagmannsrettens dom ble opphevet. Førstvoterende uttalte her at det var 'en reell mulighet for' at opplesningen av politiforklaringen hadde hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at politiforklaringen derfor fremstilte seg som et viktig og

kanskje nødvendig bevis.»

- (15) Dette er ikke i samsvar med nyere praksis fra Høyesterett, se særlig Rt-2004-1789 og for eksempel Rt-2012-1171, hvor Høyesterett la til grunn at spørsmålet er om domfellelsen «bare eller i avgjørende grad» er basert på de vitneforklaringene som er lest opp. Anførselen om at lagmannsretten har lagt til grunn feil norm må derfor føre fram.
- (16) Høyesterett har imidlertid full kompetanse, jf. straffeprosessloven § 385, og jeg mener Høyesterett har tilstrekkelig grunnlag til å prøve om det her var adgang til opplesning ut fra riktig norm.
- (17) I EMDs storkammerdom 15. desember 2011 [EMD-2005-26766] i saken *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* klargjorde EMD prinsippene som gjelder for adgangen til opplesning av tidligere forklaringer fra vitner som ikke er til stede under den offentlige rettssaken, se særlig avsnittene 118 til 151. I dommen *Štefančič mot Slovenia* 25. oktober 2012 [EMD-2005-18027] oppsummerer EMD prinsippene som ble lagt til grunn i *Al-Khawaja og Tahery*-dommen slik:
- «37. The Grand Chamber has recently clarified the principles to be applied when a witness does not attend a public trial (see *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, §§ 119-147, 15 December 2011). These principles may be summarised as follows:
- (i) the Court should first examine the preliminary question of whether there was a good reason for admitting the evidence of an absent witness, keeping in mind that witnesses should as a general rule give evidence during the trial and that all reasonable efforts should be made to secure their attendance;
 - (ii) typical reasons for non-attendance are, like in the case of *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, the death of the witness or the fear of retaliation. There are, however, other legitimate reasons why a witness may not attend trial;
 - (iii) when a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings, allowing the admission of a witness statement in lieu of live evidence at trial must be a measure of last resort;
 - (iv) the admission as evidence of statements of absent witnesses results in a potential disadvantage for the defendant, who, in principle, in a criminal trial should have an effective opportunity to challenge the evidence against him. In particular, he should be able to test the truthfulness and reliability of the evidence given by the witnesses, by having them orally examined in his presence, either at the time the witness was making the statement or at some later stage of the proceedings;
 - (v) according to the 'sole or decisive rule', if the conviction of a defendant is solely or mainly based on evidence provided by witnesses whom the accused is unable to question at any stage of the proceedings, his defence rights are unduly restricted;
 - (vi) in this context, the word 'decisive' should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence: the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive;
 - (vii) however, as Article 6 § 3 of the Convention should be interpreted in the context of an overall examination of the fairness of the proceedings, the sole or decisive rule should not be applied in an inflexible manner;
 - (viii) in particular, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient

counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance to the case.»

- (18) Det fremgår at det første som må vurderes, er om det er en god grunn for å tillate opplesning, altså om det er en god grunn til at vitnet ikke var til stede under rettssaken og herunder om alle rimelige tiltak – «all reasonable efforts» – er satt i verk for å få vitnet til å møte.
- (19) A har gjort gjeldende at det var forutsigbart at B ikke ville møte som vitne under ankeforhandlingen, og at påtalemyndigheten da ikke kan nøye seg med å stevne henne og begjære politiforklaringen opplest. Han har også pekt på at EMD ikke krever at krysseksaminasjonen må finne sted under hovedforhandlingen, se Rt-2012-1171 med videre henvisninger, og at bevisopptak før hovedforhandlingen skulle vært forsøkt.
- (20) Lege- og psykologerklæringene som ble fremlagt for retten viser at B har alvorlige psykiske problemer, og at det er fare for panikkangst eller psykose dersom hun pålegges å vitne. Disse erklæringene ble avgitt de siste par dagene før ankeforhandlingen. Det var derfor ikke uriktig av lagmannsretten å legge til grunn at hun hadde gyldig forfall og ikke kunne pålegges å vitne. Det kan spørres om påtalemyndigheten har vært for passiv i denne situasjonen. B bad i god tid før tingrettens behandling om at tiltalte ikke skulle være til stede da hun vitnet, og møtte ikke i tingretten. Det kan tale for at påtalemyndigheten forut for ankeforhandlingen burde undersøkt om det var mulig å gjøre noe for at hun kunne overkomme frykten for å møte, eller søkt å gjennomføre bevisopptak. Omstendighetene i saken tyder imidlertid på at det er lite sannsynlig at slike initiativer ville gitt resultater, og jeg legger derfor under en viss tvil til grunn at vilkåret om at det forelå en god grunn til å tillate opplesningen av forklaringen, er oppfylt.
- (21) De neste spørsmålene er om en eventuell domfellelse bare eller i avgjørende grad vil være basert på politiforklaringen – «the sole or decisive rule» – og om det i tilfelle foreligger faktorer som i tilstrekkelig grad oppveier at tiltalte ikke har fått stilt spørsmål til vitnet.
- (22) EMD har presisert at uttrykket «decisive» skal forstås slik at ikke alle bevis som øker muligheten for domfellelse, er omfattet. Uttrykket indikerer at det er tale om så betydningsfulle eller viktige bevis at de er egnet til å avgjøre sakens utfall, se foruten det siterte, avsnitt 131 i Al-Khawaja og Tahery-dommen. EMD fortsetter med å peke på at hvorvidt en forklaring fra et vitne som ikke har vært utsatt for kryssforhør er avgjørende, beror på styrken i de øvrige bevis som støtter den.
- (23) De øvrige bevis som ble ført for lagmannsretten var for det første en lydlogg av Bs samtale med politibetjent Erichsen ved politiets nødtelefon. Det var B som ringte nødtelefonen etter at hun kom hjem til foreldrene om natten etter hendelsen omtalt i tiltalebeslutningen post I og fortalte om denne. Videre var det vitneavhør av politibetjent Erichsen og av Bs mor, som var hjemme da B ringte til nødtelefonen og hørte på deler av samtalen. Felles for disse bevisene er at de gjelder Bs egen forklaring av hva som er skjedd. De kan dermed ikke anses som tungtveiende selvstendige bevis, noe som tilsier at politiforklaringene er egnet til å være avgjørende for en eventuell domfellelse.
- (24) Jeg kan heller ikke se at det foreligger faktorer som oppveier det manglende kryssforhøret. Lagmannsretten gir uttrykk for at de nevnte bevisene ikke i tilstrekkelig grad gir grunnlag for å bedømme påliteligheten og troverdigheten av politiforklaringene, og at heller ikke muligheten for å veilede lagretten om farene ved å legge betydelig vekt på en forklaring som ikke har vært undergitt krysseksaminasjon, er tilstrekkelig. Det er jeg enig i. Jeg legger også vekt på at forsvareren har fremhevet at det er behov for å stille spørsmål til B om det forhold at hun senere har trukket tilbake anmeldelsen og endret sin forklaring, og at Bs mor, som det fremgår av hennes politiforklaring og av tingrettens dom, følte at samtalen på nødtelefonen virket arrangert.

- (25) På denne bakgrunn mener jeg at lagmannsretten – til tross for at den har lagt til grunn en for streng vurderingsnorm – har truffet riktig når den ut fra en helhetsvurdering av bevisene i saken er kommet til at opplesning ikke kan skje. Jeg har i denne forbindelse også lagt vekt på at lagretten, som ikke hørte politiforklaringene, kom til et annet resultat enn tingretten, der forklaringene ble lest opp.
- (26) Jeg går så over til å se på påtalemyndighetens andre ankegrunn om at tiltalte selv hadde forårsaket at vitnet ikke møtte.
- (27) EMD har slått fast at der fravær skyldes frykt fremkalt av tiltalte, må tiltalte anses å ha gitt avkall på retten til å eksaminere vitnet, jf. Al-Khawaja og Tahery-dommen avsnitt 123 [EMD-2005-26766]. I Høyesteretts praksis fremgår det samme av Rt-2004-1425 med videre henvisninger. «Domstolen skal ikke måtte akseptere at press eller trusler fra tiltaltes side skal få betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet», heter det i dommens avsnitt 16.
- (28) I Rt-2004-1425 avsnitt 16 stilles som vilkår for opplesning at tiltalte direkte kan bebreides for å ha skapt den situasjon at vitnet uteblir. I den aktuelle saken hadde vitnets frykt ikke sammenheng med vitnesituasjonen, og opplesning ble ikke tillatt. Det stiller seg annerledes i vår sak, hvor trusselen i tiltalebeslutningen post I nettopp skulle avholde fornærmede fra å vitne om det som skjedde.
- (29) Lagmannsretten har vurdert spørsmålet slik:
«Slik lagmannsretten ser det, er det heller ikke grunnlag for å tillate opplesning ut fra de retningslinjer det er gitt anvisning på i premiss 16 i Rt-2004-1425. Det fremstår slik saken ligger an, ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at det er tiltaltes forhold som har vært den dominerende årsak til at vitnet i dag har de problemer som beskrives i de erklæringer som er fremlagt.»
- (30) Som det har gått fram av det jeg tidligere har sagt, ble det lagt fram erklæringer fra lege og psykolog om hvorfor fornærmede ikke møtte i lagmannsretten. Jeg har ikke grunnlag for å vurdere disse erklæringene og årsakene til manglende frammøte annerledes enn lagmannsretten gjorde. Etter dette kan anken over lagmannsrettens dom ikke føre fram.
- (31) Jeg stemmer for denne

dom:

Anken forkastes.

- (32) Dommer **Matheson**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (33) Dommer **Bergsjø**: Likeså.
- (34) Dommer **Bull**: Likeså.
- (35) Dommar **Utgård**: Det same.
- (36) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

Anken forkastes.

Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2011-1118-A - Rt-2011-800 - UTV-2011-1098

Instans	Norges Høyesterett – Kjennelse.
Dato	2011-06-01
Publisert	HR-2011-1118-A – Rt-2011-800 – UTV-2011-1098
Stikkord	Straffeprosess. EMK. Selvinkriminering.
Sammendrag	Saken gjaldt et pålegg til selskaper om å utlevere bevis i medhold av straffeprosessloven § 210 og om forbudet mot selvinkriminering i EMK artikkel 6 også gjelder for juridiske personer. Høyesterett tolket konvensjonsteksten i lys av formålet og EMDs praksis og kom til at juridiske personer kunne påberope seg vernet mot selvinkriminering. Retten konkluderte også med at straffeprosessloven § 123 om vitneplikt får anvendelse på juridiske personer og opphevet lagmannsrettens dom på grunn av uriktig lovtolkning og saksbehandlingsfeil.
Saksgang	Bergen tingrett TBERG-2011-13194 – Gulating lagmannsrett LG-2011-21909 – Høyesterett HR-2011-1118-A, (sak nr. 2011/456), straffesak, anke over kjennelse.
Parter	Petrolia ASA, A Oil & Gas AS, Increased Oil Recovery AS, BLH AS, BUS AS – Bergen Underwater Services, B Holding AS, Independent Oil & Resources ASA, Norwegian Oil Company AS, Net AS, Petrolia Rigs AS, Petrolia Drilling II AS, Petrolia Services AS, DNO International ASA, Independent Oil Tools AS (advokat Arild Dommersnes – til prøve) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Tor Henning Knudsen).
Forfatter	Møse, Bull, Normann, Utgård, Justitiarius Schei.

-
- (1) Dommer **Møse**: Saken gjelder pålegg til selskaper om å utlevere bevis etter straffeprosessloven § 210. Hovedspørsmålet for Høyesterett er om forbudet mot selvinkriminering i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) også gjelder for juridiske personer.
 - (2) Hordaland politidistrikt ba i likelydende brev 13. desember 2010 til 15 selskaper om å få utlevert saldobalanse, spesifisert hovedbok og fullstendig reskontro i forbindelse med etterforskning av «pågående straffesak». Selskapene ønsket en nærmere orientering om hvilken straffesak som var grunnlag for utleveringskravet, samt hvilken relevans regnskapsmaterialet hadde for det forhold som ble etterforsket. Politiets begrunnelse fremgikk av brev 4. januar 2011 til selskapene. I svaret til Petrolia ASA ble det blant annet uttalt:

«Vår anmodning om utlevering er fremsatt i anledning etterforskningen i straffesak mot A. De etterspurte dokumentene skal benyttes under etterforskningen for å klarlegge eksistensen, og eventuelt den regnskapsmessige behandlingen, av gjeld og fordringer (mellomværende) mellom ulike selskaper hvor A har eller antas å ha en eierinteresse eller hvor det foreligger interessefelleskap eller annet forretningsmessig samarbeid, samt slike selskaps mellomværende med andre selskap. ... Petrolia Drilling ASA har status som vitne i saken. Politiet har på nåværende tidspunkt ingen holdepunkter for å mistenke Petrolia Drilling ASA for lovovertridelser. Som det fremgår ovenfor er heller ikke anmodningen begrunnet i slike forhold. Politiet kan imidlertid ikke på noe tidspunkt fraskrive seg retten til å gjøre bruk av regnskapsmaterialet til andre formål, dersom det skulle vise seg å være konkrete og objektive grunner til det. En slik begrensning vil være i strid med

grunnleggende straffeprosessuelle regler og hensyn ved bevisinnhenting.»

- (3) Siktelsen mot A var utferdiget 12. desember 2006. Post I gjaldt straffeloven § 275 første og annet ledd, jf. § 276 om grov økonomisk utroskap. Av betydning i vår sak var post II, som omhandlet flere overtredelser av ligningsloven § 12-2 nr. 1 og 2, jf. § 12-1 nr. 1a. Grunnlaget var at A i selvangivelsene for inntektsårene 1996–2002 og 2004–2005 hadde unnlatt å oppgi formuesverdier i innenlandske og/eller utenlandske virksomheter. Det ble senere utferdiget tilleggssiktelse 4. mars 2010, samt tiltalebeslutning 19. oktober 2010.
- (4) I brev 17. januar 2011 til politiet opplyste Petrolia ASA på vegne av de 15 selskapene at de ikke ville etterkomme anmodningen om utlevering av regnskapsmaterialet. De reservert seg mot den forutsetning som lå til grunn, dvs. at A hadde eierinteresse i noen av de utenlandske selskapene, eller at det forelå interessefellesskap eller annet forretningsmessig samarbeid. Under enhver omstendighet var utleveringen ikke egnet til å «konstruere en proforma-balanse for (og derigjennom verdsettelse av) de aktuelle utenlandske selskaper». Videre uttalte selskapene:
«Da Hordaland politidistrikt heller ikke har kunnet avskrive at opplysninger i utlevert regnskapsmateriale kan bli benyttet til andre formål enn det oppgitte, herunder igangsettelse av etterforskning mot disse selskapene, finner vi ikke å kunne utlevere materialet uten at det foreligger en rettslig kjennelse til grunn for utleveringspålegget. Med den reservasjon politiet har tatt må det også minne om selvinkrimineringsvernet etter EMK.»
- (5) Av politiets begjæring om utleveringspålegg, datert 21. januar 2011, fremgikk det blant annet:
«Sakens opplysninger gir sterke holdepunkter for at A direkte eller indirekte eier vesentlige andeler av aksjene/formuesverdiene i flere utenlandske selskap. For å beregne en likningsmessig verdi av disse posisjonene har politiet innhentet dokumentasjon fra blant annet selskapenes forretningsfører (service provider) i utlandet. Denne dokumentasjonen viser at flere av de utenlandske selskapene har, har hatt eller kan ha omfattende og langvarige økonomiske mellomværende med de norske selskapene som utleveringsbegjæringen er rettet mot. Mellom de utenlandske og norske selskapene foreligger felles eierinteresser og/eller annet interessefellesskap eller annet forretningsmessig samarbeid. Hvordan de norske selskapene har registrert og vurdert mellomværende med de utenlandske selskap i sine regnskap er derfor av betydning for beregning av likningsverdier og derved sakens opplysning. På grunn av de aktuelle eier- og interesseforhold er opplysninger fra de norske selskapene et naturlig supplement til det som er registrert i de utenlandske selskapene. Saken består av ca 100 000 dokumenter. Det vil derfor føre for langt å gå inn på en nærmere redegjørelse for eierforhold, interessefellesskap og forretningsmessig samarbeid. Vedlagt er imidlertid et eierkart utarbeidet av ... service provider for flere av de utenlandske selskapene ... »
- (6) I medhold av straffeprosessloven § 210, jf. § 203 og § 204 påla Bergen tingrett 1. februar 2011 de 15 selskapene å utlevere saldobalanse, spesifisert hovedbok og fullstendig reskontro til politiet. Etter rettens syn måtte opplysningene antas å ha betydning som bevis i straffesaken mot A, og det forelå vitneplikt. Politiets manglende forsikring om at opplysningene ikke kunne bli benyttet til andre formål enn etterforskning i saken, var ikke til hinder for utleveringspålegg. Selvinkrimineringsforbudet i EMK artikkel 6 kunne ikke påberopes av selskapene.
- (7) Selskapene anket til Gulating lagmannsrett, som 24. februar 2011 avsa kjennelse (LG-2011-21909) med slik slutning:
« For selskapet Time Critical Petroleum Resources AS tas begjæringen om utlevering av dokumenter ikke til følge.
Anken forkastes for så vidt gjelder de øvrige selskapene.»
- (8) Lagmannsretten fant i likhet med tingretten at regnskapsmaterialet hadde betydning som bevis.

Utleveringsbegjæringen ble forkastet for det ene selskapet fordi dokumentene i sin helhet falt utenfor det tidsrom da de straffbare forhold ifølge siktelsen var begått. Etter lagmannsrettens syn var selskapene ikke av en slik art at de falt inn under vernet mot selvinkriminering i artikkel 6.

- (9) Selskapene anket over saksbehandlingen og rettsanvendelsen til Høyesteretts ankeutvalg, som 30. mars 2011 besluttet at ankesaken i sin helhet skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd annet punktum.
- (10) De ankende parter – *Petrolia ASA mfl.* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (11) Vilkårene for utleveringspålegg etter straffeprosessloven § 210 er ikke oppfylt. Regnskapsmaterialet gjelder tidsrom som i det vesentlige ligger utenfor de år siktelsen mot A viser til. Det er heller ikke rimelig grunn til å anta at de etterspurte opplysninger er egnet til å belyse siktelsen mot ham. Politiets påstand om at det foreligger interessefelleskap er ikke konkretisert og bygger på informasjon som ikke er gjort kjent for selskapene. Dette strider mot kontradiksjonsprinsippet, slik at det foreligger en saksbehandlingsfeil. Begjæringen skulle ikke bare vært avslått for ett selskap, siden andre foretak er i tilsvarende stilling. Lagmannsretten skulle også ha drøftet § 123 om fritak for vitneplikt.
- (12) Etter selskapenes syn må politiet forstås slik at det kan bli aktuelt å sikte selskapene på grunnlag av de opplysninger som nå kreves utlevert. Selskapene risikerer foretaksstraff. En plikt til å utlevere regnskapsmaterialet strider mot selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6. At denne beskyttelsen kan påberopes av juridiske personer, følger av konvensjonspraksis og reelle hensyn. Lagmannsrettens sontring mellom hjemmebaserte og andre selskaper er uholdbar.
- (13) *Petrolia ASA mfl.* har nedlagt slik påstand:
- «1. Politiets begjæring om utleveringspålegg tas ikke til følge.
 2. Gulating lagmannsretts kjennelse av 24 februar 2011 oppheves.
 3. De ankende parter tilkjennes sakens omkostninger.»
- (14) *Påtalemyndigheten* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (15) Lagmannsretten har tolket straffeprosessloven § 210 riktig. Det regnskapsmateriale som kreves utlevert, har verdi som bevis i straffesaken mot A, og selskapene har vitneplikt. Lagmannsretten hadde et tilstrekkelig faktisk grunnlag til å ta stilling til begjæringen om utleveringspålegg, basert på politiets fremstilling. Kontradiksjonsprinsippet er ikke krenket. Det er ingen feil at begjæringen kun ble avslått overfor ett selskap.
- (16) Vernet mot selvinkriminering gjelder ikke for juridiske personer. Straffeprosessloven § 123 kommer ikke til anvendelse, og bestemmelsen gir under ingen omstendighet grunnlag for å frita for vitneplikt. Verken konvensjonspraksis eller reelle hensyn tilsier at EMK artikkel 6 (1) kan påberopes av selskaper. Bestemmelsens grunnvilkår om at det må foreligge «criminal charge» er ikke oppfylt. Det foreligger heller ikke selvinkriminering i bestemmelsens forstand, slik at artikkel 6 i alle fall ikke er krenket. Praksis fra andre land taler for at juridiske personer ikke kan påberope seg et selvinkrimineringsvern.
- (17) *Påtalemyndigheten* har nedlagt slik påstand:
- «Ankene forkastes.»
- (18) **Mitt syn på saken:**
- (19) Anken er en videre anke, hvor kompetansen etter straffeprosessloven § 388 er begrenset til å gjelde den generelle lovtolkning og saksbehandling. Dersom det er nødvendig for å foreta en

fullstendig og effektiv prøvelse av forholdet til EMK, har Høyesterett i forhold til de identiske regler i tvangsfullbyrdelsesloven § 2-12 og tvisteloven § 30-6 fastslått at utvalget også kan prøve den konkrete subsumsjon, men ikke lagmannsrettens bevisbedømmelse, jf. blant annet Rt-2007-404 avsnitt 40, jf. avsnitt 88, Rt-2007-459 avsnitt 18 og kjennelse 1. april 2011 (HR-2011-696-U).

- (20) I vår sak er det sentrale spørsmål om juridiske personer har vern mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6. Dette er et generelt lovtolkningsspørsmål som Høyesterett kan prøve. Dersom lagmannsrettens tolkning er uriktig, vil resultatet måtte bli opphevelse. Jeg tilføyer at lagmannsretten ikke har vurdert om det forelå en «criminal charge» mot selskapet. Dette kommer jeg noe tilbake til.
- (21) *Vernet mot selvinkriminering*
- (22) Vernet mot selvinkriminering er ikke uttrykkelig fastslått i EMK, men følger i henhold til konvensjonspraksis av det alminnelige kravet til rettferdig rettergang – «fair trial» – i artikkel 6 nr. 1.
- (23) Om dette uttaler lagmannsretten:
«Lagmannsretten bemerker at grensene for selvinkrimineringsvernet ikke fremstår som helt klare. Det legges til grunn at hensynet til private borgere er i kjerneområdet for regelen, uten at det helt utelukkes at vernet også kan påberopes av selskaper. Det antas at det da først og fremst vil omfatte hjemmebaserte selskaper hvor det er en nær tilknytning mellom fysisk person og juridisk person, i motsetning til aksjeselskaper som eies av andre selskaper, helt eller delvis, eller som er åpne for krets av investorer. Rettspraksis i tilknytning til EMK art. 8 kan tale for et slik syn. Lagmannsretten viser ellers til det tingretten har uttalt om dette og henvisningen til Ørnulf Øyens bok om temaet som tingretten har vist til. Selv om lagmannsretten ikke kategorisk avviser at juridiske personer kan omfattes av selvinkrimineringsvernet, finner lagmannsretten ikke at det foreligger hensyn eller omstendigheter som tilsier at selskap av den art som de ankende parter må anses å være, faller inn under vernet mot selvinkriminering.»
- (24) Lagmannsrettens syn var at et eventuelt vern mot selvinkriminering måtte bygge på artikkel 6 nr. 1, og at juridiske personer som hovedregel ikke har slik beskyttelse etter denne bestemmelsen. Det kunne likevel tenkes unntak, særlig for hjemmebaserte selskaper. Jeg behandler først spørsmålet om artikkel 6 kan påberopes av juridiske personer.
- (25) *Gjelder selvinkrimineringsvernet for juridiske personer?*
- (26) EMK artikkel 1 fastslår at statene skal sikre konvensjonsrettighetene for «enhver» – «everyone» – innen sitt myndighetsområde. Med utgangspunkt i denne bestemmelsen er det vanlig å hevde at beskyttelsen etter konvensjonen gjelder både fysiske og juridiske personer, jf. for eksempel Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere, 3. utg. 2010, side 45. Dette er likevel bare et generelt utgangspunkt. Enkelte konvensjonsrettigheter er ikke aktuelle for andre enn enkeltpersoner, for eksempel vernet i artikkel 3 mot tortur og umenneskelig behandling mv., jf. Kjølbro side 204.
- (27) For ordens skyld nevner jeg at utgangspunktet er et annet ved FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), hvor det følger av praksis at bare fysiske personer kan klage etter tilleggsprotokollen om klagerett. I det følgende behandler jeg ikke selvinkrimineringsforbudet i SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g.
- (28) Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har avsagt mange dommer om juridiske personers rettigheter, blant annet i saker om ytringsfrihet og eiendomsrett. Det foreligger også flere slike

avgjørelser vedrørende EMK artikkel 6 om rettferdig rettergang. Ingen av dem har fastslått uttrykkelig at vernet mot selvinkriminering gjelder for juridiske personer. Jeg ser først på praksis etter denne bestemmelsen.

- (29) I saken Fortum Oil and Gaz Oy mot Finland anførte klageren, et aksjeselskap, at rettergangen for den høyeste forvaltningsdomstolen var i strid med artikkel 6. Bakgrunnen var at selskapet ikke hadde mottatt dokumenter som gjaldt beskyldninger om at det hadde misbrukt sin markedsposisjon. For EMD var det ikke omstridt at selskapet hadde partsstilling som «offer», jf. EMK artikkel 34. Saken ble antatt til behandling 12. november 2002, og i denne avgjørelsen heter det blant annet:
- «The Court has already assumed that Article 6 applies to legal persons in the same way as it does to individuals and that a company may be regarded as having been 'charged with a criminal offence', within the autonomous meaning of that expression for the purposes of Article 6».
- (30) Her fastslås det generelt at fysiske og juridiske personer har samme beskyttelse etter artikkel 6, noe som ikke var omstridt i saken. Men saken gjaldt kontradiksjonsprinsippet, ikke selvinkriminering, og den siterte uttalelsen fremkom som ledd i begrunnelsen for at en annen av klagerens anførsler – om retten til overprøving ved en domstol etter syvende tilleggsprotokoll artikkel 2 – var åpenbart uholdbar og derfor måtte avvises.
- (31) I saken Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige (EMD-1997-36985) var klagerne henholdsvis et aksjeselskap og dets direktør. Begge var ilagt tilleggsatt, som falt inn under begrepet «criminal charge» i artikkel 6. I dom 21. mai 2003 kom EMD til at den nasjonale saksbehandlingen krenket retten til domstolsprøving («access to court») og til rettergang innen rimelig tid. Derimot var en legalpresumsjon i den svenske skatteloven ikke i strid med uskyldpresumsjonen, siden den ikke påla skattyterne en uforholdsmessig bevisbyrde.
- (32) Heller ikke i denne saken var det omstridt at selskapet kunne påberope seg artikkel 6. Det er også av interesse at uskyldpresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 i samsvar med praksis ble ansett som en del av retten til rettferdig rettergang i nr. 1, jf. dommens avsnitt 108 med henvisninger. Alle tre klagegrunner falt dermed inn under artikkel 6 nr. 1 – den samme bestemmelsen som selvinkrimineringsprinsippet forankres i.
- (33) Etter konvensjonspraksis gjelder dermed artikkel 6 nr. 1 i alle fall som et utgangspunkt også for juridiske personer. Det er ikke holdepunkter for at vernet mot selvinkriminering står i en særstilling. Og praksis etter denne bestemmelsen gir heller ikke grunnlag for å sondre mellom hjemmebaserte og andre selskaper.
- (34) Som et argument for denne sontringen viste lagmannsretten som nevnt til artikkel 8 om at enhver har rett til respekt for sitt «hjem». Begrepet er med støtte i den franske tekst («domicile») tolket utvidende, slik at ikke bare privatboliger omfattes. I Chappell mot UK (EMD-1983-10461) ble artikkel 8 anvendt på husundersøkelser i en videoforhandlers hjem, som også var selskapets forretningsadresse, jf. dom 30. mars 1989 avsnitt 26 og 63. Og i Niemietz mot Tyskland (EMD-1988-13710), som gjaldt et beslag som var foretatt på et advokatkontor, uttalte Domstolen at det ikke er noen klar grense mellom hjem og kontoradresse. Erversvirksomhet kan skje med basis i hjemmet, mens privat virksomhet kan foregå på kontoradresser, jf. dom 16. desember 1992 avsnitt 30.
- (35) En annen tilnærming ble valgt i EMDs dom 16. juli 2002 i saken Société Colas Est mfl. mot Frankrike (EMD-1997-37971), som gjaldt undersøkelse og beslag av flere tusen dokumenter i 56 selskaper. Domstolen fremhevet at det dreide seg om juridiske personer, viste til Chappell- og Niemietz-dommene, og uttalte så i avsnitt 41:
- «Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that

the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises.»

- (36) EMD forlot dermed synspunktet om at sammenhengen mellom hjem og ervervsliv var grunnlaget for at artikkel 8 kunne påberopes av selskaper. At bestemmelsen under visse omstendigheter er anvendelig i forhold til juridiske personers lokaler, er opprettholdt i senere praksis, jf. dom 16. januar 2008 i saken Wieser og Bicos Beteiligungen GmbH mot Østerrike (EMD-2001-74336) om husundersøkelse og beslag. Domstolen tiller det ikke noen betydning at den ene av klagerne var advokat, mens den andre var en juridisk person, jf. avsnitt 44-45.
- (37) På denne bakgrunn kan det fastslås at lagmannsrettens sondring mellom hjemmebaserte og andre selskaper verken har støtte i artikkel 6 eller artikkel 8.
- (38) Ved den videre vurdering etter artikkel 6 er det naturlig å se hen til hvilke hensyn vernet mot selvinkriminering skal ivareta. I storkammerdommen 17. desember 1996 i saken Saunders mot UK (EMD-1991-19187) avsnitt 68 har Domstolen beskrevet dem slik:
 «The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 ... The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention.»
- (39) Senere rettspraksis har holdt fast ved disse formuleringer, jf. dom 1. juni 2010 i saken Gäfgen mot Tyskland EMD-2005-22978-2 avsnitt 168 med henvisninger.
- (40) I det siterte avsnittet fra Saunders-saken peker EMD på at retten til å forholde seg taus og til ikke å inkriminere seg selv, ligger innenfor kjerneområdet i begrepet rettferdig rettergang i artikkel 6, og at disse rettighetene har til formål å unngå rettsfornektelse og å ivareta de hensyn bestemmelsen mer allment skal ivareta. Videre fremhever Domstolen den nære sammenheng med uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2. Denne regelen er – som nevnt i min omtale av Västbergasaken – anvendelig i forhold til selskaper. Etter mitt syn er disse generelle rettssikkerhetshensyn et sterkt argument for at også juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering når de risikerer foretaksstraff. En domfellelse kan ha inngrepene konsekvenser for dem. Da bør de også ha beskyttelsen mot selvinkriminering.
- (41) EMD viser også til at disse hensynene blant annet er begrunnet i et ønske om å beskytte siktede mot uakseptabel tvang, og at beskyttelsen mot selvinkriminering særlig forutsetter at påtalemyndigheten ikke kan oppfylle sin bevisbyrde ved å ty til bevis som er fremskaffet ved tvang eller undertrykkelse i strid med siktedes vilje. Siden et selskap som sådan ikke har noen vilje, kan disse formuleringene trekke i retning av at vernet tar sikte på fysiske, ikke juridiske personer. Jeg kan ikke se at dette kan være avgjørende.
- (42) For det første taler som nevnt generelle rettssikkerhetshensyn for at også juridiske personer er beskyttet. Dernest vil det i praksis alltid være enkeltpersoner som treffer beslutninger og handler på selskapets vegne. Det kan hevdes at den tvang selskapsrepresentantene utsettes for når en strafforfølgning rettes mot selskapet, er markert forskjellig fra den tvang en fysisk person utsettes for når strafforfølgningen gjelder ham personlig. Men selv om straff som rammer foretaket kan

ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om enn gradsforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridiske personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering. Selskapsrepresentantene vil i mange tilfelle kunne være i en tvangssituasjon som gjør det naturlig å identifisere dem med selskapet. Et av hensynene bak foretaksstraff er nettopp å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet, jf. Ot.prp.nr.27 (1990–1991) side 6.

- (43) Også EU-domstolen har hatt saker om selvinkriminering. I dom 18. oktober 1989 i sak 374/87 Orkem mot Kommissjonen (C-374/87) var EMK påberopt, men ble kun kort berørt. Deretter heter det:
- «34. Accordingly, whilst the Commission is entitled, in order to preserve the useful effect of Article 11 (2) and (5) of Regulation No 17, to compel an undertaking to provide all necessary information concerning such facts as may be known to it and to disclose to it, if necessary, such documents relating thereto as are in its possession, even if the latter may be used to establish, against it or another undertaking, the existence of anti-competitive conduct, it may not, by means of a decision calling for information, undermine the rights of defence of the undertaking concerned.
35. Thus, the Commission may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove.»
- (44) Formuleringen i avsnitt 35 er gjentatt i dom 25. januar 2007 i sak C-407/04 P Dalmine SpA mot Kommissjonen.
- (45) I disse to sakene, som gjelder konkurranserett, er vernet mot selvinkriminering forankret i kontradiksjonsprinsippet, som er en grunnleggende fellesskapsrettslig rettighet. Det er dessuten begrenset til pålegg om å gi opplysninger som innebærer en erkjennelse («admission») av at straffbart forhold foreligger. Beskyttelsen etter EMK rekker derfor videre.
- (46) I dom 15. oktober 2002 i sak C-238/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij mfl. mot Kommissjonen foretok EU-domstolen en nærmere drøftelse av beskyttelsen mot selvinkriminering i lys av EMD-praksis. Dommen forutsetter at artikkel 6 omfatter juridiske personer, men dette spørsmålet var ikke reist som noe problem.
- (47) EU-domstolen har følgelig lagt til grunn at prinsippet om selvinkriminering kan påberopes av juridiske personer, og forutsatt at EMK artikkel 6 kommer til anvendelse. Dette har etter min oppfatning betydelig vekt.
- (48) For Høyesterett er det fremlagt rettspraksis fra de øverste rettsinstanser i USA, Canada, Australia og Tyskland. Deres konklusjon er at vernet mot selvinkriminering ikke gjelder for selskaper, særlig fordi det tar sikte på å unngå tvang mot enkeltpersoner i strid med deres vilje, jf. hva jeg foran har sagt om dette. Drøftelsene er forankret i nasjonal grunnlov og lovgivning. De inneholder ingen drøftelse av EMK artikkel 6 og den praksis fra EMD som jeg har redegjort for, og har derfor mindre betydning. Den mest omfattende av avgjørelsene, Environment Protection Authority mot Caltex Refining Co Pty Ltd fra 1993, ble avsagt av australsk høyesterett under dissens og viser at gjeldende rett varierer fra land til land. Blant annet fremgår det at engelske domstoler har lagt til grunn at selskaper er vernet mot selvinkriminering.
- (49) Jeg nevner ellers at det i forbindelse med norske lovrevisjoner har vært antatt at EMK gir juridiske personer vern mot selvinkriminering. I NOU 2003:15 side 191 var sanksjonslovutvalgets syn at dette i hvert fall i noen grad vil være situasjonen. Utvalget foreslo for sin del at det burde inntas en bestemmelse om selvinkriminering i forvaltningsloven. Forslaget, som omfattet juridiske personer, er ikke fulgt opp.
- (50) I NOU 2003:12 side 186 var konkurranselovutvalgets utgangspunkt at alle rettighetene etter

artikkel 6 som utgangspunkt også gjelder for foretak, men at det hersket noe tvil om selvinkrimineringsvernet på grunn av den tilknytning EMD har påpekt mellom denne beskyttelsen og respekten for personens vilje, jf. foran. Utvalgets flertall foreslo en lovbestemmelse som ville gi vern med grunnlag i EU-domstolens praksis, jf. foran, mens et mindretall var uenig i en slik tilknytning. I Ot.prp.nr.6 (2003–2004) side 146 sluttet Arbeids- og administrasjonsdepartementet seg til mindretallets syn, og foreslo at vernet ved håndhevelsen av de norske bestemmelsene skulle være knyttet til EMK og EMD. Selv om omfanget av selvinkrimineringsvernet for foretak var usikkert, var det etter departementets oppfatning sannsynlig at det eksisterer et visst vern.

- (51) I teorien er den vanligste oppfatning at artikkel 6 nr. 1 gjelder generelt, se for eksempel Emberland, *The Human Rights of Companies*, 2006, side 110. To norske fremstillinger drøfter selvinkriminering særskilt. Ørnulf Øyen: *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, 2010, heller til at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i forhold til juridiske personer, se særlig sammenfatningen på side 369. Frode Elgesem og Henning Rosenlund Wahlen, *Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen*, inntatt i *Tidsskrift for forretningsjus*, 2010, side 59 flg., kommer til motsatt resultat.
- (52) Når jeg etter dette skal sammenfatte rettsstillingen, må utgangspunktet være at artikkel 6 ikke bare gjelder for enkeltpersoner, men også for juridiske personer, med mindre det foreligger holdepunkter for å gjøre unntak. Det gjør det ikke her. Tvert om foreligger flere uttalelser fra EMD som tyder på at selskaper omfattes av vernet mot selvinkriminering. Og de generelle rettssikkerhetshensyn artikkel 6 hviler på, trekker som nevnt i samme retning.
- (53) Det er nok så at det ikke foreligger noen uttrykkelig avgjørelse fra Domstolen som fastslår at selvinkrimineringsvernet også gjelder for juridiske personer. Høyesterett har fastslått at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen, jf. Rt-2000-996 på side 1007-1008 og Rt-2005-833 avsnitt 45 med henvisninger. I vår sak dreier det seg imidlertid om å tolke konvensjonsteksten i lys av formålet og EMDs praksis. Det tolkningsresultatet jeg er kommet frem til, fremstår etter mitt syn som rimelig klart hensett til det samlede rettskildebilde og er ikke utslag av en dynamisk tolking.
- (54) Min konklusjon er dermed at juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering etter EMK. Lagmannsrettens avgjørelse må derfor oppheves på grunn av uriktig lovtolkning.
- (55) *Selvinkrimineringsvernets materielle rekkevidde*
- (56) Av hensyn til den videre behandling av saken tilføyer jeg at spørsmålet om artikkel 6 er anvendelig, som jeg hittil har sett på, ikke kan sees uavhengig av hvor langt det materielle inkrimineringsvern rekker, dvs. om bestemmelsen er krenket. Ved den siste vurderingen vil det kunne ha betydning om det er et selskap eller en enkeltperson som er rettighetshaver.
- (57) Jeg nevner her at det er sikker rett at omfanget av beskyttelsen etter artikkel 6 avhenger av de konkrete omstendigheter. I EMDs dom 29. juni 2007 i saken O'Halloran og Francis mot UK (EMD-2002-15809) heter det i avsnitt 53:
 «While the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case.»
- (58) Dette hovedsynspunktet er også anvendt i forhold til selvinkrimineringsvernet. I dom 11. juli 2006 i saken Jalloh mot Tyskland (EMD-2000-54810) uttales det i avsnitt 117:
 «In order to determine whether the applicant's right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of

any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.»

- (59) Illustrerende er ellers en bemerkning i Colas Est-saken, som jeg allerede har nevnt (EMD-1997-37971). Ved vurderingen av hva som kunne anses som nødvendig i et demokratisk samfunn etter artikkel 8 nr. 2, antydte Domstolen at det ikke kunne utelukkes at en stat kan ha mer vidtgående handlefrihet når det gjelder juridiske personers forretningslokaler enn ellers.
- (60) Vår sak dreier seg ikke om å fremtvinge noen forklaring fra de 15 selskapene, men gjelder pålegg om at de skal utlevere regnskapsmateriale. Disse dokumentene – saldobalanse, spesifisert hovedbok og reskontro – er realbevis som eksisterer uavhengig av selskapenes vilje. Det er på det rene at terskelen for at fremtvingelse eller bruk av slike bevis skal rammes av selvinkrimineringsvernet, er relativt høy. Jeg viser til Rt-2007-932 avsnitt 21, 25 og 34, samt til avgjørelse 1. april 2011 fra Høyesteretts ankeutvalg (HR-2011-696-U) avsnitt 35.
- (61) Domstolen har ellers sett hen til omfanget av de opplysninger som kreves. I den nevnte dommen i saken O'Halloran og Francis mot UK (EMD-2002-15809), ble det lagt vekt på at det ikke dreide seg om en vidtgående begjæring om å fremlegge uspesifiserte dokumenter. Jeg viser til avsnitt 58 i dommen med oversikt over praksis.
- (62) *Er selskapene «charged» etter artikkel 6 nr. 1?*
- (63) Siden lagmannsretten avgjorde saken på det grunnlag at juridiske personer ikke kan påberope seg vernet mot selvinkriminering, tok retten ikke standpunkt til grunnvilkåret om at det må foreligge en «criminal charge» etter artikkel 6. I lys av det resultat jeg er kommet til, vil lagmannsretten måtte vurdere dette vilkåret ved en ny behandling.
- (64) Selskapene er ikke siktet, men anfører at de risikerer medvirkningsansvar, eventuelt ansvar etter ligningsloven kapittel 6. Begrunnelsen er at påtalemyndigheten gjør gjeldende at As utenlandske selskaper skal ha hatt ulike former for interessefelleskap med de norske selskapene, og ikke har villet avskrive at opplysningene i regnskapsmateriale kan bli benyttet til andre formål enn de oppgitte. Det er på denne bakgrunn at de påberoper seg vernet mot selvinkriminering.
- (65) I EMDs dom 8. april 2004 i saken Weh mot Østerrike (EMD-1997-38544) gis det en oversikt over to hovedgrupper av saker hvor det har oppstått spørsmål om krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Avsnitt 42 nevner bruk av tvang med sikte på å få opplysninger som eventuelt kan være inkriminerende i «anticipated criminal proceedings». Hvorvidt et slikt synspunkt er treffende i vår sak, vil blant annet måtte vurderes i lys av avsnitt 52-56 i Weh-dommen.
- (66) *Saksbehandlingen*
- (67) Lagmannsretten forkastet anken over tingrettens avgjørelse med unntak for Time Critical Petroleum Resources AS. Bakgrunnen var at begjæringen om utlevering av dokumenter fra dette selskapet gjaldt regnskapsmateriale fra 1. januar 2007 til 31. desember 2008, mens siktelsen av 12. desember 2006 omhandlet inntektsårene 1996–2002 og 2004–2005. Begjæringen gjaldt derfor dokumenter fra en periode som i sin helhet lå utenfor tidsrommet i siktelsen. Lagmannsretten kom ut fra dette til at påtalemyndigheten ikke hadde sannsynliggjort en rimelig mulighet for at dokumentene kunne ha bevisverdi. Begjæringen om utlevering av dokumenter ble ikke tatt til følge.
- (68) Selskapene har anført at det foreligger en saksbehandlingsfeil, siden også begjæringene for flere andre selskaper gjaldt perioder som i sin helhet ligger utenfor siktelsen. Dette er jeg enig i. Det er ikke mulig ut fra lagmannsrettens knappe begrunnelse å se hvorfor begjæringen ikke også ble

avslått for disse selskapene. Lagmannsrettens kjennelse må derfor også av denne grunn oppheves for disse.

- (69) Som en annen saksbehandlingsfeil har selskapene gjort gjeldende at lagmannsretten ikke ivaretok hensynet til kontradiksjon. Påstanden om interessefellesskap mellom de ulike selskapene bygget på informasjon som var tilgjengelig for politiet, men ikke ble gjort kjent for selskapene. Det anføres at dette gjorde det umulig å imøtegå politiets anførsel.
- (70) Til dette bemerkes at lagmannsretten – med unntak for Time Critical Petroleum Resources AS – sluttet seg til tingrettens vurdering av tilknytningen mellom selskapene og de utenlandske selskapene som var nevnt i siktelsen mot A. Tingrettens drøftelse var imidlertid kortfattet. Det ble vist til at de utenlandske selskapene omtalt i siktelsen «har hatt, eller kan ha omfattende og langvarig økonomisk mellomværende med de norske selskapene», samt til påtalemyndighetens redegjørelse i begjæringen av 21. januar 2011, som jeg tidligere har sitert. Det eneste grunnlag av faktisk art i begjæringen var et eierkart fra en «service provider» for flere av de utenlandske selskapene. Det dreier seg om en skisse på én side, som viser en rekke selskaper og forholdet mellom dem med eierangivelser.
- (71) Påtalemyndigheten har fremhevet at det er over 100 000 dokumenter i straffesaken mot A. Selv om ikke alle var av betydning for spørsmålet om utleveringspålegg, var derfor ytterligere skriftlig redegjørelse lite hensiktsmessig. Det måtte være opp til lagmannsretten å innkalle til muntlige forhandlinger. Den avgjorde imidlertid saken på det foreliggende grunnlag.
- (72) Jeg har forståelse for at det ikke var aktuelt å gjennomgå en svært omfattende dokumentmengde. Men lagmannsretten kunne for eksempel ha bedt om en kortfattet skriftlig redegjørelse eller ha innkalt til muntlige forhandlinger. Den fremgangsmåte som ble valgt, innebar reelt sett at verken retten eller selskapene hadde annet grunnlag enn kartet å forholde seg til. Påtalemyndighetens beskrivelse av interessefellesskapet mellom selskapene ble stående uimotsagt, uten mulighet for kontroll. Etter mitt syn var dette ikke et tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre begjæringen om utleveringspålegg. Også av denne grunn må lagmannsrettens avgjørelse oppheves.
- (73) Endelig har selskapene anført at lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil ved ikke å vurdere straffeprosessloven § 123. Etter denne bestemmelsen kan et vitne nekte å besvare spørsmål dersom svaret vil kunne utsette ham for straff. Selskapene anfører at dette også gjelder foretaksstraff, jf. straffeloven § 48a og § 48b.
- (74) I henhold til straffeprosessloven § 210 kan retten pålegge besitteren å utlevere ting som har betydning som bevis «såfremt han plikter å vitne i saken». Dette forbeholdet innebærer en henvisning til reglene om vitneplikt i lovens kapittel 10, blant annet § 123. Lagmannsretten viste til § 203 og § 204 om beslag i sin avgjørelse, men ikke til § 123.
- (75) Jeg bemerker først at § 123 om vitner er et utslag av vernet mot selvinkriminering i norsk rett. For mistenkte og siktede følger en tilsvarende beskyttelse av § 90, § 230 og § 232, samt straffeloven § 167.
- (76) Rettspraksis har ikke tatt standpunkt til om selskaper omfattes av § 123. Ordlyden gir ingen veiledning. Forarbeidene til lov 20. juli 1991 nr. 66, som tilføyde reglene om foretaksstraff i straffeloven, drøfter ikke spørsmålet. I NOU 1989:11 uttalte straffelovkommisjonen på side 30:
«Siden det er selve foretaket som anses som siktet, har ansatte og tillitsmenn i foretaket forklaringsplikt som vitne etter de vanlige regler i straffeprosessloven. Men vitnet kan nekte å svare på spørsmål når svaret kan medføre fare for straff eller tap av borgerlig aktelse for vitnet, jf strpl § 123 første ledd. Forklaringsplikten gjelder heller ikke når svaret ville røpe forretnings- eller driftshemmeligheter, jf strpl § 124 første ledd. Men etter denne bestemmelsens annet ledd kan retten likevel pålegge vitnet å

forklare seg. Det bør overlates til domstolene å avgjøre i hvilke tilfeller det kan være aktuelt.»

- (77) I Ot.prp.nr.27 (1990–1991) side 40 gjengav Justisdepartementet utvalgets syn og la til grunn at det ikke var påvist noe behov for å gi særskilte regler om vitneplikten i tilknytning til foretaksansvaret.
- (78) Forarbeidene synes dermed å forutsette at det er de ansatte som kan påberope seg § 123. Men det sies ikke uttrykkelig at selskaper ikke faller inn under bestemmelsen, og spørsmålet var ikke gjenstand for noen drøftelse.
- (79) I forbindelse med lovendringen om foretaksstraff ble det tilføyd en ny § 84a i straffeprosessloven. Bestemmelsen fastslår at selskapets partsrettigheter tilligger den person selskapet utpeker. Verken lovteksten eller forarbeidene til § 84a gir holdepunkter for slutninger om et foretak kan påberope seg § 123.
- (80) Situasjonen er følgelig at det etter norsk straffeprosess er uklart hvordan § 123 skal forstås. Det er da naturlig å tolke bestemmelsen på samme måte som EMK artikkel 6 nr. 1 om selvinkriminering, dvs. at selskaper omfattes av dette vernet. Den konkrete anvendelsen av § 123 må lagmannsretten ta stilling til ved en ny behandling.
- (81) Lagmannsrettens kjennelse må etter dette oppheves på grunn av uriktig lovtolkning og saksbehandlingsfeil.
- (82) Selskapene har krevet sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett etter analogi fra tvistelovens regler, jf. Rt-2010-1381 avsnitt 66 med videre henvisninger. De har vunnet saken og bør tilkjennes sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2. Det er lagt frem omkostningsoppgave for Høyesterett, hvor det kreves 133 500 kroner eksklusive merverdiavgift. Kravet tas til følge. For lagmannsretten kreves 24 000 kroner. Det er imidlertid ikke fremlagt omkostningsoppgave, og siden lagmannsretten avgjorde saken uten muntlig forhandling, er det høyeste beløp som kan tilkjennes 15 000 kroner, jf. tvisteloven § 20-5 fjerde ledd.
- (83) Jeg stemmer for denne kjennelse:
1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
 2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten ved Hordaland politidistrikt til Petrolia ASA, A Oil & Gas AS, Increased Oil Recovery AS, BLH AS, BUS AS – Bergen Underwater Services, B Holding AS, Independent Oil & Resources ASA, Norwegian Oil Company AS, Net AS, Petrolia Rigs AS, Petrolia Drilling II AS, Petrolia Services AS, DNO International ASA og Independent Oil Tools AS i fellesskap 148 500 – etthundreogfortiåttetusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.
- (84) Dommer **Bull**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (85) Dommer **Normann**: Likeså.
- (86) Dommar **Utgård**: Det same.
- (87) Justitiarius **Schei**: Likeså.
- (88) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

1. *Lagmannsrettens kjennelse oppheves.*
2. *I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler staten ved Hordaland politidistrikt til Petrolia ASA, A Oil & Gas AS, Increased Oil Recovery AS, BLH AS, BUS AS – Bergen Underwater Services, B Holding AS, Independent Oil & Resources ASA, Norwegian Oil Company AS, Net AS, Petrolia Rigs AS, Petrolia Drilling II AS, Petrolia Services AS, DNO International ASA og Independent Oil Tools AS i fellesskap 148 500 – etthundreogfortiåttetusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.*

Norges Høyesterett - Dom. - HR-2009-2259-A - Rt-2009-1526

Instans	Norges Høyesterett – Dom.
Dato	2009-12-01
Publisert	HR-2009-2259-A – Rt-2009-1526
Stikkord	Strafferett. Drapsforsøk. Bevis. Saksbehandling. Straffutmåling. Dommers habilitet.
Sammendrag	Saken gjaldt anke over lagmannsrettens saksbehandling og straffutmåling i sak om to forsøk på overlagt drap, jf. straffeloven § 233 første og annet ledd, jf. § 49 jf. § 62 første ledd. Ekstraordinær lagdommer som tidligere hadde vært dommer i straffesak hvor tiltalte var fornærmet var ikke inhabil. Lydopptak fra en forsoningssamtale i fengsel mellom fornærmede og tiltalte med fengselsprest til stede, ble ikke ansett som straffbart etter straffeloven § 145a, men ble ansett å være fremskaffet på utilbørlig måte i en samtale som var forutsatt å være konfidensiell. Etter en interesseavveining tilsvarende den som følger av tvisteloven § 22-7, kom Høyesterett til at opptakene likevel kunne avspilles på grunn av det straffbare forholdets alvorlige karakter. Straffen ble økt fra fengsel i 11 til 12 år.
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2008-26714 – Borgarting lagmannsrett LB-2008-90052 – Høyesterett HR-2009-2259-A, (sak nr. 2009/1169), straffesak, anke over dom.
Parter	B (advokat Erling O. Lyngtveit) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Svein Holden). II. Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Svein Holden) mot B (advokat Eling O. Lyngtveit).
Forfatter	Webster, Skoghøy, Endresen, Sverdrup, Gussgard.

-
- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder anke over lagmannsrettens saksbehandling og straffutmåling i sak om to forsøk på overlagt drap.
 - (2) Den 23. mars 2007 ble det gjennomført et planlagt drapsforsøk mot CG og D på Furuset i Oslo. CG og D hadde akkurat forlatt leiligheten hvor CG bor, for å dra på fotballtrening. Utenfor leiligheten kom gjerningsmannen mot dem, tok frem et skytevåpen og avfyrte fem fem eller seks skudd fra kort hold. Gjerningsmannen forlot stedet raskt og ble plukket opp av en ventende bil.
 - (3) D ble skutt gjennom munnen med skuddkanal nedover halsen til høyre krageben. Han fikk skader i tungen og tre tenner ble ødelagt. Skadene medførte et sykehusopphold på fem dager. Tungen hans har blitt kortere, og han har nedsatt førlighet. Kjeven er fortsatt nummen og han plages med nedsatt konsentrasjon.
 - (4) CG ble først truffet i armen, som han hadde løftet mot ansiktet for å verge seg. Han ble deretter truffet i mage og lyske da han flyktet fra gjerningsmannen. CG var innlagt på sykehus i seks dager og har fått nedsatt førlighet i underarmen og hånden. Skyteepisoden har også gjort ham redd.
 - (5) Lagmannsretten har lagt til grunn at drapsforsøkene var et ledd i rivaliseringen mellom to kriminelle miljøer i Osloområdet, «A-gjengen», som B tilhører, og «B-gjengen» som CG tilhører. Skuddene mot CG og D ble av lagmannsretten ansett å være en hevnaksjon etter at B ble skutt i bena på Aker brygge i 2006. Et medlem av «B-gjengen», I, er dømt til syv års fengsel for dette drapsforsøket.

- (6) Det ble tatt ut tiltale mot B og A i forbindelse med drapsforsøkene mot CG og D. Oslo tingrett frifant dem ved dom 30. april 2008 (TOSLO-2008-26714). De ble også frifunnet for oppreisningskravene fra de fornærmede.
- (7) Påtalemyndigheten anket over frifinnelsene.
- (8) Ved starten av ankeforhandlingen tok Bs forsvarer opp spørsmålet om ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsens habilitet. Borgarting lagmannsrett avsa kjennelse 5. mai 2009 om at Nielsen var habil.
- (9) Under ankeforhandlingene tilbød aktor bevis i form av avspilling av to lydopptak gjort i Oslo fengsel 18. september og 24. oktober 2008 av møter mellom domfelte og I, hvor også en fengselsprest var til stede. I hadde gjort opptakene på en MP3-spiller og verken B eller presten var klar over at opptakene ble gjort. Fra forsvarernes side ble opptakene begjært avskåret som bevis. Lagmannsretten avsa kjennelse 18. mai 2009 om at bevisene kunne føres.
- (10) Lagmannsretten avsa dom 3. juni 2009 (LB-2008-90052) med slik domsslutning:
«1. A, født 0.0.1979, frifinnes for forholdene i tiltalebeslutningens post I a, I b og II.
2. B, født 0.0.1979, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 233 første og annet ledd jf. § 49 jf. § 62 første ledd til en straff av fengsel i 11 – elleve – år. Til fradrag i straffen kommer 35 – trettifem – dager for utholdt varetekt.
3. A og B dømmes in solidum til å betale oppreisning til CG med 100 000 – etthundretusen – kroner innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.
4. A og B dømmes in solidum til å betale oppreisning til D med 125 000 – etthundreogtjuefemtusen – kroner innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.»
- (11) B har anket til Høyesterett over saksbehandlingen og straffutmålingen. A anket over det sivile kravet. Påtalemyndigheten har anket over straffutmålingen for B.
- (12) Ved Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse 10. juli 2009 (HR-2009-1464-U) ble As anke avvist. Bs anke ble tillatt fremmet, med unntak av en anførsel om at statsadvokat Holden er inhabil i saken. Også påtalemyndighetens anke ble tillatt fremmet.
- (13) **Jeg er kommet til** at påtalemyndighetens anke over straffutmålingen fører frem, mens Bs anke må forkastes.
- (14) *Ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsens habilitet*
- (15) Forsvareren har anført at lagmannsrettens dom med forhandlinger må oppheves fordi ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsen var inhabil, jf. domstoloven § 108 om at en dommer er inhabil når det foreligger særegne omstendigheter som er skikket til å svekke tillitten til hans uhildethet. Det skal tas særlig hensyn til om en part påberoper inhabilitet.
- (16) Bakgrunnen for anførselen er at Nielsen også var dommer i den nevnte Aker Brygge-saken mot I, der B var fornærmet. Fra denne saken kunne Nielsen ha dannet seg et ufordelaktig bilde av B, særlig fordi det i dommen ble lagt til grunn at B tilhørte «A-gjengen», noe B bestrider.
- (17) Lagmannsretten har i sin kjennelse lagt til grunn at det har betydning for Nielsens habilitet at skyldspørsmålet blir avgjort av lagretten, og at Nielsen ikke har innflytelse på rettens leders foredrag for lagretten. Dette kan etter min mening ikke tillegges vekt. Det fremgår av Rt-2008-

1466 avsnitt 29, der det vises til EMDs dom Ekeberg mfl. mot Norge 31. juli 2007 (EMD-2004-11106), at habilitetsvurderingen ikke er avhengig av dommerens konkrete rolle ved pådømmelsen. Det er dessuten slik at hvis det er rimelig tvil om skyld, har fagdommerne plikt til å sette til side lagrettens kjennelse om at tiltalte er skyldig, jf. Høyesteretts plenumsdom i Rt-2009-750 avsnitt 66.

- (18) Utgangspunktet er at en dommer ikke blir inhabil selv om han har behandlet en annen sak innenfor samme sakskompleks tidligere, se for eksempel Rt-1998-1467. Det kan tenkes unntak fra dette hvis dommeren har tatt stilling til forhold som er av sentral betydning for utfallet i den nye saken, jf. Rt-2008-1466 avsnitt 28 til 32. Jeg kan ikke se at det er tilfellet her. Det inntrykket Nielsen måtte ha fått av B i forbindelse med Aker Brygge-saken, har neppe vært sentralt for hans vurdering av utfallet i denne saken. Dommere, særlig ved mindre domstoler, vil ikke sjelden ha et inntrykk av tiltalte fra før, og hovedregelen er at dette ikke utgjør en inhabilitetsgrunn.
- (19) Min konklusjon er derfor at det ikke utgjør en saksbehandlingsfeil at ekstraordinær lagdommer Rolf Nielsen gjorde tjeneste som dommer i ankesaken.
- (20) *Avspilling av lydopptak fra samtalen mellom B, I og fengselspresten*
- (21) Jeg går så over til spørsmålet om det er en saksbehandlingsfeil at lydopptakene av samtalen mellom presten, B og I ble avspilt for lagmannsretten.
- (22) Fengselspresten hadde tatt initiativ til at B og I skulle møtes for å snakke om de to skyteepisodene. Samtalen var et ledd i et mer omfattende forsøk på å forsonne både de to og de kriminelle miljøene de to var medlemmer av. I sonet på det aktuelle tidspunktet straffen for Aker Brygge-saken, og samtalene fant sted i et av fengselets besøksrom. Det følger av fengselsreglementet at I ikke var berettiget til å ha MP3-spiller på cella. Det er også klart at forutsetningen for samtalen var at den skulle være konfidensiell. Samtalen som ble tatt opp, foregikk i det vesentlige mellom B og I. Fengselspresten bidro i liten grad, men var til stede hele tiden.
- (23) Forsvareren har anført at det er i strid med straffeprosessloven § 119 at opptakene ble avspilt i lagmannsretten. Den relevante delen av bestemmelsens første ledd lyder:
«Uten samtykke av den som har krav på hemmelighet, må retten ikke ta imot forklaring av prester (...) om noe som er betrodd dem i deres stilling.»
- (24) Forbudet i § 119 innebærer også at bevis om slike betrodde forhold heller ikke kan føres på annen måte, for eksempel ved at det blir fremlagt notater fra en slik samtale. Ellers ville bevisforbudet lett kunne bli uthulet, se for eksempel Rt-2004-1668, som gjelder tvistemålsloven. Problemstillingen er tilsvarende i straffeprosessen.
- (25) Hvis samtalene i dette tilfellet hadde funnet sted bare mellom presten og B, er jeg enig i at presten ville hatt forbud mot å forklare seg om innholdet i samtalene. Tilsvarende ville det ikke vært adgang til å avspille opptak av samtalene.
- (26) Straffeprosessloven § 119 første ledd pålegger imidlertid bare presten taushetsplikt. I har ikke taushetsplikt etter denne bestemmelsen. Partene er enige om at I var berettiget til å avgi vitneforklaring om samtalene. Når B betror seg til både presten og I, vil det med andre ord gjelde to forskjellige regler for deres rett til å viderefremme innholdet i betrodde samtaler. Jeg kan ikke se at prestens taushetsplikt etter § 119 «smitter» over på I. Dermed er det heller ikke i strid med bestemmelsen at I legger frem lydopptak fra samtalen.
- (27) Derimot er det grunn til å stille spørsmål om lydopptakene burde vært nektet avspilt fordi de er fremskaffet på utilbørlig måte. Som nevnt gjorde I opptakene under det som var forutsatt å være en konfidensiell samtale med prest til stede, og uten at B og presten var klar over at samtalen ble

tatt opp.

- (28) 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. I Rt-1991-616 ble et videoopptak avskåret fordi det var fremskaffet på ulovlig måte. Det er ikke omtvistet at opptaket I gjorde, ikke er ulovlig i den forstand at det er straffbart. Straffeloven § 145 a rammer bare opptak av samtaler man ikke selv deltar i. Av Rt-1997-795 følger det imidlertid at adgangen til å avskjære bevis også gjelder der beviset er skaffet på en lovlig, men likevel utilbørlig måte.
- (29) I tvisteloven er reglene som er utviklet gjennom rettspraksis, kodifisert i § 22-7. Bestemmelsen lyder:
- «Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.»
- (30) Om et utilbørlig frembrakt bevis skal avskjæres, beror på en avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse, jf. NOU 2001:32B side 961 «Rett på sak».
- (31) I vår sak er det ikke tvilsomt at opptakene er fremskaffet på en utilbørlig måte, og at de dermed *kan* avskjæres. I avveining av *om* opptakene likevel skal føres som bevis, vil jeg peke på at det er illojalt å gjøre bruk av opptak fra en samtale som var forutsatt å være konfidensiell. Det at presten var til stede og selv understreket at samtalen var underlagt taushetsplikt, forsterket preget av fortrolighet, slik at selv om forholdet ikke rammes av straffeprosessloven § 119, har hensynene bak bestemmelsen innvirkning på avveiningen. Videre kan den som gjør opptaket, styre samtalen for sine formål, slik at opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten. Det er dessuten mulig å forfalske/manipulere opptakene, noe som gjør det betenkelig å akseptere avspilling av slike hemmelige opptak.
- (32) På den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende. Jeg vil også peke på at betydningen av prestens tilstedeværelse ikke kan tillegges stor vekt i denne saken, ettersom de primære samtalepartene var B og I. På denne bakgrunn er jeg kommet til at det ikke er en saksbehandlingsfeil når lagmannsretten aksepterte at lydopptakene ble ført som bevis.
- (33) *Begrunnelsesplikt for bevisvurderingen*
- (34) I dom av 13. november 2009, HR-2009-2153-A, (sak nr. 2009/841), la Høyesterett til grunn at det følger av plenumsdommen i Rt-2009-750 at hensynet til etterprøvbarehet innebærer at springende punkter i bevisvurderingen under skyldspørsmålet må begrunnes selv om skyldspørsmålet er avgjort av en jury. Det heter i avsnitt 27 og 29:
- « (...) Jeg kan ikke se at det følger av avsnitt 75 og 76 [i plenumsdommen] at lagmannsretten i sin alminnelighet skal begrunne bevisvurderingen i lagrettens fallende kjennelse i skyldspørsmålet. Men en begrunnelse for skyldvurderingen må gis i de tilfellene hvor dette er nødvendig for å gi den domfelte og allmennheten et tilstrekkelig grunnlag for å etterprøve hvorfor han eller hun er kjent skyldig.
(...)
Ofte vil det fremgå uttrykkelig eller av sammenhengen hvilke bevis domfellelsen bygger på, og som regel vil det da ikke være nødvendig med noen ytterligere redegjørelse. I en del tilfeller vil det heller ikke være mulig å gi en presis forklaring – vurderingen av et vitnes troverdighet vil for eksempel ofte baseres på et inntrykk som har festnet seg over tid, hvor det kan være vanskelig å peke på en enkelt faktor som utslagsgivende. Men unntaksvis finnes det «et springende punkt» som kan beskrives og forklares, og etter min mening står vi overfor et slikt punkt i den foreliggende saken»

- (35) Det fremgår altså at det ikke er et generelt krav om begrunnelse for bevisvurderingen, men et krav om at springende punkter må begrunnes av lagmannsretten, dersom det er nødvendig for at domfellelsen skal kunne etterprøves.
- (36) Jeg kan ikke se at det foreligger slike punkter i vår sak. Leser man lagmannsrettens dom i sammenheng med tingrettens dom, fremkommer det at et sentralt forhold for utfallet av bevisvurderingen er at Bs alibi ikke holdt i lagmannsretten. Antakelig har også andre bevis, blant annet lydopptaket, hatt betydning for lagmannsrettens resultat. Disse bevisene er ikke drøftet i lagmannsrettsdommen. Likevel fremstår resultatet i lagmannsretten, sammenholdt med tingrettens dom, som etterprøvbart uten ytterligere begrunnelse, og dette er avgjørende for kravet til begrunnelse for bevisvurderingen.
- (37) Jeg er derfor kommet til at begrunnelse for bevisvurderingen under skyldspørsmålet i lagmannsrettens dom ikke lider av slike mangler at det er grunnlag for opphevelse.
- (38) *Straffutmålingen*
- (39) Som nevnt har både B og påtalemyndigheten anket over straffutmålingen, som lagmannsretten hadde satt til fengsel i 11 år.
- (40) Et relativt parallelt tilfelle til denne saken er Rt-2002-1451 hvor en mann ble dømt til fengsel i syv år og seks måneder for forsøk på overlagt drap. Dommen omfattet også noen andre mindre alvorlige forhold, men det fremgår av Høyesteretts begrunnelse at drapsforsøket var det dominerende elementet i straffutmålingen. På samme måte som i vår sak hadde drapsforsøket preg av henrettelse.
- (41) Siden 2002 har det vært en gradvis skjerping i straffutmålingen for grov vold, se for eksempel Høyesteretts storkammeravgjørelse av 13. november 2009, HR-2009-2136-S, (sak nr. 2009/1035), hvor det i avsnitt 9 heter:
«Straffenivået både for drap og for alvorlige legemskrenkelser er blitt skjerpet i de senere år, og denne utviklingen bør fortsette.»
- (42) Jeg legger til grunn at det riktige utgangspunktet for ett forsøk på overlagt drap av denne karakter i dag er 8 år.
- (43) For B skal det utmåles straff for to forsøk på overlagt drap, og straffeloven § 62 første ledd kommer til anvendelse. Han er også straffedømt flere ganger tidligere blant annet for ran, trusler og vold. Dette skal tas i betraktning ved straffutmålingen jf. straffeloven § 61. For øvrig viser jeg til lagmannsrettens betraktninger om skjerpende og formildende omstendigheter, som jeg slutter meg til. Jeg har kommet til at straffen for B passende kan settes til fengsel i 12 år.
- (44) Jeg stemmer for denne dom:
I lagmannsrettens dom gjøres den endring at straffen for B settes til fengsel i 12 – tolv – år. Til fradrag i straffen kommer 216 – tohundreogseksten – dager i utholdt varetekt.
- (45) Dommer **Skoghøy**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (46) Dommer **Endresen**: Likeså.
- (47) Kst. dommer **Sverdrup**: Likeså.

- (48) Dommer **Gussgard**: Likeså.
- (49) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

*I lagmannsrettens dom gjøres den endring at straffen for B settes til fengsel i 12 – tolv – år.
Til fradrag i straffen kommer 216 – tohundreogseksten – dager i utholdt varetekt.*

Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2006-815-A - Rt-2006-582

Instans	Norges Høyesterett – Kjennelse.
Dato	2006-05-15
Publisert	HR-2006-815-A – Rt-2006-582
Stikkord	Straffeprosess. Våpenloven. Ransaking. Strafferett. Straffutmåling.
Sammendrag	Saken gjaldt straffutmåling ved ulovlig besittelse av ladd pistol med videre, jf våpenloven § 33 første ledd 2. punktum. Et kjøretøy ble stoppet, da det var en logo på bilen som politiet knyttet til et ransmiljø. Deretter ble bilen og dens fører ransaket. Høyesterett slo fast at stansingen var lovlig etter vegtrafikkloven § 10, jf Rt-1980-1373. Ransakingen var derimot ulovlig, da det ikke var sannsynlig at den som ble ransaket hadde begått en kriminell handling som kunne medføre frihetsstraff, jf straffeprosessloven § 192 første ledd og § 195 første ledd og Rt-1993-1302. Dette medførte ikke at beviset skulle avskjæres, men domfelte hadde rett til effektivt botemiddel, jf EMK art 13. I den aktuelle saken var konstatering av krenkelse av EMK art 8 tilstrekkelig botemiddel. Straffen ble satt til fengsel i fem måneder.
Saksgang	Nedre Romerike tingrett TNERO-2004-97060 – Eidsivating lagmannsrett LE-2005-32296 – Høyesterett HR-2006-815-A, (sak nr. 2006/287), straffesak, anke.
Parter	A (advokat Joar Berg Henjum – til prøve) mot Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Lasse Qvigstad).
Forfatter	Matningsdal, Støle, Utgård, Tjomsland, Justitiarius Schei.

-
- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder straffutmålingen ved ulovlig besittelse av ladd pistol mv., jf. våpenloven § 33 første ledd andre punktum. Den reiser særlig spørsmål om det foreligger krenkelse av EMK artikkel 8 ved at det eventuelt er foretatt en ulovlig ransaking, og i tilfelle om det skal legges vekt på dette ved straffutmålingen, jf. EMK artikkel 13.
 - (2) Lørdag den 16. oktober 2004 kjørte to politibetjenter patrulje i Oslo. En gang i tidsrommet 18.00 til 19.00 ble de oppmerksom på en bil med merket «X Farvehandel». De bestemte seg for å stanse bilen, og brukte sirener. Årsaken til at de stanset bilen var at personer som angivelig tilhørte ransmiljøet hadde tilknytning til den aktuelle fargehandelen.
 - (3) Bilen ble ført av A, sønn av fargehandelens innehaver. Hans samboer var passasjer. Etter kort tid ble begge beordret ut av bilen og ransaket. Etterpå ble bilen ransaket hvor det i en veske som tilhørte samboeren ble funnet en pistol av merket Walther 32 PPK. Pistolen hadde en patron i kammeret som kunne avfyres etter at sikringen var løsnet. Magasinet var fullt, og A hadde i tillegg 14 patroner.
 - (4) A innrømmet straks at pistolen og ammunisjonen tilhørte ham. Han opplyste videre at pistolen og ammunisjonen var ervervet dagen før, idet han var utsatt for pengeinnkreving fra «B-gjengen». Denne pågangen skulle skyldes at A ble holdt økonomisk ansvarlig for et krav «B-gjengen» mente å ha mot en person med tilknytning til fargehandelen. Dette hadde ført til at A dagen før, etter å ha blitt oppsøkt av sju personer, tilkalte politiet som gjenkjente tre av dem som tilhørende «B-gjengen».

- (5) Da A tilstod forholdene, ble saken fremmet for Nedre Romerike tingrett for avsigelse av tilståelsesdom. Tingretten avsa den 27. januar 2005 dom med denne domsslutning:
«A, født 0.0.1977, dømmes for overtredelse av våpenloven § 33 første ledd, annet punktum, jf tredje ledd, jf § 27 b, annet ledd og våpenloven § 33 første ledd, annet punktum, jf tredje ledd, jf § 7 første ledd, jf § 8 første ledd til en straff av fengsel i 120 – etthundreogtjue – dager, jf. straffeloven § 62 første ledd.
Varetekt kommer til fradrag med 7 – syv – dager.
A, født 0.0.1977, dømmes til å tåle inndragning av Walther pistol 32 PPK, to Walther PPK magasin cal 7,65mm samt 14 patroner.»
- (6) Domsslutningen inneholder en feil ved at det også skulle ha vært vist til lovens § 33 første ledd andre punktum jf. tredje ledd jf. § 13 første ledd for det ulovlige ervervet av ammunisjon.
- (7) Både domfelte og påtalemyndigheten anket til Eidsivating lagmannsrett over tingrettens straffutmåling. Eidsivating lagmannsrett avsa den 11. januar 2006 dom (LE-2005-32296) med denne domsslutning:
«I tingrettens dom gjøres den endring at straffen settes til fengsel i 5 – fem – måneder.»
- (8) Det betydelige tidsforløpet mellom dommene skyldtes problemer med å få stevnet A til ankeforhandlingen.
- (9) A har anket lagmannsrettens straffutmåling til Høyesterett. Anken er primært begrunnet i at politiet ikke hadde hjemmel for å stanse bilen, og at ransakingen var ulovlig. Det siste representerer en krenkelse av EMK artikkel 8, og krenkelsen skulle i henhold til artikkel 13 ha medført at straffen ble redusert. Videre ble det anført at det ikke er gitt tilstrekkelig «tilståelsesrabatt», jf. straffeloven § 59 andre ledd.
- (10) Utenom anken er det anført at lagmannsretten skulle ha opphevet tingrettens dom, idet dommen som følge av de nevnte forhold er basert på et ulovlig ervervet bevis som ikke skulle ha vært tillatt ført.
- (11) **Jeg er kommet til** at anken ikke fører fram.
- (12) Det første spørsmålet er om politiet opptrådte ulovlig ved å stanse bilen for kontroll. Om årsaken til stansingen uttaler lagmannsretten, som konkluderte med at den var ulovlig:
«I vår sak er det ikke opplyst annet som grunn for å stanse bilen enn at personer med angivelig tilknytning til ransmiljøet, hadde tilknytning til X Farvehandel hvis logo bilen hadde.»
- (13) Vegtrafikkloven § 10 første ledd første punktum fastsetter at «[f]ører av kjøretøy skal straks stanse for kontroll når det kreves av politiet eller kontrollpersonell fra regionvegkontoret». Etter lovens ordlyd har altså politiet en generell adgang til å kreve at førere av kjøretøy skal stanse for kontroll.
- (14) Denne forståelsen er også lagt til grunn i Rt-1980-1373 hvor domfelte anførte at domfellelsen etter § 10 var uriktig, idet den ikke var begrunnet i at det var tale om trafikk kontroll, men om politietterforskning. Dette førte ikke fram, og førstvoterende uttalte (side 1375):
«Vanligvis vil nok formålet med politikontroll være hensynet til trafiksikkerheten, men jeg kan ikke se at rimelighet eller behovet for rettssikkerhet tilsier at § 10 gis en tolking som innskrenker politiets hjemmel til bare å gjelde for slike kontroller. Etter som kjøretøyer ofte spiller en viktig rolle ved de forskjellige lovovertrædelser, antar jeg tvert om at gode grunner taler for at § 10 anvendes i samsvar med ordlyden. Med en generell stansingshjemmel for politiet i veitrafikkloven vil det være helt klart for førere av kjøretøyer at de plikter å stanse når politiet krever det, og eventuelle misforståelser eller

uoverlagte handlinger kan derved bedre forebygges.

Av byrettens dom fremgår at bilen ble stanset fordi politiet 'ønsket å undersøke hva som foregikk i den'. Videre forstår jeg byretten slik at politiet hadde mistanke om ulovlig forhold. Jeg mener at politiet da hadde hjemmel for stansingen i veitrafikklovens § 10.»

- (15) Jeg finner ikke grunn til å fravike denne forståelsen – at § 10 må tolkes i samsvar med ordlyden. Det vises til at de pliktene som følger av § 10 er beskjedne ved at det normalt er tale om dokumentkontroll eller teknisk kontroll. Men som det fremgår avslutningsvis av sitatet, må stansingen være saklig begrunnet for å være lovlig. Også etterforskningsmessige hensyn kan gi et saklig grunnlag. Slike hensyn forelå her, og stansingen var lovlig etter vegtrafikkloven § 10.
- (16) Neste spørsmål er om ransakingen av A og bilen var i strid med EMK artikkel 8. I norsk oversettelse har bestemmelsen følgende ordlyd:
- «1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»
- (17) Under ankeforhandlingen ble det reist spørsmål om ransakingen av bilen og den personlige ransakingen ligger innenfor rammen av artikkel 8 (1). Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol, EMD, viser at artikkel 8 har et vidt anvendelsesområde. Dette illustreres av dommen av 16. april 2002 i saken Société Colas Est and others v. France, sak nr. 37971/97 (EMD-1997-37971), hvor forretningslokalene til et foretak var omfattet av artikkel 8. Det kan også vises til dommen av 25. september 2001 i saken P.G. and J.H v. The United Kingdom, sak nr. 44787/98 (EMD-1998-44787), hvor EMD kom til at hemmelig opptak i en fengselselle av stemmen til en innsatt ble omfattet av artikkel 8. Når denne praksis sammenholdes med vårt tilfelle hvor bilen ble brukt til et privat formål sammen med familie, er det ikke tvilsomt at artikkel 8 kommer til anvendelse.
- (18) Samtidig er det klart at en lovhjemlet ransaking for å avdekke ulovlige skytevåpen vil kunne medføre at unntaket i artikkel 8 (2) kommer til anvendelse. Spørsmålet er dermed om den aktuelle ransakingen var lovlig etter straffeprosessloven.
- (19) Både straffeprosessloven § 192 første ledd og § 195 første ledd krever at A med «skjellig grunn [kunne] mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff». Vilkåret «skjellig grunn» fremgår også av § 171 om pågrepelse og fengsling. I Rt-1993-1302 la kjæremålsutvalget til grunn at i forhold til § 171 kreves det at «det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det». Dette kravet om sannsynlighetsovervekt for skyld må også gjelde i forhold til § 192 og § 195.
- (20) I lagmannsretten forklarte den ene politibetjenten at ransakingen var begrunnet i at de så at A, som var nervøs, la noe fra seg mellom setene. Av denne grunn og fordi A var mistenkt for å ha forbindelse med ransmiljøet, bestemte de seg for å ransake bilen. Lagmannsretten kom til at den ikke kunne legge denne forklaringen til grunn, men at vurderingen måtte ta utgangspunkt i at ransakingen skyldtes As nervøsitet. Jeg må bygge på lagmannsrettens bevisbedømmelse, som er basert på umiddelbar bevisførsel. Når dette er tilfellet, er jeg enig med lagmannsretten i at ransakingen var ulovlig – noe aktor har sagt seg enig i.
- (21) Utenom anken er det som nevnt anført at lagmannsretten med hjemmel i straffeprosessloven § 342 andre ledd nr. 3 av eget tiltak skulle ha opphevet tingrettens dom, idet den bygger på et ulovlig ervervet bevis som ikke skulle ha vært tillatt ført. Da dommen er en tilståelsesdom, var det

aktuelle beviset As egen forklaring. Jeg forstår imidlertid den prinsipale anførselen slik at uten tilståelsen ville påtalemyndigheten ha blitt tvunget til å ta ut tiltale, og at retten som følge av den ulovlige ransakingen skulle ha avskåret vitneforklaringer fra politibetjentene om de funn som ble gjort.

- (22) Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres. I Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197 andre spalte uttales det at hovedregelen «bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte». Dette fikk tilslutning i Ot.prp.nr.35 (1978–1979) side 139. En treffende oppsummering av rettstilstanden er etter min mening gitt i Rt-1999-1269 hvor førstvoterende uttaler (side 1272):
- «Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795.»
- (23) Jeg kan ikke se at det ville innebære noen gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som skjedde ved ransakingen om politibetjentene hadde blitt gitt anledning til å forklare seg om hva de fant ved ransakingen. Det var tale om våpen og ammunisjon som A ulovlig var i besittelse av. Hadde politiet vært kjent med de faktiske forhold eller hatt et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke, ville det ha vært materiell hjemmel for å gjennomføre ransakingen. Vår sak atskiller seg dermed klart fra tilfeller hvor politiet ikke under noen omstendighet ville hatt adgang til beviset som f.eks. dersom man ved ransaking hos en lege har kommet i besittelse av dokumenter som omfattes av legens taushetsplikt.
- (24) Etter min mening er det klart at beviset heller ikke kunne vært avskåret på grunnlag av en interesseavveining. 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 et bevis kan føres selv om det knytter seg formelle feil til det. Og i vår sak ville som nevnt politiet hatt materiell hjemmel for ransaking dersom det var kjent med pistolen og ammunisjonen eller i alle fall hadde et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke. Saksforholdet er vesensforskjellig fra Rt-1991-616 hvor Høyesterett kom til at bevis innhentet ved hemmelig video-overvåking på arbeidsplassen ikke kunne tillates ført.
- (25) Selv om det ikke er anført, understreker jeg at det heller ikke hadde vært i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 å tillate politibetjentene å forklare seg. Jeg finner det tilstrekkelig å vise til EMDs dom av 12. mai 2000 i saken Khan v. The United Kingdom, sak nr. 35394/97 (EMD-1997-35394), hvor beviset var innhentet ved ulovlig romavlytting, men hvor dette likevel ikke medførte at bruken av det kom i strid med artikkel 6 nr. 1.
- (26) I vår sak bygger som kjent domfellelsen på As egen forklaring som var et resultat av de funn som ble gjort ved ransakingen. Jeg tilføyer at selv om politibetjentene hadde vært avskåret fra å forklare seg, kunne det ikke medføre at retten ikke skulle ha mottatt As uforbeholdne tilståelse, jf. Rt-1997-1778.
- (27) Neste spørsmål er om bruddet på EMK artikkel 8 skal begrunne redusert straff for å gi A et «effektivt botemiddel», jf. artikkel 13. Spørsmålet er nærmere bestemt om det er tilstrekkelig at domstolen konstaterer bruddet, eller om det kreves noe i tillegg. Når saksbehandlingstiden er så langvarig at det foreligger brudd på kravet i artikkel 6 nr. 1 om behandling innen «rimelig tid», er

det fast praksis for å kompensere dette ved redusert straff, jf. blant annet Rt-2005-1571 og Rt-2005-1574. Dette er i samsvar med EMDs storkammeravgjørelse av 26. oktober 2000 i saken Kudla v. Poland, sak nr. 30210/96 (EMD-1996-30210). I slike tilfeller har krenkelsen medført at straffeforfølgningen har blitt mer byrdefull for domfelte, og det er også i samsvar med langvarig norsk straffutmålingstradisjon at dette fører til redusert straff.

- (28) Dersom lagmannsretten i en sak hvor tiltalte er frifunnet for straff, likevel har tilkjent erstatning og/eller oppreisning, og i den sammenheng har brukt en formulering som krenker uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2, har derimot Høyesterett under henvisning til EMDs praksis lagt til grunn at det er tilstrekkelig å konstatere dette i Høyesteretts dom, jf. Rt-2003-1671.
- (29) I Rt-2001-428 kom det opp spørsmål om det i et tilfelle hvor det i en tilsettingssak var gitt opplysninger fra strafferegisteret som det ikke var adgang til å gi, var tilstrekkelig å konstatere krenkelsen av artikkel 8, eller om saksøkeren også måtte tilkjennes oppreisning. Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at saksøkeren hadde fått krenkelsen tilstrekkelig effektivt prøvd ved at bruddet ble konstatert.
- (30) Høyesterett bygger mao. på at det beror på en konkret vurdering om en konstatering av krenkelse gir et tilstrekkelig effektivt botemiddel. Som gjennomgangen foran viser, er dette i samsvar med EMDs praksis som viser at avgjørende er om krenkelsen blir «sufficiently compensated by the findings of violation of the Convention», jf. avsnitt 165 i Kudla-dommen. For så vidt gjelder krenkelse av artikkel 8 finnes det både eksempler på at det er tilkjent kompensasjon for ikke-økonomisk skade, og at en konstatering av krenkelse er funnet tilstrekkelig. I EMDs dom av 12. mai 2000 i saken Khan v. The United Kingdom, sak nr. 35394/97, hadde Khan blitt dømt for innførsel av narkotika til England. Beviset var innhentet ved romavlytting hos en kjenning hvor Khan under et besøk hadde opplyst om sin deltakelse i importen. Dette utgjorde krenkelse av artikkel 8, men bruken av beviset representerte ikke brudd på artikkel 6. I denne saken kom EMD til at «the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any damage which the applicant may have suffered», jf. avsnitt 49. I dommen av 25. september 2001 i saken P.G and J.H. v. The United Kingdom var det for det første utført ulovlig romavlytting hos klageren. Politiet hadde videre i hemmelighet tatt stemmeprobe av ham i fengselscellen. Begge deler utgjorde krenkelse av artikkel 8. Om kompensasjon for ikke-økonomisk skade uttalte EMD i avsnitt 92:
- «The Court recalls that the applicants' right to respect for private life was violated in several aspects and that they had no effective remedy under domestic law. It considers that the applicants must thereby have suffered some feelings of frustration and invasion of privacy which is not sufficiently compensated by a finding of violation. It therefore awards each applicant GBP 1,000.»
- (31) I vår sak er det etter mitt syn klart tilstrekkelig botemiddel at Høyesterett nå konstaterer at det har skjedd en krenkelse av artikkel 8. Som allerede nevnt er det tale om et inngrep som A ville ha vært nødt til å finne seg i dersom politiet hadde et bedre grunnlag for mistanken, og deretter hadde innhentet samtykke til ransakingen. På denne bakgrunn kan ikke den psykiske tilleggs påkjenningen ved at ransakingen var ulovlig ha vært særlig stor. Jeg viser også til at krenkelsen av artikkel 8 er langt mindre alvorlig enn i Khansaken, hvor det var oppnådd et bevis som politiet overhodet ikke hadde adgang til som følge av Khans rett til ikke å inkriminere seg selv.
- (32) Ved straffutmålingen har jeg, som lagmannsretten, kommet til at straffen passende kan settes til fengsel i fem måneder. Ved endringen av våpenloven ved lov av 5. juni 1998 nr. 35 tok lovgiveren sikte på å oppnå en markert skjerping av straffenivået for ulovlig omgang med våpen, jf. gjennomgangen i Rt-2002-381. A er dømt for forbrytelse mot våpenloven § 33 første ledd andre punktum hvor strafferammen er fengsel inntil to år. Det kan reises spørsmål om ikke riktig subsumsjon hadde vært grov overtredelse etter andre ledd med strafferamme fengsel i fire år. I denne sammenheng viser jeg til at det i Ot.prp.nr.74 (1996–1997) side 26-27 uttales følgende om

hvilke tilfeller som skal regnes som grov overtredelse:

«Ved avgjørelsen av om overtredelsen er grov skal det særlig legges vekt på hva slags våpen det gjelder, antall våpen, om våpenet er ladd, eller lett kan lades, om det er et uregistrert våpen som bæres på offentlig sted, om vedkommende tidligere er straffet for brudd på våpenlovens bestemmelser eller om forholdene for øvrig er av særlig farlig eller samfunnskadelig art.

Oppregningen er ikke ment å være uttømmende. Dersom overtredelsen innbefatter forhold hvor våpenet er ladd, eller lett kan gjøres skyteklart, mener utvalget at den strengere strafferammen i tredje ledd bør komme til anvendelse. ...»

- (33) Vår sak inneholder flere momenter som etter forarbeidene har betydning for subsumsjonen: Pistolen var ladd, magasinet fullt, og pistolen var med i bilen under kjøring på offentlig veg. Videre er A i 1994 dømt for ulovlig erverv og besittelse av tåregass, og i 2001 ble han dømt for uforsiktig omgang med skytevåpen, ulovlig besittelse av pistoler og ammunisjon, CS-gass og en stillettkniv, samt for alvorlige trusler hvor bruk av pistol inngikk. Videre var pistolen uregistrert. Da subsumsjonen ikke ble tatt opp under ankeforhandlingen i Høyesterett, går jeg imidlertid ikke nærmere inn på den, men peker på at de nevnte forholdene under enhver omstendighet er skjerpene ved straffutmålingen. Som lagmannsretten har jeg ikke lagt vekt på at pistolen angivelig ble anskaffet som beskyttelse mot «B-gjengen». Ved straffutmålingen har jeg tatt et visst hensyn til at A straks innrømmet at våpenet og ammunisjonen tilhørte ham, og opplyste om hvordan ervervet hadde skjedd. Etter ransakingen hadde rett nok tilståelsen neppe særlig betydning for domfellelsen ut over den forenklete prosessuelle fremgangsmåten som tilståelsesdom representerer. Men også dette kan tillegges vekt, jf. Ot.prp.nr.81 (1999–2000) side 44 andre spalte og Rt-2002-478.
- (34) Under henvisning til den straffen som ble fastsatt i Rt-2003-124, er jeg som nevnt kommet til at anken må forkastes.
- (35) Jeg stemmer for denne kjennelse:

Anken forkastes.

- (36) Dommer **Støle**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (37) Dommar **Utgård**: Det same.
- (38) Dommer **Tjomsland**: Likeså.
- (39) Justitiarius **Schei**: Likeså.
- (40) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

Anken forkastes.

Norges Høyesterett - Kjennelse. - HR-2004-1554-A - Rt-2004-1425

Instans	Norges Høyesterett – Kjennelse.
Dato	2004-09-17
Publisert	HR-2004-1554-A – Rt-2004-1425
Stikkord	Straffeprosess. Opplesning av politiforklaring. Kontradiksjon.
Sammendrag	Saken gjaldt spørsmål om nekting av opplesning av fornærmedes politiforklaringer, jfr straffeprosessloven § 296 og § 297. Ettersom det ikke var godtgjort at de tiltalte hadde rettet et direkte press mot fornærmede om å avstå fra å forklare seg, fant kjæremålsutvalget at hensynet til kontradiksjon etter EMK art 6 nr 3 d, jf art 6 nr 1, var til hinder for at forklaringene ble lest opp.
Saksgang	Gulating lagmannsrett LG-2004-168-1 – Høyesterett HR-2004-1554-A, (sak nr. 2004/890), straffesak, anke.
Parter	Den offentlige påtalemyndighet (kst. statsadvokat Benedicte Hordnes) mot A (advokat Arne Meltvedt) og B (advokat Gunnar K. Hagen).
Forfatter	Stabel, Oftedal Broch, Bruzelius, Øie, Gussgard.

-
- (1) Dommer **Stabel**: Saken gjelder spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten å nekte opplesning av fornærmedes politiforklaringer.
 - (2) Statsadvokatene i Hordaland satte 11. juni 2003 B og A under tiltale for trusler, grov legemsfornærmelse og tvang forøvet mot C. Gjerningsbeskrivelsen var at de, den 6. juli 2002 i familiens felles hjem i X, i fellesskap skulle ha truet med å drepe henne, samtidig som de slo og sparket henne, for å tvinge henne til å gifte seg med en fetter.
 - (3) C var stevnet som vitne under behandlingen for Bergen tingrett, men møtte ikke, og det ble opplyst at hun nektet å forklare seg. Retten hadde på forhånd avslått påtalemyndighetens begjæring om bevisopptak av henne uten at de tiltalte var til stede. Etter begjæring fra aktor besluttet retten at hennes to politiforklaringer kunne leses opp. Det ble ellers avhørt 11 vitner. Ved tingrettens dom 13. november 2003 ble begge de tiltalte funnet skyldige i henhold til tiltalen, og idømt ett års fengsel. Domsslutning lød slik for straffekravet:
 - «1. A f. 0.0.83 dømmes for overtredelse av straffeloven § 227, 1. str.alt., straffeloven § 228, 1. ledd, jf. § 232 og straffeloven § 222, 1. ledd, 2. str.alt., jf. straffeloven § 49, sammenholdt med straffeloven § 62, 1. ledd, til fengsel i 1 – ett – år.
Varetektsfradraget er på 13 – tretten – dager.
 2. B f. 0.0.57 dømmes for overtredelse av straffeloven § 227, 1. str.alt., straffeloven § 228, 1. ledd, jf. § 232 og straffeloven § 222, 1. ledd, 2. str.alt., jf. straffeloven § 49, sammenholdt med straffeloven § 62, 1. ledd, til fengsel i 1 – ett – år.
Varetektsfradraget er på 14 – fjorten – dager.»
 - (4) Begge anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Under ankeforhandlingen for Gulating lagmannsrett var C igjen stevnet som vitne, men møtte ikke. Det ble avhørt 11 vitner. Aktor begjærte deretter opplest fornærmedes politiforklaringer. Lagmannsretten avsa, under henvisning til EMK artikkel 6 nr. 1 og 3 d, kjennelse – som skulle vært en beslutning – om at begjæring om opplesning av forklaringene ikke ble tatt til følge. Kjennelsen var avsagt under dissens, idet en av lagdommerne mente forklaringene kunne leses opp. Påtalemyndigheten la

deretter ned påstand om frifinnelse for de tiltalte. Ved dom 30. april 2004 (LG-2004-168-2) ble de tiltalte frifunnet. Dommen har slik domsslutning:

«B, f. 0.0.1957 frifinnes.
A f. 0.0.1983 frifinnes.»

- (5) Påtalemyndigheten har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder saksbehandlingen. Det gjøres gjeldende at kjennelsen om ikke å tillate fornærmedes politiforklaringer opplest er uriktig, og at denne feilen har hatt betydning for den frifinnende dommen. Forsvarerne har gjort gjeldende at det ikke foreligger noen saksbehandlingsfeil.
- (6) Innledningsvis bemerker jeg at det ikke er tvilsomt at påtalemyndigheten har rett til å anke over lagmannsrettens dom, selv om det ble nedlagt frifinnelsespåstand.
- (7) **Jeg er kommet til** at anken ikke fører frem.
- (8) B og A er far og sønn, og fornærmede C er henholdsvis datter og søster til de to. Familien er kurdere fra Nord-Irak og har bodd i Norge siden 1999. Tiltalen gjelder, som jeg har vært inne på, trusler, vold og tvang som de tiltalte skal ha rettet mot fornærmede den 6. juli 2002 i familiens hjem i X, i forbindelse med at hun skulle ha nektet å gifte seg med en fetter. Fornærmede anmeldte forholdet 12. august 2002, etter at hun 5. august 2002 var blitt hentet i ambulanse til sykehus og deretter bragt til kritesenter. Hun har ikke hatt kontakt med de tiltalte etter dette tidspunkt. Fornærmede har nå ny identitet og bor på hemmelig adresse.
- (9) Politiforklaringene saken gjelder, ble avgitt 12. august 2002 og 26. september 2002. Allerede i forklaringen 26. september ga hun uttrykk for at hun ikke ønsket at faren og broren skulle få straff. Etter dette har hun konsekvent nektet å forklare seg i saken, heller ikke ved telefonavhør, og har også motsatt seg opplesning av sine politiforklaringer. Gjennom sin bistandsadvokat har hun opplyst at hun frykter at det å forklare seg vil kunne få fatale følger for henne.
- (10) Etter straffeprosessloven § 296 er hovedregelen at vitner skal avhøres muntlig under hovedforhandlingen. Etter § 297 kan forklaringer fra vitner som ikke er til stede i retten, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller vil medføre uforholdsmessig opphold eller utgift. Bestemmelsene må forstås i lys av EMK artikkel 6 nr. 3 d, som gir tiltalte rett til å avhøre vitner som blir ført mot ham, jf. også artikkel 6 nr. 1 om krav til rettferdig rettergang («fair trial»). Det er ikke tvilsomt at dette prinsippet – retten til kontradiksjon – for så vidt gjelder avgjørende eller hovedsakelige bevis – står svært sterkt etter EMDs praksis.
- (11) Det er i vår sak ingen uenighet om at det dreier seg om et slikt hovedsakelig bevis, noe også lagmannsretten la til grunn. I utgangspunktet må man da, når de tiltalte som her ikke på noe tidspunkt har hatt anledning til å imøtegå og stille spørsmål ved forklaringene, legge til grunn at opplesning må nektes.
- (12) Forbudet mot opplesning i slike tilfelle er imidlertid ikke uten unntak. Høyesterett har således godtatt at politiforklaringer kan leses opp der årsaken til at vitnet vegrer seg mot å forklare seg i retten, er press fra tiltalte. Jeg viser til Rt-1994-469, der dette ble betegnet som et tilfelle der domfelte selv hadde valgt å fremtvinge den situasjon han beklaget seg over. Det var derfor ikke i strid med prinsippet om «fair trial» at han ikke fikk anledning til å eksaminere vitnene.
- (13) Spørsmålet er dermed om det kan legges til grunn at de tiltalte har rettet et slikt press mot fornærmede i vår sak. Høyesterett har her full kompetanse. Lagmannsretten uttaler at den ikke hadde holdepunkter for at de tiltalte etter 12. august 2002 har truet eller presset fornærmede. Etter at hun flyttet i august 2002, har de ikke hatt kontakt med henne. De tiltalte kan da – ifølge lagmannsretten – vanskelig bebreides for at hun vegrer seg for å avgi forklaring, slik at det ikke oppnås kontradiksjon. Jeg ser ikke grunnlag for å fravike lagmannsrettens bevisvurdering på dette

punkt.

- (14) Imidlertid har aktor gjort gjeldende at det ikke er avgjørende at det ikke har vært direkte kontakt mellom de tiltalte i tiden etter det anmeldte forholdet. Den angst fornærmede nå åpenbart føler overfor sin far og bror, utløst av de forholdene som tiltalebeslutningen beskriver, må ses som tilstrekkelig press.
- (15) Jeg kan ikke uten videre slutte meg til et slik syn. Vitner i enkelte typer straffesaker vil i større og mindre grad kunne ha berettiget frykt for represalier. Dette i seg selv er ikke tilstrekkelig til å tillate opplesning av politiforklaringer og dermed berøve tiltalte retten til kontradiksjon, så sant det dreier seg om avgjørende eller hovedsakelige bevis. Jeg viser til EMDs dom 27. februar 2001 i saken *Lucà mot Italia* (EMD-1996-33354), avsnitt 40:
- «AS the Court has stated on a number of occasions ..., it may prove necessary in certain circumstances to refer to depositions made during the investigative stage (in particular, where a witness refuses to repeat his deposition in public owing to fears for his safety, a not infrequent occurrence in trials concerning Mafia-type organisations). If the defendant has been given an adequate and proper opportunity to challenge the depositions, either when made or at a later stage, their admission in evidence will not in itself contravene Article 6 §§ 1 and 3 (d). The corollary of that, however, is that where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6.»
- (16) For at det skal stilles opp et unntak fra retten til kontradiksjon i tilfeller der vitneprovet er det avgjørende eller hovedsakelige bevis, må etter min mening tiltalte direkte kunne bebreides for å ha skapt den situasjon at vitnet uteblir eller nekter å forklare seg. Domstolen skal ikke måtte akseptere at press eller trusler fra tiltaltes side skal få betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, slik det er uttalt i Rt-1994-469.
- (17) Jeg ser likevel ikke bort fra at det allerede på gjerningstidspunktet, og kanskje også tidligere, kan forekomme trusler eller annet press som er så klart uttalt i ord eller handling at de er egnet til påvirke en fremtidig vitnesituasjon, uten at de gjentas når situasjonen oppstår. Men dette er ikke godtgjort i vår sak, der de tiltaltes påståtte trusler ikke hadde sammenheng med noen vitnesituasjon.
- (18) Aktor har også gjort gjeldende at saken er spesiell fordi den gjelder tvangsekteskap. Det er pekt på at i den kulturen denne familien hører til, innebærer den offentligheten som straffesaken medfører, et slikt ærestap at redselen for konsekvensene gjør det umulig for fornærmede å vitne. Etter en generell bevisførsel om dette spørsmålet, blant annet med forklaring fra professor Unni Wikan som sakkyndig vitne, uttalte lagmannsretten:
- «Lagmannsretten viker tilbake fra å utlede av tiltalen alene og de tiltaltes kulturelle bakgrunn at det i seg selv er tilstrekkelig til å fravike kravet til kontradiksjon.
Det kan heller ikke på generelt grunnlag trekkes den konklusjon at det i denne type saker, må være adgang til å fravike kravet til kontradiksjon.
De tiltalte har krav på de samme rettssikkerhetsgarantier som enhver annen borger.»
- (19) Jeg kan, ut fra det jeg har sagt tidligere, vanskelig se dette spørsmålet annerledes enn lagmannsretten.
- (20) Min konklusjon er derfor at det ikke var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten nektet politiforklaringene opplest. Anken blir dermed å forkaste.

- (21) Jeg stemmer for denne kjennelse:
Anken forkastes.
- (22) Dommer **Oftedal Broch**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (23) Dommer **Bruzelius**: Likeså.
- (24) Dommer **Øie**: Likeså.
- (25) Dommer **Gussgard**: Likeså.
- (26) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

Anken forkastes.

Høyesterett - Kjennelse. - HR-2003-1137-A - Rt-2003-1814

Instans	Høyesterett – Kjennelse.
Dato	2003-12-19
Publisert	HR-2003-1137-A – Rt-2003-1814
Stikkord	Straffeprosess. Etterforskning. Fremme av bevis.
Sammendrag	To polititjenestemenn hadde hatt samtale med en mann mistenkt for promillekjøring uten at mannen ble gjort oppmerksom på sine straffeprosessuelle rettigheter, jf straffeprosessloven § 232. Spørsmålet var om denne samtalen kunne fremlegges som bevis. Med henvisning til rettspraksis kom Høyesterett til at samtalen ikke fylte kravene til et avhør. Etter en helhetsvurdering kom Høyesterett til at hensynet til den materielle sannhet og den frie bevisførsel i dette tilfellet ikke førte til at fremme av beviset krenket selvinkrimineringsprinsippet.
Saksgang	Borgarting lagmannsrett – Høyesterett HR-2003-1137-A, straffesak, anke.
Parter	A (advokat Erling O. Lyngtveit) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Johan Kr. Øydegard).
Forfatter	Støle, Stabel, Coward, Matningsdal, Justitiarius Schei.

-
- (1) Dommer **Støle**: Saken gjelder avskjæring av bevis i straffesak. Spørsmålet er om to polititjenestemenn skulle ha vært gitt anledning til å forklare seg om innholdet i en samtale som de hadde på stedet med den personen som senere ble tiltalt for promillekjøring.
 - (2) Oslo tingrett avsa 13. juni 2003 dom med slik domsslutning:
«A, født 0.0.78 frifinnes.»
 - (3) Påtalemyndigheten anket til Borgarting lagmannsrett over lovanvendelsen og saksbehandlingen. Det ble anført at tingretten under hovedforhandlingen uriktig hadde besluttet at de to politivitnene ikke kunne forklare seg om hva A hadde sagt til dem på stedet, med den begrunnelse at han ikke var blitt gjort kjent med sin rett til å nekte å forklare seg, jf. straffeprosessloven § 232.
 - (4) Borgarting lagmannsrett avsa 13. august 2003 kjennelse med slik slutning:
«Tingrettens dom med hovedforhandling oppheves.»
 - (5) A har anket til Høyesterett over saksbehandlingen og lovanvendelsen. Anken over lovanvendelsen er tillatt fremmet.
 - (6) Forsvareren for Høyesterett har anført at lagmannsretten har anvendt straffeprosessloven § 232 uriktig når den samtalen som polititjenestemennene hadde med A ikke er ansett som et avhør, men kun som en innledende samtale. Når han i et tilfelle som dette ikke ble gitt orientering om sine straffeprosessuelle rettigheter, jf. også påtaleinstruksen § 8-1, er beviset kommet til på ulovlig og kritikkverdig måte. Tingretten har med rette avskåret vitneforklaringer fra polititjenestemennene, idet slik bevisføring ville ha vært en fortsatt krenkelse og kunne hatt betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet.
 - (7) **Jeg er kommet til** at anken må forkastes.

- (8) Straffeprosessloven § 232 første ledd lyder:
«Før det foretas avhør av mistenkte, skal han gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg.»
- (9) Det første spørsmålet er om vi i vår sak har å gjøre med et avhør i lovens forstand. Jeg tar utgangspunkt i de faktiske omstendigheter som dannet bakgrunnen for den samtale som fant sted. Opplysninger om dette er inntatt i «Anmeldelse for trafikkforseelse» datert 23. august 2002, utarbeidet av den ene av de to politikonstablene som utførte tjenesteoppdraget.
- (10) Da bilen ble observert ca. kl. 0345 samme dag av polititjenestemennene i den uniformerte bilpatruljen, sto den midt i veien i Saxegaardsgata i Oslo med kjørellys på. Tiltalte satt i førersetet, og en annen person satt i passasjeret. Tiltalte luktet alkohol og var synlig beruset.
- (11) Om den samtalen som deretter fant sted, og det som for øvrig passerte i forlengelsen av denne, heter det videre:
«Mistenkte erkjente også å nettopp ha kjørt VF 00000 fra parkeringsplassen ca 100 meter lenger ned i Saxegaards gate. Årsaken til at han hadde kjørt bilen, fortalte mistenkte, var for å demonstrere stereoanlegget i kjøretøyet for passasjerer.
Jeg tok deretter også kontakt med mistenkte. På spørsmål fra meg om han hadde drukket i kveld, fortalte mistenkte at han hadde drukket anslagsvis tre halvliterer øl. På spørsmål fra meg om han hadde kjørt VF 00000 nylig, fortalte mistenkte at han hadde kjørt bilen fra parkeringsplassen, og til stedet hvor den sto parkert nå.
Både pk 4117 Bratland og jeg gjentok flere ganger nevnte spørsmål knyttet til føring av motorvogn i påvirket tilstand, hvorpå mistenkte gjentok sine svar som nevnt over.
Mistenkte samtykket i at jeg kunne parkere VF 00000 på parkeringsplassen hvor den var kjørt fra. Jeg låste deretter bilen, og overleverte nøklene til mistenkte.
Vi informerte mistenkte om at vi hadde grunn til å tro at han hadde ført VF 00000 i alkoholpåvirket tilstand. Ettersom vi ikke kunne oppdrive Alcometer på stedet, kjørte vi mistenkte til Sentralarresten; hvor han fikk blåse i godkjent Alcometer. Dette ga straks rødt utslag.
På grunn av utslaget på Alcometeret, rekvirerte vi lege for blodprøvetaking. Blodprøven ble utført ca klokken 0500.
Vi tok beslag i mistenktes midlertidige kjøretillatelse, ettersom han hadde mistet sitt førerkort. Mistenkte SAMTYKKET IKKE i beslag.
Mistenkte ble deretter dimittert.»
- (12) Etter min oppfatning er det naturlig å se på dette dels som en innledende fase, som har til formål å avklare om det er grunnlag for etterforskning av mulig straffbart forhold, og dels som en oppfølgende fase, som glir over i et avhør. Alene de observasjoner av As tilstand som er beskrevet innledningsvis, og før noen samtale ble innledet, måtte tilsi at han hadde drukket alkohol. At det ble stilt spørsmål om dette, og svart bekreftende, må likevel naturlig henføres til det jeg har betegnet som den innledende fasen.
- (13) Det samme mener jeg må gjelde det første spørsmålet om A hadde kjørt bilen. Når også dette spørsmålet ble besvart bekreftende, bør derimot utgangspunktet være at samtalen er glidd over i en avhørssituasjon – begge tjenestemennene stiller gjentatte spørsmål om hvorvidt A har kjørt bilen, og disse gjentatte spørsmålene blir besvart bekreftende. Normalt er det naturlig å si at man da er over i en fase som må henføres til etterforskning av et sannsynlig straffbart forhold. En slik nærmere avklaring av om vilkårene for straffbart forhold foreligger, må anses som et avhør i relasjon til bestemmelsen i straffeprosessloven § 232. Det kan ikke være avgjørende at denne avklaring skjer på stedet, og ikke etter at den mistenkte er brakt til politikammeret.

- (14) Når det gjelder vår konkrete sak, peker jeg likevel på at A senere har anført at det var en spøk når han svarte ja på spørsmålet om han hadde kjørt bilen. Hvis situasjonen på stedet skulle ha vært slik at dette kunne være riktig, mener jeg at mye taler for at politimennene kunne stille noen oppfølgende spørsmål til avklaring, uten at man dermed måtte sies å være over i en avhørssituasjon. Også for den mistenkte kunne det i en slik situasjon vært en fordel at en misforståelse ble avklart så enkelt som mulig. Ut fra mitt syn på betydningen av en eventuell feil, er det ikke nødvendig for meg å ta konkret stilling til dette.
- (15) Mitt standpunkt er – slik jeg ser det – i samsvar med rettspraksis, som bygger på at det må skilles mellom innledende samtale og avhør, jf. Rt-2003-549. Om betydningen av dette skillet, uttaler førstvoterende:
- «(15) Jeg bemerker at straffeprosessloven og påtaleinstruksens bestemmelser om siktedes rettigheter ved avhør ikke er til hinder for at politibetjentene under og etter pågripelsen har samtaler med siktede. Slike samtaler må imidlertid ikke på noe tidspunkt gå over i et avhør uten at den siktede uoppfordret og tydelig gjøres oppmerksom på rettighetene etter straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1, og eventuelt § 8-4. Avhøret skal tas inn i en politiforklaring som siktede får opplest og undertegner, jf. påtaleinstruksen § 8-11 første ledd. Det skal uttrykkelig framgå av rapporten at siktede før avhøret er gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter, jf. § 8-11 sjuende ledd.»
- (16) De faktiske forhold lå likevel vesentlig annerledes an enn i vår sak. I Rt-2003-549 var situasjonen at man var langt inne i en etterforskningsfase som ledet frem til pågrep umiddelbart før avhøret – et avhør som også omfattet en konfrontasjon hvor siktede ble foreholdt opplysninger som avvek fra siktedes forklaring. I mellomtiden hadde politiet over tid spanet på siktede, og det var gjennomført ransaking og foretatt beslag. Dette får betydning for det neste spørsmålet vår sak reiser, og som jeg nå går over til.
- (17) Hvorvidt bevis som er kommet til på lovstridig og/eller kritikkverdig måte skal tillates ført er gjenstand for en selvstendig vurdering. Og utgangspunktet etter norsk rett er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken, slik også Rt-2003-549, avsnitt 17. Som fremhevet av Asbjørn Strandbakken, Uskyldspresumsjonen, 2002, side 200, tilsier hensynet til den materielle sannhet at alle bevis tillates ført, mens andre interesser kan tilsi at dette utgangspunktet må modifiseres.
- (18) Ved den konkrete vurderingen i vår sak tar jeg utgangspunkt i at tingretten har avskåret enhver forklaring fra politivitnene om hva A ifølge disse hadde sagt til dem på stedet. Det følger av det jeg tidligere har fremholdt at dette under enhver omstendighet var å gå for langt, og allerede dette tilsier etter min mening at anken over lagmannsrettens kjennelse må forkastes. Men spørsmålet er om ikke tingretten, slik forholdene her lå an, skulle ha tillatt bevisføring om As forklaring fullt ut.
- (19) Som fremhevet av førstvoterende i Rt-1999-1269, er det et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse. Han viser videre til at prinsippet også er kommet til uttrykk i FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g, samt kan sies å ligge innebygget i kravet om rettferdig rettergang i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1, jf. også menneskerettsloven § 2 og straffeprosessloven § 4.
- (20) Jeg ser det likevel slik at rekkevidden av prinsippet om selvinkriminering ikke går lenger etter disse bestemmelsene enn etter annen norsk rett. Når det særlig gjelder EMK artikkel 6 nr. 1, har EMD i nyere avgjørelser fremhevet at det skal foretas en vurdering av om rettergangen sett under ett fremstår som rettferdig, jf. dom 12. mai 2000 i saken Khan mot Storbritannia (sak nr. 35394/97) (EMD-1997-35394) avsnitt 38:
- «38. The central question in the present case is whether the proceedings as a whole were fair. With specific reference to the admission of the contested tape recording, the Court

notes that, as in the Schenk case, the applicant had ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording. He did not challenge its authenticity, but challenged its use at the *voir dire* and again before the Court of Appeal and the House of Lords. The Court notes that at each level of jurisdiction the domestic courts assessed the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial by reference to section 78 of PACE, and the courts discussed, amongst other matters, the non-statutory basis for the surveillance. The fact that the applicant was at each step unsuccessful makes no difference (*ibid.*, p. 29, § 47).»

- (21) Denne avgjørelsen viser videre at i forhold til prinsippet om selvinkriminering – i motsetning til ved opplesning av politiforklaring hvor begrensningene i opplesningsadgangen begrunnes i hensynet til det kontradiktoriske prinsipp – er det ut fra en vurdering av bevisets kvalitet ikke i seg selv avgjørende hvor sentralt det aktuelle beviset er ved avgjørelsen av skyldspørsmålet.
- (22) Ved den interesseavveiningen som må foretas i vår sak, legger jeg særlig vekt på den situasjonen som forelå da avhøret fant sted, og jeg minner om hva jeg tidligere har fremholdt: Det var tale om en umiddelbar kontroll uten forankring i forutgående etterforskning, og de to polititjenestemennene opptrådte åpent i uniform fra uniformert politibil. Her skiller vår sak seg klart fra saken fra 1999 hvor det var gjennomført ransaking og beslag, og hvor det dreide seg om utradisjonelle etterforskningsskritt ved bruk av skjult mikrofon og båndopptaker.
- (23) Når man ikke står overfor en situasjon som i saken fra 1999, men hvor feilen utelukkende består i at politiet før avhøret ikke har gjort den mistenkte oppmerksom på at vedkommende ikke har forklaringsplikt, må det etter min mening – på samme måten som i Khan-saken, legges avgjørende vekt på om den siktede, i dette tilfellet A; på ethvert trinn av saken har fått anledning til å bestride og føre motbevis vedrørende riktigheten av det aktuelle beviset.
- (24) 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 tillates, ikke er så tungtveiende at dette bør fravikes. Jeg er med andre ord kommet til samme resultat som lagmannsretten, men med en noe annen begrunnelse.
- (25) Jeg stemmer for denne kjennelse:
Anken forkastes.
- (26) Dommer **Stabel**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (27) Dommer **Coward**: Likeså.
- (28) Dommer **Matningsdal**: Likeså.
- (29) Justitiarius **Schei**: Likeså.
- (30) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

Anken forkastes.

Høyesterett - Kjennelse. - HR-2003-1098-A - Rt-2003-1808

Instans	Høyesterett – Kjennelse.
Dato	2003-12-19
Publisert	HR-2003-1098-A – Rt-2003-1808
Stikkord	Straffeprosess. Vitneforklaring.
Sammendrag	Under ankeforhandling i en straffesak hadde et sentralt vitne nektet å forklare seg i henhold til straffeprosessloven § 123. Lagmannsretten nektet å lese opp vitnets forklaringer avgitt for politiet i ved rettslig avhør. Høyesterett kom til at opplesning av vitneforklaringene ikke ville vært i strid med EMK art 6 nr 1, jf nr 3. Så lenge tiltalte eller hans forsvarer under hovedforhandlingen har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, må en forklaring som er avgitt under etterforskningen, normalt kunne leses opp selv om vitnet påberoper seg en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare.
Saksgang	Sunnhordland tingrett 02-00409 M – Gulating lagmannsrett LG-2003-105 M – Høyesterett HR-2003-1098-A, straffesak, anke.
Parter	Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Gert Johan Kjelby) mot A (advokat Arne Meltvedt).
Forfatter	Skoghøy, Gussgard, Tjomsland, Stabel, Dolva.

-
- (1) Dommer **Skoghøy**: Under ankeforhandlingen i en straffesak for lagmannsretten ble forklaringer som et vitne hadde avgitt for politiet og ved rettslig avhør under etterforskningen, nektet opplest. Spørsmålet er om lagmannsretten ved dette begikk en saksbehandlingsfeil som medfører at lagmannsrettens dom må oppheves.
- (2) A, født 0.0.1968, ble ved beslutning av statsadvokatene i Hordaland 28. juni 2002 satt under tiltale ved Sunnhordland tingrett for overtredelse av:
«I Strl. § 162, 1. og 2. ledd,
- for ulovlig å ha ervervet eller oppbevart narkotika, og overtredelsen anses som grov, idet det særlig legges vekt på hva slags stoff det gjelder, kvantumet og overtredelsens karakter.
Grunnlag:
I løpet av sommeren eller høsten 2001 på X, kjøpte han 55 gram amfetamin fra B.
II Strl. § 162, 1. ledd
- for ulovlig å ha ervervet eller oppbevart narkotika.
Grunnlag:
I løpet av sommeren eller høsten 2001 på X, kjøpte han 200 tabletter Valium, inneholdende det narkotiske virkestoffet diazepam fra B.
III Legemiddeloven § 31, 2. ledd, jfr. § 24, 1. ledd
- for uten lovlig adkomst å ha vært i besittelse av eller brukt narkotika
Grunnlag:
Fredag 16. november 2001 på sin bopel på X, var han i besittelse av 1,09 gram hasjisj.»
- (3) Sunnhordland tingrett avsa 11. november 2002 dom med slik slutning:
«A, f. 0.0.68, blir dømt for brot på straffelova § 162, 1. og 2. ledd, § 162, 1. ledd og legemiddelova § 31, 2. ledd, jfr § 24, 1. ledd, til ei straff av fengsel i 10 – ti – måneder.»

- (4) A påanket tingrettens dom til Gulating lagmannsrett for så vidt gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet vedrørende tiltalens post I, bevisbedømmelsen under straffutmålingen vedrørende tiltalens post II samt straffutmålingen. Anken ble henvist til ankeforhandling som bevisanke vedrørende tiltalens post I og som anke over bevisbedømmelsen under straffutmålingen vedrørende tiltalens post II.
- (5) Under ankeforhandlingen for lagmannsretten nektet vitnet B under henvisning til straffeprosessloven § 123 å forklare seg om forhold i saken som vedrørte hans befatning med narkotika i forhold til A. Aktor bad av denne grunn om å få opplest politiforklaringene som vitnet B hadde avgitt 1. og 13. november 2001 samt rettslig forklaring av 14. november 2001. Ved kjennelse av lagmannsretten 19. august 2003 kom lagmannsretten til at opplesning av disse forklaringene ville være i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d, og de ble derfor ikke tillatt opplest.
- (6) Etter bevisførselen under ankeforhandlingen ble lagretten innenfor rammen av tiltalebeslutningen forelagt følgende spørsmålsskrift:
- «1. HOVEDSPØRSMÅL:
- ...
- Er tiltalte A skyldig i ulovlig å ha ervervet narkotika ved å ha forholdt seg som nedenfor angitt?
I løpet av sommeren eller høsten 2001 på X, kjøpte han ca 55 gram amfetamin eller deler av dette.
2. TILLEGGSSPØRSMÅL:
- ...
- Er den i spørsmål 1 beskrevne narkotikaovertrødelse å anse som grov, idet det særlig legges vekt på hva slags stoff det gjelder, kvantumet og overtrødelsens karakter?»
- (7) Lagretten besvarte hovedspørsmålet med ja, mens tilleggsspørsmålet ble besvart med nei.
- (8) Lagmannsretten la lagrettens kjennelse til grunn og avsa 20. august 2003 dom (LG-2003-105) med slik domsslutning:
- «A født 0.0.1968 dømmes for overtrødelse av strl. § 162, 1. ledd sammen med de forhold som ble rettskraftig avgjort ved Sunnhordland tingretts dom av 11. november 2002, jfr. strl. § 28 a, til 90 dager samfunnsstraff. Gjennomføringstiden, og tilsynstiden settes til 120 dager og den subsidiære fengselsstraff settes til 90 dager. Strl. § 62, 2. ledd, jfr. 1. ledd. strl. § 63, 2. ledd og 64, 1. ledd er iaktatt. I den subsidiære fengselsstraff fragår 1 – en – dag for varetektsfengsel.»
- (9) Påtalemyndigheten har påanket lagmannsrettens dom for så vidt gjelder saksbehandlingen vedrørende tiltalens post I, til Høyesterett. Anken er begrunnet med at det var feil av lagmannsretten å nekte opplest de forklaringer som B under etterforskningen hadde avgitt for politiet og retten.
- (10) *Aktor* har for Høyesterett akseptert at Bs forklaringer må anses som sentrale bevis for så vidt gjelder spørsmålet om hvor stort kvantum amfetamin tiltalte ervervet fra B sommeren eller høsten 2001 (tiltalens post I), men etter hans oppfatning skulle forklaringene likevel ha vært tillatt opplest. Han har i den forbindelse vist til at vitnet møtte både for tingretten og lagmannsretten. For tingretten avgav vitnet forklaring, og tiltalte hadde full anledning til å stille spørsmål. For lagmannsretten nektet vitnet å gi forklaring, men til tross for dette hadde tiltalte anledning til å stille spørsmål.
- (11) Etter aktors oppfatning utgjør det at vitnet forklarte seg for tingretten, og det at tiltalte hadde anledning til å stille spørsmål for lagmannsretten, selvstendige begrunnelser for å tillate

opplesning. I alle fall må disse forholdene i sum medføre at opplesning skulle ha vært tillatt.

- (12) *Forsvareren* har anført at Bs forklaringer klart må anses som de sentrale bevis for påtalemyndighetens påstand om at tiltalte skal ha ervervet et slikt kvantum amfetamin som beskrevet i titalens post I. Ved fullstendig anke foretas en ny bevisbedømmelse for lagmannsretten. Det at vitnet B forklarte seg for tingretten, kan da etter tiltaltes syn ikke danne grunnlag for at de forklaringer som ble avgitt under etterforskningen, skal tillates opplest under ankeforhandling for lagmannsretten. Under ankeforhandlingen for lagmannsretten forklarte B at han hadde trukket tilbake sine tidligere forklaringer i saken. Noen ytterligere forklaring var han ikke villig til å avgi, og han nektet å svare på spørsmål fra aktor og forsvarer. Når man ikke ville ha fått noe ut av spørsmål til vitnet, kan det at vitnet var til stede, og at tiltalte formelt hadde adgang til å stille spørsmål, etter tiltaltes oppfatning ikke danne grunnlag for å tillate forklaringene opplest.
- (13) **Mitt syn på saken**
- (14) Jeg er kommet til at anken må tas til følge.
- (15) Det fremgår av det forhold at lagretten har svart nei på tillegsspørsmålet, at den ikke har funnet det bevist at A har kjøpt det kvantum amfetamin fra B som er beskrevet i titalens post I. Når påtalemyndigheten ønsker å bevise dette ved å påberope de forklaringer som vitnet B avgav for politiet 1. og 13. november 2001 og i rettslig avhør 14. november 2001, må påtalemyndigheten anse disse forklaringene som avgjørende bevismidler. For Høyesterett har partene vært enige om at disse forklaringene må anses som sentrale bevis i saken, og jeg legger det til grunn.
- (16) Som tidligere nevnt, møtte vitnet B både for tingretten og lagmannsretten. For tingretten avgav B forklaring, men for lagmannsretten påberopte han den rett som han etter straffeprosessloven § 123 har til å nekte å forklare seg om titalens post I, da forklaring ville kunne utsette ham selv for straff. Det er på det rene at vilkårene for opplesning i straffeprosessloven § 296 andre ledd er oppfylt. Spørsmålet er om de forklaringer som B har avgitt under etterforskningen, kunne leses opp for lagmannsretten uten at dette kom i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d.
- (17) Etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) følger det av EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d at vitner som hovedregel må forklare seg i offentlig rettsmøte i tiltaltes nærvær («at a public hearing in the presence of the accused»). Under forutsetning av at forfølgningen etter en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, kan det imidlertid gjøres enkelte unntak fra denne regelen. Selv om en forklaring som er avgitt under etterforskningen, er det eneste eller avgjørende bevis, kan forklaringen under denne forutsetning tillates opplest, såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere stadium av forfølgningen («adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings»), se for eksempel EMDs dommer av 26. april 1991 i saken *Asch mot Østerrike* (EMD-1986-12398) avsnitt 27, 27. februar 2001 i saken *Lucà mot Italia* (EMD-1996-33354) avsnitt 40 og 5. desember 2002 i saken *Craxi mot Italia* (EMD-1997-34896) avsnitt 85.
- (18) Det kan etter min oppfatning ikke være noe vilkår for å tillate opplesning at vitnet svarer på de spørsmål tiltalte eller hans forsvarer stiller. Såfremt tiltalte eller hans forsvarer under hovedforhandlingen har fått anledning til å stille spørsmål til vitnet, må en forklaring som er avgitt under etterforskningen, normalt kunne leses opp selv om vitnet påberoper en gyldig grunn for å nekte å forklare seg eller av andre grunner nekter å svare, se for eksempel EMDs avvisningsavgjørelse fra 1999 i saken *Peltonen mot Finland* (application no. 30409/96) (EMD-1996-30409) , *Asch-dommen* avsnitt 28, *Lucà-dommen* avsnitt 40 og *Craxi-dommen* avsnitt 86. EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d er begrunnet i prinsippet om «equality of arms»

(partsliktetsprinsippet), og dersom tiltalte eller hans forsvarer har fått anledning til å stille spørsmål, er dette prinsippet tilfredsstillt, selv om vitnet nekter å svare. Under forutsetning av at forfølgningen ut fra en totalbedømmelse fremstår som forsvarlig og rettferdig, kan det derfor i tilfeller hvor tiltaltes rett til å stille spørsmål er tilfredsstillt, ikke være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d å tillate at en forklaring fra et vitne som nekter å forklare seg, blir lest opp under hovedforhandlingen. Jeg kan her blant annet vise til følgende uttalelse i avvisningsavgjørelsen i Peltonen-saken:

«In the present case there were five hearings at which the applicant and N. were both present. On 30 August 1994 the applicant's counsel put to N. certain questions concerning the latter's health. On 11 November 1994 the applicant's counsel again put a question to N. but it is not known whether the question was answered. It appears that the applicant's counsel did not put any further questions to N. even though she had the opportunity on several other occasions. While N.'s persistence to remain silent may have made further questioning futile, in the circumstances of the present case this neither discloses lack of equality of arms nor justifies the conclusion that the judicial authorities denied the applicant the possibility of examining witnesses in conformity with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.»

- (19) I sakene Lucà og Craxi mot Italia kom EMD til at artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d var krenket, men så vidt jeg kan bedømme, bygger disse dommene på det samme syn som avvisningsavgjørelsen i Peltonen-saken. I Craxi-dommen uttaler EMD i avsnitt 86 (i norsk oversettelse):

«Under visse forutsetninger kan det faktisk vise seg nødvendig, for de rettshåndhevende myndigheter, å ty til forklaringer som stammer fra fasen med innledende saksforberedelse, særlig når det ikke er mulig å gjenta dem på grunn av objektive forhold som opphavsmannens død (jf. f.eks. *Ferrantelli og Santangelo mot Italia*, dom av 7. august 1996, *Recueil* 1996-III, s. 950-951 avsnitt 52), eller når det er nødvendig å forsvare vitnets rett til ikke å uttale seg om forhold som kan medføre at han blir trukket strafferettslig til ansvar. Dersom den tiltalte har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå slike forklaringer på tidspunktet da de gis eller senere, støter ikke bruk av dem an mot artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d). Det følger imidlertid av dette at forsvarers rettigheter innskrenkes på en måte som er uforenlig med garantiene i artikkel 6 når en domfellelse er basert utelukkende eller i avgjørende grad på forklaringer fra en person som den tiltalte ikke har kunnet avhøre eller la avhøre, verken under saksforberedelsen eller under rettsforhandlingene .. »

- (20) Det samme er uttalt i Lucà-dommen avsnitt 40.
- (21) Etter min oppfatning kan det etter den praksis som foreligger fra EMD, ikke oppstilles som noe vilkår for opplesning at tiltalte lykkes med å oppnå noen forklaring eller noe svar fra vitnet. Når EMD i sakene Lucà og Craxi mot Italia kom til at EMK var krenket, ble det begrunnet med at verken tiltalte eller hans forsvarer på noe stadium under rettergangen hadde hatt mulighet for å stille spørsmål til vitnene, se Lucà-dommen avsnitt 43 og Craxi-dommen avsnitt 88.
- (22) Partene har gitt uttrykk for forskjellig syn på om det er tilstrekkelig for å tilfredsstillte EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d, at vitnet møtte og avgav forklaring for tingretten, og at tiltalte hadde anledning til å stille spørsmål der. Ved anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet finner det etter vår prosessordning sted en fullstendig ny bevisbedømmelse for lagmannsretten. På denne bakgrunn må det etter min mening være en forutsetning for at forklaring og spørsmålsadgang under tingrettens behandling skal kunne danne grunnlag for opplesning for lagmannsretten, at forklaringen og resultatet av spørsmålsrunden for tingretten på en etterviselig måte kan opplyses under lagmannsrettsbehandlingen. Siden vitnet B i den foreliggende sak møtte for lagmannsretten, og tiltalte hadde anledning til å stille spørsmål til ham under lagmannsrettens behandling av saken, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på denne problemstillingen.

- (23) I Rt-1994-1324 (flydroppsaken) kom Høyesterett til at det var i strid med kravet til forsvarlig saksbehandling å tillate at politiforklaringer fra medsiktede som nektet å forklare seg under hovedforhandlingen, ble lest opp, selv om tiltalte under hovedforhandlingen fikk anledning til å stille spørsmål. Det avgjørende i denne saken var imidlertid at Høyesterett på grunnlag av en konkret vurdering fant at sakene mot tiltalte og de som var siktet i samme sakskompleks, av hensyn til en best mulig opplysning av saken burde ha vært forent til felles behandling. Etter mitt syn må rekkevidden av denne avgjørelse være begrenset. Det kan ikke oppstilles som noen generell regel at politiforklaringer fra personer som er siktet i samme saksforhold, og som nekter å forklare seg, bare kan leses opp såfremt sakene mot dem blir eller har vært forsøkt forent.
- (24) I den foreliggende sak må forfølgningen mot A etter min oppfatning anses å tilfredsstillende krav EMK artikkel 6 og alminnelig norsk prosessrett stiller til en forsvarlig og rettferdig rettergang, selv om de forklaringer som B avgav for politiet og til retten under etterforskningen, blir tillatt opplest for lagmannsretten.
- (25) Jeg er på dette grunnlag kommet til at lagmannsrettens nektelse av å tillate disse forklaringene opplest, må anses som en saksbehandlingsfeil. Det fremgår av det forhold at lagretten svarte nei på tilleggsspørsmålet, at denne feilen i alle fall kan ha hatt betydning for resultatet. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling må etter dette oppheves, se straffeprosessloven § 343 første ledd, jf. § 347.
- (26) Jeg stemmer for denne kjennelse:

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (27) Dommer **Gussgard**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

- (28) Dommer **Tjomsland**: Likeså.

- (29) Dommer **Stabel**: Likeså.

- (30) Dommer **Dølva**: Likeså.

- (31) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Høyesterett - Kjennelse. - HR-2002-1547-A - Rt-2003-549

Instans	Høyesterett – Kjennelse.
Dato	2003-04-30
Publisert	HR-2002-1547-A – Rt-2003-549
Stikkord	Straffeprosess. Etterforskning. Bevisføring.
Sammendrag	Umiddelbart etter en pågripelse og før siktede var gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter, hadde to politibetjenter samtale med siktede. Spørsmålet var om en formløs beslutning om å tillate denne samtalen ført som bevis, førte til opphevelse av lagmannsrettens dom, jf straffeprosessloven § 343 første ledd. Høyesterett fant at lagmannsretten skulle ha drøftet betydningen av at politimennene ikke hadde fulgt kravene i straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1, § 8-4 og § 8-11. Da opplysninger fremkommet under samtalen ikke hadde hatt betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, ledet denne saksbehandlingsfeilen ikke til opphevelse.
Saksgang	Bergen tingrett 01-02814 – Gulating lagmannsrett LG-2002-463 – Høyesterett HR-2002-1547-A, straffesak, anke.
Parter	A (advokat Erling O. Lyngtveit) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Jarle Golten Smørdal).
Forfatter	Stang Lund, Zimmer, Rieber-Mohn, Tjomsland, Dolva.

-
- (1) Dommer **Stang Lund**: Saken gjelder spørsmålet om en formløs beslutning om å tillate bevisføring om to politibetjentes samtale med siktede umiddelbart etter pågripelsen, hvor siktede ikke var gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter, fører til at lagmannsrettens dom må oppheves etter straffeprosessloven § 343 første ledd.
 - (2) A, født 0.0.1972, ble satt under tiltale for overtredelse av straffeloven § 162 første og annet ledd, jf. femte ledd for oppbevaring av ca. 36 gram heroinholdig stoffblanding, erverv og oppbevaring av ca. 2,7 gram cannabisharpiks (hasjissj) og for ved en eller flere anledninger å ha solgt heroin for til sammen minst 16.650 kroner. Tiltalen gjaldt også overtredelser av legemiddeloven § 31 annet ledd jf. § 24 første ledd for ved enkelte anledninger å ha røkt hasjissj.
 - (3) Bergen tingrett avsa 18. januar 2002 dom med slik domsslutning:
 - «1. A, født 0.0.1972, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162, 1. og 2. ledd, jf. 5. ledd, straffeloven § 162, 1. ledd og legemiddeloven § 31, 2. ledd, jf. § 24, 1. ledd, alt sammenholdt med straffeloven § 62, 1. ledd og § 63, 2. ledd, til en straff av fengsel i 3 – tre – år. Han tilkommer et varetektsfradrag på 157 dager.
 2. A, født 0.0.1972, dømmes til å tåle inndragning av 16.650 -- sekstentusensekshundreogfemti – kroner til fordel for statskassen, jf. straffeloven § 34, jf. § 37 d, 1. ledd.»
 - (4) Fradraget for utholdt varetektsfengsel er feilaktig angitt i dommen.
 - (5) A anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og straffutmålingen for så vidt angår domfellelsen for oppbevaring og omsetning av heroin. Gulating lagmannsrett henviste bevisanken vedrørende oppbevaring av ca. 36 gram heroinholdig stoffblanding. For øvrig ble anken nektet

fremmet.

- (6) Lagmannsretten avsa 16. oktober 2002 dom (LG-2002-463) med slik domsslutning:
«1. A, født 0.0.1972 dømmes for overtredelse av strl § 162 første og annet ledd sammen med de forhold som ble rettskraftig avgjort ved Bergen tingretts dom av 18. januar 2002, jfr strl § 62 første ledd og strl § 63 annet ledd til en straff av fengsel i 3 – tre – år. Til fradrag i straffen går 144 – etthundreogfortifire – dager for utholdt varetektsfengsel, jfr strl § 60.
2. Saksomkostninger idømmes ikke.»
- (7) Saksforholdet og domfeltes personlige forhold framgår av tingrettens og lagmannsrettens dommer.
- (8) A har anket over lagmannsrettens saksbehandling, subsidiært straffutmålingen. Det anføres at politibetjentene i strid med straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1 avhørte ham umiddelbart etter pågripelsen uten å opplyse om hans straffeprosessuelle rettigheter, og om at det ville bli skrevet rapport om hva han forklarte. Lagmannsrettens beslutning om å tillate bevisføring om avhøret er ikke tatt inn i rettsboken, hvilket er en saksbehandlingsfeil etter straffeprosessloven § 19 første ledd nr. 3. Grunnleggende bestemmelser om siktedes rettigheter i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 6, straffeprosessloven og påtaleinstruksen ble krenket på ny da lagmannsretten besluttet å tillate at politivitnene fikk forklare seg om avhøret. Forklaringene tok sikte på å svekke domfeltes troverdighet og kan ha hatt utslagsgivende betydning for lagrettens bevisbedømmelse.
- (9) Høyesteretts kjæremålsutvalg har besluttet at anken over saksbehandlingen tillates fremmet.
- (10) **Jeg er kommet til** at anken må forkastes.
- (11) To politibetjenter fra Bergen politidistrikt spanet på A 12. desember 2000. Etter å ha fulgt etter ham og observert hans bevegelser en tid, ble han pågrepet på parkeringsplassen ved boligen og tatt med til sin leilighet. Etter ransaking av bopel ble beslag blant annet tatt i 2,38 gram hasjisj og 11.400 kroner i kontanter. A ble i leiligheten spurt om hvor han kom fra, og om han hadde vært i Bergen sentrum. Etter at siktede hadde svart, gjorde politibetjentene ham kjent med at de «mistenkte han for å lyve» og en av tjenestemennene «ønsket at han skulle fortelle det hele en gang til». Siktede forklarte seg på ny og fikk da høre at «det virket litt rart». Han fikk under fortsettelsen gjentatte ganger «beskjed om å fortelle hvor han hadde vært, og at han var mistenkt for å lyve». Ifølge rapporten «bedyret (han) hele tiden at han snakket sant». Spørsmål, svar og politibetjentenes kommentarer ble gitt på engelsk. A har arabisk som første språk. Det framgår ikke av egenrapporten at han fikk opplysninger om sine straffeprosessuelle rettigheter, og at en oppsummering av hva han forklarte skulle tas inn i en rapport. Påtalemyndigheten har ikke anført at A fikk vite om sine rettigheter før avhøret i leiligheten.
- (12) Politibetjentene forklarte seg for tingretten og for lagmannsretten. Under henvisning til at siktede ikke var gjort kjent med sine rettigheter og heller ikke foreholdt rapporten, protesterte forsvarer i lagmannsretten mot at politivitnene fikk forklare seg om samtalen de hadde med siktede umiddelbart etter pågripelsen. Protesten er ført inn i rettsboken. Beslutningen om å tillate bevisføringen ble ikke tatt inn i rettsboken.
- (13) Forsvareren for Høyesterett har påpekt at unnlatelse av å ta inn i rettsboken beslutning om å tillate bevisføring om avhøret i leiligheten, er i strid med straffeprosessloven § 19 første ledd nr. 3. Denne feil må imidlertid anses for å være uten betydning for avgjørelsens innhold. Jeg bemerker at rettens beslutning om å tillate bevisføringen ikke er tatt inn i rettsboken, hvilket er en klar feil ved saksbehandlingen, jf. Bjerke og Keiserud: Straffeprosessloven sidene 83-84. Retten hadde særlig foranledning til å protokollere beslutningen når bevisføringen viste seg å være omtvistet.

Jeg er enig med forsvarer i at feilen ikke kan antas å ha innvirket på dommens innhold, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.

- (14) Forsvareren har også gjort gjeldende at politibetjentene skulle ha gjort domfelte kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter før avhøret av ham i leiligheten etter pågripelsen. Når dette ikke ble gjort, er det ikke adgang til å føre politibetjentene som vitner for så vidt angår hva han forklarte på dette tidspunkt.
- (15) Jeg bemerker at straffeprosessloven og påtaleinstruksens bestemmelser om siktedes rettigheter ved avhør ikke er til hinder for at politibetjentene under og etter pågripelsen har samtaler med siktede. Slike samtaler må imidlertid ikke på noe tidspunkt gå over i et avhør uten at den siktede uoppfordret og tydelig gjøres oppmerksom på rettighetene etter straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1, og eventuelt § 8-4. Avhøret skal tas inn i en politiforklaring som siktede får opplest og undertegner, jf. påtaleinstruksen § 8-11 første ledd. Det skal uttrykkelig framgå av rapporten at siktede før avhøret er gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter, jf. § 8-11 sjuende ledd.
- (16) Det er uomtvistet og åpenbart at samtalen under pågripelsen gikk over i et avhør. Spørsmålenes karakter, og særlig den konfrontasjon som ifølge spaningsrapporten fant sted, viser dette. Siktede skulle da ha vært gjort oppmerksom på sine rettigheter før avhøret tok til. Rapport om avhøret skulle vært satt opp i forbindelse med avhøret, og i alle fall snarest mulig etter om det ikke var anledning til å skrive ned forklaringen på stedet, jf. påtaleinstruksen § 8-11. Spørsmålet er om feilene er til hinder for at politibetjentene, mot protest fra forsvarer, avgir vitneprov om hva siktede forklarte i leiligheten etter pågripelsen.
- (17) Jeg bemerker at utgangspunktet er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken. På bakgrunn av hva som er kommet fram under hovedforhandlingen, jf. straffeprosessloven § 305, skal retten ta stilling til hvilken vekt bevisene skal tillegges. Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite å stole på eller hvor føring av beviset krenker beskyttelsesverdige interesser eller representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, jf. særlig Rt-1991-616 og Rt-1999-1269. Det er et grunnleggende prinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse, jf. Rt-1999-1269 på side 1271 med videre henvisninger til FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g og avgjørelser av Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Straffeprosessloven § 232 første ledd og påtaleinstruksen § 8-1 første ledd skal sørge for at retten til å forholde seg taus er reell ved at mistenkte før avhør alltid skal gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg. Streng håndheving av disse rettigheter er grunnleggende ved forfølgning av straffbare handlinger både i Norge og andre land.
- (18) Lagmannsretten skulle etter dette i en grunnlagt beslutning inntatt i rettsboken, ha gått nærmere inn på betydningen av at politibetjentene hadde unnlatt å etterleve straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1, § 8-4 og § 8-11, og om bevisføringen måtte anses å krenke domfeltes grunnleggende rettigheter eller representere en gjentakelse av rettsbruddet. Den formløse beslutning om å tillate politibetjentene å forklare seg om det ulovlige avhør av siktede etter at forsvareren hadde protestert, er etter min mening en åpenbar feil ved lagmannsrettens saksbehandling.
- (19) Det avgjørende blir da om feilen kan ha virket inn på lagrettens avgjørelse av skyldspørsmålet, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd. Den ankende part har pekt på at bevisførselen om avhøret i leiligheten tok sikte på å svekke hans troverdighet ved å sammenholde hans forklaring til politibetjentene med hans senere forklaringer om de samme spørsmål.
- (20) Den «samtale» som domfelte hadde med politibetjentene umiddelbart etter pågripelsen ca.

klokken 1440 den 12. desember 2000, er i spaningsrapporten nedtegnet senere samme dag gjengitt slik:

«På forespørsel om hvor han kom kjørende fra, så sa han at han hadde vært og hentet sitt barn. Han forklarte videre for pb. Throndsen at han hadde vært på bopel til barnemoren. Denne bopel skulle være ved bensinstasjonen i ---veien. På spørsmål om han hadde vært i sentrum svarte han at det var ca. 2 timer siden.

Han ble gjort kjent med at vi mistenkte han for å lyve og pb. Throndsen ønsket at han skulle fortelle det hele en gang til. Han fortalte da at han hadde lagt over hos barnemoren. Derfra hadde han kjørt til bopel. Fra bopel hadde han kjørt til sentrum hvor han hadde vært på Galleriet der han skulle handle og hadde drukket kaffe. Han hadde også kjøpt hasjen som han hadde på seg (0.42 gram) i byen. Han ble gjort kjent med det virket litt rart da han allerede hadde ca. 2.5 gram hjemme. På spørsmål om hvor varene som han skulle kjøpe var, svarte han at han ikke hadde kjøpt noe.

Det kan legges til at han gjentatte ganger fikk beskjed om å fortelle hvor han hadde vært og at han var mistenkt for å lyve. Han bedyret hele tiden at han snakket sant. Samtalen foregikk for øvrig på engelsk.»

- (21) Jeg bemerker at de opplysninger som domfelte ifølge politivitnenes forklaringer med støtte i spaningsrapporten ga under avhøret, ikke gjaldt forhold av betydning for bedømmelsen av om han oppbevarte den heroinholdige stoffblanding som ble beslaglagt i søppelrommet. Forklaringene sett i sammenheng med det øvrige bevismaterialet kan åpenbart ikke ha hatt betydning for lagrettens avgjørelse av skyldspørsmålet, som for lagmannsretten var begrenset til oppbevaring av den beslaglagte heroin.
- (22) Når dette er situasjonen, kan jeg ikke se at bevisføringen for lagmannsretten om den forklaring domfelte ga til politibetjentene umiddelbart etter pågripelsen, i dette konkrete tilfellet innebærer at domfelte ikke har fått en rettferdig rettergang etter FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g eller EMK artikkel 6 og Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser. Anken kan etter dette ikke føre fram.
- (23) Jeg stemmer for denne kjennelse:
Anken forkastes.
- (24) Kst. dommer **Zimmer**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (25) Dommer **Rieber-Mohn**: Likeså.
- (26) Dommer **Tjomsland**: Likeså.
- (27) Dommer **Dolva**: Likeså.
- (28) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

kjennelse:

Anken forkastes.

Høyesteretts kjæremålsutvalg - Kjennelse. - HR-2002-1665 - Rt-2002-1744 (386-2002)

Instans	Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse.
Dato	2002-12-20
Publisert	HR-2002-1665 – Rt-2002-1744 (386-2002)
Stikkord	Straffeprosess. Varetektsfengsling. Bevis.
Sammendrag	Spørsmålet i saken var om en varetektsfengsling kunne besluttes på grunnlag av bevismateriale innhentet ved telefonavlytning i Spania i samsvar med spansk lov, når avlyttingen ikke kunne vært gjennomført i Norge, jf straffeprosessloven § 216a. Kjæremålsutvalget fant ikke noen beskyttelsesverdig forventning om at beviset ikke skulle kunne brukes, og tillot beviset ført.
Saksgang	Borgarting lagmannsrett – Høyesterett HR-2002-1665, straffesak, kjæremål.
Parter	Den offentlige påtalemyndighet mot A (advokat Øivind Elseth) og B (advokat Jan F. Glent).
Forfatter	Aasland, Matningsdal og Skoghøy.

Det sentrale spørsmål i saken for Høyesteretts kjæremålsutvalg er om bevis som er innhentet ved lovlig telefonavlytting i Spania, kan brukes som grunnlag for varetektsfengsling i Norge i et tilfelle hvor telefonavlytting ikke lovlig kunne ha vært gjennomført her i landet.

C, født 0.0.1955, A, født 0.0.1954, og B, født 0.0.1949, ble 22. august 2002 siktet for overtredelse av alkoholloven § 10-1 tredje ledd jf. første ledd jf. § 2-1, tolloven § 66 jf. § 61 jf. § 60, straffeloven § 183 og straffeloven § 271 jf. § 270 i forbindelse med at de i tidsrommet fra september 2001 til august 2002 skulle ha medvirket til innførsel av minimum 500.000 liter 96% sprit fra Spania og/eller andre land i Europa til Norge.

Oslo politidistrikt v/Prosjekt Catch begjærte 11. desember 2002 de siktede varetektsfengslet i medhold av straffeprosessloven § 184, jf. § 185, jf. § 171 første ledd nr. 1 og 2. Ved kjennelse av Oslo forhørsrett 12. desember 2002 ble C varetektsfengslet for fire uker, mens A og B ble løslatt fordi det bevismateriale som forelå mot disse, var innhentet ved telefonavlytting i Spania som ikke kunne ha vært gjennomført i Norge, jf. straffeprosessloven § 216a. Forhørsrettens kjennelse har for A og B denne slutning:

«A, født 0.0.54, løslates.

...

B, født 0.0.49, løslates.»

Avgjørelsen om å løslate A og B ble av påtalemyndigheten påkjært til Borgarting lagmannsrett. Kjæremålet ble gitt oppsettende virkning. Med samme begrunnelse som forhørsretten avsa lagmannsretten 17. desember 2002 kjennelse med slik slutning:

«Kjæremålene forkastes.»

Påtalemyndigheten har i rett tid påkjært lagmannsrettens kjennelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålet retter seg prinsipalt mot lagmannsrettens lovforståelse, subsidiært mot lagmannsrettens saksbehandling – mangelfulle kjennelsesgrunner. Lagmannsretten har gitt kjæremålet oppsettende virkning.

Påtalemyndigheten har prinsipalt anført at lagmannsrettens lovforståelse er gal, og vist til at utgangspunktet i norsk straffeprosess

er prinsippet om fri bevisførsel. Unntak fra dette krever særlig hjemmel. Etterforskningen i Spania ble iverksatt etter en rettsanmodning fra norsk påtalemyndighet, som både i form og innhold var nøytralt utformet. Påtalemyndigheten la således ingen føringer på den spanske etterforskningen. Bruk av kommunikasjonskontroll i denne saken er i samsvar med spansk lov. Det kan i et slikt tilfelle ikke være noe i veien for at slike lovlig ervervede bevis fremlegges i en norsk straffesak, selv om slik kommunikasjonskontroll ikke kunne vært gjennomført i Norge fordi strafferammen er for lav. Det er anført at lagmannsrettens vektleggelse av forarbeidene er uriktig da disse fremstår som ufullstendige, og er preget av at koblingen mellom bevisforbud og innsynsrett var det sentrale ved behandling av lovforslaget. I denne saken er det gitt fullt innsyn i saken, slik at rettssikkerhetshensyn har mindre relevans. Videre er hensyn til integritetskrenkelser ikke et spørsmål om relevans, men om vekt. Hensyn til rettsenhet i Norden, og behovet for å oppklare denne type saker, trekker også i retning av at lagmannsrettens avgjørelse er uriktig.

Subsidiært har påtalemyndigheten anført at lagmannsrettens kjennelsesgrunner ikke er tilstrekkelige til å se om lagmannsretten har foretatt en korrekt vurdering av om de opplysninger som er innhentet ved telefonavlytting i Spania, kan brukes som bevis i sak om varetektsfengsling i Norge.

Påtalemyndigheten har prinsipielt lagt ned påstand om at begjæring om fengsling tas til følge, subsidiært at lagmannsrettens kjennelse oppheves.

Forsvareren for B har anført at lagmannsrettens avgjørelse er korrekt, og tiltrådt dens begrunnelse. Det er vist til at bruken av kommunikasjonskontroll er begrenset ved lov i norsk rett, og at lov og forarbeider er klare på dette punkt. Videre er det anført at personvernens hensyn medfører at lovhjemmelen ikke bør tolkes utvidende, og påtalemyndigheten bør ikke gis adgang til å omgå norske regler gjennom bruk av bevis ervervet ved kommunikasjonskontroll i andre land.

Forsvareren for A har anført at bevisene må anses som ulovlig ervervet, da opplysningene kun er fremskaffet på bakgrunn av anmodning fra norske myndigheter. Spanske myndigheter har ikke vist egen interesse for bevisene. For øvrig har han henvist til lagmannsrettens og forhørsrettens begrunnelser og sluttet seg til bemerkningene fra Bs forsvarer.

Forsvarerne for begge kjæremålsmotpartene har lagt ned påstand om at kjæremålet forkastes.

Høyesteretts kjæremålsutvalg bemerker:

Kjæremålet er et videre kjæremål hvor kjæremålsutvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolking («tolking av en lovforskrift»), jf. straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 2 og 3. Etter sikker rettspraksis omfatter uttrykket «tolking av lovforskrift» ikke bare tilfeller hvor løsningen følger av enkeltstående bestemmelser, men også tilfeller hvor den rettslige løsning beror på forståelsen av flere bestemmelser sett i sammenheng, på forutsetningene for eller de hensyn som ligger bak en bestemmelse, eller de prinsipper prosesslovgivningen bygger på, se for eksempel Rt-2002-509 (plenum) på side 523.

Side 1746

Påtalemyndigheten har bedt om at kjæremålet blir overført til behandling av Høyesterett i avdeling, jf. høyesterettsloven § 6 annet ledd. Kjæremålsutvalget har ikke funnet tilstrekkelig grunn til dette.

Kjæremålsutvalget har kommet til at kjæremålet må tas til følge.

Det følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse at partene som utgangspunkt kan føre de bevis de ønsker. For at et bevis skal kunne nektes ført, må det foreligge særskilt grunnlag for det, se for eksempel Rt-1990-1008.

Før lovendring i 1999 fulgte det av straffeprosessloven § 216i første ledd tredje punktum at opplysninger som var innhentet ved kommunikasjonskontroll, bare kunne «brukes som ledd i etterforskningen av straffbare forhold, herunder i avhør av de mistenkte, eller for å gi opplysninger til kontrollutvalget». I § 216i tredje ledd var det uttrykkelig fastsatt at opptak eller notater som var gjort i forbindelse med telefonkontroll, ikke kunne brukes som bevis under hovedforhandlingen. Det var i rettspraksis lagt til grunn at dette bevisforbudet også gjaldt opplysninger som var innhentet i forbindelse med telefonkontroll i utlandet, se Rt-1996-666. Ved lovendringen i 1999 ble bevisforbudet i § 216i tredje ledd opphevd fordi det ble ansett å stride mot

grunnleggende prinsipper for norsk straffeprosess – den materielle sannhets prinsipp, prinsippet om fri bevisbedømmelse og kontradiksjonsprinsippet, se Ot.prp.nr.64 (1998–1999), side 66 og Innst.O.nr.3 (1999–2000), side 9. I stedet ble det i § 216i første ledd bokstav b fastsatt at opplysningene blant annet kan brukes som «bevis for et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra», se nærmere Bjerke/Keiserud: Straffeprosessloven med kommentarer, Bind 1, 3. utgave (2001), side 759.

Det ble i forarbeidene til lovendringen i 1999 reist spørsmål om hvorvidt opplysninger fra kommunikasjonskontroll i utlandet bør kunne brukes som bevis i straffesak i Norge. Metodeutvalget fant det «uheldig at det ikke er adgang til å fremlegge bevis fra utenlandsk telefonkontroll foretatt i land hvor slik bevisførsel er tillatt» og foreslo at det skulle åpnes adgang til å benytte slikt materiale «så vel under etterforskning som i retten», se NOU 1997:15 side 100. Spørsmålet ble også drøftet i odelstingsproposisjonen. Justisdepartementet gav her uttrykk for at «adgangen til å bruke opplysninger fra kommunikasjonskontroller som er foretatt i utlandet, også i saker hvor norsk politi ikke har tatt initiativ til kontrollen, bør begrenses til de sakstyper hvor det er adgang til å foreta slik kontroll i Norge». Departementet foreslo imidlertid ikke noen uttrykkelig regel om dette da en slik løsning etter departementets syn var «forenlig med ordlyden i de foreslåtte bestemmelser», se Ot.prp.nr.64 (1998–1999), side 67.

Etter kjæremålsutvalgets oppfatning gjelder de begrensninger i adgangen til å bruke kommunikasjonskontroll som bevis som er fastsatt i straffeprosessloven § 216i, bare for kommunikasjonskontroll som er foretatt i Norge. Det synspunkt departementet gav uttrykk for i odelstingsproposisjonen om bruk av opplysninger fra kommunikasjonskontroll i utlandet, har etter kjæremålsutvalgets oppfatning karakter av en meningsytring fra departementets side («bør»). Ved avgjørelsen av hvorvidt opplysninger fra kommunikasjonskontroll skal kunne benyttes som bevis i straffesak i Norge, må ytringen tillegges vekt, men den kan

Side 1747

etter utvalgets syn ikke være bindende for domstolene. Spørsmålet om slike opplysninger kan brukes som bevismiddel, må etter utvalgets mening avgjøres ut fra en bredere vurdering.

Begrunnelsen for de begrensninger som er fastsatt for bruk av kommunikasjonskontroll som etterforskningsmiddel, er hensynet til den enkeltes rett til respekt for privatlivet og personlig integritet, se Ot.prp.nr.64 (1998–1999), side 46. Hvordan disse hensynene skal avveies mot behovet for å få oppklart straffbare handlinger, kan det være rom for ulike oppfatninger om, og her har ulike land valgt noe forskjellige løsninger. Dersom man har valgt å ta opphold i et land som ikke har like sterke begrensninger i adgangen til kommunikasjonskontroll som det vi har, kan man etter kjæremålsutvalgets mening ikke ha noen beskyttelsesverdig forventning om at man i Norge ikke skal tillate brukt som bevis opplysninger som er innhentet ved lovlig kommunikasjonskontroll i vedkommende land.

På denne bakgrunn finner kjæremålsutvalget at det ikke bør være noe vilkår for å bruke opplysninger fra en lovlig kommunikasjonskontroll i utlandet som bevis i en straffesak i Norge, at opplysningene kunne ha vært innhentet ved kommunikasjonskontroll her i landet. Dersom den kommunikasjonskontroll som er foretatt i utlandet, ikke er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger, og opplysningene blir brukt som bevis for et straffbart forhold som i vedkommende land kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra, må opplysningene etter utvalgets oppfatning kunne brukes som bevis i straffesak i Norge, såfremt siktede blir gitt rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet ved kommunikasjonskontroll i den aktuelle sak.

Lagmannsretten har lagt til grunn at opplysninger fra kommunikasjonskontroll i utlandet bare kan benyttes som bevis i straffesak i Norge «i sakstyper hvor det er adgang til å foreta slik kontroll i Norge». Som det fremgår av det kjæremålsutvalget har uttalt ovenfor, bygger dette på en uriktig forståelse av straffeprosesslovens regler om hvilke opplysninger som kan benyttes som bevis i straffesak. Lagmannsrettens kjennelse må etter dette oppheves. Da forhørsrettens kjennelse bygger på den samme uriktige lovtolkning, og det av hensyn til mulighetene for overprøving er mest hensiktsmessig at saken behandles på nytt av forhørsretten, oppheves også forhørsrettens kjennelse.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning:

Lagmannsrettens og forhørsrettens kjennelser oppheves.

Høyesterett - Dom - HR-1999-54-A - Rt-1999-1269

Instans	Høyesterett – Dom
Dato	1999-09-07
Publisert	HR-1999-54-A – Rt-1999-1269
Stikkord	(Verksbetjent) Straffeprosess. Uberettiget bevis.
Sammendrag	Fellende dom mot verksbetjent i fengsel fordi han angivelig skulle ha hjulpet en fange til å rømme, jfr. straffeloven § 131, ble opphevet. Som bevis hadde påtalemyndigheten benyttet en «forklaring» opptatt ved bruk av skjult mikrofon og båndopptaker. Dette bevis ble ansett for å være ulovlig ervervet. Uttalt at det er grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus og har ikke noen plikt til å bidra til egen straffelse, se artikkel 14 nr. 3 bokstav g i FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) og artikkel 6 nr. 1 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), samt straffeprosessloven § 232.
Saksgang	Eidsvoll herredsrett Nr: 98-00203 – Eidsivating lagmannsrett LE-1998-672 M – Høyesterett HR-1999-54-A, snr. 30/1999.
Parter	Påtalemyndigheten (Aktor: Kst. førstestatsadvokat Atle Roaldsøy) mot A (Forsvarer: Advokat Ole Jakob Bae).
Forfatter	Skoghøy, Matningsdal, Lund, Tjomsland og Justitiarius Smith.
Sist oppdatert	2021-05-07

Dommer Skoghøy: Det spørsmål Høyesterett skal ta stilling til, er om en form for forklaring som politiet ved utradisjonelle etterforskningskritt har forledet siktede til å avgi, skal tillates benyttet som bevis.

Ved dom av Eidsvoll herredsrett 28. august 1998 ble A, født 0.0.1939, som var ansatt som verksbetjent ved X landsfengsel, dømt for å ha hjulpet en fange med å rømme fra fengslet. Herredsretten kom til at han for denne bistanden hadde mottatt et beløp på kr 150.000, og ved dommen ble dette beløpet inndratt. I tillegg ble han dømt for på sin bopel å ha oppbevart våpen uten tillatelse fra politimesteren. Herredsrettens dom har denne domsslutning:

"A, født 0.0.1939, dømmes for overtredelse av straffelovens § 131, 2. straffalternativ og våpenlovens § 33, jf § 8, jfr. straffelovens § 63, annet ledd til en straff av fengsel i 3 – tre – år. Han pålegges med hjemmel i straffelovens § 34 å tåle inndragning av kr 150000, – etthundreogfemtitusenkroner. Ved soning fragår 46 – førtiseks – dager i utholdt varetekt."

Herredsrettens dom ble for så vidt gjaldt domfellelsen for å ha hjulpet en fange til å rømme, av A påanket til Eidsivating lagmannsrett. Anken rettet seg prinsipalt mot bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Subsidiært anket han over straffutmålingen. Lagmannsretten henviste As anke til ankeforhandling, og 15. februar 1999 avsa lagmannsretten dom med slik domsslutning:

"1. A, født 0.0.39, dømmes for overtredelse av straffeloven § 131 2. straffalternativ til en straff av fengsel i 3 – tre – år. Straffen inkluderer det forhold som er rettskraftig avgjort ved Eidsvoll herredsretts dom av 28.8.98. Til fradrag i straffen går 49 – førtini – dager for utholdt varetektsfengsel.

Side 1270

2. A dømmes til å tåle inndragning av kr 150.000,- – etthundreogfemtitusen kroner – jf straffeloven § 34.

3. A dømmes til å betale saksomkostninger med kr 10.000,- – titusen – kroner."

A har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Prinsipielt har han påberopt at det foreligger feil ved saksbehandlingen. Subsidiært har han anket over straffutmålingen. Ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs beslutning 19. mai 1999 er anken tillatt fremmet.

Grunnlaget for saksbehandlingsanken er følgende:

Den 29. januar 1996 rømte B, som sonet en dom på 14 års fengsel for narkotikaforbrytelse, fra X landsfengsel. A ble mistenkt for å ha hjulpet B med flukten. Under etterforskningen innledet politiet et samarbeid med en av de innsatte ved landsfengslet, C. I samtale mellom C og A skal A ha sagt seg villig til å bistå ved en ny rømning, og mot et vederlag på kr 80.000 påtok A seg å tegne en skisse av fengslet. Denne skulle overleveres mot betaling av det avtalte vederlag til en medhjelper utenfor Mega på Y 21. desember 1996. Da A møtte frem for å overlevere skissen, ble han møtt av politibetjent D. D var utstyrt med skjult mikrofon og båndopptaker og gav seg ut for å være den avtalte medhjelper. Før pengene ble overlevert, ble A spurt om hans deltakelse i Bs rømning. Samtalen ble tatt opp på bånd, og ifølge utskrift av lydbåndopptaket skal A ha innrømmet at han hjalp B å flykte, og gitt en nærmere forklaring på hvordan dette skjedde.

A har forklart at den innrømmelse han kom med overfor C og politibetjent D, var oppdiktet, og at den hadde som formål å overbevise om at han var i stand til å bistå ved en fremtidig rømning.

Både for herredsretten og for lagmannsretten ble som bevis blant annet benyttet vitneforklaringer av C og politibetjent D. Det ble også fremlagt lydbåndopptak, utskrift og rapporter vedrørende samtaler mellom C og A, og lydbåndopptak og utskrift av samtalen mellom A og politibetjent D. A gjorde for begge instanser innsigelser mot at disse bevisene skulle tillates ført, men hans innsigelser ble ikke tatt til følge.

Forsvareren har anført at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, skulle ha vært avskåret. Disse bevisene er fremskaffet ved utradisjonelle etterforskningsskritt, og de kan bare brukes som bevis såfremt vilkårene for å akseptere etterforskning med provokasjonstilsnitt er oppfylt. Etter forsvarerens oppfatning er disse vilkårene ikke til stede. Han har i denne forbindelse blant annet gjort gjeldende at provokasjonshandlingene må anses å være foretatt i strid med de regler som straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen kapittel 8 inneholder om hvordan avhør av siktede skal foregå. Bevisene må etter dette anses ulovlig ervervet, og dette må etter forsvarerens syn ha som konsekvens at de skulle ha vært nektet ført. Til støtte for dette har han blant annet anført at måten de er innhentet på, støter an mot viktige straffeprosessuelle prinsipper.

Aktor har gjort gjeldende at de utradisjonelle etterforskningsskrittene som har vært benyttet, ikke bare hadde som formål å fremskaffe opplysninger om Bs rømning, men også å undersøke om det forelå fluktplaner for andre fanger, og om andre enn A var involvert. Etter aktors oppfatning kan provokasjon for å fremskaffe bevis for allerede foretatte handlinger ikke likestilles med provokasjon i form av medvirkning til

Side 1271

gjennomføring av en straffbar handling. Han er imidlertid enig med forsvareren i at utradisjonelle etterforskningsskritt av den karakter som har vært benyttet her, krever en særskilt begrunnelse. Etter hans oppfatning er den aktuelle sak av en slik karakter at det var grunnlag for å benytte slike etterforskningsskritt. De er også gjennomført på en måte som må anses akseptabel.

For det tilfelle at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, skulle bli ansett ulovlig ervervet, har aktor anført at de likevel ikke kan avskjæres. Spørsmålet om ulovlig ervervede bevis skal tillates ført, må bero på en interesseavveining. I dette tilfellet må interesseavveiningen medføre at de må tillates ført.

Mitt syn på saken

Jeg har kommet til at anken over saksbehandlingen må tas til følge.

Både aktor og forsvarer har i sine prosedyrer vært opptatt av forholdet mellom provokasjon i form av bistand til gjennomføring av en straffbar handling, og provokasjon som består i å fremprovosere beviser for en straffbar handling som er begått. Etter min oppfatning antar provokasjonshandlinger som tar sikte på å fremskaffe beviser for straffbare handlinger som er begått, så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningsskritt.

I vår sak dreier det seg om etterforskningsskritt som tar sikte på å fremprovosere forklaring fra siktede, og for slike etterforskningsskritt gjør særlige hensyn seg gjeldende. Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til

egen straffeffelse. Dette prinsipp er blant annet kommet eksplisitt til uttrykk i FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Det er her fastsatt at enhver ved behandling av en siktelse mot ham for en straffbar handling har rett til "[i]kke å bli tvunget til å vitne mot seg selv eller erkjenne seg skyldig". Den europeiske menneskerettighetskonvensjon inneholder ikke noe tilsvarende uttrykkelig forbud mot såkalt "selvinkriminering", men etter sikker praksis må et slikt forbud anses innebygd i kravet om rettfærdig rettergang i denne konvensjonens artikkel 6 nr. 1. Jeg viser her blant annet til dommer av Den europeiske menneskerettighetsdomstol av 25. februar 1993 i saken Funke mot Frankrike (EMD-1984-10828) og av 17. desember 1996 i saken Saunders mot Storbritannia (EMD-1991-19187). Både FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon utgjør i dag en del av norsk rett, se menneskerettsloven § 2 og straffeprosessloven § 4. Men også lenge før disse konvensjonene ble gjort til norsk rett, har det vært et grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt. For at retten til å forholde seg taus skal være reell, bestemmer straffeprosessloven § 232 første ledd at mistenkte før han blir avhørt under etterforskningen, skal gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har noen plikt til å forklare seg. Nærmere regler om hvordan mistenkte skal avhøres under etterforskningen, er gitt i påtaleinstruksen kapittel 8.

I dette tilfellet er A ved politiets bruk av C og politibetjent D blitt forledet til å forklare seg om den befatning som han etter politiets syn skal ha hatt med Bs rømning. Dette skjedde uten at A selv hadde invitert

Side 1272

til kontakt med C og D. Etter min mening har politiet ved den fremgangsmåte som er blitt benyttet, ikke i tilstrekkelig grad respektert mistenktes rett til å forholde seg taus.

Fra aktors side er det anført at de provokasjonshandlinger som ble foretatt overfor A, ikke bare hadde som formål å fremskaffe opplysninger om Bs rømning, men også søke å avdekke om det fantes fluktplaner for andre fanger, og om andre enn A var involvert. Etter min mening kan det at etterforskningsskrittene hadde et slikt bredere siktemål, ikke medføre at de må betraktes som lovlige. Slik forholdene ligger an i vår sak, kan det ikke være tvilsomt at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, må anses å inngå som ledd i den strafferettslige etterforskning som var iverksatt mot A. B rømte fra X landsfengsel 29. januar 1996. Umiddelbart etter at flukten hadde funnet sted, ble A mistenkt for å ha hjulpet B med å rømme, og den 19. februar 1996 ble A varetektsfengslet for dette. Aktor har i skranken for Høyesterett opplyst at det før 14. mars 1996 i alt var foretatt seks avhør av A. I tillegg var det før dette tidspunkt foretatt ransaking på hans bopel og gjennomført beslag av penger og innhentet opplysninger om hvilke samtaler som hadde funnet sted fra hans mobiltelefon. De utradisjonelle etterforskningsskritt som ankesaken gjelder, ble gjennomført i desember 1996. Etter at disse var gjennomført, ble det i tidsrommet fra 22. desember 1996 til 31. januar 1997 foretatt tre nye avhør av A. Jeg viser også til at A under samtalen med politibetjent D 21. desember 1996 uttrykkelig ble spurt om sin medvirkning ved Bs flukt. Det at etterforskningsskrittene også hadde andre formål, kan under disse omstendigheter ikke gjøre dem rettmessige.

Jeg er etter dette kommet til at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, er ulovlig ervervet, og det blir da spørsmål om hvilken betydning dette skal ha.

Under forberedelsen av straffeprosessloven ble det vurdert å lovregulere i hvilken utstrekning ulovlig ervervede bevis skulle tillates benyttet. Det ble imidlertid funnet vanskelig å utforme nærmere lovregler om dette, og spørsmålet ble derfor overlatt til domstolene å løse, se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker (1969), side 197 og Ot.prp.nr.35 (1978-79) om lov om rettergangsmåten i straffesaker, side 139.

Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795.

I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk

Side 1273

straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset. Jeg er på dette grunnlag kommet til at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, skulle ha vært avskåret.

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

Domfellelsen for overtredelsen av våpenloven § 33, jf. § 8 er rettskraftig avgjort ved herredsrettens dom. Når domfellelsen for overtredelsen av straffeloven § 131 første ledd annet straffalternativ blir opphevd, må det fastsettes ny straff for dette forholdet, se straffeprosessloven § 348 annet ledd. For dette forholdet finner jeg at straffen passende kan settes til en bot på kr 5.000, subsidiært fengsel i 10 dager.

Jeg stemmer for denne dom:

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves. For det forhold som er rettskraftig avgjort ved herredsrettens dom, fastsettes straffen til en bot på 5.000 – femtusen – kroner, subsidiært fengsel i 10 – ti – dager.

Dommer Matningsdal: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

Dommer Lund: Likeså.

Dommer Tjomsland: Likeså.

Justitiarius Smith: Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne dom:

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves. For det forhold som er rettskraftig avgjort ved herredsrettens dom, fastsettes straffen til en bot på 5.000 – femtusen – kroner, subsidiært fengsel i 10 – ti – dager.

Norges Høyesteretts ankeutvalg - Kjennelse. - HR-2009-634-U - Rt-2009-345

Instans	Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse.
Dato	2009-03-19
Publisert	HR-2009-634-U – Rt-2009-345
Stikkord	Sivilprosess. Tvisteloven. Sakskostnader.
Sammendrag	Anken gjaldt spørsmålet om en beslutning av lagmannsretten om å rette en sakskostnadsavgjørelse lå innenfor rettingsadgangen etter tvisteloven § 19-8. Høyesteretts ankeutvalg kom til at lagmannsretten hadde bygget på en uriktig tolking av § 19-8. Det var ikke adgang til å foreta en retting som medførte at avgjørelsens reelle innhold ble endret.
Saksgang	Eidsivating lagmannsrett LE-2008-48886 – Høyesterett HR-2009-634-U, (sak nr. 2009/420), sivil sak, anke over beslutning.
Parter	Bragerhaug & Beitostølen AS (advokat Brynjulf Næss) mot Jotunheimen Eiendom AS (advokat Knut Westrum).
Forfatter	Schei, Skoghøy og Øie.

-
- (1) Anken gjelder spørsmålet om en beslutning av lagmannsretten om å rette en sakskostnadsavgjørelse ligger innenfor rettingsadgangen etter tvisteloven § 19-8.
 - (2) Saken har sin bakgrunn i en omfattende entreprisavtale mellom Jotunheimen Eiendom AS som byggherre og Bragerhaug & Beitostølen AS som entreprenør om utarbeidelse av et hytteområde i Vang kommune i Valdres. Det oppsto en rekke uenigheter mellom partene i kjølvannet av prosjektet.
 - (3) Valdres tingrett avsa 5. desember 2007 dom i saken med slik slutning:
«I hovedsøksmålet:
Jotunheimen Eiendom AS v/styrets formann dømmes til å betale til Bragerhaug & Beitostølen AS v/styrets formann kr 5.275.164 eks mva. med tillegg av morarenter fra forfall til betaling skjer.
Oppfyllelsesfrist er 2 uker fra dommens forkynnelse.
Partene bærer egne omkostninger.
I motsøksmålet:
Bragerhaug & Beitostølen AS v/styrets formann dømmes til å betale til Jotunheimen Eiendom AS v/styrets formann kr 2.184.704 med tillegg av lovens rente fra forfall til betaling skjer.
Oppfyllelsesfrist er 2 uker fra dommens forkynnelse.
Partene bærer egne omkostninger.»
 - (4) Jotunheimen Eiendom AS anket dommen til Eidsivating lagmannsrett, og Bragerhaug & Beitostølen AS inngav avledet anke. I anken krevde Jotunheimen Eiendom AS at lagmannsretten ble satt med fagkyndige meddommere, og fagkyndige meddommere ble oppnevnt.
 - (5) Lagmannsretten avsa dom 14. november 2008 (LE-2008-48886) med slik domsslutning:
«1. Jotunheimen Eiendom AS har rettighetene til videre uttak av masser fra massetak

«Knuppen» i Tyin i Vang kommune.

2. Jotunheimen Eiendom AS betaler Bragerhaug og Beitostølen AS kr 2.045.306 – tomillionerogførtifemtusentrehundreogseks – kroner inklusive merverdiavgift og 900.000 – nihundretusen – kroner i morarente fram til domstidspunktet innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen. I tillegg kommer rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 på beløpene fra forfall til betaling skjer.
3. Partene bærer sine egne saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett.»

- (6) Lagmannsrettens dom ble påanket til Høyesterett av Jotunheimen Eiendom AS for så vidt gjaldt beregningen av forsinkelsesrenter, og Bragerhaug & Beitostølen AS inngav avledet anke i relasjon til samme spørsmål. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 19. mars 2009 ble Jotunheimen Eiendom AS' anke ikke tillatt fremmet, og den avledede anken falt da bort.
- (7) Den 19. november 2008 skrev lagmannsretten brev til de fagkyndige meddommerne og prosessfullmektigene om fastsettelse av godtgjørelse til de fagkyndige meddommerne. I brev av 16. desember 2008 gjorde advokat Brynjulf Næss på vegne av Bragerhaug & Beitostølen AS gjeldende at utgiftene til de fagkyndige meddommerne måtte bæres av Jotunheimen Eiendom AS alene fordi selskapet etter rettsgebyrloven § 2 andre ledd var ansvarlig for kostnadene overfor retten, noe sakskostnadsavgjørelsen ikke rokket ved. Den 22. desember 2008 utstedte Domstoladministrasjonen faktura til advokat Næss, hvor det ble krevd dekket rettsgebyr for avledet anke samt halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommerne.
- (8) I brev 5. januar 2009 til Domstoladministrasjonen bestred advokat Næss grunnlaget for fakturaen av 22. desember 2008. Det var senere telefonisk kontakt mellom lagdommer Inger-Marie Dons Jensen og advokat Næss, og advokat Næss opprettholdt sitt syn i brev til retten 30. januar 2009.
- (9) Den 9. februar 2009 besluttet lagmannsretten å fastholde faktureringen, og samtidig rette dommen og domsslutningen i medhold av tvisteloven § 19-8. I brevet fra lagdommer Inger-Marie Dons Jensen til advokat Næss heter det:

«Advokat Brynjulf Næss har på vegne av Bragerhaug & Beitostølen AS protestert mot å betale halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommerne som ble oppnevnt for lagmannsretten. Lagmannsretten fastholder imidlertid sin fakturering. Lagmannsretten fant det helt nødvendig med fagkyndige meddommere i ankesaken, og de fagkyndige meddommerne ble oppnevnt i begge parters interesse. Partene fikk derfor også anledning til å foreslå en meddommer hver. Etter ankeforhandlingen ble det avklart med begge prosessfullmektigene på telefon at de fagkyndige meddommerne kunne ta betalt pr. time etter samme sats. En enstemmig lagmannsrett mente under saksomkostningsavgjørelsen å pålegge hver av partene å betale halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommerne. At dette ikke fremgår uttrykkelig av dommen, antas å kunne rettes etter tvisteloven § 19-8, jf. vedlegg. Rettsgebyrloven § 2 annet ledd første punktum, som påberopes av advokat Næss, gjelder forskuddsbetaling, og «innebærer ingen endelig avgjørelse av fordelingen av saksomkostningene mellom partene», jf. rundskriv G-29/98 side 11.»
- (10) I dommen ble slutningen punkt 3 endret, slik at den etter endringen lyder slik:

«Partene bærer sine egne saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett, herunder halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommerne i lagmannsretten.»
- (11) Det ble foretatt tilsvarende retting på side 23 i premissene, slik at det fremgikk at egne omkostninger inkluderte «halvparten av utgiftene til de fagkyndige meddommerne som er oppnevnt for lagmannsretten i begge parters interesse».
- (12) *Bragerhaug & Beitostølen AS* har i rett tid anket rettingsbeslutningen til Høyesterett, og har i det vesentlige anført:

- (13) Lagmannsretten har tolket tvisteloven § 19-8 uriktig og overskredet sin kompetanse når Bragerhaug & Beitostølen AS er pålagt å bære halvparten av kostnadene ved fagkyndige meddommere gjennom retting av domsslutningen. Dette kan utvalget prøve, jf. tvisteloven § 29-3. Tvisteloven § 19-8 gir adgang til å rette klare feil. Ingen av de forhold lagmannsretten peker på i brevet av 9. februar 2009, tilsier at det foreligger en klar feil som etter bestemmelsen gir adgang til retting.
- (14) Det var Jotunheimen Eiendom AS som krevde at retten ble satt med meddommere. Dette faktum endres ikke av at Bragerhaug & Beitostølen AS fikk anledning til å foreslå en meddommer, eller at det ble gitt anledning til å inngi merknader før meddommernes godtgjørelse ble fastslått. Verken av premissene eller domsslutningen i dommen av 14. november 2008 fremgår noe om at utgiftene til meddommerne skal deles likt. Når Jotunheimen Eiendom AS er ansvarlig for utgiftene overfor retten i medhold av rettsgebyrloven § 2, vil Jotunheimen Eiendom AS måtte bære disse utgiftene alene i mangel av annen avgjørelse, jf. tvisteloven § 20-1.
- (15) Bragerhaug & Beitostølen AS har nedlagt slik påstand:
«1. Lagmannsrettens beslutning oppheves.
2. Jotunheimen Eiendom AS betaler Bragerhaug & Beitostølen AS sakens omkostninger.»
- (16) *Jotunheimen Eiendom AS* har tatt til motmæle, og har i hovedsak anført:
- (17) Den retting som er foretatt av lagmannsretten, innebærer ingen endring av fordelingen av utgifter mellom partene, men en tydeliggjøring av det retten hele tiden har ment, nemlig at partene skal dele utgiftene til de fagkyndige meddommerne likt. Det er ikke ved rettingen, men ved den opprinnelige dommen, at Bragerhaug & Beitostølen AS ble pålagt å betale halvparten av disse utgiftene. Sakskostnadsavgjørelsen ble ikke påanket av Bragerhaug & Beitostølen AS, og resultatet kan da heller ikke endres gjennom en anke over rettingsbeslutningen. En opphevelse av lagmannsrettens rettingsbeslutning vil uansett ikke ha noen betydning, idet samme resultat følger allerede av dommen før rettingen.
- (18) Det er heller ingen tvil om at rettingen ligger innenfor de endringer som kan besluttes i medhold av tvisteloven § 19-8. Den manglende presisering av at utgiftene til de fagkyndige meddommerne skulle deles mellom partene, beror på en åpenbar forglemmelse. Dette underbygges av lagmannsrettens håndtering av oppnevningen og de senere spørsmål om godtgjørelse til meddommerne. I tvisteloven § 19-8 er vilkåret for retting lempet sammenliknet med tvistemålsloven § 156, idet det nå er tilstrekkelig at feilen er «klar». Etter tvistemålsloven måtte det være tale om «åpenbare uriktigheter eller utelatelser». Dette får imidlertid ingen betydning i denne saken. Mer inngrepene endringer er tidligere akseptert rettet, jf. HR-1990-602-K.
- (19) Jotunheimen Eiendom AS har nedlagt slik påstand:
«1. Eidsivating lagmannsretts beslutning om retting av dom i sak 08-048886ASD-ELAG stadfestes.
2. Bragerhaug & Beitostølen AS v/styrets leder dømmes til å betale sakens omkostninger.»
- (20) **Høyesteretts ankeutvalg** bemerker:
- (21) Det følger av tvisteloven § 29-3 tredje ledd at beslutninger bare kan påankes «på det grunnlag at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelse, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig».

- (22) Ankeutvalget er kommet til at anken må tas til følge.
- (23) Som fremholdt av Høyesteretts ankeutvalg i kjennelse 11. mars 2009 (HR-2009-580-U) avsnitt 25, kan uttrykket «hvilke avgjørelser retten kan treffe», ikke bare sikte til avgjørelsens art, men må også omfatte innholdet av avgjørelsen. Det rettslige spillerom lagmannsretten hadde da den fattet beslutningen om retting, må fastlegges på grunnlag av en tolking av tvisteloven § 19-8 og de lovbestemmelser som regulerer ansvaret for utgiftene til meddommere. Ankeutvalget kan prøve om lagmannsrettens beslutning beror på en riktig tolking av disse bestemmelsene.
- (24) For tingretten bestemmer tvisteloven § 9-12 første ledd at retten under hovedforhandlingen skal settes med to meddommere dersom «en av partene krever det eller retten finner det ønskelig». Andre og tredje ledd regulerer i hvilke tilfeller meddommerne skal være fagkyndige, og hvilken fagkyndighet meddommerne i tilfelle skal besitte. Adgangen til å oppnevne meddommere under ankeforhandlingen for lagmannsretten, reguleres av § 29-17, som fastsetter:
- «Når anke over dom ikke skal avgjøres etter en fullt ut skriftlig behandling, kan retten settes med to meddommere. § 9-12 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende.»
- (25) § 29-17 viser ikke til § 9-12 første ledd. Det fremgår imidlertid av lovforarbeidene at bestemmelsen tar sikte på å videreføre tidligere gjeldende rett om at partene også for lagmannsretten kan kreve retten satt med meddommere, se Ot.prp.nr.51 (2004–2005), side 211. Dersom en part begjærer meddommere, må han derfor ha krav på å få oppnevnt meddommere selv om retten ikke skulle anse dette nødvendig, jf. Tore Schei mfl., Tvisteloven – kommentarutgave, Bind II, 2007, side 1325.
- (26) Etter rettsgebyrloven § 2 andre ledd må den som har begjært en forretning eller et rettergangsskritt, dekke de utgifter som er forbundet med forretningen eller rettergangsskrittet. Dersom meddommere blir oppnevnt av retten av eget tiltak, må det følge av denne bestemmelse at ansvaret overfor det offentlige påhviler saksøkeren eller den ankende part. I tilfeller hvor meddommere blir oppnevnt etter begjæring, må det være den som har begjært meddommere, som er ansvarlig. Dette må gjelde selv om meddommere uten slik begjæring ville ha blitt oppnevnt av retten av eget tiltak.
- (27) Når lagmannsretten har funnet å fordele utgiftene til meddommere med en halvpart på hver av partene, er det begrunnet med at lagmannsretten «fant det helt nødvendig med fagkyndige meddommere i ankesaken», og at de fagkyndige meddommerne derfor ble «oppnevnt i begge parters interesse». Etter ankeutvalgets oppfatning bygger denne uttalelse på en uriktig tolking av rettsgebyrloven § 2 andre ledd. Det følger av tvisteloven § 20-1 at spørsmålet om hvem som overfor det offentlige er ansvarlig for rettslige sideutgifter, reguleres av rettsgebyrloven. Etter rettsgebyrloven § 2 andre ledd er det når det foreligger begjæring om meddommere, uten betydning for partenes ansvar for meddommerutgiftene om lagmannsretten av eget tiltak ville ha oppnevnt meddommere dersom dette ikke var blitt begjært.
- (28) Lagmannsretten har i rettingsbeslutningen bygd på det syn at det fulgte av sakskostnadsavgjørelsen i dommen av 14. november 2008 at utgiftene til meddommere skulle deles mellom partene. Dette er utvalget ikke enig i. Når dommen fastsetter at hver av partene skal bære «egne saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett», og ikke omtaler utgiftene til meddommere, følger det av rettsgebyrloven § 2 andre ledd at disse utgiftene må bæres av Jotunheimen Eiendom AS. Rettsavgjørelser må tolkes objektivt, og så lenge det ikke er fastsatt noe annet i sakskostnadsavgjørelsen, er det den som overfor det offentlige er ansvarlig for meddommerutgiftene, som må bære disse.
- (29) Det fremgår av lagmannsrettens rettingsbeslutning at den enstemmig har ment å pålegge hver av partene å betale halvparten av utgiftene til meddommerne. Dette gir imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for å rette sakskostnadsavgjørelsen. For at en rettsavgjørelse skal kunne rettes, må det

være tale om en «skrive- eller regnefeil, misforståelse, forglemmelse eller lignende klar feil», se tvisteloven § 19-8. I rettspraksis under tvistemålsloven var det for retting av sakskostnadsavgjørelser lagt til grunn at det måtte fremgå av avgjørelsen eller av de prosesshandlinger som var foretatt, at avgjørelsen var feil, se Rt-2004-1644 med henvisninger til tidligere rettspraksis. Dette må fortsatt gjelde, jf. Tore Schei mfl., *Tvisteloven – kommentarutgave*, Bind I, 2007, side 807-808. § 19-8 gir ikke adgang til å foreta en retting som medfører at avgjørelsens reelle innhold blir endret. Lagmannsretten har i rettingsbeslutningen bygd på at rettingsadgangen er videre enn det som utvalget her har gitt uttrykk for, og dette beror da på en uriktig tolking av § 19-8.

- (30) Lagmannsrettens rettingsbeslutning av 9. februar 2009 må etter dette oppheves.
- (31) Anken har ført frem, og i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 må Bragerhaug & Beitostølen AS tilkjennes sakskostnader for Høyesteretts ankeutvalg. Disse fastsettes til 8 000 kroner med tillegg av ankegebyr 5 160 kroner, til sammen 13 160 kroner.
- (32) Kjennelsen er enstemmig.

Slutning:

- 1. Lagmannsrettens beslutning om retting oppheves.*
- 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Jotunheimen Eiendom AS til Bragerhaug & Beitostølen AS 13 160 – trettentusenett hundreogseksti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.*

Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2021-63748

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2021-06-29
Publisert	LB-2021-63748
Stikkord	Straffeprosess. Saksbehandlingsfeil. Oppnevning av forsvarer Straffeprosessloven § 100 og § 322. Påtaleinstruksen § 8-1a.
Sammendrag	Mann ble i tingretten dømt til 2 år og 11 måneders fengsel for voldtekt av sin stedatter. Mannen anket saksbehandlingen til lagmannsretten for mangelfull informasjon om rett til forsvarer. Lagmannsretten konkluderte med at det forelå saksbehandlingsfeil og tingrettens dom ble opphevet. (Sammendrag ved Lovdata.)
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2021-6899 – Borgarting lagmannsrett LB-2021-63748 (21-063748AST-BORG/04).
Parter	A (advokat Jørgen Wesenlund Spangen) mot Oslo statsadvokatembeter (statsadvokat Anne Christine Stoltz Wennersten).
Forfatter	Lagdommer Halvor Aas, lagmann Hans-Petter Jahre og lagdommer Øystein Hermansen.

Oslo tingrett avsa 16. april 2021 dom med slik domsslutning:

1. A, født 0.0.1966, dømmes for overtredelse av straffeloven § 291 bokstav a til fengsel i 2 – to – år og 11 – elleve – måneder. Varetekt kommer til fradrag med 3 – tre – dager, jf. straffeloven § 83.
2. A dømmes til innen to uker fra forkyning av dommen å betale 120 000 – etthundreogtyvetusen – kroner i oppreisning til B.

Det vises til dommen for sakens bakgrunn.

A har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Det er anket over saksbehandlingen, subsidiært bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og straffutmålingen.

Påtalemyndigheten har godtatt dommen og foreslått anken nektet fremmet.

Lagmannsretten bemerker:

Lagmannsretten har enstemmig funnet det klart at tingrettens dom bør oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, og at anken kan avgjøres uten ankeforhandling, jf. straffeprosessloven § 322 første ledd nr. 1, jf. § 326 første ledd andre punktum.

A ble av tingretten dømt til fengsel i to år og elleve måneder for voldtekt til seksuell omgang med sin ektefelles datter på 20 år, jf. straffeloven § 291 bokstav a.

A forklarte seg ulikt under hovedforhandlingen for tingretten enn i politiavhørene og ble derfor konfrontert med forklaringen sin fra avhørene, jf. straffeprosessloven § 290. Det fremgår av rettsboken at «større deler» av politiforklaringene ble lest opp. Det ble gjennomført to politiavhør av A. Han ble pågrepet natt til 10. august 2019 og det første avhøret ble gjennomført senere samme dag. Det andre avhøret ble gjennomført 16. juni 2020.

I forsvarers støtteskriv til hans saksbehandlingsanke er det gjort gjeldende at A under avhørene med politiet ikke fikk tilstrekkelig informasjon om sin rett til forsvarer samt at han ikke ga et tilstrekkelig klart avkall på denne retten. Det er anført at politiet burde gitt melding til retten med anmodning om å vurdere oppnevning av

offentlig forsvarer for A, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd, jf. påtaleinstruksen § 8-1a. Politiavhørene av A er derfor ulovlig ervervet og skulle ikke blitt brukt som bevis for tingretten, med den følge at tingrettens dom må oppheves.

Konkret er det gjort gjeldende at A kun i lukket og ledet form ble spurt om han ønsket forsvarer, og at de åpenbare språkproblemene og hans manglende forståelse for straffeprosess burde gjort det klart at han ikke evnet å gi et informert avkall på sin rett til forsvarer.

Lagmannsretten har kommet til at det ble begått saksbehandlingsfeil i forbindelse med avhørene av A og at det må føre til at tingrettens dom oppheves, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.

Etter lagmannsrettens syn hadde A krav på forsvarer allerede under det første avhøret av ham samme dag han ble pågrepet, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd. Politiet burde derfor anmodet tingretten om å oppnevne en forsvarer for ham, jf. påtaleinstruksen § 8-1a. Om anvendelsen av straffeprosessloven § 100 andre ledd på etterforskningsstadiet, viser lagmannsretten særlig til Rt-2015-844 og Rt-2015-860.

A var siktet for voldtekt etter straffeloven § 291, et straffebud med strafferamme på 10 år. Han risikerte å bli idømt en lengre ubetinget fengselsstraff. Han har ikke norsk som morsmål, det var ikke tolk tilstede, og i løpet av avhøret må det ha blitt klart for politiet at A hadde problemer med å forstå alt som ble sagt til han. Det forelå «særlige grunner» for oppnevning av forsvarer på etterforskningsstadiet, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd.

At A ikke fikk oppnevnt forsvarer utgjør som utgangspunkt en saksbehandlingsfeil fra politiet, med mindre det kan godtgjøres at årsaken til at det ikke ble oppnevnt forsvarer var fordi A frivillig ga avkall på sin rett til forsvarer. Et slikt avkall må i så fall ha vært gitt på et tilstrekkelig informert grunnlag, jf. HR-2016-379-A.

Etter å ha gjennomgått lydopptak av avhørene er lagmannsretten av den oppfatning at A ga avkall på sin rett til forsvarer, men at dette avkallet ikke ble gitt på et tilstrekkelig informert grunnlag.

A ble pågrepet rundt klokken 03:00 natt til 10. august 2019. Han ble deretter avhørt for første gang rundt klokken 12:30 samme dag. I dette første avhøret innledet avhører med å si at A kan ha en forsvarer med seg i avhøret. Deretter sa han at han spurte A før de startet avhøret om han ønsket forsvarer og at A da sa nei. Avhører spurte A om dette var riktig forstått, og A svarte ja. Etter lagmannsrettens syn er det svært uheldig at ikke denne forutgående samtalen, hvor A formentlig ble nærmere forklart sin rett til forsvarer, er gjort til del av avhøret. Det er uklart om A ble forklart rekkevidden av sin rett til forsvarer og muligheten til å få en forsvarer oppnevnt av det offentlige. Bevistvilen om hvilken informasjon som ble gitt i denne samtalen, og siktedes respons på denne, må komme siktede til gode, idet politiet nokså enkelt kunne sikret notoritet.

Gjennom dette avhøret blir det etter lagmannsrettens syn også klart at A på grunn av språkproblemer har vanskeligheter med å forstå alt som blir sagt til han. Dette skaper tvil om han har forstått rekkevidden av sin rett til forsvarer, og dermed om hans avkall er gitt på et tilstrekkelig informert grunnlag. Uten at lagmannsretten ser det som nødvendig å ta stilling til om det utgjør en selvstendig saksbehandlingsfeil, foreligger det etter lagmannsrettens syn også tvil om det var riktig å gjennomføre avhøret uten tolk.

A ble innkalt til gjennomlesning av det første avhøret den 15. august 2019. Her ble han forklart sine rettigheter av en ny avhører. Her nevnte A at han ikke ønsket forsvarer fordi han ikke hadde råd til det. Avhører opplyste kort om at det finnes en mulighet for å få en forsvarer oppnevnt av det offentlige. A svarte bekreftende til dette, men samtalen gikk fort videre til et annet tema, uten at det ble tatt opp igjen senere. Lagmannsretten forstår dette som at A har trodd at han selv måtte betale for en eventuell forsvarer. Slik det ble fremstilt, kan det ikke ha blitt oppfattet som klart at en oppnevnt forsvarer ville bli betalt av det offentlige. Dette taler videre for at hans avkall på forsvarer i det første avhøret ikke var tilstrekkelig informert.

Etter lagmannsrettens syn foreligger det derfor saksbehandlingsfeil ved at A ikke ble gitt tilstrekkelig informasjon om sin rett til forsvarer. Politiet burde fått oppnevnt en forsvarer for ham, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd, jf. påtaleinstruksen § 8-1a.

Politiavhøret som bevis er således blitt til på ulovlig måte. Spørsmålet blir om det var feil å tillate opplesning av As forklaring fra dette avhøret under hovedforhandlingen i tingretten, jf. straffeprosessloven § 290.

I HR-2021-966-A avsnitt 18-22 uttaler Høyesterett om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i straffesaker:

(18) Gjennom rettspraksis er det utviklet regler om bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Det er lagt til grunn at vurderingstemaet er det samme i straffesakene og de sivile sakene, selv om de konkrete avveiningene og resultatet kan bli forskjellig. Jeg viser til Rt-2009-1526 avsnitt 28, Rt-2013-1282 avsnitt 42, Rt-2014-1105 avsnitt 48 og HR-2017-1894-U avsnitt 16.

(19) På strafferettens område er ikke prinsippene for bevisavskjæring lovfestet. Straffeprosesslovkomiteen vurderte spørsmålet om lovregulering i sin utredning NUT 1969: 3 på side 197, men kom til at løsningen burde overlates til teori og praksis som tidligere. Departementet sluttet seg til denne vurderingen i Ot.prp.nr.35 (1978–1979) side 139. En sentral avgjørelse om avskjæring av bevis i straffesaker er Rt-1999-1269 Verksbetjent. På side 1272 fremhever førstvoterende at det ved vurderingen av om et bevis skal nektes ført, blant annet må legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet av beviset. Han uttaler at beviset i så fall «normalt [må] nektes ført», mens det i andre tilfeller må foretas en interesseavveining.

(20) Ved vedtakelsen av tvisteloven ble reglene om bevisavskjæring lovfestet for sivile saker. Jeg viser til tvisteloven § 22-7, som lyder:

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

(21) Siktemålet med lovfesting var å videreføre gjeldende rett i tråd med den rettspraksis som forelå, og som gjaldt både straffesaker og sivile saker, se NOU 2001:32 B side 961. Uttrykket «i særlige tilfeller» viser at hovedregelen er at beviset tillates ført. Spørsmålet om avskjæring må avgjøres ut fra en bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. På side 961 i utredningen uttaler Tvistemålsutvalget dette om vurderingskriteriene:

«For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet. Det kriterium utvalget har valgt, fremhever spesielt det sistnevnte momentet. Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte.»

(22) Som nevnt har det vært lagt til grunn at vurderingstemaet er det samme i straffesakene og de sivile sakene. I tråd med dette har det etter vedtakelsen av tvisteloven § 22-7 blitt vanlig å vise til bestemmelsen også i straffesakene, se for eksempel Rt-2009-1526 avsnitt 29, Rt-2014-1105 avsnitt 47 og HR-2017-1894-U avsnitt 16. Riktignok er det også i nyere avgjørelser vist til Rt-1999-1269 Verksbetjent. Den todelingen som er skissert i dommen – utskillingen av tilfellene hvor føring av beviset innebærer gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet som en egen kategori – er imidlertid nedtonet. Det legges i stedet opp til en bredere vurdering, hvor flere momenter er trukket inn. Etter mitt syn er denne tilnærmingen en naturlig konsekvens av at bevisavskjæringsnormen nå er tatt inn i tvisteloven § 22-7 som en kodifikasjon av tidligere praksis både i straffesaker og sivile saker. Uttrykket «gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet» er dessuten vagt og temmelig skjønnspreget. Det er derfor ikke spesielt godt egnet som avgrensningskriterium for en egen kategori tilfeller. Når momentet uansett inngår i den bredere vurderingen som må foretas – og etter omstendighetene med betydelig vekt – er det heller ingen reelle grunner til å trekke et slikt skille mellom tilfellene som verksbetjendommen bygger på.

Ved vurderingen av om beviset skal nektes ført, må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset. I tråd med blant annet verksbetjendommen må det dessuten vurderes om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse. Andre relevante momenter er hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken.

At politiavhøret ble lest opp i tingretten er etter lagmannsrettens syn en alvorlig feil og innebærer en fortsettelse av den krenkelsen som ble begått ved erverv av beviset. Retten til forsvarer er en grunnleggende prosessuell rettighet. Det vises til punkt 3 i LB-2015-90290-2.

Det foreligger derfor feil ved tingrettens behandling av saken. Dommen må oppheves hvis det må antas at denne feilen kan ha innvirket på dommens innhold, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd. Nederst på side 4 i dommen trekker tingretten frem As forklaring i det første politiavhøret som «sentralt» i bevisvurderingen under skyldspørsmålet. I andre avsnitt på side fem i dommen blir As endrede forklaring fra politiavhørene til den forklaringen han ga i retten vektlagt i en vurdering av hans troverdighet. Samlet sett synes det klart for lagmannsretten at politiavhøret av A som bevis må antas å ha kunnet innvirket på dommens innhold.

Tingrettens dom med hovedforhandling blir som følge av dette å oppheve, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.

Dommen er enstemmig.

SLUTNING

Tingrettens dom av 16. april 2021 med hovedforhandling oppheves.

Internasjonalt

Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom - Case of SCHATSCHASCHWILI v. GERMANY (Norsk sammendrag)

Instans	Menneskerettsdomstolen – Domstol (Storkammer) – Dom
Tittel	Case of SCHATSCHASCHWILI v. GERMANY (Norsk sammendrag)
Dato	2015-12-15
Publisert	EMDN-2010-9154., EMD-2010-9154
Saksgang	9154/10
Viktighetsnivå	1
Klager	Swiadi Schatschaschwili
Innklaget	Tyskland
Konklusjon	Krenkelse av artikkel 6+6-3-d – Retten til en rettferdig rettergang (Artikkel 6 – Straffeprosess Artikkel 6-1 – Forsvarlig behandling) (Artikkel 6 – Retten til en rettferdig rettergang Artikkel 6-3-d – Avhør av vitner) Rimelig erstatning avvist (for sent fremmet) (Artikkel 41 – Rimelig erstatning).
Votum	Separat votum
Artikler/stikkord	EMK art 6 EMK art 6 + EMK art 6 -3-d EMK art 6 -1 EMK art 6 -3-d EMK art 35 EMK art 41 –(art. 6) right to a fair trial (art. 6) criminal proceedings (art. 6-1) fair hearing (art. 6-3-d) examination of witnesses (art. 35) admissibility criteria (art. 41) just satisfaction- {general} (art. 41) just satisfaction/ (art. 6) retten til en rettferdig rettergang (art. 6) straffeprosess (art. 6-1) forsvarlig behandling (art. 6-3-d) avhør av vitner (art. 35) saker som kan prøves (art. 41) rimelig erstatning- {generell} (art. 41) rimelig erstatning
Rettspraksis	A.G. v. Sweden (dec.), no. 315/09, 10 January 2012 Aigner v. Austria, no. 28328/03, §§ 41-43, 10 May 2012 Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom ([GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011) Asadbeyli and Others v. Azerbaijan, nos. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 and 16519/06, § 134, 11 December 2012 Beggs v. the United Kingdom, no. 25133/06, §§ 156-159, 6 November 2012 Bobeş v. Romania, no. 29752/05, §§ 39-40, 9 July 2013 Brzuszczyński v. Poland, no. 23789/09, §§ 85-88, 17 September 2013 Cevat Soysal v. Turkey, no. 17362/03, §§ 76-79, 23 September 2014 Chmura v. Poland, no. 18475/05, §§ 50-51, 3 April 2012 D.T. v. the Netherlands (dec.), no. 25307/10, § 50, 2 April 2013 Damir Sibgatullin v. Russia, no. 1413/05, §§ 54-56, 24 April 2012 Fařfrowicz v. Poland, no. 43609/07, §§ 56-63, 17 April 2012 Gabrielyan v. Armenia, no. 8088/05, 10 April 2012 Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05, §§ 163 and 175, ECHR 2010 Gani v. Spain, no. 61800/08, 19 February 2013 Garofolo v. Switzerland (dec.), no. 4380/09, §§ 52-53 and 56-57, 2 April 2013 Gonzáles Nájera v. Spain (dec.), no. 61047/13, §§ 54-56, 11 February 2014 Heglas v. the Czech Republic, no. 5935/02, § 84, 1 March 2007 Horncastle and Others v. the United Kingdom, no. 4184/10, §§ 150-151, 16 December 2014 Hümmel v. Germany, no. 26171/07, 19 July 2012 Imbrioscia v. Switzerland, 24 November 1993 no. 13972/88, § 36, Series A no. 275 Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, § 94, ECHR 2006 IX Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, §§ 709-16, 25 July 2013 Kostecki v. Poland, no. 14932/09, §§ 65-67, 4 June 2013 Lučić v. Croatia, no. 5699/11, §§ 79-80, 27 February 2014 Lüdi v. Switzerland, 15 June 1992 no. 12433/86, § 43, Series A no.

238Matytsina v. Russia, no. 58428/10, §§ 163-65, 27 March 2014McGlynn v. the United Kingdom (dec.), no. 40612/11, §§ 23-24, 16 October 2012Mitkus v. Latvia, no. 7259/03, §§ 101-102 and 106, 2 October 2012N.C. v. Italy [GC], no. 24952/94, § 56, ECHR 2002 XNechto v. Russia, no. 24893/05, §§ 119-127, 24 January 2012Nikolitsas v. Greece, no. 63117/09, §§ 35-37, 3 July 2014Pichugin v. Russia, no. 38623/03, §§ 196-200, 23 October 2012Prăjină v. Romania, no. 5592/05, 7 January 2014Rosin v. Estonia, no. 26540/08, 19 December 2013Rudnichenko v. Ukraine, no. 2775/07, §§ 105-110, 11 July 2013Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, ECHR 2008Salikhov v. Russia, no. 23880/05, §§ 1165-118 et seq., 3 May 2012Şandru v. Romania, no. 33882/05, §§ 62-70, 15 October 2013Sarkizov and Others v. Bulgaria, nos. 37981/06, 38022/06, 39122/06 and 44278/06, § 58, 17 April 2012Schenk v. Switzerland, 12 July 1988 no. 10862/84, § 45, Series A no. 140Scholer v. Germany, no. 14212/10, § 60, 18 December 2014Sellick and Sellick v. the United Kingdom (dec.), no. 18743/06, §§ 54-55, 16 October 2012Sică v. Romania, no. 12036/05, §§ 73-77, 9 July 2013Štefančič v. Slovenia, no. 18027/05, §§ 42-47, 25 October 2012Suldin v. Russia, no. 20077/04, §§ 56-59, 16 October 2014Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, §§ 83-84, ECHR 2010Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 4570/07, §§ 44-45, 10 July 2012Tseber v. the Czech Republic, no. 46203/08, 22 November 2012Vronchenko v. Estonia, no. 59632/09, § 58, 18 July 2013Windisch v. Austria, 27 September 1990 no. 12489/86, § 23, Series A no. 186Yevgeniy Ivanov v. Russia, no. 27100/03, §§ 45-50, 25 April 2013

Fakta:

Klageren var en georgisk statsborger, som i 2006 ranet leiligheten til to litauiske kvinner, sammen med en medskyldig. I februar 2007 ranet klageren to latviske kvinner, sammen med flere andre medskyldige. De to kvinnene i det andre ranet forklarte seg for politiet, og ble også avhørt av en forhørsdommer, ettersom de ønsket å reise tilbake til Latvia. På dette tidspunktet var klageren ikke informert om etterforskningen. Kort tid etter avhøret av forhørsdommeren reiste de to vitnene til Latvia, og i mars 2007 ble klageren arrestert.

Førsteinstansdomstolen innkalte de to latviske kvinnene til rettsaken, men begge vitnene nektet å møte på grunn av psykiske problemer. Førsteinstansdomstolen kontaktet latviske myndigheter for hjelp, men dette førte heller ikke til at vitnene møtte. Etter flere forsøk på å komme i kontakt med vitnene, fant førsteinstansdomstolen at avhørene av vitnene kunne føres som bevis. Førsteinstansdomstolen dømte klageren for to tilfeller av grovt ran, grov utpressing og tvang.

Klageren anket avgjørelsen, men ankedomstolen avviste anken som åpenbart ugrunnet. Klageren anket til konstitusjonsdomstolen, men konstitusjonsdomstolen avviste anken uten behandling.

Klageren brakte saken inn for Domstolen 12. februar 2010, og i dom 17. april 2014 [no. 9154/10], avsagt i kammer, konkluderte Domstolen med at det ikke forelå noen krenkelse av artikkel 6. Saken ble 8. september 2014 besluttet henvist til avgjørelse i storkammer, etter anmodning fra klageren.

Tredjepartsintervensjon fra Tsjeckia.

Anførsler:

Klageren anførte at hans rettergang ikke hadde vært rettfærdig, og at prinsippet om likeverdige muligheter («equality of arms») hadde blitt krenket, ettersom verken klageren eller hans forsvarer hadde fått mulighet til å utspørre vitnene til det ene påståtte lovbruddet. Klageren mente dette krenket hans rettigheter etter artikkel 6 (1) og (3)(d).

Staten imøtegikk klagerens anførsler.

Domstolens vurderinger:

Domstolen behandlet først de generelle prinsippene som ble framsatt i *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* [GC] (nos. 26766/05 and 22228/06). I den saken ble det slått fast at der det er nødvendig å vurdere utsagn fra vitner som ikke er til stede og blir utspurt under rettssaken som bevis, må det tas utgangspunkt i en tretrinns vurdering. Det første spørsmålet er om det var en god grunn for at vitnet var fraværende. Det andre spørsmålet er om vitnets utsagn var eneste eller avgjørende grunnlag for domfellelse. Det tredje spørsmålet som må vurderes er om det forelå tilstrekkelige utbalanserende faktorer som kompenserte for forsvarets ulemper som følge av at uprøvde bevis ble tillatt fremmet, og som etter en helhetlig vurdering sikret en rettferdig rettergang. Domstolen utdypet disse prinsippene gjennom å vurdere hvordan de tre spørsmålene skal vurderes i forhold til hverandre. Domstolen vurderte først om mangel på en god grunn for et vitnes fravær i seg selv utgjorde en krenkelse av artikkel 6 (1) og (3), noe Domstolen svarte benektende. Deretter vurderte Domstolen om tilstrekkelige utbalanserende faktorer er nødvendige dersom beviset ikke er det eneste eller avgjørende grunnlaget for domfellelse. Domstolen fant at den må ta stilling til om det foreligger tilstrekkelige utbalanserende faktorer uavhengig av om beviset er det eneste eller avgjørende grunnlaget for domfellelse, ettersom Domstolen skal vurdere om prosessen i helhet var rettferdig.

Domstolen anvendte deretter disse prinsippene på denne aktuelle saken. Det første Domstolen vurderte var om det var en god grunn til at vitnene ikke deltok i rettssaken. Domstolen fant at førsteinstansdomstolen gjorde alt som var rimelig innenfor det eksisterende regelverket for å sikre at vitnene deltok i rettssaken. Det forelå altså en god grunn, fra førsteinstansdomstolens synspunkt, for at vitnene ikke deltok, og at uttalelsene de hadde avgitt til politiet som resultat ble tillatt ført som bevis. Domstolen vurderte deretter om vitnenes utsagn var eneste eller avgjørende bevis for klagerens domfellelse. Domstolen slo fast at vitnenes uttalelser ikke var eneste bevis, men at det var avgjørende for klagerens domfellelse. De øvrige bevisene som forelå var annenhåndskunnskap og indisier. Domstolen vurderte deretter om det forelå tilstrekkelige utbalanserende faktorer som kompenserte for ulempene som følge av at vitnenes uttalelser ble ført som bevis. Domstolen bemerket at de nasjonale domstolene behandlet uttalelsene med varsomhet, og at det forelå enkelte andre bevis som styrket vitnenes uttalelser. Dette var likevel ikke tilstrekkelig til å rette opp det at klageren eller hans forsvarer ikke fikk mulighet til å stille spørsmål til vitnene på noe stadium av prosessen, og Domstolen fant at prosessen ikke hadde vært rettferdig. Domstolen konkluderte med ni stemmer mot åtte at det forelå en krenkelse av artikkel 6 (1) og (3)(d).

Menneskerettsdomstolen - Domstol (Storkammer) - Dom - Case of AL-KHAWAJA and TAHERY v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag)

Instans	Menneskerettsdomstolen – Domstol (Storkammer) – Dom
Tittel	Case of AL-KHAWAJA and TAHERY v. THE UNITED KINGDOM (Norsk sammendrag)
Dato	2011-12-15
Publisert	EMDN-2005-26766., EMD-2005-26766
Saksgang	26766/05 ; 22228/06
Viktighetsnivå	1
Klager	Al-Khawaja and Tahery
Innklaget	Storbritannia
Konklusjon	Ingen krenkelse av Art. 6-1+6-3-d ; Krenkelse av Art. 6-1+6-3-d ; Ikke-økonomisk skade – erstatning tilkjent.
Votum	Separat votum
Artikler/stikkord	EMK art 6 ; EMK art 6 -1 ; EMK art 6 -3 ; EMK art 6 -3-d ; EMK art 41 – «(art. 6) criminal proceedings» «(art. 6-1) adversarial trial» «(art. 6-1) fair hearing» «(art. 6-3) rights of defence» «(art. 6-3-d) examination of witnesses»«(art. 6) straffeprosess» «(art. 6-1) kontradiktorisk behandling» «(art. 6-1) rettferdig rettergang» «(art. 6-3) rett til forsvar» «(art. 6-3-d) avhør av vitner»
Rettspraksis	A.M. v. Italy, no. 37019/97, ECHR 1999-IX ; Bonev v. Bulgaria, no. 60018/00, 8 June 2006 ; Bricmont v. Belgium, 7 July 1989 no. 10857/84, Series A no. 158 ; Caka v. Albania, no. 44023/02, §§ 112-116, 8 December 2009 ; Condron v. the United Kingdom, no. 35718/97, § 56, ECHR 2000-V ; Doorson v. the Netherlands, 26 March 1996 no. 20524/92, § 70, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 470 ; Dzelili v. Germany (dec.), no. 15065/05, 29 September 2009 ; Ferrantelli and Santangelo v. Italy, 7 August 1996 no. 19874/92, § 52, Reports 1996-III ; Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05, ECHR 2010-... ; Guilloury v. France, no. 62236/00, §§ 57-62, 22 June 2006 ; John Murray v. the United Kingdom, 8 February 1996 no. 18731/91, Reports 1996-I ; Kornev and Karpenko v. Ukraine, no. 17444/04, §§ 54-57, 21 October 2010 ; Kostovski v. the Netherlands, 20 November 1989 no. 11454/85, Series A no. 166 ; Krasniki v. the Czech Republic, no. 51277/99, 28 February 2006 ; Lucà v. Italy, no. 33354/96, ECHR 2001-II ; Lüdi v. Switzerland, 15 June 1992 no. 12433/86, Series A no. 238 ; Mika v. Sweden (dec.), § 37, no. 31243/06, 27 January 2009 ; Mild and Virtanen v. Finland, no. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005 ; Pello v. Estonia, no. 11423/03, 12 April 2007 ; Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC], no. 28901/95, ECHR 2000-II ; S. v. the Federal Republic of Germany, no. 8945/80, decision of 13 December 1983, Decisions and Reports (DR) 39, p. 43 ; Saïdi v. France, 20 September 1993 no. 14647/89, Series A no. 261-C ; Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, § 50, 27 November 2008 ; Solakov v. «the former Yugoslav Republic of Macedonia», no. 47023/99, § 57, ECHR 2001-X ; Stanford v. the United Kingdom, 23 February 1994 no. 16757/90, § 26, Series A no. 282-A ; T. v. the United Kingdom [GC], no. 24724/94, § 83, 16 December 1999 ; Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, § 84, 16 November 2010 ; Unterpertinger v Austria judgment, 24 November 1986 no. 9120/80, Series A no. 110 ; Visser v. the Netherlands, no. 26668/95, § 56, 14 February 2002 ; X v. Belgium, no. 8417/78, decision of 4 May 1979, D.R. 16, p. 205 ; X. v. Austria, no. 4428/70, decision of 1 June 1972, Collection 40, p. 1 ; X. v. the Federal Republic of Germany, no.

Fakta:

Den første klageren var en britisk lege, som hadde blitt tiltalt for å ha begått seksuelle overgrep ovenfor to kvinnelige pasienter. Overgrepene skulle angivelig ha skjedd mens pasientene var under hypnose. Før rettsaken kom opp til behandling begikk en av kvinnene selvmord. Kvinnen hadde imidlertid avgitt politiforklaring og aktoratet ønsket å lese opp forklaringen for juryen. Dommeren tillot forklaringen opplest etter å ha vurdert blant annet forklaringens betydning, øvrige bevis og vitner i saken og klagerens mulighet til å imøtegå innholdet i forklaringen. Overfor juryen påpekte dommeren at forklaringen fra avdøde ikke var gitt direkte i retten, ikke var blitt gjenstand for krysseksaminasjon, at tiltalte hadde benektet innholdet og at forklaringen måtte sammenholdes med øvrige vitneforklaringer. Klageren ble til slutt dømt for forholdet.

Den andre klageren var en iraner som var tiltalt for å ha knivstukket en kurdisk mann under et gjengoppgjør. Da politiet ankom åstedet oppga ingen av vitnene å ha sett klageren knivstikke fornærmede. Ett av vitnene forklarte imidlertid et par dager senere til politiet at klageren hadde utført knivstikkingen. Under rettssaken tillot dommeren vitnets politiforklaring lest opp da vitnet ikke ønsket å møte i retten på grunn av frykt for represalier. Denne frykten skyldtes imidlertid ikke tiltalte selv. Dommeren vurderte blant annet forklaringens innhold og betydning, forsvarers mulighet til kontradiksjon og viste til at lovgiver nettopp for slike tilfeller hadde åpnet for opplesning av politiforklaringer. Dommeren veiledet også i denne saken juryen i vurderingen av bevisene og ba juryen ta særlige hensyn ved vurderingen av den oppleste politiforklaringen. Klageren ble dømt for forholdet.

Domstolen i kammer kom 20. januar 2009 enstemmig til at det forelå krenkelse av artikkel 6 i begge sakene. Etter anmodning fra staten ble saken 1. mars 2010 henvist til behandling i storkammer.

Anførsler:

Klagerne anførte at retten til rettferdig rettergang og kontradiksjon i artikkel 6(1) og (3) bokstav d) var krenket. Staten imøtegikk klagerens anførsler.

Domstolens vurderinger:

Innledningsvis uttalte Domstolen at artikkel 6 først og fremst påkrevde en overordnet helhetsvurdering av prosessens rettferdighet. I denne vurderingen måtte Domstolen ta hensyn til interessene til forsvarer, offentligheten, ofrene og vitnene. Artikkelens tredje ledd bokstav d), påpekte Domstolen, sprang ut av prinsippet om kontradiksjon, som blant annet innebar at bevisene skal føres for åpen rett i tiltaltes påsyn slik at tiltalte får mulighet til å imøtegå dem.

Domstolen uttalte videre at det måtte foreligge gode grunner dersom det skulle aksepteres at vitner, i strid med hovedregelen, ikke møtte for retten. Et vitnes død var åpenbart en tilstrekkelig god grunn. Når det gjaldt vitnenes frykt, fant Domstolen at frykt som retten gjennom sine undersøkelser kunne knytte til trusler fra tiltalte eller tiltaltes kompanjonger, var en tilstrekkelig god grunn. Hvis vitnet hadde en mer generell frykt for å bli utsatt for skader eller lide finansielt tap som følge av forklaring i retten, men uten at denne frykten kunne knyttes direkte til trusler fra tiltalte eller tiltaltes forbundsfeller, måtte retten undersøke om denne frykten var objektivt begrunnet og underbygget av bevis. Uansett måtte retten også vurdere alternative måter å la vitnet avgi forklaring i retten på, for eksempel ved anonymisering.

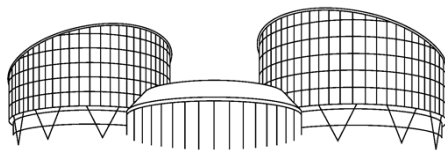
Videre uttalte Domstolen at domfellelse som baserte seg utelukkende eller i avgjørende grad på forklaringen fra et fraværende vitne, som ikke på noe tidspunkt hadde blitt krysseksaminert av forvaret, ikke automatisk ville innebære en krenkelse av retten til rettferdig rettergang i artikkel 6. I slike tilfeller måtte imidlertid Domstolen

foreta en meget grundig vurdering av rettergangen, inkludert hvorvidt det forelå tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier som sørget for en rettferdig og grundig vurdering av bevisets troverdighet. Domfellelse basert på et slikt bevis kunne følgelig bare være i samsvar med artikkel 6 hvis beviset var tilstrekkelig troverdig sett i forhold til dets betydning i saken.

Domstolen måtte således, for å vurdere hvorvidt det overordnede kravet om rettferdig rettergang var imøtekommet, foreta en vurdering av tre faktorer. For det første hvorvidt det var nødvendig å tillate politiforklaringene opplest, det vil si om det forelå en god grunn. For det andre hvorvidt disse bevisene var det eneste eller avgjørende grunnlaget for domfellelse av klagerne. For det tredje, hvorvidt prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i tilstrekkelig grad ivaretok hensynet til forsvaret og en rettferdig rettergang.

Hva angikk den første klagerens sak, mente Domstolen, at nødvendighetskravet var uproblematisk da opplesning var den eneste muligheten for at avdødes forklaring kunne bli vurdert overhodet. Videre viste Domstolen til at den nasjonale domstolens konklusjon om at forklaringen var avgjørende og sentralt for domfellelsen. Domstolen tok så til vurdering de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene. Den pekte på at forklaringen ikke var det eneste beviset i saken og den hadde blitt underbygget og styrket av forklaringene fra avdødes venner, som hun hadde betrodd seg til. Uttalelsene fra den andre kvinnen som var utsatt for overgrep, var dessuten i stor grad i overenstemmelse med den oppleste forklaringen. Domstolen fant også at dommerens veiledning av juryen i bevisvurderingen og aktorats øvrige bevis, satte juryen i stand til å foreta en rettferdig og grundig vurdering av forklaringens troverdighet. Etter en helhetlig vurdering av disse faktorene, fant Domstolen at de kryssende hensyn hadde blitt balansert på en slik måte at kravet til rettferdig rettergang var ivare tatt, til tross for de ulempene opplesningen innebar for forsvaret. Domstolen konkluderte med 15 mot 2 stemmer med at det ikke forelå krenkelse av artikkel 6 for den første klagerens vedkommende.

Domstolen gikk så videre til å anvende de samme vurderingene på den andre klagerens sak. I forhold til vitnets frykt mot å forklare seg i retten, anså Domstolen denne frykten for å være tilstrekkelig etablert på objektive grunnlag og viste videre til at alternativer til opplesning ikke var aktuelle. Domstolen bemerket at vitnet var det eneste som hevdet faktisk å ha sett knivstikkingen. Heller ikke fornærmede kunne med sikkerhet utpeke hvem som hadde stukket ham, selv om han antok at det var klageren. Vitnets øyenvitneforklaring var videre ikke underbygget av andre påviselige fakta. Domstolen anså beviset som, om ikke det eneste, så i alle fall det avgjørende beviset i saken da domfellelse vanskelig ville la seg gjøre uten dette beviset. Svakheten, uttalte Domstolen, lå særlig i at tiltalte, i mangel av kryssseksaminasjon, ikke kunne gå inn på detaljene av hva øyenvitnet angivelig skulle ha sett eller hans motivasjon for vitneprovet. Denne ulempen for forsvaret ble ikke oppveid av at tiltalte selv i sin forklaring for retten kunne imøtegå forklaringen eller dommerens veiledning av juryen i bevisbedømmelsen. På dette grunnlaget anså Domstolen juryen ikke hadde fått anledning til å foreta en rettferdig og grundig vurdering av vitneforklaringens troverdighet. Ulempen for forsvaret ble ikke oppveid av andre prosessuelle rettssikkerhetsgarantier og sett under ett var rettergangen derfor ikke rettferdig. Domstolen konkluderte enstemmig med at det forelå en krenkelse av artikkel 6.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

GRAND CHAMBER

CASE OF IBRAHIM AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM

(Applications nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09)

JUDGMENT

STRASBOURG

13 September 2016

This judgment is final but it may be subject to editorial revision.

Contents

PROCEDURE	1
THE FACTS.....	3
I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE.....	3
A. Introduction.....	3
B. The first three applicants.....	4
1. The arrests and interviews	4
2. The trial of the first three applicants.....	10
3. The appeal of the first three applicants.....	28
C. The case of the fourth applicant	34
1. The fourth applicant’s questioning by the police	34
2. The fourth applicant’s trial	37
3. The fourth applicant’s appeal	44
II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE	45
A. Cautions	45
B. Safety interviews.....	46
1. The Terrorism Act 2000	46
2. The relevant provisions of Code C	47
C. The admissibility of evidence	48
D. The reopening of criminal proceedings	49
III. RELEVANT EUROPEAN UNION AND INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS	49
A. European Union law	49
1. The right to be informed	49
2. The right of access to a lawyer	50
3. Privilege against self-incrimination and right to silence	51
B. International law	52
1. The International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”).....	52
2. International criminal tribunals.....	52
IV. RELEVANT COMPARATIVE LEGAL MATERIALS	55
A. Council of Europe States	55
B. The United States.....	55
C. Canada.....	56
THE LAW.....	56
I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (c) OF THE CONVENTION.....	56
A. The Chamber’s conclusions.....	57

B. The parties' submissions to the Grand Chamber	57
1. The applicants	57
2. The Government	59
3. The third party intervener	61
C. The Court's assessment.....	61
1. General principles	61
2. The application of the general principles to the facts of the case	71
II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION	85
A. Damage	85
B. Costs and expenses.....	85
C. Default interest	86
FOR THESE REASONS, THE COURT,	86
CONCURRING OPINION OF JUDGE MAHONEY.....	88
JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING OPINION OF JUDGES SAJÓ AND LAFFRANQUE	92
JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES SAJÓ, KARAKAŞ, LAZAROVA TRAJKOVSKA AND DE GAETANO	105
JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGES HAJIYEV, YUDKIVSKA, LEMMENS, MAHONEY, SILVIS AND O'LEARY.....	107
PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE LEMMENS	123
DISSENTING OPINION OF JUDGE SAJÓ	124

In the case of Ibrahim and Others v. the United Kingdom,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Guido Raimondi, *President*,
András Sajó,
Işıl Karakaş,
Luis López Guerra,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Ganna Yudkivska,
Khanlar Hajiyev,
Nona Tsotsoria,
Vincent A. De Gaetano,
Julia Laffranque,
Paul Lemmens,
Paul Mahoney,
Johannes Silvis,
Dmitry Dedov,
Robert Spano,
Iulia Motoc,
Síofra O’Leary, *judges*,

and Lawrence Early, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 25 November 2015 and 2 June 2016,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in four applications (nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”).

2. The first three applications were lodged by Mr Muktar Said Ibrahim (“the first applicant”), Mr Ramzi Mohammed (“the second applicant”) and Mr Yassin Omar (“the third applicant”), all three Somali nationals, on 22 October 2008. The fourth application was lodged on 29 July 2009 by Mr Ismail Abdurahman, a British national who was born in Somalia (“the fourth applicant”).

3. The applicants were represented as follows:

- Mr Ibrahim and Mr Mohammed were represented by Irvine Thanvi Natas, a firm of solicitors based in London, assisted by Mr J. Bennathan QC, counsel.

- Mr Omar was represented by Arani Solicitors, a firm of solicitors based in Middlesex, assisted by Mr S. Vullo, counsel.

- Mr Abdurahman was represented by Mr J. King and Ms A. Faul, counsel.

4. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr P. McKell, of the Foreign and Commonwealth Office.

5. The applicants alleged a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) in that they had been interviewed by the police without access to a lawyer and that statements made in those interviews had been used at their trials.

6. The applications were allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 14 September 2010 the Court decided to give notice of Mr Abdurahman’s application to the Government.

7. On 22 May 2012 the applications lodged by the first three applicants were joined and declared partly inadmissible by a Chamber of the Fourth Section of the Court. On the same date, the Chamber decided to give notice of their complaints concerning their lack of access to a lawyer and the admission of the statements at their trial to the Government.

8. On 16 December 2014 a Chamber of the Fourth Section, composed of Ineta Ziemele, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Ledi Bianku, Zdravka Kalaydjieva, Paul Mahoney and Krzysztof Wojtyczek, judges, and Françoise Elens-Passos, Section Registrar, gave judgment. They unanimously declared admissible the applicants’ complaints under Article 6 §§ 1 and 3 (c) concerning their lack of access to a lawyer and the admission of the statements at trial. They held by a majority that there had been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention. The dissenting opinion of Judge Kalaydjieva was annexed to the judgment.

9. In letters of 5 and 16 March 2015 Mr Omar and Mr Abdurahman respectively requested the referral of the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. The panel of the Grand Chamber granted the requests on 1 June 2015.

10. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24 of the Rules of Court.

11. The applicants and the Government each filed further written observations on the merits (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were received from Fair Trials International, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

12. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 25 November 2015 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr P. MCKELL, *Agent*,
 LORD KEEN OF ELIE QC, ADVOCATE GENERAL OF SCOTLAND,
 Mr D. PERRY QC,
 Mr L. MABLY, *Counsel*,
 Mr R. MACNIVEN, *Adviser*;

(b) *for the first three applicants*

Mr J. BENNATHAN QC,
 Mr J. BUNTING, *Counsel*;

(c) *for the fourth applicant*

Mr J. KING,
 Ms A. FAUL, *Counsel*.

The Court heard addresses by Lord Keen, Mr Bennathan and Mr King and their answers in reply to questions put by the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

13. The applicants were born in 1978 (Mr Ibrahim), 1981 (Mr Mohammed and Mr Omar) and 1982 (Mr Abdurahman). The first three applicants are in detention. The fourth applicant lives in London.

A. Introduction

14. On 7 July 2005 four suicide bombs exploded on three underground trains and a bus in central London, killing fifty-two people and injuring hundreds more.

15. Two weeks later, on 21 July 2005, the first three applicants and a fourth man, Mr Hussain Osman, detonated four bombs on three underground trains and a bus in central London. On 23 July 2005 a fifth bomb was discovered abandoned and undetonated in a London park. Mr Manfo Asiedu was later identified as the fifth conspirator.

16. Although the four bombs were detonated, in each case the main charge, liquid hydrogen peroxide, failed to explode. Subsequent testing revealed that this was most likely the result of an inadequate concentration of the hydrogen peroxide necessary for it to explode given the amount of TATP (acetone peroxide, a primary explosive) used as a detonator. The

evidence showed that had the concentration of the hydrogen peroxide been higher or the TATP stronger, the bombs would have been viable.

17. The first three applicants and Mr Osman all fled the scenes of their attempted explosions. Images of the four men were, however, captured by closed-circuit television (“CCTV”) cameras. A nationwide police manhunt began and photographs and the CCTV images of the men were broadcast on national television and published in national newspapers. On 22 July 2005 a young man was shot and killed on the London underground by police after being mistaken for Mr Osman (see *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], no. 5878/08, 30 March 2016). In the days that followed, the four men were arrested, the first three applicants in England between 27 and 29 July and Mr Osman in Rome, Italy, on 30 July. They were tried and convicted for conspiracy to murder.

18. The fourth applicant gave Mr Osman shelter at his home in London during the period when Mr Osman was on the run from the police and before he fled to Rome. The police interviewed the fourth applicant in England on 27 and 28 July 2005 and arrested him on the latter date. In separate proceedings, he was tried and convicted of assisting Mr Osman and failing to disclose information after the event.

19. The details of the applicants’ arrests and initial police questioning are set out more fully below.

B. The first three applicants

1. The arrests and interviews

(a) Mr Omar

20. The first of the bombers to be arrested was Mr Omar. He was arrested on 27 July 2005 at 5.15 a.m. at a house in Birmingham. A number of police officers entered the house and found Mr Omar standing in the bathtub, fully clothed and screaming, with a rucksack on his back. The police believed that the rucksack, which was of similar dimensions to those used in the failed bomb attacks, contained a bomb. They shouted warnings before overpowering Mr Omar with the help of a TAZER device and removing the rucksack. The rucksack proved to contain an empty bucket.

21. Upon arrest, Mr Omar was cautioned by the police using the “new-style” caution (see paragraph 184 below), namely that he did not have to answer questions but that anything he did say might be given in evidence, and that adverse inferences might be drawn from his silence if he failed to mention matters later relied on by him at trial. He was asked if there was anything that he knew of anywhere that could hurt anyone. He answered, “No”. The police officers who accompanied him to the police station in London later gave evidence of a brief interview that took place in the car. According to them, they had asked again about whether there was material

anywhere that could harm someone and whether officers needed to worry about anything at his home address, to which he had replied that there was not. Later in the journey, Mr Omar volunteered the following statement:

“I was on that tube at the time of the explosions. I did not know it was going to go off, I did not want to hurt anyone ... I did not make the explosives. I was told to collect it. I went to an alleyway near a shop and collected the rucksack.”

22. Mr Omar arrived at Paddington Green Police Station, London, at 7.20 a.m. At 7.50 a.m. he requested the attendance of the duty solicitor. He was told that he was entitled to consult a solicitor but that this right could be delayed for up to forty-eight hours if authorised by a police officer of the rank of superintendent or above. At 7.55 a.m. Superintendent MacBrayne ordered that Mr Omar be held incommunicado under Schedule 8 of the Terrorism Act 2000 (see paragraphs 187 and 189 below).

23. Shortly afterwards, Superintendent McKenna directed that a “safety interview” be conducted with Mr Omar. “Safety interview” is the shorthand expression used to describe an interview conducted urgently for the purpose of protecting life and preventing serious damage to property. The detainee is questioned in order to secure information that may help avert harm to the public, by preventing a further terrorist attack, for example. The interview may occur in the absence of a solicitor and before the detainee has had the opportunity to seek legal advice (see paragraphs 188-190 and 193-198 below).

24. At around 8.50 a.m. a doctor was called to examine Mr Omar and the doctor certified him as fit to be interviewed.

25. At 9 a.m. a brief safety interview took place. It lasted three minutes and focused on whether there was anything unsafe in a bag which Mr Omar had discarded when he was arrested.

26. At 9.15 a.m. the custody officer at Paddington Green contacted the duty solicitor on behalf of Mr Omar. The duty solicitor was told that he would be contacted again once the booking-in procedure had been completed.

27. At 10.06 a.m. and 10.14 a.m. Mr Omar again requested access to a solicitor. He was told that this would be arranged as soon as the booking-in process had been completed. The booking-in process finished shortly afterwards.

28. At 10.24 a.m. the custody officer was told that a further safety interview had been authorised by Superintendent McKenna. It was recorded in writing that Mr Omar had not been given access to legal advice on the grounds that delaying the interview would involve an immediate risk of harm to persons or damage to property and that legal advice would lead to the alerting of other people suspected of having committed offences but not yet arrested, which would in turn make it more difficult to prevent an act of terrorism or to secure the arrest, prosecution or conviction of persons in connection with terrorism offences. The reasons continued:

“Omar is suspected of detonating an improvised explosive device on a ... train on Thursday 21 July 2005; this was part of an organised simultaneous attack that involved at least three other persons yet to be arrested. The identity of one of these persons has yet to be established and the whereabouts of three is yet to be established.

Omar’s premises at 58 Curtis House are believed to have been used to manufacture the improvised explosive material. My suspicion is that Omar and his three (at least) accomplices were attempting to carry out a ‘suicide attack’, killing themselves and any other persons in their immediate vicinity. The other parties to this attack are yet to be apprehended and it is imperative to preserve and secure public safety that they are identified, located and detained prior to attempting to repeat the events of 21 July. The immediate whereabouts of these other persons, the presence of other improvised explosive devices and the identities and whereabouts of ANY other persons involved in the commission, preparation or instigation of acts of terrorism connected to Omar MUST be established to prevent any loss of life or serious damage to property. Awaiting the arrival of a solicitor and permitting any pre-interview consultation before any attempt to establish the above facts WILL cause unnecessary delay to this interview process. I have considered the requirements of PACE [the Police and Criminal Evidence Act 1984] and the associated Codes of Practice and I believe that this course of action is necessary and proportionate. ANY interview with Omar under this authorisation must cease when the risk to life and public safety is averted.

In granting this authorisation I have considered Omar’s rights under Article 6 [of the Convention] and believe that this authorisation is both proportionate and necessary for ensuring the Article 2 rights of the public in general.”

29. There then followed four safety interviews of around forty-five minutes each, with a break of around fifteen to twenty minutes between each one.

30. Safety interview A commenced at 10.25 a.m. and concluded at 11.11 a.m. At the beginning of the interview, Mr Omar was given the old-style caution (see paragraph 182 below), namely that he did not need to say anything but that anything he did say might be given in evidence.

31. Safety interview B commenced at 11.26 a.m. and concluded at 12.11 p.m. Again, Mr Omar was given the old-style caution at the start of the interview.

32. At around 12.15 p.m. a doctor was called to examine Mr Omar and certified him as fit to be interviewed.

33. At 12.19 p.m. the duty solicitor was contacted and was told that safety interviews were taking place.

34. At 12.31 p.m. safety interview C commenced. This time, Mr Omar was given the new-style caution (see paragraph 184 below). It finished at 1.17 p.m. and Mr Omar was given a hot meal.

35. At 1.35 p.m. safety interview D commenced, following the administration of the old-style caution. It was completed at 2.20 p.m.

36. During the safety interviews, Mr Omar either claimed that he did not recognise the other suspects from the photos in the media or he gave an incorrect account of how he knew some of them. He deliberately incorrectly described their involvement in the events of 21 July.

37. Meanwhile, at 2.15 p.m., the custody officer contacted the duty solicitor, who indicated that he would arrive at the police station at 3.30 p.m. At 3.40 p.m. the duty solicitor arrived at the custody suite and was allowed to read the custody record.

38. At 4.08 p.m. Mr Omar was placed in a room for consultation with the duty solicitor. That consultation was interrupted at 4.15 p.m. for a further brief safety interview, which began at 4.19 p.m. and concluded at 4.21 p.m. and was conducted in the presence of the solicitor.

(b) Mr Ibrahim

39. The next suspect to be arrested was Mr Ibrahim. He was arrested two days later, on 29 July 2005, at 1.45 p.m. in a flat in West London. Mr Mohammed was also present at the flat.

40. Mr Ibrahim was given the new-style caution (see paragraphs 21 above and 184 below) and put into a forensic suit. He was asked whether there was any material on the premises which might cause danger to any person. He replied that there was not. He was also asked whether there was any material anywhere which the police should know about and he replied that the police already knew about “58 Curtis House” because they had been there already. He identified the other man at the West London flat as Mr Mohammed and was asked whether Mr Mohammed had control of any materials likely to cause danger. He replied, “No, listen, I’ve seen my photo and I was on the bus but I didn’t do anything, I was just on the bus”. He was told that he would be interviewed about that later and that all the police wanted to know was whether there was anything at another location that was likely to cause danger. Mr Ibrahim said, “Look, I know you’re trying to link us with 7/7. I’ve seen it on the television. That’s nothing to do with us. I don’t know these people. I’m a Muslim. I can’t tell lies. Okay I did do the bus, but I had nothing to do with 7/7.” The officer replied, “Look, we’re not interviewing you about any of those matters at this stage”.

41. Mr Ibrahim arrived at Paddington Green Police Station at 2.20 p.m. He requested the assistance of the duty solicitor.

42. At 4.20 p.m. he was reminded of his right to free legal advice and replied that he understood what had been said to him. The duty solicitor was contacted at 4.42 p.m. At 5 p.m. the duty solicitor called the police station and asked to speak to Mr Ibrahim. She was told that Mr Ibrahim was unavailable for a consultation. The solicitor called again at 5.40 p.m. and was told that her details would be passed to the officer in charge of the investigation, but that telephone contact was impractical because the appropriate consultation rooms were unavailable.

43. At 6.10 p.m. Superintendent MacBrayne ordered an urgent safety interview and directed that Mr Ibrahim be held incommunicado. The custody record explained that his right to access to legal advice had been delayed because there were reasonable grounds for believing that delaying

an interview would involve immediate risk of harm to persons or serious loss of, or damage to, property; and that it would lead to the alerting of other persons suspected of committing a terrorist offence but not yet arrested, which would make it more difficult to prevent an act of terrorism or secure the apprehension, prosecution or conviction of a person in connection with terrorism offences. The record gave detailed reasons, as follows:

“IBRAHIM is suspected of detonating an improvised explosive device on the London transport system on Thursday the 21st July 2005, this was part of an organised simultaneous attack that involved at least three other persons and I believe was a ‘suicide attack’ and those concerned were intent on killing themselves and inflicting mass casualties on the public. The total extent of those involved is not yet established and other suspects may remain at large ... [I]t is not known at this stage how much explosive was manufactured; where any may still be; or if it is under the control of an individual or individuals who may still conduct a similar attack.

It is imperative to preserve and secure public safety that all appropriate measures are taken to identify, locate and detain any other suspects prior to attempting to repeat the events of 21st July. It is necessary to take all proportionate steps to detain any persons engaged in the commission, preparation or instigation of acts of terrorism related to this matter to protect the public, prevent loss of life and substantial damage to property. Awaiting the arrival of a solicitor and permitting any pre-interview consultation before any attempt to establish the above facts WILL cause unnecessary delay to this interview process. I have considered the requirements of PACE and the associated Codes of Practice and I believe that this course of action is necessary and proportionate. ANY interview with Ibrahim under this authorisation must cease when the risk to life and public safety is averted.

In granting this authorisation I have considered Ibrahim’s rights under Article 6 ... and believe that this authorisation is both proportionate and necessary for ensuring the Article 2 rights of the public in general.”

44. At 7 p.m. a different solicitor called the police station and asked to speak to “Ibrahim Muktar Said”. She was told that no-one of that name was held at the police station. At 7.45 p.m., when it was established that a Mr Ibrahim was at the police station, she was contacted and told that he was already represented by the duty solicitor. Meanwhile, Mr Ibrahim was seen by the forensic medical examiner and given a hot vegetarian meal.

45. At 7.58 p.m. Mr Ibrahim was taken from his cell for a safety interview. At the beginning of the safety interview he was given the new-style caution (see paragraphs 21 above and 184 below). During the interview, he was read the notes of the police officers concerning what he had said during his arrest but he declined to make any comment or to sign them. He was asked whether he had any materials such as explosives or chemicals stored anywhere. He denied knowing where any such materials might be stored or having any knowledge of planned attacks which might endanger the public. He told the police that he did not know anything about explosives and that he had no links with any terrorist groups. When pressed on whether he knew about other people, other devices and other plans, he said that he did not deal with explosives and did not know anyone who did.

When further pressed about whether there was “something out there” that could hurt someone, he said that if he knew anything he would tell the police. He repeated that he knew nothing about explosives and that he did not know anyone planning to carry out suicide attacks. He added that he did not know anyone who dealt with explosives, was a danger to society or was planning terrorist activities. He accepted that he knew Mr Omar, but denied knowing the other two men connected with the events of 21 July whose pictures had been shown on television. He was unaware of anyone he knew having been involved in these events. He said that Mr Mohammed was not someone who would be prepared to do anything like that. The safety interview ended at 8.35 p.m.

46. Meanwhile, at 8 p.m. the second solicitor contacted the custody officer and a note was made in the custody record that there was an issue of two solicitors wishing to represent Mr Ibrahim. At 8.15 p.m., the second solicitor called again seeking to speak to him.

47. At 8.45 p.m. the duty solicitor arrived at the police station. Mr Ibrahim was sleeping and saw the solicitor at 10.05 p.m. Around an hour later, Mr Ibrahim said that he did not want the services, at that stage, of the second solicitor.

48. During subsequent interviews while Mr Ibrahim was in detention, which were conducted in the presence of a solicitor, he made no comment.

(c) Mr Mohammed

49. The last of the three suspects to be arrested was Mr Mohammed. He was arrested and cautioned, using the new-style caution (see paragraphs 21 above and 184 below), on 29 July 2005 at 3.22 p.m. at the same West London flat as Mr Ibrahim. He was asked whether there was anything inside the flat that could cause harm to police officers or members of the public. He replied, “No”.

50. He arrived at Paddington Green Police Station at 4.29 p.m. At 4.39 p.m. he requested the assistance of the duty solicitor, and the forensic procedure commenced. At 5.05 p.m. the custody officer asked the relevant officers to inform him whether Mr Mohammed was to be held incommunicado and at 5.48 p.m. this was authorised.

51. Simultaneously, Superintendent MacBrayne authorised a safety interview. The reasons for delaying access to legal advice were recorded. The superintendent indicated that he believed that delaying an interview would involve immediate risk of harm to persons or serious loss of, or damage to, property; that it would lead to others suspected of having committed offences but not yet arrested being alerted; and that by alerting any other person it would be more difficult to prevent an act of terrorism or to secure the apprehension, prosecution or conviction of a person in connection with the commission, preparation or instigation of an act of

terrorism. The detailed reasons were essentially identical to those given as regards Mr Ibrahim (see paragraph 43 above).

52. At 6.59 p.m. the custody officer called the duty solicitor scheme. At 7.16 p.m. the forensic procedure was completed and at 7.19 p.m. Mr Mohammed signed the custody record indicating that he wished to speak to a solicitor as soon as practicable. At 7.34 p.m. he was told that he was being held incommunicado and shortly thereafter was permitted to return to his cell to pray.

53. At about 8 p.m. duty solicitors arrived at the front desk of Paddington Green Police Station.

54. At 8.14 p.m. the safety interview of Mr Mohammed commenced without the presence of a solicitor. He was given the new-style caution (see paragraphs 21 above and 184 below). He was told that he was suspected of involvement in the attacks of 21 July and that the police were concerned for the safety of officers and the public. They therefore needed information about any further explosives, and the people who had them, that could cause harm to the public in the near future. He replied that he had nothing to do with the events of 21 July and that he knew nothing about them. He did not recognise the photographs of the alleged perpetrators which he had seen in the media and he did not know how to make the explosive devices found. The safety interview finished eight minutes later, at 8.22 p.m.

55. The duty solicitors arrived at the custody suite at 8.40 p.m. and saw Mr Mohammed at 9.45 p.m. The delay was partly caused by Mr Mohammed's request for time to pray and the provision of a meal.

56. Two days later, on 31 July 2005, Mr Mohammed was interviewed for the second time, this time in the presence of a solicitor. Early in the interview, the solicitor read out the following statement by Mr Mohammed:

“I am not a terrorist and I'm not in any way connected to any acts of terrorism and have not been connected to any acts of terrorism particularly on 21st July or the 7th July 2005.”

57. Thereafter Mr Mohammed exercised his right to silence.

2. The trial of the first three applicants

58. The first three applicants were charged with conspiracy to murder. In September 2006, the defence statements were served. In his defence statement, Mr Omar explained that together with Mr Ibrahim he had devised a plan of constructing a device with the outward appearance of a realistic-looking explosive device but which had been specifically designed only to make a noise. He accepted that he had been involved in constructing the devices detonated on 21 July 2005 and that he was one of the underground bombers.

59. In his defence statement, Mr Ibrahim accepted that he had detailed knowledge of how to make TATP and concentrated peroxide. He admitted

that he had bought most of the ingredients for the bombs, which he said had been designed to make a noise but not to explode because there was insufficient TATP to activate the main charge. He described a meeting at 58 Curtis House with Mr Omar, Mr Mohammed and Mr Osman on 19 July 2005 and explained that Mr Mohammed and Mr Osman had been given the components that were to be used to make the devices. He maintained that his activating the device on the bus had been a mistake; he had not been able to set it off on the underground because there had been too many people and his escape might have been impeded.

60. In his defence statement, Mr Mohammed accepted that he had been one of the underground bombers. He admitted that he had carried the device but maintained that he had been given it by Mr Ibrahim so that it would make a noise and that it was to have been left on the underground train to attract maximum publicity. He said that he had helped move some of the hydrogen peroxide used to manufacture the devices and that, on 21 July 2005, he had mixed the hydrogen peroxide and flour and placed it in a container, thereafter attaching metal washers and screws to the device.

61. The trial of the first three applicants for conspiracy to murder commenced in the Crown Court at Woolwich on 15 January 2007 before Mr Justice Fulford and a jury. The applicants stood trial alongside Mr Osman, Mr Asiedu (see paragraph 15 above) and Mr Adel Yahya (accused of taking part in the essential preparation for the attacks). The trial lasted seven months.

62. The applicants' defence at trial, as indicated in their defence statements, was that although they had been involved in the events of 21 July 2005 and had detonated the explosive devices, their actions had not been intended to kill but had been merely an elaborate hoax designed as a protest against the war in Iraq. The bombs had been designed to look realistic and to cause a bang when they went off but had deliberately been constructed with flaws to ensure that the main charge would not detonate.

63. The main issue at trial was whether the failure of the devices to explode was an intentional design flaw (in which case the applicants could not be guilty of conspiracy to murder) or a mistake in the construction of the devices as contended by the prosecution. The prosecution sought to rely on the applicants' answers in their safety interviews to undermine their defence that the events of 21 July were intended as a hoax.

(a) The admissibility of the safety interviews

64. The first three applicants argued that the admission of the statements they had made during their safety interviews at the police station would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that they ought to be excluded pursuant to section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 ("PACE" – see paragraph 201 below). Counsel for Mr Omar accepted that the police had had good grounds for conducting the

interviews as they did. Counsel for Mr Ibrahim claimed that the new-style caution included an element of coercion and that his safety interview had gone beyond its safety purpose. Counsel for Mr Mohammed said that the reasons for the decision to hold a safety interview in his case were incapable of constituting reasonable grounds given the fundamental nature of the right to a lawyer. He questioned whether Mr Mohammed's safety interview had been an urgent interview at all and argued that the subject matter of the interview had exceeded questioning necessary for securing public safety.

65. A *voir dire* (a "trial within a trial" to determine the admissibility of evidence) was conducted. As Mr Omar did not challenge the lawfulness of the safety interviews or the manner in which they were conducted, the prosecution was not required to call evidence in this respect. His entire interview process, and in particular the content of his safety interviews, were taken as read. So, too, was the evidence of Superintendent McKenna, the senior officer in charge of the investigation, and the relevant evidence from the custody records. Evidence was heard from, *inter alios*, Superintendent MacBrayne, the interviewing officers and the jailer at Paddington Green police station. The judge also heard submissions from counsel.

66. Superintendent McKenna's evidence was provided in a statement of 5 October 2006 and was as follows:

"Within hours of the incident on 21 July the investigation had discovered possible identities of three of the four principal suspects. The investigation became more complicated over these first few days due to a number of complicating factors. Some of these were as follows: on Saturday 23 July a further improvised explosive device ('IED') was discovered by a member of the public apparently abandoned ..., suggesting a potential fifth hitherto unknown suspect attacker. A premises in Enfield was discovered linked to two of the known suspects at that time. A large quantity of precursor chemicals was discovered in the vicinity of these premises. The quantity of chemicals appeared to be far in excess of what would have been required to construct the IEDs used during the attacks on 21 July. It appeared that the suspects from 21 July were in receipt of considerable post-event assistance from other unidentified persons.

The net effect of the issues mentioned above was that the need to identify and locate all those involved in the events of 21st was the overriding priority of the investigation. There existed a very real fear that another attack could be mounted, either by those who had carried out the attacks on 21st, or by others, acting separately, but under the same control, or in concert with the suspects from the 21st July."

67. Superintendent MacBrayne gave evidence that he had been aware when granting permission to delay legal advice in the case of Mr Ibrahim that solicitors had been in touch with the custody suite. In his decision to delay legal advice, he had considered the period that a consultation might take but had not necessarily addressed the possibility of a telephone conference. As to the delay between the authorisation to conduct a safety interview and the start of Mr Ibrahim's interview, Superintendent MacBrayne explained that the start time of an interview was a matter for the

discretion of the officers. Once he had authorised an urgent interview, it was not realistic in these circumstances to expect him constantly to revisit the issue and determine when the interview was to occur: some decisions were left to the officers at the police station. Superintendent MacBrayne accepted that before the beginning of the safety interview of Mr Ibrahim it might have been possible for solicitors to see him but said that in his experience such conferences could be extremely protracted. He accepted that a meeting with a lawyer could be interrupted or made the subject of time-limits. In respect of Mr Mohammed's safety interview, Superintendent MacBrayne gave evidence that the need to ask questions was just as great when the interview began as it had been when the interview had been authorised. He explained that he had given the police officers at the station the tools to make the decision as to the precise time the interview should occur.

68. In his lengthy ruling on the *voir dire*, the trial judge held that the statements made during the safety interviews could be admitted. The judge referred at the outset to the explanation given by Superintendent McKenna of the situation which he had faced (see paragraph 66 above). The judge also considered the facilities available in the custody area at Paddington Green Police Station, where the applicants had been taken after their arrest and where the safety interviews had taken place. He noted that the entire custody facilities had been given over to the investigation into the attempted bombings. There were twenty-two cells, rooms for medical and forensic testing purposes and four rooms for consultations between suspects and their solicitors. However, at the time of Mr Ibrahim and Mr Mohammed's safety interviews, eighteen individuals suspected of terrorism offences were being detained at the police station.

69. The judge examined carefully the circumstances surrounding each of the applicants' arrests and safety interviews. Reviewing, first, Mr Omar's case, he noted that counsel for Mr Omar did not allege that the interviews had been oppressive. On the contrary, he said, counsel had accepted that the interviews had been necessary and fairly conducted. The judge noted:

“30. On all significant issues, it is admitted Omar, from the outset, did not tell the truth in these interviews and, in the result, he did not in any sense assist the police in their attempt to secure the safety of the public. Indeed, the position is quite the opposite ...”

70. The judge observed that, in answering the questions designed to protect the public, Mr Omar had volunteered a very large amount of misleading information. He had not incriminated himself at any stage but had instead told extensive exculpatory lies. The police officers had concentrated on issues that might have revealed information relevant to assisting them to locate people or items that could pose a danger to the public. Although the interviews had been long, it had not been suggested by counsel that the police had exceeded the requirements of what was

necessary and it had been acknowledged that the lines of questioning were relevant to public safety issues.

71. As regards Mr Ibrahim, the judge again reviewed in detail the circumstances of his arrest and questioning and noted:

“48. ... There were 18 detainees, all arrested for suspected involvement in the events of 21 July ... [T]he overall picture is of an extremely busy police station, and I accept unhesitatingly that it was impractical to enable a telephone conversation to take place between [the duty solicitor] and Ibrahim at the time of her two calls ... The custody sergeants understandably gave priority to ‘face-to-face’ conferences ... and it was not a realistic option to leave a room free with a telephone socket for telephone conversations with lawyers. [The custody sergeant] accepted, however, that there had been a breakdown in communication in telling the interviewing officers that [the duty solicitor] was trying to get through to Ibrahim on the telephone.”

72. The judge noted that the police had approached the issue of undiscovered items from a number of different directions but that at all times Mr Ibrahim had maintained that he did not know of any planned attacks for the future or hidden explosives.

73. The judge then examined the circumstances of Mr Mohammed’s arrest and questioning by the police. As regards the gap between his arrival at the police station and the start of his safety interview, the judge referred to Superintendent MacBrayne’s evidence (see paragraph 67 above).

74. The trial judge next referred to the statutory framework governing access to legal advice for those held under terrorism legislation (see paragraphs 188-190 and 193-198 below), which made it clear that where a suspect was interviewed without legal assistance, the old-style caution had to be administered because section 34(2A) of the Criminal Justice and Public Order Act 1994 prohibited the drawing of adverse inferences from silence where the suspect had not had access to legal advice (see 195 below). However, the judge considered that this did not extend to preventing the court from admitting evidence of things said by a suspect during questioning, including any lies that he told. The judge indicated that the jury would be told, first, that, contrary to the terms of the new-style caution that had been, on occasion, administered, no adverse inferences could be drawn from the applicants’ failure to mention during questioning facts later relied on at trial; and, second, that they should take on board that incorrect cautions had been given.

75. The judge turned to review domestic and Strasbourg case-law on access to legal advice and the right to silence, referring to *John Murray v. the United Kingdom*, 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I, *Condron v. the United Kingdom*, no. 35718/97, § 60, ECHR 2000-V, *Magee v. the United Kingdom*, no. 28135/95, ECHR 2000-VI, and *Averill v. the United Kingdom*, no. 36408/97, ECHR 2000-VI. He continued:

“129. In my view, the following conclusions are to be drawn from those decisions of the ECHR. First, legal advice can be withheld for good cause during the early stages

of interviews, so long as the conditions in which the interviews occur are not significantly coercive (*Magee*) and so long as access is not delayed for an excessive period (*Murray*). Moreover, interviewing a suspect having withheld legal advice and following a new-style caution is not decisive in the assessment of whether there has been a breach of Article 6 [of the Convention] (*Averill*). Rather, the court must look at the circumstances overall and the use to which evidence is put (and including whether adverse inferences are drawn). Accordingly, so long as the overall circumstances have not caused irretrievable prejudice to the rights of the defendant, much will depend on the directions a jury receives as to how they should approach the silence or the statement of a suspect in these circumstances. As the Court made clear in *Averill*, considerable caution is required when attaching weight to the fact that a person arrested in connection with a serious criminal offence and having been denied access to a lawyer during the early stages of his interrogation responds in a particular way – or as in that case, does not respond – to the questions put to him. The need for caution is not removed simply because an accused is eventually allowed to see his solicitor and then refuses to answer questions. A jury must be given a strong and careful warning that they must take into account all of the relevant circumstances; they must have discounted all reasonable (‘innocent’) explanations for the accused’s silence or statements before they consider using this material against him; and the jury must be told to be careful not to accord disproportionate weight to this evidence.”

76. The trial judge considered that the applicable code of practice (see paragraphs 181-185 below) and the caution were primarily designed to protect an accused from self-incrimination (both the old and new-style cautions) and to warn him of the consequences if he chose to answer questions (both cautions) and the harm that could be done to his case if he failed to reveal elements of his defence on which he later relied at trial (the new-style caution). Neither the code nor the caution was intended to protect defendants from telling lies. The judge explained:

“134. ...Whilst I recognise that an accused may benefit from having a solicitor remind him of his moral duty to tell the truth, in my view it is an invalid argument to suggest that an interview is necessarily inadmissible because the suspect did not have the advantage of a consultation with a solicitor, who had been excluded for good cause, in order to tell him that he should not deceive the police. Second, ... it cannot be said that the use of the new-style caution induced any of these three defendants to reveal parts of their defence so as to avoid adverse inferences being drawn during their trial. Instead they told lies.”

77. He concluded that, although he had given weight to the absence of a solicitor during the safety interviews and the use of the wrong caution, there had been no significant unfairness or material infringement of the applicants’ right to a fair trial. He then went on to consider the specific proceedings in each of the three applicants’ cases.

78. As regards Mr Omar, the judge noted that he had been the first of those who had detonated devices to be brought into custody and that he had, therefore, been a person of particularly high interest to investigators. He found that the safety interviews had been conducted expeditiously and that as soon as they had been completed Mr Omar had been given access to a solicitor. The interviews had been neither coercive nor oppressive, as

accepted by Mr Omar’s counsel. Although not specifically raised by counsel, the judge further observed that no legitimate complaint could be made as to the overall length of the interviews: in interview, Mr Omar had been suggesting to officers that he had not been involved in the alleged offences, yet it had emerged as the questioning progressed that he knew some of those involved and that he had information as to particular events. The judge continued:

“141. ... Whether interviews of this kind need to be short or long, or somewhere in between, will depend on all the circumstances. Given the vital subject matter – the need to preserve life and limb and to prevent serious damage to property – the police were entitled in their questions to press and probe, as in any conventional interview, since long experience has demonstrated that although an unhelpful answer may be given initially, systematic but fair questioning can unearth detail which the interviewee was reluctant or unable to provide at the outset. These exchanges are often organic, and although the **reason** for asking the questions should only be to preserve the safety of the public, the **subject-matter** of the questions may perforce include seemingly extraneous matters, so as to enable the officers to approach a given ‘safety’ issue by a variety of different routes.” (original emphasis)

79. Although a breach of the applicable code of practice had occurred when the new-style caution had been administered at the beginning of safety interview C (see paragraph 34 above), the judge noted that this had not affected Mr Omar’s attitude to the questioning. He had continued telling lies consistent with what he had said in safety interviews A and B, where he had been correctly cautioned (see paragraphs 30-31 above). The new-style caution had not led him to incriminate himself.

80. As regards Mr Ibrahim, the judge reiterated that by the time he had arrived at Paddington Green police station there had been eighteen suspects in the custody suite, all held under terrorism provisions in relation to the events of 21 July (see paragraph 71 above). He continued:

“143 ... For the police these were unique and extremely difficult circumstances. They had to ensure that there was no contact or communication between any of the suspects, and with those – such as Ibrahim – who potentially may have yielded ‘forensic evidence’ elaborate procedures were followed to ensure that evidence of this kind was not lost or contaminated. He arrived at Paddington Green wearing special clothing and the booking-in procedure did not conclude until between 16.12 and 16.20. It would have been impractical for him to speak to a solicitor during that process. At 17.00 and 17.40, when the duty solicitor rang, neither of the two rooms with an appropriate telephone socket was available. The decision to hold a safety interview was recorded in the custody record at 18.10, and Ibrahim was taken from his cell for the safety interview at 19.58. On the evidence, it is clear that there was a breakdown of communication in that the investigating and interviewing officers ... were not told that [the duty solicitor] had been trying to speak to Ibrahim from 17.00. Furthermore, Mr MacBrayne had decided not to delay the interview to enable a solicitor to attend at the police station for a face-to-face meeting prior to any interview because of the length of time such a conference may take. Apart from the risk of delay to the interview, Mr MacBrayne did not object in principle to Ibrahim seeing a lawyer prior to the safety interview.

144. Although the officers could have set a time-limit on any legal consultation at the police station – a possibility that Mr MacBrayne did not address – I am persuaded that the decision to hold a safety interview without waiting for [the duty solicitor] to arrive at Paddington Green Police Station was wholly sustainable. Proper advice in these circumstances could not be given in a few minutes; indeed, for the conference with a solicitor who was new to the case to have had any real value it would have needed to last for a significant period of time. I acknowledge that [the duty solicitor], whose offices were only a little over two miles from the police station, could have attended at short notice, and that there was, in theory, time for a face-to-face conference between 18.10 and 19.58. However, the officers were working under exceptional pressure; it was uncertain as to when the interviews of each of the 18 suspects would occur, given the pressure on facilities; there was considerable demand for the four available solicitor/client conference rooms; and in all the circumstances it was wholly understandable that no officer appreciated that there was time to ask [the duty solicitor] to attend for a meeting with Mr Ibrahim before the safety interview began. Mr MacBrayne gave his authorisation for a safety interview at 18.10 and I do not consider that the unforeseen delay in organising the interview until 19.58, on these facts, constitutes a breach of Ibrahim’s rights to consult a solicitor ‘as soon as reasonably practicable’. On an assessment of what was reasonable on this highly unusual day, the failure to arrange a face-to-face conference during that less-than-two-hour period, or indeed during the longer period following the first telephone call from the duty solicitor, was not unreasonable. These rights cannot be assessed in a vacuum, but in the light of the circumstances prevailing at the time.”

81. However, the judge was of the view that it should have been possible, between 5 p.m. and 7.58 p.m., to ensure that the duty solicitor was given access to Mr Ibrahim by telephone and he accordingly concluded that, to this limited extent, Mr Ibrahim had been incorrectly denied access to legal advice by telephone. However, the judge considered that this error did not involve a material infringement of his defence rights, noting:

“145. ... [T]his infringement of his rights was of low significance: it would have been impossible for [the duty solicitor], in speaking to Ibrahim for the first time over the telephone, to give detailed and informed advice in those circumstances, and she would have been unable to provide material assistance on the decision which he had to take. Although for this defendant the choice was a straightforward one, [the duty solicitor] would have needed to understand the entirety of the main background circumstances before she could give advice that would have been useful to Ibrahim as regards the options confronting him. She could have advised him of his rights, but save for any issues arising out of the misuse of the new-style caution, his core rights had already been made clear to him: he was entitled to legal advice (which had been delayed for public safety reasons); he was entitled to remain silent; and anything he did say may be given in evidence against him. There is no suggestion that he did not understand these straightforward matters.”

82. The judge noted again that the use of the new-style caution at the beginning of the safety interview was an error, but he considered that the erroneous use of that caution was a straightforward and wholly understandable oversight on the part of the officers conducting the interview, given the exceptional pressure under which they had been operating. For the reasons already given (see paragraph 78 above), he rejected the suggestion that once an interviewee had given an answer on a

particular issue the officer should have explored the matter no further during safety interviews. Such an approach, he said, could amount to a dereliction by the officers of their duty. He considered that so long as the questioning was fair and so long as its purpose was to address safety issues, the officers were entitled to press and probe in an attempt to unearth useful information relevant to the protection of the public. They were not expected to believe and accept what was said by the detainee, and investigating his motives and attitudes to terrorism could be highly relevant to the question whether there was a subsisting danger to the public. The judge found that Mr Ibrahim's safety interview had been short, that it was not suggested that it had been conducted coercively, that the questions had not gone beyond legitimate questioning for safety purposes and that Mr Ibrahim had seen a lawyer around seven and a half hours after his first request to see one. Finally, he noted that it was accepted by Mr Ibrahim that the conversation which had taken place upon his arrest was admissible (see paragraph 40 above), although its content was disputed.

83. As regards Mr Mohammed, the judge rejected the submission that the holding of a safety interview had not been objectively justified. He was confident that what had taken place had been a *bona fide* safety interview and that the officers had been entitled to conclude that the single question put to Mr Mohammed upon his arrest had not been a sufficient investigation of the potential dangers. The judge again emphasised that the risk to the public of outstanding explosives and conspirators had been considerable and found that it had been "wholly justified" to hold a safety interview without the delay that would have resulted from allowing him access to a lawyer. He repeated that giving proper advice at this stage, from solicitors not previously involved, would in all likelihood have taken a considerable period of time.

84. The judge noted that Mr Mohammed's access to legal advice had been delayed for about four hours, during which time eight minutes of questioning had taken place. There was no suggestion that the interview had been held in coercive circumstances. Aside from the fact of the interview and the terms of the new-style caution, there was no evidence of any pressure having been applied. The judge recorded that Mr Mohammed's stance under questioning had been that he had been wholly uninvolved in the events of 21 July, and that although the officers had pressed him on this for a short and wholly appropriate period of time, he had resolutely maintained that he had no relevant information to impart. The judge was sure that the short interview had not exceeded the legitimate bounds or purpose of a safety interview and had, on the contrary, been focused and appropriate.

85. As to the fairness of the proceedings, in the light of his analysis of the facts, the judge began by citing passages from the House of Lords where their Lordships had referred to the "triangulation of interests" which had to

be considered, namely the position of the accused, of the victims and their families and of the public. Their Lordships had also referred to the fact that individual rights should not be treated as if enjoyed in a vacuum and that the purpose of Article 6 of the Convention was not to make it impracticable to bring those accused of crime to justice. The judge continued:

“158. Those passages, in my judgment, reveal a critical aspect of the approach that the court should adopt when determining applications to exclude evidence on the basis of suggested unfairness. Trials must be fair, and judges have the obligation of ensuring that the trial process is not undermined by admitting evidence that would defeat that objective. However, the evidence which the defendant seeks to exclude should not be evaluated in a vacuum, and the court should not apply some rigid formula, thereby ignoring the true context of the disputed material. On these applications, the court is called upon to exercise discretion, and that can usually only be achieved if all of the relevant circumstances are taken into consideration. There is no pre-determined result, and each case depends on the application of the relevant principles to the particular facts.”

86. The judge emphasised that the right to a lawyer was recognised under domestic and European law as an important safeguard for an accused which should only exceptionally be denied. Where an interview with a defendant who had requested legal representation took place before the opportunity for consultation had been afforded, the court was required to scrutinise the circumstances with great care.

87. The judge considered that the submission that the applicants had been confronted with irreconcilable propositions when asked to participate in the safety interviews merited careful analysis. However, he found that the propositions were not irreconcilable and contradictory. He considered that the three applicants had been confronted with a “stark but clear choice”: either they could help the police in the knowledge that what they said might be used against them, or they could protect themselves and remain silent. He noted that they had been warned that failure to reveal elements of their defence later relied on at trial might count against them. He continued:

“161. ... What is clear beyond doubt is that the defendants were not misled or deceived as to the underlying purpose of the interviews, the possible consequences of answering questions or the potential risks of not revealing elements of their defence: these matters were explained in straightforward language and it has not been suggested that any defendant failed to understand what was said to them ... The change in the words of the caution as regards [Mr Omar] in interview C appears to have passed by unnoticed; certainly, nothing has been advanced to support any argument that it caused confusion or pressure. Centrally, they were told that anything they said may be used in evidence against them ...”

88. The judge noted that the questions posed in the interviews had concerned the construction and detonation of the devices, which the three applicants now admitted. They had, therefore, not been faced with an unfair dilemma: it had been for them to decide at that stage in the unfolding events whether their personal interests or the public interest took priority. The judge further emphasised that the defence that the applicants had chosen not

to reveal at that stage – the truth, as they now maintained in their defence statements – had been directly relevant to the public safety issues and easy to describe. It had not required any detailed understanding of the criminal law or a complicated factual explanation. It could have been summed up by the single word “hoax”. The judge accepted that it was sometimes necessary to have the assistance of a lawyer before a suspect could understand and describe a complicated defence, but said that this had not been the case here. He noted:

“161. ... The defendants might have a more credible position on this issue if they had answered questions in ways which were at least arguably designed to assist the police and which, as a result, incriminated them. However, it is common ground that the defendants either lied or failed to reveal what they knew during these safety interviews: rather than incriminate themselves, they offered false, exculpatory explanations. Having been warned that anything they said may be used in evidence, they chose not to tell the police the truth ...”

89. The judge further found that the invitation to cooperate in the process of protecting the public had not been an impermissible inducement. Finally, he concluded that the new-style caution had not, on the material introduced in the *voir dire*, pressured the applicants into providing any element of their various defences and that they could not validly claim that they had been induced impermissibly into revealing their “true” cases.

90. The judge emphasised again:

“162. What occurred in London in July 2005 was wholly exceptional; indeed, since the end of the Second World War, the perceived threat to the Capital during that month was without precedent in our national life. When the potential connection was made between the events of 7 and 21 July by the investigating officers, their inevitable concern was that the United Kingdom had become the target of what may turn into a wave of terrorist attacks. Many died on 7 July, and yet more were injured in terrible circumstances, and exactly a fortnight later it seemed that it was merely by good fortune that a repeat event had been avoided. The perpetrators on 7 July were dead and the police had incomplete information about them; when the devices detonated on 21 July, the police had no means of knowing whether yet more were destined to be set off in the near future; and a high priority for those charged with protecting the public was to find and defuse any other bombs and to arrest outstanding conspirators.”

91. The judge noted that, among other things, terrorism was usually intended to create chaos and panic and to disrupt the proper functioning of public life. It was, he said, no doubt intended by the perpetrators that the emergency and law enforcement services, faced with events of this nature, would have to function in a highly adverse environment. Indeed, in the absence of evidence to the contrary from the defendants, it was a fair inference that it had been contemplated by the defendants that they would cause a considerable strain to, or breakdown of, the normal and proper administrative procedures in multiple fields, thereby maximising the effect of their terrorist event. This conclusion applied equally, the judge said, whether the devices were intended to kill and maim or to be hoax devices

which only partially detonated. The resort by the police to safety interviews, the delays in providing access to lawyers and the mistakes as to the caution were “a direct and unsurprising result of the defendants’ deliberate actions”.

92. In his conclusion to his ruling, the judge noted that the applicants had, by their own admission, caused the wholly exceptional and stressful environment within which the police had been forced to operate and that had led to the need to hold safety interviews. Further, instead of assisting the police in their understanding of the extent of the continuing risk, or lack of one, they admitted that they had availed themselves of this opportunity to tell a series of highly misleading, exculpatory lies. It was not suggested that they had failed to understand that they had the right to remain silent, or that they were unfit to participate in the interviews.

93. The judge set out in detail the approach he had adopted to the exercise of his discretion whether to exclude the evidence. In particular, he had given full weight to the principle that access to legal advice before and during questioning was one of the most fundamental rights that should only be denied on reasonable grounds in particular cases. He had borne in mind the need for the court to have regard to the fact that the police should have the systems in place and the resources available to enable them to investigate all crime efficiently. That said, he added, the police could not be expected to anticipate and make provision for every kind of exceptional eventuality, particularly if the chaotic event in question had not occurred before. Further, in determining the admissibility of the statements, the court was fully entitled to weigh in the balance the fact that it had been necessary to conduct the interviews and that the state of affairs that had led to the denial of legal advice was the direct result of the applicants’ deliberate action.

94. The judge said that he had also taken into consideration the fact that the environment in which the applicants had been held had not been in any true sense coercive; indeed, he said, the opposite was the case. The applicants’ dietary and religious needs had been punctiliously catered for and their fitness for interview carefully assessed. It had not been suggested that the questioning was oppressive or unfair. While the judge accepted that the erroneous administration of the new-style caution had involved a level of indirect compulsion, this was not, in his view, decisive: the choice for the applicants had been an easy one and they had not been induced by the caution to incriminate themselves but had instead told deliberate, exculpatory lies.

95. The judge explained that he had also taken into account that the evidence of the safety interviews was potentially of high relevance to the central question raised in the trial, namely whether the defences now advanced were possibly true. He said that it was not, therefore, “marginal or unimportant evidence” but instead could provide the jury with considerable insight into the true intentions of the defendants. So long as it was fair to

each defendant to introduce the safety interviews in his case, it was, the judge said, strongly in the public interest for the material to form part of the evidence bearing in mind the “triangulation of interests”. He therefore concluded that there had been no material infringement of the right of any of the applicants to exercise their defence rights. None of the applicants had needed the presence of a lawyer as a counterweight to anything adverse that had happened during their detention or safety interviews. The use of the wrong caution had not, on the facts, undermined the protection against self-incrimination. Moreover, there was nothing unfair in admitting the evidence given the circumstances analysed in detail in the ruling. Having thus weighed the requirements of Article 6 of the Convention, the judge ruled the interviews admissible in their entirety. He noted that “carefully crafted” jury directions would be necessary and that these would be discussed with counsel in due course.

(b) The other prosecution evidence

96. Aside from the statements made in the safety interviews, the prosecution led evidence that the applicants had extremist views. They relied on books and printed material, audio material, including the last message of the 11 September 2001 suicide bombers, and video material showing beheadings and other atrocities, including homemade films, found at the residences of Mr Omar and Mr Osman. There was evidence that the first three applicants and Mr Osman had attended a training camp in the Lake District in May 2004 and there was a clear inference that the purpose was training for Jihad. Mr Ibrahim had spoken of training for Jihad in Afghanistan or Iraq in summer 2004 and at the end of 2004 he had left the United Kingdom to go on Jihad, returning in March 2005. Some of those who had gone with him had not returned and were presumed to have been killed. There was evidence that Mr Omar had tried to convince an outsider to the group of the legitimacy of suicide bombings and other terrorist activity and had made clear that he supported murderous operations carried out against the United Kingdom and the United States, expressing support for the 11 September 2001 suicide bombings. In early 2005, he had shouted at an imam of a mosque who had condemned suicide bombings in Pakistan that he should not “mislead the people”. Also introduced as evidence were jottings referring to martyrdom on the same pad of paper that had been used to note the amount of materials supposed to go into each bomb.

97. The prosecution further relied on evidence as to the purchase of the material for the bombs and their preparation. Between April and July 2005, Mr Ibrahim, Mr Omar and Mr Asiedu had purchased 443 litres of liquid hydrogen peroxide at 18 per cent concentration, the highest concentration available to the public, in a total of 284 containers. There was evidence that they had requested liquid hydrogen peroxide at 60 or 70 per cent strength. The prosecution contended that they had boiled the lower-strength hydrogen

peroxide to increase its concentration. Of the 228 empty bottles later recovered, 36 had handwritten markings on them with the figure of “70” or “70%”, which the prosecution contended was proof that the defendants believed that the requisite concentration for explosion had been reached. Handwritten calculations and notes in Mr Ibrahim’s handwriting were also relied upon. A rota showed over 200 hours’ work boiling the hydrogen peroxide. The prosecution’s expert gave evidence that TATP was a suitable primary explosive for use in a detonator. Evidence was led that shrapnel had been attached to the outside of the plastic tubs. This would have increased fragmentation upon explosion and maximised the possibility of injury.

98. Both prosecution and defence experts agreed that the bombs were not viable. The prosecution’s expert explained that this was because the hydrogen peroxide, at 58 per cent concentration, had not reached the necessary concentration required for explosion. He pointed out that if the purpose had been a hoax, no increase in concentration would have been necessary. In response to the defence claim that the hydrogen peroxide had been concentrated and then diluted again with tap water (see paragraph 101 below), he explained that his analysis of the isotope composition of London tap water showed that this was not possible, a conclusion not disputed by the defence expert.

99. The prosecution also referred to a vast body of telephone and CCTV evidence of extensive contacts between the men from March 2005. A farewell letter written by Mr Mohammed, which the prosecution alleged was a suicide note, was also admitted. A witness gave evidence that he had received the letter on 21 July 2005 from Mr Mohammed’s brother and had been asked to pass it on to Mr Mohammed’s partner. A tripod for a video camera had been found in Mr Mohammed’s residence. Mr Mohammed’s fingerprints were on the tripod box and Mr Osman’s fingerprints were on the tripod. An empty box for a video camera had been recovered in Mr Osman’s residence and a video camera had been found in his possession when he was arrested in Rome. The prosecution alleged that the camera had been used to film a suicide video in Mr Mohammed’s residence, although no such video was ever found. The jury also heard evidence from passengers on the trains where three of the bombs had been detonated as to the applicants’ behaviour. In respect of Mr Ibrahim, the bus driver gave evidence of his unusual behaviour in boarding the bus. Finally, the prosecution referred to the lack of any credible plans for what was to happen after the detonations.

100. Copies of the custody records were provided to the jury.

(c) The defence evidence

101. The first three applicants gave evidence to the effect that their actions had been intended as a hoax. They had initially planned to leave the bombs unattended in public to make a point about the Iraq war. After the

events of 7 July, the plan changed to detonating the bombs but not the main charge of hydrogen peroxide. To this end, they claimed that although they had tried to concentrate the hydrogen peroxide by boiling it, they had then watered it down so that it would no longer be at the necessary concentration for an explosion.

102. Mr Omar said that he had told the truth and lies during his safety interviews. He said that he had been truthful as regards the potential harm to the public, but he had not wanted Mr Ibrahim and Mr Mohammed to be killed by the police and so had not provided their true names or locations. He alleged that he had been told that he had better cooperate and had been afraid that he might be tortured, so he had told the officers what they wanted to hear.

103. Mr Ibrahim explained that he had not said, during his safety interview, that it was a hoax because he had known that he was supposed to get advice from a solicitor and had thought that there was something going on. He accepted that there had been no problem for him to say during the interview that it had been a hoax. He also agreed that seeing a solicitor would not have affected his decision as to whether he should tell the truth or whether he would lie. He said he did not trust the police and, despite the fact that the interview was being tape-recorded, he had believed that they would twist his words. He said that he had tried to protect his coaccused, that he had simply been talking for himself and that he had been confused at the police station and had not known what to say. He had been aware of the purpose of the safety interview, having been told that it was about protecting the public from suicide bombers. He explained that he had felt that he had to answer questions because it was a safety interview designed to save lives, although he had understood that he did not have to speak unless he wanted to. He had not admitted his involvement in making the TATP because he had been directing his answers at the concern as to any outstanding risk to the public. He agreed that he had claimed not to know his coaccused but explained that he had done this because he had not wanted to incriminate anyone. He said that he had decided not to say anything about his case and the plan until he had seen his solicitor; he had been concerned that if he had mentioned the hoax his words might have been misinterpreted or twisted.

104. Mr Mohammed explained his farewell letter, saying that it had in fact been written on 23 July 2005 after the shooting of the man mistaken for one of the suspects (see paragraph 17 above) because he had thought that he too would be shot by the police. It was pure coincidence that it had been written on the same pad as that used for the detonator. As regards the safety interview, Mr Mohammed said that he had understood that he did not have to speak unless he wanted to, but had thought that he had to talk because it was a safety interview designed to save lives. He explained that he had wanted to see a solicitor but had been interviewed without one. He agreed

that by the time that the interview had taken place, he had no longer feared that he would be killed, but said that he had thought that he would be harmed. That, he said, was the sole reason for the lies he had told during the interview. He had said that he was not involved because he had thought that the police officers did not know who he was and that if he denied everything he would be permitted to leave the police station and go home. He said that the statement prepared after he had spoken to his solicitor (see paragraph 56 above) was partially true and partially false. He had not told the whole truth because he had not received legal advice, had felt under pressure and had been upset.

105. Like the first three applicants, Mr Asiedu's case prior to trial was that the events of 21 July 2005 had been a hoax. However, after Mr Ibrahim had given evidence, Mr Asiedu gave oral evidence and changed his previous position. He claimed to have learned on the morning of 21 July 2005 that the devices were real bombs. He had been too confused and frightened to refuse the device that had been handed to him but, in accepting it, he had not intended to join or play any part in the conspiracy.

(d) The summing-up

106. The judge provided copies of his summing-up to counsel in advance of delivery and invited comments from them on its content. During his summing-up to the jury, delivered orally after copies had been distributed to jury members, the judge gave the following direction in respect of the statements made in the safety interviews:

“What about the lies, members of the jury, told by some defendants to the police? It is admitted that the defendants Ibrahim, Asiedu, Omar and Mohammed lied to the police in different ways during their interviews ... [B]efore you even begin to take any lies into consideration, you must pay careful attention to the circumstances in which the lies were told and those circumstances vary between the defendants.

First, you will recall that because of the exceptional circumstances that existed in July 2005 safety interviews were authorised in the cases of Ibrahim, Omar and Mohammed. That meant that those defendants were questioned in an attempt to preserve the safety of the public before they had the opportunity of consulting with a solicitor. It is not alleged by anyone that legal advice was denied by the officers as a result of bad faith or dishonesty. However, access to legal advice prior to interview is a right that is usually afforded to a suspect and you should take into consideration that this did not happen. For instance, a solicitor may have advised the defendant in question to remain silent or they may have reminded the defendant that he should tell the truth and that there may be consequences if he lied. Therefore, when considering whether to hold any lie told by those three defendants during a safety interview against them, remember that this safeguard with these safety interviews was withheld.”

107. The judge also directed the jury to bear in mind that incorrect cautions had been used. He explained:

“As a result, it was confused and potentially confusing for all three defendants. The new-style caution that was administered may have put inappropriate pressure on them to speak. When considering whether or not to hold any lie told by a defendant during a safety interview against him, take into account, therefore, that unsatisfactory history as regards the use of the caution.

However, as regards the use of the new-style caution, you are also entitled to bear in mind that none of these three defendants were in fact pressurised into revealing anything that they have later relied on in this trial. To the contrary, on all or most material issues they lied.”

108. In respect of those lies, the judge observed:

“In addition, for Ibrahim, Asiedu, Omar, Osman and Mohammed when assessing lies they told whilst in police custody, whether in a safety interview or otherwise, you should consider two further questions: on the particular issue you are considering, you must decide whether the defendant you are considering did in fact deliberately tell lies. If you are not sure he did, ignore this matter on that issue. If you are sure, consider why did the defendant lie on that issue. The mere fact that a defendant tells a lie is not in itself evidence of guilt. A defendant may lie for many reasons and they may possibly be innocent ones in the sense that they do not denote guilt. It is suggested here that lies were told for a variety of reasons: out of fear of admitting a degree of involvement or knowledge but which the defendant says falls short of his being a conspirator, that is Asiedu; to protect others who they feared would be falsely accused and might be killed or injured as a result; out of fear of admitting involvement, as they claim, in a hoax attack, or out of panic, distress, confusion, or from fear of being assaulted.

...

If you think that there is, or may be, an innocent explanation for the lies told by the defendant you are considering, then you should take no notice of them. It is only if you are sure that he did not lie for an innocent reason that his lies can be regarded by you as evidence supporting the prosecution case, subject to the other directions I have just given you on this issue relating to the safety interviews.”

109. Concerning the failure of the applicants to mention during the safety interviews the defence led at trial, the judge directed as follows:

“Let us turn then to the failure of the defendants to answer questions in interview. The first matter to stress is that you must not hold it against Ibrahim, Omar and Mohammed that they failed to mention during the safety interviews matters which they later relied on in court. That is because, as I have just explained to you, access to a lawyer had been denied at that stage and the law is that in those circumstances a defendant is not to be criticised for failing to mention matters that later form part of his defence. Of course it follows from the direction I have just given you about lies that if instead of remaining silent they told lies, you are entitled to take those untruths into account, subject always to the matters I have just directed you to take into account ... [M]y clear direction to you is that you must not hold it against Ibrahim, Omar and Mohammed that they failed to mention during the safety interviews matters which they later have relied on in this court.”

110. As regards Mr Omar’s safety interviews, the judge said:

“On all significant issues it is admitted by Omar that from the outset he did not tell the truth, indeed quite the opposite ... Members of the jury, he denied any responsibility for these devices ...

Over and again he protested that he was telling the truth and that he had told the police all that he knew. Members of the jury, the wrong caution did not lead him in fact to incriminate himself at all in the sense of being compelled to reveal what he says is his true defence, but instead he told a series of exculpatory lies.”

111. The judge reminded the jury of Mr Omar’s explanation for his conduct during the interviews (see paragraph 102 above). He further noted that Mr Omar’s counsel accepted that the police had been genuinely concerned for the public, that they had been concerned to prevent a further attack and that Mr Omar’s access to legal advice had been delayed as a result. The judge reminded the jury that in normal circumstances, Mr Omar would have been advised by a lawyer prior to interview. Had this been done, he said, Mr Omar might have conducted the interview somewhat differently. The judge noted that counsel accepted that all the safety interviews had been conducted moderately and there was no suggestion that they had been conducted oppressively.

112. Next, the judge reminded the jury of the circumstances surrounding Mr Ibrahim’s arrival at the police station, noting that at 5 p.m. the duty solicitor had called and asked to speak with him. The judge continued:

“[She] was told that Mr Ibrahim was not available and that was because the two reception rooms with telephone sockets were being used and they may have been used for consultations, fingerprinting, booking in or signing forms. They had at least seventeen prisoners and there was a horrendous pressure on rooms. Unusually, the whole of the custody suite was being used – it was in lockdown mode – for terrorist detainees as of 5.05 p.m. on 28 July. It was the busiest they had ever been. The detainees had to be prevented from seeing or speaking to each other and they had to be carefully supervised and they had to restrict the opportunities, and this restricted the opportunity to move prisoners.”

113. The judge noted that the duty solicitor had called back at 5.40 p.m. and had again been told by a police officer that no rooms were available. The judge added:

“[The police officer’s] only option was to wait for one of those rooms to fall free and then to call the solicitor back. However, it was for the investigating officers to prioritise who should use the room.”

114. The judge reminded the jury of the reasons why a safety interview had been authorised and of the evidence of Superintendent MacBrayne:

“He told you that there was at least one outstanding individual. He was fearful that there might be a further suicide attack. He needed to gain information to prevent a further act of terrorism and to arrest perpetrators. He had been in communication with the investigating officers. They were very busy and this was a large-scale terrorist investigation. Urgent interviews, he said, are very rare and he contemplated that this would take place before the detainee saw his solicitor.

He would not have objected to a telephone or a face-to-face interview, so long as it did not delay the interview. He accepted that they could limit the length of time of the consultation. It was for the investigating officer and the custody officer to make the decision as to whether or not there could be a solicitor/client consultation before the interview.”

115. The judge reminded the jury of Mr Ibrahim’s explanation for his conduct during the safety interviews (see paragraph 103 above).

116. Finally, the judge told the jury that he had found that between 5 and 8 p.m., Mr Ibrahim should have had telephone contact with a lawyer. He instructed the jury to bear in mind that he had been incorrectly denied telephone legal advice during that period.

117. In respect of Mr Mohammed, the judge reminded the jury of his evidence as to why he had lied during the safety interview and in his statement prepared after receiving legal advice (see paragraph 104 above).

118. As regards the later interviews that took place after the applicants had seen their legal representatives and had received the new-style caution, the trial judge directed the jury that the applicants had failed to give an account of three matters that they relied on at trial, even though they had been asked questions about them in interview, namely (i) the true events leading up to 21 July 2005; (ii) their knowledge of and association with their coaccused; and (iii) their true state of mind, purpose and intention in relation to the deployment of the bombs. He explained that the failure to mention these matters during the interviews which had taken place after they had received legal advice could be held against them.

(e) The verdicts and sentences

119. On 9 July 2007 the jury unanimously convicted the first three applicants and Mr Osman of conspiracy to murder. The jury was unable to reach verdicts in respect of Mr Asiedu and Mr Yahya and a retrial in their cases was ordered. They subsequently pleaded guilty to lesser charges.

120. On 11 July 2007 the first three applicants and Mr Osman were sentenced to life imprisonment with a minimum term of forty years’ imprisonment.

3. *The appeal of the first three applicants*

121. The first three applicants sought leave to appeal against their convictions. They argued *inter alia* that the trial judge had erred in his ruling admitting the evidence of the safety interviews.

122. On 23 April 2008 the Court of Appeal refused leave to appeal against conviction.

123. Setting out the background to the applicants’ arrest and questioning, the court observed:

“5. ... It is virtually impossible to imagine the pressure and concerns which must have been felt by the police investigating teams. Two weeks earlier four bombs had

been successfully detonated with the dreadful consequences with which we are familiar, and they were now faced with four more bombs, again in the transport system, which had been detonated, but failed to explode. The bombers involved on 7th July had perished, but the perpetrators of the second intended atrocity were at large, free to repeat their murderous plans, and to do so more effectively. They had to be found and detained, and the immediate objective of the investigation, including interviews of those arrested in connection with these incidents, was directed to public safety.”

124. The Court of Appeal expressed, at the outset of its judgment, the following, general conclusion as to the nature and conduct of the trial:

“7. It is axiomatic that every defendant, even a defendant alleged to be involved in direct and dangerous violence on the citizens and institutions of this country, is entitled to a fair trial at which his guilt must be proved. This trial was marked with conspicuous fairness and commanding judicial control by Mr Justice Fulford. The defendants were represented at public expense by leading counsel of distinction and experience, with absolute clarity about their professional responsibilities both to their clients, and to the court. The jury’s difficulty in agreeing verdicts in relation to Asiedu and Yahya demonstrates that they approached the issues with the open-minded fairness and lack of prejudice which is one of the customary characteristics of the jury system. Now that the applicants have been convicted after a fair trial before an impartial tribunal, we are entitled to record, after a lengthy examination of the evidence, that their defences to the charge of conspiracy to murder were ludicrous.”

125. The court summarised the evidence against the applicants presented at trial, including evidence of their extremist views, the purchase of the hydrogen peroxide and construction of the bombs and the letter written by Mr Mohammed (see paragraphs 96-99 above). It considered that the history of the purchase of the hydrogen peroxide in such vast quantities “[told] something of the commitment of the purchasers”. The handwritten marking on the recovered bottles provided “compelling evidence” that the manufacturers of the bomb had believed that the critical strength had been achieved, and there was “overwhelming evidence” linking all four bombers with the construction of the bombs. As to the applicants’ defence at trial, the Court of Appeal made the following observation:

“17. If these were hoax bombs we find it hard to conceive why it was necessary for the peroxide to be boiled in order to increase its concentration, or why both Asiedu and Yahya, independently, when buying hydrogen peroxide asked for it to be supplied at 60-70% strength, or the highest available percentage. Equally, it is astonishing to imagine why nearly 100 gallons of hydrogen peroxide was needed unless its purpose was to increase its strength. The handwritten figures ‘70’ or ‘70%’ of 36 bottles made devastating evidence. Each one demonstrated that the manufacturers of the bombs believed that they had in fact achieved the critical concentration necessary to ensure that the bombs exploded. Indeed a significant part of the trial was taken up by the efforts by applicants to explain away this crucial evidence. In very brief summary it was contended that after the concentration in the hydrogen peroxide had been increased, it was then watered down. Moreover it is difficult to understand how any political point, if that was all that was sought to be made, could be improved by the incorporation of shrapnel within the bomb. The shrapnel was intended to cause death and maiming. There could be no other purpose. And if this expedition were intended

as a hoax or a political demonstration, there was a remarkable silence from the applicants themselves after they had made their escapes. If their objective was a hoax, half a moment's attention to the outpouring of the news about the unsuccessful bombings would have demonstrated that their objective had been achieved. Yet no such assertion or claim or explanation was given or offered to the police or the media or the public before any of the applicants was arrested.”

126. In respect of the impact of the admission of the safety interviews, the court noted that this had been the subject of challenge before the trial court and constituted the first ground of appeal. The court explained that it would return to a detailed consideration of the issue later in its judgment and commented:

“20. ... At this stage we simply record that if the records of the police interviews were properly admitted, they were sufficient, on their own, utterly to undermine the ‘hoax’ defence.”

127. Concluding its opening remarks, the court referred to the trial judge's summing-up and directions to the jury, noting:

“29. Fulford J summed up the case to the jury. The most superficial glance reveals that it was the product of characteristic thoroughness and accuracy. Save in relation to minor and wholly unsubstantiated arguments, it is not criticised by counsel on behalf of the applicants. The essential contentions advanced by counsel are directed at the judge's decisions in relation to the police interviews ...”

128. The court then turned to the facts of the case. It considered, first, the facilities at Paddington Green Police Station, noting that it had been imperative to ensure that there was no means of communication between suspects and that cross-contamination in the course of searches of suspects had to be avoided. It explained that the urgent need to address the understandable fears identified by Superintendent McKenna in his October 2006 witness statement (see paragraph 66 above) involved two distinct considerations: first, the lawful arrest and detention of those believed to be responsible for the terrorist attack; and, second, immediate public protection from any further violent incidents. The court observed that those suspected of terrorist offences, if rightly suspected, were likely to be able to provide assistance to investigating officers performing their responsibilities for public safety. It was therefore of the view that an interview process which, so far as possible, enabled the police to protect the public was a necessary imperative. It considered that the question whether the results of such interviews should be used as evidence against the suspects was delicate. However, it did not accept that the evidence of safety interviews should never be admitted at trial, explaining:

“36. ... The circumstances in which it is directed by a senior police officer that safety interviews should take place are operational, in short, how best, in a situation of immediate urgency, to secure public safety. The pursuit of this objective with a suspect who is invited to provide the police with relevant information may produce crucial evidence incriminating him in the offence for which he has been detained, or indeed other offences. The admission of the safety interviews or their fruits, in

evidence at a subsequent trial is subject to the ordinary principles governing a fair trial, and the over-arching provisions in section 78 of The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE). Much would turn on the nature of the warning or caution, if any, given by the police to the suspect. Thus, for example, if the suspect were to be assured in terms that any information provided by him would not be used against him, that would provide a powerful argument against the admission of incriminating evidence obtained in consequence. Much, too, may turn on whether the interviews produce evidence directly relevant to the charge which led to the suspect's original detention, or whether the first connection that the prosecution may establish against him with any offence arises directly from his full co-operation with them during the course of the safety interview. As ever, these will be fact-specific decisions, to be made in the overall circumstances of each individual case. What however is clear is that the legislative structure does not preclude the use of the evidence obtained in safety interviews and, given the existing safeguards available to a defendant and the obligation on the trial judge to make the judgment necessary to enable him to exercise his discretion under section 78 of PACE, it would be wholly inappropriate for this court to impose the kind of self-denying ordinance which the submission based on public policy grounds would require."

129. The court emphasised that the safety interviews had not revealed anything which could have led the police to take steps to protect the public and that none of the applicants had said anything which directly incriminated them, or involved any confession to participation in, or even remote knowledge of, the conspiracy to murder on 21 July. Nevertheless, it noted, the interviews provided important evidence against the applicants, not because they had told the truth and revealed knowledge of or involvement in terrorist activity, but because they had made a number of demonstrably untrue assertions without suggesting the defences that they later advanced at trial. In that sense, the interviews had produced material on which the prosecution proposed to rely to undermine the applicants' credibility.

130. The court accepted that, owing to police error, incorrect cautions had been administered to the applicants before they had told the lies in question. However, it emphasised that each of the men had been warned that the answers given in the safety interviews might be used in evidence against him. The court continued:

"37. ... So they were under no illusions. They did not purport to incriminate themselves at all. They chose to lie. On any view that was an important consideration in the exercise of Fulford J's discretion."

131. The court was satisfied that the exercise of discretion by the trial judge had been fully informed and defendant-specific, and that he had approached the relevant issues with care. It examined in detail and approved of the trial judge's comments as to the choice facing the applicants during questioning and the nature of the circumstances in which the interviews had taken place, and his approach to the exercise of his discretion (see paragraphs 87, 90 and 93 above). It reviewed at length the circumstances of each of the first three applicants' arrests and questioning.

132. As regards Mr Omar, the Court of Appeal noted that he had been the first of the defendants to be arrested and that, as a consequence, what he had had to say had been of absolutely crucial importance to the stark public safety issues confronting the police at the time. It observed that during the *voir dire*, it had been expressly accepted that the decision to hold a safety interview before Mr Omar was granted access to a lawyer had been a valid decision under Schedule 8 of the Terrorism Act 2000 (see paragraphs 64-65 and 68 above and 189 below), that the interviews had been conducted fairly and moderately, and that they had been neither coercive nor oppressive. At trial it had been conceded that, although the safety interviews had been long interviews, the police had not pursued their objective of identifying potential public dangers in a way which had been excessive, that the questioning and length of interviews had not been unfair and that the questions had been focused on public safety issues. At the *voir dire*, the prosecution had not, therefore, been required to call evidence: the statement of Superintendent McKenna and the content of the safety interviews had been taken as read (see paragraph 65 above). Had Mr Omar questioned the reasons for the decision to delay legal advice, the prosecution would have been entitled to call evidence to explain why the police had believed Mr Omar to be a terrorist. The court continued:

“75. ... For good and understandable forensic reasons, these issues were not raised at trial. Instead, the essential submission on behalf of Omar on the *voir dire* was that any interview which followed denial of access to a solicitor was inadmissible, and that telling lies in the course of a safety interview should be equated with a failure to mention facts ... In any event the mistaken use of the ‘new style’ caution failed to give adequate protection to Omar because, properly understood, it would have led him to believe that if he chose not to answer questions his silence could not be used against him.”

133. Having explained how the trial judge dealt with these submissions, the Court of Appeal then observed that it was now faced with an altogether different submission from Mr Omar. It was argued that the entire issue of the safety interviews had been mishandled by Mr Omar’s trial counsel and that it had been inappropriately conceded that Superintendent McKenna’s decision was lawful. The court noted that this was not a retrial, yet it was nevertheless being invited to reconduct the *voir dire* on the basis of counsel’s submission that, so far as Mr Omar was concerned, the police had acted unlawfully and that their unlawful activity, which had been overlooked at trial, required to be addressed now. It continued:

“80. ... Expressed in this way, in a system in which the rule of law must prevail, the submission is superficially attractive. However it ignores or sidelines two important further considerations. First, breaches of the relevant Code do not make subsequent police actions unlawful, at any rate in the sense that they are or would be sufficient of themselves to lead to the exclusion of the results of the subsequent interviews. When, as the judge found, the police were not seeking deliberately to manipulate the system in bad faith, he was required to address the exclusionary powers provided by

section 78 of PACE: no more, no less. This leads to the second consideration, that it is always open to the defendant's advocates at trial to make a deliberate forensic decision to waive or ignore, and therefore choose not to rely on the breaches of the relevant Code, if the effect of inviting attention to them may increase rather than diminish the defendant's difficulties. In short, the trial advocate must make his own judgment whether to advance argument based on breaches of the relevant Code, or to argue some, or one, but not all of them."

134. In the absence of bad faith, the crucial question was whether to admit the results of the interviews when Mr Omar had been deprived of access to his lawyer, irrespective of whether Mr Omar had been denied the right to have a solicitor contacted as soon as he asked for one. The court could see nothing to support the conclusion that the decision to admit the evidence of the safety interviews in Mr Omar's case had been flawed.

135. In respect of Mr Ibrahim, the court noted that three submissions had been advanced by his counsel. First, it had been argued that the superintendent's conclusion that a pre-interview consultation between Mr Ibrahim and the duty solicitor would cause unnecessary delay had been a serious error of judgment because the safety interview had not taken place until over an hour later. Second, it had been contended that the continued questioning of Mr Ibrahim after he had denied knowing anything had constituted a breach of the applicable code (see paragraph 196 below). Finally, it had been submitted that the administration of the new-style caution had contributed to the unfairness by introducing an element of coercion. The Court of Appeal explained in detail how the trial judge had approached these matters and concluded that it saw no basis for interfering with his decision that the statements made during safety interview should be admitted.

136. As regards Mr Mohammed, his counsel had submitted that the entitlement to access to a solicitor before and during his safety interview had been breached. The decision to delay such access was said to have been improper and unfair, and on close analysis, unreasonable. Although bad faith had not been alleged at trial, counsel now suggested that the interview had not been an urgent interview at all since it had started while the solicitors had been on their way to the custody suite. There had therefore been no reason not to delay the interview. Moreover, he had been given the new style caution rather than the old-style caution. The Court of Appeal explained how the trial judge had approached these matters and concluded that it saw no basis for interfering with his decision that the admission of the evidence of the safety interview would not render the trial unfair.

C. The case of the fourth applicant

1. The fourth applicant's questioning by the police

(a) Introduction

137. The fourth applicant was a friend of Mr Osman, having been introduced to him by Mr Osman's brother, Mr Abdul Sherif, in around 1999. On 23 July 2005, two days after the attempted bombings, the fourth applicant met Mr Osman at Clapham Junction train station. The two men returned together to the fourth applicant's home. Mr Osman stayed with the fourth applicant until 26 July.

138. Meanwhile, on the afternoon of 25 July a surveillance camera was filming the entrance to the fourth applicant's block of flats. The camera subsequently zoomed in on the fourth applicant and his flat. At 6 p.m., an undercover surveillance officer was deployed in the vicinity of the fourth applicant's home. On the morning of 26 July, officers observed the fourth applicant and a man later identified as Mr Osman leaving the address. The fourth applicant accompanied Mr Osman to a bus stop, where Mr Osman caught a bus to Waterloo train station. The fourth applicant returned home.

139. On the morning of 27 July the fourth applicant went to work. When he was returning from work at around 5.30 p.m., he was approached by two police officers who sought his assistance as a potential witness in their investigation into the 21 July attacks. He agreed to assist them and accompanied them to Kennington Police Station.

(b) The police interviews as a witness

140. The police officers began interviewing the fourth applicant as a witness at 6.15 p.m. By about 7.15 p.m. the officers considered that, as a result of the answers he was giving, he was in danger of incriminating himself and should be cautioned and informed of his right to legal advice. They sought instructions from senior officers. They were told that they should continue to interview the fourth applicant as a witness and accordingly did so.

141. At about 12.10 a.m. on 28 July, the fourth applicant was taken to point out an address where he believed Mr Osman lived.

142. Between 1.30 a.m. and 5 a.m. on 28 July, at the police station, a witness statement was taken from the fourth applicant.

(c) The witness statement

143. In the statement, the fourth applicant recounted how he had become friends with Mr Osman in around 1999 but had lost contact with him the following year. He stated that, on 23 July 2005, Mr Osman had come running up to him at Clapham Junction railway station as he was about to board a train, and the two men had greeted each other as old friends. They

had boarded the same train to Vauxhall and at the fourth applicant's stop, Mr Osman had decided to alight with him on the pretext of wishing to speak about something. As they walked towards the fourth applicant's home, Mr Osman had told the fourth applicant that he was in trouble with the police. He claimed to have stolen some money and to have escaped from police custody. When they arrived at the fourth applicant's flat, Mr Osman had asked him to put on the television, and together they had watched a report of the attempted bombings which showed photographs of the men sought by the police. Mr Osman had then said that he knew the men and that they were good men. When the photograph of a fourth man sought in connection with the attacks had appeared on screen, Mr Osman had pointed at the screen and said, "that's me". At first the fourth applicant had not believed him since the photograph did not resemble Mr Osman. But as Mr Osman had continued to discuss the justification for the attacks, the fourth applicant had begun to realise that he was telling the truth. He had become frightened and had wanted Mr Osman out of his home. Mr Osman had then asked to stay with the fourth applicant for two nights and, fearing for his personal safety if he refused, the fourth applicant had acceded to the request.

144. The witness statement also described an injury to Mr Osman's thigh, which he had said was incurred while escaping after his bomb had failed to explode. Mr Osman had further explained how he had pressed the button to activate his bomb but nothing had happened. He had given details of his escape from the underground train and his movements over the next two days, when he had gone to stay with a friend in Brighton who had lent him a car. He had shown the fourth applicant photographs of the other bombers in a national newspaper which he had brought with him and revealed their names. The police showed the fourth applicant a number of photographs and he confirmed the identities of three of the males photographed according to the information provided by Mr Osman. The fourth applicant also explained that Mr Osman had mentioned a fifth bomber who had not detonated his bomb; the fourth applicant did not know the identity of this person. The fourth applicant explained that Mr Osman had made a few calls from his mobile phone, but had spoken in Eritrean.

145. The statement went on to explain that the next day, conversation with Mr Osman had been limited. However, he had told the fourth applicant how the bombers had prepared their bombs and had given him details of videos the group had recorded prior to the bombings, in which they had explained their actions. Mr Osman had made another call on his mobile in the afternoon. He had gone out briefly later that night and had returned with cash. He had asked to borrow clothes and the fourth applicant had indicated that he should help himself. On the morning of 26 July Mr Osman had packed a bag and told the fourth applicant that he was going to catch a Eurostar train to Paris from Waterloo train station. He had left for the station

at around 8 a.m. and about an hour later had called the fourth applicant to say that he was on a train. The fourth applicant had then switched off his mobile telephone so that Mr Osman could not contact him any further.

146. In the statement, the fourth applicant described Mr Osman's wife and recorded the fact that he had taken police officers to a block of flats where he believed that Mr Osman and his wife lived. He concluded the witness statement by emphasising that it had been a chance meeting at Clapham Junction and that he had not taken part in any arrangement to assist or harbour Mr Osman. He said that he had only let Mr Osman stay because he had been afraid.

(d) The interviews and statements as a suspect

147. After the witness statement had been signed on the morning of 28 July 2005, one of the officers telephoned his superiors to seek further instructions and was told to arrest the fourth applicant. The fourth applicant was arrested and cautioned. He was asked whether he wanted the services of a solicitor but declined saying, "No, maybe after interview if it gets serious".

148. On 30 July 2005, after having received legal advice, the fourth applicant was interviewed as a suspect in the presence of his solicitor. He was asked if he had had the chance to go through his written statement with his solicitor and he confirmed that he had. The solicitor was asked if she had had enough time to advise her client and she replied:

"My role is to advise Mr Abdurahman in relation to his rights and procedures in relation to his interview. It is to intervene on his behalf when I feel it's necessary to intervene and to assist him in drawing to his attention any matters that may arise at any time in relation to his position and in relation to his rights. In that context, Mr Abdurahman has had an opportunity of considering the statement that he made voluntarily when he was stopped on 27th July. In the context of your disclosure that has been provided, I have advised him that he has various options open to him and he's instructed me that he would wish to rely on a statement that he would now wish to read so that it can be recorded on tape and would thereafter not wish to make any further comment in relation to matters until such time as there is additional disclosure, in the hope that his statement will deal with the limited disclosure that has so far been provided and I trust it will do so."

149. In the prepared statement, the fourth applicant confirmed that he had had no prior knowledge of the events of 21 July and deplored them. He continued:

"I was stopped by the police on Wednesday, 27th July, and agreed to assist them in every way possible. See my statement dated 28th July 2005. I gave as much detail as possible about somebody known to me as Hamdi."

150. He went on to correct aspects of his witness statement in so far as it related to the physical description he had given of Mr Osman. He added:

"I would like to emphasise that the CCTV video image of Hamdi (I pause to say that that turned out to be Mr Hussein Osman) released to the media was unrecognisable to

me as being an image of him and when Hamdi first claimed knowledge of any participation in these events, I did not believe him or I did not believe him to be involved until I was stopped by the police.”

151. He made some further small comments about the witness statement and declined to answer any further questions.

152. On 1 August 2005 the fourth applicant was interviewed as a suspect a second time. He again declined to answer questions but insisted that he had been assisting the police from the beginning and did not wish to make any further statements. He was interviewed further on 2 August 2005 and repeated that he was not and never would be a terrorist and had not played any part in what had happened. In his last interview, on 3 August, he said that everything he knew was contained in his original witness statement. He was charged at 2.20 p.m. on 3 August 2005.

2. The fourth applicant’s trial

153. In October 2007 the trial of the fourth applicant and four other men began at the Crown Court at Kingston before Judge Worsley QC and a jury. The fourth applicant was accused of assisting Mr Osman and failing to disclose information concerning the four bombers after the bombings. His codefendants included Mr Sherif, who was accused among other things of giving his passport to the fourth applicant for Mr Osman’s escape to Rome, and Mr Wahbi Mohammed, the brother of the second applicant, accused among other things of taking the video camera used to film suicide messages on the morning of 21 July 2005 and later giving it to the fourth applicant to give to Mr Osman.

(a) The prosecution case

154. The prosecution case was that the fourth applicant had been prepared to give Mr Osman shelter even though he had known that Mr Osman had been involved in the attacks. The prosecution also alleged that the fourth applicant had collected Mr Sherif’s passport and given it to Mr Osman to aid his departure to Rome. Finally, it was alleged that the fourth applicant had collected from Mr Wahbi Mohammed the video camera which had been used to film suicide messages by the would-be bombers, and had given it to Mr Osman.

(b) The admissibility of the witness statement

155. The fourth applicant applied to have the witness statement of 28 July 2005 excluded, relying on four matters. First, that the statement had been taken in breach of the applicable code of practice, in particular because he had not been cautioned or informed of his entitlement to free legal advice. Second, that the breach had been deliberate. Third, that he had been induced to make the statement on the pretence that he was a witness and would be free to go home after the statement was completed. Fourth, that

the statement had been taken in the early hours of the morning, when he was tired. As a result of all of these matters, the fourth applicant submitted, the statement was a confession made by him in circumstances likely to render it unreliable pursuant to section 76(2) PACE (see paragraph 199 below). Alternatively, he submitted that it ought to be excluded pursuant to the general discretion to exclude evidence under section 78 PACE (see paragraph 201 below).

156. The prosecution opposed the application but accepted that the witness statement amounted to a confession for the purposes of section 76 PACE. The prosecution also accepted that there had been a breach of the relevant code of practice in failing to caution the fourth applicant or offer him the services of a solicitor when the two police officers had come to the conclusion that they should take instructions from their superiors (see paragraph 140 above).

157. At the *voir dire*, the two police officers gave evidence that, when they had first approached the fourth applicant on the afternoon of 27 July 2005, it was with a view to his assisting the police as a potential witness. It was also accepted by the parties that, at that stage, the police officers did not have sufficient information to justify arresting him or treating him as a suspect. One of the officers explained that by 7.15 p.m. he had taken the view that, as a result of the answers that the fourth applicant was giving, he was in danger of incriminating himself and should be cautioned and informed of his right to legal advice. The officers had accordingly suspended the interview and sought instructions from one of the senior officers in charge of the investigation. They had been told that they should continue to interview the fourth applicant as a witness and had therefore done so. In his evidence, one of the officers expressed surprise that, when the witness statement was completed, he had been instructed to arrest the applicant.

158. On 3 October 2007 the trial judge refused the application to have the witness statement excluded. He accepted that at the time when the fourth applicant had arrived at the police station there had been no reasonable objective grounds to suspect him of any offence and that it had been entirely appropriate to treat him as a witness. However, in view of the prosecution concession that reasonable objective grounds to suspect the fourth applicant of an offence could be said to have crystallised by the conclusion of his first oral account, the judge was satisfied that there had been a breach of the applicable code at the time when the fourth applicant had made his written witness statement.

159. The trial judge found as a fact that there was no evidence of oppression of the fourth applicant while he had been at the police station. Nor, the judge said, had anything been said or done by the police officers that could have rendered the witness statement unreliable. He pointed out that the fourth applicant had “freely adopted” the witness statement after he

had been cautioned and had received legal advice. The judge therefore did not accept that the statement should be excluded under either section 76 or section 78 PACE.

160. Finally, the judge referred to the right of the defence to put matters concerning the fourth applicant's challenge to the witness statement before the jury. The jury would be directed appropriately on the question of reliability. In the circumstances no breach of Article 6 § 3 of the Convention arose.

161. The defence subsequently made an application to have excluded those parts of the witness statement which the fourth applicant had withdrawn or qualified in his subsequent interviews. These parts concerned the physical description given of Mr Osman and statements which indicated that the fourth applicant had come to believe that Mr Osman was involved in the attacks. The prosecution opposed the application because the qualifications later made demonstrated the detail in which the fourth applicant had subsequently considered his witness statement. The application was refused, the trial judge finding that exclusion of the passages would be misleading to the jury. He explained that the jury would be able to hear the full circumstances in which the fourth applicant had come to adopt the witness statement.

(c) The other prosecution evidence

162. The other prosecution evidence led at trial against the fourth applicant included:

(i) CCTV footage from 23 July 2005 showing the fourth applicant and Mr Osman together at Clapham Junction railway station, at Vauxhall railway station and walking towards the fourth applicant's flat;

(ii) mobile telephone cellsite analysis (analysis of where mobile telephone calls had been made), consistent with Mr Osman having made telephone calls at the fourth applicant's flat;

(iii) CCTV footage showing the fourth applicant meeting Mr Wahbi Mohammed and collecting from him the camera alleged to have been used to film martyrdom videos made by the bombers;

(iv) evidence of telephone contact between the fourth applicant and Mr Sherif, allegedly for the purpose of collecting the latter's passport for Mr Osman and for which the fourth applicant had given no explanation despite the fact that the two had not met for some years prior to the telephone contact;

(v) mobile telephone cellsite analysis consistent with the fourth applicant having met Mr Sherif to collect the passport;

(vi) footage from a police surveillance camera showing Mr Osman leaving the fourth applicant's flat on 26 July, in the company of the fourth applicant, en route to Waterloo station;

(vii) a newspaper report on the attempted bombings, with pictures of the bombers (including Mr Osman), found in the fourth applicant's flat with the fourth applicant's fingerprints on it;

(viii) telephone contact between the fourth applicant and Mr Osman after the latter had taken the Eurostar from Waterloo, indicating that Mr Osman had spoken to the fourth applicant twice by mobile telephone on 26 July and had twice attempted to telephone him on 27 July from Italy;

(ix) The fourth applicant's police interviews of 30 July and 1 August, after he had been arrested and had received legal advice, in which he admitted that Mr Osman had stayed at his flat and stated that the contents of his 28 July witness statement were accurate (see paragraphs 148-152 above).

(d) The application for a stay on grounds of abuse of process

163. At the conclusion of the prosecution case, the fourth applicant applied to have the proceedings stayed on the grounds that the prosecution was an abuse of process. He argued that the order given to the police officers to continue to treat him as a witness, and not a suspect, meant that he had been tricked into giving his witness statement. He claimed that he had effectively been told that he would not be prosecuted. In other words, later treating him as a suspect and prosecuting him was inherently unfair.

164. On 5 November 2007 the judge refused the application. He held that it would only be an abuse of process to prosecute someone who had received an unequivocal representation that he would not be prosecuted and had acted on that representation to his detriment. No such unequivocal representation had been made to the fourth applicant. Even if he had thought that there had been such a representation, he had not acted on it to his detriment. The judge explained:

“I have to look at the evidence as a whole and the position of Mr Abdurahman as a whole when I'm considering whether the facts may justify the staying of the charges against him.

Mr Abdurahman had the opportunity in the course of interview when he was under caution to say that that which he had said before was untrue, was inaccurate or was given at a time when he was so tired that it was really unreliable and riddled with inaccuracy. He did not do that. At a time when he had been able to consult with his solicitor and consider in detail the statement which he had given to the police, he adopted it and ... to this day he adopts effectively that which he had said to the police.”

165. The judge found that far from being an affront to justice for the case to continue, it would be an affront to justice for the case not to continue. He noted that the fourth applicant was ably represented, had been able to make clear his position after he made his witness statement and had given his detailed comments on it when he was a suspect. While there was, as the prosecution conceded, an element of unfairness in his being treated

initially as a witness, it was right to look at the overall picture. The judge reached the “very clear” conclusion that this was certainly not a case where he came even remotely near saying that it could be unfair for the fourth applicant to be tried.

(e) The trial proceedings

166. Mr Osman was called to give evidence by his brother, Mr Sherif. He confirmed that he had sheltered at the fourth applicant’s flat and said that the latter had believed what was said in the news. The fourth applicant had said that the police were looking for him (Mr Osman) but that he was not recognisable from the images disseminated in the media. Mr Osman did not believe that the fourth applicant had been afraid of him. He further confirmed that he had asked the fourth applicant to make contact with Mr Sherif to collect the passport. The fourth applicant had done so at around 8-9 p.m. on the evening of 25 July 2005. After returning with the passport, the fourth applicant had gone to Waterloo station to book a Eurostar ticket for Mr Osman. He had been unable to do so because he did not have the passport number with him, but he had checked the timetable for the following day. Mr Osman was subjected to extensive cross-examination by counsel for the fourth applicant. It was put to him that he was lying to protect his family, an allegation that Mr Osman denied.

167. Mr Sherif gave oral evidence and was also cross-examined by the fourth applicant’s counsel. He admitted that he had provided the passport for Mr Osman’s travel. He gave evidence that the fourth applicant had come to see him at home on the evening of 24 July 2005 and had asked for his passport in order to enable Mr Osman to leave the country. He had said that Mr Osman was at his (the fourth applicant’s) home. Mr Sherif had been afraid and had not wanted to provide the passport. However, he had subsequently changed his mind. A text message to the fourth applicant later that evening and a telephone call the next day were to make arrangements for the fourth applicant to collect the passport. The fourth applicant had collected the passport from his home at around 7.45 p.m. on 25 July 2005. It was put to Mr Sherif by the fourth applicant’s counsel that he was lying but Mr Sherif insisted that he was telling the truth and that the fourth applicant had collected the passport.

168. The fourth applicant did not give evidence at trial. His defence was based upon the content of his witness statement of 28 July 2005. It was admitted that he had collected the video camera and had given it to Mr Osman, but counsel explained that this had been an innocent errand and that there had been no attempt to conceal it. It was further admitted that on 25 July 2005 at around 8.45 p.m. the fourth applicant had attended the ticket office at Waterloo Station. It was not admitted that he had collected the passport, and counsel emphasised that the only evidence to support this had been given by Mr Osman and Mr Sherif, both of whom he said were

unreliable and had ulterior motives for the evidence that they had given. Counsel invited the jury to ignore the witness statement, referring to the admitted breaches of the code by the police. He emphasised that the interview had taken place over a long period of time, that there had been a failure to caution the fourth applicant and that he had not been given legal advice.

(f) The summing-up to the jury and the verdict

169. Before the jury retired to consider its verdict, the trial judge delivered his summing-up. On the matter of the witness statement, he directed them as follows:

“You remember the long, handwritten witness statement that Abdurahman signed and the subsequent interviews when he answered questions asked by the police. The prosecution say that, in addition to the other evidence against him, the defendant, Abdurahman, made a witness statement which amounts to a confession on which you can rely. The defendant says that you should not rely upon his written witness statement since it was obtained in circumstances likely to render it unreliable.

He says that he was tricked by the police into providing an account by them treating him as a witness when, in breach of the codes of practice laid down for the police to follow, he should first have been cautioned; secondly, allowed access to a solicitor; thirdly, had his interview tape-recorded; and fourthly, should have been given suitable and effective, uninterrupted rest periods.

The law is this, when considering his case, the question for you to consider is whether Abdurahman’s witness statement is something you should take into account as evidence in his case or whether you should disregard it. The question is not whether you think that it is fair that he’s being tried. If you think that the statement was or might have been obtained by something said or done which was likely to render it unreliable, you must disregard it, even if you think that it was or may have been true.

Breach of the code, however, does not lead to the automatic rejection as evidence of a written statement made by a witness who is later made a defendant. If you are sure that, despite the breaches of the code, the statement was freely given in the sense that he would have said those things whether or not he was cautioned and even if all the rules in the code had been followed and that it was true, then you will take it into account when considering your verdicts in relation to Abdurahman.

The prosecution say that, whatever breaches may have arisen in respect of the codes of practice which the police should obey, you can safely rely on the written witness statement made and signed by Abdurahman because he clearly adopted it in his interviews as ‘valuable information’ which he was providing to the police. Indeed he made detailed corrections which reflected accurately what he always wished to say at a time when he had been cautioned and had a solicitor to advise him. Abdurahman has chosen, as is his right, not to tell you on oath why he said the things he did and what he would have done if arrested and cautioned. Do not speculate.”

170. As regards the fourth applicant’s silence at trial, the judge directed the jury as follows:

“The defendant, Abdurahman, as you know, has not given evidence before you. That is his right, he is entitled to remain silent and to require the prosecution to make

you sure of his guilt. You must not assume that he is guilty of any offence because he has not given evidence.

Two matters arise from his silence. First, you try this case according to the evidence and you will appreciate that Abdurahman has not given any evidence at this trial to undermine, contradict or explain the evidence put before you by the prosecution. Secondly, his silence at this trial may count against him. This is because you may draw the conclusion that he has not given evidence because he has no answer to the prosecution's case or none that would bear examination. If you do draw that conclusion, you must not convict him wholly or mainly on the strength of it but you may treat it as additional support for the prosecution case.

However, you may only draw such a conclusion against him if you think it's a fair and proper conclusion, if you're satisfied about two things. First, that the prosecution's case is so strong that it clearly calls for an answer by him; secondly, that the only sensible explanation for his silence is that he has no answer to the prosecution allegations or none that would bear examination.

The defence, I remind you, invite you not to draw any conclusion from his silence on the basis that there was an admitted breach of the code of practice which is in place to protect defendants such that they say you should reject the prosecution submission but you can safely rely on anything said by him to the police in his long written statement. If you think that the breaches of the code amount to a good reason why you should not draw any conclusion from his silence, then do not do so. Otherwise, subject to what I have said, you may do so."

171. The judge reminded the jury of the prosecution case and the various elements of evidence against the fourth applicant (see paragraph 162 above). He explained:

"The prosecution rely on the witness statement he made and signed because they say it was adopted by him and that he's an intelligent young man, apparently a capable employee at a solicitor's firm. There is no reference, they point out, to the camera, the passport, and he lied over the date and destination of Osman's departure."

172. The judge also reminded the jury of the fourth applicant's defence, set out in his witness statement, and of the submissions of his defence counsel at trial.

173. On 4 February 2008, the fourth applicant was convicted of assisting Mr Osman (count 12) and of four counts of failing to disclose information about the bombers after the attacks (counts 16-19). He was sentenced to five years' imprisonment on count 12 and five years' imprisonment on counts 16-19, to be served consecutively. Mr Sherif was convicted of assisting Mr Osman and failing to disclose information about him after the bombings. He was acquitted of having had prior knowledge of the attacks. He, too, was sentenced to five years' imprisonment on each count, to be served consecutively.

3. *The fourth applicant's appeal*

174. The fourth applicant and his codefendants appealed against conviction and sentence to the Court of Appeal. The fourth applicant argued that the trial judge had been wrong to admit the witness statement.

175. On 21 November 2008 the Court of Appeal dismissed the appeal against conviction. It expressed some concern about events at the police station but considered that the trial judge had not erred in admitting the impugned witness statement. Concerning the fact that the statement had been made in breach of the applicable code, the court said:

“38. The way the police behaved is undoubtedly troubling. The decision not to arrest and caution Abdurahman when the officers interviewing him believed that they had material which gave them reasonable grounds for suspecting that he had committed an offence was a clear and deliberate instruction to ignore the Code. But at that stage the police dilemma is understandable. Abdurahman was providing information about Osman which could have been of critical importance in securing his arrest, which was the priority at that time. It seems to us that the judge was entitled to come to the conclusion that the prosecution had established that nothing was said or done which could undermine the reliability of the witness statement. He was entitled to take into account the fact that in the prepared statement he made after caution he asserted that he was seeking to give assistance to the police. That was repeated in the later interviews. He said nothing therefore to suggest that the circumstances were such as to render it likely that what he said was not reliable. It seems to us, therefore, that the judge was also entitled to conclude from all material that Abdurahman, with the help of legal advice, was repeating, subject as we have said to some corrections, what was in the witness statement as his account of the part such as it was, that he played in relation to Osman in the days after 21st July. Further, given the appellant's adoption of that witness statement, we do not consider that the judge's decision to permit the statement to go before the jury in the exercise of his discretion under s. 78 of the Act can be said to be perverse or affected by any error of law.”

176. As to the refusal of the trial judge to stay the trial on grounds of abuse of process, the Court of Appeal explained:

“39. ... The main thrust of the argument on Abdurahman's behalf is that to prosecute on the basis of a statement that he gave when being treated as a witness is quite simply unfair. He was, it is said, effectively being told that he would not be prosecuted and gave assistance accordingly. The judge in our view rightly rejected this argument. There was no evidence that this appellant made his statement because he believed he was not going to be prosecuted. He gave no evidence to that effect; and there is nothing in the interviews after he was arrested to suggest that that was the reason for his having made the witness statement. On the contrary, he made the witness statement because he wanted to assist the police. In this type of case, the court is only likely to conclude there has been an abuse of process if a defendant can establish that there has been an unequivocal representation by those responsible for the conduct of the prosecution and that the defendant has acted to his detriment: see *R v Abu Hamza* [2007] 1 Cr App R 27, [2006] EWCA Crim 2918, in particular at paragraph 54. That was not the situation here.”

177. In respect of the appeal against sentence, the court acknowledged that personal circumstances such as youth or vulnerability might be pertinent to sentence, but emphasised that this was not the case in respect of

most of the appellants before it, including the fourth applicant. The court noted that the appellants had acted without any regard whatsoever to their public duty, and continued:

“None except Abdurahman made any disclosure at all until they were arrested ...”

178. In conclusion, the Court of Appeal partly allowed the fourth applicant’s appeal against sentence, on account of the help he had given to the police:

“47. The assistance that [the fourth applicant] gave to Osman was of the utmost significance. We conclude, however, that we can and should reflect the fact that, albeit only after he had been seen by the police, he gave at least some help and information ...”

179. It reduced the sentences in respect of count 12 and counts 16-19 to four years’ imprisonment each. It noted that the conviction for failing to disclose information about Mr Osman added little to the criminality involved in assisting him, so the sentence on that count was to be served concurrently. The remaining counts, involving his failure to disclose information about the other bombers, were clearly a separate offence that justified a consecutive sentence. The consequence was a total of eight years’ imprisonment. In dealing with Mr Sherif’s appeal against sentence, the court noted the critical role that he had played in enabling Mr Osman’s escape and considered that it justified “a very severe sentence which cannot be mitigated as it was in the case of [the fourth applicant] by his giving any information at any stage to the police”. Taking into account 467 days spent under home arrest, he was sentenced to six years and nine months’ imprisonment on the count of assisting Mr Osman. A four-year sentence for failing to disclose information about Mr Osman was to be served concurrently.

180. On 3 February 2009 the Court of Appeal refused to certify a question of general public importance for the consideration of the House of Lords.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Cautions

181. Section 66 PACE requires the Secretary of State to issue a code of practice, *inter alia* on the detention, treatment and questioning of persons by police officers. The applicable code of practice is Code C. Section 10 of Code C concerns cautions and at the relevant time paragraph 10.1 provided:

“A person whom there are grounds to suspect of an offence must be cautioned before any questions about an offence, or further questions if the answers provide the grounds for suspicion, are put to them if either the suspect’s answers or silence

(i.e. failure or refusal to answer or answer satisfactorily) may be given in evidence to a court in a prosecution.”

182. Prior to the enactment of the Criminal Justice and Public Order Act 1994 (“the 1994 Act”), the wording of a caution (commonly referred to as the old-style caution) was:

“You do not have to say anything, but anything you do say may be given in evidence.”

183. Section 34 of the 1994 Act permits adverse inferences to be drawn by a jury where a defendant fails to mention during police questioning any fact relied on in his defence in subsequent criminal proceedings. The precise circumstances in which such adverse inferences can be drawn are normally explained to the jury in detail in the trial judge’s summing-up.

184. The wording of the caution that has been routinely given since the entry into force of the 1994 Act (commonly referred to as the new-style caution) is contained in paragraph 10.5 of Code C and is as follows:

“You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence.”

185. Pursuant to section 34(2A) of the 1994 Act, adverse inferences from a defendant’s failure in police interview to mention facts later relied on in his defence cannot be drawn at trial if the defendant was not allowed an opportunity to consult a solicitor prior to being questioned.

B. Safety interviews

1. The Terrorism Act 2000

186. The Terrorism Act 2000 (“the 2000 Act”) governs the arrest and detention of those suspected of committing terrorist offences. Section 41 allows a police constable to arrest without a warrant a person whom he reasonably suspects to be a terrorist. In the case of an arrest under section 41, the provisions of Schedule 8, which address *inter alia* access to legal advice, apply. The law cited below sets out the position at the material time; amendments which are not significant in the present cases have since been made to the relevant provisions.

187. Paragraph 6 of Schedule 8 set out the right of a detainee, if he so requested, to have one named person informed, as soon as was reasonably practicable, that he was being detained (“the right not to be held incommunicado”). This right was subject to paragraph 8.

188. Paragraph 7 provided that a person who was arrested as a suspected terrorist was entitled, if he so requested, to consult a solicitor as soon as reasonably practicable, privately and at any time (“the right to legal advice”). This right was also subject to paragraph 8.

189. Paragraph 8(1) provided that an officer of at least the rank of superintendent could authorise a delay in the entitlements set out in paragraphs 6 and 7. Pursuant to paragraph 8(2), such authorisation could be given only if the officer had reasonable grounds for believing that the exercise of the entitlements would have any of the following consequences:

- “(a) interference with or harm to evidence of a serious arrestable offence,
- (b) interference with or physical injury to any person,
- (c) the alerting of persons who are suspected of having committed a serious (arrestable) offence but who have not been arrested for it,
- (d) the hindering of the recovery of property obtained as a result of a serious (arrestable) offence or in respect of which a forfeiture order could be made ...;
- (e) interference with the gathering of information about the commission, preparation or instigation of acts of terrorism,
- (f) the alerting of a person and thereby making it more difficult to prevent an act of terrorism, and
- (g) the alerting of a person and thereby making it more difficult to secure a person’s apprehension, prosecution or conviction in connection with the commission, preparation or instigation of an act of terrorism.”

190. Paragraph 8(7) provided that where authorisation was given, the detainee had to be informed of the reasons for the delay as soon as practicable and the reasons had to be recorded.

2. The relevant provisions of Code C

191. At the material time no specific codes of practice existed in relation to the above provisions. Code C (see paragraph 181 above) also covered those detained on suspicion of terrorism.

192. Section 5 of Code C dealt with the right not to be held incommunicado. Paragraphs 5.1 and 5.2 set out the general right to have a named person contacted, as established in paragraph 6 of Schedule 8 to the 2000 Act, and explained that the exercise of the right could only be delayed in accordance with Annex B of the Code (see 198 below).

193. Section 6 of Code C dealt with the right to legal advice. Paragraphs 6.1 and 6.5 set out the general right to legal advice, as established in paragraph 7 of Schedule 8 to the 2000 Act, and explained that the exercise of the right could only be delayed in accordance with Annex B of the Code.

194. Paragraph 6.6 explained that a detainee who wanted legal advice could not be interviewed until he had received such advice unless:

- (a) Annex B applied; or
- (b) an officer of superintendent rank or above had reasonable grounds to believe that:

(i) the consequent delay might have, *inter alia*, the consequences set out in paragraph 8 (a) to (d) of Schedule 8 to the 2000 Act (see paragraph 189 above); or

(ii) when a solicitor had been contacted and had agreed to attend, awaiting his arrival would cause unreasonable delay to the process of the investigation.

195. Paragraph 6.6 also explained that, in these cases, the restriction on drawing adverse inferences from silence (see paragraph 185 above) would apply because the suspect had not had the opportunity to consult a solicitor. Annex C clarified that the old-style caution (see paragraph 182 above) was to be used.

196. Paragraph 6.7 explained that once sufficient information had been obtained to avert the risk, the questioning should cease until the detainee had obtained legal advice.

197. The Notes for Guidance attached to Code C, included paragraph C:6A:

“In considering if paragraph 6.6(b) applies, the officer should, if practicable, ask the solicitor for an estimate of how long it will take to come to the station and relate this to the time detention is permitted, the time of day ... and the requirements of other investigations. If the solicitor is on their way or is to set off immediately, it will not normally be appropriate to begin an interview before they arrive. If it appears necessary to begin an interview before the solicitor’s arrival, they should be given an indication of how long the police would be able to wait before 6.6(b) applies so there is an opportunity to make arrangements for someone else to provide legal advice.”

198. Part B of Annex B specifically concerned persons detained under the 2000 Act. It provided that the rights discussed in sections 5 and 6 of Code C could be delayed for up to forty-eight hours if there were reasonable grounds to believe that the exercise of the right would lead to the consequences set out in paragraph 8 of Schedule 8 of the 2000 Act (see paragraph 189 above).

C. The admissibility of evidence

199. Section 76(1) PACE provides that a confession made by an accused person may be given in evidence against him in so far as it is relevant to any matter in issue in the proceedings and is not excluded by the court in pursuance of this section. Section 76(2) provides:

“If, in any proceedings where the prosecution proposes to give in evidence a confession made by an accused person, it is represented to the court that the confession was or may have been obtained–

(a) by oppression of the person who made it; or

(b) in consequence of anything said or done which was likely, in the circumstances existing at the time, to render unreliable any confession which might be made by him in consequence thereof,

the court shall not allow the confession to be given in evidence against him except in so far as the prosecution proves to the court beyond reasonable doubt that the confession (notwithstanding that it may be true) was not obtained as aforesaid.”

200. Under section 82(1) PACE a “confession” includes any statement “wholly or partly adverse to the person who made it, whether made to a person in authority or not and whether made in words or otherwise”.

201. Section 78(1) PACE provides:

“In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given, if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.”

D. The reopening of criminal proceedings

202. The Criminal Cases Review Commission is an independent body set up to investigate claims that a person has been wrongly convicted of a criminal offence or wrongly sentenced. It is regulated by the Criminal Appeal Act 1995. Where a person has been convicted on indictment, section 9(1) gives the Commission the power to refer, at any time, the conviction to the Court of Appeal. Under section 9(2), any such reference is to be treated for all purposes as an appeal by the person concerned against conviction. The Commission may refer a case where a defendant alleges that he has had an unfair trial if it considers that there is a real possibility that the conviction will not be upheld.

III. RELEVANT EUROPEAN UNION AND INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS

A. European Union law

1. The right to be informed

203. On 22 May 2012 the European Union adopted Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings. All EU Member States except Denmark participate in the Directive. The Directive is founded upon the rights laid down in the European Union Charter of Fundamental Rights, and in particular Articles 6, 47 and 48 thereof, by building upon Articles 5 and 6 of the Convention as interpreted by this Court. In its preamble, the Directive explains that the right to information about procedural rights “which is inferred from the case-law” of this Court, should be explicitly established by the Directive.

204. Article 1 of the Directive clarifies that the right to information has two aspects: information on procedural rights and information on the

accusation. Pursuant to Article 2, the Directive applies from the time a person is made aware by the competent authorities that he is suspected or accused of having committed a criminal offence. Such a person must be provided promptly with information concerning at least the five procedural rights listed in Article 3(1) of the Directive, namely: the right of access to a lawyer; the right to free legal advice; the right to be informed of the accusation; the right to interpretation and translation; and the right to remain silent. Article 8(2) provides that suspects must have the right under national law to challenge the failure to provide the relevant information. The Directive does not address how evidence obtained without prior information on procedural rights should be treated in any subsequent criminal proceedings.

205. The deadline for transposition of the Directive was 2 June 2014.

2. The right of access to a lawyer

206. On 22 October 2013 the European Union adopted Directive 2013/48/EU covering the right of access to a lawyer, the right to have third parties informed of detention and the right to communicate with third parties and with consular authorities. The United Kingdom (along with Ireland and Denmark) chose not to participate in the Directive and in consequence it is not applicable in those States. The Directive lays down minimum rules concerning the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in proceedings for the execution of a European arrest warrant. In doing so, it promotes the application of the Charter, in particular Articles 4, 6, 7, 47 and 48 thereof, by building upon Articles 3, 5, 6 and 8 of the Convention, as interpreted by this Court. In its Recital 21, it explains, by reference to case-law of this Court, that where a person other than a suspect or accused person, such as a witness, becomes a suspect or accused person, that person should be protected against self-incrimination and has the right to remain silent. In such cases, questioning by law enforcement bodies should be suspended immediately and may only be continued if the person concerned has been made aware that he is a suspect or accused person and is able to fully exercise the rights provided for in the Directive.

207. Article 2 provides that the rights in the Directive apply to:

“suspects or accused persons ... from the time when they are made aware by the competent authorities ..., by official notification or otherwise, that they are suspected or accused of having committed a criminal offence, and irrespective of whether they are deprived of liberty.”

208. Article 2(3) clarifies that it also applies:

“to persons other than suspects or accused persons who, in the course of questioning ..., become suspects or accused persons.”

209. Article 3 provides for the right of access to a lawyer “without undue delay” and in any event prior to questioning. That right entails the

right to meet the lawyer in private prior to questioning, the right for the lawyer to be present during questioning and the right to have the lawyer attend evidence-gathering acts.

210. Pursuant to Article 3(6), temporary restrictions on the right of access to a lawyer are permitted at the pre-trial stage in exceptional circumstances where one of two compelling reasons is demonstrated. The first is that there is an urgent need to avert serious adverse consequences for the life, liberty or physical integrity of a person. The second is that immediate action by the investigating authorities is required to prevent substantial jeopardy to criminal proceedings. Pursuant to Article 8, any restrictions must be proportionate, be strictly limited in time, not be based exclusively on the type or seriousness of the offence and not prejudice the overall fairness of the proceedings. Restrictions are to be authorised by a duly reasoned decision on a case-by-case basis.

211. Article 12(2) addresses the question of remedies and provides that, without prejudice to national rules and systems on the admissibility of evidence, Member States shall ensure that, in criminal proceedings, in the assessment of statements made by suspects or accused persons or of evidence obtained in breach of their right to a lawyer or in cases where a derogation to this right was authorised in accordance with Article 3(6), the rights of the defence and the fairness of the criminal proceedings are respected.

212. The deadline for transposition of the Directive is 27 November 2016.

3. Privilege against self-incrimination and right to silence

213. On 12 February 2016 the European Union adopted Directive 2016/343 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings. The United Kingdom (along with Ireland and Denmark) chose not to participate in the Directive and in consequence it is not applicable in those States.

214. Pursuant to Article 2, the Directive applies to suspects or accused persons in criminal proceedings. Article 7 enshrines the right to silence and the privilege against self-incrimination. Article 10 requires States to ensure that, in the assessment of statements made by suspects in breach of the right to remain silent or the right not to incriminate oneself, the rights of the defence and the fairness of the proceedings are respected.

215. The deadline for transposition of the Directive is 1 April 2018.

B. International law

1. The International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”)

216. The ICCPR sets out the right to a fair trial in its Article 14. Minimum rights in criminal proceedings are listed in Article 14 § 3, which provides, in so far as relevant:

“3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: ...

...

(b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;

...

(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right ...

...

(g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.”

217. The Human Rights Committee assesses compliance with the ICCPR. It has found that the right to a fair trial includes the right to be notified of defence rights, including the right to legal assistance and to remain silent (see *Saidova v. Tajikistan*, Communication no. 964/2001, views adopted on 8 July 2004; and *Khoroshenko v. Russian Federation*, Communication no. 1304/2004, views adopted on 29 March 2011).

2. International criminal tribunals

(a) The ICTY and the ICTR

218. Article 18 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (“ICTY”) and Article 17 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”) provide for legal assistance for suspects if questioned by the prosecutor of the Tribunal during the pre-trial phase. Article 21 of the ICTY Statute and Article 20 of the ICTR Statute reproduce the content of Article 14 ICCPR (see paragraph 216 above). Rule 42 of the ICTY Rules of Procedure and Evidence provides:

“(A) A suspect who is to be questioned by the Prosecutor shall have the following rights, of which the Prosecutor shall inform the suspect prior to questioning, in a language the suspect understands:

(i) the right to be assisted by counsel of the suspect’s choice or to be assigned legal assistance without payment if the suspect does not have sufficient means to pay for it;

...

(iii) the right to remain silent, and to be cautioned that any statement the suspect makes shall be recorded and may be used in evidence.

(B) Questioning of a suspect shall not proceed without the presence of counsel unless the suspect has voluntarily waived the right to counsel ...”

219. Rule 42 of the ICTR Rules of Procedure and Evidence is in substantially the same terms.

220. Rule 89(D) of the ICTY’s Rules, and Rules 89(C) together with 70(F) of the ICTR’s Rules, provide that a chamber may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial. Rule 95 of the Rules of both the ICTY and the ICTR provides that no evidence shall be admissible if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings.

221. In *Prosecutor v. Karadžić* (Case No. IT-95-5/18-T, Decision on the Accused’s Motion to Exclude Intercepted Conversations, 30 September 2010), the defendant applied to exclude evidence of intercepted conversations obtained in violation of Bosnian law. The trial chamber of the ICTY explained:

“7. It is well-settled that the approach adopted in [the Tribunal’s Rules] is one which favours the admission of evidence so long as it is relevant and is deemed to have probative value which is not substantially outweighed by the need to ensure a fair trial. Accordingly, the Chamber must balance the fundamental rights of the accused with the essential interests of the international community in the prosecution of persons charged with serious violations of international humanitarian law ...

8. Tribunal jurisprudence is clear that evidence obtained illegally is not, *a priori*, inadmissible, but rather that the manner and surrounding circumstances in which the evidence was obtained, as well as its reliability and effect on the integrity of the proceedings, will determine its admissibility. Accordingly, in applying Rule 95, the Chamber must consider all relevant circumstances and only exclude evidence if the integrity of the proceedings would otherwise be seriously damaged” (footnotes omitted.)

222. The chamber explained that in light of its mandate to prosecute persons allegedly responsible for serious violations of international humanitarian law, it would be inappropriate to exclude relevant and probative evidence because of procedural considerations, as long as the fairness of the trial was guaranteed. It concluded that the admission of evidence obtained by Bosnian authorities in violation of Bosnian law would not damage the integrity of its proceedings and found the evidence to be admissible.

(b) The ICC

223. Article 55 of the Rome Statute of the International Criminal Court (“ICC”), which entered into force on 1 July 2002, sets out the rights of persons during an investigation under the Statute. Article 55 § 1 provides, *inter alia*, that a person shall not be compelled to incriminate himself or to

confess guilt and shall not be subjected to any form of coercion, duress or threat, to torture or to any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

224. On the question of procedural rights prior to questioning, Article 55 § 2 provides, in so far as relevant:

“2. Where there are grounds to believe that a person has committed a crime within the jurisdiction of the Court and that person is about to be questioned ... that person shall also have the following rights of which he or she shall be informed prior to being questioned:

...

(b) To remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence;

(c) To have legal assistance of the person’s choosing, or, if the person does not have legal assistance, to have legal assistance assigned to him or her, in any case where the interests of justice so require, ...; and

(d) To be questioned in the presence of counsel unless the person has voluntarily waived his or her right to counsel.”

225. Article 67 sets out the procedural rights of the accused and reproduces, *inter alia*, the content of Article 14 § 3 (d) and (g) ICCPR (see paragraph 216 above).

226. Article 69 § 7 of the Rome Statute provides that evidence obtained by means of a violation of the Statute or internationally-recognised human rights shall not be admissible if:

“(a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or

(b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings.”

227. In *Prosecutor v. Lubanga* (Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007), a pre-trial chamber of the ICC considered the question of admissibility of illegally-obtained evidence. It accepted that the challenged evidence had been obtained in violation of the internationally-recognised human right to privacy. However, it said that given the terms of Article 69 § 7, it was clear that the evidence was not to be automatically excluded. Having concluded that the reliability of the evidence was not affected by the illegality, the court turned to consider the impact on the integrity of the proceedings. It explained that it had to ensure an appropriate balance between the rights of the accused and the need to respond to victims’ and the international community’s expectations. It continued:

“86. ... Although no consensus has emerged on this issue in international human rights jurisprudence, the majority view is that only a serious human rights violation can lead to the exclusion of evidence.

87. Regarding the rules applicable before the international criminal tribunals and their jurisprudence, the generally accepted solution ‘is to provide for the exclusion of

evidence by judges only in cases in which very serious breaches have occurred, leading to substantial unreliability of the evidence presented’.” (footnotes omitted).

IV. RELEVANT COMPARATIVE LEGAL MATERIALS

A. Council of Europe States

228. From the information available to the Court, it would appear that temporary delays in affording the right of access to a lawyer are permitted by the laws of several member States of the Council of Europe. A review of the treatment of statements obtained in breach of the right to legal advice discloses that a number of States require statements made in the absence of a lawyer or without notification of the right to a lawyer to be excluded from trial, while in others the admission of the statement or the weight to be attributed to it is, at least to some extent, a matter for judicial discretion. The same is true in respect of statements obtained in breach of the right to silence or the privilege against self-incrimination.

B. The United States

229. The Fifth Amendment to the Constitution of the United States protects the right against self-incrimination. The right to legal advice is guaranteed by the Sixth Amendment. In *Miranda v. Arizona* 384 US 436 (1966), the Supreme Court held that statements made by a person during police questioning in custody were admissible at trial only if the suspect had been informed of his rights to silence and to legal advice. Following the judgment, failure to give a “Miranda warning” prior to questioning meant that any evidence obtained had to be excluded at trial.

230. In *New York v. Quarles* 467 US 649 (1984) the Supreme Court held that there was a “public safety” exception to the requirement that Miranda warnings be given before a suspect’s answers could be admitted into evidence and that the availability of that exception did not depend upon the motivation of the individual officers involved. It said that the police were entitled to interrogate suspects without informing them of their Miranda rights when “reasonably prompted by a concern for public safety”. Justice Rehnquist explained:

“Procedural safeguards which deter a suspect from responding were deemed acceptable in *Miranda* in order to protect the Fifth Amendment privilege; when the primary social cost of those added protections is the possibility of fewer convictions, the *Miranda* majority was willing to bear that cost. Here, had *Miranda* warnings deterred Quarles from responding to Officer Kraft’s question about the whereabouts of the gun, the cost would have been something more than merely the failure to obtain evidence useful in convicting Quarles. Officer Kraft needed an answer to his question not simply to make his case against Quarles but to insure that further danger to the public did not result from the concealment of the gun in a public area.

We conclude that the need for answers to questions in a situation posing a threat to the public safety outweighs the need for the prophylactic rule protecting the Fifth Amendment’s privilege against self-incrimination. We decline to place officers such as Officer Kraft in the untenable position of having to consider, often in a matter of seconds, whether it best serves society for them to ask the necessary questions without the *Miranda* warnings and render whatever probative evidence they uncover inadmissible, or for them to give the warnings in order to preserve the admissibility of evidence they might uncover but possibly damage or destroy their ability to obtain that evidence and neutralize the volatile situation confronting them.”

231. Where evidence has been obtained in the absence of a *Miranda* warning and in the absence of legal advice but the court is satisfied that the public safety exception applies, the evidence is admissible at trial.

C. Canada

232. The right to legal advice and the right to remain silent are protected by the Canadian Charter of rights and freedoms. A person is entitled to legal advice immediately upon arrest, although this right can be delayed where there are concerns for public safety provided that any limitations are prescribed by law and justified in a free and democratic society. The police have the obligation to inform a person of his right to counsel from the moment he is detained (see *R. v. Suberu* [2009] 2 SCR 460). As soon as the situation is under control, the suspect must have access to legal advice (see *R. v. Strachan* [1988] 2 SCR 980).

233. The Charter provides that where evidence is obtained in a manner that infringes an accused’s rights under the Charter, it must be excluded at trial if, having regard to all the circumstances, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Relevant factors in this assessment were set out by the Supreme Court in *R. v. Collins* [1987] 1 SCR 265, namely the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial, the seriousness of the breach of the Charter and the effect of the exclusion of the evidence on the reputation of the administration of justice. The burden is on the person seeking exclusion of the evidence to show, on the balance of probabilities, that the Charter test for exclusion is satisfied.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (c) OF THE CONVENTION

234. The applicants complained that their lack of access to lawyers during their initial questioning at the police station and the admission at trial

of the statements made in those interviews violated their right to a fair trial under Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention, which read as follows:

“1. In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;”

A. The Chamber’s conclusions

235. The Chamber found no violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c). It reiterated that the Court’s primary concern under Article 6 § 1 was to evaluate the overall fairness of the proceedings and set out the general principles concerning the right to legal advice as formulated in *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008. It found that there had been compelling reasons to delay the applicants’ access to legal advice in light of the exceptionally serious and imminent threat to public safety. It added that the submission that the police could have waited until solicitors arrived before beginning the interrogations was misguided since at least part of the reason for delaying legal advice was because the police had been concerned that access to legal advice would lead to the alerting of other suspects. It further found that no undue prejudice had been caused by the admission of the statements at trial having regard in particular to the counterbalancing safeguards contained in the legislative framework, to the trial judge’s rulings and directions to the jury and to the strength of the other evidence in the cases.

B. The parties’ submissions to the Grand Chamber

1. The applicants

(a) The first three applicants

236. The first three applicants argued that, properly understood, *Salduz*, cited above, imposed a bright-line rule prohibiting the use at trial of statements obtained during police interrogation in the absence of lawyers. In their view, this bright-line rule had been repeatedly reaffirmed by the Court, including in terrorism cases (citing, *inter alia*, *Plonka v. Poland*, no. 20310/02, 31 March 2009; *Pishchalnikov v. Russia*, no. 7025/04, 24 September 2009; and *Dayanan v. Turkey*, no. 7377/03, 13 October 2009). They further relied for support on the terms of Directive

2013/48/EU, Article 14(3)(d) ICCPR and the US Supreme Court's ruling in *Miranda v. Arizona* (see paragraphs 206-212, 216 and 229 above).

237. They argued that there were no compelling reasons to restrict their right to a lawyer. While the allegations were, admittedly, of the most serious order imaginable, this could not alone justify a restriction. The police could have contacted lawyers as soon as the applicants had requested legal representation. Had they done so, there was every prospect that the applicants would have been represented by the time the police were ready to conduct the safety interviews. In particular, the applicants considered that any concern as to possible leaks was wholly misplaced in light of the obligation of client confidentiality. The absence of compelling reasons was sufficient in and of itself to result in a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c).

238. In any event, they submitted that the restriction on legal advice had resulted in undue prejudice in their cases. The trial judge had described the evidence of the safety interviews as not marginal or unimportant but evidence which could provide the jury with considerable insight. The Chamber's reliance on the strength of other evidence in the case, in particular, was wrong since it was not founded on precedent, evidence could grow and contract over time and it gave too much scope to the prosecution to argue in favour of the admission of evidence obtained in breach of procedural rights.

(b) The fourth applicant

239. The fourth applicant argued that the deliberate failure to caution him had resulted in his being denied the fundamental right against self-incrimination. It was highly material that the prosecution case had been substantially based on his witness statement. The evidence of Mr Sherif and Mr Osman implicating him was unlikely to have been persuasive, given that Mr Sherif was also convicted at trial and Mr Osman had given evidence as a convicted bomber. The remainder of the prosecution evidence was insufficient to support a conviction.

240. The fourth applicant accepted that the right to legal advice could be temporarily restricted for compelling reasons on national security grounds, but emphasised that no derogation from the right to silence was permitted. He further argued that there were no compelling reasons to restrict his right of access to a lawyer. The fact that formal arrest might have resulted in his ceasing to disclose information of the utmost relevance to public safety was not a reasonable justification. He also contended that the interview had gone far beyond obtaining information about the bombers. In his submission, the absence of compelling reasons was sufficient in and of itself to result in a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c).

241. Further, even if there were compelling reasons to restrict his rights, such restriction should have been temporary and should have led to the holding of a safety interview, as in the first three applicants' cases. His

witness interview had not been restricted to the need to obtain information on any further planned attacks and the identities of the perpetrators, but had dealt also with his state of mind thus proving the mental element of the offences. He had been deliberately induced into making the statement on the false premise that he was a witness. He referred to the privilege against self-incrimination and the need for the prosecution to prove its case without resort to evidence obtained by coercion or oppression. Unlike the statements of the first three applicants, his statement had also been self-incriminatory. It had gone to the very heart of the prosecution case against him, and it was artificial to place any weight on corroborative evidence. The fact that he did not try to retract the statement was not decisive. He accepted that great weight had to be attached to the nature of the offences in his case, but argued that this had to be balanced against the conduct of the police.

242. Having regard to the entirety of the proceedings, the fourth applicant argued that there had been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) since his rights to be cautioned, to a lawyer and not to self-incriminate had been ignored and the admission of the statement had unduly and irretrievably prejudiced his defence.

2. *The Government*

243. The Government emphasised the fundamental nature of the right to a lawyer in domestic law, which reflected this Court's case-law. They accepted that a fundamental aspect of the right to a lawyer was access to a lawyer at the investigative stage, but argued that this was not an absolute right. First, such an approach was too inflexible and failed to recognise that at this stage the rights of the suspect may be competing with other important public interest factors. Second, Article 6 did not make provision for an absolute rule: in principle, the guarantees in Article 6 § 3 were specific aspects of a fair trial to be considered when evaluating whether, overall, the proceedings were fair. Third, there was no support for an absolute rule in the case-law of the Court, which made it clear that the right to a lawyer could be restricted. The Government noted that the Court in its recent judgment in *Dvorski v. Croatia* [GC], no. 25703/11, § 82, ECHR 2015, had not interpreted *Salduz* as laying down an absolute rule.

244. The Government argued that the Chamber in the present case had applied well-established case-law, including the *Salduz* judgment, and had reached a clear, emphatic conclusion on the facts of each case. In particular, the Government submitted, the Court's primary concern under Article 6 § 1 was to evaluate the overall fairness of proceedings. The intrinsic aim of the guarantee in Article 6 § 3 (c) was to contribute to ensuring the fairness of the proceedings as a whole. Article 6 § 3 (c) did not, therefore, guarantee an absolute right to legal assistance. A two-stage test applied: whether there were compelling reasons for the delay and whether there was undue prejudice to defence rights taking into account the fairness of the

proceedings as a whole. The absence of compelling reasons would not therefore automatically result in a violation of Article 6; it would be necessary to examine the entirety of the proceedings. The absence of compelling reasons would, however, be a very important factor. The Government considered that the factors to which the Chamber had had regard when assessing the overall fairness of the proceedings were appropriate.

245. In the Government's submission, there were compelling reasons for delaying legal advice in the first three applicants' case. The justification for the restriction was "absolutely overwhelming" given the potential for loss of life on a large scale, the urgent need to obtain information on planned attacks and the severe practical constraints. It was also significant that the delay was in accordance with a statutory scheme which followed the approach taken in Article 3(6) of EU Directive 2013/48 (see paragraph 210 above), and on the basis of individualised decisions taken by senior police officers in each case. The restriction did not arise from the systematic application of a blanket legal provision, it was limited in time to a maximum of forty-eight hours and the legal framework provided that where the reasons for the delay ceased to subsist, the delay had to end. The Government argued that the first three applicants were inviting this Court to put itself in the place of the police on the ground and second-guess their decision, and to overturn the factual evaluation of the trial judge, reviewed on appeal by the Court of Appeal. When the proceedings as a whole were evaluated, the rights of the defence had not been unduly or irretrievably prejudiced by the admission of the first three applicants' statements, for the reasons given by the Chamber at §§ 205-212 of its judgment.

246. The Government accepted that there had come a point during the questioning of the fourth applicant when the applicable code of practice had required the police to administer a caution. However, they considered that there were compelling reasons for the decision not to caution him, in light of the exceptional circumstances and extreme conditions in which the police were operating. At the time of his questioning three of the bombers had still been at large and the identification and arrest of the conspirators had been imperative for public safety reasons. The police had taken the decision they did on the basis of the need to obtain information to protect the public and this was not unreasonable in the circumstances. The failure to caution did not lead automatically to a violation of Article 6, but was only one aspect of the protection against self-incrimination. The absence of the caution was a matter to be considered and assessed by the trial judge when deciding whether fairness required the exclusion of the statement. The matter had been properly and carefully examined by the trial judge. Again, the Government argued, there had been no undue prejudice at trial, for the reasons given by the Chamber at §§ 215-223 of its judgment.

3. *The third party intervener*

247. Fair Trials International (“FTI”) considered that it was not clear from the Court’s case-law whether evidence obtained in the absence of a lawyer pursuant to a restriction justified by compelling reasons could be used to convict an accused without infringing the *Salduz* principle. There had been no significant clarification of “compelling reasons” in the post-*Salduz* case-law. Similarly, the Court had not explored whether the use of incriminating statements obtained in the context of a lawful derogation from the right of access to a lawyer would result in a violation of Article 6. There was a divergence in approach when it came to the role played by the incriminating statement in securing the conviction.

248. FTI argued that the right to a lawyer was an essential safeguard which extended beyond safeguarding a suspect’s right to silence; that this right was insufficiently protected in the European Union; and that the recent EU Directive on access to a lawyer (see paragraphs 206-212 above) could be taken into account by the Court, notwithstanding the failure of the United Kingdom to sign up to that Directive. In FTI’s view, the Court should make it clear that: (1) derogations from the right of access to a lawyer should be limited and based on concrete risks identified in a specific case; and (2) the rights of the defence would be irremediably prejudiced if evidence obtained in the context of even a lawful derogation had a bearing of any kind on conviction.

C. The Court’s assessment

1. *General principles*

(a) **Applicability of Article 6 in its criminal aspect**

249. The protections afforded by Article 6 §§ 1 and 3 apply to a person subject to a “criminal charge”, within the autonomous Convention meaning of that term. A “criminal charge” exists from the moment that an individual is officially notified by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence, or from the point at which his situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him (see *Deweere v. Belgium*, 27 February 1980, §§ 42-46, Series A no. 35; *Eckle v. Germany*, 15 July 1982, § 73, Series A no. 51; and *McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, § 143, 10 September 2010).

(b) **General approach to Article 6 in its criminal aspect**

250. The right to a fair trial under Article 6 § 1 is an unqualified right. However, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case (see *O’Halloran and Francis v. the United Kingdom* [GC], nos. 15809/02

and 25624/02, § 53, ECHR 2007-III). The Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (see, among many other authorities, *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 84, ECHR 2010; and *Schatschaschwili v. Germany* [GC], no. 9154/10, § 101, ECHR 2015).

251. Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings (see *Can v. Austria*, no. 9300/81, Commission's report of 12 July 1984, § 48, Series A no. 96). In evaluating the overall fairness of the proceedings, the Court will take into account, if appropriate, the minimum rights listed in Article 6 § 3, which exemplify the requirements of a fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases. They can be viewed, therefore, as specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6 § 1 (see, for example, *Salduz*, cited above, § 50; *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 169, ECHR 2010; *Dvorski*, cited above, § 76; and *Schatschaschwili*, cited above, § 100). However, those minimum rights are not aims in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole (see *Can*, cited above, § 48; *Mayzit v. Russia*, no. 63378/00, § 77, 20 January 2005; and *Seleznev v. Russia*, no. 15591/03, § 67, 26 June 2008).

252. The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence in issue. There can be no question of watering down fair trial rights for the sole reason that the individuals in question are suspected of involvement in terrorism. In these challenging times, the Court considers that it is of the utmost importance that the Contracting Parties demonstrate their commitment to human rights and the rule of law by ensuring respect for, *inter alia*, the minimum guarantees of Article 6 of the Convention. Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration (see *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 97, ECHR 2006-IX). Moreover, Article 6 should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities in taking effective measures to counter terrorism or other serious crimes in discharge of their duty under Articles 2, 3 and 5 § 1 of the Convention to protect the right to life and the right to bodily security of members of the public (see, *mutatis mutandis*, *Sher and Others v. the United Kingdom*, no. 5201/11, § 149, ECHR 2015 (extracts)). However, public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights (see *Jalloh*, cited above, § 97;

Bykov v. Russia [GC], no. 4378/02, § 93, 10 March 2009; and *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, no. 39660/02, § 39, 18 February 2010).

(c) Article 6 and pre-trial proceedings

253. The primary purpose of Article 6 as far as criminal matters are concerned is to ensure a fair trial by a “tribunal” competent to determine “any criminal charge” (see *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 November 1993, § 36, Series A no. 275; *Brennan v. the United Kingdom*, no. 39846/98, § 45, ECHR 2001-X; *Shabelnik v. Ukraine*, no. 16404/03, § 52, 19 February 2009; and *Dvorski*, cited above, § 76). However, as noted above, the guarantees of Article 6 are applicable from the moment that a “criminal charge” exists within the meaning of this Court’s case-law (see paragraph 249) and may therefore be relevant during pre-trial proceedings if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them (see also *Imbrioscia*, cited above, § 36; and *Dvorski*, cited above, § 76). The investigation stage may be of particular importance for the preparation of the criminal proceedings: the evidence obtained during this stage often determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial and national laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. An accused may therefore find himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which may be amplified by increasingly complex legislation on criminal procedure, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence (see *Salduz*, cited above, §§ 52 and 54; see also *Dvorski*, cited above, § 77). The manner in which Article 6 §§ 1 and 3 are to be applied during the investigation stage depends on the special features of the proceedings involved and on the circumstances of the case (see *Imbrioscia*, cited above, § 38).

254. Complaints under Article 6 about the investigation stage tend to crystallise at the trial itself when an application is made by the prosecution to admit evidence obtained during the pre-trial proceedings and the defence opposes the application. As the Court has explained on numerous occasions, it is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence, including evidence obtained unlawfully in terms of domestic law, may be admissible. As explained above (see paragraph 250), the question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair (see *Jalloh*, cited above, § 95; and *Bykov*, cited above, § 89). However, an exception to this approach applies in the case of confessions obtained as a result of torture or of other ill-treatment in breach of Article 3: the Court has explained that the admission of such statements as evidence to establish the relevant facts in criminal proceedings renders

the proceedings as a whole unfair, irrespective of the probative value of the statements and irrespective of whether their use was decisive in securing the defendant’s conviction (see, for example, *Gäfgen*, cited above, § 166).

(d) Access to a lawyer

(i) The position in the Court’s case-law

255. The right of everyone “charged with a criminal offence” to be effectively defended by a lawyer, guaranteed by Article 6 § 3 (c), is one of the fundamental features of a fair trial (see *Salduz*, cited above, § 51; and *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, no. 42310/04, § 262, 21 April 2011). Prompt access to a lawyer constitutes an important counterweight to the vulnerability of suspects in police custody, provides a fundamental safeguard against coercion and ill-treatment of suspects by the police, and contributes to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused (see *Salduz*, cited above, §§ 53-54; and *Pishchalnikov*, cited above, §§ 68-69).

256. However, it has long been recognised that there is scope for access to legal advice to be, exceptionally, delayed (see, for example, *John Murray*, cited above; *O’Kane v. the United Kingdom* (dec.), no. 30550/96, 6 July 1999; and *Magee and Brennan*, both cited above). After reviewing the existing case-law in this area, the Court in *Salduz*, cited above, § 55, said:

“... [T]he Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ ..., Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 ... The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”

257. The test set out in *Salduz* for assessing whether a restriction on access to a lawyer is compatible with the right to a fair trial is composed of two stages. In the first stage the Court must assess whether there were compelling reasons for the restriction. In the second stage, it must evaluate the prejudice caused to the rights of the defence by the restriction in the case in question. In other words, the Court must examine the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings and decide whether the proceedings as a whole were fair. This test has been cited and applied on numerous occasions by the Court. However, the Court considers that the application of the *Salduz* test in its subsequent case-law discloses a need to clarify each of its two stages and the relationship between them.

(ii) *The meaning of “compelling reasons”*

258. The first question to be examined is what constitutes compelling reasons for delaying access to legal advice. The criterion of compelling reasons is a stringent one: having regard to the fundamental nature and importance of early access to legal advice, in particular at the first interrogation of the suspect, restrictions on access to legal advice are permitted only in exceptional circumstances, must be of a temporary nature and must be based on an individual assessment of the particular circumstances of the case (see *Salduz*, cited above, § 54 *in fine* and § 55). It is of relevance, when assessing whether compelling reasons have been demonstrated, whether the decision to restrict legal advice had a basis in domestic law and whether the scope and content of any restrictions on legal advice were sufficiently circumscribed by law so as to guide operational decision-making by those responsible for applying them. To date, the Court has not provided guidance on what might be considered compelling reasons under this limb of the *Salduz* test. The compelling nature of the reasons advanced by a respondent Government to justify restrictions on legal assistance during police questioning must be assessed on a case-by-case basis, with reference to the general criteria set out above.

259. The Court accepts that where a respondent Government have convincingly demonstrated the existence of an urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity in a given case, this can amount to compelling reasons to restrict access to legal advice for the purposes of Article 6 of the Convention. In such circumstances, there is a pressing duty on the authorities to protect the rights of potential or actual victims under Articles 2, 3 and 5 § 1 of the Convention in particular. The Court notes, in this regard, that Directive 2013/48/EU, which enshrines the right to legal assistance, provides for an exception to this right in exceptional circumstances where, *inter alia*, there is an urgent need to avert serious adverse consequences for the life, liberty or physical integrity of a person (see paragraph 210 above). Similarly, in the United States, following its ruling in *Miranda v. Arizona*, the Supreme Court made clear in its judgment in *New York v. Quarles* that there is a “public safety exception” to the *Miranda* rule, permitting questioning to take place in the absence of a lawyer and before a suspect has been read his rights where there is a threat to public safety (see paragraphs 229-230 above; see also the position in Canada and in a number of those member States of the Council of Europe whose laws permit temporary delays in access to legal advice, at §§ 232 and 228 respectively, above). However, in so far as the Chamber judgment can be taken to have accepted that a general risk of leaks might qualify as compelling reasons, this finding must be rejected: the Court considers that a non-specific claim of a risk of leaks cannot constitute compelling reasons so as to justify a restriction on access to a lawyer.

(iii) *The fairness of the proceedings as a whole*

260. The question arises whether a lack of compelling reasons for restricting access to legal advice is, in itself, sufficient to found a violation of Article 6. The first three applicants have cited case-law of this Court subsequent to *Salduz*, cited above, which they contend makes it clear that *Salduz* intended to lay down a bright-line rule precluding any use at trial of statements made without legal advice (see paragraph 236 above). However, the approach taken in *Salduz* itself does not support this argument and the Grand Chamber in *Dvorski*, cited above, § 82 *in fine*, does not appear to have understood *Salduz* in this way. In its summary of the general principles applicable to the case, the Court in *Salduz*, § 52-54, referred to the overall fairness assessment that had to be carried out when determining whether there had been a breach of Article 6 rights. It said that the rights of the defence would “in principle” be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer were used for a conviction, indicating that the rule, while strict, was not absolute (§ 55). It is also noteworthy that, having concluded that there were no compelling reasons to deny the applicant access to a lawyer in that case (§ 56), the Court nonetheless went on to examine the trial proceedings and, in particular, to assess the impact of the admission of statements made in the absence of a lawyer on the fairness of the proceedings as a whole (§§ 57-62).

261. The first three applicants also referred, *inter alia*, to Directive 2013/48/EU and the judgment of the United States Supreme Court in *Miranda v. Arizona* in support of their argument that a bright-line rule was appropriate and necessary (see paragraphs 206-212 and 229 above). While it is true that the approach in the United States is a strict one, it is noteworthy that Directive 2013/48/EU is silent on whether evidence obtained in violation of the guarantees it contains can be fairly admitted at trial, but merely requires that suspects have “an effective remedy under national law” in the event of a breach of the rights under the Directive (see paragraph 211 above). The laws of the Contracting Parties of the Council of Europe show a diversity of practice in this respect with some favouring automatic exclusion and others preferring to allow judicial discretion (see paragraph 228 above). In Canada, evidence obtained in breach of its Charter of Rights and Freedoms may be admissible at trial (see paragraph 233 above). A similar approach is taken by the international criminal tribunals examined above (see paragraphs 220-222 and 226-227 above).

262. The Court accordingly reiterates that in assessing whether there has been a breach of the right to a fair trial it is necessary to view the proceedings as a whole, and the Article 6 § 3 rights as specific aspects of the overall right to a fair trial rather than ends in themselves (see paragraphs 250-251 above). The absence of compelling reasons does not,

therefore, lead in itself to a finding of a violation of Article 6 of the Convention.

(iv) The impact on the fairness assessment of the presence or absence of compelling reasons

263. The fact that the absence of compelling reasons is not, in itself, sufficient for a finding of a violation of Article 6 of the Convention does not mean that the outcome of the “compelling reasons” test is irrelevant to the assessment of overall fairness.

264. Where compelling reasons are found to have been established, a holistic assessment of the entirety of the proceedings must be conducted to determine whether they were “fair” for the purposes of Article 6 § 1. As noted above, a similar approach is taken in Article 12 of EU Directive 2013/48/EU on, *inter alia*, the right of access to a lawyer, and a number of jurisdictions approach the question of admissibility of evidence by reference to its impact on the fairness or integrity of the proceedings (see paragraph 261 above).

265. Where there are no compelling reasons for restricting access to legal advice, the Court must apply a very strict scrutiny to its fairness assessment. The failure of the respondent Government to show compelling reasons weighs heavily in the balance when assessing the overall fairness of the trial and may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (c) (see, for a similar approach with respect to Article 6 §§ 1 and 3 (d), *Schatschaschwili*, cited above, § 113). The onus will be on the Government to demonstrate convincingly why, exceptionally and in the specific circumstances of the case, the overall fairness of the trial was not irretrievably prejudiced by the restriction on access to legal advice.

(e) The privilege against self-incrimination

266. The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see *Saunders v. the United Kingdom*, 17 December 1996, §§ 68-69, *Reports* 1996-VI; *Jalloh*, cited above, §§ 100 and 102; and *Bykov*, cited above, § 92). The right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (see *John Murray*, cited above, § 45; *Jalloh*, cited above, § 100; and *Bykov*, cited above, § 92).

267. It is important to recognise that the privilege against self-incrimination does not protect against the making of an incriminating statement *per se* but, as noted above, against the obtaining of evidence by coercion or oppression. It is the existence of compulsion that gives rise to concerns as to whether the privilege against self-incrimination has been respected. For this reason, the Court must first consider the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence (see *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, §§ 54-55, ECHR 2000-XII; *O'Halloran and Francis*, cited above, § 55; and *Bykov*, cited above, § 92). The Court, through its case-law, has identified at least three kinds of situations which give rise to concerns as to improper compulsion in breach of Article 6. The first is where a suspect is obliged to testify under threat of sanctions and either testifies in consequence (see, for example, *Saunders*, cited above; and *Brusco v. France*, no. 1466/07, 14 October 2010) or is sanctioned for refusing to testify (see, for example, *Heaney and McGuinness*, cited above; and *Weh v. Austria*, no. 38544/97, 8 April 2004). The second is where physical or psychological pressure, often in the form of treatment which breaches Article 3 of the Convention, is applied to obtain real evidence or statements (see, for example, *Jalloh, Magee and Gäfgen*, all cited above). The third is where the authorities use subterfuge to elicit information that they were unable to obtain during questioning (see *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, ECHR 2002-IX).

268. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature, such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact, may be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial, or to otherwise undermine his credibility. The privilege against self-incrimination cannot therefore reasonably be confined to statements which are directly incriminating (see *Saunders*, cited above, § 69).

269. However, the right not to incriminate oneself is not absolute (see *Heaney and McGuinness*, cited above, § 47; *Weh*, cited above, § 46; and *O'Halloran and Francis*, cited above, § 53). The degree of compulsion applied will be incompatible with Article 6 where it destroys the very essence of the privilege against self-incrimination (see *John Murray*, cited above, § 49). But not all direct compulsion will destroy the very essence of the privilege against self-incrimination and thus lead to a violation of Article 6 (see *O'Halloran and Francis*, cited above, § 53). What is crucial in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial (see *Saunders*, cited above, § 71).

(f) The right to notification of the right to a lawyer and the right to silence and privilege against self-incrimination

270. In *Aleksandr Zaichenko*, cited above, § 52, in the context of its examination of the applicant’s complaint of a failure to respect his privilege against self-incrimination and right to silence, the Court explained that once there was a suspicion of theft against the applicant, it became incumbent on the police, in all the circumstances of the case, to inform him of these rights. In *Schmid-Laffer v. Switzerland*, no. 41269/08, §§ 29 and 39, 16 June 2015, the Court noted that when the applicant was first interviewed by the police there was nothing in the case-file to suggest that she should have been treated as a person accused of an offence and should have been informed of her right to remain silent. However, during her second interrogation, by which time she was subject to a “criminal charge” for the purposes of Article 6, it had become incumbent on the police in the circumstances of the case to inform her of her right to silence and privilege against self-incrimination.

271. A right to information about defence rights is provided for under other international instruments. The UN Human Rights Committee has made it clear that the right to a fair trial under Article 14 ICCPR implies the right to be notified of procedural rights, including the right to legal assistance and the right to remain silent (see paragraphs 216-217 above). The Rules of Procedure and Evidence of the ICTY and the ICTR and Article 55 of the ICC Statute expressly provide that suspects are to be notified of their right to a lawyer and right to remain silent (see paragraphs 218-219 and 224 above). The importance of notifying suspects of their rights has also been recognised by the adoption of Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings (see paragraphs 203-205 above). The Directive’s preamble explains that the right to information about procedural rights, which is inferred from this Court’s case-law, should be explicitly established. Article 3 of the Directive requires that suspects be notified of five procedural rights, including the right to a lawyer and the right to remain silent. Recital 21 of Directive 2013/48/EU on access to a lawyer also explains that where, in the course of police questioning, a witness becomes a suspect, questioning may only continue once he has been made aware that he is a suspect and is able to fully exercise his right to legal advice.

272. The Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective and not theoretical and illusory (see, among many other authorities, *Salduz*, cited above, § 51; and *Dvorski*, cited above, § 82). In order to ensure that the protections afforded by the right to a lawyer and the right to silence and privilege against self-incrimination are practical and effective, it is crucial that suspects be aware of them. This is implicit from the Court’s application of the “knowing and intelligent waiver” standard to any purported waiver of the right to counsel (see *Dvorski*, cited above,

§ 101). The Court therefore finds that it is inherent in the privilege against self-incrimination, the right to silence and the right to legal assistance that a person “charged with a criminal offence” for the purposes of Article 6 has the right to be notified of these rights.

273. In the light of the nature of the privilege against self-incrimination and the right to silence, the Court considers that in principle there can be no justification for a failure to notify a suspect of these rights. Where a suspect has not, however, been so notified, the Court must examine whether, notwithstanding this failure, the proceedings as a whole were fair (see, for example, the approach taken in *Schmid-Laffer*, cited above, §§ 36-40). Immediate access to a lawyer able to provide information about procedural rights is likely to prevent unfairness arising from the absence of any official notification of these rights. However, where access to a lawyer is delayed, the need for the investigative authorities to notify the suspect of his right to a lawyer and his right to silence and privilege against self-incrimination takes on a particular importance (see *Brusco*, cited above, § 54). In such cases, a failure to notify will make it even more difficult for the Government to rebut the presumption of unfairness that arises where there are no compelling reasons for delaying access to legal advice or to show, even where there are compelling reasons for the delay, that the proceedings as a whole were fair.

(g) Relevant factors for the fairness assessment

274. Having regard to the fact that a criminal trial generally involves a complex interplay of different aspects of criminal procedure, it is often artificial to try and categorise a case as one which should be viewed from the perspective of one particular Article 6 right or another. As noted above (see paragraph 254), complaints concerning a failure to respect the express or implied Article 6 rights at the investigation stage in criminal proceedings will often crystallise at trial, when the evidence obtained is admitted. When examining the proceedings as a whole in order to assess the impact of procedural failings at the pre-trial stage on the overall fairness of the criminal proceedings, the following non-exhaustive list of factors, drawn from the Court’s case-law, should, where appropriate, be taken into account:

- (a) Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age or mental capacity.
- (b) The legal framework governing the pre-trial proceedings and the admissibility of evidence at trial, and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered unfair.
- (c) Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use.

- (d) The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion.
- (e) Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of the violation found.
- (f) In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified.
- (g) The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based, and the strength of the other evidence in the case.
- (h) Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions.
- (i) The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue.
- (j) Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice.

2. The application of the general principles to the facts of the case

(a) The first three applicants

275. The first three applicants complain that they were interviewed without having had access to a lawyer and that the statements they made were admitted in evidence against them. There is no doubt that at the time of their safety interviews they were subject to a “criminal charge” within the meaning of Article 6 of the Convention. As noted above, the Court is required to decide whether there were compelling reasons for the temporary restrictions on the applicants’ access to legal advice before assessing whether the admission of the comments made during the safety interviews rendered the criminal proceedings as a whole unfair.

(i) Compelling reasons

276. The Government argued that the compelling reasons for delaying legal advice arose from the potential for loss of life on a large scale, the urgent need to obtain information on planned attacks and the severe practical constraints under which the police were operating. The Court has accepted above that compelling reasons may exist where an urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity has been convincingly made out (see paragraph 259 above). It is in no doubt that such a need existed at the time when the safety interviews of the first three applicants were conducted. In suicide attacks on three underground trains and a bus two weeks earlier, fifty-two people had been killed and

countless others injured. When the first three applicants and Mr Osman detonated their devices on 21 July, again on three underground trains and a bus, it was inevitable that the police would conclude that the United Kingdom had become the target of a wave of terrorist attacks. They had every reason to assume that the conspiracy was an attempt to replicate the events of 7 July and that the fact that the bombs had not exploded was merely a fortuitous coincidence. The failure of the bombs to explode meant that the perpetrators of the attack were still at liberty and free to detonate other bombs, possibly successfully. As Superintendent McKenna explained, the discovery of a fifth, undetonated bomb two days after the attacks as well as the recovery of a vast amount of chemicals at an address linked to the suspects gave further credence to this very real fear (see paragraph 66 above). The police were operating under enormous pressure and their overriding priority was, quite properly, to obtain as a matter of urgency information on any further planned attacks and the identities of those potentially involved in the plot. The Court finds that the Government have convincingly demonstrated in the case of the first three applicants the existence of an urgent need to avert serious adverse consequences for the life and physical integrity of the public.

277. However, as noted in paragraph 258 above, the existence of exceptional circumstances which satisfy the substantive requirement of compelling reasons does not automatically provide adequate justification for limiting suspects' access to legal advice. Other factors which must be taken into account include whether there was a basis for the restriction in domestic law, whether the restriction was based on an individual assessment of the particular circumstances of the case and whether the restriction was temporary in nature. In the first three applicants' case, there was a clear framework in place, set out in legislation, regulating the circumstances in which access to legal advice for suspects could be restricted and offering important guidance for operational decision-making (see paragraph 186-198 above). The legislation provided that restrictions on legal assistance had to end as soon as the circumstances justifying them ceased to exist (see paragraph 196 above). Restrictions were further subject to a strict upper time-limit of forty-eight hours (see paragraph 198 above). An individual decision to limit each of the applicants' right to legal advice was taken by a senior police officer based on the specific facts of their cases, and the reasons for the decision were recorded. It is clear from the reasons given that the authorisation was made in accordance with the legislative framework and that the applicants' procedural rights were taken into account (see paragraphs 28, 43 and 51 above). The decision to restrict legal advice was subsequently reviewed by the trial judge and by the Court of Appeal (see paragraphs 68-95 and 122-136 above).

278. It is true that the trial judge found in the case of Mr Ibrahim that he could have been allowed to speak with his lawyer by telephone and that, to

this limited extent, he had been incorrectly denied access to his lawyer (see paragraph 81 above). However, it is important to put this finding in context. There were eighteen detainees arrested in connection with the attempted bombings and held at the same police station as Mr Ibrahim, all of whom had to be detained separately to avoid communication and cross-contamination of forensic evidence (see paragraphs 71 and 80 above). The possibility of restricting access to legal advice in exceptional circumstances such as those arising in the present case recognises the unique and highly difficult conditions. It is not surprising that in such a high-intensity situation, a minor “breakdown of communications” may occur. In the exceptional circumstances with which the police in London were faced in July 2005, it was appropriate for them to focus maximum attention and resources on investigations and interviews and they cannot be criticised for having failed to realise that there was a small opportunity in which a consultation room with a telephone socket was available and in which Mr Ibrahim could therefore have been afforded access to a lawyer by telephone.

279. In conclusion, the Court is satisfied that the Government have convincingly demonstrated that there were compelling reasons for the temporary restrictions on the first three applicants’ right to legal advice.

(ii) The fairness of the proceedings as a whole

280. The Court recalls that in the case of Mr Omar, access to legal advice was delayed for a little over eight hours, during which time he was questioned for a total of about three hours. Mr Ibrahim’s access to legal advice was delayed for around seven hours and he was questioned during that time for about half an hour. Mr Mohammed’s access to legal advice was delayed for about four hours, during which time eight minutes of questioning took place. It falls to the Court to examine the entirety of the criminal proceedings in respect of the first three applicants in order to determine whether, despite the delays in providing legal assistance, they were fair, within the meaning of Article 6 § 1.

281. First, as noted above, the possibility of restricting access to legal advice was set out in law (see paragraph 277 above) and in spite of the pressures under which the police were operating, save for the errors as to the wrong cautions (see paragraphs 34, 45, 54, 79, 82 and 84 and above), the police adhered strictly to the legislative framework which regulated how they had to conduct their investigation. Further, the purpose of the safety interviews – to obtain information necessary to protect the public – was strictly observed in the first three applicants’ cases. As the trial judge noted, in questioning Mr Omar the police officers concentrated throughout on issues that might have revealed information relevant to assisting them to locate people or items that could pose a danger to the public. There had also been no suggestion at trial by those acting for Mr Omar that the police had

exceeded the requirements of what was necessary or that the lines of questioning had not been relevant to the public safety issues (see paragraph 70 above). In respect of Mr Ibrahim, the judge considered that the questions put did not go beyond legitimate questioning for safety purposes and as regards Mr Mohammed, he found that the questioning did not exceed the legitimate bounds or purpose of a safety interview and was focused and appropriate (see paragraphs 82 and 84 above). None of these findings is disputed before this Court. It is also noteworthy that the applicants had been formally arrested and informed of their right to silence and their right to legal advice. They had also been told the reasons for the decision to restrict their access to legal advice.

282. The admissibility of evidence at trial was governed by section 78 PACE which allowed the judge to refuse to admit evidence where its admission would have an adverse effect on the fairness of the proceedings (see paragraph 201 above). The applicants duly challenged the admissibility of the safety interview evidence on the basis of the failure to afford them legal advice and the administration of the wrong cautions, invoking section 78 PACE. While Mr Ibrahim and Mr Mohammed contested the authorisation to restrict legal advice, Mr Omar accepted that the police had had good grounds for deciding to hold safety interviews in his case and that the interviews had been fairly conducted (see paragraphs 64-65 and 69-70 above). A *voir dire*, or “trial within a trial”, took place before the trial judge in order for the applicants’ complaints to be thoroughly examined. At the hearing, the applicants were able to present evidence as to the circumstances of the questioning. In light of the fact that Mr Omar did not challenge the safety interviews themselves, the evidence of the safety interview process in his case was taken as read. However, oral evidence was heard in respect of the decision to authorise safety interviews in the cases of Mr Ibrahim and Mr Mohammed (see paragraph 67 above). All three applicants were represented by counsel who were able to make submissions as to the fairness of admitting the safety interview evidence. In a detailed and comprehensive ruling, the trial judge examined the circumstances prevailing at the police station, the specific circumstances of each applicant’s arrest and questioning and the impact of the restriction on legal advice on each applicant. He gave clear reasons for his findings that the restrictions were justified and that they did not result in any unfairness. He also considered in detail the applicants’ arguments as to the administration of the wrong cautions and explained why he was of the view that this had not led to any material unfairness (see paragraphs 68-95 above).

283. Further, the ruling that the statements were admissible did not prevent the applicants from challenging the statements at trial. All three applicants were able to take the stand and, again, present evidence as to the circumstances of their questioning, to call witnesses, to make submissions

through their counsel as to the alleged unfairness of delaying their access to legal advice and to invite the jury not to take their statements into account. Notably, it was also open to them to explain why they had told lies during the safety interviews; indeed, all three applicants did provide an explanation for their conduct (see paragraphs 102-104 above).

284. The applicants were subsequently able to, and did, make their submissions in favour of excluding the evidence again before the Court of Appeal in support of their argument that the admission of the evidence had rendered the trial unfair and that their convictions should be quashed. The Court of Appeal reviewed carefully the trial judge's approach to the admission of the evidence and found that the exercise of his discretion had been fully-informed and defendant-specific. It was satisfied that he had approached the relevant issues with care (see paragraphs 122-136 above).

285. As to the quality of the evidence and the circumstances in which it was obtained, all three applicants now point to the alleged compulsion inherent in the erroneous administration of the new caution. It is noteworthy that Mr Omar made no such argument at the *voir dire* (see paragraphs 65 and 69-70 above). It is also significant, in his case, that at the point at which the wrong caution was administered, at the beginning of safety interview D, he had already been interviewed three times after the administration of the correct caution. In safety interview D, he gave answers consistent with his previous responses and there is nothing to suggest that the administration of the new-style caution compelled him to act any differently during that interview. In his final safety interview, the correct caution was again administered and, again, Mr Omar responded to police questions in the same way as he had throughout the previous safety interviews (see paragraphs 30-31 and 34-36 above). His argument that the new caution resulted in a degree of coercion or compulsion is thus entirely negated by the facts of his case.

286. The other two applicants were each interviewed only once, under the erroneously-administered new-style caution (see paragraphs 45 and 54 above). In practical terms, the consequence of the administration of the wrong caution was that they were wrongly told that it might harm their defence if they did not mention when questioned something that they later relied on in court. As with the old-style caution, they were also told that they did not have to say anything and that anything they did say could be admitted as evidence at trial. Thus it should have been plain to both applicants from the moment the interviews began that they were under no obligation to speak to the police and that anything that they chose to say, including lies, could be used against them at trial. It is not open to them now to argue that they answered police questions in ignorance of the fact that their responses might be admitted at trial. The question remains whether the additional element of the new caution, namely the warning that it might harm their defence if they did not mention when questioned something that

they later relied on in court, itself compelled them to tell lies in their interviews. The Court considers this argument to be untenable. Given the other two elements of the caution administered, namely the notification that they had the right to silence and the warning that anything they did say could be used as evidence against them, they were well aware that any possible prejudice averted by choosing not to remain silent had to be weighed against the inevitable prejudice to their defence which would be caused by the admission of their lies at trial. As the trial judge pointed out, his analysis of the fairness of admitting the statements might have been different had the applicants in fact incriminated themselves by telling the truth in response to the questions posed by the police (see paragraph 88 above).

287. It is also significant that the statements had been lawfully obtained following the careful application of the legislative framework in place. Aside from the administration of the wrong caution, the impact of which has been examined above, there were no defects in the pre-trial proceedings. Even after they had received legal advice, the applicants did not disclose what they later contended at trial was their true defence, namely that they had detonated the bombs as a political hoax. Indeed, this defence was not disclosed until the lodging of their defence statements in September 2006 over a year later (see paragraphs 58-60 above).

288. As to the importance of the safety interview evidence, the trial judge noted at the conclusion of his *voir dire* ruling that it was potentially of high relevance to the central issue in the trial, namely whether the hoax defences were possibly true. The evidence was, therefore, not “marginal or unimportant” (see paragraph 95 above). The Court of Appeal for its part observed at the outset of its judgment that the records of the police interviews were sufficient, on their own, utterly to undermine the applicants’ “hoax” defence (see paragraph 126 above). However, account must be taken of the context in which these particular comments were made. When resolving issues around the admissibility of the statements, the trial judge and the Court of Appeal were taking this evidence in isolation. At trial, on the other hand, the statements were merely one element of a substantial prosecution case against the applicants. There was damning scientific evidence as to the construction of the bombs. It showed that they contained hydrogen peroxide at a concentration substantially higher than the concentration available to the public. There was evidence that the applicants and their co-conspirators had purchased an enormous quantity of hydrogen peroxide in the three months leading up to the attacks and had manually increased its concentration. A number of the empty bottles recovered had markings on them which the prosecution contended was evidence that the applicants believed that a concentration of hydrogen peroxide sufficient to cause an explosion had been achieved (see paragraph 97 above). The Court of Appeal noted that a significant part of the trial was taken up by the

applicants' efforts to explain away this "crucial evidence" (see paragraph 125 above).

289. In the face of such overwhelming evidence, it is not surprising that the prosecution case that the applicants had increased the concentration of the hydrogen peroxide was not disputed by the defence. However, the applicants claimed to have subsequently watered down the hydrogen peroxide to ensure that it would not explode. As the Court of Appeal commented, the applicants did not explain why they had engaged in such laborious work to increase the concentration of the hydrogen peroxide at all if there was no intention that the devices would explode (see paragraph 125 above). They also did not explain why they had increased the concentration and then watered it back down. In response to the defence claim that the concentration had been thus reduced, the prosecution's scientific expert gave evidence of the isotope composition of London tap water which showed that it was not possible that the hydrogen peroxide found in the devices had been watered down in this way. The defence expert did not dispute this conclusion and no alternative explanation was offered by the defence (see paragraph 98 above).

290. Evidence was also led that shrapnel had been attached to the outside of the plastic tubs holding the hydrogen peroxide. This, the prosecution argued, was intended to increase fragmentation upon explosion and maximise injuries and was entirely unnecessary if the bombs had been intended merely as a hoax (see paragraph 97 above). As the Court of Appeal found, the only reasonable explanation for the addition of the shrapnel was that it was intended that the bombs would explode (see paragraph 125 above).

291. Aside from the scientific evidence, there was extensive evidence of extremist material found at the residences of Mr Omar and Mr Osman. Evidence was led of occasions on which Mr Omar had expressed his extremist views in the presence of others or in public. There was evidence that Mr Ibrahim had spoken of training for Jihad and had, in fact, gone on Jihad in late 2004 (see paragraph 96 above). There was evidence of a video camera tripod found at Mr Mohammed's residence which the prosecution alleged had been used to film a suicide video at his home, although no video had subsequently been recovered. Also introduced in evidence was an alleged suicide note written by Mr Mohammed to his family. A vast body of telephone and CCTV evidence was admitted and showed extensive contacts between the men from March 2005 onwards. Finally, evidence was heard from witnesses present when the devices were detonated as to the applicants' behaviour following the detonation of the bombs (see paragraph 99 above).

292. In his summing-up to the jury, later described by the Court of Appeal as "the product of characteristic thoroughness and accuracy", the trial judge summarised the prosecution and defence evidence in detail and

carefully directed the jury on matters of law (see paragraphs 106-118 and 127 above). He set out in detail the circumstances of each of the applicants' arrests and interviews, including the contents of the interviews and the applicants' explanations for the lies that they had told. He also summarised the extensive prosecution and defence evidence in the case. He expressly instructed the jury to take into account when considering the lies told by the applicants that they had been questioned before having had access to legal advice. He explained that this was a right normally afforded to suspects. He gave examples of advice which might have been given by a lawyer and which might have persuaded the applicants to act differently. He further directed the jury to bear in mind that incorrect cautions had been used (see paragraphs 74, 79, 82 and 107 above), explaining that this was potentially confusing for the applicants and might have put inappropriate pressure on them to speak. He pointed out, however, that they had not in fact been pressured into revealing anything relied on at trial but had lied. He instructed the jury members that unless they were sure that each applicant had deliberately lied, they were to ignore the lies told. If, on the other hand, they were satisfied that the lies were deliberate, they were required to consider why the applicant had lied. The judge explained to them that the mere fact that a defendant had lied was not in itself evidence of guilt, since he might have lied for many, possibly innocent reasons. He reminded them that the applicants had put forward a variety of reasons as to why they had lied and told the jury members that if they were satisfied that there was an innocent explanation for the lies told then no notice should be taken of those lies. The lies could only be used as evidence to support the prosecution cases if the jury was sure that the applicants had not lied for innocent reasons. The judge also emphasised that the jury was not permitted to hold it against the applicants that they had failed to mention in the safety interviews matters on which they relied in court. Again, he reminded them that legal advice had been denied to them before the safety interviews. He further instructed the jury to bear in mind as regards Mr Ibrahim that he had been incorrectly denied legal advice by telephone before his safety interview.

293. Finally, there can be no doubt that there was a strong public interest in the investigation and punishment of the offences in question. Indiscriminate terrorist attacks are, by their very nature, intended to strike fear into the hearts of innocent civilians, to cause chaos and panic and to disrupt the proper functioning of everyday life. In such circumstances, threats to human life, liberty and dignity arise not only from the actions of the terrorists themselves but may also arise from the reaction of the authorities in the face of such threats. The case-law of the Court in recent years bears testimony to the difficulties of reconciling individual human rights and the public interest in the terrorism context (see, for example, *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, ECHR 2008; and *A. and Others v. the*

United Kingdom [GC], no. 3455/05, ECHR 2009; and *Nada v. Switzerland* [GC], no. 10593/08, ECHR 2012). These very applications, calling into question aspects of the police response to a terrorist attack, attest to the strain that such attacks place on the normal functioning of a democratic society. The public interest in preventing and punishing terrorist attacks of this magnitude, involving a large-scale conspiracy to murder ordinary citizens going about their daily lives, is of the most compelling nature.

294. In conclusion, the Court is satisfied that notwithstanding the delay in affording the first three applicants access to legal advice and the admission at trial of statements made in the absence of legal advice, the proceedings as a whole in respect of each applicant were fair. There has therefore been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention.

(b) The fourth applicant

295. The fourth applicant complained that the self-incriminating statement he made as a witness, and therefore without having been notified of his privilege against self-incrimination or having been provided with access to a lawyer, was admitted at his trial.

296. The Court must first determine when the guarantees of Article 6 became applicable in the fourth applicant's case. Unlike the first three applicants, who were immediately arrested, he was approached by the police as a potential witness and invited to accompany them to the police station to assist with their investigation (see paragraph 139 above). The Court accepts that, at that stage, the police did not suspect him of involvement in a criminal offence and that he cannot claim to have been substantially affected by actions taken as a result of a suspicion against him (see paragraph 249 above). However, during the witness interview, the fourth applicant began to incriminate himself and the police officers conducting the interview suspended it to seek instructions from their superior. The Court is satisfied that at that point a suspicion that the fourth applicant had committed a criminal offence had crystallised, such that from that moment onwards his situation was substantially affected by the actions of the police and was accordingly subject to a "criminal charge" within the autonomous meaning of Article 6 of the Convention.

297. The Court must therefore decide whether there were compelling reasons for the restriction of the fourth applicant's access to legal advice before assessing whether the admission of his witness statement rendered the criminal proceedings as a whole unfair.

(i) Compelling reasons

298. As with the first three applicants, the Government relied on the exceptional circumstances prevailing in July 2005 as constituting compelling reasons to justify the restriction of the fourth applicant's access to a lawyer. The Court has accepted, in its examination of the case of the

first three applicants, that there was at the relevant time an urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity which amounted to compelling reasons for restricting access to legal advice in their cases (see paragraphs 276-279 above). The question is whether these exceptional circumstances were sufficient to constitute compelling reasons in the fourth applicant's case for continuing with his interview without cautioning him or informing him of his right to legal advice.

299. The Government did not dispute that the fourth applicant ought to have been cautioned at the point at which his interview was temporarily suspended for further instructions (see paragraph 246 above). The applicable code of practice made it clear that where in the course of questioning the answers given provided grounds for suspicion that the person had committed an offence, a caution had to be administered before any further questioning took place (see paragraph 181 above). It is significant that the consequence of this omission was that the fourth applicant was misled as to his procedural rights. The possibility of denying a suspect the procedural rights guaranteed by the code by declining to change his formal status when such a change had become appropriate was not set out in domestic law. There were, therefore, no legal provisions guiding operational decision-making by clarifying how any discretion was to be exercised or requiring regard to be had to an individual's Article 6 rights. It is also noteworthy that there was the possibility under the legal framework in place to delay access to legal advice for suspects who had been formally cautioned (see paragraphs 189-190, 194 and 196-198 above). This legal framework was applied to the first three applicants and could equally have been applied in the fourth applicant's case if the senior police officer had been of the view that an urgent police interview without prior access to legal advice was necessary. Such a decision would have been recorded in writing. By contrast, the decision not to arrest the fourth applicant but to continue to question him as a witness was not recorded and the specific reasons for it, including any evidence that his procedural rights were, in fact, taken into account, could not therefore be subject to *ex post facto* review by the domestic courts or by this Court.

300. In the light of the above, the Court finds that the Government have not convincingly demonstrated, on the basis of contemporaneous evidence, the existence of compelling reasons in the fourth applicant's case, taking account of the complete absence of any legal framework enabling the police to act as they did, the lack of an individual and recorded determination, on the basis of the applicable provisions of domestic law, of whether to restrict his access to legal advice and, importantly, the deliberate decision by the police not to inform the fourth applicant of his right to remain silent.

(ii) Fairness of the proceedings as a whole

301. It falls to the Court to examine the criminal proceedings in respect of the fourth applicant as a whole in order to determine whether they were fair, within the meaning of Article 6 § 1. However, as noted above (see paragraph 265), in the absence of compelling reasons for the restriction of the fourth applicant's right to legal advice, the burden of proof shifts to the Government to demonstrate convincingly why, exceptionally and in the specific circumstances of the case, the overall fairness of the trial was not irretrievably prejudiced by the restriction on access to legal advice.

302. In submitting that the trial as a whole was fair, the Government referred to the Chamber's analysis of the relevant factors listed above (see paragraph 246). The Court must therefore review these in turn.

303. Unlike the first three applicants, who were arrested and informed of their rights before being made subject to restrictions on legal advice in accordance with a legal framework which expressly governed cases such as theirs, as the Court has already noted above, the decision to continue to question the fourth applicant as a witness had no basis in domestic law and was contrary to the guidance given in the applicable code of practice. The failure to treat him as a suspect meant that notification of his procedural rights, which under domestic law is triggered by a decision that a person is suspected of an offence, did not occur. This constitutes, in itself, a shortcoming in terms of the guarantees afforded by Article 6, which, as the Court has explained (see paragraphs 272-273 above), include the right to be notified of one's privilege against self-incrimination. It is a particularly significant defect in the present case, where the applicant was not provided with access to a lawyer who could have informed him of his rights, and the Government have failed to provide convincing justification for it.

304. The admissibility of the witness statement was governed by sections 76 and 78 PACE (see paragraphs 199-201 above). In particular, section 76 required the judge to be sure beyond reasonable doubt that the statement had not been obtained by oppression. At trial, the applicant challenged the statement's admission on the basis of these provisions. Again, a "trial within a trial" took place in order for the judge to examine the circumstances in which the statement had been obtained and to determine whether it would be unfair to admit it. Evidence was heard from the police officers who had conducted the interview and the fourth applicant's counsel made legal submissions (see paragraph 157 above). In his ruling, the trial judge rejected the submission that there had been any oppression during the interview or that anything had been done or said by the police officers so as to render the statement unreliable. He also pointed out that the fourth applicant had "freely adopted" the witness statement after having been notified of his procedural rights and having received legal advice (see paragraph 159 above). He concluded that the defence would be able to put all matters concerning their challenge to the witness statement

before the jury and that the jury would be directed appropriately on how to approach the witness statement evidence (see paragraph 160 above). At the conclusion of the prosecution evidence, the fourth applicant applied to have the proceedings stayed on the basis of the unfairness inherent in the admission of the witness statement (see paragraph 163 above). The trial judge therefore again examined the circumstances in which the witness statement had been obtained. He pointed out that the fourth applicant could have said during his interviews as a suspect that what he had previously said was untrue or inaccurate, but had not done so. Instead, having consulted with his lawyer, he had adopted the witness statement; indeed, his defence at trial had been based on what he had told the police in that statement (see paragraph 164 above). However, it is striking that the trial court does not appear to have heard evidence from the senior police officer who had authorised the continuation of the witness interview. The lack of oral evidence on the question meant that the trial court was denied the opportunity of scrutinising the reasons for the decision and determining whether an appropriate assessment of all relevant factors had been carried out. This was all the more important given that the reasons for the decision had not been recorded in writing.

305. It is true that the fourth applicant was able to mount a further challenge to the witness statement by presenting his arguments as to the unfairness of the statement to the jury and inviting them not to take the statement into account. The fourth applicant chose not to give evidence at trial, as he was entitled to do, and his case was therefore presented in cross-examination of other witnesses and in submissions made by his counsel (see paragraph 168 above). The fourth applicant was also able to advance his arguments in respect of the admission of the witness statement on appeal to the Court of Appeal. That court carefully examined how the trial judge had approached the exercise of his discretion and concluded that he had been entitled to rule the evidence admissible (see paragraphs 175-179 above). However, as noted above (see paragraph 299), the failure to record the decision in writing or to hear oral evidence on the reasons for the decision to deny the fourth applicant legal advice prior to the taking of its statement meant that the Court of Appeal was unable to review those reasons and determine whether any discretion had been properly exercised.

306. In respect of the quality of the evidence and the circumstances in which it was obtained, it is important to emphasise that the trial judge found as fact that there had been no oppression of the fourth applicant at the police station (see paragraph 159 above). He explained that nothing had been done or said which could be said to have rendered the statement unreliable. It is noteworthy that the applicant did not claim in later interviews after consultation with his lawyer that his witness statement was incorrect or had been taken in circumstances that amounted to coercion. Having been

informed of his options by his lawyer (see paragraph 148 above), he did not seek to retract his witness statement and based his defence on it at trial. However, it is not disputed that the fourth applicant's witness statement amounted to a confession within the meaning of domestic law and was, despite various self-exculpatory remarks, a self-incriminating statement for the purposes of the present proceedings (see paragraphs 156 and 200 above). It must also be borne in mind that the statement had been obtained in breach of the applicable code of practice and in circumstances where he had not been notified of his right to legal advice or his privilege against self-incrimination. The direct consequence of the actions taken by the police officers was that the applicant was misled as to his fundamental procedural rights during questioning.

307. The applicant contended that the prosecution case had been substantially based on the witness statement. Neither the trial judge nor the Court of Appeal commented on the significance of the witness statement in the context of the other evidence in the case. However, the Court agrees with the fourth applicant that the statement clearly formed an important part of the prosecution case. In the statement, the applicant accepted that he had sheltered Mr Osman for several days, that he had been told by Mr Osman of the latter's role as one of the 21 July bombers, that he had been given information about the identities of the other bombers by Mr Osman, that he had provided Mr Osman with clothing and that he had been aware of Mr Osman's departure on the Eurostar (see paragraphs 143-146 above). There is no doubt that these admissions were central to the charges laid against him (see paragraphs 153-154 above).

308. It is true that the prosecution also relied on other evidence in the case. The fact that the fourth applicant had met Mr Osman, that the two had returned together to the fourth applicant's flat and that Mr Osman had spent three days there was demonstrated by CCTV evidence showing the two men meeting and walking towards the fourth applicant's flat, evidence from a police surveillance camera showing the two men leaving the fourth applicant's flat three days later and mobile telephone cellsite analysis consistent with Mr Osman having made telephone calls at the fourth applicant's flat. The prosecution relied on a newspaper, which contained a report on the bombings, including photographs of the suspects, with the fourth applicant's fingerprints on it to show that the fourth applicant was aware of the bombings and Mr Osman's apparent involvement (see paragraph 162 above). The prosecution also argued that the fourth applicant had provided further, critical practical assistance to Mr Osman, over and above the assistance that he had admitted in his witness statement. Thus, they introduced CCTV footage of a meeting with Mr Wahbi Mohammed at which he had given the fourth applicant a video camera to pass on to Mr Osman. They also contended that the fourth applicant had met Mr Sherif and collected from him a passport enabling Mr Osman to leave the United

Kingdom and introduced evidence of telephone contact between the two men and mobile telephone cellsite analysis consistent with a meeting having taken place. Mr Sherif gave evidence that the fourth applicant had collected a passport from him (see paragraph 167 above). Mr Osman gave evidence of the time he had spent at the fourth applicant's residence and the assistance that he had received while there. He said that the fourth applicant had gone to Waterloo station to book him a Eurostar ticket, and this was not disputed by the defence (see paragraph 166 above). Finally, there were the statements made by the applicant on 30 July and on 1 August after he had been arrested by the police and had received legal advice (see paragraphs 148-152 above).

309. However, the fact remains that the witness statement provided a narrative of what had occurred during the critical period, and it was the content of the statement itself which first provided the grounds upon which the police suspected the fourth applicant of involvement in a criminal offence. The statement thus provided the police with the framework around which they subsequently built their case and the focus for their search for other corroborating evidence. The Court therefore concludes that, having regard to the central position of the statement in the prosecution's case, it can be considered to have formed an integral and significant part of the probative evidence upon which the conviction was based.

310. In his summing-up to the jury, the trial judge drew attention to the irregularities that had occurred in the questioning of the fourth applicant and the taking of the witness statement. He summarised the fourth applicant's challenge to the statement and instructed the jury members that they were obliged to disregard the statement if they considered that it might have been obtained by something said or done which was likely to render it unreliable, even if they thought that it was or might be true (see paragraphs 169-172 above). However, it is significant that the jury members were instructed to take the statement into account if they were satisfied that it had been freely given, that the fourth applicant would have said these things even if the correct procedure had been followed and that the statement was true. Therefore, the Court considers that the trial judge's directions left the jury with excessive discretion as to the manner in which the statement, and its probative value, were to be taken into account, irrespective of the fact that it had been obtained without access to legal advice and without the fourth applicant having been informed of his right to remain silent.

311. As the fourth applicant accepted, great weight must be attached to the nature of the offences in his case (see paragraph 241 above). While the offences for which he was indicted were not of the magnitude of the offences committed by the first three applicants, the threat posed by terrorism can only be neutralised by the effective investigation, prosecution and punishment of all those involved in terrorism. However, taking into account the high threshold which applies where the presumption of

unfairness arises and having regard to the cumulative effect of the procedural shortcomings in the fourth applicant's case, the Court considers that the Government have failed to demonstrate why the overall fairness of the trial was not irretrievably prejudiced by the decision not to caution him and to restrict his access to legal advice. There has therefore been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) in the case of the fourth applicant.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

312. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

313. The fourth applicant claimed 1,196,750 pounds sterling (“GBP”) in respect of pecuniary damages for past and future loss of earnings and GBP 1,000,000 in respect of non-pecuniary damage.

314. The Government argued that the claim was based on an unmeritorious and highly speculative contention that there was a causal link between any violation and the fourth applicant's conviction. The claim was also extravagant, wholly unreasonable and vastly in excess of sums awarded by the Court in appropriate cases.

315. It does not follow from the Court's finding of a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention in the fourth applicant's case that he was wrongly convicted and it is impossible to speculate as to what might have occurred had there been no breach of the Convention. As to the claim for loss of earnings, the Court observes that no direct causal link has been established between the alleged loss and the violation found and dismisses the claim under this head. As regards his claim for non-pecuniary damage, the Court does not consider it necessary to make an award under this head in the circumstances of this case. The Court further notes that the fourth applicant may make an application to the Criminal Cases Review Commission to have the proceedings reopened (see paragraph 202 above). It therefore rejects his claim.

B. Costs and expenses

316. The fourth applicant also claimed “all legal costs incurred in respect of this application” and submitted two invoices. These showed counsel's fees of GBP 35,833, inclusive of VAT, for the costs and expenses incurred before the Court. A breakdown of the fees showed a total of

seventy-four hours' work by two counsel drafting the initial application and preparing submissions before the Chamber at a rate of between GBP 150 and GBP 275 per hour, exclusive of VAT; and a total of sixty-two hours' work by two counsel considering the Chamber judgment and preparing submissions for the Grand Chamber at a rate of between GBP 200 and GBP 300 per hour, exclusive of VAT.

317. The Government considered that the hourly rate charged appeared excessive. They further argued that the fee notes provided appeared to show duplication of work. In their view, a more appropriate figure was in the region of GBP 10,000.

318. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and were reasonable as to quantum. The number of hours appears excessive having regard to the submissions provided and, in so far as it is possible to assess the actual work carried out in light of the general breakdown provided, it seems that there was some duplication. The Court therefore considers it reasonable to award the sum of 16,000 euros ("EUR").

C. Default interest

319. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT,

1. *Holds*, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention in respect of the first three applicants;
2. *Holds*, by eleven votes to six, that there has been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention in respect of the fourth applicant;
3. *Holds*, by sixteen votes to one,
 - (a) that the respondent State is to pay the fourth applicant, within three months, the sum of EUR 16,000 (sixteen thousand euros), inclusive of any tax that may be chargeable to him, in respect of costs and expenses, to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of settlement;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate

equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

4. *Dismisses*, by thirteen votes to four, the remainder of the fourth applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 13 September 2016.

Lawrence Early
Jurisconsult

Guido Raimondi
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Mahoney;
- (b) joint partly dissenting, partly concurring opinion of Judges Sajó and Laffranque;
- (c) joint partly dissenting opinion of Judges Sajó, Karakaş, Lazarova Trajkovska and De Gaetano;
- (d) joint partly dissenting opinion of Judges Hajiyevev, Yudkivska, Lemmens, Mahoney, Silvis and O'Leary;
- (e) partly dissenting opinion of Judge Lemmens;
- (f) dissenting opinion of Judge Sajó.

G.R.A.
T.L.E.

CONCURRING OPINION OF JUDGE MAHONEY

1. Apart from parting company with my colleagues in the majority in finding no violation of Article 6 in the case of the fourth applicant, I also have a serious reservation about one point in the reasoning concerning the general principles. This point does not affect the outcome in relation to either the fourth applicant or the first three applicants. Rather it goes to one aspect of the analysis of Article 6 which is not in issue in the present case but which may have repercussions in future cases.

2. The judgment proceeds on the basis that in order for the Court to be able to take account of the initial statements made by the applicants to the police when assessing the fairness of their trial, it must imperatively be established that Article 6 was already applicable at the time that they made their statements (see *Schmid-Laffer v. Switzerland*, no. 41269/08, §§ 26-32, 16 June 2015, which appears to reason on a similar basis); in other words that a “criminal charge” within the autonomous meaning of Article 6 had been laid when the “safety” interviews of the first three applicants were carried out and at the very moment when the fourth applicant began to incriminate himself, thereby turning himself from a witness into a suspect. The judgment accordingly finds it necessary to arrive at the conclusion that each applicant’s situation, and in particular that of the fourth applicant, had “been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him” (see paragraphs 249, 275 and 296 of the judgment). To my mind, such an exercise not only goes against the Court’s case-law on the test for determining when a “criminal charge” exists, but is not needed at all and leads to a somewhat artificial analysis of the facts in the fourth applicant’s case.

3. At the heart of the present case is the statement in the landmark judgment in the case of *Salduz v. Turkey* ([GC], no. 36391/02, § 55, ECHR-2008) that

“in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’..., Article 6 §1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right.”

4. The *Salduz* judgment itself does not mention any requirement for the “criminal charge” already to have been brought when the initial police interview as a suspect is carried out, in order for that interview to be taken into account in assessing the fairness of any criminal proceedings subsequently pursued against the person interviewed.

5. As I understand it, the *Salduz* rule is based on the notion, existing before *Salduz*, that, once a person has been “charged” (so that the application of Article 6 under its criminal head is triggered), the fairness guarantee reaches back to events occurring before the “charge” in so far as

those facts are capable of influencing the fairness of the trial. One example of such pre-“charge” facts is entrapment by the police: if persons have been entrapped by the police into carrying out acts that they would not otherwise carried out, any criminal proceedings brought against them on the basis of those acts will be unfair (see, among many case-law authorities, *Teixeira de Castro v. Portugal*, 9 June 1998, §§ 34-36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV; *Bannikova v. Russia*, no. 18757/06, §§ 33-65, 4 November 2010; and *Lagutin and Others v. Russia*, nos. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09, §§ 89-101, 24 April 2014). Yet it cannot possibly be said that the person concerned was “charged” with a criminal offence at the time of the entrapment. The case-law on entrapment draws a clear distinction between the obtaining of evidence at the preliminary investigation stage and the subsequent use of evidence obtained at that stage from sources such as undercover agents or anonymous informants:

“[T]he subsequent use of such sources by the trial court to found a conviction is a different matter and is acceptable only if adequate and sufficient safeguards against abuse are in place, in particular a clear and foreseeable procedure for authorising, implementing and supervising the investigative measures in question ...” (*Lagutin and Others v. Russia*, cited above, §90).

6. Similarly, with an initial interview with the police. A person may or may not already have been “charged” by the police when first interviewed. He or she may only be no more than a suspect at that stage. That does not alter the fact that, “in principle” (that is to say, as a general rule but not excluding exceptions), admission in evidence at a criminal trial of a statement made in an initial police interview as a suspect without access to legal advice will render the trial unfair. The existence or not of a “charge” at the moment of the initial police interview is, I believe, immaterial to the safeguard for criminal defendants that the *Salduz* rule represents. The Court’s case-law on access to legal advice at the initial police interview as a suspect should not have the consequence of disturbing the common-sense reality of how criminal procedure is carried out progressively from one stage to another in most of our countries (from being approached as a possible witness, to being a suspect, to being charged and ultimately tried). It is not necessary, in the fourth applicant’s case in particular, to run into one the two separate notions of (a) being questioned as a suspect and (b) being “charged” in order to ensure the fourth applicant the benefit of the guarantee under Article 6 that his trial should not have its fairness undermined by matters covered by the *Salduz* rule.

7. Yet, in the judgment (at paragraph 296) the section on application of Convention principles to the facts of the fourth applicant’s case begins with the following analysis:

“[D]uring the witness interview, the fourth applicant began to incriminate himself and the police officers conducting the interview suspended it to seek instructions from

their superior. The Court is satisfied that at that point a suspicion that the fourth applicant had committed a criminal offence had crystallised, such that from that moment onwards his situation was substantially affected by the actions of the police and was accordingly subject to a ‘criminal charge’ within the autonomous meaning of Article 6 of the Convention.”

The consequence of such reasoning is that at the very moment at which a person becomes a suspect for the first time they are also automatically to be considered as having been “charged” with a criminal offence for the purposes of Article 6.

8. However, that the Convention does recognise that being a suspect is not co-extensive with being charged with a criminal offence is shown by the case-law on Article 5 §1(c), which permits “the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence”. As was stated in *Erdagöz v. Turkey* (22 October 1997, § 51, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI):

“[T]he fact that an applicant has not been charged ... does not necessarily mean that the purpose of his detention [as a suspect] was not in accordance with Article 5 §1(c). ... [S]ub-paragraph (c) of Article 5 §1 does not presuppose that the police should have obtained sufficient evidence to bring charges... The object of questioning during detention under sub-paragraph (c) of Article 5 §1 is to further the criminal investigation by way of confirming or dispelling the concrete suspicion grounding the arrest. Thus, facts which raise a suspicion need not be of the same level as those necessary to justify ... the bringing of a charge, which comes at the next stage of the process of criminal investigation...” (See also, among many other authorities, *Murray v. the United Kingdom*, 28 October 1994, § 55, Series A no. 300-A.)

In short, being treated as a suspect and being charged with a criminal offence are not one and the same thing, as the judgment would have it: they are separate, successive stages of the criminal process in its wide sense.

9. In the present case, immediately after his witness statement had been signed early in the morning of 28 July 2005, the fourth applicant was arrested and cautioned (see paragraph 147 of the judgment). After receiving legal advice, he was interviewed as a suspect on three other occasions, on 30 July and 1 and 2 August 2005, before being charged under domestic law on 3 August 2005 (see paragraphs 148-152 of the judgment). On my understanding of the Convention principles, it is not necessary for the resolution of the fourth applicant’s case to determine the exact occasion on which he can be said to have been “charged with a criminal offence” within the autonomous meaning of Article 6 of the Convention, since he had clearly been “charged” (at the very least on 3 August 2005) by the time that the question of the use of his initial statement as prosecution evidence arose. As I see it, the protection afforded to defendants in criminal trials by the *Salduz* rule on the use of evidence obtained during the initial interrogation by the police as a suspect is not dependent on the denial of access to a lawyer having occurred after the laying of the “criminal charge”. In order

for the *Salduz* rule to apply to criminal trials, there is no need to equate, as the judgment does, being treated as a “suspect” with being “charged with a criminal offence”.

10. What is more, the judgment somewhat misstates the classic test for the existence of a “criminal charge” as that test has been consistently expressed from the Court’s early case-law onwards. The three case-law authorities cited by the judgment (namely *Deweert v. Belgium*, 27 February 1980, § 42-46, Series A no. 35; *Eckle v. Germany*, 15 July 1982, § 73, Series A no. 51; and *McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, § 143, 10 September 2010) do not formulate the text, as the judgment does (at paragraph 249), as being whether “[an individual’s] situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him” (emphasis supplied). Taking *McFarlane* (§ 143) as the most recent of those authorities, what they say is:

“‘Charge’, for the purposes of Article 6 §1, may be defined as ‘the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence’, a definition that also corresponds to the test whether ‘the situation of the [suspect] has been substantially affected’ ...”

Thus, the test is not as formulated in the judgment, but is whether “the situation of the [suspect] has been substantially affected” (emphasis supplied). This language, unlike the changed language used in the judgment, shows that the simple fact of being treated as a suspect is not, in itself and of itself, sufficient. The situation of a person who is already a suspect must be further affected in some other, additional and substantial manner. Yet for the present judgment (paragraph 296), the fourth applicant became subject to a “criminal charge” from the very moment that “a suspicion that [he] had committed a criminal offence had crystallised”, that is from the moment when, by incriminating himself, he for the very first time turned himself from a witness being interviewed into a suspect.

11. To remove the legal distinction between a person suspected of and a person charged with the commission of a criminal offence strikes me as excessive and at odds with the reality of the criminal process in its wider sense, with its successive stages of investigation, prosecution and trial, while at the same time being wholly unnecessary for the effective application of the *Salduz* rule (as for that of the rule against entrapment) once a person has been “charged”. The result of removing that distinction is simply to introduce unnecessary conceptual confusion. That conceptual confusion has no consequences for the outcome of the present case, but may well have in future cases, I fear.

JOINT PARTLY DISSENTING, PARTLY CONCURRING
OPINION OF JUDGES SAJÓ AND LAFFRANQUE

1. We understand the primary importance of protecting societies from terrorism. The authorities responsible for this difficult task face serious challenges. However, it is crucial that in striking the right balance between security needs and the exercise of fundamental rights and freedoms all democratic societies, and all Contracting States of the Convention, show due regard for the requirements of the rule of law and avoid straying from human-rights and rule-of-law principles. The Court in its well-established case-law, for example concerning Article 3 of the Convention, has stated that the Court is acutely conscious of the difficulties faced by States in protecting their populations from terrorist violence, but this makes it all the more important to stress that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies (see *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 126, ECHR 2009). The Court has stressed the importance of adhering to the Convention values in a similar context in respect of Article 6 (see *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, ECHR 2000-XII, where the Court found that the security and public-order concerns invoked by the respondent Government could not justify a provision which extinguished the very essence of the applicants' rights to silence and against self-incrimination; see also *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008, and *El Haski v. Belgium*, no. 649/08, 25 September 2012).

2. In fact the present judgment itself acknowledges, in its paragraph 252, that there can be no question of watering down fair-trial rights for the sole reason that the individuals in question are suspected of involvement in terrorism, and that in challenging times it is of utmost importance that the Contracting Parties demonstrate their commitment to human rights and the rule of law, including, *inter alia*, the minimum guarantees of Article 6 of the Convention. Unfortunately, however, in its examination of the merits this judgment departs from the noble principle announced, and indeed the Court itself waters down rights, by failing to adhere to the guarantees of Article 6 as interpreted in its own well-established case-law, and without expressly stating it, *de facto* departs from that earlier well-established case-law, which has been widely applied by the national courts. This is most disappointing. A human-rights court must not relinquish a level of protection that it has already granted.

3. We regret that this judgment departs from the standards of a fair trial as determined in *Salduz*, under the guise of interpreting it. It diminishes the level of protection without good reason. It frustrates years of European efforts to provide a high level of protection to procedural rights. We cannot accept such backtracking. Moreover, in view of the facts of the present case we disagree with the manner in which the new standard is applied. For these

reasons we respectfully dissent regarding the first three applicants, while we concur with the finding of a violation in respect of the fourth applicant, but on grounds which differ from that of the majority.

I. Irretrievable Prejudice

4. This Court considers it important that from the initial stages of the proceedings, a person charged with a criminal offence who does not wish to defend himself or herself in person must be able to have recourse to legal assistance of his or her own choosing (for more detailed reasoning, see *Martin v. Estonia*, no. 35985/09, §§ 90 and 93, 30 May 2013, and *Dvorski v. Croatia* [GC], no. 25703/11, § 78, ECHR 2015).

The practical consequences were set out in *Salduz*, § 55, in which it was stated:

“... [T]he Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ ..., Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 ... The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”

There are three distinct situations envisioned here:

(a) access to a lawyer is not provided from (at) the first interrogation without compelling reason;

(b) access to a lawyer is not provided from (at) the first interrogation where there is a compelling reason for such restriction; and

(c) while there are compelling reasons for the absence of a lawyer at the first interrogation, the incriminating statements are used to achieve a conviction¹.

These are three distinct situations with possibly different circumstances.

The last prong (c) concerns the use of incriminating statements to achieve a conviction. This is an irretrievable prejudice for the rights of the defence (and not merely with regard to access to justice). In our view, supported by the case-law, such prejudice is determinative for the overall fairness of the trial *per se*. We admit that a less absolutist and non-literal²

1. This is not as rigid and formalistic as an absolute exclusionary rule. It does allow, apparently, for the inclusion of the statements in the case file, but it prohibits their use in reaching conviction.

2. According to the Collins English Dictionary, “if you talk about irretrievable damage or an irretrievable situation, you mean that the damage or situation is so bad that there is no

reading is also reasonable. In this approach, while the prejudice is irretrievable, the fairness aspect can be remedied by a special measure, namely exclusion of the evidence. This is the preferred solution in the member States. We note that the exclusionary rule does not solve all the problems resulting from the absence of a lawyer at the earliest stage of the investigation. The fairness of proceedings requires that an accused should be able to obtain the whole range of services specifically associated with legal assistance (*Dvorski*, § 78), which may be prejudiced by the absence of a lawyer at the early stage of the investigation.

5. In the middle scenario (b) there are compelling reasons for the absence of a lawyer, but the incriminating statements are not used for securing a conviction. This can be detrimental for the overall fairness of the trial if it causes undue prejudice.

6. In the first scenario (a) there is no compelling reason for the absence of a lawyer at the earliest stage of the proceedings. If incriminating statements are made and subsequently used for securing a conviction, the irretrievable prejudice to the rights of the accused, and consequently to the fairness of the trial, is even more obvious than in the third scenario. It is also possible that there is no use of such a statement or that no statement is made: in these circumstances the negative impact on the overall fairness of the proceedings, and hence of the trial, will be logically weightier than that of the absence of a lawyer for compelling reasons. In fact *John Murray v. the United Kingdom*, (8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I) states that the damage “is” (not even “can be”!) irretrievable (see below).

7. However, the judgment claims that “The test set out in *Salduz* for assessing whether a restriction on access to a lawyer is compatible with the right to a fair trial is composed of two stages. In the first stage the Court must assess whether there were compelling reasons for the restriction. In the second stage, it must evaluate the prejudice caused to the rights of the defence by the restriction in the case in question. In other words, the Court **must** examine the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings and decide whether the proceedings as a whole were fair” (see paragraph 257 of the judgment)³. It claims that the expression ‘irretrievable

possibility of putting it right”.

3. There is no reason given why the Court must always do so and why this is the only possible approach. See *Can v. Austria* (no. 9300/81, Commission’s report of 12 July 1984, Series A no. 96), quoted in the judgment.

Moreover, and this in itself should have militated against the way in which the Court relies on the “fairness as a whole” methodology, in *Can* (§ 60) we find the following: “In view of the fact that the restriction lasted a considerable period at a juncture which was crucial for the development of the proceedings as a whole,” without looking at the trial stage, the Commission concluded that there has been a violation of Art 6(3)(c) of the Convention by reason of the refusal to allow the applicant unsupervised personal contacts with his lawyer”. Once again, the effect is to be considered *in view of the impact on the proceedings*

prejudice' does not mean an absolute requirement, it is only a "rule, [which] while strict, was not absolute" (paragraph 260 of the judgment). This latter argument is not correct. "In principle" does not mean "subject to exceptions". Such an interpretation is contrary to the standard use of the expression in the Court's case-law, and it is contrary to the meaning given in standard dictionaries⁴. The very paragraph (§ 55) of *Salduz* that is analysed by the Court clearly distinguishes the "as a rule" ["...unless"] situation, referred to in the first prong, from "in principle", used in the third prong.

8. We are of the view that by using the expression "In other words"⁵ the judgment:

- misconstrues the letter and spirit of the *Salduz* test and related case-law, and the national and EU understanding developed in response to *Salduz*;
- further, in determining what constitutes a compelling reason for restricting access to a lawyer, [it] applies an overbroad new test, which is applied contrary to the facts of the case.

9. *Salduz* claimed that the rights of the defence will be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction. Irretrievable means that there can be no remedy to it (see, *inter alia*, *Płonka v. Poland*, no. 20310/02, 31 March 2009; *Pishchalnikov v. Russia*, no. 7025/04, 24 September 2009; and *Dayanan v. Turkey*, no. 7377/03, 13 October 2009).

10. Nevertheless, in the present case the Court came to the conclusion that such irretrievability does not have fatal consequences for the fairness of the trial, since fairness is a matter to be considered in the aggregate. Special remedy, such as exclusion, is not required (contrary to *A.T. v. Luxembourg*, no. 30460/13, 9 April 2015).

11. In the present case the Court is satisfied that a court has to take into account a number of factors and that the use of incriminating statements made in the absence of the lawyer is just one of those factors. This position contradicts the logic of *Salduz*. In the *Salduz* logic, even a justified denial of access to a lawyer must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6. The issue at stake remains the rights of the accused. Given the lack of access to a lawyer, a potential source of undue prejudice cannot be discounted by satisfying the ordinary requirements of a fair trial. The impermissible use of the evidence for conviction is singled out as an

as a whole, and not at the trial. The violation was found for the specific violation of 6(3) c.

4. "In principle" - as a general idea or plan, although the details are not yet established..." Oxford Dictionary of English. No other meaning is given. The opposite is "in practice".

According to the *Larousse* French dictionary: "*En principe, si on s'en tient à la règle générale, selon toute vraisemblance, si rien ne vient l'empêcher*".

5. "In other words, the Court must examine the impact of the restriction..." (paragraph 257).

instance of irretrievable prejudice to the rights of the accused. Once the evidence is used for conviction, there is no place for further consideration of fairness.

12. This is exactly the conclusion in *Salduz*, where, having considered a number of additional shortcomings, apparently to deal with systemic failings in the Turkish system, and having examined certain factors which were considered fair, the Court concluded that the violation was based exclusively on the violation of defence rights⁶. The Court clearly stated that its conclusion did not concern a violation of the overall fairness but a violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1 (*Salduz*, § 63). Contrary to what the present judgment claims as a truism (see § 7 above), namely that the Court must [always] consider overall fairness, it is the normal approach of this Court to apply bright-line rules in this context, that is, in view of the irretrievable impact of the violation on overall fairness. Overall fairness was not applied, *inter alia*, in *John Murray* (cited above), which was superseded by the *Salduz* Grand Chamber judgment. In *John Murray* (as good a terrorism case as the present one), it was held that notwithstanding the absence of the lawyer during the first 48 hours, the drawing of inferences from the silence was not unfair or unreasonable. While there was no problem with the overall fairness, “nevertheless, the issue of denial of access to a solicitor has implications for the rights of the defence which call for a **separate examination**” (see § 56 of that judgment). “To deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defence may well be irretrievably prejudiced, is - whatever the justification for such denial - incompatible with the rights of the accused under Article 6” (*John Murray*, § 66). For a fresh authority following the same approach, see *A.T. v. Luxembourg* (cited above)⁷. There, the Court found a violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention combined with Article 6 § 1. In that case the domestic courts were expected to undo the prejudice (i.e., they did not apply the exclusionary rule). But all this was not a matter of analysis of the overall fairness. Needless to say, with the approach taken in the present judgment there would have been no violation of Article 6.

13. It is noteworthy that in *Salduz*, the Court referred in the context of undue prejudice to other factors which were otherwise relevant for overall fairness, but did not find that these could counterbalance the undue

6. “In sum, even though the applicant had the opportunity to challenge the evidence against him at the trial and subsequently on appeal, the absence of a lawyer while he was in police custody irretrievably affected his defence rights (*Salduz*, § 62). In view of the above, the Court found a violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1 (*Salduz*, § 63).

7. See further, *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, no. 39660/02, 18 February 2010; *Khayrov v. Ukraine*, no. 19157/06, 15 November 2012; and *Grinenko v. Ukraine*, no. 33627/06, 15 November 2012.

prejudice. In the present case we are not dealing with undue, but instead with irretrievable prejudice, which cannot be counterbalanced at all.

14. While the Court often looks at the fairness of the proceedings as a whole, contrary to what the judgment seems to assume, there is no logically compelling ground to claim that only an “overall fairness” evaluation⁸ (based on the outcome of the trial) can result in a finding of a violation of Article 6. There is nothing unique in the *Salduz* approach finding certain undue (and, in particular, irretrievable) prejudices fatal for the rights of the defence. This approach is present in the case-law from its early days, as quoted in the present judgment and in the additional cases cited above.

15. We agree, there has to be “regard to the development of the proceedings as a whole” but “it cannot be excluded that **a specific factor may be so decisive** as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings” (see *Can v. Austria*, cited above, § 48, quoted in § 251). This is what *Salduz* did: it identified a decisive specific factor that enables the assessment to be conducted at an early stage in the proceedings. This is not a unique instance in the case-law. The same applies to a trial where incriminating statements are obtained by torture (see *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 166, ECHR 2010, in the context of self-incrimination), and most probably the same is true for incriminating statements resulting from direct compulsion (see *O’Halloran and Francis v. the United Kingdom* [GC], nos. 15809/02 and 25624/02, § 53, ECHR 2007-III, where the Court expressly rejected the idea that there is an absolute prohibition on direct compulsion under the privilege against self-incrimination. It does not follow from this position that certain forms of direct compulsion cannot be *per se* prejudicial to the overall fairness of a trial so that it amounts to a *per se* violation without further tinkering).

16. We insist on the literal meaning of the irretrievability principle set out in *Salduz* not only because we are of the view that legal certainty requires that such important principles must not be swept away without good reasons. We are of the view that the above principle is crucial for effective protection of the right to a fair trial. The Court has recognised that the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions, especially in regard to the rights mentioned in Article 6 § 3 (see *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 November 1993, § 36, Series A no. 275; *Salduz*, § 50, and, most recently, *Dvorski v. Croatia*, cited above, § 76). The absence of a lawyer when a detained suspect confronts the police for the first time has lasting effects on the entire proceedings, and the presence of a lawyer is a major guarantee against police abuse. In certain cases, such as the present one, there is no way to

8. One could argue that the overall fairness approach has been used to overcome inconveniences in the formulation used in Art 6 § 3. See, for example, *Bönisch v. Austria*, 6 May 1985, Series A no. 92; and Goss, *Criminal Fair Trial Rights*, Hart 2014.

counter the original self-incriminatory statement. (One cannot retract a lie.) To allow a self-incriminatory statement made in the absence of a lawyer to serve as a ground for conviction makes the trial appear fundamentally suspicious. It goes to the heart of the conviction because of the impossibility of undoing its consequences at a later stage (unless an exclusionary rule is applied). Prudential considerations of police deterrence also militate in favour of the quasi-exclusionary rule of *Salduz*. If the investigative authorities know that certain practices which violate the accused's Article 6 § 3 rights may result in a mistrial, they will be reluctant to apply such practices. And, as mentioned in *Salduz*, early access to legal advice (counsel) is a fundamental safeguard against ill-treatment.

17. The present judgment provides a surprisingly laconic description of the practice of the member States: "a number of States require statements made in the absence of a lawyer ... to be excluded from trial, while in others the admission of the statement ... is, at least to some extent, a matter for judicial discretion". The fact is that the overwhelming majority of the member States have codified a mandatory exclusion rule, or have binding case-law which mandates the application of exclusionary rules for *Salduz*-type incriminations which cause irretrievable prejudice, if for example the accused makes such a request. In some countries the violation of the right to silence is the basis of the exclusionary rule, in others it is the lack of access to a lawyer⁹. Only a few countries have anti-terror legislation which authorises incommunicado detention for 3-5 days (France, Spain, the United Kingdom). The Spanish system has been the subject of very harsh CPT criticism in this respect¹⁰.

18. To sum up: even if Article 6 § 3 rights are specific aspects of the right to a fair trial, as *Can* and human logic clearly indicate, there can be instances of irretrievable damage to that fairness that preclude fairness as a whole. Such a situation of irretrievable prejudice has been identified in *Salduz* as an absolute rule, and not as a rule with exceptions. We cannot see how irretrievable prejudice can be remedied without the exclusionary rule. The new approach does not provide any counterbalancing solution. The judgment merely sets out a list of criteria which, *inter alia*, have to be taken into consideration in the overall evaluation of the fairness in all cases as a matter of course (there is a counterbalancing element in these ordinary requirements, contrary to what has been shown to exist in *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC] (nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011, in which the bright-line rule concerning the prohibition of the

9. *Can*, which seems to be the lead authority in the present judgment, had no difficulty in disregarding the practice of a good number of member States (§ 49). Here, the opposite occurs: while there is a strong trend towards the exclusionary rule in situations similar to the present one, the Court insists that this is immaterial, as evidence is a matter of national law.

10. Reports and responses published in April 2013, CPT/Inf (2013) 6, 7, 8 and 9.

use of untested sole and decisive evidence was abandoned where the Court found there were counterbalancing factors in place.)

II. Compelling reasons for the absence of a lawyer

19. The Court has developed a new test to determine what amounts to a compelling reason for the absence of a lawyer, as required by *Salduz*. We find this new test incomplete and based on questionable inspiration. This incompleteness helped the Court to find compelling reasons and, ultimately, overall fairness. (This would have been more difficult had it been made clear that no compelling reason existed.) We agree that the existence of an urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity in a given case is an essential consideration in finding compelling reasons to restrict access to legal advice. It is a condition *sine qua non*. In such circumstances one need not wait for a lawyer to be present before an interrogation starts. Is this urgent need a good enough reason not to admit access to an available lawyer? The definition remains overbroad. Would the urgent need for an interrogation in order to avoid distant adverse consequences to possible future physical integrity suffice? What is missing from the definition is the clarification that the adverse consequence has to be imminent.

20. The Court's approach relies explicitly on *New York v. Quarles* 467 U.S. 649 (1984), which recognised a "public safety exception" to the Miranda rule, permitting questioning to take place in the absence of a lawyer and before a suspect has been read his rights where there is a threat to public safety. The reference to the American approach is misplaced and demonstrates the shortcoming in the Court's standard. The Supreme Court concluded "that the need for answers to questions in a situation posing a threat to the public safety outweighs the need for the prophylactic rule protecting the Fifth Amendment's privilege against self-incrimination". The case-law with regard to the federal- and state-level application of *Quarles* clearly indicates that it applies to actual threat. In every case, the public-safety exception applied – i.e. as in *Quarles*, there was a gun present when the non-Mirandized police questions were made. The firearm represented an imminent threat (where, as in *Quarles*, the matter is a consideration to be carried out "often in a matter of seconds" and the arresting policeman's question concerns the whereabouts of the weapon). The public-safety exception has never been used in the context of preventing future terrorist attacks which are deemed likely. In the recent terrorism case of Dzhokhar Tsarnaev, the prosecution refrained from including admissions made in the absence of a lawyer. While there is a public-safety exception under *Quarles*, the Supreme Court is in line with the irretrievable prejudice position of *Salduz*: "So also with the Sixth Amendment right to counsel of choice. It commands, not that a trial be fair, but that a particular guarantee of fairness

be provided—to wit, that the accused be defended by the counsel he believes to be best” (*US v. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. __2006). The US approach flatly rejects the overall assessment of the fairness of the trial: “The Constitution guarantees a fair trial through the Due Process Clauses, but it defines the basic elements of a fair trial largely through the several provisions of the Sixth Amendment, including the Counsel Clause’ (*Strickland*, supra, at 684-685). In sum, the right at stake here is the right to counsel of choice, not the right to a fair trial; and that right was violated because the deprivation of counsel was erroneous. No additional showing of prejudice is required to make the violation ‘complete’” [*US v. Gonzalez-Lopez*, cited above).

21. The fact that there is an urgent need to save lives does not explain why and how the advice and presence, in particular, of a lawyer, that is, of a right, would, as a matter of principle, be detrimental to saving lives. (Again, assuming that it does not cause delay). Are we assuming that the psychological comfort derived from a lawyer’s presence is of such comfort to terrorists that it undermines the prevention of calamities? The specific status of lawyers gives them a central position in the administration of justice as intermediaries between the public and the courts. They therefore play a key role in ensuring that the courts, whose mission is fundamental in a State based on the rule of law, enjoy public confidence (see *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, §§ 132-133, ECHR 2015). Or is the Court of the view (as the Chamber seemed to concede) that the lawyer will help the cause of terrorists by precluding certain police tactics?

III. Situation of the four applicants

(a) The Court’s approach to compelling reasons in the case of the first three applicants

22. The Court found that there were compelling reasons for not having access to a lawyer, given the exceptional circumstances in the aftermath of repeated terror attacks. We cannot agree more: this was an exceptional moment, requiring determined police action. But that is not the issue here. The requirements of the tailor-made definition of compelling reason provided by the Court were easily met. But the question is not whether there were exceptional circumstances and an urgent need, but whether there were compelling reasons not to have access to a lawyer under these circumstances. This fundamental issue is discussed only with regard to Mr Ibrahim: in his case the trial judge found that he could have been allowed to speak with his lawyer by telephone and that, to this limited extent, he had been incorrectly denied access to his lawyer (see paragraphs 81 and 278) of the judgment). But this is considered by the Court as a nearly inevitable oversight by the police, who were working under extreme conditions.

23. In the case of Mr Omar, access to legal advice was delayed for a little over eight hours, during which time he was questioned for a total of about three hours. Mr Ibrahim's access to legal advice was delayed for around seven hours and he was questioned during that time for about half an hour. Mr Mohammed's access to legal advice was delayed for about four hours, during which time eight minutes of questioning took place.

24. We agree, the police could not wait for the arrival of lawyers and until advice was given in view of the (probably not fully disclosable) details of the charge. The police had the right and duty to determine the proper tactics of interrogation (when to start, when to interrupt, etc.). But the presence or availability of a lawyer did not matter to the police. "At 7.55 a.m. Superintendent MacBrayne ordered that Mr Omar be held incommunicado under Schedule 8 of the Terrorism Act 2000" (see paragraph 22). There was no consideration of the availability of lawyers or an individual assessment that waiting for the duty solicitor would cause delays or other risks with regard to the priority of preventing adverse consequences. This was in essence a blanket, non-individualised ban. When Mr Omar again requested a duty solicitor, he was told at 10.24 a.m. that delaying the interview would involve an immediate risk of harm to persons and that "awaiting the arrival of a solicitor and permitting any pre-interview consultation before any attempt to establish the above facts [WILL] cause unnecessary delay to this interview process" (see paragraph 28). The trial judge did not examine the matter of the availability of such a lawyer during the interviews. We believe that had a duty solicitor appeared, he or she should have been allowed to attend the interview (unless for some other compelling reason). But no duty solicitor was contacted before 12.19 p.m. Once again, we see no compelling reason for the delay. The fact is that the duty solicitor arrived only after the end of the safety interview.

25. In the case of Mr Ibrahim, telephone consultation was denied twice before the safety interview was even ordered (see paragraph 42). A duty solicitor arrived at the front desk of Paddington Green Police Station at 8 p.m. At that time the safety interview was already being conducted and it ended at 8.35 p.m.

26. As to Mr Mohammed, his incommunicado detention was authorised after he requested assistance. He was ordered to be held incommunicado, but about an hour later, around 6.59 p.m., a duty solicitor was called. A duty solicitor arrived at the front desk of the police station at 8 p.m. A brief safety interview commenced without the presence of the solicitor at 8.14 p.m.

27. In the case of Mr Omar safety interviews were conducted between 9 a.m. and 2.20 p.m. In this period, although Mr Omar repeatedly asked for a lawyer, the duty solicitor was told only at 12.19 p.m. that safety interviews were taking place. We find it particularly troubling that the authorisation for incommunicado detention was for two days, clearly irrespective of the

existence of any compelling reason that would have made the absence of a lawyer inappropriate. The reason given, namely that awaiting the arrival of the solicitor would cause unnecessary delays, is correct in theory but, in the case of Mr Omar, the reference to the absence of a lawyer is artificial, as it was caused by the police themselves. We conclude that there was no compelling reason for the absence of a lawyer in Mr Omar's case. The incriminatory statements were made in the absence of the lawyer, without compelling reasons for this absence at the interview stage or the lack of advice. The statements were used for conviction. We conclude that the rights of the defence were irretrievably prejudiced and not counterbalanced by the exclusion of the evidence. Hence Article 6 was violated.

28. As to Mr Ibrahim, it was the trial judge himself who acknowledged that the duty solicitor could have attended at short notice "and that there was, in theory, time for a face-to-face conference between 18.10 and 19.58" (quoted in paragraph 80). In this regard, we find it immaterial that the police officers were working under exceptional pressure and that the time available would have been insufficient for proper advising. The finding of the trial judge indicates that there were no compelling (objective) reasons not to have a solicitor present at the safety interview (other than the ban). The police made a mistake (as in the other cases); that we can understand. What we cannot understand is why the incriminating material emerging from the safety interview was used for the conviction. This is particularly odd because all the restrictions on legal advice in Schedule 8 of the Terrorism Act of 2000 are about measures concerning harm to evidence, arrest, alerting suspects or injury to persons, or are related to the delayed arrival of a solicitor, and do not concern the gathering evidence for conviction.

29. As to Mr Mohamed, the incriminating evidence was used for conviction and this irretrievable prejudice violates the Convention (Article 6 § 3 in conjunction with Article 6 § 1).

30. Contrary to the Court, we would have reached the same conclusion even if we had used the overall fairness approach of the judgment. Even assuming that there were compelling reasons for not allowing access to counsel at the crucial investigative moment, the Court should have applied heightened scrutiny to determine whether the absence of the lawyer did, or did not, unduly prejudice the rights of the accused under Article 6. "There will not be a fair trial, however, unless any difficulties caused to the defendant by a limitation on his rights are sufficiently **counterbalanced** by the procedures followed by the judicial authorities (see, for example, *Doorson v. the Netherlands*, 26 March 1996, § 70, *Reports* 1996-II; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 23 April 1997, § 58, *Reports* 1997-III; *Jasper v. the United Kingdom* [GC], no. 27052/95, §§ 51-53, 16 February 2000; *S.N. v. Sweden*, no. 34209/96, § 47, ECHR 2002-V; and *Botmeh and Alami v. the United Kingdom*, no. 15187/03, § 37, 7 June 2007)" (quoting *A. and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 205). After all,

it is “the evidence obtained during the decisive early stage of the investigation [that] determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (see *Can v. Austria*, no. 9300/81, Commission’s report of 12 July 1984, § 50, Series A no. 96)” (*Salduz*, § 54).

31. There is no sign of counterbalancing by the judicial authorities in the present case. Moreover, the Court has conducted a very deferential analysis of the overall fairness and the actions of the trial judge. It is true that the safety interview was used to gather information relevant for further investigation, aimed primarily at preventing further attacks, by apprehending the terrorists, and it was lawful (if one has no objections to the order that authorises 48 hours of being held incommunicado; certainly the police did not abuse that possibility). It is admitted both at the domestic level and by the Court that the new caution was administered erroneously, so that domestic law was broken, and the related information gathered was held to be “potentially of high relevance”. For instance, the conviction of Mr Ibrahim cannot be considered fair as a whole, even under the unacceptable standards applied. It is immaterial that, according to the Court, there was enough damning additional evidence to secure the conviction. In the absence of manifest arbitrariness, it is not the role of this Court to second guess on the importance of the evidence which was considered as potentially of high relevance. The strong public interest in a conviction cannot overrule the Convention guarantees – this is the core message of the cases cited in the judgment¹¹, contrary to what the Court claims, namely that “the public interest in preventing and punishing terrorist attacks of this magnitude, involving a large-scale conspiracy to murder ordinary citizens going about their daily lives, is of the most compelling nature” (see paragraph 299). If punishment is of the “most compelling nature”, then what is the role of all the safeguards granted by the Convention? If a State is of the view that such a compelling public interest exists, then the Convention provides the proper mechanism in Article 15. Derogation is possible, under the supervision of the Court. When it comes to preventing attacks, the aim of the safety interviews can be a different matter (up to a point) and we do not rule out the possibility of restricting access to a lawyer for preventive purposes (if this is demanded by an imminent threat). What we cannot understand is why an instrument that is necessary for the prevention and

11. For example, the Court refers to *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, ECHR 2009 (without any specific paragraph reference). While accepting that the al-Qaeda network had given rise to a “public emergency threatening the life of the nation” resulting in an urgent need to protect the population of the United Kingdom, it remains the case, however, that the applicants’ right under Article 5 § 4 to procedural fairness was to be balanced against these important public interests. Article 5 § 4 must import substantially the same fair-trial guarantees as Article 6 § 1 in its criminal aspect (paragraphs 216-217). There is no concession to the compelling interest of prevention or conviction.

protection of life and limb is accepted for the purposes of punishment (which serves the desire of justice, understood as retribution)? The matter is even more curious in the present case, where, according to the Court, there was enough evidence for conviction even excluding the evidence in question¹².

(b) Mr Abdurahman (the fourth applicant)

32. In the case of Mr Abdurahman the Court concluded that there was no compelling reason for the absence of the lawyer. Within its overall fairness analysis the Court shifted the burden of proof to the Government to demonstrate convincingly why, exceptionally and in the specific circumstances of the case, the overall fairness of the trial was not irretrievably prejudiced by the restriction on access to legal advice (see paragraph 300 of the judgment). The Court continued with the overall assessment approach and found that there has been a violation, primarily in view of the trial judge's instructions (which are essentially similar to those which were found to contribute to the fairness of the trial in the case of the first three applicants), because these left "excessive discretion" to the jury. This and the cumulative effect of other shortcomings cannot satisfy the high burden on the Government to prove fairness.

33. We agree that the Article 6 rights of the fourth applicant were violated. This follows from our understanding of *Salduz*: incriminating evidence, obtained in the absence of a lawyer, was admitted at trial. There is irretrievable prejudice. Moreover, there was no compelling reason for the absence of the lawyer, which can be a separate ground for finding a violation of Article 6 § 3 (c) in conjunction with Article 6. However, the fundamental cause of the violation lies elsewhere. In the present case the police knowingly continued the questioning when it became clear that Mr Abdurahman should be treated as suspect with all the attached rights of defence. The violation consists in a police set-up, which occurred before the issue of the presence of a lawyer could have come up. Of course, the absence of the lawyer was due to this set-up: if someone is not a suspect he or she cannot claim the rights granted to a suspect. However, the absence of a lawyer (a blatantly illegal restriction) is a secondary consequence of this broader, irretrievably prejudicial abuse.

12. While it cannot be a judicial consideration, given that the Court is concerned with a policy issue, namely "the most compelling nature of conviction", we find that this policy is contrary to the duty of respecting the most compelling nature of prevention of further loss of life. If a terrorist knows that information concerning other terrorists or the location of a bomb will result in his conviction, he will be less likely to co-operate.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION
OF JUDGES SAJÓ, KARAKAŞ, LAZAROVA TRAJKOVSKA
AND DE GAETANO

(Translation)

We voted against the last point of the operative provisions because, in our view, the Court should have made an award to the fourth applicant in respect of non-pecuniary damage.

In view of the circumstances of the case, the majority does not consider it necessary to make an award under this head. It further observes that the fourth applicant may make an application to the Criminal Cases Review Commission to have the proceedings reopened (see paragraph 315 of the judgment). In that regard it should be noted that an application to the Criminal Cases Review Commission does not constitute an effective remedy for the purposes of Article 35 § 1 (see *Tucka v. the United Kingdom* (dec.), 18 January 2011, §§ 15-17).

It is obvious that under Article 41 the Court decides on an amount of compensation for non-pecuniary damage if it considers it “necessary” to afford redress. As it has considerable latitude to determine in which cases the applicants should be awarded damages, the Court frequently concludes that the finding of a violation constitutes sufficient just satisfaction and that no monetary compensation is required (see, among many other authorities, *Nikolova v. Bulgaria*, no. 31195/96, § 76, ECHR 1999-II; *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, ECHR 2013; and *Murray v. the Netherlands* [GC], no. 10511/10, 26 April 2016). In order to arrive at that conclusion, the Court will have regard to all the circumstances of the case including the nature of the violations found as well as any special circumstances pertaining to the context of the case (see, for example, *Vinter*, cited above, and the dissenting opinion of Judges Spielmann, Sajó, Karakaş and Pinto de Albuquerque in the case of *Murray*, cited above). Where the circumstances warrant it, as in the case of *McCann and Others v. the United Kingdom* (27 September 1995, § 219, Series A no. 324), in which it declined to make any award in respect of non-pecuniary damage in view of the fact that the three terrorist suspects who were killed had been intending to plant a bomb in Gibraltar, or where the nature of the violation found warrants it, as in the case of *Tarakhel v. Switzerland* [GC], no. 29217/12, ECHR 2014, the Court rules that the finding of a violation is sufficient in respect of any non-pecuniary damage. In other words, it is only in very exceptional cases that it decides not to award compensation for non-pecuniary damage.

There may also be instances in which the Court decides to award a sum lower than that awarded in other cases relating to the Article concerned, again taking into consideration the particular circumstances of the context.

The most typical example is the case of *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, ECHR 2009, in the context of terrorism, where the Court explained at length (§ 252, see also *Del Río Prada v. Spain* [GC], no. 42750/09, § 145, ECHR 2013) the reasons why it had awarded a sum significantly lower than those previously granted in other cases concerning unlawful detention.

As regards non-pecuniary damage in the present case, the majority does not consider it necessary to make an award under this head in the circumstances of this case. This differs from the usual form of words, according to which “the finding of a violation constitutes sufficient just satisfaction”. Stating that it is not necessary to make an award, without offering the slightest explanation, is a new formulation in the case-law, one which we believe needs to be clarified. If the majority decides, on the basis of several factors, not to award just satisfaction it should set out the precise reasons for that decision.

The Court states in paragraph 311 of the judgment that the offences committed by the fourth applicant were less serious than those committed by the first three applicants, while stressing the importance of effective sanctions to deal with the threat of terrorism. It concedes that, as a result of the cumulative effect of the procedural shortcomings in the fourth applicant’s case, that is to say, the decision not to caution him and to restrict his access to legal advice, the overall fairness of the trial was irretrievably prejudiced. There was therefore a violation of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention in the case of the fourth applicant.

The Court has always awarded a sum for violations of Article 6 §§1 and 3 in previous cases, even where there was a possibility of the proceedings being reopened. In the present case, as the remedy suggested by the majority (see paragraph 315 of the judgment) is of an extraordinary nature, it is not effective (see *Tucka*, cited above, § 17). It is difficult to understand the reasoning adopted, which places the emphasis on the possibility of pursuing a remedy that has previously been declared ineffective.

In view of the seriousness of the violation found in the case of the fourth applicant, and taking into consideration the particular circumstances of the context, we believe that the Court should have awarded a sum in respect of any non-pecuniary damage he may have suffered.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION
OF JUDGES HAJIYEV, YUDKIVSKA, LEMMENS,
MAHONEY, SILVIS AND O'LEARY

I. Introductory remarks

1. We should make clear from the outset that our difference of opinion with the majority of the Grand Chamber in the present case does not go to the recapitulation of the general principles concerning Article 6 §§ 1 and 3 (c), in respect of which we are in essence in Agreement.¹ We also agree with the majority in the application of those general principles to the cases of the first three applicants and the finding of no violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention in their regard. We regret, however, that we are unable to agree with the view of the majority that the fourth applicant's defence rights were violated on the facts of the present case. As regards this applicant, contrary to the majority, we find that application of the two-stage test which the Grand Chamber judgment goes to some lengths to clarify also leads to a finding of no violation.

2. There is no question, as the Court's case-law has consistently held, that public-interest concerns, including the fight against terrorism, cannot justify measures which extinguish the very essence of a suspect's or an accused person's defence rights.² That said, it would be a mistake to present the basic Convention issue at the heart of the four applicants' cases as being solely one of fixing the limits on the inroads that the security interests of the State may make into individual human rights, namely those of the four applicants in relation to their initial police interviews, followed by their prosecution, trial and conviction. That would be an excessively narrow focus which ignores the fact that the matters calling for Convention analysis in the present case directly involve the human rights of many other people than the four applicants. When confronted with circumstances such as those leading to the present applications, the Contracting States and then this Court are required to identify the appropriate relationship between the fundamental procedural right to a fair trial of persons charged with involvement in terrorist-type offences and the right to life and bodily security of the persons affected by the alleged criminal conduct. As the

1. We have, however, a slightly different view on the decisive importance to be given to the question of compliance with domestic law when it comes to analysing the existence of "compelling reasons" (see paragraph 258 of the judgment and paragraph 15 of the present opinion).

2. See, variously, *Brogan and Others v. United Kingdom*, judgment of 29 November 1988, Series A no. 145-B; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, §§ 57-58, ECHR 2000-XII; *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 97, ECHR 2006-IX; and *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, no. 39660/02, § 39, 18 February 2010.

judgment of the Grand Chamber in the present case makes clear (at paragraph 251),

“Article 6 should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities in taking effective measures to counter terrorism or other serious crimes in discharge of their duty under Articles 2, 3 and 5 § 1 of the Convention to protect the right to life and to bodily security of members of the public”.

In addition, when recognising, in a more general context, that “[f]or the Court, it is a natural consequence of the forms taken by present-day terrorism that governments resort to cutting-edge technologies in preempting such attacks”, the changed and changing nature of modern terror threats has already been identified as relevant.³

3. Articles 2 and 3 of the Convention, it hardly needs to be recalled, figure among the core rights of the Convention and cannot be derogated from under Article 15.⁴ The Contracting States are under a positive obligation, firstly, to put in place a legal and administrative framework and, thereafter, to take all necessary concrete measures aimed at assuring the practical and effective, and not merely theoretical and illusory, protection of those core rights for all individuals coming within their jurisdiction. The Contracting States are thus duty-bound under the Convention to act, both preventively and repressively, with a view to diminishing the threats that terrorism at its current levels and in its current forms represents for the life and bodily security of each individual coming within their jurisdiction. This duty naturally extends to the criminal-justice system and the rules of evidence.

4. Unfortunately, when applying the general principles outlined in the Grand Chamber judgment, the majority focuses its analysis too narrowly on the purely procedural aspects of the fourth applicant’s case, to the detriment of the wider-angled assessment of the overall picture, including the impact on the interests of other holders of Convention rights as explained above.

II. Recapitulation of the general principles

5. The Grand Chamber judgment in the present case confirms the test set out in the case of *Salduz v. Turkey*⁵ for assessing whether a restriction on access to a lawyer is compatible with the right to a fair trial enshrined in Article 6 §§ 1 and 3 (c) and it clarifies that it is a test composed of two stages. In the first stage, the national courts and ultimately this Court must assess whether there were compelling reasons for the restriction of access.

3. *Szabó and Vissy v. Hungary*, no. 37138/14, § 68, 12 January 2016.

4. A very limited possibility to derogate from Article 2 is permitted by Article 15 in respect of deaths resulting from lawful acts of war.

5. *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008.

In the second stage, those courts must assess the impact of any restriction on the overall fairness of the proceedings and decide whether the proceedings as a whole were fair (paragraph 257 of the judgment). What is clear – albeit not explicitly stated in the judgment – is that the first stage relates exclusively to events occurring during the pre-trial phase of the criminal process. In contrast, the second stage involves an *ex post facto* analysis by the trial court and, if necessary, on appeal, both of pre-trial events and the conduct of the trial itself, not least how evidence garnered during the investigatory phase was subsequently treated. This, it seems to us, is an important point. As far as the first stage in the present case is concerned, whether the police were confronted by compelling reasons such that the right of access could be temporarily restricted for each of the four applicants is to be assessed by reference to circumstances characterised by extreme urgency and risk to human life. In contrast, the second-stage overall assessment of the fairness of the trial which followed and the admission of impugned statements, provided without legal assistance, is situated in an entirely different context, where questions relating to the legal basis for any restriction of defence rights or for the admission of evidence so obtained take on a wholly different importance.⁶

6. The Grand Chamber judgment outlines the criteria for determining whether there are compelling reasons for delaying access to legal advice and, crucially, explains that the lack of compelling reasons for restricting access to legal advice is not, in itself, sufficient to lead to a finding of violation of Article 6 of the Convention (paragraphs 258-260 of the judgment). The judgment points out that, in order to decide whether or not the right to a fair trial has been breached, it is necessary to view the proceedings as a whole, the Article 6 § 3 rights at issue in the instant case being specific aspects of the overall right to a fair trial rather than ends in themselves (paragraph 262 of the judgment). However, where there are no compelling reasons for restricting access to legal advice, national courts must apply a very strict scrutiny to their fairness assessment and the absence of compelling reasons will weigh heavily in the balance when assessing the overall fairness of the trial and may tip the balance in favour of finding a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) (paragraph 265 of the judgment). Finally, the judgment provides a non-exhaustive list of factors, taken from the Court's well-established case-law, which should be taken into account to assess the impact of procedural failings at the pre-trial stage on the overall fairness of the criminal proceedings (paragraph 274 of the judgment).

7. This clarification of the general principles to be applied when assessing any restriction of the right of access to a lawyer is to be welcomed. *Salduz* is a milestone in the Court's case-law relating to Article 6

6. See below paragraphs 13-15 for why this distinct approach is of particular importance as regards the fourth applicant.

§§ 1 and 3 (c) of the Convention. However, the formulation of the key passage of the *Salduz* judgment in paragraph 55, which contains no less than four qualifying clauses – “as a rule”, “unless it is demonstrated”, “even where” and “in principle” –, while making it evident that the rule enunciated is not absolute, made it difficult to determine what the effect of the absence of compelling reasons was for the assessment of the overall fairness of the trial and the level of scrutiny required in the absence or presence of such reasons. In *Salduz* itself, no compelling reasons existed but the Grand Chamber nevertheless proceeded to examine the overall fairness of the applicant’s trial.

III. The first stage of the *Salduz* test: the existence of compelling reasons in the case of the fourth applicant

8. The Grand Chamber judgment identifies one example of what could constitute compelling reasons for the purposes of the aforementioned test, namely the existence of an urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity (paragraph 259 of the judgment). The test laid down in the judgment (paragraph 258) for the existence of compelling reasons is a stringent one – restrictions of the right of access are only permitted in exceptional circumstances, they must be of a temporary nature, must be based on an individual assessment of the particular circumstances of the case and must have a basis in domestic law.

9. The Grand Chamber accepts that such a need existed at the time when the safety interviews of the first three applicants were conducted. The circumstances were clearly exceptional and the potential for additional and extensive loss of life was extremely high. London had experienced its worst ever terrorist attack two weeks previously and the undetonated devices found four days before the questioning of the fourth applicant took place (see paragraphs 14-15 and 138-142 of the judgment) pointed to the possibility of a further wave of terrorist attacks. All but one of the suspected perpetrators of this new attack were still at liberty and free to detonate other bombs, possibly successfully. The police were operating under enormous pressure and their overriding priority was, quite properly, to obtain as a matter of urgency information on any further planned attacks and the identities of those potentially involved in the plot so as to prevent further loss of life. The restriction of the first three applicants’ right to a lawyer was temporary in nature, an individual assessment of their cases took place and there was a basis for the restriction in domestic law (paragraphs 186-198 of the judgment). The decision to restrict legal advice was subsequently reviewed by the trial judge and by the Court of Appeal in the course of the second stage of the *Salduz* test outlined above (paragraphs 65-95, 106-118 and 123-136 of the judgment).

10. An irregularity in the case of one of those applicants – Mr. Ibrahim – did not detract from the finding that compelling reasons existed. Instead, the judgment (at paragraph 278) puts this irregularity in the context of the police operation unfolding, referring, *inter alia*, to the number of persons who had been arrested, their detention in one police station, the need to avoid communication between the detainees as well as cross-contamination of forensic evidence. In the words of the judgment, “[t]he possibility of restricting access to legal advice in exceptional circumstances such as those arising in the present case recognises the unique and highly difficult conditions”.

11. Applying these same criteria to the fourth applicant, we find it impossible to conclude that the police could not also in his case invoke compelling reasons to justify a temporary restriction of his right of access to a lawyer. The fourth applicant was asked to come to the police station to assist them as a potential witness (paragraph 139 of the judgment). When, some way into the interview, it looked as if he was in danger of incriminating himself, the normal rule, both under the applicable domestic police code of practice (Code C, which was one of several issued under the Police and Criminal Evidence Act 1984 (“the PACE”) – see paragraphs 181-198 of the judgment) and under the Convention, was to treat him from that moment onwards as a suspect entitled to the usual rights of the defence, notably the rights to be cautioned and have access to legal advice as soon as practicable in order not to prejudice his position. This was not done. There is no doubt that the fourth applicant’s complaints therefore called for particularly “anxious scrutiny”, something which Court of Appeal recognised (paragraph 175 of the judgment).

12. Nonetheless, we respectfully disagree with the majority’s conclusion (at paragraphs 299-300 of the judgment) that “the Government have not convincingly demonstrated, on the basis of contemporaneous evidence, the existence of compelling reasons in the fourth applicant’s case” for restricting the fourth applicant’s access to a lawyer during the initial police interview.

13. To start with, the events unfolding in London and the circumstances in which the police operation was taking place were as exceptional when the questioning of the first three applicants took place as they were when the fourth applicant was being interviewed on the evening of 27th July. The urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity, recognised by the majority in paragraph 276 of the judgment, was thus as real for the first set of applicants as it was for the fourth. There was a real fear that the failed bombers might return to complete their initial, failed attack. The fourth applicant was thought by the police to know where one of the suspected bombers – Mr Husain Osman – might have gone and quite possibly what Mr Osman’s plans were (see paragraphs 15, 61 and 137-139 of the judgment). The police had a difficult

choice to make: whether, in the absence of other direct information from or connected with the suspected bombers – only one was in custody, but was not talking to the police; and the others were still at large –, to continue obtaining from the applicant information capable of saving lives and protecting the public or to comply with the applicable police code by cautioning the applicant, with the attendant risk of stopping the flow of valuable security information. The Supreme Court of the United States of America made a similar observation in the case of *New York v. Quarles*⁷ when holding that there was a public-safety exception to the requirement that, prior to police questioning, suspects had to be informed of their constitutional rights to silence and to legal advice before their answers could be admitted into evidence at trial.

14. The fact that the procedural status of the fourth applicant was initially different to that of the first three – as he was brought to the police station as a witness and not a suspect – and that when he became a suspect it was with reference to a distinct crime cannot alter the objective assessment of that urgent need confronting the London Metropolitan Police on 27th July. In addition, the fourth applicant gave his witness statement in the early hours of 28th July and was arrested and cautioned later that morning, at which point, it should be recalled, he declined the assistance of a lawyer. In other words, the restriction of his right of access to a lawyer was also temporary. An individual assessment of how the police were to proceed in his case took place on the evening of 27th July when the police questioning him suspended the interview, as the fourth applicant was in danger of incriminating himself, and sought instructions from a superior officer who instructed the questioning to proceed.

15. Despite this, the majority (beginning at paragraph 258 of the judgment) attach considerable, indeed decisive, importance in the analysis of “compelling reasons” to the question whether the police decision not to caution him and grant access to a lawyer had a basis in domestic law. This question is, however, as we shall see, more appropriately a consideration to be examined in the context of the overall fairness of the proceedings (paragraphs 19, under (b), and 24-25 of this opinion and paragraph 274, under (b), of the judgment). As a result of this mistaken approach, the essential question is not posed in the Court’s determination of whether there were compelling reasons with regard to the fourth applicant. That essential question is as follows: were the authorities justified in thinking at the relevant time that cautioning the witness as a suspect would have frustrated fulfilment of the urgent need to avert the serious consequences which would result from a successfully executed terrorist attack? This question of factual substance goes to the heart of the compelling-reasons analysis but is passed over by the majority, who prefer instead to concentrate on the procedural

7. 467 US 436 (1966) – quoted at paragraph 230 of the judgment.

issue which, although of central importance to the final conclusion, has its natural place in the second stage of the *Salduz* test. In the absence of consideration of the factual situation, at the time of the initial police interrogation, in relation to the urgent need to avert the feared consequences for the lives and bodily safety of the public, the majority's analysis of the existence or not of compelling reasons in the fourth applicant's case is distorted by prematurely attaching preponderant weight to the circumstance that the code of practice was not followed, while at the same time it is assumed that it was reasonably open to the police to resort to alternatives. Ironically, the alternative suggested in paragraph 299 of the judgment, namely holding a safety interview as provided for under the Terrorist Act, would precisely have required compelling – substantive – reasons to be present.

16. Furthermore, the main criticism made under this head (at paragraph 298 of the judgment) – that “the possibility of denying a suspect the procedural rights guaranteed by the code by declining to change his formal status [from witness assisting the police to suspect] when such a change had become appropriate was not set out in domestic law” – is somewhat divorced from reality. Requiring detailed regulation to the degree that the majority wish appears to be demanding of the Contracting States something approaching perfection. The PACE and the accompanying codes of practice are extremely detailed in themselves. The circumstances of the fourth applicant's case – which, like those of the other three applicants' cases, occurred prior to the Court's landmark judgment in *Salduz v. Turkey*, cited above – were extraordinary. The Convention does not expect lawmakers to foresee every eventuality. In the instant case, it was evident that the applicable police code did normally call for a caution and access to a lawyer when a witness began to turn himself into a suspect, as the reaction of the two interviewing police officers demonstrated (see paragraph 140 of the judgment). The superior police officer to whom they referred the matter made an individual assessment in the light of the particular circumstances of a failed and unresolved terrorist bomb attack, the content of that assessment, although it was not written down, being obvious to anyone on the basis of common sense. Crucially, the legislative framework provided safeguards as regards the fairness of any subsequent use in evidence of statements obtained during police questioning.

17. As indicated previously, non-compliance with the applicable police code of practice cannot obliterate the objective assessment of the dangerousness and volatility of the circumstances which the police and general public were facing. We are not suggesting that such a failure to follow the national requirements on police questioning of suspects should have had no effect on the Article 6 §§ 1 and 3 (c) analysis which the trial and appeal courts were obliged to undertake. But, as indicated above, the legal consequences of that failure fell to be assessed, in our view, during the

second stage of the assessment when determining the overall fairness of the fourth applicant's trial. This is also, it should be added, the way in which the applicable domestic law approached the matter. As is clear from the trial judge's summing-up to the jury (paragraph 169 of the judgment), breach of the code did not, as a matter of domestic law, lead to the automatic rejection as evidence of a written statement made by a witness who is later a defendant. Rather, the admissibility of that evidence was to be assessed by the trial judge in the context of the *voir dire* on the basis of the very clear provisions of sections 76(2) and 78 PACE. Any other approach to the first stage assessment of compelling reasons is liable to render this first stage of the *Salduz* test devoid of purpose.

18. In conclusion on this point, we consider that there were indeed "compelling reasons", at that crucial time in the investigation of the failed bomb attack, for the police not to caution the fourth applicant and to delay temporarily his access to legal advice on the basis of an individual assessment of the specific facts before them. Whether the subsequent use of the statement thereby obtained from the applicant rendered unfair his trial in the criminal proceedings brought against him is another matter to be addressed in the context of the second-stage assessment of the overall fairness of the proceedings. As the Grand chamber judgment itself says (at paragraph 274),

"complaints concerning a failure to respect the express or implied Article 6 rights at the investigation stage in criminal proceedings will often crystallise at trial, when the evidence obtained is admitted."

IV. The second stage of the *Salduz* test: assessment of the overall fairness of the proceedings concerning the fourth applicant

19. The factors to be taken into consideration when assessing the fairness of the fourth applicant's trial and appeal as a whole are set out in a non-exhaustive list in paragraph 274 of the judgment:

"(a) Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age or mental capacity.

(b) The legal framework governing the pre-trial proceedings and the admissibility of evidence at trial, and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered fair.

(c) Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use.

(d) The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion.

(e) Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of the violation found.

(f) In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified.

(g) The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based and the strength of the other evidence in the case.

(h) Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions.

(i) The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue.

(j) Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice.”

20. Our inability to agree with the conclusion of our colleagues in the majority as regards the fairness of the admission of the fourth applicant’s initial statement to the police as evidence at his trial is based on two grounds.

21. Firstly, as indicated previously, we consider that the police could rely on the existence of compelling reasons to temporarily restrict the fourth applicant’s Article 6 rights. As a result, unlike the majority, who deny the existence of compelling reasons in his regard and thereby alter considerably the burden of proof to be discharged by the Government, we will assess the overall fairness of the trial without the very strict level of scrutiny which follows from the absence of such compelling reasons (paragraph 265 of the judgment). Nevertheless, given the importance of fair trial rights, we consider that the respondent Government, in the context of this overall assessment of fairness, still have to demonstrate that the rights of the defence were not irretrievably prejudiced by the initial, temporary restriction on access to legal advice; and the failure to comply with the police code of practice and the factors listed above will be examined with that in mind.

22. Secondly, we consider that if the circumstances relating to the fourth applicant are examined in the light of those different factors, it becomes apparent that application of the general principles so clearly set out in the judgment in the instant case must lead to a finding of no violation. Once again, we stress that we have no disagreement with the majority as regards the second stage of the *Salduz* test as confirmed and clarified in the *Ibrahim and Others* case; we disagree as regards its application to the facts of the fourth applicant’s case.

23. We will now continue to examine the factors listed above.

(a) Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age and mental capacity

24. The fourth applicant, unlike applicants in some previous cases before the Court,⁸ cannot be regarded as particularly vulnerable by reason of his age or mental capacity or for any other reason. Indeed at no point has it been suggested that the fourth applicant was particularly vulnerable, either by virtue of age, circumstances or mental capacity. The trial judge pointed out that he was an intelligent young man, employed in a solicitor's firm (paragraph 171 of the judgment). Although he was questioned as a witness until the early hours of 28th July, there was nothing particularly unusual or lengthy about that initial session excepting the question mark over his exact procedural status. The appeal court specifically looked at the issue of vulnerability in connection with sentencing (paragraph 177 of the judgment).

(b) The legal framework governing the pre-trial proceedings and the admission of evidence at trial and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered fair**(j) Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice**

25. As regards these two factors, it is worth recalling the chamber's conclusion (paragraph 215 of the chamber judgment):

“[T]here was a clear legislative framework in place to govern the admissibility, in any criminal proceedings subsequently brought, of evidence obtained during police questioning. In addition to the prohibition in section 76 PACE on admitting into evidence a confession obtained by oppression or one which was likely to be unreliable, the trial judge had discretion under section 78 PACE to refuse to admit evidence which he considered would have an adverse effect on the fairness of the proceedings (see paragraphs 152-154 above [now paragraphs 199-210 of the Grand Chamber judgment]). The legislation was carefully applied by the trial judge in deciding the fourth applicant's challenge to the admissibility of his witness statement ...”

26. It was established by the trial judge at the *voir dire* that nothing had been said or done by the police officers that could have rendered the witness statement unreliable. Given, furthermore, that the applicant had freely adopted the witness statement after he had been cautioned and received legal advice, the trial judge found that there was no basis to exclude the statement under either section 76 or 78 PACE (paragraph 159 judgment). There may have been a departure from the code of practice, and this departure was deliberate, given the urgent need prevailing, but can that amount to concluding that “the decision to question the fourth applicant as a

8. See, for example, *Adamkiewicz v. Poland*, n° 54729/00, §§ 70 and 89, which involved use in evidence of a confession to police by a minor who had been denied access to a lawyer.

witness had no basis in domestic law” (paragraph 302 of the judgment)? We think not.

- (d) The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion**
- (e) Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of that violation**

27. These two factors can also be examined jointly.

28. The applicant had not been arrested and had voluntarily gone to the police station on July 27th 2007. He could have left at any time. There was no coercion or compulsion during the interview, unlike in *Salduz* and other cases. This was clearly established as a fact by the trial judge (paragraph 159 of the judgment), confirmed implicitly by the Court of Appeal (paragraph 175 of the judgment) and is conceded by the majority in its judgment (paragraph 306 of the judgment). The continuation of the interview without cautioning the applicant and without offering him the assistance of a lawyer was not the product of a systematic practice, but was rather prompted by specific imperatives in the interests of public safety, arising in an unforeseen manner in the exceptional circumstances of the case.

29. While it is clear that the statement was obtained in breach of the applicable police code – the fourth applicant was not cautioned at the appropriate moment –, this irregularity was not overlooked but was taken into account by the national courts, notably the Court of Appeal (which noted that “the way the police behaved is undoubtedly troubling” – see paragraph 175 of the judgment), before they nonetheless concluded that, overall, the fourth applicant had received a fair trial. The Grand Chamber judgment reiterates the Court’s previous recognition that, subject to an exception in relation to any evidence obtained by torture or other ill-treatment proscribed by Article 3 of the Convention, failure to comply with domestic-law rules is not of itself constitutive of “unfairness” for the purposes of Article 6 of the Convention (at paragraph 254):

“[I]t is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence, including evidence obtained unlawfully in terms of domestic law, may be admissible. ... [T]he question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair...”

30. In any event, while the fourth applicant was not immediately informed of procedural rights normally available to suspects under domestic law as well as under the Convention, we would not, as the majority does (at paragraphs 299 and 306 of the judgment), express the consequences of this

domestic-law irregularity in pejorative terms of his having been “misled” during police questioning.

- (c) Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use**
- (f) In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified**
- (h) Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions**

31. We will examine these interrelated factors together.

32. Although, from the moment he was arrested at the close of his initial interview, the fourth applicant has had the opportunity to challenge the authenticity of what he said in his statement, including at his trial and before this Court, he has never done so. At no stage in the domestic proceedings did he seek to advance any other version of events than the one given to the police during his initial interview (see notably paragraphs 149-152 and 168 of the judgment). We take this to be a very important aspect of the case.

33. The fourth applicant waited until his trial before objecting to the use of his initial statement. Up until then, after having received legal advice, he had been positively relying on the statement as a means of showing his lack of criminal intent and criminal action (see the observations on this point in the chamber judgment, paragraphs 219-221). Following the initial interview, it was open to the fourth applicant to retract his statement made on that occasion on the grounds he subsequently raised at trial and before this Court. At no point has he explained why he felt unable to challenge it at an earlier stage.

34. The national courts at two levels of jurisdiction thoroughly examined his arguments regarding the inadmissibility of the statement, but rejected them. The trial judge gave careful directions to the jury regarding the conditions in which the initial statement had been obtained, drawing the jurors’ attention to the fourth applicant’s arguments as to the flawed nature of that statement and telling them to ignore it if they felt that it had not been freely given or was unreliable. We confess to having some difficulty in understanding the criticism contained in paragraph 310 of the judgment to the effect that “the trial judge’s directions left the jury with excessive discretion as to the manner in which the statement, and its probative value, were to be taken into account”. This criticism seems to be at odds with the role of the jury in common-law criminal-justice systems and to misconceive the sense of the directions themselves. On the first point, the Court’s Article 6 case-law requires an assessment of whether sufficient safeguards were in place to avoid any risk of arbitrariness and to enable the accused to understand the reasons for his conviction. Such procedural safeguards may include, for example, directions or guidance provided by the presiding judge

to the jurors on the legal issues arising or the evidence adduced, and precise, unequivocal questions put to the jury by the judge, forming a framework on which the verdict is based or sufficiently offsetting the fact that no reasons are given for the jury's answers.⁹ We find it difficult to contend that these requirements were not met in the instant case. More specifically, this Court has recognised "the jury's role [in English trial law] as the ultimate arbiter of fact".¹⁰ It is not the Court's task to standardise the legal systems in Europe by imposing any given model of jury trial or given degree of involvement of citizens in the administration of justice.¹¹ On the second point, the directions to the jury were, in ordinary language, telling the jurors that they should treat the fourth applicant's initial statement with caution and disregard it if they felt that, though true, it was unreliable or had been obtained unfairly (by "trickery", as the fourth applicant had argued – paragraph 169 of the judgment). It is difficult to see the shortcoming in such directions.

- (g) The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based and the strength of the other evidence in the case**

35. Contrary to the suggestion of the majority judgment, the fourth applicant's conviction was not substantially based on his initial statement (see paragraph 307 of the judgment). While it could be said to have played an important part in the prosecution case, its importance was significantly conditioned by the fourth applicant's decision not to retract it but rather to repeat and rely on it after he had been arrested and received legal advice, as well as his decision to remain silent at his trial, giving no evidence to undermine, contradict or explain the evidence provided by the prosecution. In any event, there was considerable other incriminating evidence linking the fourth applicant to the suspected bomber, Mr Osman, including notably: CCTV footage of the fourth applicant together with the suspected bomber and, on another occasion, with one of his co-accused (Mr Wahbi Mohammed); finger-print evidence that the fourth applicant was aware who Mr Osman was and what he was wanted for by the police; mobile telephone evidence of the fourth applicant's having contacted another of his co-accused (Mr Abdul Sherif) as well as the suspected bomber; mobile telephone cellsite analysis consistent with the suspected bomber's having made calls from the fourth applicant's flat and with the latter's having met Mr Sherif to collect the passport used by the suspected bomber; the oral testimony of Mr Sherif that the fourth applicant had asked him for and

9. See, amongst others, *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 92, ECHR 2010-VI.

10. *Gregory v. the United Kingdom*, 25 February 1997, § 44, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-I.

11. *Taxquet*, cited above, § 83.

obtained from him that passport; the oral evidence of the by-then convicted bomber himself, Mr Osman, who confirmed the truth of the fourth applicant's initial statement (all this is adverted to at paragraph 308 of the judgment, with references back to the relevant paragraphs in the summary of the facts). That the initial statement provided the basis on which the police first suspected and then charged the fourth applicant (something relied on by the majority at paragraph 309 of the judgment) does not mean that its inclusion in the evidence submitted at trial led to his defence rights being irretrievably prejudiced. As the examination of the other factors in the non-exhaustive list provided by the Grand Chamber judgment indicates, that is not the case.

(i) The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offences in issue

36. As explained at the outset of this opinion, this is, to our mind, a consideration to which the majority do not attach sufficient weight. The atrocities perpetrated in recent years in different Council of Europe member states amply demonstrate the key part that logistical and other support plays in the commission of modern-day terrorist offences involving, as they do, indiscriminate mass murder. What follows from this is, firstly in time, urgent action by the police to limit to the maximum the continuing imminent danger to the public once a terrorist attack has occurred or is under way (primarily an issue of "compelling reasons") and, thereafter, the need to prosecute wherever possible, in proceedings where fair trial rights are respected, those reasonably suspected of being part of a support network of a terrorist group. When it comes to seeking the appropriate relationship between the various human rights at stake when dealing with the issues connected with terrorist attacks of the kind in issue in the present case, there is a risk of "failing to see the wood for the trees" if the analysis is excessively concentrated on the imperatives of criminal procedure to the detriment of wider considerations of the modern State's obligation to ensure practical and effective human rights protection to everyone within its jurisdiction. Human rights protection in a democracy entails that, even when the authorities are confronted with indiscriminate attacks on innocent people going about the ordinary business of living their lives, the legitimate aim of securing the right to life and bodily security of the public cannot justify recourse to unfair and unjust means of repression. The basic object of Article 6 under its criminal head is to eliminate the risk of innocent persons being convicted. With this in mind, a basic tenant of the Court's case-law, as stated previously, is that public-interest concerns, including the fight against terrorism, cannot justify measures which extinguish the very essence of a suspect's or an accused person's defence rights.¹² A parallel

12. See the case-law cited in footnote 2.

consideration, however, is that neither can the imperatives of criminal procedure extirpate the legitimacy of the public interest at stake, based as it is on the core Convention rights to life and to bodily safety of other individuals.

V. Conclusion

37. Our conclusion as to whether the fourth applicant's case discloses a denial of his fair trial rights may be summed up as follows. An exceptional situation of danger to the public existed when the fourth applicant was giving his initial statement to the police. Suspected bombers were still on the loose. At the time of the initial interview, there were "compelling reasons" in the *Salduz* sense, and in the sense confirmed and clarified in the Grand Chamber judgment, for exceptionally qualifying the normal domestic and Convention rule of access to legal assistance from the outset of police questioning as a suspect. Thereafter public policy required that those persons who had provided logistical and financial support for terrorists should also be prosecuted wherever possible. As far as the incidence of the admission of the initial statement on the overall fairness of the fourth applicant's trial is concerned, sufficient counter-balancing safeguards existed in the legislative framework and were available to him during the course of the criminal proceedings, including before and at the trial and on appeal. What the applicant had said in his initial statement to the police was not obtained by coercion or compulsion. The statement was never objected to by him as being untrue. It was not retracted by him at any point in the pre-trial stage of the proceedings, as it could have been on, for example, the various occasions when he was subsequently seen by the police. On the contrary, on all those occasions, and after having received legal advice, he confirmed his initial statement and relied on it in his defence. Apart from this initial statement to the police, there was other strong incriminating evidence against him on the basis of which he was found guilty by the jury, including the oral testimony of the suspected (and, by then, convicted) bomber himself, Mr Osman. The fourth applicant has never suggested that there was any other explanation for the facts regarding his contacts with Mr Osman, contacts proved by other – direct and reliable – evidence. As the Court of Appeal indicated, there was no evidence that the fourth applicant made his statement because he believed he was not going to be prosecuted and no unequivocal representation in this regard was made by those responsible for the conduct of the prosecution (see paragraph 176 of the judgment). The fact that the applicable police code of practice had not been followed in relation to his initial questioning as a suspect was weighed in the balance by the national courts, at trial and on appeal, in their detailed assessment of overall fairness; and careful directions were given to the jury by the trial judge, who drew the jurors' attention to the fourth applicant's

arguments on fairness and to the exceptional conditions in which the statement had been obtained.

38. Having regard to the general principles established in the Court's case-law on Article 6 §§ 1 and 3 (c), not least in *Salduz v. Turkey*, principles clarified in the instant case, the circumstances of the fourth applicant's case and the criminal proceedings conducted against him as a whole do not lead us to the conclusion that the admission of his initial statement to the police as evidence at his trial can be regarded as unfair or as having irretrievably prejudiced his defence rights. In our view, it certainly cannot be said that either the omission to enable the applicant to have access to legal advice at the moment in the initial police interview when he became a suspect or the subsequent admission in evidence of his initial statement extinguished the very essence of the defence rights which became available to him under Article 6 on being "charged with a criminal offence".

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE LEMMENS

I am happy to concur with the majority in the part of the judgment relating to the recapitulation and clarification of the general principles set out in the *Salduz* judgment (see *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR 2008). I am also in agreement with the majority as far as the application of these principles to the case of the first three applicants is concerned.

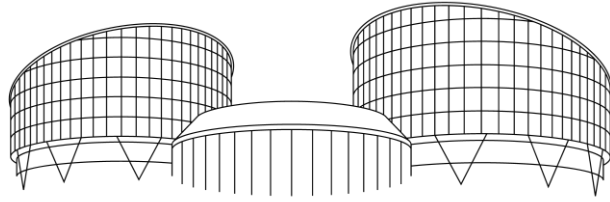
To my regret, however, I am unable to follow the majority in their application of these principles to the case of the fourth applicant. On this point I have joined the relevant joint dissenting opinion.

Having found no violation of the Convention in respect of the fourth applicant, I have voted against awarding him the reimbursement of costs and expenses.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SAJÓ

According to the judgment, it is not necessary to grant just satisfaction to the fourth applicant. I respectfully disagree, for the reasons given by Judges Karakaş, Lazarova Trajkovska and De Gaetano.

As I am of the opinion that there has been a violation in regard to the first three applicants, the same considerations apply in their case too.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

FIFTH SECTION

CASE OF ŠTEFANČIČ v. SLOVENIA

(Application no. 18027/05)

JUDGMENT

STRASBOURG

25 October 2012

FINAL

25/01/2013

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Štefančič v. Slovenia,

The European Court of Human Rights (Fifth Section), sitting as a Chamber composed of:

Dean Spielmann, *President*,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Ann Power-Forde,

Angelika Nußberger,

André Potocki,

Paul Lemmens, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 2 October 2012,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 18027/05) against the Republic of Slovenia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Slovenian national, Mr Branimir Štefančič (“the applicant”), on 6 May 2005.

2. The applicant was represented by Mr Z. Klun, a lawyer practising in Ljubljana. The Slovenian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr B. Tratar, State Attorney General.

3. The applicant alleged that his criminal trial had been unfair, as he had been convicted on the basis of the statement of a witness whom he had not had the opportunity to cross-examine and because the attendance of defence witnesses in court had not been ensured, with the result that they had not been examined.

4. On 30 September 2010 the application was communicated to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1966 and lives in Škofja Loka.

6. On an unspecified date, the applicant and another individual, M.K., were charged under Article 196, paragraph 2 of the Slovenian Penal Code with the criminal offence of unlawfully manufacturing and trading in

narcotics. They were accused of being involved in the organisation of drug trafficking which had been carried out by J.G., who had already been convicted of this in London. Another person, D.M., who had been convicted in Freiburg (Germany), was involved in the trafficking.

7. By letter of 7 January 2000 and during a telephone call on 14 January 2000, the applicant's lawyer was informed of the investigating judge's decision to question J.G. as a witness in London, where he was being held in a prison.

8. On 18 January 2000 the investigating judge, accompanied by M.K.'s representative and the public prosecutor, questioned J.G. in London. J.G. had specified that his participation to the meeting was conditional upon the fact that he would not be compelled to answer questions put by the defence; as a consequence, M.K.'s representative was unable to put any questions to him.

9. During questioning, J.G. explained that he had met D.M. in 1990 in Germany. D.M. later contacted him about transporting a car from Slovenia to elsewhere in Europe and mentioned people from Slovenia, including the applicant, who would organise the transport. J.G. and D.M. came together to Slovenia on 12 February 1998 and stayed in the Hotel Medno. They were visited there by the applicant and M.K. On this occasion, J.G. received an envelope from the applicant: he stated that he thought that it contained money for the purchase of a car, but later realised that it was a package of heroin and that he was supposed to smuggle drugs in the future. According to J.G.'s version of events, he came to Slovenia again on 26 February 1998, taking a train from Feldkirch (Austria) to Ljubljana. In Ljubljana he met M.K., who told him about the first drug transfer from Hungary to Germany and gave him a mobile phone with a Slovenian SIM card. Later that day, J.G. met the applicant and M.K. at the Hotel Medno. They told him where in Hungary he had to go, but that plan was never implemented. J.G. subsequently bought a car for a drug transfer from Croatia to Hamburg. His contact with M.K., who, unlike the applicant, could speak English, was made using the mobile phone which had been given to him during his second visit to Slovenia. J.G. met the applicant and M.K. in Munich and Stuttgart, where they told him about a new drug transfer from Croatia to Great Britain. He was again given instructions by M.K. using the mobile phone. J.G. identified both the applicant and M.K. from a series of photographs.

10. The trial court subsequently called: (i) witness D.Š., who testified that he had introduced the applicant to D.M. in the context of a business involving the sale of apartments; (ii) an undercover agent who was involved in another case and whose testimony was consequently held by the trial court to be inadmissible in the proceedings concerning the applicant; and (iii) an anonymous witness, who also confirmed that the applicant and D.M. knew each other because they had both been present at the meeting

concerning the sale of certain apartments. The court also admitted as evidence: (i) the statement taken from J.G. on 18 January 2000 in London; (ii) the guest records of the Hotel Medno relating to the dates 13 and 27 February 1998; (iii) the records of phone calls made on the Slovenian SIM card found in possession of J.G. on the date of his arrest; and (iv) the judgment of the Freiburg Regional Court concerning the criminal proceedings against D.M.

11. That judgment had established that D.M. and J.G. knew each other and that they had planned a drug transfer from Slovenia to Central Europe. Moreover, it had been D.M. who had introduced J.G. to the applicant and M.K. The Freiburg Regional Court had further established that on 12 February 1998 D.M. and J.G. had gone to the Hotel Medno in Ljubljana, where they had met the applicant and M.K., that a second visit to Slovenia had taken place on 26 February 1998, that J.G. had received a mobile phone from M.K. which had been used to give him instructions about the drug transfers, that J.G. had delivered drugs in Hamburg and in Great Britain and that he had met the applicant and M.K. twice in Germany.

12. At a hearing on 18 May 2000, the court read out J.G.'s statement of 18 January 2000. While the public prosecutor and M.K.'s representative agreed to this, the applicant's representative objected and requested that J.G. be examined in court. His request was rejected by the court, referring to section 340 of the Criminal Procedure Act 1994 (hereinafter, "the CP Act" – see paragraph 22 below).

13. At a hearing on 29 May 2000, the applicant requested that his mother, brother and wife be called to give evidence relating to his state of health and his medical appointments during the period in question. The court rejected the request, finding that the applicant's state of health could be verified on the basis of his medical records.

14. On 31 May 2000 the applicant was convicted and sentenced to nine years' imprisonment for being part of a criminal enterprise, together with J.G. and D.M., which had drug trafficking from Croatia to Western Europe as its purpose. The court found that the applicant and his co-accused, M.K., together with D.M., had organised and assisted the sale of heroin which had been trafficked by J.G. on two occasions in March 1998. On one occasion, 30 kg of heroin had been trafficked to Hamburg, and on another occasion, 54 kg of heroin had been trafficked to London. The court also found that the applicant had not attended any medical appointments on the dates on which the alleged acts were committed.

15. In its judgment, the court rejected the applicant's argument that J.G. should have been examined at trial. The court relied on the fact that J.G. had been sentenced to sixteen years in prison and that it could not therefore have been expected that the British authorities would bring him before a Slovenian court in order to testify. It also rejected the applicant's argument that J.G. was mentally ill, finding that his answers had been clear and

coherent and that the issue of his mental state had already been assessed by the Freiburg Regional Court, which had found that his testimony had been fully credible. The court also observed that the defence had been aware that J.G. would not answer questions other than those put to him by the investigating judge or the prosecutor. It further found that M.K.'s representative, who had been present at the examination, had not even attempted to put questions to J.G., nor had she asked the investigating judge to do so on her behalf.

16. In its reasons for convicting the applicant, the court stated that it had followed the description of the relevant events given by J.G. on 18 January 2000, which had been coherent and supported by corroborating evidence. The evidence, including telephone records and train tickets, had supported J.G.'s statement regarding the trips he had taken in order to bring the drugs to Hamburg and London. In particular, the train tickets found on J.G. on the date of his arrest had corresponded to the dates of his alleged meetings with D.M. Moreover, from the date on which he had received the mobile phone from M.K. until the date of his arrest in London, J.G.'s Slovenian SIM card had recorded that calls had been received from different telephone boxes in the area near Škofja Loka, the city where the applicant and M.K. had lived. These phone calls had matched with the dates and locations of the drug transfers which J.G. had allegedly undertaken under the instructions of the applicant and M.K.

17. In addition, the court found that J.G. had picked out the applicant and M.K. from twenty-four photos of different people and "had previously described both of them and stated that he had met them on several occasions". It further stated:

"On the basis of the above, the court considers it proven that the accused colluded with D.M. and J.G. for the purpose of committing criminal offences. The witnesses confirmed that [the applicant] had met D.M., and that [his co-accused] had also enquired about him. J.G. indicated the time from which he had been D.M.'s friend and from which they had reconnected. Immediately after J.G.'s release from hospital, D.M. contacted him and took advantage of his position. It can also be seen from the Freiburg Regional Court's judgment that D.M. was in contact with J.G. on a continuous basis. All four of them were together on 12 February and 13 February in the Hotel Medno, where they started planning the trafficking."

18. The applicant appealed. He alleged that the judgment had been based predominantly on J.G.'s statement, which was of questionable credibility. He submitted that the documents in the case file had shown that J.G. was mentally ill, had been treated in a psychiatric hospital several times, including most recently shortly before his arrest, and that he was easily manipulated. For those reasons, the applicant had requested that the court call J.G. for examination at trial. Referring to Article 6 of the Convention, the applicant alleged that his right to examine a key witness should have had precedence over the logistical difficulties and financial consequences connected with the organisation of the witness's attendance at the hearing.

He also complained about the court's refusal to call his mother, his brother and the representative of his co-accused as witnesses.

19. On 6 December 2000 the Ljubljana Higher Court dismissed the appeal. It agreed with the lower court as regards the credibility of J.G.'s testimony. In relation to the fact that J.G. had not been examined at the hearing, it found the following:

“The court's decision to read out the testimony of J.G. was made under section 340, paragraph 1, point 1, on the well-founded basis that J.G. was serving a sixteen-year prison sentence in London. The representative of the accused had been informed of the examination before the British court beforehand but decided not to attend. The other examinations of this witness and the final judgment of the German court, which have been mentioned already, were sufficient to assess the credibility of this witness. Article 6 of the Convention was not violated because the accused were unable to directly examine this witness, contrary to the appellant's incorrect contention. The proven credibility of this witness was such that the participation of both accused [in J.G.'s questioning] could not have affected [his statement's] evidential value ... As can be seen from the written grounds of the judgment, the court also relied on J.G.'s statements obtained in the proceedings before the British courts¹ and the final judgment of the German court, which were valid evidence because their lawfulness was not questionable as [a result of the fact that] the judgments were final. Although M.K.'s representative was unable to put any questions to J.G. (in accordance with the conditions set by J.G.), the rights of the defence were not violated as otherwise the witness would have refused to participate. In this connection, the court rightly found that the [applicant's] representative could have put questions to J.G. through the investigating judge but did not make use of this possibility.”

20. The applicant and M.K. lodged appeals on points of law. On 3 April 2003 the Supreme Court of Slovenia upheld their appeals in part in respect of the legal qualification of the offence and reduced their sentences to eight years' imprisonment each. It dismissed the remainder of the appeals. It found that the applicant's representative had been given an opportunity to participate in the examination of J.G. and should have been aware of the possibility that the witness would not be examined again at trial, as stipulated in section 167, paragraph 2 of the CP Act (see paragraph 22 below). It also dismissed the applicant's argument that he could not have afforded his representative's travel expenses, finding that no request had been made to cover such expenses from State funds.

21. On 25 July 2003 the applicant lodged a constitutional appeal alleging a violation of his defence rights. On 6 December 2004 the Constitutional Court dismissed the appeal as manifestly ill-founded. It endorsed the reasons given by the Supreme Court.

¹ These statements substantially matched with the statement made by J.G. on 18 January 2000.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. The Criminal Procedure Act

22. The relevant provisions of the CP Act (*Zakon o kazenskem postopku*, Official Gazette no. 63/94) read as follows:

Section 167

“ ...

(2) The aim of an investigation is to gather the evidence and data necessary for deciding whether to bring charges or discontinue proceedings, evidence whose reproduction at the main hearing might be impossible or very difficult, and other evidence which might be useful for the proceedings and whose taking appears warranted by the circumstances of the case.”

Section 178

“ ...

(4) The state prosecutor, the accused and his defence counsel may attend the examination of a witness. The injured party may attend the examination of a witness only if the witness is not likely to appear at the main hearing.

...

(6) If a person who has been sent a notice of any intended questioning fails to appear, the questioning may be performed in his absence. ...

(7) The parties and defence counsel present during a questioning session may seek clarification of certain matters by putting questions to the accused, witness or expert. As a rule, the questions shall first be put by the state prosecutor, then by the accused and his counsel and finally by the investigating judge. The investigating judge shall not allow a question or an answer if they are not permitted or are irrelevant to the matter considered. ... Persons present at a questioning session shall have the right to demand that their remarks concerning the asking of individual questions be entered in the record, and may propose that individual pieces of evidence be taken.

...”

Section 183

“If the parties and defence counsel did not attend certain a questioning session and the investigative judge considers that it would be advantageous for the further course of the procedure if they were acquainted with critical evidence, he shall inform them that this evidence will be available within a specific period and that they may make motions for new evidence to be taken.”

Section 288

“(1) ... Witnesses and experts proposed by the prosecutor in the indictment and by the accused in his defence to the indictment, except those whose examination at the main hearing is not necessary in the opinion of the presiding judge, shall also be summoned to the main hearing. ...”

Section 337

“(1) If it transpires in the course of the main hearing that a witness or an expert is unable to appear in court or his appearance would involve great difficulty, and the panel maintains that his testimony is important, the panel may order that he be examined outside the main hearing by the presiding judge, or a judge on the panel, or the investigating judge of the court in whose territory the witness or the expert resides.

...

(3) The parties and the injured person shall always be advised when and where a witness shall be examined, or when and where an inspection or reconstruction of an event shall take place, and shall be instructed that they may attend these events. If the defendant has been remanded in custody, the panel shall determine whether his presence is necessary during these actions. ...”

Section 340

“(1) In addition to the instances specified in the present Code, the records of the testimonies of witnesses, co-defendants or convicted persons who were involved in the offence, as well as expert reports and expert opinions, may on the basis of a decision of the panel be read out only in the following instances:

(i) if the persons questioned have died, or have been affected by a mental disease, or cannot be found, or are unable to appear in court due to old age, illness or some other weighty reason, or their appearance would involve great difficulty;

(ii) if witnesses or experts refuse to testify at the main hearing without legal justification.

(2) Subject to the consent of the parties, the panel may decide that the record of a previous examination of a witness or an expert, or the written findings and opinion of the expert, be read out in court in the absence of the witness or the expert, whether or not the witness or the expert were summoned to appear at the main hearing.

...

(4) The reasons for the reading out of the record shall be indicated in the record of the main hearing ...”

Section 342

“After the examination of each witness or expert, as well as after the reading of each record or other written document, the presiding judge shall invite the parties and the injured person to make comments if they so wish.”

B. Case-law of the Constitutional Court, of the Supreme Court and of the Higher Courts

23. The Constitutional Court held that the “extreme ill-health” of two witnesses (the alleged victims of a crime) was a “justified and unavoidable derogation” from the principle of direct examination of witnesses. Nevertheless, the accused should have been given the opportunity to question the victims, and in this respect it was enough that he had been invited, during the investigation, to be present at their examination

conducted by the investigating judge (decision Up-207/99 of 4 July 2002; see also judgment no. III Kp 11324/2010 of the Ljubljana Higher Court of 9 June 2010). In a decision of 18 October 2007 (Up-849/05), the Constitutional Court considered that it was not possible to refer to a violation of the right to examine the witnesses for the prosecution when the authorities had acted with due diligence in their efforts to ensure that the accused had the benefit of this right (it is worth noting that in this case, according to the Constitutional Court, the statements of the victims were not the sole and key evidence against the accused).

24. In a judgment of 21 May 2009 (no. I Ips 14/2009), the Supreme Court noted that, according to section 340(1) of the CP Act (see paragraph 22 above), the records of statements could be read at trial in the event that the witnesses could not be found. If the accused was provided with an opportunity “to be present at the hearing of this evidence”, the statements in question could be read out even without his consent. Furthermore, there was no violation of the procedural rights of the accused if he and his counsel were summoned to attend the examination of a witness who could not give evidence at trial (see judgment no. I Ips 507/2008 of 9 April 2009, and judgment no. I Ips 190/2006 of 17 May 2007). Conversely, such a violation would occur when, in the absence of any obstacle to such an act, the investigating judge failed to inform the suspect of the examination of a witness whose statements were subsequently read out at trial (see judgment no. I Ips 88/2008 of 16 October 2008).

25. Section 340 of the CP Act indicates the cases in which it is admissible to make an exception to the principle that evidence at the main hearing shall be taken directly before the trial chamber (the “principle of immediacy” – see Supreme Court judgment no. I Ips 330/2006 of 24 April 2008). A party who has explicitly agreed to the reading of a witness’s testimony cannot rely upon the right to cross-examine the witness in question at the trial hearing (see decision no. Kp 115/2000 of the Celje Higher Court of 23 March 2000, and decision no. Kp 28/2008 of the Koper Higher Court of 6 February 2008).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (d) OF THE CONVENTION BY REASON OF ADMITTANCE AND USE AGAINST THE APPLICANT OF THE STATEMENT MADE BY J.G. IN LONDON

26. The applicant considered that his conviction had been based to a decisive extent on the statement made to the investigating judge by J.G. and

underlined that, in breach of Article 6 § 3 (d) of the Convention, he had not been given the opportunity to cross-examine this key witness directly and/or at trial with a view to adversarial argument.

Insofar as relevant, Article 6 of the Convention reads as follows:

“1. In the determination ... of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] tribunal ...

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...”

27. The Government contested that argument.

A. Admissibility

28. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Arguments of the parties

(a) The Government

29. The Government underlined that the admissibility of evidence was primarily a matter for regulation by national law and that the use of evidence obtained at the pre-trial stage was not in itself incompatible with Article 6 of the Convention. In the present case, the decision of the first-instance court had been issued following an extensive and exhaustive hearing of evidence and had been upheld by all of the domestic appellate courts. The first-instance court had rightly based its judgment on the statement of J.G., who had been examined by the investigating judge in London and whose statement had been in all key respects identical to his defence before the criminal court in London and consistent with the findings of the final judgment of the Freiburg Regional Court sentencing the fourth member of the criminal group, D.M., for the same criminal offence. The possibility that J.G. had been manipulated should be excluded, as his mental capacity had been verified and several questions and follow-on questions had been put to him.

30. Moreover, the first-instance judgment had not been exclusively based on J.G.'s statement, but had also relied on other evidence, namely: the statements of other witnesses; the records of the testimony given before the British authorities by J.G.; the guest book of the Hotel Medno for 13 and 27 February 1998; the records of the outgoing and incoming phone numbers of 30 April 1999 on J.G.'s Slovenian SIM card; a chemical analysis of 54.3 kilograms of heroin; the criminal records of the defendants; and the judgment of the Freiburg Criminal Court in the case against D.M. The credibility of the J.G.'s statement had been corroborated by the telephone calls recorded as received by his Slovenian SIM card, which had fully matched his recollection of the time and locations of his movements though different countries. Furthermore, his meeting with D.M. had been confirmed by a train ticket and his meetings with the defendants had matched with the dates on which J.G. and D.M. had stayed at the Hotel Medno. In the Government's opinion, J.G.'s statement had been neither the sole nor the decisive evidence against the applicant, but rather a piece of evidence supported by a number of other pieces of parallel evidence (see, *mutatis mutandis*, *Mika v. Sweden* (dec.), no. 31243/06, 27 January 2009).

31. The decision to read out J.G.'s statement had been based on section 340(1) of the CP Act, as the court had held that the fact that the witness was serving a sixteen year prison sentence in England was a weighty reason for his inability to appear in court. According to the Government, in such circumstances it would have been virtually impossible to question J.G. before a court in Slovenia.

32. Moreover, the applicant had been given an adequate and proper opportunity to challenge and question the witness. Indeed, his lawyer had been informed in due time (on 7 January by letter and on 14 January 2000 by phone) about the examination of J.G. in England, but had failed to attend. By attending, the applicant's lawyer would have had the opportunity to ask questions on behalf of the applicant and to make comments on and motions about J.G.'s statement. The defence had accepted the risk that it might not be possible to exercise those rights at the main hearing. The investigating judge had examined J.G. on 18 January 2000 in London, in the presence of the state prosecutor and counsel for the applicant's co-defendant, M.K. It did not appear from the case file that the applicant or his lawyer had informed the court that they would not attend the examination of the witness as a result of difficulties arising from a lack of financial resources. They had also failed to ask that the applicant's lawyer's travel expenses be paid from State funds. The defence had not explicitly stated, at that stage or later in the proceedings, which questions it would have put to J.G. had he been summoned to appear at the trial hearing.

33. It was to be borne in mind that the Slovenian courts had also legitimately relied on the testimony given by J.G. in the criminal proceedings in England and on the content of the final judgment delivered

in Germany. These documents had given enough grounds to assess the credibility of the witness. The fact that during questioning on 18 January 2000 counsel for the applicant's co-defendant had not been allowed to put questions to J.G. could not constitute a violation of the rights of the defence, as J.G. would otherwise have not answered any questions or the examination would have been interrupted. Counsel could have put questions to J.G. through the investigating judge, but had failed to make use of this possibility.

34. According to the Government, the applicant could not rely on the judgments given by the Court in the cases of *Kostovski v. the Netherlands* (20 November 1989, Series A no. 166) and *Lüdi v. Switzerland* (15 June 1992, Series A no. 238), which concerned different factual situations (use of the statements of anonymous witnesses). In the present case, the witness had not been anonymous, had been examined before an investigating judge and the applicant had been given the opportunity to examine him in England through counsel (this last element also differentiated the present case from *A. v. Finland*, no. 40156/07, 28 September 2010). Relying on *Gorgievski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (no. 18002/02, 16 July 2009), in which the Court concluded that there had been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention, the Government argued that in the domestic proceedings the essential aim of a full "equality of arms" had been achieved.

(b) The applicant

35. The applicant did not submit observations in reply, but reiterated his wish to have his case examined by the Court.

2. The Court's assessment

(a) General principles

36. The Court reiterates that the guarantees in paragraph 3(d) of Article 6 are specific aspects of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1 of that Article which must be taken into account in any assessment of the fairness of proceedings. In addition, the Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (see *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 84, 16 November 2010, with further references therein). In making this assessment the Court will look at the proceedings as a whole, having regard to the rights of the defence but also to the interests of the public and the victim(s) that crime is properly prosecuted (see *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 175, ECHR 2010) and, where necessary, to the rights of witnesses (see, amongst many authorities, *Doorson v. the Netherlands*, 26 March 1996, § 70, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II). It is also notable in this context that the admissibility of evidence is a matter for regulation by

national law and the national courts and that the Court's only concern is to examine whether the proceedings have been conducted fairly (see *Gäfgen*, cited above, § 162, and the references therein).

37. The Grand Chamber has recently clarified the principles to be applied when a witness does not attend a public trial (see *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, §§ 119-147, 15 December 2011). These principles may be summarised as follows:

(i) the Court should first examine the preliminary question of whether there was a good reason for admitting the evidence of an absent witness, keeping in mind that witnesses should as a general rule give evidence during the trial and that all reasonable efforts should be made to secure their attendance;

(ii) typical reasons for non-attendance are, like in the case of *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, the death of the witness or the fear of retaliation. There are, however, other legitimate reasons why a witness may not attend trial;

(iii) when a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings, allowing the admission of a witness statement in lieu of live evidence at trial must be a measure of last resort;

(iv) the admission as evidence of statements of absent witnesses results in a potential disadvantage for the defendant, who, in principle, in a criminal trial should have an effective opportunity to challenge the evidence against him. In particular, he should be able to test the truthfulness and reliability of the evidence given by the witnesses, by having them orally examined in his presence, either at the time the witness was making the statement or at some later stage of the proceedings;

(v) according to the "sole or decisive rule", if the conviction of a defendant is solely or mainly based on evidence provided by witnesses whom the accused is unable to question at any stage of the proceedings, his defence rights are unduly restricted;

(vi) in this context, the word "decisive" should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence: the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive;

(vii) however, as Article 6 § 3 of the Convention should be interpreted in the context of an overall examination of the fairness of the proceedings, the sole or decisive rule should not be applied in an inflexible manner;

(viii) in particular, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a

conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance to the case.

(b) Application of these principles to the present case

(i) Whether there was a good reason for admitting the evidence of J.G.

38. In the present case, the decision to admit J.G.'s pre-trial statement as evidence was based on section 340(1)(i) of the CP Act, a provision according to which "the records of the testimonies of witnesses ... may be read out ... if [the] appearance [of the witness at trial] would involve great difficulty" (see paragraph 22 above). According to the domestic courts, the great difficulty in question concerned the fact that J.G. had been sentenced to sixteen years' imprisonment and was serving his sentence in London, and it could not be expected that the British authorities would bring him before the Slovenian courts in order to testify (see paragraph 15 above).

39. The Court accepts that the practical difficulties connected to the transfer of the witness from the United Kingdom to Slovenia were legitimate reasons justifying his non-attendance at the trial. In this connection, it notes that the transfer of a convicted prisoner from one State to another entails a complex procedure requiring a number of security measures, notably when the two countries concerned are at significant distance. States cannot be considered obliged to run such a procedure in all the cases. This is especially true where, as in the present case, there is a possibility to hear the witness at stake in the country where he is held in custody. Therefore, the Court considers that there was sufficient justification for admitting J.G.'s statement.

(ii) Whether the testimony of J.G. was decisive for the applicant's conviction and whether the domestic system provided the applicant with adequate procedural safeguards

40. The Court notes that the domestic courts relied on J.G.'s testimony, which they considered fully credible (see paragraphs 15 and 19 above). The first-instance court followed the description of the relevant events given by J.G. on 18 January 2000, which in its opinion was coherent (see paragraph 16 above).

41. However, the Slovenian judges found several pieces of evidence corroborating J.G.'s account, notably the records of the Hotel Medno, the train tickets found on J.G. on the date of his arrest and the telephone records of his Slovenian SIM card, as well as the judgment of the Freiburg Regional Court and J.G.'s statements obtained in the proceedings before the British courts (see paragraphs 10, 11, 16 and 19 above). These elements confirmed J.G.'s whereabouts and the contacts he had had with persons residing in Slovenia. Moreover, other oral evidence produced before the first-instance court (see paragraph 10 (i) and (iii) above) proved that the applicant and D.M., one of the persons implicated in the drug-trafficking, knew each other and, as pointed out by the Government (see paragraph 30 above), 54.3 kilograms of heroin were found and chemically examined.

42. Under these circumstances, the Court is of the opinion that J.G.'s testimony was not the sole or decisive evidence against the applicant, but rather one of the elements which, examined in their individual probative value as well as in relation to the other available pieces of parallel evidence, led the Slovenian courts to convict the applicant for drug-trafficking (see, *mutatis mutandis*, *Sofri and Others v. Italy* (dec.), no. 37235/97, ECHR 2003-VIII, and *Carta v. Italy*, no. 4548/02, § 52, 20 April 2006).

43. As the corroborative evidence pointed out in paragraph 41 above was particularly strong, the evidence of the absent witness cannot be treated as decisive. It follows that, differently from the case of *Tahery*, cited above, the applicant's defence rights were not, as such, unduly restricted by the absence of J.G. at trial.

44. Moreover, it is to be noted that in the present case the witness whose statement had been admitted in lieu of live evidence at trial was examined at a prior stage of the proceedings by the investigating judge, notably during a meeting held in London on 18 January 2000. The public prosecutor and a representative of the applicant's co-accused were also present (see paragraph 8 above). The applicant's representative was invited to this questioning session (see paragraph 7 above), but decided not to attend (see paragraph 19 above), thus missing an opportunity to test the truthfulness and reliability of J.G.'s testimony.

45. It is true that J.G. had made his attendance to the meeting conditional upon the fact that he would not be compelled to answer questions put by the defence and that M.K.'s representative, who was present at the questioning, could not directly cross-examine him (see paragraphs 8, 15 and 19 above). The Court notes, however, that J.G. could have refused to answer questions by the defence even if he had been examined at trial.

46. Moreover, as pointed out by the domestic courts, the defendants' representatives could have tried to put questions to J.G. through the investigating judge (see paragraphs 15 and 19 above). Should he refuse to answer, it was open to the applicant to use this fact before the Slovenian courts to undermine J.G.'s credibility. It is also worth noting that the

defence had a fair opportunity to comment on the evidence which was produced and to argue that little weight should be given to a statement made by a witness who had not been present at trial and failed to do so.

(iii) *Conclusion*

47. Against this background, and viewing the fairness of the proceedings as a whole, the Court considers that J.G.'s statement was not the sole or decisive evidence against the applicant and that the defence had at its disposal some procedural safeguards capable of counterbalancing, at least in part, the absence of this witness at trial. It follows that the admission in evidence of J.G.'s statements did not result in a breach of Article 6 § 1 read in conjunction with Article 6 § 3 (d) of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION BY REASON OF THE REJECTION OF THE APPLICANT'S REQUEST TO CALL WITNESSES ON HIS BEHALF

48. The applicant further complained that his request to call his mother and brother, as well as the lawyer of his co-accused, as witnesses at the hearing was rejected.

49. The Court reiterates that, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them, as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce (see, among other authorities, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 6 December 1988, § 68, Series A no. 146). More specifically, Article 6 § 3 (d) leaves it to them, again as a general rule, to assess whether it is appropriate to call witnesses, in the autonomous sense given to that word in the Convention system (see *Asch v. Austria*, 26 April 1991, § 25, Series A no. 203). It is accordingly not sufficient for a defendant to complain that he has not been allowed to question certain witnesses: he must, in addition, support his request by explaining why it is important for the witnesses concerned to be heard and their evidence must be necessary for the establishment of the truth (see *Perna v. Italy* [GC], no. 48898/99, § 29, 6 May 2003).

50. Article 6 § 3 (d) "does not require the attendance and examination of every witness on the accused's behalf: its essential aim, as is indicated by the words 'under the same conditions', is a full 'equality of arms' in the matter" (see, among other authorities, *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, § 91, Series A no. 22, and *Bricmont v. Belgium*, 7 July 1989, § 89, Series A no. 158). The principle of equality of arms implies that the applicant must be "afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent" (see *Bulut v. Austria*, 22 February 1996, § 47, *Reports* 1996-II, and *Popov v. Russia*, no. 26853/04, § 177, 13 July 2006). In particular, where the applicant's conviction is based primarily on the assumption of his

being in a particular place at a particular time, the principle of equality of arms and, more generally, the right to a fair trial, implies that the applicant should be afforded a reasonable opportunity to challenge this assumption effectively (see *Popov*, cited above, § 183).

51. In the present case, the witnesses requested by the applicant (his close relatives and his co-defendant's lawyer) were proposed with the aim of having them testify as to his state of health and his medical appointments during the period in which he allegedly committed the offences. The first-instance court rejected this request, reasoning that these facts could have been verified on the basis of the applicant's medical records (see paragraph 13 above). Those records showed that the applicant had not attended any medical appointments on the dates on which the alleged acts were committed (see paragraph 14 above).

52. The Court agrees with the Slovenian tribunal on this point and considers that the decisions in which the national authorities refused the applicant's request are not open to criticism under Article 6, as he has not established that his request for evidence to be taken from his close relatives and from his co-defendant's lawyer would have brought new and relevant facts to light that would have been relevant for the determination of the charges against him (see, *mutatis mutandis*, *Priebke v. Italy* (dec.), no. 48799/99, 5 April 2001, and *Perna*, cited above, §§ 30-32). Nor was he put in a situation of disadvantage vis-à-vis the prosecution.

Under these circumstances, no appearance of a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention can be ascertained under this head.

53. It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

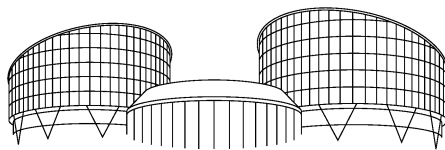
FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaint concerning the admittance and use against the applicant of the statement made by J.G. in London admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been no violation of Article 6 § 1 read in conjunction with Article 6 § 3 (d) of the Convention by reason of the admittance and use against the applicant of the statement made by J.G. in London.

Done in English, and notified in writing on 25 October 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek
Registrar

Dean Spielmann
President



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

THIRD SECTION

CASE OF CABRAL v. THE NETHERLANDS

(Application no. 37617/10)

JUDGMENT

STRASBOURG

28 August 2018

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Cabral v. the Netherlands,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of:

Helena Jäderblom, *President*,

Branko Lubarda,

Helen Keller,

Dmitry Dedov,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides,

Jolien Schukking, *judges*,

and Stephen Phillips, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 3 July 2018,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 37617/10) against the Kingdom of the Netherlands lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Netherlands national, Mr Euclides Cabral (“the applicant”), on 25 June 2010.

2. The applicant was represented by Mr S.R. Bordewijk, a lawyer practising in Schiedam. The Netherlands Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr R.A.A. Böcker, and their Deputy Agent, Ms K. Adhin, both of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that his criminal conviction was based solely or to a decisive extent on the statements of a witness whom he had not been able to examine.

4. On 28 June 2016 the complaint concerning the applicant’s conviction of the fourth of four charges was communicated to the Government and the remainder of the application was declared inadmissible.

THE FACTS**I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE**

5. The applicant was born in 1987 and lives in Rotterdam.

A. Factual background

6. The applicant was charged with having, with an accomplice called V., robbed three supermarkets and with having, with two accomplices, mugged someone in the street outside a discotheque.

7. V. made statements to the police admitting his own participation in the supermarket robberies and implicating the applicant in all four crimes.

B. Proceedings before the Regional Court

8. The applicant was tried before the Rotterdam Regional Court (*rechtbank*). V. was summoned as a witness by the defence.

9. Not being suspected of having taken part in the street mugging, V. could not refuse to give evidence about it; he made a statement to the effect that he had not personally witnessed the robbery but had heard from bystanders that it had been committed by a group that did not include the applicant.

10. V.'s statement disculpating the applicant was not believed by the public prosecutor (*officier van justitie*) and the court. V. was subsequently charged with perjury (*meineed*).

11. On 30 August 2006 the Regional Court gave judgment convicting the applicant of all four crimes. It sentenced him to four years' imprisonment and ordered the execution of a suspended two-week sentence of juvenile detention (*jeugddetentie*) imposed on a previous occasion when the applicant was still a minor.

C. Proceedings before the Court of Appeal

12. The applicant lodged an appeal (*hoger beroep*) with the Court of Appeal (*gerechtshof*) of The Hague.

13. V. was again summoned as a witness by the defence. As relevant to the case before the Court, he kept silence on all four charges, including the street mugging in relation to which he was by this time being prosecuted for perjury.

14. The Court of Appeal gave judgment on 4 March 2008 convicting the applicant of all four charges. It sentenced the applicant to six years' imprisonment and, as the Regional Court had done, ordered the execution of the two-week suspended sentence of juvenile detention.

15. The evidence on which the conviction of the fourth charge was based may be summarised as follows:

- (a) The supermarket manager's report to the police that his supermarket had been robbed;

- (b) A statement made to the police by a cashier who had been forced at gunpoint to open her cash register, from which one of the robbers had snatched money and other goods;
- (c) V.'s confession to the police, in which the applicant was named as co-perpetrator.

D. Proceedings before the Supreme Court

16. The applicant lodged an appeal on points of law (*cassatie*) with the Supreme Court (*Hoge Raad*). As relevant to the case before the Court, he complained under Article 6 § 3 (d) of the Convention of the use made by the Court of Appeal of V.'s statements to the police to ground his convictions even though V. had refused to answer the questions of the defence under cross-examination.

17. The Advocate General (*advocaat-generaal*) submitted an advisory opinion (*conclusie*) analysing the case-law of the Court, in particular the Chamber judgment *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, nos. 26766/05 and 22228/06, 20 January 2009, and expressing the view that V.'s evidence was "sole and decisive" in respect of the fourth charge but not in respect of the first three charges, for which sufficient other evidence was available.

18. On 5 January 2010 the Supreme Court gave judgment dismissing the applicant's appeal on points of law. Referring to its own case-law (its judgment of 6 June 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1633, Netherlands Law Reports (*Nederlandse Jurisprudentie*, "NJ") 2006, no. 332, its judgment in the *Vidgen* case; see *Vidgen v. the Netherlands*, no. 29353/06, § 23, 10 July 2012), it found that the applicant had had sufficient opportunity to cross-examine V. or have him cross-examined. The mere fact that V. had refused to give evidence under cross-examination did not mean that use in evidence of his statement to the police was excluded by Article 6 § 3 (d) of the Convention.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Code of Criminal Procedure

19. Articles of the Code of Criminal Procedure (*Wetboek van Strafvordering*) relevant to the case are the following:

Article 219

"A witness shall be excused the duty to answer a question put to him if in so doing he would expose himself or one of his relatives in the ascending or the descending line *ex transverso* [i.e. siblings, uncles, aunts, nieces and nephews, etc.], whether connected by blood or by marriage, in the second or third degree of kinship, or his

spouse or former spouse, or registered partner or former registered partner, to the risk of criminal prosecution.”

Article 339

“1. The following only shall be recognised as legal evidence:

- 1°. the court’s own observation;
- 2°. statements made by the defendant;
- 3°. statements made by witnesses;
- 4°. statements made by experts;
- 5°. written documents.

2. No proof is required of generally known facts or circumstances.”

B. Subsequent developments in domestic case-law

20. In its judgment of 29 January 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, the Supreme Court reversed its earlier case-law, holding that in view of the Court’s *Vidgen* judgment it could no longer be accepted that a defendant had had sufficient opportunity to cross-examine or have cross-examined a witness summoned at the request of the defence if that witness refused to give evidence under cross-examination.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (d) OF THE CONVENTION

21. The applicant complained that he had been convicted “solely or to a decisive extent” on the basis of statements made to the police by a witness who had been allowed to refuse to give evidence under cross-examination by the defence. He relied on Article 6 § 3 (d) of the Convention, which reads as follows:

“3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; ...”

22. The Government disputed this.

A. Admissibility

23. The Court notes that although in the original application the applicant complained in relation to all four charges brought against him (see paragraph 6 above), but that it is now only concerned with the complaint related to the proceedings concerning the fourth charge (see paragraph 4 above).

24. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Argument before the Court

25. The Government submitted in the first place that the witness V. had been summoned to the hearing, both at first instance and on appeal, at the request of the defence. The applicant's counsel had been permitted to examine him, but had made only minimal use of this opportunity: he had been content simply to accept V.'s refusal to answer instead of attempting to put more specific questions to him. The lack of any cross-examination was therefore due to the passivity of the applicant's counsel himself. In the alternative, the Government submitted that V. was not a compellable witness and the privilege against self-incrimination was good reason for not requiring him to give answers.

26. In the second place, the Government argued that the statement made by V. to the police had not constituted the "sole or decisive evidence" on which the conviction had been grounded. The applicant had, after all, been convicted of other, related facts, namely the three supermarket robberies; the resulting pattern of crime was adequate supporting evidence.

27. In the third place, the Government expressed the view that sufficient counterbalancing factors had been in place. Already the first-instance and appellate courts' decision to summon V. as a witness, so that the defence could call his credibility into question, constituted such a counterbalancing factor. Special consideration had been given precisely to the question of V.'s reliability as a witness, since V. stood charged with perjury (see paragraph 10 above); in the event, the Court of Appeal had come to the conclusion that V.'s statement to the police was fit to be believed.

28. The applicant stated that the defence had called V. as a witness precisely to cross-examine him and call the reliability of his evidence into question. V.'s privilege against self-incrimination had however had to be respected. It could not be said that the defence had remained passive.

29. V.'s statement to the police had been the sole and decisive evidence of the applicant's involvement. The remaining evidence had tended to show

that a street mugging had taken place but had not directly implicated the applicant. The pattern of crime emerging from the supermarket robberies had been suggested by the Government as supplementary evidence for the first time in the proceedings before the Court; it had not been evidence relied on by the Court of Appeal.

30. Calling V. as a witness was not in itself a sufficient counterbalancing measure given that V. had refused to give evidence. His appearance in court did not alter the fact that the defence had been denied the possibility either to secure a retraction of his statement incriminating the applicant or to put his credibility to the test.

2. *The Court's assessment*

31. As the guarantees of Article 6 § 3 (d) are specific aspects of the right to a fair trial set forth in the first paragraph of that Article (see, among many other authorities, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, § 118, ECHR 2011), the Court will follow its usual practice in cases of this nature and consider the present case under Article 6 §§ 1 and 3 (d) taken together.

32. The Court has stated the applicable principles as follows (see *Paić v. Croatia*, no. 47082/12, §§ 29-31, 29 March 2016, see also *Seton v. the United Kingdom* no. 55287/10, §§ 57-59, 31 March 2016; more recently, *Bátěk and Others v. the Czech Republic*, no. 54146/09, §§ 37-39, 12 January 2017):

“29. The principles to be applied in cases where a prosecution witness did not attend the trial and statements previously made by him or her were admitted as evidence have been summarised and refined in the Grand Chamber judgment of 15 December 2011 in *Al-Khawaja and Tahery* (*Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011). According to the principles developed in that judgment, it is necessary to examine in three steps the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention of proceedings in which statements made by a witness who was not present and questioned at the trial are used as evidence (*ibid.*, § 152). The Court must examine

(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statement as evidence (*ibid.*, §§ 119-125);

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (*ibid.*, §§ 119 and 126-147); and

(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps faced by the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair (*ibid.*, § 147).

30. Even where there were no good reasons for the non-attendance of a witness, the Court is still called upon to assess whether the witness statement was the sole or decisive evidence supporting the accused's conviction and whether there were sufficient counterbalancing factors to secure a fair and proper assessment of the

reliability of such evidence ([*Schatschaschwili v. Germany* [GC], no. 9154/10, §§ 113 and 116, ECHR 2015]).

31. As to the order of the three steps of the *Al-Khawaja* test, the Court has held that, given that all three steps of the test are interrelated and, taken together, serve to establish whether or not the criminal proceedings at issue have, as a whole, been fair, it may be appropriate, in a given case, to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness or unfairness of the proceedings (*ibid.*, § 118)."

33. The Court notes at the outset that V. was not an "absent" witness in the sense that he was not presented for cross-examination. Indeed, the defence was enabled to question him in open court, though to little effect. Rather, V. refused to give evidence, relying on his privilege against self-incrimination. In the circumstances of the present case, however, the Court will apply the principles set out above.

34. The starting point for the Court is the judgment of the Court of Appeal, which survived the appeal on points of law lodged by the applicant. The evidence on which the applicant was convicted included statements made by V. to the police (see paragraph 15 above). However, invoking his privilege against self-incrimination, V. refused to allow these statements to be tested or challenged by or on behalf of the applicant. The respondent Party cannot be criticised for allowing V. to make use of rights which, as a criminal suspect, he enjoyed under Article 6 of the Convention (see *Vidgen v. the Netherlands*, no. 29353/06, § 42, 10 July 2012).

35. The Court must next determine whether the statements made by V. constituted, for present purposes, the "sole and decisive" evidence on which the applicant's conviction was based.

36. Noting – as indeed the Advocate General did in his advisory opinion to the Supreme Court (see paragraph 17 above) – that the only evidence implicating the applicant in the robbery was the statement made by V. to the police in which he identified the applicant as co-perpetrator, all other evidence being capable merely of proving that the robbery had happened (see paragraph 15 above), the Court finds that it was.

37. Although, as the Government state, V. was summoned to the hearings of both the Regional Court and the Court of Appeal to allow the defence to cross-examine him, his persistence to remain silent made such questioning futile. In the absence of any other possibility to put the credibility of V.'s incriminating statement to the test, it must be found that the handicaps under which the defence laboured were not offset by effective counterbalancing procedural measures.

38. There has accordingly been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

39. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

40. Taking the view that one quarter of the prison sentence which he had to serve consequent on his conviction was attributable to the violation of the Convention here in issue and basing his calculations on domestic compensation rates for wrongful detention, the applicant claimed 27,520 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

41. The Government did not comment.

42. The Court has consistently held that where, as in the instant case, a person is convicted in domestic proceedings that have entailed breaches of the requirements of Article 6 of the Convention, the most appropriate form of redress would, in principle, be a retrial or the reopening of the case, at the request of the interested person (see, among other authorities, *Gençel v. Turkey*, no. 53431/99, § 27, 23 October 2003; *Sejdovic*, cited above, § 126; and *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, § 79, ECHR 2010). In this connection, it notes that Article 457 § 1 (b) of the Netherlands Code of Criminal Procedure provides for the possibility of revision (*herziening*) by the Supreme Court of a conviction where it has been determined in a ruling of the Court that there has been a violation of the Convention or one of its Protocols, as the case may be, in proceedings that have led to the conviction, or a conviction of the same crime, if revision is necessary with a view to reparation within the meaning of Article 41 of the Convention.

43. The Court furthermore notes that it has previously concluded that a finding of a violation of Article 6 of the Convention constitutes sufficient just satisfaction for the purposes of Article 41 of the Convention when such procedural arrangements were in place under the domestic law (see, among recent authorities, *Hokkeling v. the Netherlands*, no. 30749/12, §§ 67-68, 14 February 2017; *Zadumov v. Russia*, no. 2257/12, §§ 80-81, 12 December 2017). It reiterates that the payment of monetary awards under Article 41 is designed to make reparation only for such consequences of a violation that cannot be remedied otherwise (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 250, ECHR 2000-VIII). The Court concludes that reopening of the proceedings is the most appropriate form of redress for the established violation of the applicant's rights, should he request it, given that it is capable of providing *restitutio in integrum* as

required under Article 41 of the Convention. Therefore, the finding of a violation constitutes sufficient just satisfaction in the present case.

B. Costs and expenses

44. The applicant also claimed EUR 94 for the costs and expenses incurred before the Court. Although legal aid had been granted by the domestic authorities, this amount was left for him to pay as his own contribution to the cost of legal assistance.

45. The Government did not comment.

46. The Court awards the applicant the sum claimed. It notes, however, that the documents submitted give no indication that any tax is chargeable to the applicant on that amount, or for that matter included in it, and accordingly will not make any award in that respect.

C. Default interest

47. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Declares* the application admissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention;
3. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 94 (ninety-four euros) in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Holds* that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant;

5. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 28 August 2018, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stephen Phillips
Registrar

Helena Jäderblom
President