



UiT Norges arktiske universitet

Det Juridiske Fakultet

Læren om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffesaker

Iver Jullumstrø

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 høsten 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet og bakgrunn	1
1.3	Begrepsavklaringer	3
1.4	Metode	4
1.4.1	Rettskildebildet.....	4
1.4.2	Forholdet til sivilprosessen.....	6
1.4.3	Forholdet til EMK	6
1.5	Avgrensning.....	7
1.6	Fremstillingen videre	7
2	Bevis.....	9
2.1	Kort om bevis	9
2.2	Den norske hovedregelen om fri bevisførsel.....	9
2.3	Prinsippet om fri bevisvurdering	12
2.4	Kort om etterforskning og beviserverv.....	13
2.4.1	Generelt om iverksetting av etterforskning	13
2.4.2	Objektivitetsplikten og sannhetsmålsettingen.....	16
3	EMK sin tilnærming til ulovlig ervervede bevis	19
3.1	EMK sin innvirkning på norsk straffeprosess	19
3.2	Hvordan behandler EMK ulovlig ervervede bevis	21
3.2.1	«Fair hearing»-vurdering etter EMK artikkel 6 nr. 1	23
3.2.2	Særlig om etterfølgende bevis i EMK-retten	25
3.2.3	Oppsummering	28
4	Den ulovfestede bevisavskjæringslæren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis	29
4.1	Historikk	29
4.2	Hensyn som kan begrunne bevisforbud.....	31

4.2.1	Upålitelig bevis	31
4.2.2	Disiplinærhensyn.....	35
4.2.3	Lovformelighetsidealet.....	36
4.2.4	Sammenfatning.....	38
4.3	Oversikt over den norske avskjæringsregelen	38
4.3.1	Beviset må være ulovlig eller utilbørlig ervervet.....	38
4.3.2	Den bredere avskjæringsvurderingen.....	38
5	Interesseavveiningen	40
5.1	Grovheten av krenkelsen	40
5.2	Hadde den som satt med beviset en plikt til å utlevere det.....	41
5.3	Vil føring av beviset være en gjentakelse eller fortsettelse av rettskrenkelsen	43
5.4	Sakens viktighet.....	46
5.5	Bevisets viktighet for å oppklare saken	48
5.6	Er beviset i tiltaltes favør eller disfavør.....	49
5.7	Andre momenter som er relevante i interesseavveiningen	50
6	Særlig om etterfølgende bevis i norsk rett	51
7	Er dagens regel velfungerende?	53
	Kildeliste	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffesaker.

Avhandlingens hovedproblemstilling er å klarlegge for læren om bevisavskjæring av ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis og analysere om regelen er tilfredsstillende, eller om det er behov for en utvikling av regelsettet.

1.2 Aktualitet og bakgrunn

Det er grunnleggende i en rettsstat at påtalemyndigheten har et vidt handlerom for å avdekke lovbrudd og samle bevis mot dem som begår kriminelle handlinger. Et bevis er den informasjon partene bruker i en rettssak for å overbevise en dommer om forhold som er relevante for saken. Dersom det foreligger en anmeldelse eller «rimelig grunn til å undersøke» kan påtalemyndigheten gjennomføre en etterforskning, jf. straffeprosessloven¹ § 224 første ledd. «Rimelig grunn»-vurderingen er en skjønnsmessig vurdering hvor påtalemyndigheten må se til bl.a. sannsynlighet, forholdsmessighet og saklighet². Vurderingen vil utdypes for i avhandlingens pkt. 2.

Formålet med etterforskningen er å samle nødvendige opplysninger for en eventuell tiltale eller rettssak, jf. strpl. § 226 første ledd. Innhenting av informasjon kan gjennomføres ved bruk av metoder som ikke utgjør et inngrep overfor den det etterforskes mot, som f.eks. spaning eller utspørring av vitner. Det hender imidlertid at politiet tar i bruk inngripende metoder, som f.eks. kroppslig ransaking, pågripelse eller beslag³.

Etter Grunnloven⁴ § 113 kreves det at inngrep som myndighetene foretar overfor den enkelte borger, må ha grunnlag i lov. Det følger av forvaltningsloven⁵ § 2 første ledd bokstav a og b at avgjørelser som treffes under utøving av offentlig myndighet som er bestemmende for

¹ Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.)

² RA nr. 3/1999

³ NOU 2004:6 side 43

⁴ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (grl.)

⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingssmåten i forvaltningssaker (fvl.)

rettigheter eller plikter til private personer er å anse som vedtak eller enkeltvedtak. Et vedtak – f.eks vedtak om ransaking - som begrenser eller krenker noens rettigheter er å regne som et inngrep. Grl. § 113 gir uttrykk for at det gjelder et legalitetsprinsipp som setter grenser for når myndighetene kan gripe inn i den enkelte borgerens rettssfære⁶. Det kreves altså særskilt hjemmel i lov for at myndighetene skal kunne gripe inn i en borgers rettigheter.

Norge er i tillegg underlagt Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK), jf. Grl. § 92 og menneskerettsloven⁷ §§ 2 og 3. EMK artikkel 6 oppstiller et overordnet krav til at en rettergang skal være rettferdig. Bestemmelsen er ment å gi borgerne et vern mot vilkårlig og urettferdig straffeforfølgelse, og er dermed sentral for å gi enkeltpersoner trygghet til deres nasjonale rettsorden.

Det hender likevel at påtalemyndigheten gjør feil og innhenter bevis ved bruk av inngripende metoder uten at de har et tilstrekkelig grunnlag i en lovhjemmel. Et typetilfelle er at det benyttes et tvangsmiddel, som ransaking, men hvor det ikke foreligger tilstrekkelig mistanke for å gjennomføre ransakelsen. Som følge vil det kunne oppstå situasjoner hvor politiet sitter med et fellende bevis som er anskaffet ulovlig. Hva skal i så fall bli konsekvensen?

Det eksisterer ikke noen lovhjemmel i straffeprosessloven som tar stilling til problemet. I stedet har spørsmålet blitt forsøkt besvart av Høyesterett og juridiske teoretikere. I nyere tid har imidlertid representanter på Stortinget⁸ og rettsvitenskapelige forskere⁹ gitt uttrykk for at det eksisterer et behov for en lovfesting og justering av dagens praksis¹⁰. Synspunktet er begrunnet med at læren om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis har fått en viss avklaring gjennom rettspraksis. I tillegg er det argumentert for at en justering av dagens

⁶ Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 8 nr. 2 gir uttrykk for et tilsvarende legalitetsprinsipp.

⁷ Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.)

⁸ NOU 2016:24 pkt. 13.3.4.4

⁹ Eks. Kolsrud, Kjetil, «Professor: Innfør bevisavskjæring i mindre straffesaker», Rett24, 18. mars 2022, <https://rett24.no/articles/professor-innfor-bevisavskjaering-i-mindre-straffesaker> og Merete Smith, «I møte med ulovlig innhentet bevis bør domstolen heve blikket, og se strengt på politiet.», Advokatforeningen 31. mars. 2022, <https://www.advokatforeningen.no/aktuelt/blogg/i-mote-med-ulovlig-innhentet-bevis-bor-domstolen-heve-blikket-og-se-strengt-pa-politiet/>.

¹⁰ NOU 2016:24 side 272

regler vil bidra til å forebygge ulovligheter under etterforskningen og bedre tillitsforholdet mellom stat og borger.

1.3 Begrepsavklaringer

Et sentralt begrep for avhandlingen er «bevisforbud». Et bevisforbud i straffesaker refererer til en rettsnorm som begrenser eller forbyr bruken av visse typer bevis i rettsaker. Torgersen forstår bevisforbud «[...] som et forbud mot at et bevis inngår som informasjonsgrunnlag i den bevisvurderingen som etablerer det faktiske grunnlaget for en domstols avgjørelse [...]»¹¹. I det følgende vil bevisavskjæring brukes synonymt med bevisforbud.

Avhandlingen omhandler bevis som er innhentet på ulovlig eller «utilbørlig» måte og hva som skal til før et bevis anses å være ulovlig eller «utilbørlig». Begrepet «utilbørlig» brukes på ulike rettsområder, og begrepets betydning kan variere. Når det gjelder bevisavskjæring er det noe uklart hva som ligger i at et beviservert er «utilbørlig»¹². Ordlyden tilsier at et «utilbørlig» beviservert kan være beviser som er framskaffet gjennom illojale eller umoralske metoder, men hvor det ikke har blitt brutt noen lovregel. Eksempler på dette kan være når politiet etablerer fordekt kontakt med en mistenkt. Fordekt kontakt er når politiet opptrer som fiktive personer og forsøker å innhente informasjon gjennom å *infiltrere* et kriminelt miljø, eller ved å *provosere* mistenkte til å begå straffbare handlinger¹³. Bruken av slike metoder vil fremstå som klart illojale eller umoralske for den som blir rammet, men så fremt politiet overholder enkelte skranker, er infiltrasjon og provokasjon legitime etterforskningsmetoder¹⁴. Rettspraksis og forarbeidsuttalelser tyder imidlertid på at utilbørlig-termen ikke er ment å omhandle denne typen politivirksomhet¹⁵. Det uttales eksempelvis i forarbeidet til dagens

¹¹ Torgersen (2008) side 4

¹² Eksempelvis blir «utilbørlig» og ulovlig brukt om hverandre i kjennelsen Rt. 2007 s. 920 (avsn. 50 og 52). I Rt. 2002 s. 1500 ble «utilbørlig» brukt for å beskrive et bevis ervervet i strid med formell lov.

¹³ Det er verdt å merke seg at det eksisterer et krav til at politiets opptreden ikke kan være årsaken til at en person begår et lovbrudd, jf. HR-2020-2137-A. Politiet kan imidlertid friste personen til å begå en straffbar handling eller fortsette en straffbar virksomhet, jf. Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227-1228)

¹⁴ Fordekt kontakt benyttes i kraft av påtalemyndighetens handlefrihet i strpl. §§ 224-226. Se også Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) side 140-141

¹⁵ F.eks. Rt. 2002 s. 1500 hvor ulovlig brukes synonymt med «utilbørlig».

tvistelov at «utilbørlig»-termen er ment å omhandle «bevis som er ervervet på en *ulovlig* måte¹⁶.

I Rt. 1991 s. 616 (på s. 623), i en sak om skjulte video-opptak, uttaler Høyesterett at «Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel.» Dette må forstås som at Høyesterett etter hensynsbetraktninger la til grunn at det forelå brudd på en rettslig ervervsnorm på ulovfestet grunnlag. Altså at ervervet i seg selv ikke stred med formell lov, men at fremgangsmåten som hadde blitt brukt var så uforenlig med personvern hensyn at det likevel måtte anses som ulovlig og at video-opptaket følgelig var gjenstand for bevisavskjæring.

Ved lovfesting av avskjæringsregelen i tvisteloven¹⁷ § 22-7 ble uttrykket «utilbørlig» foretrukket i stedet for «ulovlig». Tvistemålsutvalget ønsket å kodifisere gjeldende rett hvor avskjæring også var aktuelt der «føring av beviset vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn.»¹⁸. Utvalget begrunnet dette med å vise til den ovennevnte dommen og annen rettspraksis som fulgte det samme synspunktet¹⁹. Dette taler for at lovbestemmelsen bruker «utilbørlig» for å understreke at det ikke bare er beviserverv som strider mot positive lovbestemmelser som kan avskjæres, men også andre erverv som ikke strider mot formell lov, men som er rettsstridige på et ulovfestet grunnlag. Ettersom det vil være naturlig å kalle også slike erverv for ulovlige eller rettsstridige, kommer avhandlingen til å unngå å bruke termen «utilbørlig» for å unngå eventuelle misforståelser.

1.4 Metode

1.4.1 Rettskildebildet

Reglene for bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffesaker er ulovfestet i norsk rett. Reglene er dannet over tid gjennom rettspraksis fra Høyesterett²⁰ og

¹⁶ Ot.prp. Nr. 51 (2004-2005) side 459

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

¹⁸ NOU 2001:32 B Rett på sak s. 961

¹⁹ Se Rt. 1997 s. 795

²⁰ Se bl.a. Rt. 1979 s. 1021, Rt. 1991 s. 616 og HR-2021-996-A

juridisk teori²¹. Avhandlingen vil som følge av dette ta utgangspunkt i teorien og dommer avsagt av Høyesterett. Det er i norsk rett lagt til grunn at bevisavskjæring vurderes på samme måte i straffesaker som i sivile saker, selv om avveiningene og resultatet kan bli forskjellig²². Avhandlingen vil derfor ta i bruk rettspraksis fra både straffe- og sivilprosessen.

Selv om det ikke er utpenslet noen lovregel for bevisavskjæring av ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis i straffeprosessen, har problemstillingen blitt drøftet i forarbeidene til straffeprosessloven²³. I forarbeidene kom lovkomiteen til at løsningen burde overlates til teori og praksis som tidligere²⁴, noe departementet sluttet seg til²⁵. Forarbeidene bidrar ikke til noen avklaring av reglene. Komiteen delegerer i stedet rettsutviklingen til domstolen og teoretikerne. Avhandlingen søker av den grunn å anvende uttalelsene fra forarbeidene til å underbygge betydningen av rettsutviklingen som har funnet sted i teorien og rettspraksis.

Videre vil forarbeidene til ny straffeprosesslov, NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov*, være en relevant kilde ettersom lovfesting av bevisavskjæring her ble drøftet mer omfattende enn i forarbeidene til dagens straffeprosesslov. NOU 2016:24 er imidlertid et lovforslag om kodifisering av gjeldende rett som ikke har blitt vedtatt. Som følge kan man ikke tillegge uttalelsene rettskildevekt som et forarbeid. Skoghøy uttaler at «Hvilken vekt fremsatte forslag til lovendringer skal ha, avhenger av hvorvidt forslaget tar sikte på å kodifisere eller endre tidligere gjeldende rett. Forslag om kodifisering av gjeldende rett må komme i samme stilling som uttalelser om hva som er gjeldende rett.»²⁶. Slike uttalelser om hva som er gjeldende rett kan ikke tillegges større vekt enn en teoriuttalelse²⁷. Forarbeidet til ny straffeprosesslov vil dermed ha rettskildevekt som juridisk teori. Sett i sammenheng med at teoretikerne og domstolene ble gitt et mandat til å føre rettsutviklingen for bevisavskjæringsspørsmålet i

²¹ Se bl.a. Andenæs, *bevisumiddelbarhetsprinsippet i straffeprosessen* og Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*.

²² Se bl.a. HR-2021-966-A avsnitt 18, Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 og Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 42.

²³ NUT 1969:3 side 197 og Ot.prp.nr.35 (1978-1979) side 139

²⁴ NUT 1969:3 side 197.

²⁵ Ot.prp.nr.35 (1978-1979) side 139.

²⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) side 82

²⁷ Skoghøy (2018) side 81-82

forarbeidet til dagens lov²⁸, vil uttalelsene i NOU 2016:24 likevel være en relevant kilde for å belyse gjeldende rett og det voksende ønsket om lovfesting.

Grunnlovens kapittel E regulerer menneskerettighetene og fastsetter de viktigste rettighetene borgerne har. Grunnloven er en sentral rettskilde i straffeprosessen ettersom den setter skranker for hva som lovlig kan gjøres i en etterforskning, og hvilke rettigheter en tiltalt har i rettsforhandlingen. Eksempler på sentrale rettigheter er retten til en rettferdig rettergang, jf. Grl. § 95, retten til respekt for sitt privatliv, jf. Grl. § 102 og legalitetsprinsippet i Grl. § 113. Rettighetene er også nedfelt i EMKs tilsvarende artikler 6, 8 nr. 1 og 8 nr. 2. Som følge kan ikke myndighetene gripe inn i borgernes rettsfærer for å innhente bevis uten en tilstrekkelig hjemmel. Dersom et illegitimt inngrep likevel tar sted vil det foreligge en krenkelse av en eller flere menneskerettigheter, og den norske stat vil risikere å bli domfelt av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. Konsekvensen blir at den som er utsatt for et brudd av deres menneskerettigheter vil ha krav på en oppreisning av den norske stat, jf. EMK artikkel 13.

1.4.2 Forholdet til sivilprosessen

Ettersom bevisavskjæring vurderes likt i straffesaker og sivile saker, har det blitt vanlig at Høyesterett viser til avskjæringsregelen i tvisteloven (tvL.) § 22-7 også i straffesaker²⁹. Følgelig vil rettspraksis og forarbeidsuttalelser knyttet til bestemmelsen kunne være av relevans for å belyse hva som er gjeldende rett for bevisavskjæring i straffesaker.

1.4.3 Forholdet til EMK

Norge har forpliktet seg til en rekke internasjonale konvensjoner. Av disse traktatene, er det Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som spiller størst rolle i straffeprosessen. EMK er inkorporert i norsk rett med forrang gjennom straffeprosessloven (strpl.) § 4 første ledd og mrl. §§ 2 og 3. I forarbeidene til Grunnlovsrevisjonen i 2014 er det uttalt at menneskerettighetene i kapittel E, og da særlig uttrykket «rettferdig rettergang», skal «tolkes i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området»³⁰. Også Høyesterett har lagt til grunn at de ulike bestemmelsene i kapittel E i Grunnloven skal tolkes med utgangspunkt i den tilsvarende bestemmelsen i EMK³¹. EMK er dermed

²⁸ NUT 1969:3 side 197.

²⁹ Se bl.a. HR-2021-966-A avsnitt 22, Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 29 og HR-2017-1894-U avsnitt 16

³⁰ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 122

³¹ HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81.

retningsgivende for hvordan menneskerettighetene i Grunnloven skal tolkes, og er sådan en sentral rettskilde i straffeprosessen. Som følge vil rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) være relevant når man skal belyse innholdet i menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Det er imidlertid EMD-praksis som forelå før Grunnlovsrevisjonen i 2014, som har størst rettskildevekt for hvordan man skal tolke menneskerettighetsbestemmelsene³². Årsaken er at lovgiver tok høyde for den praksis som allerede forelå, da revisjonen ble vedtatt. Det er Høyesterett sin oppgave å utvikle norsk rett. Dette gjelder også for utvikling av grunnlovsvernet³³. Nyere praksis fra EMD kan som følge ikke tildeles samme rettskildevekt i forhold til grunnlovsvernet som EMD-praksis som forelå før grunnlovsrevisjonen.

1.5 Avgrensning

Avhandlingen søker å belyse ulovfestet bevisavskjæring for bevis som er innhentet på ulovlig eller utilbørlig vis. Som følge avgrenses det mot andre bevisforbud i straffeprosessen, som bevisforbudet mot taushetsbelagt informasjon i strpl. § 119. Videre er temaet for avhandlingen bevisavskjæring i straffesaker. Avskjæringsspørsmålet behandles imidlertid likt i sivilrettslige og strafferettslige saker³⁴, og flere av Høyesteretts avgjørelser om ulovlig ervervede beviser er knyttet til sivile saker. Følgelig vil det brukes rettspraksis fra sivilprosessen der det er hensiktsmessig for å belyse avhandlingens problemstillinger. Det avgrenses imidlertid mot en nærmere utredelse av de forskjeller som oppstår i den sivilrettslige og den strafferettslige avskjæringsvurderingen. Avslutningsvis avgrenses det fra en nærmere behandling om lovfesting av dagens regler om ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis. Avhandlingen søker å analysere gjeldende rett med formål å finne ut om det trengs en justering av den nåværende regelen. Som følge vil spørsmålet om lovfesting av gjeldende rett være av mindre interesse for å besvare avhandlingens hovedproblemstilling.

1.6 Fremstillingen videre

I avhandlingens kapittel 2 vil jeg først utrede for bevis og hvordan de behandles i norsk rett. Herunder vil jeg også gjøre en kort behandling av hvordan en etterforskning iverksettes og hvilke formål den må ivareta. Videre vil avhandlingens kapittel 3 ta for seg hvordan

³² Ørnulf Øyen, *Straffeprosess* (2022) side 49

³³ Rt. 2015 s. 93 (avsn. 57)

³⁴ Pkt. 1.4.1

spørsmålet om ulovlige ervervede bevis behandles etter EMK, hvor formålet er å undersøke om den norske praksisen er i tråd med internasjonale forpliktelser. I kapittel 4 vil jeg vise historien bak den norske avskjæringsregelen for ulovlig ervervede bevis, hvilke hensyn som kan begrunne regelen og de generelle trekkene ved avskjæringsvurderingen. I avhandlingens kapittel 5 vil jeg utrede for den bredere interesseavveiningen som foretas når det vurderes om et bevisforbud skal oppstilles. Kapittel 6 tar for seg hvordan etterfølgende bevis behandles i avskjæringsvurderingen. Avslutningsvis vil jeg komme med mine egne bemerkninger i avhandlingens kapittel 7, hvor jeg vil komme med rettspolitiske drøftelser angående hvorvidt dagens regler er velfungerende.

2 Bevis

2.1 Kort om bevis

Bevis er den informasjonen som partene i en rettsak bruker for å overbevise domstolen om de faktiske omstendighetene som antas å ha funnet sted i saken³⁵. Bevis er helt sentrale i enhver rettsak ettersom bevisene er ment å sannsynliggjøre hvorvidt det foreligger faktiske omstendigheter som er rettslig relevante for en rettsregel som skal anvendes. Termen «bevis» deles ofte i to³⁶. I sin snevreste form vil «bevis» kun være den informasjon som direkte belyser bevistemaet i saken³⁷. Bevistemaet er kort fortalt det som skal bevises i saken. Eksempelvis dersom det har skjedd et innbrudd, vil bevistemaet være om den siktede har begått innbruddet eller ikke. Informasjon som indirekte belyser bevistemaet, vil være indisier. Som eksempel vil en tilståelse fra siktede være et direkte bevis, mens besittelse av en stjålet gjenstand som man ikke kan redegjøre for hvordan man har kommet i besittelse av er et indisium. Til slutt har man hjelpefakta, som er informasjon som skal hjelpe å kaste lys over påliteligheten til et bevis eller indisium³⁸. Hva som ligger i bevisets pålitelighet, er med hvilken sannsynlighetsgrad et bevis viser et påstått hendelsesforløp. I denne avhandlingen vil bevistermen brukes i vid forstand; hvor bevis i snever forstand, indisier og hjelpefakta omfattes.

2.2 Den norske hovedregelen om fri bevisførsel

I norsk rett gjelder det en klar hovedregel om fri bevisførsel. Fri bevisførsel innebærer at ethvert relevant bevis i saken, skal tillates ført for domstolen. Prinsippet er ikke lovfestet i straffeprosessloven³⁹, men det kommer frem av flere dommer at prinsippet utvilsomt gjelder på strafferettens område⁴⁰.

Høyesterett oppsummerte prinsippet slik i Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17:

³⁵ Øyen (2022) side 306

³⁶ Andenæs og Myhrer, *Norsk straffeprosess*, side 167.

³⁷ Øyen, (2022) side 307.

³⁸ Øyen, (2022) side 307

³⁹ Prinsippet er lovfestet i sivilprosessen i tvl. § 21-3 første ledd 1. pkt.

⁴⁰ Se f.eks. Rt. 1991 s. 616 (på s. 620) og Rt. 2003 s. 549 (avsn. 17)

«[...] utgangspunktet er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken. [...] 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.»

Prinsippet innebærer at partene i utgangspunktet kan føre ethvert bevis de mener er relevant for tvisten. Utgangspunktet om fri bevisførsel medfører også at retten ikke kan avskjære beviser uten at det foreligger et rettsgrunnlag for avskjæringen⁴¹.

Fri bevisførsel begrunnes med at det er partene som kjenner saken best, og dermed er best egnet til å vite hvilke beviser som er relevant i saken. Videre er det en målsetting at fri bevisførsel skal føre til at partene får tillit til domstolen og saksbehandlingen. Prinsippet bidrar til at partene får ivaretatt sine interesser og blir hørt, og inngir dermed tillit til saksbehandlingen⁴².

Prinsippet om fri bevisførsel har sine røtter fra sannhetsmålsettingen. Sannhetsmålsettingen er idealet om at saken skal være best mulig opplyst slik at man kan oppnå et materielt riktig resultat. Prinsippet er lovfestet i strpl. § 294 første punktum hvor det fremgår at domstolen plikter å sørge for at saken blir fullstendig opplyst. Dersom saken ikke er tilstrekkelig opplyst, kan domstolen beslutte at det må hentes inn nye bevis, jf. bestemmelsens 2. ledd. I HR-2019-1967-A (avsn. 23) uttaler Høyesterett at strpl. § 294 «er et utslag av den offentlige interesse i at straffedommer så vidt mulig blir riktige». Dette er naturlig ettersom straff er den strengeste formen for inngrep som kan bli gjort overfor befolkningen. Borgerne ønsker et rettssystem som er tillitsskapende og hvor deres interesser ivaretas, og ikke minst at det skal være umulig at man dømmes når man er uskyldig.

Det følger imidlertid av strpl. §292 første ledd at bevis «som mangler beviskraft eller gjelder forhold uten betydning for dommens innhold, *kan nektes ført*» [min kursivering]. Domstolen plikter ikke å avskjære slike bevis, jf. «kan», men slike bevis skal i utgangspunktet avskjæres⁴³. I forarbeidene uttales det at avskjæringsspørsmålet «må vurderes på bakgrunn av hensynet til en effektiv og rask behandling og hva som er hensiktsmessig i den konkrete

⁴¹ Øyen, (2022) side 343

⁴² Øyen, (2022) side 342

⁴³ Øyen, (2022) side 345.

saken»⁴⁴. Domstolene er altså gitt en relativt åpen skjønnsadgang for hvilke beviser som kan avskjæres fra saken. Eksempelvis vil domstolene kunne avskjære beviser som ikke er relevante for å belyse sakens bevistema⁴⁵. Også beviser som mangler beviskraft kan avskjæres, jf. Strpl. § 292 første ledd. I forarbeidene uttales det at beviset mangler beviskraft når det «verken kan styrke eller svekke holdbarheten av påstander om faktiske forhold» og at avskjæring er «aktuelt når beviset ikke gir grunnlag for slutninger av bevismessig interesse i den ene eller andre retning.»⁴⁶ Avslutningsvis kan unødvendig bevisføring avskjæres, jf. Strpl. § 292 annet ledd. Annet ledd er inntatt på bakgrunn av effektivitets- og ressurs hensyn. Nødvendighetsvurderingen går ut på at domstolen kan avskjære videre bevisføring fra partene, dersom domstolen allerede har sikret et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Et eksempel er at dersom man allerede har inntatt 4 vitner som forklarer den samme historien, vil det være unødvendig å få de resterende 10 vitnene til å forklare seg, forutsatt at de tidligere har forklart seg likt med de 4 øvrige vitnene.

I 2016 foreslo straffeprosessutvalget å endre lovbestemmelsen slik at den påla domstolene en plikt til å avskjære beviser som manglet relevans og beviskraft.⁴⁷ Lovbestemmelsen er ikke endret til en pliktbestemmelse, men dette gir uttrykk for at man i dag har et større ønske om å begrense «irrelevant og uforholdsmessig» bevisføring som ikke har betydning for utfallet av saken. Departementet begrunnet dette med at domstolen uansett plikter å sørge for at saken er fullstendig opplyst, og at en unødig mengde bevis eller beviser som ikke bidrar til å oppklare saken ikke vil stå i et rimelig forhold til hensynet til effektiv saksavvikling⁴⁸.

Videre eksisterer det en rekke bevisforbud i straffeprosessloven. Eksempler på slike bevisforbud er bl.a. den offentligrettslige taushetsplikten i strpl. § 118 første ledd, kallsmessig taushetsplikt knyttet til yrker som advokat og lege i strpl. § 119 første og annet ledd, eller strpl. § 117 første ledd sitt forbud om å ta imot forklaringer «om noe som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat». Forbudene viser at det kan oppstå

⁴⁴ Prop. 146 L (2020-2021) side 84

⁴⁵ Prop. 146 L (2020-2021) side 182. Høyesterett uttaler i Rt. 2013 side 817 (avsn. 9) og HR-2019-997-A (avsn. 56) at beviset må være «bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter».

⁴⁶ Prop. 146 L side 183.

⁴⁷ NOU 2016:24 pkt. 13.2.5.1

⁴⁸ Prop. 146 L (2020-2021) side 84

unntakssituasjoner hvor konkurrerende hensyn tilsier at hovedregelen om fri bevisførsel må fravikes.

Et bevis kan som nevnt også avskjæres på ulovfestet grunnlag dersom det er ulovlig ervervet. Høyesterett uttalte imidlertid i Rt. 2006 s. 582 (avsn. 22) at «Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av bevis ikke er til hinder for at beviset føres».

Utgangspunktet er overholdt i en rekke dommer i nyere tid⁴⁹. Dette utgangspunktet understreker hvor sterkt prinsippet om fri bevisføring står i norsk rett, og synliggjør hvor snever adgangen til å avskjære ulovlige ervervede bevis er.

2.3 Prinsippet om fri bevisvurdering

Det eksisterer i norsk straffeprosess et prinsipp om fri bevisvurdering. Prinsippet er ikke lovfestet⁵⁰, men anses likevel som et grunnleggende rettslig utgangspunkt⁵¹.

Høyesterett beskrev prinsippet om fri bevisvurdering i Rt. 1994 s. 610 (på s. 614) slik:

«Det er domstolen selv som skal bedømme verdien av de bevis som fremkommer i saken. De skal ikke siles på forhånd.»

Prinsippet innebærer at domstolen skal stå fritt til å vurdere hvordan bevisene som fremstilles skal vurderes. Retten er med andre ord ubundet av hvordan partene mener bevisene skal bedømmes. Prinsippet bygger på den oppfatning at sannheten fremmes i størst grad hvis bevisbedømmelsen er fri og ubundet av rettsregler⁵².

Rettens bevisvurdering er imidlertid ikke fullstendig uten bindinger ved vurderingen av en saks faktum⁵³. Bevisvurderingen må være betryggende. Andenæs og Myhrer uttaler at «Dommeren kan ikke nøye seg med en ureflektert intuisjon. Bevisstoffet må tankemessig bearbeides. De forelagte bevis må sammenholdes med alminnelige erfaringssetninger om

⁴⁹ Se f.eks. HR-2022-02420-A (20) og HR-2023-00096-U (18)

⁵⁰ Prinsippet om fri bevisvurdering var lovfestet i den gamle straffeprosessloven – Lov av 1. juli 1887 nr. 5 om rettergangsmaaden i straffesager – i § 349. I sivilprosessen er prinsippet lovfestet i tvisteloven § 21-2 (1).

⁵¹ Se bl.a. Rt. 1994 s. 610 (s. 614) og Rt. 2005 s. 1353 (avsn. 13).

⁵² NOU 2016:24 side 262.

⁵³ NOU 2016:24 side 262

deres verdi, og på dette grunnlag må dommeren ta standpunkt til om det foreligger en tilstrekkelig grad av sannsynlighet til at han kan bygge på den»⁵⁴. Erfaringssetninger er generelle påstander om korrelasjon mellom fenomener basert på dommernes egne erfaringer. Dette kan f.eks. være erfaringer man har fått gjennom dommeryrket eller annen yrkeserfaring, utdanning eller generell livserfaring⁵⁵.

Kravet til en betryggende bevisvurdering innebærer med andre ord at de bevismessige vurderingene og slutningene som retten foretar må være grundige og reflekterte, samt være i overenstemmelse med alminnelige erfaringssetninger.

Prinsippet om fri bevisførsel og prinsippet om fri bevisvurdering stammer begge to fra sannhetsmålsettingen, altså søken etter å avdekke sannheten. Prinsippene gir uttrykk for utgangspunktet i norsk rett hvor man ønsker å samle alle relevante fakta for en sak, og at disse fakta skal vurderes av en kompetent og ubundet domstol. Med denne fremgangsmåten kan man i teorien oppnå at sakene blir fullstendig opplyst og at de aller fleste saker får et materielt riktig resultat. De to prinsippene taler for at også ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis bør tillates ført, slik at man kan avdekke den fullstendige sannheten og komme til korrekt konklusjon. Sterke personvern- og rettssikkerhetshensyn kan imidlertid trumfe dette sannhetsidealet slik at det likevel oppstilles bevisforbud. Dette vil utredes for senere i avhandlingen.

2.4 Kort om etterforskning og beviserverv

2.4.1 Generelt om iverksetting av etterforskning

Straffeprosesslovens kapittel 18 regulerer etterforskningsfasen i straffesaker. Det foreligger ingen legaldefinisjon i straffeprosessloven for hvordan begrepet «etterforskning» skal forstås. Øyen uttaler at det likevel ikke er noen tvil om hva som er kjerneområdet for etterforskningsbegrepet⁵⁶.

Øyen definerer etterforskning slik:

⁵⁴ Andenæs og Myhrer, *Norsk straffeprosess* (2009) side 166

⁵⁵ Øyen (2022) side 431-432

⁵⁶ Øyen, (2022) side 151

«Det er påtalemyndighetens og politiets virksomhet når hovedformålet er å klarlegge om en forbrytelse er begått, omfanget og karakteren av en eventuell forbrytelse, og hvem som eventuelt er gjerningspersoner og medvirkere»⁵⁷.

Etterforskningsbegrepet må i straffeprosesslovens forstand dermed avgrenses fra den saksutredningen som andre offentlige organer eller privatpersoner gjør. Andre som har en interesse i utfallet av en straffesak, kan imidlertid likevel bistå påtalemyndigheten og politiet i etterforskningen. Et godt eksempel på dette finner vi i kjennelsen HR-2021-966-A – som gjaldt ulovfestet bevisavskjæring - hvor en privatperson hadde satt opp et mobilkamera i et garasjeanlegg for å finne ut av hvem som gjentatte ganger ripet opp bilen hennes. Personen hadde tidligere forsøkt å anmelde forholdet, men opplevde at saken ble henlagt på bevisets stilling. Som følge tok hun saken i egne hender og anskaffet et fellende videobevis av tiltalte, før hun anmeldte forholdet på nytt. Påtalemyndigheten tok i bruk videobeviset og den tiltalte ble domfelt. Dommen synliggjør at privatpersoner kan gjøre egne funn og bistå i etterforskningen av en straffesak.

Formålet med etterforskning fremgår av strpl. § 226 første ledd. Etter lovbestemmelsen skal etterforskningen søke å skaffe nødvendige opplysninger om bestemte rettslige temaer. De rettslige målsetningene en etterforskning skal ivareta er angitt i bestemmelsens bokstav a til f. Ut fra disse målsetningene, er det bokstav a, b og f som er straffeprosessuelt relevante.

Etter bokstav a skal etterforskningen skaffe de nødvendige opplysningene for «å avgjøre spørsmålet om tiltale». Det vil si at etterforskningen er nødt til å gi et betryggende grunnlag for å treffe en avgjørelse på påtalestadiet. Bokstav b og f fastsetter at etterforskningen også skal skaffe de nødvendige opplysningene for å tjene som forberedelse «for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og eventuelt spørsmålet om fastsettelse av reaksjon» og «behandling i konfliktrådet». Betydningen av bokstav b, er at etterforskningen skal gi et tilstrekkelig grunnlag for en eventuell irettføring av saken i en hovedforhandling eller en tilståelsessak. Betydningen i forhold til bokstav f, er at etterforskningen skal gi et tilstrekkelig grunnlag for en eventuell behandling i konfliktrådet.

Det følger av strpl. § 224 første ledd at etterforskning kan iverksettes «når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger

⁵⁷ Øyen, (2022) side 151

straffbart forhold som forfølges av det offentlige». En «anmeldelse» i strafferettslig forstand, er når noen formelt fremsetter en anmeldelse til politiet om en begått handling som de mener er straffbar. «andre omstendigheter» refererer typisk til når en politibetjent i tjeneste blir gjort oppmerksom på et straffbart forhold, f.eks. mens han utfører en promillekontroll.

Formuleringen «anmeldelse eller andre omstendigheter» setter ingen grense for hva slags opplysninger som kan danne grunnlag for å sette i gang en etterforskning.

Vilkåret «rimelig grunn» setter imidlertid en viss rettslig grense for hvorvidt etterforskning kan åpnes. Vurderingen om det foreligger «rimelig grunn» til å iverksette en etterforskning er skjønnsmessig⁵⁸. Riksadvokaten uttaler i rundskriv at i alle fall tre momenter bør inngå i «rimelig grunn»-vurderingen⁵⁹. Momentene er sannsynlighet, proporsjonalitet og saklighet. Sannsynlighetsvurderingen er en vurdering av hvor sannsynlig det er at det foreligger et straffbart forhold. Proporsjonalitetsvurderingen går ut på at det skal mindre til for å iverksette en etterforskning dersom det er mulighet for at et alvorlig lovbrudd er begått. Til slutt må etterforskningen alltid være saklig begrunnet. Det vil si at påtalemyndigheten aldri kan basere etterforskningen på utenforliggende hensyn som politisk motivasjon eller for å skade en persons rykte.

For at det skal foreligge «rimelig grunn» til å iverksette en etterforskning må det i utgangspunktet også være «rimelig grunn» for at handlingen etterforskningen gjelder vil oppfylle samtlige straffbarhetsvilkår⁶⁰, og at straffansvaret ikke er bortfalt⁶¹. De fire straffbarhetsvilkårene er for det første at handlingen må være i strid med en straffebestemmelse, jf. Grl. § 96 første ledd og straffeloven⁶² § 14. For det andre at det ikke foreligger en straffrihetsgrunn som nødrett, nødverge, lovlig selvtekt og samtykke, jf. strl. §§ 17, 18 og 19. For det tredje at den mistenkte har utvist subjektiv skyld, jf. strl. § 21, jf. §§ 22 og 23. Til slutt kreves det at den mistenkte hadde skyldene i gjerningsøyeblikket, jf. strl. § 20.

⁵⁸ RA-1999-33 pkt. III, nr. 3, se også pkt. 1.2 for utredning av skjønnsvurderingen.

⁵⁹ RA-1999-33 pkt. III, nr. 3

⁶⁰ Øyen (2022) side 154

⁶¹ NUT 1969:3 side 268

⁶² Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (strl.)

I de fleste tilfeller vil det være klart hvorvidt vilkåret er oppfylt eller ikke. Eksempelvis vil det nesten alltid være «rimelig grunn» til å etterforske når politiet mottar en anmeldelse. Det samme gjelder de tilfeller hvor et alvorlig lovbrudd er begått, men hvor forholdet ikke er anmeldt. Eksempelvis dersom politiet finner et lik.

På den annen side er det klart at det ikke foreligger «rimelig grunn» i tilfeller hvor anmeldelsen gjelder usaklige forhold ettersom det ikke vil foreligge noe «straffbart forhold som kan forfølges», jf. Strpl. § 224 første ledd. Det vil heller ikke være «rimelig grunn» til å igangsette en etterforskning dersom det er klart at det omhandler mindre lovbrudd hvor bevisadgangen er snever og det vil koste uforholdsmessig store ressurser å straffeforfølge. Den skjønnsmessige vurderingen vil som følge være mest relevant i tvilstilfellene.

Straffeprosessloven har enkelte unntak fra indikasjonskravet «rimelig grunn». Strpl. § 224 fjerde ledd åpner for at en etterforskning kan foretas ved brann og andre ulykker «selv om det ikke er grunn til mistanke om straffbart forhold.». Også strpl. § 228 annet ledd åpner for at det etterforskes uten at det foreligger «rimelig grunn». Etter bestemmelsens annet pkt. kan påtalemyndigheten beslutte at et lik skal obduseres når «dødsårsaken er uviss og særlige forhold krever slik undersøkelse.»

Det følger av strpl. § 225 første ledd første pkt. at etterforskning i utgangspunktet «beslutes, ledes og avsluttes av påtalemyndigheten». Det gjelder imidlertid enkelte unntak fra dette utgangspunktet. Etter første ledd tredje pkt. kan en politibetjent som ikke tilhører påtalemyndigheten, beslutte etterforskning og foreta skritt i etterforskningen så langt det følger av fullmakt. Videre gir strpl. § 225 første ledd fjerde pkt. en politibetjent, som ikke jobber i påtalemyndigheten, en viss hastekompetanse til å foreta etterforskningsskritt som «ikke uten skade kan utsettes». Til slutt presiserer strpl. § 225 annet ledd at riksadvokaten og vedkommende statsadvokat – som øverste organer i påtalemyndigheten - kan gi pålegg om å iverksette etterforskning, hvordan etterforskningen skal gjennomføres og om etterforskningen skal stanses, jf. Strpl. § 75.

2.4.2 Objektivitetsplikten og sannhetsmålsettingen.

Det følger av strpl. § 55 annet ledd at «påtalemyndighetens tjenestemenn skal opptre objektivt i *hele* sin virksomhet» [min kursivering]. Ettersom påtalemyndighetens objektivitetsplikt gjelder for «*hele* sin virksomhet», må etterforskningen av straffesaker som følge være objektiv. Objektivitetskravet på etterforskningsstadiet er videre presisert i strpl. § 226 tredje

ledd. En forskjell - fra plikten i strpl. § 55 annet ledd - er at strpl. § 226 tredje ledd ikke spesifiserer at det kun er påtalemyndigheten som må opptre objektivt. Det følger av forarbeidene at objektivitetsplikten gjelder for «alle som involveres i etterforskningen, herunder tjenestepersoner i politiet»⁶³.

Ettersom en politibetjent kan ta etterforskningsskritt gjennom fullmakt eller hastekompetanse, i tillegg til at riksadvokaten og statsadvokaten kan instruere etterforskning, er det nødvendig at ordlyden i strpl. § 226 tredje ledd omfatter alle som er involvert i etterforskningen. Dersom bestemmelsen kun påla påtalemyndigheten å etterforske objektivt, ville man risikert at etterforskning utført av andre ble basert på usaklige hensyn som individuell eller politisk forfølgelse. Risikoen for at etterforskning iverksettes på bakgrunn av usaklige hensyn kan imidlertid aldri elimineres helt, men bestemmelsen har som formål å hindre slik etterforskning.

Objektivitetsplikten må forstås som en kulminasjon av ulike målsettinger man ønsker å oppnå i en straffesak⁶⁴. Den første strafferettslige målsettingen, er ønsket om at ingen uskyldige skal dømmes eller unødige bli utsatt for mistanke⁶⁵, jf. Grl. § 96 annet ledd. Objektivitetsplikten innebærer at påtalemyndigheten ikke bare skal fremstille de beviser som taler for at en mistenkt er skyldig, men også de beviser som taler for hans uskyld, jf. Strpl. § 226 tredje ledd annet pkt. Følgelig søker plikten å fjerne muligheten for at påtalemyndigheten og politiet bevisst ignorerer beviser som taler for uskyld, og vil dermed minske risikoen for at uskyldige dømmes eller unødige utsettes for mistanke.

Videre må objektivitetsplikten ses i sammenheng av at mistenkte ikke får stilt egne midler til etterforskningen. Ved enhver strafferettslig etterforskning vil det være staten mot en eller flere privatpersoner. Som følge vil ubalansen i ressurser og metoder for å innhente bevis være enorm. Dersom myndighetene kun ønsket å etterforske for å domfelle mistenkte, er det vanskelig å forestille seg at mistenkte vil ha tilsvarende adgang til å bevise sin uskyld. Mistenkte vil som følge være avhengig av at påtalemyndigheten etterforsker objektivt slik at også hans interesser ivaretas. Dersom det ikke hadde vært en plikt til å etterforske objektivt,

⁶³ Prop. L 146 (2020-2021) side 172.

⁶⁴ Øyen (2022) side 157

⁶⁵ Øyen (2022) side 157 og Jo Hov, *Rettergang II*, (2010) side 1150

ville man neppe kunne gitt mistenkte en rettferdig rettergang i tråd med EMK artikkel 6. EMK og dens forhold til norsk rett vil bli utdypet i avhandlingens pkt. 3.

Hvis man leser strpl. § 226 første ledd ukritisk, kan det fremstå som at formålet med en etterforskning er å avdekke straffbare forhold og knytte et straffansvar til en bestemt person⁶⁶. En slik forståelse av en etterforsknings formål er ikke korrekt. Formålet med enhver etterforskning er å avdekke sannheten. Dette følger av objektivitetsplikten i strpl § 226 tredje ledd hvor det uttales at «etterforskningen [skal] søke å klarlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham» [min tekst]. Bestemmelsen er et uttrykk av sannhetsmålsettingen⁶⁷. Som følge må ethvert etterforskningskritt som tas, søke å i størst mulig grad innhente informasjon som gir en balansert opplysning av saken.

Det følger av Grl. § 96 annet ledd og EMK art. 6 nr. 2 at enhver person skal anses som uskyldig inntil det motsatte er bevist etter loven. Dette omtales som uskyldpresumsjonen og er en grunnleggende menneskerettighet som enhver mistenkt skal ha som gode. Uten sannhetsmålsettingen ville det ikke vært mulig å respektere uskyldpresumsjonen. Dersom påtalemyndigheten ikke hadde behøvd å innhente beviser som taler for mistenktes uskyld, ville etterforskningen risikert å ikke være objektiv. Som følge er det lett å se for seg situasjoner hvor en etterforskning vil forsøke å knytte et straffansvar til den mistenkte, noe som ikke harmonerer med uskyldpresumsjonen. I denne sammenheng er det enklere å se at det er nødvendig at den overordnede målsettingen for en etterforskning er å avdekke sannheten.

⁶⁶ Se særlig formuleringen i strpl. § 226 første ledd bokstav a og b.

⁶⁷ Behandlet i pkt. 2.2 på side 6-7

3 EMK sin tilnærming til ulovlig ervervede bevis

3.1 EMK sin innvirkning på norsk straffeprosess

EMK er inkorporert i norsk lovgivning, og er å regne som norsk rett⁶⁸. Konvensjonen oppstiller minstekravene til medlemsstatenes nasjonale menneskerettslovgivning. Etersom Norge har undertegnet traktaten og likestilt den med norsk formell lovgivning, er det den norske rettsstats ansvar å sørge for at den nasjonale lovgivningen harmonerer med EMK.

I Norge er menneskerettighetene gitt grunnlovsrang i Grunnloven kapittel E.

Menneskerettighetene sikrer mistenkte personer i straffesaker flere straffeprosessuelle rettigheter – f.eks. legalitetsprinsippet i Grl. § 96 som sier at ingen kan dømmes uten lovhjemmel eller straffes uten dom av en kompetent domstol. Et annet eksempel er retten til en rettferdig rettergang i Grl. § 95 første ledd annet pkt. som sier at alle skal få saken sin avgjort av en «uavhengig og upartisk domstol», og at rettergangen skal være «rettferdig og offentlig». Menneskerettighetene setter dermed noen overordnede rammer for hvordan en straffesak kan føres. Norske domstolars behandling av straffeprosessuelle spørsmål, må følgelig være i overenstemmelse med de grunnleggende reglene som EMK gir uttrykk for. På denne bakgrunn må det vurderes om den nasjonale lovgivningen om ulovlige ervervede bevis samsvarer med hvordan EMK-retten behandler den samme problemstillingen.

Rettergangsgarantiene i EMK håndheves og utvikles av EMD. EMD anvender en juridisk metode som skiller seg fra den norske metodelæren. Eksempelvis er EMDs metode i stor grad formålsoverorientert og svært dynamisk. EMD har selv uttalt at EMK må anses som et «living instrument» og dermed er nødt til å kontinuerlig tilpasse seg endringer i samfunnsforhold⁶⁹. EMK-retten er heller ikke basert i forarbeider slik som norsk rett. EMD viser i sine avgjørelser i stedet til EMKs Preamble, hvor formålene bak konvensjonen fremgår.

Konsekvensen av de ulike metodene er at man vil kunne komme til ulike svar på rettslige problemstillinger utfra hvilken metode man tar i bruk. Som følge har Høyesterett uttalt at domstolene skal:

⁶⁸ Som nevnt i pkt. 1.4.3

⁶⁹ Se f.eks. EMDs dom 25. april 1978, *Tyrer mot Storbritannia*, Serie A nr. 26.

«foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»⁷⁰

Høyesterett har gitt lignende uttalelser i tidligere plenumsdommer⁷¹. Høyesterett har dermed fastslått at EMK ikke skal tolkes på samme måte som den nasjonale lovgivningen, men med samme metode som EMD anvender. Utgangspunktet gjelder ikke uten unntak. I det ovennevnte sitatet uttaler Høyesterett at norske verdiprioriteringer og rettsoppfatninger vil være relevant for tolkningen i de situasjoner hvor EMK er uklar. I tillegg er det Høyesterett som har rollen som en prejudikatsdomstol også for spørsmål som gjelder tolkningen av EMK som norsk lov⁷². Høyesterett har imidlertid aldri avveket fra en EMD-avgjørelse⁷³. Som følge vil avhandlingen ta utgangspunkt i EMDs metode for tolkningen av EMK.

Fra 1954 til 1998 eksisterte det et menneskerettsorgan kalt den europeiske menneskerettighetskommissjonen. Kommisjonen hadde en rolle som et ankeutvalg for individer som mente å ha fått konvensjonsrettighetene sine krenket i sin nasjonale domstol. Etter at en sak ble anlagt for kommisjonen, kunne de så velge å henvise saken til EMD eller avsi en avgjørelse på egen hånd. I 1998 trådte tilleggsprotokoll 11 til EMK i kraft, og kommisjonen ble slått sammen med EMD. Som følge eksisterer det relevant praksis avsagt av kommisjonen. For enkelthetsens skyld vil kommisjonen og EMD betegnes som «konvensjonsorganene» når avhandlingen behandler praksis fra begge organer.

⁷⁰ Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 45)

⁷¹ Se Rt. 2002 s. 557 (s. 565 og 573) og Rt. 2000 s. 996 (s. 1006 til 1008)

⁷² Se pkt. 1.4.3. Det er Høyesterett sin oppgave å drive utviklingen av norsk lov. Høyesterett vil i teorien kunne legge til grunn en tolkning som ikke samsvarer med det EMD har uttalt.

⁷³ se Skoghøy, (2018) side 121

3.2 Hvordan behandler EMK ulovlig ervervede bevis

EMK har som formål å opprettholde og videreføre menneskerettighetene, og inneholder bestemmelser om det konvensjonen omtaler som «fundamental freedoms»⁷⁴. Traktaten regulerer ikke et hvert tenkelig scenario som kan konstatere et menneskerettsbrudd, men oppstiller noen absolutte rammer som konvensjonslandenes nasjonale lovgivning må opprettholde. EMK har som følge ikke konkrete bestemmelser som sier noe om adgangen til å føre beviser som er ervervet i strid med nasjonal lovgivning eller konvensjonen. Det sentrale spørsmålet for denne drøftelsen er derfor om brudd på en eller flere bestemmelser i EMK kan utløse et bevisforbud i konvensjonens forstand.

EMD uttaler i *Khan mot Storbritannia* (2000) avsnitt 34 at:

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

EMD uttaler i samme avsnitt at de kun tar stilling til hvorvidt rettergangen totalt sett, er å anse som «fair» i henhold til EMK. Denne rettferdighetsvurderingen inkluderer måten beviset ble ervervet på⁷⁵. EMD uttrykker med andre ord at et bevis kan avskjæres etter EMK dersom beviservervet ble gjort på en så støtende måte at føring av beviset vil medføre at rettergangen ikke lengre kan anses som «fair». Hvorvidt en rettergang er å anse som «fair», gjøres ut fra en vurdering av EMK artikkel 6 nr. 1.

EMK artikkel 6 nr. 1 lyder på norsk:

«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

⁷⁴ Se Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK) innledning om traktatens formål

⁷⁵ *Khan mot Storbritannia* avsnitt 34, nest siste pkt.

mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser.» [min utheving].

«Fair hearing»-begrepet i artikkel 6 nr. 1 har flere funksjoner⁷⁶. For det første rommer begrepet konkrete regler, som f.eks. minimumsrettighetene i EMK artikkel 6 nr. 3. Betydningen er at dersom mistenkte eksempelvis ikke har fått tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede sitt forsvar, jf. EMK artikkel 6 nr. 3 (b), så vil det tale for at rettergangen ikke er å anse som «fair». For det andre har begrepet den funksjon at det kan brukes som grunnlag for EMDs rettsskapende virksomhet⁷⁷. En tredje funksjon er at «fair hearing»-begrepet er dynamisk. Det lar seg ikke definere med én uttrykkelig formulering. Konvensjonsorganene har benyttet begrepets dynamikk til å gi «fair hearing» et vidt virkeområde. Det ble allerede i tidlig praksis understreket av konvensjonsorganene at totalinntrykket av rettergangsprosessen ville kunne være avgjørende for om rettssaken var «fair»⁷⁸.

EMD uttalte i *Barberà, Messeguè og Jabardo mot Spania* (1988) at «the proceedings in question, **taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair and public hearing.** Consequently, there was a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1).» [min utheving].

Domstolen vektla at tiltalte hadde blitt transportert 600 km i en fengselsbil natten før hovedforhandlingen. I tillegg hadde en ny dommer, som ikke hadde kjennskap til saken, tiltrådt samme dag som hovedforhandlingen startet. Avslutningsvis ble mesteparten av bevisføringen gjort i form av opplesning og uten reell mulighet til kontradiksjon. EMD konstaterte ikke brudd for de enkelte reglene som var overtrådt, men begrunnet avgjørelsen med at det var flere forhold som totalt sett førte til at rettergangen ikke kunne anses som «fair».

EMD gir med andre ord uttrykk for at det må gjøres en helhetsvurdering, hvor en rekke momenter kan spille inn, for hvorvidt en rettergang har vært å anse som «fair». Sett i sammenheng med uttalelsene fra EMD-dommen *Khan mot Storbritannia*, er det klart at

⁷⁶ Aall, *Rettergang og menneskerettigheter* (1996) side 204

⁷⁷ Aall, (1996) side 204

⁷⁸ Se *Schouv-Nielsen mot Danmark* (1961) og *Pfunders-saken* (1963) som omtales av Aall, *Rettergang og menneskerettigheter* på side 204. Dommene er kun tilgjengelige i bokform i *Yearbook of the European Convention on Human Rights*. Pga. manglende tilgjengelighet henvises det derfor til sekundærkilden.

ulovlig beviserverv er et av momentene som kan tilsi at rettergangen ikke er «fair»⁷⁹. EMD tar altså ikke stilling til om et bevis kan føres eller ikke. Domstolen vurderer kun hvorvidt føring av et omstridt bevis gjør at rettergangen totalt sett ikke er «fair».

3.2.1 «Fair hearing»-vurdering etter EMK artikkel 6 nr. 1.

For å vurdere om føringen av et bevis er i samsvar med EMK, er man altså nødt å se til om bevisføringen oppfyller kravet til en «fair hearing» etter EMK artikkel 6 nr. 1. EMD har i flere saker vist til hvilke momenter som inngår i vurderingen. I *Khan mot Storbritannia* (2000) avsnitt 34 uttaler de at vurderingen inkluderer en:

«examination of the ‘unlawfulness’ in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.»

EMD skiller mellom beviserverv i strid med nasjonal lovgivning og erverv som er konvensjonsstridig. For nasjonale beviserverv er det «the ‘unlawfulness’ in question» som må vurderes, mens vurderingsmomentet for konvensjonsstridige erverv er «the nature of the violation found». Ordlydene tilsier ikke at det er noen forskjell på vurderingen som må foretas; det er «krenkelsens karakter og alvor [som] må vurderes ved begge typer ulovlighet»⁸⁰ [min tekst]. Det fremgår imidlertid av EMD-praksis at det foretas ulike vurderinger basert på krenkelsen som er gjort overfor klageren. Dette utredes for i det neste.

EMD kom med øvrige presiseringer for hvordan vurderingen skal foretas i dommen *Gäfgen mot Tyskland* (2010). Domstolen lister opp de ulike momentene i avsnittene 164 og 165.

EMD uttaler for det første at når det skal vurderes om rettergangen har vært «fair», så må det ses til om klagerens rettigheter har blitt respektert og ivaretatt. Det må særlig legges vekt på om klageren ble gitt muligheten til å utfordre påliteligheten av beviset og kunne motsette føring av beviset⁸¹.

I tillegg må det ses til kvaliteten av beviset, omstendighetene rundt hvordan beviset ble ervervet og om disse omstendighetene gjør at beviset er mindre pålitelig.

⁷⁹ EMDs dom 12. mai 2000 *Khan mot Storbritannia* avsnitt 34.

⁸⁰ Torgersen (2008) side 73

⁸¹ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 164.

Til sist uttaler EMD at i de tilfeller hvor påtalemyndigheten har et sterkt bevis som er pålitelig, vil det ikke eksistere noe særlig stort behov for andre beviser som støtter det påståtte hendelsesforløpet. Det må derfor legges vekt på om det omstridte beviset var avgjørende for domfellelsen av klageren.

Når det gjelder brudd på de spesifikke konvensjonsrettighetene, uttaler EMD i avsnitt 165 i samme dom at man skal bruke de ovennevnte momentene for å vurdere om føringen av et bevis vil medføre en krenkelse av retten til privatliv, jf. EMK artikkel. 8. Retten går ut på at alle skal ha respekt for sitt egne privat- og familieliv. Som følge kan ikke myndighetene ta seg inn i, overvåke eller avlytte en borger sitt hjem eller korrespondanse uten tilstrekkelig lovhjemmel, jf. EMK artikkel 8 nr. 1 og nr. 2.

EMK artikkel 3 innebærer et forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Hva som ligger i de ulike termene, vil utdypes for i avhandlingen pkt. 3.2.2. EMD har oppstilt et absolutt forbud mot føring av beviser ervervet som følge av et brudd på artikkel 3⁸². I følge EMD vil benyttelsen av et bevis ervervet i strid med en av kjernerettighetene, alltid være svært problematisk med hensyn til rettergangens «fairness». Det gjelder et absolutt forbud for bruk av beviser ervervet i strid med artikkel 3 ettersom slike beviser aldri kan anses som «fair», jf. EMK artikkel 6. nr. 1. Domstolen begrunner synspunktet med at en tillatelse av slike beviser vil medføre en legitimering for bruk av tortur for å innhente beviser.

Som man kan se fra EMD-praksis eksisterer det altså noen likhetstrekk og forskjeller i vurderingene ut fra hvilken type krenkelse som foreligger. Mens føringen av bevis ervervet i strid med nasjonal lovgivning og EMK artikkel 8 vurderes etter de samme konkrete momentene, skal beviser ervervet i strid med artikkel 3 alltid avskjæres. I tillegg kan det tenkes at det må oppstilles egne bevisforbudsvurderinger for beviserverv gjort i strid med de øvrige konvensjonsbestemmelsene. Problematikken er imidlertid i liten grad blitt behandlet av EMD, og det er beviserverv gjort i strid med EMK artikkel 3, 6 og 8 som er mest relevant.

⁸² EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 165 og 167.

3.2.2 Særlig om etterfølgende bevis i EMK-retten

Etterfølgende bevis, også kalt avledede- eller sekundærbevis, er selvstendige beviser som har blitt ervervet som konsekvens av primærbeviset⁸³. Eksempelvis dersom den siktede tilstår å ha begått et drap og forteller hvor drapsvåpenet ligger, vil våpenet være et etterfølgende bevis. Politiet har da fått kunnskap om relevant informasjon for saken på bakgrunn av de opplysningene den siktede kom med i avhøret. Altså informasjonen som politiet samler i avhøret vil være det primære beviset, mens alle beviser politiet sikrer på bakgrunn av den informasjonen avhøret ga, vil være etterfølgende eller sekundærbeviser.

I norsk rett er hovedregelen at avledede bevis ikke omfattes av et bevisforbud⁸⁴. Som følge kan de etterfølgende bevisene føres selv om de er et resultat av et ulovlig ervervet primærbevis. Jeg vil komme tilbake til hvordan etterfølgende bevis behandles i norsk rett senere i avhandlingen.

Som det ble vist til i pkt. 3.2.1, kan ulovlig ervervede bevis bli avskåret etter EMK-retten dersom føring av beviset anses som uforenlig med «fair hearing»-kravet i EMK artikkel 6 nr. 1. Det eksisterer imidlertid ikke noen EMK-regel som tar stilling til hva som skal gjøres med de etterfølgende bevisene. EMD har i liten grad uttalt seg rundt problematikken, men tok i dommen 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* stilling til hvordan etterfølgende beviser som ble ervervet som følge av brudd på EMK artikkel 3 skal behandles.

I *Gäfgen*-saken hadde klageren kidnappet og drept sønnen av en kjent bankfamilie. Gäfgen hadde utpresset familien til å utbetale 1 million euro for å se sønnen i live igjen. Kort tid etter at pengene var overlevert, ble Gäfgen pågrepet. Politiet hadde fortsatt håp om å finne barnet i livet, og tydde derfor til ekstreme metoder for å Gäfgen til å prate. I avhøret ble han truet med «considerable physical pain» og at smerten skulle påføres av «a person specifically trained for such purposes» dersom han ikke informerte politiet om hvor gutten befant seg⁸⁵. Truslene resulterte angivelig i at en politibetjent slo Gäfgen gjentatte ganger i brystet såpass hardt at han slo hodet sitt i veggen. Tyske myndigheter erkjente at Gäfgen hadde blitt truet med tortur, men motsatte seg at det Gäfgen hadde blitt utsatt for fysiske overgrep.

⁸³ Torgersen (2008) side 174

⁸⁴ Se f.eks. Rt. 2014 s. 916 (avsn. 21-22)

⁸⁵ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 15

Gäfgen uttrykte at han hadde en genuin frykt for at truslene politiet kom med i avhøret skulle bli en realitet, og oppga dermed lokasjonen hvor guttens lik lå⁸⁶. Etter at Gäfgen tilsto ble han kjørt til stedet hvor liket befant seg. I ettertid foretok politiet rettsmedisinske undersøkelser av stedet, hvor de fant dekkmerker i grusen som matchet Gäfgen sin bil. På turen tilbake tilsto Gäfgen til å ha kidnappet og drept guttungen. Politiet tok han så med til ulike lokasjoner hvor han hadde gjemt beviser, som bl.a. guttens klær og en skrivemaskin Gäfgen hadde brukt til å skrive trusselbrevet med. Konsekvensen av politiets torturtrusler var altså at de fikk tilgang til en rekke avledede bevis som bidro til Gäfgens domfellelse.

Gäfgen anførte at han hadde blitt utsatt for tortur, og at bruken av bevis ervervet som følge av tilståelsen krenket hans rett til en «fair hearing» etter EMK artikkel 6 nr. 1.

EMD utdyper i dommens avsnitt 89-90 hva som ligger i de ulike termene «umenneskelig», «nedverdiggende» og «tortur». Domstolen viser til tidligere EMD-dommer⁸⁷ hvor det uttales at behandlingen har vært å anse «inhuman» (umenneskelig), når handlingen var planlagt, pågikk i timevis om gangen, og forårsaket kroppslig skade eller intens fysisk og mental lidelse.

Behandlingen har vært å anse som «degrading» (nedverdiggende), når handlingens formål var å fremprovosere offerets følelser av frykt, angst, og mindreverdiget med intensjon om å ydmyke og fornærme dem for å bryte ned offerets fysiske eller psykiske motstand⁸⁸.

Når det gjelder hva som skal klassifiseres som tortur uttaler EMD at det dreier seg om bevisst umenneskelig behandling som forårsaker alvorlig og brutal lidelse⁸⁹. I tillegg til alvorligheten av behandlingen, har tortur også et formålselement hvor man ønsker å enten frembringe informasjon, påføre straff eller skremme offeret⁹⁰.

EMD understreker i dommens avsnitt 91 at også trusler om slike handlinger EMK artikkel 3 beskriver, kan konstatere brudd på bestemmelsen. Trusler kan i alle fall anses som

⁸⁶ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 16

⁸⁷ F.eks EMDs dom 6. april 2000 *Labita mot Italia* avsnitt 120 og dom 4. juli 2006 *Ramirez Sanchez mot Frankrike* avsnitt 118.

⁸⁸ Se dom 3. april 2001 *Keenan mot Storbritannia* avsnitt 110.

⁸⁹ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 90. Se også EMDs dom 18. januar 1978 *Irland mot Storbritannia* avsnitt 167

⁹⁰ Se definisjonen i De Forente Nasjoners konvensjon mot tortur artikkel 1.

umenneskelig behandling. Domstolen kunne ikke «beyond reasonable doubt» konkludere med at klagen som omhandlet fysiske overgrep var reelle⁹¹. Truslene var imidlertid reelle, og det var dermed klart at Gäfgen hadde blitt utsatt for intens mental lidelse. EMD vektla at truslene var ekte og umiddelbare med intensjonen om å skaffe informasjon, noe som førte til at politiets behandling av Gäfgen ble ansett å falle inn under EMK artikkel 3. Domstolen kom frem til at politiets handlinger ikke var tilstrekkelig for å konstatere at Gäfgen ble utsatt for tortur, men at de falt inn under umenneskelig behandling⁹².

Spørsmålet i saken ble dermed om det var adgang til å føre de etterfølgende bevisene, eller om dette krenket Gäfgens rett til en «fair hearing». Når det gjelder bruken av beviser ervervet på bakgrunn av tortur uttalte EMD at dette alltid krenker retten til en «fair hearing», ettersom det er en absolutt rett. Dersom domstolen aksepterte føringen av slike beviser, ville det bidra til å legitimere bruken av tortur⁹³. Det var imidlertid ikke tatt stilling til om det samme gjelder bevis ervervet på bakgrunn av umenneskelig behandling.

EMD foretar en lengre drøftelse i avsnittene 170-178 hvor de vurderer hvorvidt man kan føre etterfølgende bevis ervervet som følge av umenneskelig behandling. Domstolen vektlegger at artikkel 3 er en absolutt rettighet som under ingen omstendighet kan fravikes, og konkluderer som følge at et brudd på denne retten burde medføre at direkte og etterfølgende bevis avskjæres. Dersom man tillater å føre slike bevis er «the trial as a whole [...] rendered unfair»⁹⁴. EMD oppstiller imidlertid et krav om at bevisene må ha vært avgjørende for domfellelsen dersom det skal føre til at rettergangen i sin helhet har vært «unfair» etter EMK artikkel 6 nr. 1. I saken eksisterte det flere fellende beviser som ikke kunne knyttes til den umenneskelige behandlingen av Gäfgen. På denne bakgrunn konkluderte EMD med at bevisene ervervet fra den umenneskelige behandlingen, ikke var avgjørende for domfellelsen, og at «his trial as a whole must be considered to have been fair.»⁹⁵

Avgjørelsen viser at både primærbevis og etterfølgende bevis som er fremskaffet gjennom bruk av tortur, jf. EMK artikkel 3, alltid vil være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1. Dersom

⁹¹ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 98

⁹² EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 108

⁹³ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 167

⁹⁴ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 178

⁹⁵ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 187

bevisene er ervervet som følge av umenneskelig eller nedverdiggende behandling, fører dette også i utgangspunktet til at rettergangen er å anse som «unfair», med mindre bevisene ikke har vært avgjørende for sakens utfall.

Spørsmålet om hvordan man behandler bevis som er ervervet i strid med Grl. § 93 eller EMK artikkel 3, har så langt ikke blitt behandlet i norsk Høyesterett. Dersom det skulle oppstå en slik sak i Norge, vil hensynene som EMD-lister opp føre til at både primærbevis og etterfølgende bevis ervervet som følge av en krenkelse av Grl. §93 eller EMK artikkel 3, alltid resulterer i et bevisforbud. I et slikt tilfelle må det dermed oppstilles et unntak fra den norske hovedregelen om at avledede bevis ikke rammes av bevisforbud. Hvorvidt de norske domstolene velger å legge seg på samme linje som EMD - hvor primær- og sekundærbevis ervervet ved nedverdiggende eller umenneskelig behandling ikke krenker retten til en «fair hearing» såfremt bevisene ikke er avgjørende – eller om Norge velger en enda snevrere føringsadgang, gjenstår å se.

3.2.3 Oppsummering

Som det har blitt vist til inneholder EMK-retten altså ikke noen særegne rettsregler som tar stilling til hvordan føringsadgangen av ulovlig ervervede bevis skal reguleres. EMD har besvart problemstillingen med at det er de enkelte konvensjonsstatens ansvar å utforme slike bevisforbudsregler i sin nasjonale lovgivning. EMD har imidlertid fastsatt at føringen av enkelte beviser kan konstatere en krenkelse av retten til en «fair» rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1. Konvensjonen gir likevel bare et minimumsvern, og er i liten grad egnet som modell for hvordan de nasjonale lovbestemmelsene for bevisforbud skal utformes.

For etterfølgende bevis eksisterer det svært lite EMD-praksis som uttrykkelig tar stilling til problemstillingen. Utfra EMDs avveininger i *Gäfgen*-saken, kan det virke som at enkelte menneskerettigheter er så fundamentale for en rettsstat at føringen av direkte eller avledede bevis ervervet ved krenkelse av en absolutt rettighet, alltid bør medføre at rettergangen ikke er «fair», jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Rettergangen kan likevel anses som «fair», dersom de omstridte bevisene ikke var avgjørende for domfellelsen. EMDs bemerkelser var i sammenheng med et brudd på EMK artikkel 3. Hvorvidt de samme vurderingene kan knyttes opp mot andre konvensjonsbestemmelser gjenstår enda å se.

4 Den ulovfestede bevisavskjæringslæren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis

4.1 Historikk

Som nevnt tidligere i avhandlingen⁹⁶, eksisterer det ikke noen lovbestemmelse i straffeprosessloven som regulerer avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Tvisteloven inneholder imidlertid en rettsregel som lovfester adgangen til å avskjære slike bevis. Det følger av tvl. § 22-7 at «Retten kan i *særlige tilfeller* nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte» [min kursivering]. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «særlige tilfeller» tilsier at bevisavskjæring på dette grunnlaget er et snevert unntak. Tvistemålsutvalget legger den samme forståelsen til grunn i forarbeidene til tvisteloven⁹⁷. Utvalget uttaler videre at bevisavskjæring etter bestemmelsen i tillegg krever at «føring av beviset vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn.»⁹⁸ Terskelen for å avskjære et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis etter tvl. § 22-7 er følgelig høy.

Når dagens straffeprosesslov ble utformet, tok lovkomiteen opp spørsmålet om det burde lovfestes en tilsvarende regel på straffeprosessens område⁹⁹. Komiteen viste til amerikansk praksis, hvor avskjæringsadgangen for ulovlige beviser har vært svær vid, men konkluderte med at hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiet ikke spilte den samme rollen i Norge. På denne bakgrunn mente komiteen at en lovregulering ville «belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss.»¹⁰⁰. Følgelig overlot lovkomiteen ansvaret for å finne løsningen til juridisk teori og rettspraksis. Hvorvidt et ulovlig eller utilbørlig bevis kan avskjæres i straffeprosessen, er dermed ulovfestet i straffeprosessen. Det har imidlertid i en rekke Høyesterettsavgjørelser blitt lagt til grunn at bevisavskjæringsspørsmålet behandles likt i sivil- og strafferettslige

⁹⁶ Pkt. 1.4.1

⁹⁷ NOU 2001:32 B side 961.

⁹⁸ NOU 2001:32 B side 961.

⁹⁹ Se pkt. 1.4.1 og NUT 1969:3 s. 197

¹⁰⁰ NUT 1969:3 s. 197

saker¹⁰¹. Lovbestemmelsen i tvl. § 22-7 spiller dermed en rolle for behandlingen av spørsmålet også på straffeprosessens område.

Runar Torgersen gjør i sin doktoravhandling et dypere dykk i utviklingen av de ulovfestede reglene om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i norsk rett. Torgersens avhandling viser at det frem til nyere tid, ikke har eksistert noen klare forestillinger for hvordan bevisavskjæringsspørsmålet skal behandles¹⁰². Det viser seg imidlertid at enkelte beviser har latt seg avskjære på bakgrunn av hvordan de ble framskaffet frem til vedtakelsen av straffeprosessloven 1887. Dette gjaldt hovedsakelig i tvister hvor beviser var anskaffet ved bruk av tortur. Et eksempel på et slikt bevisforbud kom med Kong Christian Den Femtis Norske Lov 1687 (NL). Loven hadde et uttrykkelig torturforbud i NL 1-18. I tillegg oppstilte NL 1-15-2 en bestemmelse hvor det uttrykkes at forklaringer gitt i «anden Mands Vold og Tvang» ikke skulle komme «hannem til hinder, eller skade.» Lovbestemmelsen ble forstått slik at tilståelser gitt under tvang ikke hadde noen bevisverdi dersom den tiltalte senere frasto fra forklaringen¹⁰³.

Utover 1800-tallet forsøkte den danske juristen Anders Sandøe Ørsted å revolusjonere hvordan beviser ble ført og vurdert i dansk-norsk rett. Ørsted ønsket å erstatte den legale bevisordningen med en løsning basert på frihet i bevisføringen og bevisvurderingen¹⁰⁴. I denne sammenheng, begynte dansk-norsk rett å utvikle seg mot en friere holdning til bevis.

Ved vedtakelsen av straffeprosessloven 1887 var det klart at prinsippet om fri bevisføring og bevisvurdering hadde fått sterkt fotfeste i norsk rett. I lovens forarbeider er det uttalt at:

«Den som, har begaaet en Forbrydelse, sker ingen Uret, om han dømmes herfor, hvorledes end Beviset er tilveiebragt.¹⁰⁵»

¹⁰¹ Pkt. 1.4.1. Se bl.a. HR-2021-966-A avsnitt 18, Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 og Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 42.

¹⁰² Torgersen (2008) sider 86-95

¹⁰³ Torgersen (2008) side 87

¹⁰⁴ Torgersen (2008) Side 88 og 89.

¹⁰⁵ Departementskomitéen 1886, Spesielle motiver s. 33 (til utkastet § 177), jf. Torgersen, Runar *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2008) side 90

Uttalelsen gir uttrykk for at metoden som ble brukt for å innhente beviset, er uten betydning. Hvorvidt uttalelsen mente at ethvert bevis måtte tillates ført, uansett om det var ulovlig ervervet, eller om lovgiver ikke forsøkte å ta stilling til denne problemstillingen, er omdiskutert. Torgersen synes imidlertid ikke å mene at komiteens uttalelse knytter seg til ulovlig ervervede bevis¹⁰⁶.

Den moderne bevisforbudslæren slik vi kjenner den i dag, synes å ha befestet seg på bakgrunn av Høyesterettspraksis som har kommet etter vedtakelsen av dagens straffeprosesslov (1981). Den første Høyesterettskjennelsen som uttrykkelig behandler hva som skal til for å avskjære ulovlig ervervede bevis, er Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen). Saken gjaldt hvorvidt et skjult videopptak på arbeidsplassen kunne føres for retten. Høyesterett stiller opp et relativt generelt regelsett for vurderingen. I dommen ble det lagt avgjørende vekt på at føringen av beviset ville krenke tiltaltes personvern. Høyesterett mente også at det ville oppleves som «støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt, og det vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket.»¹⁰⁷. Avslutningsvis uttalte Høyesterett at det vil være betenkelig å tillate bevis ervervet gjennom skjulte opptak, ettersom man risikerer å legitimere bruken av slike ervervsmetoder¹⁰⁸. Argumentasjonen som Høyesterett bruker her, minner om den samme argumentasjonen EMD benyttet i *Gäfgen*-saken¹⁰⁹. Jeg vil komme tilbake til dette synspunktet i avhandlingens rettspolitiske drøftelse.

Reglene om bevisforbud for ulovlig ervervede bevis har i tiden etter Gatekjøkkenkjennelsen blitt presisert og utviklet i en rekke avgjørelser. Dette kommer jeg tilbake til i det følgende.

4.2 Hensyn som kan begrunne bevisforbud

4.2.1 Upålitelig bevis

Et bevis kan – som nevnt¹¹⁰ – ha ulik beviskraft. Denne bevisverdien kan være høy eller lav utfra om det er en sterk sammenheng mellom innholdet i beviset, og det faktum beviset forsøker å sannsynliggjøre. Eksempelvis vil bevisverdien være lav dersom det beviser at

¹⁰⁶ Torgersen (2008) side 91

¹⁰⁷ Rt. 1991 s. 616 på side 623.

¹⁰⁸ Rt. 1991 s. 616 på side 624.

¹⁰⁹ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 167, se pkt. 3.2.2

¹¹⁰ I pkt. 2.2

mistenkte har vært i nærheten av åstedet, men bevisbedømmeren forsøker å bygge på en generalisering av at nærhet til åstedet «muliggjør» den straffbare handlingen¹¹¹. I tillegg til at et bevis kan ha lav bevisverdi, kan det også være å anse som upålitelig.

Et av hensynene som kan tale for bevisforbud er nettopp dersom et bevis er upålitelig, eller hvor bevisverdien er usikker som følge av ervervs måten. Det har i flere Høyesterettsdommer vært uttalt at bevisets pålitelighet er et moment ved vurderingen om et bevis skal avskjæres¹¹². I dommen Rt. 2003 s. 549 uttaler Høyesterett i avsnitt 17 at:

«Dersom beviset er komme til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten **nekte dette ført om beviset er lite å stole på** [...]» [min utheving].

Dommen Rt. 2009 s. 1526 handlet om et bevis som var ervervet utilbørlig gjennom et hemmelig opptak av en konfidensiell samtale. Avgjørelsen synliggjør at påliteligheten til et bevis kan være et avgjørende moment i avskjæringsbedømmelsen;

«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 opptak¹¹³.»

Det er imidlertid verdt å bemerke seg at dommen gjaldt et bevis ervervet av en privatperson. Høyesterett ville neppe lagt avgjørende vekt på muligheten til å manipulere et opptak, dersom påtalemyndigheten hadde ervervet et tilsvarende bevis. Forskjellen mellom beviserverv foretatt av en privatperson og en politibetjent, er at private aktører som oftest vil ha en egeninteresse i saken. Politibetjenten vil på den annen side være lovpålagt å utføre jobben objektivt¹¹⁴, og har følgelig ikke den samme interessen for et bestemt utfall i saken. Det er dermed vanskelig å forestille seg at politibetjenten vil manipulere en samtale for å fingere straffskyld. Selv om etterforskning som foretas av politiet er kvalitetssikret gjennom lovbestemmelser og politiinstrukser, og dermed er mer pålitelig enn etterforskningen privatpersoner gjør på egen hånd, kan det oppstå situasjoner hvor ulovlig beviserverv utført

¹¹¹ Torgersen (2008) side 163

¹¹² Se bl.a. Rt. 1997 s. 795 (s. 796) og Rt. 2003 s. 549 (avsn. 17).

¹¹³ Avsnitt 31 i dommen.

¹¹⁴ Se pkt. 2.4.2

av politiet svekker bevisets pålitelighet. Upålitelighetshensynet må i så fall tillegges tilsvarende vekt for ulovlig beviserverv foretatt av politibetjent.

Når det gjelder hva som skal til for å anse et ulovlig ervervet bevis som upålitelig, er det i teorien hevdet at et bevis kan være lite å stole på i kraft av det ulovlige ervervet¹¹⁵. Andenæs uttaler at «Man må ved drøftelsen av problemet analysere de forskjellige grupper av tilfelle og se på hvilken betydning ulovligheten har hatt. **Undertiden fører den til at beviset er lite å stole på**¹¹⁶»[min utheving].

Det klareste eksemplet på at et bevis er upålitelig i kraft av den ulovlige ervervs måten, er beviser fremprovosert av tortur eller trusler. Når man setter en mistenkt i en situasjon hvor de frykter for livet sitt, er det nærliggende å anta at de i ren desperasjon vil oppgi den informasjonen de tror politiet ønsker. En tilståelse under slike forhold vil ikke nødvendigvis være sann, og beviset er dermed upålitelig.

På bakgrunn av det ovennevnte er det klart at et ulovlig ervervet bevis som er upålitelig, taler for bevisavskjæring. Det er imidlertid mer usikkert hvorvidt upålitelighet kan anerkjennes som et selvstendig avskjæringsgrunnlag. Torgersen mener på sin side at svekket bevispålitelighet som følge av det ulovlige ervervet kan tjene som et støtteargument i en større avskjæringsvurdering. Han begrunner dette med at «omkostningen ved å forfølge hensyn som taler for bevisforbud, er mindre når beviset uansett gir et mer begrenset, eller i alle fall et mer usikkert, bidrag til sakens opplysning¹¹⁷.»

Det synes som at Torgersen baserer sitt synspunkt i prinsippene om fri bevisførsel og bevisvurdering. I Rt. 1996 s.1114 gjaldt saken fremleggelse av en polygraftest som bevis for uskyld. Herredsretten hadde tidligere nektet beviset ettersom det var ansett som upålitelig. Høyesterett uttalte imidlertid på side 1119 i dommen «At det hefter usikkerhet ved bevismildelets beviskraft, gir etter norsk rett ikke grunnlag for å nekte beviset ført.» På denne bakgrunn er det nærliggende å anta at upålitelighet i seg selv ikke utkonkurrerer hensynet til sakens opplysning, og dermed ikke kan være et selvstendig avskjæringsgrunnlag. Graden av usikkerhet rundt bevisets verdi vil heller medføre at domstolene må gi beviset begrenset vekt i

¹¹⁵ Se bl.a. Torgersen (2008) side 36 og Aall (1996) side 314.

¹¹⁶ Andenæs og Myhrer, *Norsk straffeprosess* (2009) side 241.

¹¹⁷ Torgersen (2008) side 36.

bevisvurderingen. Dersom man baserer avskjæringsvurderingen på Høyesteretts synspunkt, er det klart at upålitelighet, etter gjeldende rett, brukes som et støtteargument.

Torgersen argumenterer, noe mer interessant, for at risikobetraktninger kan tale for at bevispålitelighet også kan fungere som et selvstendig avskjæringsgrunnlag¹¹⁸. Torgersen mener at «Dersom påliteligheten av et bevis er svekket som følge av ulovlig erverv, kan det fremstå som rimelig at den part bør bære risikoen for et uriktig domsresultat som er skyld i den (unødig store) usikkerhet ved bevisvurderingen som har oppstått.» Torgersen understreker at et slikt synspunkt selvfølgelig ikke kan gjøre seg gjeldende for «tilfeldig» usikkerhet som skyldes andre forhold enn rettskrenkelser. Ved første øyekast kan det fremstå som et slikt synspunkt ikke vil harmonere godt med den norske rettstanken om fri bevisførsel og bevisvurdering. Det kan tenkes situasjoner hvor et ulovlig ervervet bevis sin grad av upålitelighet er liten som følge av ervervs måten. Dersom et bevis - som ellers står sterkt i den aktuelle saken - er relativt pålitelig, vil avskjæring på denne bakgrunn stride mot sentrale hensyn. Det vil i et slikt tilfelle være bedre at retten får tilgang til beviset og selv kan vurdere hvorvidt beviset skal tillegges vekt.

På den annen side vil det virke som rettferdig dersom den som overskrider loven for å erverve et bevis, er den som må risikere et feil domsresultat. Videre vil det gi et insentiv til beviserververe, at de er nødt til å følge loven dersom de ønsker å føre bevisene sine. Ved en slik «at fault»-tilnærming vil man kunne begrense antall ulovlige beviserverv gjennom et disiplinærhensyn. I tillegg kan det argumenteres for at det oppfyller kravene til en rettferdig rettergang bedre dersom et svært upålitelig bevis ikke tillattes ført i det hele tatt. Selv om upålitelige bevis i utgangspunktet ikke tillegges særlig vekt i rettens bevisvurdering, eksisterer det en risiko for at også et upålitelig bevis blir avgjørende i en rettssak¹¹⁹. Det kan

¹¹⁸ Torgersen (2008) s. 36

¹¹⁹ Se f.eks. LB-2021-33945-2 gjenåpningen av «Baneheia-saken» hvor det ble konkludert med at DNA-bevisene var svært usikre og ikke beviste at Kristiansen hadde tatt del i drapene. DNA-bevisene ble etter mer grundige undersøkelser bevist å sannsynligvis bare tilhøre B (den andre dømte i drapssaken). I tillegg eksisterte det teledatabeviser som viste at Kristiansen mest sannsynlig ikke befant seg ved åstedet under det angivelige drapstidspunktet. Til slutt hadde det i domfellelsen mot Kristiansen blitt lagt vekt på B's forklaring, som hadde flere svakheter. Saken viser at svært upålitelige beviser kan tillegges avgjørende vekt, særlig i en drapssak hvor det er mye følelser involvert. Bevisene i saken var ikke rettstridig ervervet, men saken synliggjør likevel pålitelighetsproblematikken.

også tenkes at en avskjæring av et upålitelig bevis ikke vil være støtende for samfunnet i samme grad som avskjæringen av et pålitelig bevis, ettersom et pålitelig bevis med større sannsynlighet vil reflektere den materielle sannheten enn et bevis preget av usikkerhet. Som følge vil det ikke være den samme risikoen for at man fraskriver seg sakens sannhet ved å avskjære et upålitelig bevis. Hvorvidt pålitelighet kan fungere som et selvstendig avskjæringsgrunnlag er likevel en de lege ferenda-vurdering som Høyesterett eller lovgiver må ta stilling til i fremtiden.

4.2.2 Disiplinærhensyn

Et annet hensyn som har blitt brukt i teorien og rettspraksis for å begrunne bevisforbud, er disiplinærhensynet. Tanken bak hensynet er at domstolen vil disiplinere både privatpersoner og påtalemyndigheten til å følge de gjeldende beviservervsreglene, dersom man avskjærer bevis som er ervervet rettstridig. I forarbeidene til dagens straffeprosesslov ble det vurdert i hvor stor grad et disiplinærhensyn burde vektlegges. Lovkomiteen konkluderte med at et slikt hensyn ikke hadde særlig vekt i norsk rett:

«Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken¹²⁰».

Høyesterett har opprettholdt dette synspunktet konsekvent. I HR-2022-02420-A behandlet Høyesterett en anke hvor lagmannsretten hadde konstatert bevisforbud for et bevis ervervet som følge av en ulovlig ransakelse. Høyesterett kom frem til at lagmannsretten hadde gjort feil i avskjæringsvurderingen da de la avgjørende vekt på disiplinærhensynet med bakgrunn i en undersøkelse av riksadvokaten¹²¹ som avdekket rutinemessige brudd i politiet. Høyesterett viste bl.a. i avsnitt 27 i dommen til at hensynet tradisjonelt har blitt tillagt liten vekt¹²². I tillegg mente Høyesterett at hensynet ikke kunne gis vekt på bakgrunn av undersøkelsen, ettersom politiet hadde bedret praksisen sin i etterkant av rapporten. Dersom man anvender

¹²⁰ NUT 1969:3 side 197

¹²¹ Riksadvokatens brev av 9. april 2021 *Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk – relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker*

¹²² Se f.eks. Rt. 1992 s. 698 (s. 705) og HR-2006-582 (Avsn. 24)

Høyesteretts logikk omvendt, bør det imidlertid være en viss mulighet til å avskjære et bevis for å bedre rutinemessige lovbrudd fra politiet.

I NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* uttales det at «Det er grunn til å stille spørsmål om hvorvidt hensynet til å forebygge ulovligheter blir tilstrekkelig ivaretatt i dagens praksis¹²³». Lovutvalget uttaler videre: «Trekke ved samfunnsutviklingen har ført til at premissene for vurderingen av hvilket gjennomslag disiplineringshensyn bør ha for bevisforbud, er andre enn da Straffeprosesslovkomitéen tok stilling til spørsmålet. Særlig den teknologiske utviklingen – med nye kommunikasjonsmetoder som griper inn i alle sider av vår livsførsel, og de tilhørende muligheter for overvåking, den økte vilje til kriminalisering, også av forberedelseshandlinger, og den medfølgende muligheten til å benytte et videre spekter av tvangsmidler og etterforskningsmetoder enn før – har gitt et større potensial for misbruk enn det som eksisterte den gang. Dette er en risiko som i en viss utstrekning må antas å kunne reduseres ved i større grad å vektlegge hensynet til å forebygge ulovligheter ved spørsmål om bevisforbud for ulovlig ervervede bevis¹²⁴.» På bakgrunn av utvalgets argumentasjon konkluderer de med at disiplinærhensynet bør tillegges mer vekt i avskjæringsvurderingen. Synspunktet har ikke fått gjennomslag i straffeprosesslovgivningen, men uttalelsene gir likevel uttrykk for at det eksisterer et voksende ønske om en lovendring.

4.2.3 Lovformelighetsidealet

Et tredje hensyn som har blitt brukt som begrunnelse for bevisforbud, er idealet om en lovformelig prosess. Lovformelighetsidealet innebærer at myndighetsapparatene som utøver makt, bør respektere lovens rammer for straffeforfølgningen¹²⁵. Tanken bak lovformelighetsidealet er at bruken av ulovlig ervervede bevis kan fremstå som støtende for befolkningen. Dersom myndighetene kan bryte loven overfor borgerne – og ikke omvendt – er det lett å tenke at dette vil svekke befolkningens tillit til rettsstatens integritet. I denne sammenheng burde retten til en «fair hearing» etter EMK artikkel 6 nr. 1 nevnes. Dersom prosessen mot siktede ikke er lovformelig vil det kunne være «unfair» å domfelle han på bakgrunn av et bevis ervervet som følge av et lovbrudd.

¹²³ NOU 2016:24 side 273

¹²⁴ NOU 2016:24 side 273

¹²⁵ NOU 2016:24 side 273

I forarbeidene til dagens straffeprosesslov blir idealet om en lovformelig prosess benyttet som et hensyn som kan tilsi at det oppstilles en regel for bevisavskjæring. Komiteen uttaler at:

«Det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f.eks. at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler¹²⁶» [min kursivering].

Lovformelighetshensynet er også blitt vektlagt i rettspraksis¹²⁷. I dommen Rt. 1994 s. 1139 var spørsmålet om en tidligere forklaring siktede hadde gitt i en henlagt drapssak kunne føres mot ham. Forklaringen hadde blitt avgitt mot at opplysningene som var gitt ellers ikke skulle brukes mot ham. Løfter fra politiet om amnesti er i strid med strpl. § 92 annet ledd. På denne bakgrunn slo Høyesterett fast at forklaringen var et ulovlig ervervet bevis. I vurderingen for om et bevis ervervet i strid med strpl. § 92 kan nektes ført uttaler Høyesterett at:

«For det andre – og det er for meg det sentrale synspunktet – kan det fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede, som det her vil være tale om¹²⁸».

Det virker imidlertid som at lovformelighetshensynet må vektlegges etter hvor alvorlig ervervskrenkelsen er. I Rt. 2007 s. 920 sammenlignet kjæremålsutvalget saken sin mot Rt. 1991 s. 616, hvor et bevis hadde blitt avskåret som følge av en «alvorlig integritetskrenkelse¹²⁹». I 2007-dommen uttaler kjæremålsutvalget i avsnitt 57 at «krenkelsen av hans rettigheter er mindre grov enn hva tilfellet var i den nevnte saken [rt. 1991 s. 616]» [min tekst]. Føringen av det ulovlig ervervede beviset hadde derfor ikke «samme karakter av ny krenkelse overfor A¹³⁰». Torgersen er også av oppfatningen at lovformelighetshensyn først og fremst vektlegges ved mer alvorlige krenkelser¹³¹. Synspunktet er logisk; det vil være svært støtende, for både siktede og samfunnet, dersom man tillot føringen av bevis som er ervervet ved alvorlige personvernkrænkelser eller bevis fremskaffet ved tortur. Det vil på den

¹²⁶ NUT 1969:3 side 197

¹²⁷ Se f.eks. Rt. 1991 s. 616 (s. 623) og Rt. 1992 s. 698 (s. 705).

¹²⁸ På side 1141 i dommen

¹²⁹ Rt. 1991 s. 616 (s. 623)

¹³⁰ Avsnitt 57 i 2007-dommen

¹³¹ Torgersen (2008) side 149

annen side være langt mindre støtende å tillate føringen av beviser som er ulovlig på bakgrunn av brudd på regler om personell beslutningskompetanse.

4.2.4 Sammenfatning

Som det fremgår av det ovennevnte er det hensynet til bevispålitelighet, disiplinering og en lovformelig prosess som kan begrunne et bevisforbud. I hvilken grad disse hensynene kan vektlegges varierer fra sak til sak. Det er dermed uklart hvor langt de ulike hensynene rekker. Ulovlige beviserverv kan forekomme på mange måter, noe som kan forklare hvorfor man i norsk rett har valgt å holde seg åpne til avskjæringsspørsmålet. Norsk bevisrett er preget av sannhetsidealet, og hovedregelen er derfor at også ulovlige ervervede beviser skal føres for domstolen¹³². Hensynene som kan begrunne bevisforbud må dermed stå sterkt i den aktuelle sak dersom et bevisforbud skal kunne oppstilles.

4.3 Oversikt over den norske avskjæringsregelen

4.3.1 Beviset må være ulovlig eller utilbørlig ervervet

For at et bevis skal kunne avskjæres etter de ulovfestede reglene, er det et grunnvilkår at det dreier seg om et bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte¹³³. Avhandlingen skiller ikke mellom termene ulovlig og utilbørlig ettersom begge begrepene i realiteten omhandler en form for ulovlighet, se pkt. 1.2. Når man snakker om ulovlighet i generell forstand forstås dette som handlinger i strid med formell lovgivning. Det er denne forståelsen som er lagt til grunn når Høyesterett skiller mellom ulovlig og utilbørlig ervervede bevis. Et utilbørlig ervervet bevis er på den annen side et bevis ervervet i strid med ulovfestede rettsnormer, og det er sånn sett nærliggende å også anse slike beviserverv som ulovlig¹³⁴. Man kan dermed si at grunnvilkåret for ulovfestet bevisavskjæring er at beviservervet må ha vært ulovlig i henhold til formell lov eller ulovfestede rettsnormer.

4.3.2 Den bredere avskjæringsvurderingen

I dommen Rt. 2003 s. 1266 uttaler Høyesterett i avsnitt 20 at avskjæringsvurderingen reiser to spørsmål. Det må først vurderes om det omstridte beviset er ulovlig ervervet og i så fall om beviset likevel skal tillates ført. Å fastslå hvorvidt beviservervet er ulovlig er altså bare det

¹³² Rt. 2006 s. 582 avsn. 22

¹³³ Rt. 2003 s. 1266 avsn. 20

¹³⁴ Se forklaringen i pkt. 1.2 og dommen Rt. 1991 s. 616 (s. 623)

første steget i en større vurdering. Etter at ulovlighet er konstatert, er domstolen så nødt til å gå i en bredere avskjæringsvurdering, hvor flere momenter er trukket inn¹³⁵. Av disse momentene er et sentralt vurderingstema hvorvidt føring av det ulovlig ervervede beviset vil medføre en gjentakelse eller fortsettelse av krenkelsen ovenfor siktede. I avgjørelsen Rt. 1999 s. 1269, ble gjentakelsesmomentet gitt avgjørende vekt i avskjæringsvurderingen. Høyesterett uttaler på side 1272 i dommen at:

«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. **I tilfeller hvor føring av bevis vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nekte ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining.**» [min utheving].

Vurderingsmomentet skiller seg fra de andre momentene ettersom gjentakelseskriteriet alene kan medføre et bevisforbud. Det synes som at Høyesterett i 1999-dommen har ment at utgangspunktet skal være at gjentakelse fører til et bevisforbud. På denne bakgrunn vil det være nærliggende å sile ut gjentakelseskriteriet fra den øvrige interesseavveiningen. Høyesterett har imidlertid modifisert dette utgangspunktet i HR-2021-966-A, hvor det i avsnitt 22 uttales at:

«Den todelingen som er skissert i dommen [Rt. 1999 s. 1269] – er imidlertid nedtonet. Det legges i stedet opp til en bredere vurdering, hvor flere momenter er trukket inn. [...] Uttrykket «gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet» er dessuten vagt og temmelig skjønnspreget. Det er derfor ikke 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.» [min tekst].

I denne sammenheng kommer avhandlingen ikke til å skille mellom gjentakelseskriteriet og den «øvrige» interessevurderingen, slik bl.a. Torgersen har gjort i sin doktoravhandling¹³⁶. Gjentakelse vil derfor behandles under den bredere interesseavveiningen i pkt. 5.

¹³⁵ HR-2021-966-A avsn. 22.

¹³⁶ Torgersen (2008) se bl.a. side 145.

5 Interesseavveiningen

5.1 Grovheten av krenkelsen

Ett av momentene som skal vektlegges i interesseavveiningen, er grovheten av krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset¹³⁷. Momentet er sentralt i vurderingen, og kan alene være tungtveiende nok at det tilsier et bevisforbud. Hvordan man skal vurdere denne grovheten er ikke helt åpenbart. Rettspraksis og juridisk teori har forsøkt å gi noen føringer for hvilke omstendigheter som er relevante i grovhetsvurderingen.

For det første vil det være logisk å anse at et brudd på formell lovgivning tilsier at en krenkelse er grov. Rent formelle kriterier vil imidlertid ikke være treffende for å vurdere grovheten. Som Torgersen drøfter i avhandlingen sin, er «spennvidden i alvorlighetsgraden av krenkelser innenfor samme formelle kategori for stort¹³⁸». Torgersen synliggjør dette ved å sammenligne tilståelser som fremprovoseres ved torturbruk mot en observasjon som gjøres i sammenheng med et innbrudd. I begge tilfeller vil man ha anskaffet informasjon ved et brudd på formell lov, men det er likevel klart at torturbruk er en langt grovere krenkelse. Det må i stedet ses til karakteren av den rettsregelen som ble brutt ved beviservervet og hvor sterkt den krenkede interessen står¹³⁹. Dersom man ser til Torgersen sitt eksempel er det klart at interessen torturforbudet i Grl. § 93 annet ledd og EMK artikkel 3 verner, står sterkere enn den interessen retten til privatliv i Grl. § 102 og EMK artikkel 8 verner. Dersom en grunnleggende regel er brutt, taler dette altså tungtveiende for at krenkelsen var grov¹⁴⁰.

Avgjørelsen Rt. 1991 s. 616 synliggjør grovhetsvurderingen. Høyesterett uttaler på side 623:

«I den foreliggende sak dreier det seg [...] om **en alvorlig integritetskrenkelse**. Å ha bli utsatt for hemmelig video-overvåking på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende. **Etter min mening taler vesentlige personvern hensyn for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebragt på denne måte.**» [min utheving]

¹³⁷ Se bl.a. HR-2021-966-A, HR-2022-02420-A og Rt. 1999 s. 1269

¹³⁸ Torgersen (2008) side 150

¹³⁹ Torgersen (2008) side 150 og Øyen (2022) side 367

¹⁴⁰ Øyen (2022) side 367

I forarbeidene til tvl. § 22 – som også er retningsgivende i straffeprosessen¹⁴¹ - uttalte departementet at det vil «normalt være tungtveiende rettssikkerhetshensyn, herunder personvernens hensyn, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført¹⁴². Departementets uttalelser og avgjørelsen Rt. 1991 s. 616 understreker at det er den krenkede interessen som er det sentrale i grovhetsvurderingen.

Dersom det ulovlige beviservervet krenker en grunnleggende interesse, vil altså dette tale for bevisavskjæring. Det avgjørende for vurderingen er hvor beskyttelsesverdig den krenkede interessen i saken er. I rettspraksis er det hovedsakelig personvernkrænkelser som har vært gjenstand for behandling i Høyesterett¹⁴³, men også brudd på grunnleggende rettssikkerhetshensyn har medført bevisforbud¹⁴⁴. Krænkelens grovhet må veies opp mot hensynet til en materielt korrekt dom og sakens opplysning¹⁴⁵. Det er dermed klart at det kreves en svært grov krænkelse for å oppstille et bevisforbud.

5.2 Hadde den som satt med beviset en plikt til å utlevere det

Et annet sentralt moment i vurderingen er om den som satt med beviset også pliktet å utlevere dette. Momentet gir uttrykk for at bevisets tilgjengelighet spiller en rolle i interesseavveiningen. Her må det ses til om den ulovlige opptreden var nødvendig for å erverve beviset. Adgangen til å avskjære et bevis står sterkest dersom informasjonstilgangen var helt stengt av lovbestemmelser, eller var betinget av et samtykke som ikke ble gitt i forkant eller etterkant¹⁴⁶. Momentet ble først oppstilt i avgjørelsen Rt. 1999 s. 1269¹⁴⁷, og har siden vært et sentralt moment i avskjæringsvurderingen¹⁴⁸.

Øyen og Torgersen gir uttrykk for at det må skilles mellom tilfellene hvor beviservervet stred mot materielle skranke eller «bare» formelle skranke¹⁴⁹. Det er særlig brudd på materielle

¹⁴¹ Se pkt. 1.3.1 og pkt. 1.3.2

¹⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 459

¹⁴³ Se bl.a. Rt. 1991 s. 616, HR-2021-966-A og Rt. 2001 s. 668

¹⁴⁴ HR-2017-1894-U

¹⁴⁵ Rt. 1991 s. 616 (s. 623)

¹⁴⁶ Øyen (2022) side 368

¹⁴⁷ På side 1272 i dommen

¹⁴⁸ Se bl.a. Rt. 2006 s. 582 (avsn. 24), HR-2021-966-A (avsn. 24) og HR-2022-02420-A (avsn. 20)

¹⁴⁹ Øyen (2022) side 368 og Torgersen (2008) side 159.

regler som kan tilsi at det oppstilles et bevisforbud. Høyesterett gir også uttrykk for at det må skilles mellom materielt og formelt brudd¹⁵⁰. Synspunktet er logisk; dersom politiet vil ransake et hjem og avgjørelsen om ransaking treffes av en politibetjent som ikke hadde kompetansen til å beslutte ransaking, men de øvrige vilkårene forela, vil det ikke fremstå som særlig støtende å tillate beviset. I et slikt tilfelle ville politiet uansett hatt muligheten til å innhente informasjonen de søkte ved å ha fått besluttet ransaking av noen med kompetanse. Det vil dermed ikke være hensiktsmessig å avskjære beviset. Ettersom politiet hadde muligheten til å foreta ransakelsen lovlig, vil det være et inngrep som politiet hadde lovlig adgang til, jf. GrL. § 113, og det vil ikke være naturlig å anse ransakelsen som et brudd på beskyttelsesverdige interesser. I tillegg vil avskjæring her stride mot effektivitetshensyn og sannhetsidealet. Når momentet vurderes må det avgjørende være om tiltalte stilles i en dårligere situasjon enn det loven forutsetter¹⁵¹.

I avgjørelsen Rt. 2006 s. 582 gir imidlertid Høyesterett uttrykk for at det ikke vil veie tungtveiende for bevisforbud dersom mistankekravet ikke var oppfylt når ransaking ble besluttet¹⁵². I dommens avsnitt 24 uttales det at:

«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.»

Uttalelsen synliggjør at det hovedsakelig er i de tilfeller hvor ervervet var totalt utelukket av en lovhjemmel, at momentet tillegges vekt.

På den annen side vil det være langt mer støtende dersom politiet ønsker å føre taushetsbelagt informasjon fra en legejournal de ved en ren tilfeldighet fikk tilgang til. Beviset vil i et slikt tilfelle ikke være mulig å frembringe lovlig, jf. Strpl. § 119 første ledd. Som følge vil det foreligge et klart inngrep i tiltaltes rett til privatliv og føringen av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser. Dersom et taushetsbelagt bevis føres, vil det stille tiltalte i en dårligere situasjon enn det loven forutsetter, noe som taler for at et bevisforbud oppstilles.

¹⁵⁰ Rt. 2006 s. 582 (avsn. 24) og Rt. 2013 s. 1282 (avsn. 43)

¹⁵¹ Torgersen (2008) side 159

¹⁵² Se Øyen (2022) side 368. Synspunktet er videreført i bl.a. HR-2022-02420-A (avsn. 25)

5.3 Vil føring av beviset være en gjentakelse eller fortsettelse av rettskrenkelsen

Det tredje sentrale momentet i interesseavveiningen er om føringen av beviset vil bli opplevd som en fortsatt eller gjentatt rettskrenkelse overfor tiltalte. Momentet har vært en del av vurderingen helt siden den ulovfestede bevisavskjæringslærens begynnelse. I dommen Rt. 1991 s. 616 uttaler Høyesterett på side 623 at føringen av et ulovlig ervervet bevis «vil kunne oppfattes som en **ny krenkelse** av den som er blitt overvåkt.». I etterfølgende rettspraksis har momentet ofte blitt omformulert til å omhandle en «gjentatt eller fortsatt krenkelse¹⁵³», men det dreier seg om det samme momentet selv om begrepsbruken er noe forskjellig. Det var imidlertid i tidligere praksis normalt å dele vurderingen om en gjentatt eller fortsatt krenkelse fra den øvrige interesseavveiningen¹⁵⁴. Høyesterett har i nyere tid har fraveket denne todelingen ettersom kriteriets ordlyd er vag og derfor ikke egner seg godt som et eget avgrensningskriterium¹⁵⁵. Momentet inngår uansett i den bredere interesseavveiningen. Selv om Høyesterett har sluttet å separere kriteriet fra avveiningen, vurderes gjentatt eller fortsatt rettskrenkelse for øvrig på samme måte som tidligere.

I Rt. 1999 s. 1269 uttales det på side 1272 at det sentrale vurderingstemaet er om «føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det *rettsbrudd* som ble begått ved ervervet av beviset.» [Min kursivering]. Det er ikke åpenbart hvilke krenkelser det tas sikte på. En naturlig språklig forståelse av «rettsbrudd» tilsier en overtredelse av en rettsnorm. For ulovlig ervervede bevis må rettsbrudd forstås som en overtredelse av en ervervsnorm¹⁵⁶. Øyen uttaler at disse ervervsnormene normalt uttrykkes gjennom lovbestemmelser som er gitt for å ivareta rettssikkerhetshensyn, personvern hensyn eller andre hensyn. I det tilfelle at et bevis er sikret gjennom en overtredelse av en rettsregel som er ment for å ivareta slike hensyn, mister ikke hensynene uten videre sin kraft på bakgrunn av beviservervet. Dersom hensynene som begrunner ervervsreglene fortsatt gjør seg gjeldende på bevisføringsstadiet, tilsier dette med vekt at det oppstilles et bevisforbud¹⁵⁷.

¹⁵³ Se bl.a Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2003 s. 549, Rt. 2004 s. 858, HR-2021-966-A og HR-2022-02420-A

¹⁵⁴ Se pkt. 4.3.2

¹⁵⁵ HR-2021-966-A (avsn. 22)

¹⁵⁶ Torgersen (2008) side 136

¹⁵⁷ Øyen (2022) side 372. Se også Høyesteretts formulering i HR-2021-966-A (avsn. 22) hvor de uttaler at kriteriet etter omstendighetene kan gis «betydelig vekt» i vurderingen.

Torgersen har et tilsvarende synspunkt som Øyen, men formulerer seg annerledes når han uttrykker at: «Vurderingstemaet må snarere være om de *interesser* den krenkede ervervsnormen er satt til vern for, også krenkes ved bevisføringen¹⁵⁸.». I realiteten er dette et uttrykk for de samme hensynsbetraktninger som Øyen uttaler seg om. Torgersen argumenterer for forståelsen sin ved at det er forenlig med uttalelser i forarbeidet til straffeprosessloven¹⁵⁹. Torgersen uttaler videre at vurderingen om føringen av det ulovlige beviset vil innebære en fortsatt krenkelse, må skje ved en sammenligning av interessene som krenkes ved beviservervet og de interessene som vil bli krenket ved bevisføringen¹⁶⁰.

Hvordan en slik vurdering vil utspille seg i praksis avhenger av hvilke ervervsnormer som har blitt krenket ved det ulovlige beviservervet. Eksempelvis har beviserverv i strid med taushetsplikt normalt blitt avskjært¹⁶¹. Årsaken er at hensynet bak lovbestemt taushetsplikt – som f.eks. strpl. § 119 – er at det skal være mulig å søke profesjonell hjelp eller behandling, uten at noen skal risikere at opplysningene som gis i den forbindelse, skal bli gitt videre¹⁶². Det er dermed et vern som står sterkt for alle borgere i samfunnet. Dersom bevis ervervet i strid med taushetsplikten tillates ført, vil det kunne resultere i at borgere ikke ønsker å være ærlige med psykologer, advokater eller prester i frykt for at opplysningene kan brukes mot dem.

Et annet eksempel på når føringen av et bevis vil medføre en fortsatt rettskrenkelse er der plikten i strpl. § 235 første ledd til å veilede om forklaringsfritaket etter strpl. § 122 før et avhør ikke er overholdt¹⁶³. Hensynet bak fritaksretten i § 122 er at et vitne skal ha muligheten til å sette sine familierelasjoner fremfor samfunnets behov for å oppklare en straffesak¹⁶⁴. Dersom påtalemyndigheten ønsker å føre et vitnebevis i en sak hvor de ikke veiledet vitnet om fritaket i § 122, vil det stride mot hensynet bak bestemmelsen og kunne føre til en

¹⁵⁸ Torgersen (2008) side 136

¹⁵⁹ NUT 1969:3 side 197

¹⁶⁰ Torgersen (2008) side 138

¹⁶¹ Avgjørelsen Rt. 2000 s. 1139 omhandlet et brev som en advokat med et uhell sendte til motparten. Høyesterett uttalte at hensynet for bevisforbudet i datidens tvl. § 205 medførte at beviset ikke kunne føres.

¹⁶² Se. Rt. 1999 s. 1066 (s. 1069), Rt. 2010 s. 1638 (avsn. 33) og Rt. 2006 s. 633

¹⁶³ Øyen (2022) side 372

¹⁶⁴ Rt. 2008 s. 1481 (avsn. 17).

lojalitetskonflikt. Førings av beviset vil følgelig representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet overfor vitnet dersom de i utgangspunktet ikke ønsket å oppgi opplysningene. Familieinteressen foreligger fortsatt selv om at bevisføringen ikke enda har tatt sted og det vil sette en uheldig presedens dersom politiet kan krenke denne interessen ved å ikke veilede om fritaksretten.

På den andre siden har gjentakelseskriteriet ikke blitt vektlagt der beviset var ervervet på bakgrunn av en ulovlig ransakning. Høyesterett har begrunnet dette med at politiet ville hatt hjemmel for å ransake dersom de hadde vært kjent med de faktiske forhold i saken¹⁶⁵ og at det i realiteten ikke dreier seg om en gjentakelse. Høyesterett uttrykker at det i vurderingen må skilles mellom de «tilfeller hvor politiet ikke under noen omstendighet ville hatt adgang til beviset¹⁶⁶.». Det er åpenbart at en ulovlig ransakning vil medføre et inngrep i retten til privatliv. Inngrepet vil imidlertid i hovedsak være selve forstyrrelsen og ubehaget som oppstår når ransakelsen tar sted, men bevisføringen vil til en viss grad kunne representere en fortsettelse av rettsbruddet. Det synes likevel som at Høyesterett argumenterer for at det ikke vil foreligge en reell rettskrenkelse ved føring av beviset dersom det eksisterer en teoretisk adgang for at politiet kunne gjort ervervet lovlig. Tanken er nok at det ved fravær av materielle ervervsregler vil gjelde et absolutt vern mot inngrep i interessene en forbudsregel er ment å beskytte¹⁶⁷. Dersom det eksisterer et hjemmelsgrunnlag – som politiet lovlig kunne ha anvendt med nok informasjon – gjør ikke et interessevern seg gjeldende med samme styrke. Hvorvidt Høyesterett har ment å skape et absolutt skille mellom tilfellene hvor ervervet var teoretisk mulig etter loven og tilfellene hvor det overhodet ikke eksisterte hjemmel, er imidlertid ikke klart.

Bevisføring der man har kommet i besittelse av en legejournal vil imidlertid kunne representere en gjentakelse av rettsbruddet og dermed et bevisforbud, ettersom det ikke eksisterer en ervervshjemmel for slike taushetsbelagte dokumenter.

¹⁶⁵ Se Rt. 2005 s. 582 (avsn. 23) og HR-2022-02420 (avsn. 25)

¹⁶⁶ Rt. 2005 s. 582 (avsn. 23)

¹⁶⁷ Eksempelvis interessene taushetsplikten i § 119 er ment å beskytte.

5.4 Sakens viktighet

Et fjerde moment som har blitt nevnt i rettspraksis, er «hvor viktig saken er¹⁶⁸». Momentet forstås synonymt med alvorligheten av tiltaltes lovbrudd. Det har vært ulike syn på hvilken vekt momentet skal tillegges i interesseavveiningen.

I Rt. 1992 s. 698, som gjald spionasje, uttalte Høyesterett at sakens alvorlighet var av «vesentlig betydning¹⁶⁹». I nyere rettspraksis virker det som dette synspunktet har blitt nyansert noe. I HR-2021-966-A uttaler høyesterett i avsnitt 24 at sakens viktighet kun inngår som et annet relevant moment i den bredere vurderingen. Også Øyen er av den oppfatning at Høyesterett ikke anser dette momentet som like sentralt som de tre momentene som ble behandlet først¹⁷⁰.

I teorien virker synspunktet å være at man skal være forsiktig med å tillegge alvorligheten ved tiltaltes lovbrudd for stor vekt. Aall uttaler at:

«Det er klart at det er størst grunn til å prioritere oppklaring av de alvorligste forbrytelsene. Men det er betenkelig å akseptere en lemping av rettssikkerhetskravene som et virkemiddel for å nå dette målet. Jo alvorligere saken er desto viktigere er det å hindre uriktige domfellelser. Ut fra et slikt syn ville det riktige være å skjerpe rettssikkerhetskravene, derunder heve terskelen for å tillate anvendt ulovlige bevis, i de alvorligste sakene¹⁷¹.»

EMD har på sin side i flere dommer uttrykt at retten til en «fair hearing» etter EMK artikkel 6 nr.1 står sterkest i de mest alvorlige sakene¹⁷². Uttalelsen må forstås slik at rettssikkerhetsgarantiene står aller sterkest i de mest alvorlige sakene, slik Aall gir uttrykk for i sitatet ovenfor.

På den ene side kan det argumenteres for at samfunnspreventive hensyn tilsier at sakens alvorlighet må vektlegges til en viss grad. Statens straffeinteresse vil være størst i de alvorlige saker og det vil kunne oppleves som særdeles støtende for samfunnet dersom en drapsmann

¹⁶⁸ Se f.eks. HR-2021-966-A

¹⁶⁹ Rt. 1999 s. 698 (på s. 706)

¹⁷⁰ Øyen (2022) side 367

¹⁷¹ Aall (1996) side 314. Både Torgersen og Øyen virker å støtte dette synspunktet, se Torgersen (2008) side 171 og Øyen (2022) side 369.

¹⁷² Se EMDs dom *Gäfgen mot Tyskland* (2010) (avsnitt 177) og *Salduz mot Tyrkia* (2008) (avsnitt 54).

skulle gått fri på bakgrunn av et ulovlig beviservert. Her vil også hensynet til å oppnå en materielt korrekt sak spille inn med tyngde. Det kan vanskelig tenkes at samfunnet aksepterer en total ignorering av et bevis som med sikkerhet påviser tiltaltes skyldighet i en alvorlig straffesak. I tillegg kan det være en fare for samfunnet dersom en som er villig til å begå alvorlig kriminalitet, skal kunne bevege seg fritt blant folk.

Det kan på den annen side diskuteres hvor reelle disse argumentene faktisk er. For at argumentene skal ha faktisk tyngde forutsetter det at det ulovlige beviset er svært pålitelig og oppklarende for saken. Som det ble vist til i pkt. 3.2.2 – om EMK-retten – og som det skal vises til i pkt. 6 – om norsk rett, leder feil ved ervervet av primærbeviset i utgangspunktet ikke til at også de etterfølgende bevis skal avskjæres. Dersom politiet har ervervet et slikt oppklarende bevis ulovlig, er det lett å forestille seg at opplysningene i primærbeviset vil gjøre det enklere for politiet å innhente annen relevant informasjon som påviser skyld. I den tidligere behandlet *Gäfgen*-saken hadde politiet kommet i besittelse av flere fellende beviser som følge av det ulovlige primærervervet¹⁷³. Saken viser en form for en dominoeffekt, hvor informasjonen som ble anskaffet ved primærbeviset medførte at politiet fikk tilgang på flere fellende bevis. Det er imidlertid verdt å nevne at EMD konkluderte med at både primær- og sekundærbevis må nektes dersom ervervet krenket EMK art. 3, men saken viser likevel den nevnte dominoeffekten.

Avslutningsvis vil det være svært betenkelig dersom man lempet på rettssikkerhetsgarantiene i de alvorligste straffesakene. Det er nettopp i svært alvorlige saker at det vil være grunn til å frykte regelbrudd i etterforskningen. Det er i slike saker man har størst ønske for oppklaring av saken og straff for den skyldige. Det er derfor naturlig at man vil være mest villig til å gjøre grove regelbrudd for å finne den skyldige¹⁷⁴. Et regelsett som muliggjør slike regelbrudd i etterforskningen, vil ikke være rettsstaten verdig. Dersom man åpner opp for å lempe terskelen i de mest alvorlige sakene, er det lite som tilsier at man ikke skal være villige til å gjøre det samme i andre. Hvis man legitimerer slik praksis, risikerer man å åpne for mer vilkårlig maktbruk. Behovet for å beskytte hensynene bak de krenkede ervervsnormene må

¹⁷³ Se pkt. 3 hvor saken ble behandlet i dybden.

¹⁷⁴ Se pkt. 3.2.2 om *Gäfgen*-saken hvor politiet var villige til å ty til tortur for å oppklare en alvorlig kidnapping- og drapssak.

følgelig stå særlig sterkt i alvorlige straffesaker¹⁷⁵. På denne bakgrunn bør man være forsiktig med å tillegge alvorligheten ved tiltaltes lovbrudd for stor vekt i vurderingen.

5.5 Bevisets viktighet for å oppklare saken

Et femte moment som inngår i avveiningen, er «hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken¹⁷⁶.» Momentet skiller seg fra upålitelighetsynet ettersom det ikke dreier seg om hvor sikkert beviset er, men hvilken verdi det har for sakens oppklaring¹⁷⁷. Kriteriet har nær sammenheng med hensynet til å få saken fullstendig opplyst og ønsket om å avsi materielt korrekte dommer. Dersom et bevis har høy bevisverdi – og beviset langt på vei vil oppklare det hendelsesforløp som har funnet sted – taler sannhetsidealet med styrke mot at beviset kan avskjæres. Det vil også være i statens og samfunnets interesse å straffe dem som begår kriminelle handlinger, særlig der det har blitt begått alvorlige lovbrudd. Det kan derfor tenkes at det vil stride mot den allmenne rettsfølelsen dersom man oppstiller bevisforbud for et bevis som klart påviser hvem som har begått en kriminell handling. Motsatt kan det tenkes at de samme hensyn ikke gjør seg gjeldende med styrke for mindre alvorlige lovbrudd, som f.eks. en liten fartsovertredelse.

I avgjørelsen HR-2021-966-A gis det uttrykk for at momentet kan tillegges vekt i vurderingen. Høyesterett uttaler i dommens avsnitt 44 at lagmannsretten hadde vektlagt at det omstridte videoopptaket måtte antas å være det sentrale beviset i saken. Høyesterett korrigerer ikke dette synspunktet, noe som gir uttrykk for at lagmannsretten hadde anvendt en korrekt forståelse av rettsregelen. Rettstilstanden kan derfor tenkes å være at desto mer sentralt et bevis er for saken oppklaring, desto høyere må terskelen for bevisavskjæring være¹⁷⁸. Det er imidlertid verdt å merke seg at Høyesterett ikke ramset opp bevisverdien som et sentralt moment i interesseavveiningen, men som et av de «Andre relevante momenter¹⁷⁹».

Et hensyn som imidlertid kan tale imot å tillegge momentet særlig vekt er hensynet til en rettfærdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr.1 og Grl. § 95. EMD uttaler i storkammersaken *Ibrahim med flere mot Storbritannia* (2016) at føringen av et sentralt bevis som er ervervet

¹⁷⁵ Som også Torgersen gir uttrykk for i sin avhandling, Torgersen (2008) side 171.

¹⁷⁶ HR-2021-966-A (avsn. 24)

¹⁷⁷ Se avhandlingens pkt. 4.2.1

¹⁷⁸ Slik også Øyen uttrykker det, se Øyen (2022) side 369

¹⁷⁹ HR-2021-966-A (Avsn. 24)

ulovlig, vil trekke mot at rettergangen i sin helhet er å anse som «unfair»¹⁸⁰. I EMDs dom *Gäfgen mot Tyskland* (2010) uttrykkes et tilsvarende synspunkt. I dommens avsnitt 178 nevner EMD at rettergangens «fairness» er på spill dersom det ulovlig ervervede beviset har hatt «a bearing on the outcome of the proceedings against the defendant». Det kan altså tenkes at det vil bryte med retten til en rettferdig rettergang dersom man tillater føringen av et avgjørende bevis som var ervervet ulovlig. Et slikt synspunkt vil selvfølgelig kun gjøre seg gjeldende der lovbruddet på en ervervsnorm var særlig grovt. Eksempelvis vil det være særdeles ineffektivt dersom man skal avskjære beviser hvor krenkelsen av ervervsnormen var manglende kompetanse for å beslutte et etterforskningsskritt.

5.6 Er beviset i tiltaltes favør eller disfavør

Et annet moment Høyesterett ikke har nevnt, men som kan være av stor betydning, er om det ulovlig ervervede beviset er i tiltaltes favør eller disfavør. Hva som ligger i dette, er hvorvidt beviset viser at siktede er skyldig i saken eller om det viser hans uskyld.

Det er flere hensyn som taler imot at det oppstilles et bevisforbud for frifinnende bevis. Hensynet til en fullstendig opplyst sak og ønsket om å avsi korrekte dommer vil selvfølgelig vektlegges også her. I tillegg vil prinsippet om å ikke straffedømme uskyldige spille inn med styrke. Det norske rettssystemet har tatt store skritt for å unngå at uskyldige straffedømmes, noe som kommer til uttrykk gjennom uskyldspresumsjonen i GrL. § 96 annet ledd og det strenge beviskravet i straffesaker. Tankegangen bak rettsnormene er at det er bedre at en som er skyldig blir frifunnet, enn at en blir uskyldig domfelt. I denne sammenhengen har det i teorien blitt hevdet at det bør kreves atskillig før et bevisforbud oppstilles for et frifinnende bevis¹⁸¹.

Synspunktet er gitt uttrykk for i strpl. § 119 tredje ledd hvor det fremgår at: «Forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet.» Bevisforbudet i § 119 første ledd verner – som nevnt i pkt. 5.3 – viktige samfunnsinteresser. Interessene vil stå med samme styrke uansett om beviset er fellende eller frifinnende. En krenkelse av samfunnsinteressene vil normalt medføre bevisforbud for et fellende bevis. Lovgiver gir altså

¹⁸⁰ Se moment «(g)», under avsnitt 274 i dommen, i listen over momenter som veier mot at en rettergang har vært «unfair»

¹⁸¹ Se Øyen (2022) side 367 og Torgersen (2008) side 172-173

uttrykk for at vernet av den uskyldige står langt sterkere enn interessene bestemmelsen er ment å beskytte¹⁸². På denne bakgrunnen bør det foreligge ekstraordinære omstendigheter for å oppstille bevisforbud for et frifinnende bevis.

5.7 Andre momenter som er relevante i interesseavveiningen

De momenter som er behandlet i det ovennevnte stammer fra Høyesteretts kjennelse HR-2021-966-A. Oppregningen av relevante momenter i dommen er imidlertid ikke uttømmende. Som det ble utredet for i avhandlingens pkt. 4.2 kan både upålitelighensyn, disiplinærhensyn og lovformelighetsidealet tale for at det oppstilles et bevisforbud. Disse hensyn vil alle kunne være relevante momenter å tillegge vekt i en bevisavskjæringsvurdering.

I tillegg vil tidspunktet for avskjæringsspørsmålet kunne være av relevans. Tanken er at dersom bevisforbud først blir behandlet i lagmannsretten eller Høyesterett, kan prosessøkonomiske hensyn tale mot at dommen fra tingretten oppheves selv om man konstaterer at et bevis aldri skulle vært tillat ført. Som følge vil man risikere at dommen blir stående selv om dommerne i førsteinstansen reelt sett var påvirket av et bevis som aldri skulle vært ført¹⁸³. Også Bratholm har vektlagt vurderingstidspunktet. Bratholm argumenterer for at desto lengre en siktet venter med å anføre at det skal oppstilles bevisforbud, jo svakere står innsigelsen. Dersom påtalemyndigheten har vært av den tro at de satt med gode beviser som påviste skyld, er det mulighet for at de har unngått å anskaffe flere fellende beviser¹⁸⁴. Hensynet til tidspunktet for avskjæringsvurderingen er nok relevant, men det er neppe et moment som kan tillegges særlig vekt¹⁸⁵.

¹⁸² I NOU 2016:24 side 39 § 8-6 (4) har straffeprosessutvalget foreslått å lovfeste en generell regel for å unnta bevisforbud dersom det kan medføre at en mistenkt vil bli uriktig straffet.

¹⁸³ Aall (1996) side 315.

¹⁸⁴ Bratholm, *Ulovlig fremskaffet bevis* Tidsskrift for Rettsvitenskap (1959) side 121.

¹⁸⁵ Torgersen (2008) side 172

6 Særlig om etterfølgende bevis i norsk rett

I norsk rett er hovedregelen at bevisforbudet kun rammer den informasjonen som ble direkte anskaffet gjennom det ulovlige beviservervet¹⁸⁶. Eventuelle unntak kan tenkes der hensynene som begrunner bevisforbud også gjør seg gjeldende for de etterfølgende bevisene¹⁸⁷.

I avgjørelsen Rt. 1997 s. 1778 hadde politiet fått vite om en potensiell voldtekt gjennom et tips fra et sykehus. Tipset var et brudd av den kallsmessige taushetsplikten ansatte på sykehuset har etter strpl. § 119 og beviset måtte anses som ulovlig. Høyesterett argumenterte for at strpl. § 119 ikke rekker videre enn «de bevis som er en direkte følge av et brudd på taushetsplikt» (s. 1781). Bestemmelsen rammet således ikke de etterfølgende vitneforklaringene som senere ble ervervet.

Avgjørelsen kan forstås slik at det ikke vil være grunnlag for å avskjære også de etterfølgende bevis dersom føring av sekundærbevisene ikke vil medføre en gjentatt eller ny krenkelse ovenfor siktede. Dersom føringen imidlertid vil representere en ny krenkelse ovenfor siktede, vil dette kunne tale for at også de etterfølgende bevis avskjæres. Dette samsvarer med EMDs begrunnelse i *Gäfgen*-saken, hvor de kom til at etterfølgende bevis ervervet på bakgrunn av brudd på torturforbudet i EMK artikkel 3 måtte avskjæres¹⁸⁸. EMD begrunnet synspunktet med at artikkel 3 er en absolutt rett og at føring av enhver informasjon som følger av tortur vil legitimere torturbruk. Hensynene bak torturforbudet – å forby at noen under enhver omstendighet skal utsettes for umenneskelig fysisk eller psykisk smerte for å oppnå et formål - gjorde seg med andre ord gjeldende for også de etterfølgende bevisene.

Andenæs synes heller ikke å mene at primærbevisets ulovlighet bør påvirke de bevis som skaffes på bakgrunn av det ulovlige beviservervet:

«Den forutgående ulovlighet gjør ikke den etterfølgende beslagleggelse og bruk av beviset ulovlig. På samme måte må man se det om politiet under den ulovlige ransaking treffer et

¹⁸⁶ Se Rt. 1997 s. 1778 (s. 1781) og Rt. 2014 s. 916 (avsn. 21-22). Også Øyen er klar på at dette er standpunktet i norsk rett, se Øyen (2022) side 374.

¹⁸⁷ Øyen (2022) side 374

¹⁸⁸ EMDs dom 1. juni 2010 *Gäfgen mot Tyskland* avsnitt 167

vitne som det ellers ikke ville ha fått kjennskap til. At politiet ikke ville ha funnet vitnet hvis det hadde gått lovlig frem, utelukker ikke at vitnet blir innstevnet for retten¹⁸⁹.»

I Rt. 2001 s. 668 virker det imidlertid som at Høyesterett åpner opp for en ren *dominoeffekt*. Høyesterett uttaler i dommens side 672 at:

«Utvalet finn grunn til å peike på at i den grad den ulovlege innhentinga av videoopptak var ein del av grunnlaget for avhøyet og vedgåinga, er det ikkje utan vidare slik at rapporten – eller vitneprov om innhaldet i avhøyet – kan nyttast som bevis. Omsynet til effektiv avskjering av videobeviset kan føre til at også bevis som byggjer på dette må nektast førte.»

Uttalelsen strider mot hovedregelen som er utpenslet i Rt. 1997 s. 1778 og i teorien. Høyesterett gir uttrykk for at sekundærbevis kan avskjæres – ikke fordi føringen av bevisene vil stride mot hensynene bak noen ervervsnormer – men som følge av at de er avledet av et ulovlig bevis. Det er altså tale om en dominoeffekt hvor man avskjærer alle beviserverv som stammer fra det ulovlige primærervervet. Høyesterett begrunner et slikt synspunkt med at det ellers ikke vil være tale om en reell avskjæring dersom de avledede bevis kan føres.

Bratholm mener – som Øyen - at avskjæringsspørsmålet for etterfølgende bevis bør løses etter de samme vurderinger som for primærbeviset¹⁹⁰. Synspunktet er logisk, men neppe særlig prosessøkonomisk ettersom det kan føre til vanskelige avskjæringsvurderinger. Hensynet til bevisets pålitelighet gjør seg heller ikke gjeldende for etterfølgende bevis ettersom de avledede bevisene i seg selv er lovlig ervervet. Det er kun det ulovlige primærbeviset som kan være upålitelig i kraft av det ulovlige ervervet. På den annen side kan disiplinærhensynet og lovformelighetsidealet tale for en dominoeffekt. Disiplinærhensynet vektlegges imidlertid i svært liten grad i norsk rett. Lovformelighet kan på sin side tale for at det vil være støtende å føre beviser som er ervervet på bakgrunn av informasjon som ble innhentet ulovlig. Hensynet gjør seg dog bare gjeldende der den siktede er utsatt for en grov krenkelse ved beviservervet¹⁹¹. Det kan dermed vanskelig tenkes at det kan oppstilles et konkret unntak for avledede bevis og spørsmålet må nok avgjøres slik Bratholm og Øyen forutsetter det.

¹⁸⁹ Andenæs (2009) side 242

¹⁹⁰ Bratholm, *Ulovlig fremskaffet bevis* TfR (1959) side 128-129. sml. Øyen (2022) side 374.

¹⁹¹ Sml. Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2007 s. 920. se pkt. 4.2.3

7 Er dagens regel velfungerende?

Avhandlingen har vist at den ulovfestede læren om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis er svært omfattende. Læren har etter straffeprosesslovens ikrafttredelse utviklet seg til en skjønnsvurdering hvor flere relevante hensyn må veies opp mot sakens sannhet. Spørsmålet jeg nå vil forsøke å besvare er hvorvidt dagens regel er velfungerende, eller om det er behov for en regelendring.

Torgersen konkluderte i sin doktoravhandling fra 2008 med at spørsmålet ikke kunne besvares ettersom det ikke eksisterte en overbevisende målestokk for å vurdere om adgangen til å oppstille bevisforbud bør utvides. I dag stiller spørsmålet seg imidlertid annerledes. I februar i 2022 kom riksadvokaten med en nasjonal rapport om tvangsmiddelbruk i mindre alvorlig narkotikasaker¹⁹². Rapporten viste at det - hver av de undersøkte ukene - ble gjort ca. 40 uforholdsmessige kroppslige ransaker som kun var basert på mistanke om narkotikabruk. Det handlet altså om systematiske lovbrudd i politiets etterforskning. Hvor lenge denne praksisen eksisterte er ikke sikkert, men undersøkelsen viser at det mest sannsynlig har blitt gjort tusenvis av ulovlige ransaker av norske politibetjenter. Rapporten viser også et behov for å vurdere om dagens avskjæringsregel er god nok, og at det må stilles spørsmål til hvorfor domstolene eller spesialenheten for politisaker aldri tok tak i en slik utbredt ulovlig etterforskningspraksis.

Det er klart at prinsippet om fri bevisføring står sterkt i norsk rett ettersom det vil kunne være støtende for samfunnet dersom en åpenbart skyldig går fri på grunn av småfeil i politiets etterforskning. Det kan imidlertid tenkes at det er like støtende for borgerne dersom politiet skal ha adgang til å systematisk bryte ervervsnormene, uten konsekvenser. Hvorfor skal politiet kunne bryte loven – og bli belønnet for det – mens borgerne blir straffet for lovbrudd? Det vil oppleves som mindre støtende for samfunnet at en småkriminell går fri for feil av politiet enn en drapsmann. Det vil imidlertid kunne oppleves som særlig støtende dersom politiet uten reell mistanke for et straffbart forhold skal ha adgang til å anvende tvangsmidler for å straffe mild kriminalitet. Etter min mening bør derfor disiplineringshensynet stå sterkere i mindre alvorlige straffesaker. En strengere kontroll av politiets maktbruk vil gi politiet bedre føringer for å danne en velfungerende og rettferdig praksis, og vil kunne medføre at

¹⁹² Riksadvokatens skriftserie 1/2022

etterforskning i enda større grad blir i overenstemmelse med loven. Større grad av bevisforbud vil bidra til et økt fokus på lovlighet i etterforskningen dersom politiet ikke lengre kan føre saker hvor de har ervervet beviser ulovlig.

I de alvorligste straffesakene kan spørsmålet stille seg annerledes. Hensynet til den sosiale ro og allmennpreventive grunner innebærer et sterkere ønske om å straffe dem som begår alvorlige straffbare handlinger. Det vil dermed kunne oppleves som langt mer støtende for samfunnet dersom man lar en skyldig i et alvorlig lovbrudd, gå fri på grunn av feil i etterforskningen. Det vil eksempelvis være vanskeligere å akseptere at en terrorist går fri enn en rusavhengig. Som følge er det vanskelig å argumentere for å avskjære avgjørende beviser i en alvorlig straffesak på bakgrunn av disiplineringshensyn.

Det samme gjør seg gjeldende der politiet kunne gjort beviservervet lovlig, men har gjort småfeil i etterforskningen som gjør ervervet rettsstridig. Det vil ikke oppleves som støtende å tillate et slikt bevis ført. Det er særlig for de grove bruddene på ervervsnormer i en mindre alvorlig sak at lovformelighetshensynet og disiplineringshensynet gjør seg gjeldende, og spesielt her det tilsynelatende trengs en lovendring. Det må likevel fortsette å eksistere en adgang til å oppstille et bevisforbud i alvorlige straffesaker der politiet gjør grove brudd i etterforskningen, eksempelvis ved å innhente taushetsbelagt informasjon i strid med strpl. § 119 eller ved torturbruk.

Et annet aspekt er de tilfeller hvor politiet etterforsker ulovlig, men ikke finner kriminalitet. Ved å ikke føre en kontroll på ervervsmetodene, risikerer man at flere uskyldige borgere blir utsatt for en rettsstridig krenkelse av deres menneskerettigheter. Det er ikke enkelt å si noe om hvor ofte slike krenkelser skjer, men ved å ha et regelsett som aksepterer og belønner ulovlig etterforskning, åpner man for at enhver borger kan bli berørt. Dersom man i større grad oppstiller bevisforbud for ulovlige beviserverv vil man ikke bare bedre kriminelle sin rettssikkerhet, men samfunnet som helhet.

Videre er det betenkelig at ulovlig praksis har foregått systematisk i Norge over flere år uten at domstolene har tatt tak i det. Det var først etter høringer i Stortinget at den ulovlige etterforskningspraksisen ble satt på spissen. Etter at riksadvokaten foretok undersøkelsene, kom han selv i et brev av 9. april 2021¹⁹³ med føringer til hvordan politiet skal gå frem med

¹⁹³ 21/955 – 3 / RTO006

tvangsmiddelbruk. Det er selvsagt bra at feilpraktiseringen ble rettet opp i, men i en rettsstat som bygger på et maktfordelingsprinsipp, bør det være domstolenes rolle å kontrollere maktmisbruk av politiet, og ikke påtalemyndighetene selv. Ved en regelendring, der domstolene i større grad kan slå ned på ulovlige ervervsmetoder, kan det tenkes å resultere i at det enklere kan føres kontroll med myndighetspraksis som krenker borgernes menneskerettigheter.

Etter min mening bør gjeldende rett endres. Slik læren om avskjæring av ulovlig ervervede bevis er i dag, belønner den ulovlig opptreden i politiet. Domstolene er i liten grad villig til å avskjære beviser som er ervervet rettsstridig, noe som i verste fall kan gi politiet et insentiv til å fortsette med ulovlige erverv. Dersom domstolene ikke kontrollerer myndighetsutøvelsen ovenfor borgerne, øker risikoen for maktmisbruk. Dette gjør seg spesielt gjeldende i dag ettersom den teknologiske utviklingen – og de etterforskningsmetodene som har medfulgt - har gjort potensielle misbruk fra politiet enkelt. Det er lite som tilsier at man ikke kan oppnå en etterforskningspraksis hvor man erverver bevisene lovlig, men samtidig får oppklart straffesakene. Riksadvokatens oppfølgende undersøkelse av tvangsmiddelbruk viser dette¹⁹⁴. I den oppfølgende rapporten konkluderes det med at politiets tvangsmiddelbruk hadde bedret seg betydelig etter riksadvokatens brev 9. april 2021. Undersøkelsen viser hvor effektivt man kan få fjernet ulovlig etterforskningspraksis. En utvidelse av avskjæringsregelen vil dermed kunne bidra til en mer effektiv kontroll og bedring av offentlig maktbruk overfor samfunnet.

¹⁹⁴ Riksadvokatens skriftserie 2/2022

Kildeliste

Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 1687 (NL).

Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

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

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

Internasjonale konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

De Forente Nasjoners konvensjon 12. desember 1984 mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (Torturkonvensjonen)

Lovforarbeider

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

Prop. 146 L (2020-2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.)

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

Ot.prp nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

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

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern – Politimetoder i forebyggende øyemed

Rettsavgjørelser

Norske avgjørelser i Høyesterett

Rt. 1979 s. 1021

Rt. 1991 s. 616
Rt. 1992 s. 698
Rt. 1994 s. 610
Rt. 1994 s. 1139
Rt. 1996 s. 1114
Rt. 1997 s. 795
Rt. 1997 s. 1778
Rt. 1999 s. 1066
Rt. 1999 s. 1269
Rt. 2000 s. 996
Rt. 2000 s. 1139
Rt. 2000 s. 1223
Rt. 2001 s. 668
Rt. 2002 s. 557
Rt. 2002 s. 1500
Rt. 2003 s. 549
Rt. 2003 s. 1266
Rt. 2004 s. 858
Rt. 2005 s. 1353
Rt. 2006 s. 582
Rt. 2006 s. 633
Rt. 2007 s. 920
Rt. 2008 s. 1481
Rt. 2009 s. 1526
Rt. 2010 s. 1638

Rt. 2013 s. 817

Rt. 2013 s. 1282

Rt. 2014 s. 916

Rt. 2015 s. 93

HR-2016-2554-P

HR-2017-1894-U

HR-2019-997-A

HR-2019-1967-A

HR-2020-2137-A

HR-2021-966-A

HR-2022-02420-A

HR-2023-00096-U

Norske avgjørelser i lagmannsretten

LB-2021-33945-2

Avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Gäfgen mot Tyskland [GC], no. 22978/05, EMD, 1. juni 2010

Khan mot Storbritannia [J], no. 35394/97, EMD, 12. mai 2000

Labita mot Italia [GC], no. 26772/95, EMD, 6. april 2000

Ramirez Sanchez mot Frankrike [GC], no. 59450/00, EMD, 4. juli 2006

Keenan mot Storbritannia [J], no. 27229/95, EMD, 3. april 2001

Barberá, Messegué og Jarbardo mot Spania [P], no. 10590/83, EMD, 6. desember 1988

Irland mot Storbritannia [P], no. 5310/71, EMD, 18. januar 1978

Ibrahim med flere mot Storbritannia [GC], no. 50541/08, no. 50571/08, no. 50573/08 og no. 40351/09, EMD, 13. september 2016

Tyrer mot Storbritannia [J], no. 5856/72, EMD, 25. april 1978, Series A no. 26

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter*, 2. opplag, Universitetsforlaget 1996

Andenæs, Johannes Bratt og Myhrer, Tor-Geir, *Norsk straffeprosess*, 4. utg., Universitetsforlaget 2009

Skoghøy, Jens Edvin, *Rett og Rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Runar Torgersen 2008

Bratholm, Anders, *Ulovlig fremskaffet bevis*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1959

Hov, Jo, *Rettergang II*, Papinian, 2010

Artikler

Kolsrud, Kjetil, «Professor: Innfør bevisavskjæring i mindre straffesaker», *Rettt24*, 18. mars 2022, <https://rett24.no/articles/professor-innfor-bevisavskjaering-i-mindre-straffesaker>

Smith, Merete, «I møte med ulovlig innhentet bevis bør domstolen heve blikket, og se strengt på politiet.», advokatforeningen, 31. mars 2022, <https://www.advokatforeningen.no/aktuelt/blogg/i-mote-med-ulovlig-innhentet-bevis-bor-domstolen-heve-blikket-og-se-strengt-pa-politiet/>

Kolsrud, Kjetil, «Politiet kan ha gjort flere tusen ulovlige rusundersøkelser i året», *Rettt24*, 15. februar 2022, <https://rett24.no/articles/politiet-kan-ha-gjort-flere-tusen-ulovlige-rusundersokelser-i-aret>

Riksadvokaten

RA nr. 3/1999 / RA-1999-33

Riksadvokatens skriftserie 1/2022, *Tvangsmiddelbruk i mindre alvorlige narkotikasaker*.

Riksadvokatens skriftserie 2/2022, *Tvangsmiddelbruk i mindre alvorlige narkotikasaker: Oppfølgende undersøkelse*

Riksadvokatens brev 9. april 2021, 21/955 – 3 / RTO006, *Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk - relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker*

