



Bevisavskjæring i straffesaker på grunn av ulovlig erhvervede bevis.

Av Hanne Saur

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2007*

Innhold

1	Innledning	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Rettskildebildet	3
1.3	Avgrensning	5
1.4	Videre fremstilling	6
2	Om etterforskningen	6
2.1	Når iverksettes etterforskning?	6
2.2	Hvordan utføres etterforskningen?	7
2.3	Nærmere om de ulike etterforskningsmetodene for innhenting av bevis	8
2.3.1	<i>Tvangsmidlene</i>	8
2.3.2	<i>Avhør</i>	9
2.3.3	<i>Ekstraordinære etterforskningsmetoder</i>	10
3	Når er beviset ulovlig ervervet?	11
3.1	Definisjon	11
3.2	Formell lov eller forskrift	12
3.3	Grunnloven	13
3.4	EMK	13
3.5	Legalitetsprinsippet	14
3.6	Alminnelige prinsipper	15
3.7	Instruks	16
3.8	Særlige spørsmål angående bevis innhentet i utlandet	16
3.9	Nødrett	18
3.10	Kan samtykke erstatte lovhjemmel?	19
3.11	Oppsummert	21
4	Når skal bevis innhentet ved bruk av ulovlige etterforskningsmetoder avskjæres?	22
4.1	Innledning	22
4.2	Grunnleggende hensyn	24
4.2.1	<i>Hensynet til sakens opplysning</i>	24
4.2.2	<i>Hensynet til tiltaltes integritet og personvern</i>	25
4.2.3	<i>Hensynet til publikums tillit til rettsvesenet</i>	25
4.2.4	<i>Hensynet til å påvirke politiet fra å benytte ulovlige fremgangsmåter</i>	25
4.3	Konkrete momenter i den enkelte sak	26
4.3.1	<i>Krenkelsens grovhet</i>	26
4.3.2	<i>Siktelsens alvorlighet</i>	32
4.3.3	<i>Bevisets vekt</i>	33
4.3.4	<i>Bevisets pålitelighet</i>	34
4.4	Sondringen fortsettelse/ikke fortsettelse av rettsbruddet	36
5	Oppsummering	38
6	Behandlingsmåten for spørsmål om bevisavskjæring og virkningen av at avskjæring er forsømt....	39
6.1	Behandlingsmåten	40
6.1.1	<i>Under saksforberedelsen</i>	40
6.1.2	<i>Under hovedforhandlingen</i>	40
6.2	Virkningen av at avskjæring er forsømt	41

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er reglene om avskjæring av bevis i straffesaker på grunn av at beviset er innhentet på ulovlig måte. I straffesaker er det stort sett politiet som innhenter bevisene, og det vil være politiets innhenting av ulovlige bevis som kan føre til et krav om avskjæring fra tiltaltes side. Hovedtyngden av denne fremstillingen vil derfor dreie seg om ulovligheter begått av politiet under deres etterforskning, såkalt utenrettslig etterforskning. Imidlertid vil jeg også omtale rettspraksis hvor det er private som står for det ulovlige ervervet, men der det er påtalemyndigheten som krever beviset fremlagt. Der hvor det ikke er nærmere presisert vil jeg i det følgende bruke begrepet politi både om polititjenestemenn og ansatte i påtalemyndigheten.

Oppgaven reiser to hovedproblemstillinger. For det første blir det spørsmål om når et bevis er å anse som ulovlig innhentet, og for det andre i hvilken utstrekning ulovlig innhentede bevis skal kunne brukes ved avgjørelsen av skyldspørsmålet. Den siste problemstillingen er ikke regulert i loven, og forarbeidene til straffeprosessloven overlater spørsmålet til teori og praksis.¹

For politiet som har etterforsket en sak, er det hovedforhandlingen med den påfølgende dom som blir testen på om de har gjort godt nok arbeid, jf. straffeprosessloven (strpl.) § 226 første ledd bokstav b. Påtalemyndigheten reiser først sak når de mener at bevisene som foreligger holder for en domfellelse i retten. For påtalemyndigheten er det derfor viktig at bevisene som er innhentet i saken tillates fremmet. God kunnskap i politi og påtalemyndighet om de rettslige og praktiske begrensningene og mulighetene ved bruken av de ulike etterforskningsmetodene er således en forutsetning for å kunne oppnå gode resultater i kriminalitetsbekjempelsen samtidig som grunnleggende rettssikkerhetshensyn ivaretas.

1.2 Rettskildebildet

Noen av etterforskningsmetodene som politiet benytter under bevisinnhenting er hjemlet i lov eller instruks gitt med hjemmel i lov. Særlig er straffeprosesslovens fjerde del og

¹ Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitèen, 1969 side 197.

påtaleinstruksen kapittel 9 om bruken av tvangsmidler sentrale. For disse lovfestede metodene må vi ta utgangspunkt i loven når vi skal vurdere om beviset er lovlig innhentet. Har man handlet i strid med hjemlene vil beviset være ulovlig ervervet. Lovbestemmelsen må da tolkes og utgangspunktet for tolkningen er lovens ordlyd. Hvordan Høyesterett har tolket bestemmelsene vil gi en viktig pekepinn på hvordan lovreglene er å forstå. Ellers vil forarbeidene til straffeprosessloven kunne gi veiledning om tolkningen. Dersom verken rettspraksis eller forarbeider gir noen veiledning vil spørsmålet måtte bero på en avveining av de reelle hensyn.

Men straffeprosessloven og påtaleinstruksen gir ingen fullstendig oversikt over hvilke etterforskningsmetoder som er tillatt i Norge. For disse metodene har rettspraksis på ulovfestet grunnlag oppstilt skranker for politiets etterforskning. Det gjelder således klare begrensninger for politiets bruk av etterforskningsmetoden provokasjon, selv om metoden ikke er lovregulert.

Selv om en etterforskningsmetode ikke er uttrykkelig forbudt, kan det dessuten være at legalitetsprinsippet krever at metoden har hjemmel i lov.² Det blir opp til domstolene å vurdere om tiltaket er så inngripende at det av den grunn kreves hjemmel i lov for å lovlig kunne benytte det. Også her vil rettspraksis gi pekepinn på hvor grensen for lovlig fremgangsmåte skal trekkes.

Adgangen til å avskjære bevis som er fremkommet på ulovlig måte er som foran nevnt ikke lovregulert. Hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i avskjæringsvurderingen, og hvilken vekt de ulike hensyn skal tillegges må også her baseres på en analyse av hvilke hensyn rettspraksis har funnet relevante, og hvilken vekt de ulike hensyn er tillagt. Fremstillingen vil derfor være basert på det som kan utledes fra det som foreligger av Høyesterettsavgjørelser på området.

Gjennom vedtakelsen av menneskerettsloven av 21. mai 1999 nummer 30 er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) gjort til norsk rett.³ Og av menneskerettsloven § 3 fremgår det at EMK ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Av betydning for denne fremstillingen vil særlig EMK artikkel 6 nummer 1 om kravet til rettfærdig rettergang være av interesse. Rettspraksis fra Den europeiske

² Se Jo Hov, *Rettergang II straffeprosess*, Papinian as 1999 side 164 flg.

³ Jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2.

menneskerettighetsdomstolen (EMD) vil derfor være en relevant rettskilde ved vurderingen av om ulovlig ervervede bevis skal tillates ført. Jeg vil av den grunn også komme inn på avgjørelser fra EMD i fremstillingen nedenfor.

Grensen for hva som er lovlig fremgangsmåte ved beviserverv, samt hvilken virkning dette får for adgangen til å føre beviset vil derfor primært måtte søkes i rettspraksis. Foruten rettspraksis vil oppgavens kilder være straffeprosessloven og forarbeidene til denne. Fremstillingen støtter seg videre på lærebøker, kommentarutgaver til straffeprosessloven, retningslinjer gitt av Riksadvokaten, juridiske artikler og avhandlinger skrevet av juridiske studenter.⁴

1.3 Avgrensning

Jeg vil ta for meg bevis som er innhentet på ulovlig måte, men som politiet likevel ønsker å legge frem i retten. Jeg vil ikke spesielt se på grensene for hvor langt politiet kan gå i bruken av de ulike etterforskningsmetodene, dette vil imidlertid til en viss grad komme inn i vurderingen av når beviset er å anse som ulovlig ervervet.

Jeg vil kun ta for meg bevis som taler til tiltaltes ugunst, da det ikke vil være av interesse for tiltalte å nekte at et bevis som taler til hans fordel blir ført. Spørsmålet om rettsstridig bevisanskaffelse fra anklagedes side vil av den grunn ikke bli behandlet.

At bevis er fremkommet på ulovlig måte under politiets etterforskning kan også få andre følger, for eksempel kan dette resultere i strafferettslige, erstatningsrettslige eller disiplinære følger for de ansvarlige. Jeg vil ikke komme nærmere inn på hvilke andre følger feil ved etterforskningen kan medføre.

Tilfeller der beviset er innhentet på lovlig måte, men der det ulovlige er knyttet utelukkende til anvendelsen av beviset faller også utenfor oppgavens tema.

Gjeldende rett peker entydig i retning av at det ved ulovlig provokasjon fra politiets side ikke blir spørsmål om avskjæring, men snarere at tiltalte må frifinnes.⁵ Ulovlig provokasjon er med

⁴ Se kildeliste til slutt i oppgaven.

⁵ Se bla.a. Rt 1992 side 1088, Rt 1993 side 473, Rt 1998 side 407, Rt 2000 side 1223 og Rt 2006 side 120.

andre ord å anse som en ulovfestet straffrihetsgrunn. Denne konsekvensen av ulovlig beviserverv ligger ikke innenfor oppgavens ordlyd og vil således ikke bli behandlet i avskjæringskapittelet. Men jeg finner det likevel naturlig å si litt om hvilke skranker som gjelder ved bruken av denne metoden. Siden følgene av ulovlig provokasjon er at tiltalte må frifinnes er jo også dette en konsekvens som anses lite heldig fra politiets side.

1.4 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg si litt generelt om politiets etterforskning før jeg i kapittel 3 kommer inn på når et bevis er å anse som ulovlig ervervet. Den mest omfattende delen av oppgaven vil bli kapittel 4. Jeg forutsetter her at beviset er innhentet på ulovlig måte, og vil da se på hvilken betydning dette har for adgangen til å føre beviset i retten. Jeg oppsummerer dette i kapittel 5. Til slutt vil jeg si litt om behandlingsmåten for spørsmål om bevisavskjæring og virkningene av at avskjæring er forsømt. Dette behandles i kapittel 6.

2 Om etterforskningen

Politiets arbeid er av svært variert karakter, jf. lov om politiet av 4. august 1995 nr. 53 (politiloven) § 2. Dersom formålet med politiets virksomhet er å avklare om et straffbart forhold er begått, og i tilfelle hvor, når og av hvem, er virksomheten å betegne som etterforskning.⁶ Det er politiet og påtalemyndigheten som har hovedansvaret under etterforskningen og saksforberedelsen. Politiet skal normalt utføre etterforskningen, mens påtalemyndigheten har ansvaret for at den skjer i samsvar med lov og instruks.⁷

2.1 Når iverksettes etterforskning?

Etterforskning foretas når anmeldelse eller andre omstendigheter gir "... rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige."⁸ Av ordlyden i bestemmelsen ser vi at politiet kan starte etterforskning selv om mistanken ikke er særlig sterk, det stilles ingen krav om skjellig grunn til mistanke, kvalifisert mistanke eller lignende.

⁶ Jf. Håvard Aksnes, *Håndbok i taktisk etterforskning del I*, utkast nr. 1-02.02.03, side 16.

⁷ Se bla.a. straffeprosessloven § 225 og påtaleinstruksen § 7-5.

⁸ Se straffeprosessloven § 224 første ledd.

Det er heller ikke noe vilkår at mistanken er rettet mot noen spesielle. Har for eksempel politiet under patruljering oppdaget at noen har knust en rute inn til et butikklokale, kan etterforskning iverksettes uten at de har noen som helst formening om hvem som kan stå bak. Det samme gjelder selvfølgelig også for butikkeieren dersom han vil anmelde forholdet, heller ikke han trenger å ha noen mistenkte i saken for at han skal kunne inngi anmeldelse. Av ordlyden ser vi videre at det ikke kreves rimelig grunn til å *tro* at det er begått en straffbar handling, det er tilstrekkelig at det er rimelig grunn til å *undersøke om* det har det.

Etterforskning iverksettes enten som følge av at politiet har mottatt en anmeldelse om et straffbart forhold, eller eventuelt ved at politiet selv er vitne til lovovertrедelser og da starter etterforskning på bakgrunn av dette. At politiet har adgang til å starte etterforskning på selvstendig grunnlag fremgår av straffeprosessloven § 224 første ledd.

2.2 Hvordan utføres etterforskningen?

Når det foreligger en anmeldelse vil politiets etterforskning bestå i å innhente bevismateriale for å ta stilling til påtalespørsmålet, samt å skaffe grunnlag for å behandle saken i retten, jf. straffeprosessloven § 226 første ledd. For politiet er det et mål at de gjennom etterforskningen greier å fremskaffe bevis slik at sannheten om hva som har skjedd kommer frem, noe som igjen vil resultere i at flest mulig saker oppklares.

Etterforskningsmetoden avhør vil ofte stå sentralt når straffbare forhold søkes oppklart. Dessuten kan det være nødvendig å for eksempel foreta ransaking av bolig, biler eller personer på jakt etter bevis i saken. Straffeprosessloven gir politiet hjemmel til å ta i bruk slike metoder under etterforskningen. Jeg vil komme nærmere inn på disse etterforskningsmetodene i punkt 2.3.

Men enkelte ganger vil ikke disse ”vanlige” etterforskningsmetodene strekke til, fordi politiet verken gjennom anmeldelse eller på annen måte får kunnskap om det straffbare forhold. Dette gjelder særlig for narkotikalovbruddene hvor de som kjenner til det straffbare forhold ikke har noen interesse av at politiet får kjennskap til forholdet. Siden få anmelder slike forhold må politiet selv sørge for å skaffe seg informasjon om dem hvis straffeansvaret skal få noen realitet. De metodene politiet da benytter omtales gjerne som ekstraordinære eller utradisjonelle etterforskningsmetoder. Det som kjennetegner de utradisjonelle

etterforskningsmetodene er at de ofte foregår i det skjulte, de benyttes gjerne mens den straffbare virksomheten pågår, og de anses som subsidiære i den forstand at ordinære metoder fremstår som utilstrekkelige eller utjenlige.⁹

2.3 Nærmere om de ulike etterforskningsmetodene for innhenting av bevis

2.3.1 Tvangsmidlene

Mange av de metodene politiet benytter under etterforskningen kan være svært inngripende overfor de som blir utsatt for dem. Dette gjelder særlig de metodene som betegnes som straffeprosessuelle tvangsmidler.¹⁰ Bruken av disse innebærer på ulike måter inngrep i den frihet den enkelte borger ellers har. Gjennom pågripelse og varetektsfengsling berøves man friheten, gjennom ransaking må man tåle inngrep i privatlivets fred, og ved beslag er det eiendomsretten man må tåle inngrep i. Formålet med tvangsmidlene er å lette gjennomføringen av etterforskningen, og en eventuell senere straffeforfølgning og fullbyrding. Siden bruken av tvangsmidler vil innebære inngrep i mistenktes rettigheter må de etter legalitetsprinsippet ha hjemmel i lov. For oversiktens skyld vil jeg gi en kort oversikt over de viktigste tvangsmidlene og hjemlene for bruken av disse.

Adgangen til å foreta pågripelse og varetektsfengsling er hjemlet i straffeprosessloven § 171 flg. Disse metodene omtales også under samlebetegnelsen frihetsberøvelse. I praksis vil det være aktuelt å benytte disse etterforskningsmetodene i de tilfellene hvor det er nødvendig å holde mistenkte borte fra eventuelle vitner slik at han ikke skal ha mulighet til for eksempel å påvirke disse før de har avgitt sin forklaring. Dessuten kan det være nødvendig å ty til disse metodene for å redusere faren for at mistenkte på annen måte skal kunne forspille eller ødelegge bevis i saken.

Også ransaking defineres som et straffeprosessuelt tvangsmiddel. Hjemmelen til å foreta ransaking finnes i straffeprosessloven § 192 flg. Når politiet ransaker foretar de en undersøkelse hvor de leter etter bevis for at en straffbar handling har funnet sted. Det som ransakes kan være en person, et rom, et hus, kjøretøy eller annet oppbevaringssted. Ved

⁹ Se nærmere om utradisjonelle etterforskningsmetoder i Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, *Politirett*, 2. utgave, Gyldendal 2004 side 302 – 303.

¹⁰ Se straffeprosessloven kapittel 14-17.

ransaking av person foretas en ytre besiktigelse av kroppen. Dersom man foretar en mer inngripende ransaking så som undersøkelse av kroppens hulrom for å lete etter narkotika, blir dette å betrakte som en kroppslig undersøkelse.¹¹ Adgangen til å foreta slike undersøkelser er hjemlet i straffeprosessloven § 157. Å trekke grensen mellom personlig ransaking og kroppslig undersøkelse er ikke særlig viktig siden vilkårene jevnt over er de samme - det kreves skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling som kan medføre frihetsstraff. Imidlertid er det noen forskjeller når det gjelder fremgangsmåte og kompetanse. Kroppslig undersøkelse avgjøres ved kjennelse, jf. straffeprosessloven § 157 nummer 4, mens ransaking avgjøres ved beslutning, jf. straffeprosessloven § 197. Ransaking kan dessuten undertiden foretas av polititjenestemann som ikke tilhører påtalemyndigheten, men en slik tjenestemann kan aldri iverksette kroppslig undersøkelse. Disse forskjellene spiller imidlertid neppe noen stor praktisk rolle.

Dersom politiet under ransakingen kommer over gjenstander som har betydning som bevis kan disse gjenstandene dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt, beslaglegges. Dette er hjemlet i straffeprosessloven § 203 flg. Dette innebærer at politiet tar hånd om gjenstanden slik at den mistenkte ikke gis anledning til å kvitte seg med den, eller på annen måte får mulighet til å påvirke den bevismessig.

2.3.2 Avhør

Straffeprosessloven gir også adgang til å foreta avhør under etterforskningen. Adgangen til å avhøre mistenkte, vitner og sakkyndige fremgår av straffeprosessloven § 230-232. Dessuten inneholder også påtaleinstruksen regler for politiets avhør.¹² Loven stiller imidlertid ikke noe vilkår for at avhør kan foretas. Avhør kan derfor gjennomføres på ethvert tidspunkt etter at etterforskning er besluttet iverksatt etter straffeprosessloven §§ 224 og 225. En annen sak er at verken mistenkte eller vitner har noen *plikt* til å forklare seg for politiet. Dette fremgår av straffeprosessloven § 230.

¹¹ Se Auglend, Mæland, Røsandhaug side 629.

¹² Se påtaleinstruksen kapittel 8.

2.3.3 Ekstraordinære etterforskningsmetoder

På grunn av den sterke økningen særlig i narkotikakriminaliteten utover på 1990-tallet oppstod det et behov for politiet til å kunne ta i bruk nye metoder i kriminalitetsbekjempelsen.¹³ I det siste tiår har det derfor skjedd flere viktige reformer i straffeprosessen gjennom blant annet en lovfestet adgang til å ta i bruk mange av de etterforskningsmetodene som omhandles som ekstraordinære eller utradisjonelle. Det er nå blant annet gitt hjemmel for fjernsynsovervåkning på offentlig sted, jf. straffeprosessloven § 202 a. Adgang til teknisk sporing er hjemlet i straffeprosessloven § 202 b, og straffeprosessloven kapittel 16 a hjemler adgang til å foreta kommunikasjonskontroll.

Adgangen til å drive spaning, infiltrasjon eller å benytte provokasjonslignende tiltak er imidlertid ikke lovregulert. Utgangspunktet er at adgangen til å benytte spaning og infiltrasjon synes å ligge innenfor den alminnelige handlefrihet, og krever følgelig ingen hjemmel. Så som adgangen til å samle inn opplysninger fra åpne kilder som aviser og telefonkataloger, adgangen til å notere navn på vitner for senere avhør eller observasjon og spaning knyttet til ordinær patruljevirkosomhet.¹⁴ Spørsmålet om ulovlig bruk av disse metodene er derfor ikke særlig praktisk. Av den grunn vil jeg ikke komme nærmere inn på disse metodene i den videre fremstillingen.

Det er en nær sammenheng mellom infiltrasjon og etterforskningsmetoden provokasjon. Mens infiltrasjon er når en polititjenestemann eller en som handler på politiets vegne, uten å gi sin rette identitet til kjenne, tar kontakt med en person eller et miljø med den hensikt å få informasjon, er man over i provokasjon dersom infiltratøren påvirker den straffbare handlingen som begås.¹⁵ I praksis er imidlertid denne grensen ikke alltid like enkel å trekke. Riksadvokaten har gitt nærmere retningslinjer for bruken av provokasjon i etterforskningen.¹⁶

I teorien er det vanlig å sondre mellom to ulike typer provokasjon, nemlig provokasjon for å få kontroll over et hendelsesforløp, og provokasjon for å sikre bevis for handlinger politiet har mistanke om er begått, såkalt bevisprovokasjon. For at provokasjonen skal være lovlig er det et grunnvilkår at politiet ikke har fremprovosert en handling som ellers ikke ville blitt begått.

¹³ Se NOU 1997: 15, *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet*, delinnstilling II, Oslo 1997 side 52.

¹⁴ Se NOU 1997: 15 side 80.

¹⁵ Se Steinar Fredriksen, *Innføring i straffeprosess*, Oslo 2006 side 96.

¹⁶ Se Riksadvokatens rundskriv nr 2/2000, *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*, Oslo 2000.

Dette ble slått fast av Høyesterett i en grunnleggende dom inntatt i Rt 1984 side 1076 (Politiheroin I-dommen). For bevisprovokasjon er begrensningene i bruken ikke først og fremst begrunnet i faren for å initiere en handling som ellers ikke ville blitt begått, men snarere faren for å krenke mistenktes rett til å forholde seg taus om egne straffbare forhold. At det gjelder et slikt forbud må innfortolkes i kravet tilrettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nummer 1. Jeg vil komme nærmere inn på dette i kapittel 3.

3 Når er beviset ulovlig ervervet?

3.1 Definisjon

Når det i rettspraksis og teori snakkes om avskjæring av bevis på grunn av måten beviset er ervervet på, snakker man ofte om avskjæring av "ulovlig" ervervede bevis. At beviset er ervervet på ulovlig måte vil etter en alminnelig språklig forståelse bety at beviset er innhentet i strid med loven. Men "ulovlig" i relasjon til reglene om avskjæring av bevis er ikke begrenset til kun å gjelde bevis som er ervervet i strid med loven. Også beviserverv som ikke strider mot noen autoritativt fastsatt lovgivning kan etter omstendighetene bli å anse som ulovlig ervervet.

Metodeutvalget har sagt følgende om de rettslige rammer for etterforskning og bruk av etterforskningsmetoder.¹⁷

"Politiets etterforskning må skje innenfor de rammer som gjeldende rett til enhver tid oppstiller. Noen metoder vil være ulovlige og kan ikke benyttes av politiet, med mindre det foreligger særskilte unntak som er hjemlet i lov. (...) Selv om en metode ikke er uttrykkelig forbudt, kan den være ulovlig fordi den støter an mot legalitetsprinsippet. (...) På den annen side vil en del etterforskningstiltak ikke gå utover det som enhver kan gjøre ut fra den alminnelige handlefrihet. Det er klart at politiet såvel i som utenfor etterforskning må kunne innhente allment tilgjengelige opplysninger ved eksempelvis å slå opp i en telefonkatalog for å sjekke et telefonnummer, uten at det reiser noen form for hjemmelsproblematikk."

¹⁷ NOU 1997: 15 side 51-52.

3.2 Formell lov eller forskrift

De klareste tilfellene av ulovlig beviserverv står vi ovenfor når politiet har innhentet bevis ved straffbar fremgangsmåte. Bestemmelser både i straffelov og straffebud i spesiallovgivningen setter grenser for politiets bevisinnhenting.

Straffbarhet er imidlertid ikke noe vilkår for å anse et bevis ervervet på ulovlig måte. Det kan tenkes at ervervet rammes av ordlyden i en straffebestemmelse uten at ervervet nødvendigvis er straffbar. Dette vil være tilfelle dersom de øvrige vilkårene for straffbarhet ikke foreligger.¹⁸ At beviservervet i slike tilfeller likevel skal anses ulovlig er lagt til grunn i Rt 1991 side 616 (Gatekjøkkenkjennelsen). I denne saken hadde en daglig leder i hemmelighet foretatt videoopptak av en arbeidstaker som han hadde mistanke om hadde begått underslag. Høyesterett kom under en viss tvil frem til at den daglige lederens fremgangsmåte stred mot arbeidsmiljøloven § 12 nr. 1 og § 19. Men insisterte at:

*"... bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant."*¹⁹

Straffeprosessloven gir regler for bruk av tvangsmidler. Uten hjemmel i lov ville mange av disse etterforskningsmetodene vært ulovlige å foreta seg, da de ville stride mot straffebud i straffeloven. For eksempel ville ransaking uten eiers eller brukers tillatelse vært straffbart etter straffeloven § 116 og 147. Og skjult kameraovervåking på offentlig sted ville kunne blitt rammet av forbudet i straffeloven § 390 b. Men med hjemmel i straffeprosessloven § 202 a kan politiet lovlig benytte seg av denne metoden under etterforskningen.

Tvangsmidlene er blant politiets viktigste arbeidsredskap under etterforskningen. Bruk av tvangsmidler er ofte nødvendig for å kunne oppklare en sak. Lovreglene om tvangsmidlene har derfor en dobbel funksjon. De gir politiet mulighet til å begå handlinger som ellers ville vært straffbare, samtidig som reglene trekker opp rammene for hva politiet kan gjøre for å få straffesaken oppklart. Bevis innhentet i strid med disse lovbestemmelsene blir derfor å anse som ulovlig ervervede.

¹⁸ Se om straffbarhetsvilkårene i Johs. Andenæs, *alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Universitetsforlaget AS 2004 side 101.

¹⁹ Rt 1991 side 616 (nest siste avsnitt side 620).

Straffeprosessloven gir også regler for gjennomføringen av avhør. I Rt 1994 side 1139 (Amnestisaken) ble avhøret ansett som ulovlig opptatt på grunn av at forklaringen var fremkommet under løfte om at opplysningene ikke skulle brukes. Politiets opptreden var her i strid med straffeprosessloven § 92 andre ledd. Avhøret var på bakgrunn av dette å anse som ulovlig ervervet.

Påtaleinstruksen fastsatt ved kongelig resolusjon 28. juni 1985 gir også viktige regler for politiets innhenting av bevis. Påtaleinstruksen er en forskrift gitt i medhold av straffeprosessloven § 62. Mange av de viktigste reglene i påtaleinstruksen er hentet fra straffeprosessloven, men i de tilfellene påtaleinstruksen går lengre i vern av siktede i forhold til straffeprosessloven, vil instruksen sette grensene for det lovlige. Bevis som er innhentet i strid med denne må derfor også måtte anses som ulovlig ervervede.

3.3 Grunnloven

Også andre skrevne rettskilder gir føringer for bevisinnhenting. For eksempel har Grunnloven i § 96 en bestemmelse som setter forbud mot "Pinligt Forhør" (tortur), og i § 102 er den en bestemmelse om forbud mot "Hus-Inkvisitioner" (ransaking). Straffeprosessloven og straffelovens bestemmelser om dette går imidlertid lenger i å verne mot slike inngrep. Grunnlovens bestemmelser er dermed ikke særlig praktiske. Men selv om bestemmelsene ikke har noen direkte praktisk betydning, kan de få betydning på den måten at de gir en indikasjon på hvilke hensyn lovgiver har funnet viktig å verne om. Hensynene bak disse bestemmelsene kan derfor spille inn i avskjæringsvurderingen.

3.4 EMK

Bevis vil også kunne anses som ulovlig ervervet dersom det er innhentet i strid med EMK. Artikkel 3 om forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, og artikkel 8 om beskyttelse mot uhjemlede inngrep i privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse vil særlig kunne bli aktuelle. Og i avskjæringsvurderingen vil artikkel 6 nummer 1 om kravet til rettfærdig rettergang være relevant.

Hva som nærmere inngår i kravet til rettferdig rettergang må søkes i rettspraksis. FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (SP) artikkel 14 nummer 3 bokstav g hjemler et forbud mot selvinkriminering. At det gjelder et forbud mot selvinkriminering anses også å være et grunnfestet prinsipp i norsk straffeprosess, og kommer blant annet til uttrykk gjennom politiets plikt etter straffeprosessloven § 232 til, før avhøret tar til, å gjøre mistenkte oppmerksom på hva saken gjelder og at han ikke har plikt til å forklare seg. Et slikt forbud er ikke eksplisitt kommet til uttrykk i EMK, men må innfortolkes i kravet til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nummer 1.²⁰ Et bevis som er fremkommet som følge av brudd på prinsippet om selvinkriminering vil derfor bli å anse som ulovlig ervervet.

Det vil ikke være mulig, heller ikke ønskelig, å lovregulere ethvert skritt i forbindelse med etterforskningen, herunder anskaffelsen av bevis. At etterforskningen således er lite detaljregulert i Norge, som i resten av Vest Europa, medfører selvfølgelig ikke noe innhugg i kravet om rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nummer 1.²¹

Kravene til at siktede skal få en rettferdig rettergang vil kunne medføre at bevis som er innhentet ved ulovlige etterforskningsmetoder må avskjæres. Om beviset er lovlig eller ikke etter nasjonal rett er uten betydning for avgjørelsen av om rettergangen har vært rettferdig, da "fair hearing"-begrepet i EMK artikkel 6 ikke inneholder noe lovskrav. Det avgjørende er om rettergangen under ett har vært forsvarlig.

3.5 Legalitetsprinsippet

Når politiet tar i bruk nye metoder, eller videreutvikler kjente metoder, vil det blir spørsmål om det etter legalitetsprinsippet kreves lovhjemmel for disse inngrepene. Med legalitetsprinsippet menes at noen typer rettslige beslutninger eller faktiske handlinger på grunn av sitt innhold krever hjemmel i lov.²² Spørsmålet blir derfor om tiltaket er så inngripende at det av den grunn kreves lovhjemmel for å lovlig kunne benytte det.

Politiet kan uten hjemmel foreta slike handlinger som ligger innenfor den alminnelige handlefrihet. Adgangen til å drive spaning og infiltrasjon vil av den grunn som regel ikke by

²⁰ Se bla.a. Funke mot Frankrike, sak nr. 10828/84 og Saunders mot Storbritannia, sak nr. 19187/91.

²¹ Se om dette i Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, Universitetsforlaget AS 1995 side 311.

²² NOU 1997: 15 side 51.

på problemer i forhold til legalitetsprinsippet. Imidlertid kan det tenkes at spaningen eller tiltaket blir så intensivt at inngrepet i den personlige sfære blir så stort at legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov for inngrepet. Dette er dog ikke en spesielt praktisk problemstilling, men i Rt 1936 side 204 ble politiets inngrep ansett som så inngripende at Kjæremålsutvalget kom til at man måtte ha hjemmel i lov for å kunne benytte det. Det var her snakk om legemsundersøkelse av en kvinne som var mistenkt for å ha fremprovosert en abort. Kjæremålsutvalget kom til at en slik undersøkelse ikke kunne foretas uten at det var lovhjemmel for det. Her satte med andre ord legalitetsprinsippet grenser for politiets fremgangsmåte.

Vi ser at der hvor legalitetsprinsippet krever at inngrepet har hjemmel i lov, vil beviset være ulovlig innhentet dersom politiet har handlet uten at slik hjemmel forelå.

3.6 Alminnelige prinsipper

I Politiheroin I-dommen (Rt 1984 side 1076) uttaler Høyesterett at etterforskning med provokasjonstilsnitt ikke krever lovhjemmel. Men fremholder at dette selvsagt ikke er ensbetydende med at det ikke gjelder skranker for bruken av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder men at grensen for hva som er lovlig fremgangsmåte heller bør trekkes av domstolen. Høyesterett uttaler videre at:

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

Hvilke prinsipper det her siktes til uttrykkes ikke eksplisitt. Men i Rt 2000 side 1482 uttales det på side 1485 at ved vurderingen av om politiets handlemåte skal anses ulovlig eller ikke må man vurdere folks behov for rettssikkerhet opp mot det samfunnsøkonomiske som den aktuelle kriminalitet representerer. I denne saken var det snakk om internasjonal narkotikavirksomhet som medførte en sterk trussel mot samfunnet. Behovet for å bekjempe dette ble ansett for å veie tyngre enn det skåret i folks rettssikkerhet det innebærer at politiet går ut over de vanlige formene for etterforskning. Politiets fremgangsmåte ble derfor å anse som lovlig. En annen avgjørelse som kan være med på å belyse hva som nærmere ligger i begrepet ”alminnelige rettsprinsipper” er Gatekjøkkenkjennelsen (Rt 1991 side 616). Det var her spørsmål om en

²³ Rt 1984 side 1076 (nest siste avsnitt side 1079).

tiltalt kunne nekte fremleggelse av et videoopptak som en arbeidsgiver i hemmelighet hadde foretatt av tiltalte. Høyesterett la avgjørende vekt på at en slik fremgangsmåte fra arbeidsgivers side ville medføre et alvorlig inngrep i den personlige integritet, og at videoopptaket ut fra alminnelige personvern hensyn måtte anses som ulovlig ervervet. Selv om det var tvilsomt om fremgangsmåten var i strid med noen positive lovbestemmelser, måtte en slik fremgangsmåte ut fra de foran nevnte hensyn anses som uakseptabel - og dermed også ulovlig.²⁴

Vi ser at hvor graverende politiets fremgangsmåte er, hvor alvorlig kriminalitet det er snakk om samt hvilke interesser som er krenket ved bevisinnhenting er viktige momenter i vurderingen av om beviset er å anse som lovlig eller ulovlig ervervet.

3.7 Instruks

Som foran nevnt har Riksadvokaten utarbeidet nærmere retningslinjer for hva som vil være lovlig fremgangsmåte ved bruk av provokasjon som etterforskningsmetode.²⁵ Formelt sett er retningslinjene bare en instruks fra overordnet påtalemyndighet til underordnede tjenestemenn og således ikke bindende for domstolen. Det avgjørende er derfor ikke om politiets opptreden er i strid med instruksen, det avgjørende er om fremgangsmåten strider mot de overordnede rettsprinsipper som domstolene må legge til grunn.²⁶ Også her vil man med andre ord måtte foreta en avveining av hvor viktig det er å bekjempe den kriminalitet det er snakk om, opp mot rettssikkerhetshensyn.

3.8 Særlige spørsmål angående bevis innhentet i utlandet

Av og til kan det oppstå spørsmål om å legge frem for norske domstoler et bevis som er innhentet i utlandet av dette landets myndigheter. Vurderingen av om disse bevisene er innhentet på lovlig måte blir mer sammensatt enn i de tilfellene beviset er innhentet her i landet.

²⁴ Rt 1991 side 616 (øverst side 623).

²⁵ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000.

²⁶ Dette er også fremhevet i Rt 1984 side 1076 (øverst på side 1081) og Rt 1992 side 1088 (andre avsnitt side 1092).

Situasjoner som kan by på problemer i relasjon til lovlighetsspørsmålet vil for det første være saker hvor beviset er innhentet på ulovlig måte etter innhentingslandets rett, men lovlig etter norsk intern rett. For det andre kan det være situasjoner der beviset er lovlig innhentet etter innhentingslandets interne rett, men ulovlig etter norsk intern rett. Om beviset skal anses som lovlig eller ulovlig innhentet når det så blir brakt inn for en norsk domstol må derfor behandles nærmere.

Høyesteretts kjæremålsutvalg har behandlet det siste tilfellet i en sak inntatt i Rt 2002 side 1744. Spørsmålet i saken var om en varetektsfengsling kunne besluttes på grunnlag av bevismateriale innhentet ved telefonavlytning i Spania i samsvar med spansk lov, når avlyttingen ikke kunne vært gjennomført i Norge, jf. straffeprosessloven § 216 a. Kjæremålsutvalget la her vekt på at når man har valgt å oppholde seg i et land som ikke har like sterke begrensninger i adgangen til kommunikasjonskontroll som det vi har, kan man heller ikke ha noen beskyttelsesverdig forventning om at beviset ikke skal kunne brukes også i Norge. Beviset ble derfor tillatt ført.

Det er med andre ord ikke noe vilkår for å kunne føre beviset for norske domstoler at beviset også kunne ha vært innhentet i Norge. I dommen uttales det imidlertid at det er et vilkår for bruken at beviset ikke er innhentet i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger.²⁷ At det må stilles et slikt vilkår for bruken er også videreført i en senere rettsavgjørelse.²⁸ Imidlertid går ingen av avgjørelsene nærmere inn på hva som ligger i dette.

De begrensningene som er satt for bruken av de ulike etterforskningsmetodene er satt ut fra en avveining av hensynet til den enkeltes respekt for privatlivet og den personlige integritet, og hensynet til å få saken best mulig opplyst. Dersom vilkårene for bruken av kommunikasjonskontroll etter innhentingslandets interne rett medfører alvorlige inngrep i den personlige integritet må vi kunne anslå at beviset blir å anse som innhentet i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger.

Med andre ord vil man også i disse tilfellene måtte foreta en avveining mellom hensynet til folks behov for rettssikkerhet og behovet for å bekjempe den formen for kriminalitet som det er snakk om.

²⁷ Rt 2002 side 1744 (tredje avsnitt side 1747).

²⁸ Se Rt 2005 side 1524 (avsnitt 20).

3.9 Nødrett

Problemstillingen er hvorvidt nødrett kan medføre at en etterforskningsmetode som i utgangspunktet er forbudt eller som vilkårene for å foreta det aktuelle inngrepet ikke er oppfylt for, likevel kan anses som lovlig. For at en handling skal kunne anses som en lovlig nødrettshandling er det en absolutt betingelse at interesseovervekten i favør av inngrepet er særdeles betydelig i forhold til den interesse som blir krenket ved inngrepet. Dette følger av nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 47. Dersom det er tilfelle vil nødrettshandlingen være *straffri*, men dette betyr ikke nødvendigvis at bestemmelsen *gir hjemmel* for å foreta inngrepet. Ved vurderingen av om nødrett medfører at handlingen blir å anse som lovlig må man sondre mellom nødrett som straffrihetsgrunn og nødrett som hjemmelsgrunnlag.

Dersom straffeloven § 47 gjør handlingen straffri på grunn av nødrett vil ikke beviset være ulovlig innhentet, spørsmål om bevisavskjæring vil derfor ikke bli aktuelt. I

Gatekjøkkenkjennelsen (Rt 1991 side 616) kommer Høyesterett inn på vurderingen av om iverksettelsen av videoopptakene kan tenkes å være rettmessig ut fra nødrettsbetraktninger. Og fremholder at dette må bero på en avveining av de hensyn som talte for å foreta opptakene, mot de interesser som derved ble krenket, og uttaler at det langt på vei er de samme hensyn som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om handlingen skal anses lovlig på grunn av nødrett, som de hensyn som gjør seg gjeldende i avskjæringsvurderingen.

Også i Treholtkjennelsen (Rt 1992 side 698) argumenteres det fra påtalemyndighetens side med at nødrett må medføre at ransakingen som politiet foretok uten at vilkårene for ransaking etter dagjeldende straffeprosesslov var oppfylt, må medføre at handlingen likevel anses som rettmessig. Det var i denne saken snakk om en alvorlig tiltale. Den ulovlighet som politiet hadde gjort seg skyldig i var at ransaking hadde funnet sted uten at verken anklagede eller andre var varslet om dette, jf dagjeldende straffeprosesslov § 225 annet ledd, samt at det ikke hadde vært vitne til stede under ransakingen, jf. lovens § 224 første ledd. Kjæremålsutvalget fant ikke grunn til å gå inn på en drøftelse av om ransakingen kunne tenkes å være rettmessig som følge av nødrett, men gikk direkte inn på vurderingen av om det var adgang til å legge frem de bevis som ble funnet under den aktuelle ransakingen.²⁹

²⁹ Se Rt 1992 side 698 (side 703-704).

Det vil imidlertid ikke bli aktuelt med noen avskjæringsvurdering dersom inngrepet anses rettmessig på grunn av nødrett. Det må derfor være hensiktsmessig å først avgjøre spørsmålet om beviset er innhentet på lovlig eller ulovlig måte, og eventuelt deretter drøfte om beviset skal nektes ført siden nødrett ikke gjorde handlingen lovlig.

Imidlertid kommer man ikke utenom at et inngrep som krever hjemmel i lov må ha slik hjemmel for at beviset skal være lovlig innhentet. Å benytte nødrettsbestemmelsen som hjemmel for et inngrep når man ikke finner noe passende grunnlag i straffeprosessloven selv må derfor anses som betenkelig ut fra hensynet til rettssikkerhet og forutberegnelighet for borgerne. Straffeprosesslovens regler om tvangsinngrep har allerede et nødrettspreg over seg, siden det ved all bruk av tvangsmidler er et vilkår om at inngrepet må fremstå som nødvendig og forholdsmessig i den konkrete situasjon, jf. straffeprosessloven § 170a.³⁰ Kravet om forholdsmessighet har således betydning både for om et tvangsmiddel i det hele tatt kan iverksettes, og for hvor lenge det skal opprettholdes. Å bruke nødrett som hjemmel for å kunne benytte seg av etterforskningsmetoder selv om det ikke finnes hjemmel i lov er derfor særdeles betenkelig.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor formålet med etterforskningsinngrepet er å stanse enten en pågående forbrytelse eller å hindre at en alvorlig forbrytelse blir begått. En absolutt betingelse for at nødrett skal kunne gi hjemmel for inngrep som i utgangspunktet krever hjemmel i lov, må imidlertid være at interesseovervekten i favør av inngrepet må være særdeles betydelig i forhold til den interesse som da blir krenket, jf. straffeloven § 47. I forarbeidene til straffeprosessloven uttales derfor at i en gisselsituasjon med overhengende fare for gislens liv, vil man kunne foreta romavlytting dersom dette er nødvendig for å få gislene frigitt.³¹

3.10 Kan samtykke erstatte lovhjemmel?

For bruken av tvangsmidler følger det av legalitetsprinsippet at de kun kan benyttes dersom de har hjemmel i lov. Et nærliggende spørsmål vil da være om samtykke fra den inngrepet går ut over kan bøte på manglende lovhjemmel dersom vilkårene for å foreta tvangsinngrepet ikke er oppfylt. Særlig når det gjelder adgangen til å foreta ransaking vil nok dette være en praktisk

³⁰ Se Kjell V. Andorsen, *Strafferettslig nødrett*, Universitetsforlaget AS 1999 side 380.

³¹ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) pkt. 3.2.

problemstilling som mange polititjenestemenn har stått ovenfor i møte med for dem, kjente narkomane.

Det er ikke enkelt å gi noe klart svar på dette. Domstolene har ikke vurdert dette spørsmålet siden dette er en type spørsmål som sjelden eller aldri kommer for retten, idet den som har gitt sitt samtykke som regel ikke vil fremsette etterfølgende innsigelser mot politiets fremgangsmåte. Men det er ikke vanskelig å finne betenkeligheter ved å tillate at samtykke skal kunne erstatte lovhjemmel. Dersom en polititjenestemann ikke har adgang til å ransake, men i stedet spør om han kan få se hva mistenke har i bukselommen, vil nok den som får spørsmålet ikke føle at han i realiteten har noe valg, etter som et nei på spørsmålet lett kan gi inntrykk av at han har noe å skjule. På den annen side kan en slik forespørsel kanskje anses å ligge innenfor den alminnelige handlefrihet. Polititjenestemannen vet at han ikke har noen sanksjonsmulighet dersom vedkommende sier nei, og er således nødt til å akseptere et avslag. Dette kan tale for å tillate en slik fremgangsmåte. Men den som blir spurt er kanskje ikke i like stor grad klar over at han ikke plikter å imøtekomme denne forespørselen. Det må nok kunne anses som lite heldig om politiet skal kunne benytte seg av en slik fremgangsmåte i situasjoner som dette. For eksempel vil "kjenninger" av politiet da alltid kunne risikere slike forespørsler fra politiet, noe som igjen betyr at de aldri vil kunne føle seg trygge på å få gå i fred på gaten. Dette må kunne anses som et alvorlig inngrep i den personlige integritet og slike fremgangsmåter kan, i alle fall når det kommer til spørsmål om ransaking ikke tillates. Bevis som måtte bli funnet som følge av en slik ransaking må derfor bli å anse som ulovlig ervervede.

Imidlertid kan det tenkes at den som inngrepet går ut over nettopp *ønsker* at politiet undersøker hva han har i lommene, nettopp for å bli renvasket for en mulig mistanke. Han har kanskje selv oppfordret politiet til å foreta undersøkelsen. At politiet da må ha anledning til å imøtekomme denne anmodningen vil ikke i samme grad medføre noe inngrep i vedkommendes integritet og personvern. Jeg kan derfor ikke se de store betenkelighetene med at en slik fremgangsmåte skal kunne aksepteres. Så selv om vilkårene for ransaking ikke er oppfylt, kan politiets fremgangsmåte likevel ikke være ulovlig i disse tilfellene. Bevis som måtte bli funnet vil da bli å anse som lovlig ervervede. Imidlertid er dette en temmelig teoretisk problemstilling, da den som oppfordrer til å bli ransaket nok sjelden vil være i besittelse av materiale av betydning som bevis.

Om samtykke kan erstatte lovhjemmel for noen av de andre tvangsmidlene anser jeg som en mindre praktisk problemstilling, da det først og fremst er under tilfeldig påtreff problemstillingen rundt samtykkets betydning vil bli aktuell. Jeg går derfor ikke inn på noen nærmere drøftelse av disse spørsmålene. Men også for de andre tvangsmidlene vil man måtte foreta en avveining av hensynet til folks personvern opp mot behovet for oppklaring av saken når man vurderer om beviset skal anses som lovlig eller ulovlig innhentet.

3.11 Oppsummert

Den ulovlige fremgangsmåte kan være mer eller mindre graverende. Ulovligheten kan spenne fra grove torturlignende fremgangsmåter til overtredelse av formelle bestemmelser. Av det foreliggende rettskildemateriale kan vi slutte at uttrykket ”ulovlig” innhentet bevis ikke bare omfatter bevis ervervet i strid med straffebud eller andre positive lovbestemmelser, men også bevis som er innhentet i strid med prinsipper som norsk straffeprosess hviler på.

Om metodene lar seg forsvare vil bero på en interesseavveining mellom samfunnets behov for å bekjempe kriminalitet på den ene siden, og hensynet til personvern og rettssikkerhet på den andre siden. Således vil en særlig alvorlig siktelse kunne forsvare en fremgangsmåte som ikke ville være berettiget ved en mindre alvorlig siktelse. Og bevis som er innhentet på en integritetskrenkende måte, må ut fra personvern hensyn som hovedregel bli å anse som ulovlige. Også når det gjelder beviserverv i strid med legalitetsprinsippet vil det være snakk om tilsidesettelse av fundamentale krav til etterforskningen. Det må derfor være grunn til å anse bevis fremkommet på denne måten som ulovlig ervervet.³²

Jeg vil komme grundigere inn på hvilke momenter og hensyn som spiller inn ved vurderingen av om beviservervet er å anse som ulovlig innhentet når jeg nedenfor behandler avskjæringsspørsmålet.

Det er bare bevis som er ervervet på ulovlig måte som kan avskjæres. Dersom beviset ikke er ervervet på en slik kritikkverdig måte, må man falle ned på hovedregelen om at ethvert bevis kan fremlegges. I det følgende forutsetter jeg at grensen for hva som er riktig fremgangsmåte er overskredet. Beviset er med andre ord innhentet på ulovlig måte. Jeg vil nå se på hvilken

³² Se Aall side 312.

betydning dette har for adgangen til å føre beviset. En analyse av rettspraksis vil da stå sentralt.

4 Når skal bevis innhentet ved bruk av ulovlige etterforskningsmetoder avskjæres?

4.1 Innledning

Norsk straffeprosess bygger blant annet på prinsippet om fri bevisføring.³³ Dette innebærer at det som utgangspunkt ikke er noen begrensninger i hvilke typer bevismidler partene i en straffesak kan påberope seg. De står med andre ord fritt til å legge frem ethvert bevis som vedrører saken. Prinsippet om fri bevisførsel kommer ikke eksplisitt til uttrykk i vår någjeldende straffeprosesslov, men var nedfelt i § 349 annet punktum i straffeprosessloven av 1887. Ved revisjonen av straffeprosessloven ble bestemmelsen ansett som overflødig og ble derfor sløffet.³⁴ At bestemmelsen ikke ble videreført var dermed ikke et uttrykk for at prinsippet ikke lenger skulle gjelde. Prinsippet om fri bevisføring anses å være en uskreven grunnleggende regel i straffeprosessen. At det gjelder et slikt prinsipp er også slått fast i en rekke avgjørelser.³⁵ I Rt 1990 side 1008 (Fotobokssaken) uttaler Høyesterett på side 1010 at:

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

I den videre fremstillingen vil jeg se på i hvilken grad det gjelder unntak fra dette utgangspunktet på grunn av måten beviset er innhentet på. Spørsmålet om å avskjære enkelte bevis vil særlig kunne oppstå i de tilfellene beviset er fremskaffet på ulovlig måte. Straffeprosessloven inneholder ingen bestemmelse om hvordan man skal forholde seg til bevis som er innhentet i strid med gjeldende regler. Man kan imidlertid tenke seg tre ulike løsninger på dette spørsmålet:

³³ Se bla.a. Arve Martin Bjørnvik og Rolf Fridtjof Selfors, ”Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål”, *Jussens Venner*, 1/2000 side 19-40 (side 19) og Jo Hov, *Rettergang I*, Papinian AS, 2007 side 300.

³⁴ Se Straffeprosesslovkomitèens innstilling side 197.

³⁵ Se bla.a. Rt 1994 side 610, Rt 1996 side 1114 og Rt 2004 side 858.

- i) At beviset er ervervet på ulovlig måte er uten betydning for partenes adgang til å føre det.
- ii) Enhver ulovlighet ved innhenting av beviset må føre til at beviset avskjæres.
- iii) Spørsmålet om det ulovlig ervervede beviset skal tillates ført må bero på en konkret vurdering av omstendighetene i det enkelte tilfellet.³⁶

Hvilken virkning ulovlig fremgangsmåter har for adgangen til å føre et bevis, ble behandlet i forarbeidene til straffeprosessloven. Om dette uttales følgende:

”Etter komitéens mening lar det seg ikke [gjøre å] gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken. Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte.”³⁷

Vi ser at hovedregelen er at også ulovlige ervervede bevis kan føres, men at dette ikke er en helt unntaksfri regel. Bevis *kan* tenkes å bli avskåret ut fra ”lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel”. Det er uklart hva som menes med dette. Men av uttalelsen må vi kunne utlede at løsningen på spørsmålet om hvilken virkning det skal ha for adgangen til å føre et bevis at det er ervervet på ulovlig måte, må bero på en nærmere vurdering. Med andre ord løsning iii) foran.

Høyesterett har også gitt uttrykk for at forarbeidene må tolkes dithen at det beror på en konkret vurdering om det ulovlig ervervede bevis skal tillates ført.³⁸ Dette er også lagt til grunn i juridisk teori.³⁹ Regelen kan dessuten utledes av kravet til rettferdig rettergang etter

³⁶ Se Andres Bratholm, ”Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Universitetsforlaget 1959 side 109-132 (side 115).

³⁷ Se straffeprosesslovkomitéens innstilling side 197, samt Ot.prp. nr 35 (1978-79) side 139.

³⁸ Se bla.a. Rt 1991 side 616 (side 623) og Rt 1994 side 1139 (side 1141).

³⁹ Se Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess I*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2000 side 268 flg.

EMK art 6, da man etter denne bestemmelsen må se på om rettergangen under ett fremstår som rettferdig.⁴⁰

I vurderingen av om bevis skal avskjæres, og at man således skal gjøre unntak fra prinsippet om fri bevisføring, er det ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Jeg vil først se nærmere på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i denne vurderingen, før jeg i pkt 4.3 ser på hvordan konkrete omstendigheter i den enkelte sak er med på å bestemme vekten av de ulike hensyn.

4.2 Grunnleggende hensyn

4.2.1 Hensynet til sakens opplysning

Prinsippet om fri bevisføring begrunnes i hensynet til å komme frem til materielt riktige avgjørelser. Det er et mål i norsk straffeprosess at retten gjennom bevisføringen skal komme nærmest mulig den ”materielle sannhet”.⁴¹ Med dette menes at man ideelt sett skal greie å rekonstruere det som faktisk foregikk. Dette målet er også kommet til uttrykk i straffeprosessloven § 294, hvor det heter at dommeren skal ”våke over at saken blir fullstendig opplyst”. For å kunne danne seg et mest mulig korrekt bilde av hva som faktisk har foregått vil all informasjon som kan belyse saken være relevant som bevis. Alle bevis av betydning for saken kan derfor som hovedregel fremlegges.

Hensynet til sakens opplysning vil nesten alltid tale for at beviset føres, men det kan tenkes tilfeller hvor bevisets troverdighet er svekket som følge av ulovligheten. Dersom for eksempel en forklaring er fremkommet under tvang, kan tilståelsen like gjerne være motivert ut fra frykten for videre tvang, og således mangle enhver tilknytning til de faktiske forhold. Å føre dette beviset vil derfor ikke bidra til at man kommer nærmere den materielle sannhet. I slike situasjoner taler derfor ulovligheten for at beviset avskjæres. At det er adgang til å avskjære bevis som ikke er tilstrekkelige pålitelige er hjemlet i straffeprosessloven § 292 annet ledd bokstav c.

⁴⁰ Se bla.a. Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Cappelens forlag as 2004 side 313 og Kahn mot Storbritannia sak nr. 35394/97.

⁴¹ Se bla.a. Aall side 299-300 og Odd Kostveit, *Noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis*, Forskning om økonomisk kriminalitet, rapport 28, Norges forskningsråd 1995 side 53.

4.2.2 *Hensynet til tiltaltes integritet og personvern*

Men prosessen skal ikke bare ivareta hensynet til sakens opplysning. En viktig side av rettssikkerheten er vernet av den personlige integritet. Med integritetskrenkelse menes krenkelse av en persons selvrespekt eller menneskeverd.⁴² I politiets arbeid med å oppklare saker kan det tenkes at siktedes integritet krenkes, fordi dette kan gi særlig gode muligheter for å få oppklart saken. At hensynet til tiltalte kan tale mot at beviset fremlegges til tross for at det ville bidratt til opplysning av saken kan bestemmelsene i straffeprosessloven § 119 om forbud mot fremleggelse av bevis som vil medføre krenkelse av taushetsplikt ses som uttrykk for. Her har man ansett det som viktigere at tiltalte skal kunne stole på at det han betror seg om til for eksempel legen sin forblir mellom dem, enn hensynet til en best mulig opplysning av saken.

4.2.3 *Hensynet til publikums tillit til rettsvesenet*

Det kan dessuten virke støtende på publikum å tillate bevis som er fremkommet på kritikkverdig måte. Å tillate slike bevis ført vil da kunne medføre at publikums tillit til rettsvesenet svekkes. Dersom tilliten svekkes vil dette kunne føre til at færre ønsker å anmelde straffbare handlinger, dette vil igjen være uheldig for kriminalitetsbekjempelsen. Av forarbeidene til straffeprosessloven⁴³ går det frem at dette er et hensyn som det er relevant å ta i betraktning ved avskjæringsvurderingen, særlig gjelder dette når det er snakk om ”grove brudd på gjeldende regler”

4.2.4 *Hensynet til å påvirke politiet fra å benytte ulovlige fremgangsmåter*

Dersom bevis avskjæres med den begrunnelse at det er innhentet på ulovlig måte vil politiet erfare at man må gå lovlig frem under bevisinnhenting for å kunne få opplyst en sak tilstrekkelig i retten. Dette vil kunne være et effektivt middel for å påvirke politiet fra å avstå fra å benytte seg av ulovlige fremgangsmåter. Og motsatt vil en tillatelse til å fremlegge ulovlig ervervede bevis nærmest kunne ses som en ”belønning”, og kanskje oppmuntre til fortsatt bruk av ulovlige metoder under bevisinnhenting. Hensynet til å påvirke politiet fra å benytte seg av ulovlige fremgangsmåter taler derfor for å avskjære bevis som er innhentet på ulovlig måte.

⁴² Se Anders Bratholm, ”Mistenktes eller siktedes vern mot integritetskrenkelse”, *Jussens Venner*, nr. 6/7 1969 side 232-249 (side 233).

⁴³ Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197.

Vi ser at selv om ethvert bevismiddel etter sin *art* er tillatt, kan det tenkes at beviset av andre årsaker likevel må nektes fremmet. En avveining av de ulike hensyn kan derfor medføre at man i enkelte typer saker ikke går like langt for å nå målet om mest mulig materielt riktige avgjørelser. For at et prosessystem skal fungere i det praktiske liv må alle de nevnte hensyn ivaretas i rimelig grad. Ved utformingen av prosessreglene må derfor disse hensynene veies opp mot hverandre. Hvor sterkt de ulike hensynene gjør seg gjeldende varierer med de konkrete momentene i hver enkelt sak.

I den følgende fremstillingen vil jeg foreta en analyse av rettspraksis for å se på hvilken reell betydning ulovligheten har hatt. Jeg vil forsøke å trekke frem hvilke konkrete omstendigheter i de enkelte sakene som gjør seg gjeldende i avskjæringsvurderingen, og hvordan disse påvirker vekten av de ulike hensyn som jeg her har behandlet. Formålet med dette er å se om det er mulig å komme frem til mer presise regler for typiske grupper av tilfeller.

4.3 Konkrete momenter i den enkelte sak

4.3.1 Krenkelsens grovhet

I Fængselsbetjentdommen (Rt 1999 side 1269) var det spørsmål om politiet kunne legge frem et lydbåndopptak av en samtale som de hadde hatt med en fængselsbetjent. Politiet hadde mistanke om at fængselsbetjenten hadde hjulpet fanger med å rømme. Fængselsbetjenten ble ikke gjort oppmerksom på at samtalen han hadde med politiet ble tatt opp på bånd. Beviset som opptaket av samtalen utgjorde ble dermed ansett som ulovlig ervervet siden fængselsbetjenten ikke var gjort oppmerksom på sin rett til å forholde seg taus og ikke bidra til sin egen domfellelse. Med andre ord medførte politiets opptreden et brudd på selvinkrimineringsforbudet som synes å ligge innebygd i kravet til rettfærdig rettergang etter EMK art 6. Og som også kommer til uttrykk i straffeprosessloven § 232. Politiet hadde med andre ord ervervet beviset på ulovlig måte i denne saken.

Ved vurderingen av om beviset likevel skulle tillates ført, la Høyesterett vekt på at det her var snakk om brudd på grunnleggende prinsipper i norsk straffeprosess. Siden føring av beviset ville medføre en gjentakelse av den rettskrenkelse som fant sted ved beviservervet kom de frem til at beviset skulle vært avskåret. I og med at det var snakk om brudd på grunnleggende

prinsipper i norsk straffeprosess kunne en ny slik krenkelse ikke godtas. Også i Rt 2003 side 549 ble det lagt avgjørende vekt på at retten til å forholde seg taus og ikke bidra til sin egen domfellelse er et grunnleggende prinsipp. Å tillate at en politibetjent forklarte seg om innholdet av et avhør som var foretatt uten at mistenkte hadde blitt gjort oppmerksom på sin rett til å nekte å forklare seg, ble derfor ansett som en saksbehandlingsfeil. Beviset skulle av den grunn ha vært avskåret. Men siden denne feilen ikke ble ansett å ha hatt betydning for lagmannsrettens avgjørelse av skyldspørsmålet, ble kravene til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nummer 3 bokstav g likevel ansett å være oppfylt i denne sistnevnte saken.

Et interessant tilfelle er imidlertid avgjørelsen inntatt i Rt 2003 side 1814 ("Promillekontrollsaken"). I denne saken hadde politiet hatt samtaler med en mann som de mistenkte for promillekjøring. Mannen ble ikke gjort oppmerksom på sin rett etter straffeprosessloven § 232 til å forholde seg taus. Spørsmålet ble da om samtalen som polititjenestemennene nedtegnet i ettertid kunne fremlegges som bevis. Høyesterett uttrykker ikke eksplisitt at dette beviset er å betrakte som ulovlig ervervet, men uttaler at samtalen som politiet hadde med mannen underveis må betraktes som å ha glidd over i en avhørssituasjon.⁴⁴ Vi må da kunne slutte at Høyesterett også i denne saken anser beviset som ulovlig ervervet fordi måten beviset er innhentet på krenker selvinkrimineringsprinsippet. Det interessante ved denne dommen er at Høyesterett til tross for dette tillot beviset fremlagt, altså motsatt konklusjon enn hva tilfellet var i Rt 2003 side 549. Spørsmålet om beviset skulle tillates ført ble behandlet opp mot hensynet til rettferdig rettergang etter EMK art 6. Høyesterett kom til at bevisføring i denne saken ikke vil innebære noe brudd på dette kravet, siden man i denne saken ikke hadde kommet like langt inn i en formell avhørssituasjon som tilfellet var i Rt 2003 side 549. Kravet til kontradiksjon var dessuten ivaretatt ved at tiltalte under prosessen hadde hatt anledning til å uttale seg og imøtegå beviset. Den krenkelse som politiet hadde gjort seg skyldig i ble derfor ikke ansett som like graverende i denne saken sammenlignet med hva tilfellet var i Rt 2003 side 549. På bakgrunn av disse konkrete momentene kom Høyesterett frem til at en føring av beviset ikke ville innebære noen krenkelse av kravet til rettferdig rettergang. Beviset ble derfor tillatt ført.

⁴⁴ Rt 2003 side 1814 (avsnitt 12 og 13).

Også avgjørelsen i Rt 2007 side 932 berører spørsmålet om hvilke virkninger det skal ha for bevisføringsadgangen at selvinkrimineringsprinsippet og kravet til rettferdig rettergang er krenket. Denne saken gjaldt adgangen til å fremlegge i en straffesak forklaringer som var avgitt til kontroll- og undersøkelsesorganer under forklaringsplikt etter konkursloven § 101. Etter en samlet vurdering kom Høyesterett til at fremleggelsen av forklaringene ikke medførte krenkelse av selvinkrimineringsforbudet, og at kravet til rettferdig rettergang etter EMK art 6 heller ikke var krenket som følge av dette. Det var derfor korrekt å ikke avskjære disse bevisene i denne saken.

Vi ser at bevis som er ervervet på en måte som innebærer brudd på selvinkrimineringsprinsippet som hovedregel vil måtte avskjæres, men at det noen ganger kan tenkes at det etter en helhetsvurdering likevel ikke vil innebære noen krenkelse av kravet til rettferdig rettergang å tillate slike bevis fremmet. Det vil derfor alltid måtte foretas en helhetsvurdering av om rettergangen har vært rettferdig til tross for at selvinkrimineringsprinsippet er krenket.

Men det er ikke bare selvinkrimineringsprinsippet som kan bli krenket når bevis innhentes på ulovlig måte. I Gatekjøkkenkjennelsen (Rt 1991 side 616) var det hensynet til den tiltaltes integritet og personvern som ble utslagsgivende for avgjørelsen av om beviset kunne fremlegges eller ei. Denne saken omhandler påtalemyndighetens adgang til å føre som bevis et videoopptak en arbeidsgiver i hemmelighet hadde foretatt av en av sine ansatte. Opptaket ble ansett som ulovlig ervervet da en slik fremgangsmåte medførte et inngrep i den personlige integritet som ut fra hensynet til det alminnelige personvern måtte anses som uakseptabelt. Ved vurderingen av adgangen til å føre dette opptaket som bevis fremholdt Høyesterett at man måtte vektlegge det integritetskrenkende aspekt føring av beviset ville innebære. Høyesterett kom til at man måtte legge avgjørende vekt på den belastningen det innebærer for en ansatt å bli utsatt for hemmelige videoopptak på arbeidsplassen. Sterke personvern hensyn talte derfor for å nekte bevis som er tilveiebrakt på en slik måte. Ved å avskjære bevis ervervet på denne måten ville domstolene motvirke denne formen for krenkelse, det ville dessuten kunne virke støtende å tillate bevis som er tilveiebrakt på denne måten. Høyesterett konkluderte med at hensynet til sakens opplysning ikke var tilstrekkelig tungtveiende i denne saken, og siden en fremleggelse av dette videobeviset ville innebære en fortsettelse eller

gjentakelse av den alvorlige integritetskrenkelse som fant sted ved beviservervet, måtte beviset avskjæres.⁴⁵

Også i Amnestisaken (Rt 1994 side 1139) var det grovheten av den krenkelse som politiet hadde gjort seg skyldig i som ble avgjørende for utfallet av avskjæringsspørsmålet. Men i motsetning til de andre sakene som her er behandlet, trakk hensynet til å motarbeide denne typen ulovlige myndighetshandlinger og hensynet til sakens opplysning i samme retning i denne saken. Siden begge disse hensyn talte for å tillate beviset ført.

Tiltalte hadde her gitt opplysninger som bakgrunnsstoff i en drapssak mot løfte om at opplysningene han ga ellers ikke skulle brukes. Herredsretten tillot derfor ikke opplesning, men Høyesterett opphevet dommen. Høyesterett uttalte at dersom tiltaltes forklaring var riktig, vil beviset måtte anses om ulovlig ervervet da det ikke er tillatt å bruke løfter under avhøringen, jf. straffeprosessloven § 92 annet ledd. Høyesterett fremholdt videre at om beviset som følge av dette skulle avskjæres måtte bero på en konkret vurdering.

I denne saken opphevet Høyesterett herredsrettens dom. Høyesterett kom med andre ord frem til at beviset ikke skulle vært avskåret. Beviset ble i denne saken avskåret med den begrunnelse at politiet hadde lovet tiltalte at opplysningene ikke skulle brukes. Høyesterett fant det støtende at politiet skulle kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede som straffeprosessloven § 92 gir. For å opprettholde folks tillit til rettsvesenet måtte derfor en slik grov krenkelse fra politiets side slås ned på for å avverge at politiet i fremtiden begår slike feil. Å slå ned på politiets handlemåte måtte i denne saken medføre at beviset ble *tillatt* ført. Høyesterett pekte også på at ulovligheten i dette tilfellet kunne ha virket inn på bevisets verdi, siden det kunne reises tvil om riktigheten av en forklaring som var fremkalt på en slik måte. Høyesterett fant imidlertid ikke at dette var et moment som talte for avskjæring, all den tid retten kunne ta dette i betraktning ved sin bevisbedømmelse.⁴⁶ Vi ser med andre ord at liten bevisverdi eller liten pålitelighet alene ikke var tilstrekkelig til å begrunne bevisavskjæring. Det avgjørende her var å slå ned på politiets handlemåte siden det ble ansett som en graverende krenkelse.

En annen dom hvor politiets handlemåte var klart klandreverdige er avgjørelsen i Rt 1948 side 46. Høyesterett uttrykte i denne dommen sterk kritikk mot politiet som hadde fremtvunget en

⁴⁵ Se Rt 1991 side 616 (side 624).

⁴⁶ Se Rt 1994 side 1139 (side 1141).

tilståelse under tilsidesettelse av flere rettergangsregler til vern om siktede, da de midt på natten ved å bringe siktede til det sted hvor det drap som siktelsen gjaldt hadde funnet sted, fikk han til å tilstå. Det interessante ved denne avgjørelsen er at Høyesterett ikke ser ut til å ville konkludere med at politiets fremgangsmåte måtte få som konsekvens at forklaringen ikke kunne fremlegges. Siden denne feil ikke kunne anses å ha vært bestemmende på dommens innhold førte anken over denne feil ved saksbehandlingen ikke frem. En slik fremgangsmåte ville i dag helt klart stride mot kravet til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. At tilståelsen da også ville blitt ansett som ulovlig ervervet må være ubestridt.

Av dette ser vi at bevis som er fremskaffet ved etterforskningsmetoder som innebærer en alvorlig integritetskrenkelse, eller bevis som er innhentet ved grove brudd på regler til vern for siktede regelmessig vil måtte avskjæres.

Det kan dessuten tenkes at man ved innhenting av bevis har brutt formelle bestemmelser om korrekt fremgangsmåte. Eksempel på dette finner vi i Rt 2004 side 858. Her hadde en 16 år gammel gutt avgitt politiforklaring uten at verger var varslet. Høyesterett kom til at det var en saksbehandlingsfeil å avhøre gutten uten at verger fikk anledning til å være til stede, jf. straffeprosessloven § 232 tredje ledd. Avhøret var dermed å anse som ulovlig ervervet.

Ved vurderingen av om det da var en saksbehandlingsfeil å tillate at forklaringen ble lest opp under hovedforhandlingen peker Høyesterett på at det ikke dreier seg om en spesielt alvorlig sak. Den krenkelse som politiet har gjort seg skyldig i blir heller ikke ansett som særlig graverende. Som nevnt tidligere gjør ikke hensynet til å motvirke ulovlige myndighetshandlinger seg så sterkt gjeldende i avskjæringsvurderingen, da lovgiver har funnet at dette bedre lar seg motvirke med sanksjoner mot den eller de som har foretatt ulovligheten. Hensynet til sakens opplysning veide derfor tyngst i denne saken. Det ble med andre ord ikke ansett å være noen saksbehandlingsfeil å tillate beviset ført. Siden det ikke var snakk om en spesielt grov krenkelse fra politiets side og at det heller ikke dreide seg om en spesielt alvorlig sak, fant man ikke grunn til å fravike hovedregelen om fri bevisføring. Det var derfor ingen saksbehandlingsfeil å tillate at forklaringen ble opplest.

Også i Rt 2006 side 582 hadde politiet innhentet bevis uten at vilkårene for bruken av etterforskningsmetoden var oppfylt. Politiet hadde i denne saken foretatt en ulovlig ransaking da vilkårene for ransaking etter straffeprosessloven §§ 192 første ledd og § 195 første ledd

ikke var oppfylt. Under ransakingen hadde politiet avdekket våpen og ammunisjon som det var ulovlig å være i besittelse av. Spørsmålet ble om disse bevisene kunne legges frem i retten. Høyesterett uttaler at politiet ville hatt hjemmel til å foreta ransakingen dersom de på en eller annen måte var kjent med, eller hadde skjellig grunn til å tro at de hadde pistol og ulovlig ammunisjon i bilen. Ulovligheten fra politiets side ser dermed ikke ut til å bli betraktet som særlig grov, bevisverdien var heller ikke påvirket som følge av ulovligheten, samt at sakens alvorlighet nok også trakk i retning av å tillate at beviset ble ført. Høyesterett nevner imidlertid hensynet til å motvirke overtramp av denne typen som et argument for å nekte beviset ført, men legger ikke særlig vekt på dette.⁴⁷ Hensynet til sakens opplysning ble tillagt avgjørende vekt og beviset ble derfor tillatt ført. At beviset var fremskaffet i strid med formell lov ble heller ikke i denne avgjørelsen funnet tungtveiende nok til å fravike hovedregelen om fri bevisføring.

Av de foregående rettsavgjørelsene kan vi utlede at dersom kravet til rettferdig rettergang er krenket, er dette en så grov krenkelse at beviset ikke kan tillates fremlagt. Som hovedregel vil ikke rettergangen bli ansett for å ha vært rettferdig dersom politiet har gjort seg skyldig i brudd på selvinkrimineringsprinsippet, men unntak fra dette kan tenkes. Også bevis som er fremkommet ved alvorlige inngrep i den personlige integritet må som hovedregel avskjæres. Det samme må bevis som er fremkommet ved grove brudd på bestemmelser til vern for siktede. Så vidt jeg har kunnet bringe på det rene foreligger det ingen eksempler fra rettspraksis der bevis er blitt tilsidesatt med den begrunnelse at det er fremskaffet i strid med formell lov. At politiet har gått frem på en måte som strider mot bestemmelser i lovgivningen ser derfor ikke ut til å være graverende nok til å fravike hovedregelen om fri bevisføring.

I Treholtkjennelsen (Rt 1992 side 698) uttales det at den omstendighet at det dreier seg om et bevisst regelbrudd fra politiets side taler mot at beviset tillates ført.⁴⁸ Det vil si at et bevisst rettsbrudd i utgangspunktet anses som mer alvorlig enn en uaktsom overtredelse. Men denne avgjørelsen viser at selv om det er snakk om et bevisst regelbrudd er det ingen automatikk i at beviset avskjæres.

Hensynet til domstolenes anseelse og den anklagedes integritet og privatliv gjør seg sterkere gjeldende jo alvorligere overtampet fra politiets side er. Ved alvorlige krenkelser bør derfor

⁴⁷ Se Rt 2006 side 582 (avsnitt 24).

⁴⁸ Rt 1992 side 698 (side 706).

beviset avskjæres, da det ville vært lite heldig om rettsvesenet skulle kunne benytte seg av materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler. Også hensynet til å påvirke politiet til å avstå fra slike fremgangsmåter taler for å avskjære beviset i disse tilfellene. Men disse hensyn må veies opp mot hensynet til sakens opplysning. Hvor alvorlig sak det er snakk om vil spille inn på hvor sterkt dette hensyn gjør seg gjeldende. Jeg vil i det følgende se nærmere på dette momentet.

4.3.2 Siktelsens alvorlighet

Som foran nevnt er det ikke bare grovheten av den krenkelse som er begått ved bevisinnhenting som spiller inn ved avskjæringsvurderingen. Også andre momenter tillegges vekt. Et viktig moment i så måte ser ut til å være hvor alvorlig saken er. Dette momentet fikk avgjørende betydning i Rt 1997 side 1778 ("Taushetspliktsaken"). I denne saken hadde politiet fått kunnskap om en voldtektssak som følge av at en ansatt på et sykehus hadde brutt sin taushetsplikt. Høyesterett uttaler imidlertid at det at politiet har fått kjennskap til saken ved brudd på taushetsplikt, ikke kan ha som konsekvens at samtlige bevis i saken blir å anse som ulovlig ervervede. En avskjæring av bevisene ville da resultere i at et straffbart forhold i realiteten ble straffritt siden påtalemyndigheten ble avskåret fra bevisførsel. Siden det dreide seg om en meget alvorlig sak fant Høyesterett at hensynet til sakens opplysning måtte veie tyngst. Og uttalte videre at hensynet til den som ble krenket ved bevisfremleggelsen heller måtte ivaretas gjennom strafferettslige reaksjoner mot den som hadde brutt sin taushetsplikt.⁴⁹ Siden det dreide seg om en alvorlig sak ble derfor bevisene tillatt fremlagt.

Også i Treholtkjennelsen (Rt 1992 side 698) ble tiltalens alvorlighet tillagt avgjørende vekt ved vurderingen av om det ulovlig innhentede bevis kunne legges frem. En mann var i lagmannsretten dømt til 20 års fengsel deriblant for spionasje, og fremsatte begjæring om gjenopptakelse blant annet på grunn av at påtalemyndigheten hadde ført et bevis som var tilveiebrakt på ulovlig måte. I denne saken var beviset ervervet i strid med dagjeldende straffeprosesslov, da verken anklagede eller andre var varslet om ransakingen, jf. dagjeldende straffeprosesslov § 225 annet ledd. Det var heller ikke vitne til stede under ransakingen, jf. lovens § 224 første ledd. Under den ulovlige ransakingen ble det funnet en større sum penger. Disse ble fotografert av politiet. Spørsmålet for kjæremålsutvalget var om det var en feil å

⁴⁹ Rt 1997 side 1778 (side 1780-1781).

tillate disse fotografiene fremlagt under hovedforhandlingen. I denne vurderingen ble det lagt vekt på at det dreide seg om en bevisst tilsidesettelse av gjeldende regler. Men siden det dreide seg om en svært alvorlig tiltale måtte hensynet til sakens opplysning gjøre seg sterkere gjeldende enn ved mindre grove forhold. Ulovligheten kunne dessuten ikke antas å ha hatt betydning for bevisets kvalitet, og det ulovlige bevis var bare ett av flere bevis i saken. Kjæremålsutvalget kom på bakgrunn av dette frem til at det ikke var feil av lagmannsretten å tillate beviset ført siden det her var snakk om en svært alvorlig tiltale.

Av dette kan vi utlede at hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Moment av betydning er hvor grovt overtramp politiet har gjort seg skyldig i, om ulovligheten har påvirket bevisets kvalitet og om det er flere bevis i saken. Men selv i alvorlige saker vil bevis kunne bli avskåret dersom krenkelsen som ble begått ved ervervet er grov nok. For eksempel vil vernet mot selvinkriminering stå sterkere i en alvorlig sak. Så selv om hensynet til sakens opplysning veier tyngre i alvorlige saker, veier også hensynet til tiltalte tyngre. Det lar seg derfor vanskelig gjøre å oppstille noen ”fasit” for hvor alvorlig saken må være for at det ulovlig ervervede beviset likevel skal tillates ført.

Man kan imidlertid spørre seg om det ikke er like viktig å komme frem til den materielle sannhet også i mindre alvorlige saker. I de fleste av de foran nevnte rettsavgjørelsene har det momentet at det dreier seg om en alvorlig sak vært et moment som taler for at beviset blir tillatt ført. Men som vi ser av argumentasjonen i Rt 2004 side 858 (omhandlet i pkt. 4.2.1) kan den omstendighet at det *ikke* dreier seg om en alvorlig sak i enkelte tilfeller også tale for bevisføring. Sakens alvorlighet kan med andre ord slå begge veier. Hvilke andre omstendigheter som gjør seg gjeldende i saken vil derfor være avgjørende for avgjørelsen av om beviset kan føres eller ikke

4.3.3 Bevisets vekt

Med bevisets vekt mener jeg hvor avgjørende beviset er for avgjørelsen av skyldspørsmålet. Også dette momentet kan tenkes å spille inn ved vurderingen av om beviset skal avskjæres. Man kan tenke seg at beviset alene kan være avgjørende for domfellelse, eller det kan være et

såkalt ”overskuddsbevis” i betydningen ikke nødvendig for domfellelse. Det kan dessuten være tilfeller hvor beviset sammen med andre bevis er nødvendig for domfellelse.⁵⁰

Hvilken situasjon man står ovenfor kan være avgjørende for avskjæringsspørsmålet. I Treholtkjennelsen (Rt 1992 side 698) uttales det at siden ”pengebeviset” var ett av flere bevis i saken, var det et argument som talte for å tillate beviset fremlagt. Begrunnelsen for dette må være at det lettere blir ansett som støtende å føre beviset dersom det er det eneste eller hovedsakelige bevis.

Bevisets vekt vil også være relevant å ta i betraktning i vurderingen av om føringen av det ulovlige ervervede beviset vil medføre en krenkelse av kravet til rettferdig rettergang etter EMK art 6. Dette kan utledes av Schenkdommen.⁵¹ Det var her spørsmål om anvendelse av et ulovlig opptak av en telefonsamtale som bevis i straffesak ville være i strid med kravet til rettferdig rettergang etter EMK art 6 nummer 1. I denne saken ble det lagt vekt på at beviset var ett av flere bevis mot tiltalte. Føring av beviset ble derfor etter en helhetsvurdering ikke ansett å rokke ved rettergangens rettferdighet.

Av dette ser vi at jo mer avgjørende beviset er for avgjørelsen av skyldspørsmålet, dess lettere vil det anses som en krenkelse av kravet til rettferdig rettergang å tillate at et ulovlig innhentet bevis bli tillatt ført. Men dersom beviset er det eneste eller hovedsakelige bevis, vil jo hensynet til sakens opplysning tilsi at beviset *blir* tillatt ført. Vi ser dermed at hvor avgjørende beviset er for avgjørelsen av skyldspørsmålet kan slå begge veier.

I praksis vil man imidlertid sjelden oppleve at påtalemyndigheten ønsker å legge frem ulovlig innhentede bevis som ikke er nødvendig for domfellelse. I slike tilfeller vil påtalemyndigheten heller velge å ikke føre beviset, i stedet for å føre det og avsløre at det er begått ulovligheter under etterforskningen.

4.3.4 Bevisets pålitelighet

Det kan være grunn til også å se på bevisets pålitelighet ved vurderingen av om beviset skal tillates fremlagt eller ikke. I de tilfellene bevisets troverdighet er svekket som følge av

⁵⁰ Se lignende inndeling i Kostveit side 60.

⁵¹ Schenk mot Sveits, dom av 12. juli 1988, Series A no. 140 (avsnitt 47).

ulovligheten vil man ikke oppleve å komme nærmere den materielle sannhet ved å legge frem beviset. Hensynet til sakens opplysning taler derfor for å avskjære beviset dersom påliteligheten er svekket.

Ved vurderingen av om det var adgang til å legge frem ”pengebeviset” i Treholtkjennelsen (Rt 1992 side 698) ble det trukket frem som et argument for bevisføring at bevisets pålitelighet ikke var svekket som følge av den ulovlige ransakingen. Det samme var tilfellet i Rt 2006 side 582 som omhandlet ransaking uten at vilkårene for ransaking etter straffeprosessloven var oppfylt. Av disse avgjørelsene kan vi utlede at motforestillingene mot fremleggelse av opplysninger fra en ransaking som er gjennomført uten at vilkårene etter straffeprosessloven er fulgt, ikke først og fremst knytter seg til bevisets pålitelighet, men til at det vil virke støtende om rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved brudd på gjeldende regler. I norsk rett er det som tidligere nevnt ansett mest hensiktsmessig å møte slike overtramp med disiplinære sanksjoner i stedet for å avskjære relevante bevis.

Også i Rt 2004 side 858 hvor politiet hadde foretatt et avhør av en 16 år gammel gutt uten å varsle verge, kom Høyesterett inn på bevisets pålitelighet ved vurderingen av om avhøret skulle tillates fremlagt. I denne saken ble ulovligheten ikke ansett å ha virket inn på bevisets pålitelighet. Høyesterett uttaler ikke eksplisitt at det er denne vurderingen som gjøres, men poengterer at selv om verge er til stede er det ikke vergens forklaring som skal opptas. Det er fortsatt den mindreåriges forklaring som er den interessante. Av dette kan vi utlede at det Høyesterett her gjør, er å foreta en vurdering av om fremgangsmåten politiet benyttet kan ha virket inn på innholdet av den forklaringen som ble gitt, og at Høyesterett i dette tilfellet ikke anser forklaringens pålitelighet som svekket som følge av ulovligheten. Forklaringen kan derfor fremlegges. Høyesterett uttaler imidlertid at det at avhøret er foretatt uten verge til stede vil kunne hensyntas ved vektleggingen av beviset.⁵² Dette ble også fremhevet i Amnestisaken (Rt 1994 side 1139). Hvor det fremgår at manglende pålitelighet ikke nødvendigvis må resultere i avskjæring, men at dette momentet kan spille inn ved avgjørelsen av om hvor stor vekt beviset skal tillegges ved avgjørelsen av skyldspørsmålet.⁵³

Også av Gatekjøkkenkjennelsen (Rt 1991 side 616) ble bevisets pålitelighet trukket frem som et relevant moment i avskjæringsvurderingen. Men heller ikke her ble dette momentet tillagt

⁵² Rt 2004 side 858 (avsnitt 19 og 20).

⁵³ Se Rt 1994 side 1139 (side 1141).

særlig betydning. Dels fordi spørsmålet ikke var særlig godt belyst for Høyesterett, og dels fordi det ikke kunne være avgjørende i forhold til de hensyn som talte for avskjæring.

Av det forestående kan vi utlede at svekket pålitelighet sjelden alene er tilstrekkelig til å begrunne bevisavskjæring. Det vil likevel kunne tenkes eksempler på at påliteligheten samt alvorligheten av den krenkelse som er begått ved beviservervet vil kunne føre til bevisavskjæring, for eksempel der hvor forklaringen er fremkommet under tvang eller torturlignende forhold. Forklaringen kan da like gjerne være motivert ut fra frykten for videre tvang. Dette sammenholdt med hensynet til å påvirke politiet fra å benytte slike metoder kan da tilsi at beviset vil måtte avskjæres.

Men selv om pålitelighetshensyn sjelden alene begrunner avskjæring, vil bevisets pålitelighet kunne få betydning for hvor stor vekt man tillegger beviset ved avgjørelsen av skyldspørsmålet. Det er således en nær sammenheng mellom bevisets vekt og dets pålitelighet.

4.4 Sondringen fortsettelse/ikke fortsettelse av rettsbruddet

I Fængselsbetjentdommen (Rt 1999 side 1269) sondres det mellom tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, og tilfeller hvor føring av beviset ikke vil representere en slik gjentakelse. Det uttales her at beviset normalt må nektes ført der hvor føring vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, mens avskjæringsvurderingen der hvor bevisføring *ikke* innebærer noen fortsettelse av rettsbruddet vil måtte bero på en interesseavveining.⁵⁴ Også flere andre rettsavgjørelser samt juridisk teori støtter denne sontringen og trekker i retning av en presumsjon for avskjæring i de tilfellene bevisføring vil innebære en fortsettelse eller gjentakelse av rettskrenkelsen.⁵⁵

Det kan være vanskelig å gi en eksakt beskrivelse av hva som skal til for at føring av et ulovlig ervervet bevis vil medføre en fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbrudd som forelå ved beviservervet. Jeg velger derfor å illustrere hva som ligger i dette med noen praktiske eksempler.

⁵⁴ Se Rt 1999 side 1269 (side 1272).

⁵⁵ Se bla.a. Rt 2003 side 549, Rt 1991 side 616, Rt 1997 side 795, samt Andenæs, *Norsk straffeprosess*, side 269-270, Hov side 310, Bjørnvik/Selfors side 19-40.

Dersom politiet har foretatt avhør uten å gjøre den mistenkte oppmerksom på sin rett til å nekte å forklare seg, og forklaringen så senere leses opp i retten eller at polititjenestemannen som foretok avhøret senere forklarer seg om innholdet i retten, vil opplesingen klart innebære en fortsettelse eller gjentakelse av den opprinnelige krenkelsen. Det vil imidlertid ikke bli ansett som noen fortsettelse eller gjentakelse av rettsbruddet dersom politiet under en ulovlig ransaking finner og beslaglegger narkotika, som så legges frem i retten. Narkotikaen vil riktignok være et bevis som er innhentet på ulovlig måte, men siden det er straffbart å være i besittelse av narkotika vil føring av dette beviset ikke anses å innebære noen fortsettelse av det rettsbrudd som fant sted ved beviservervet.

I Fængselsbetjentdommen (Rt 1999 side 1269) kan det synes som om Høyesterett legger avgjørende vekt på det faktum at bevisføring vil innebære en fortsettelse av rettskrenkelsen og at det er derfor beviset ikke kan tillates fremlagt. Men i realiteten er det krenkelsens grovhet som er utslagsgivende for avgjørelsen om at beviset må avskjæres. I og med at det var snakk om brudd på grunnleggende prinsipper i norsk straffeprosess kunne en ny slik krenkelse ikke godtas. I Rt 2003 side 549 (omtalt i pkt. 4.3.1) går det tydeligere frem at det er nettopp krenkelsens grovhet som er utslagsgivende for avgjørelsen om at beviset må avskjæres, og altså ikke det moment at føring vil medføre en fortsatt krenkelse eller ikke. Også i Gatekjøkkenkjennelsen (Rt 1991 side 616) ble beviset avskåret siden fremleggelse ville medføre en fortsettelse eller gjentakelse av rettskrenkelsen. Men som det fremgår av argumentasjonen er det ikke det momentet alene som er avgjørende for avskjæringsspørsmålet. Hvilke hensyn som da vil komme til å bli krenket er det som i realiteten ser ut til å være utslagsgivende for denne vurderingen. Her var det snakk om en alvorlig integritetskrenkelse. Det er dette momentet som er utslagsgivende for avskjæringsspørsmålet.

I Rt 1997 side 1778 ("Taushetspliktsaken") ble et bevis tillatt ført, selv om dette kunne anses å innebære en fortsettelse eller gjentakelse av den rettskrenkelse som fant sted ved ervervet.⁵⁶ Her var det snakk om en alvorlig sak som det var av stor betydning å få oppklart. Det var med andre ord sakens alvorlighet som var utslagsgivende for at beviset ikke skulle avskjæres. I og med at det dreide seg om en alvorlig sak fant Høyesterett at hensynet til sakens opplysning

⁵⁶ Rt 1997 side 1778 (siste avsnitt side 1780).

veide tyngre enn hensynet til tiltalte. Også i ”Promillekontrollsaken” (Rt 2003 side 1814) ble beviset tillatt ført selv om dette kunne anses å innebære en fortsettelse av den rettskrenkelse som fant sted ved beviservervet. Mistenkte var under samtale med politiet ikke gjort oppmerksom på sin rett til å forholde seg taus. Å legge frem nedtegnelsene om innholdet av denne samtalen kunne derfor anses som en gjentakelse av krenkelsen av selvinkrimineringsprinsippet. Likevel tillot Høyesterett beviset fremmet da rettergangen under ett likevel ble ansett for å ha vært forsvarlig.

Vi ser med andre ord at det ikke er noen automatikk i at beviset avskjæres i de tilfellene bevisføring vil innebære en fortsettelse eller gjentakelse av rettskrenkelsen. Man kan derfor ikke operere med en presumsjon for bevisavskjæring i de tilfellene bevisføring vil innebære en fortsettelse av rettskrenkelsen, også her vil spørsmålet om beviset skal avskjæres eller ikke bero på en helhetsvurdering av de konkrete momentene i den enkelte sak.

5 Oppsummering

Ved avgjørelsen av spørsmålet om et ulovlig innhentet bevis skal tillates fremlagt eller ikke, er det en rekke ulike forhold som spiller inn. Spørsmålet blir så om man på bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet har grunnlag for å stille opp noen absolutt regel i den ene eller annen retning, når det gjelder spørsmålet om hvordan man skal forholde seg til et bevis som er skaffet til veie på ulovlig måte.

Der hvor politiet har benyttet seg av fremgangsmåter som krenker kravet til rettfærdig rettergang etter EMK artikkel 6 vil beviset måtte avskjæres.⁵⁷ Brudd på selvinkrimineringsforbudet vil som hovedregel innebære krenkelse av kravet til rettfærdig rettergang. Også bevis som er fremkommet ved alvorlige inngrep i den personlige integritet, vil regelmessig måtte avskjæres.⁵⁸ Bevis som er innhentet ved hemmelig lydbånd- eller videoopptak vil av den grunn som hovedregel bli avskåret.

Det ser ut til at hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende jo alvorligere tiltalen er, men selv i alvorlige saker vil bevis kunne bli avskåret dersom krenkelsen som ble

⁵⁷ Se Rt 1999 side 1269, Rt 2003 side 549 og Rt 2003 side 1814.

⁵⁸ Rt 1991 side 616.

begått ved ervervet er grov nok. For eksempel vil vernet mot selvinkriminering stå sterkere i en alvorlig sak. Så selv om hensynet til sakens opplysning veier tyngre i alvorlige saker, veier også hensynet til tiltalte tyngre. Det lar seg derfor vanskelig gjøre å oppstille noen presumsjon for hvor alvorlig saken må være for at hensynet til sakens opplysning skal veie tyngst.

Dersom det ulovlig ervervede bevis er det eneste eller hovedsakelige bevis i saken vil det lettere bli ansett som støtende å tillate at dette beviset blir ført. Å tillate fremleggelse av et slikt bevis vil dessuten også lettere kunne innebære krenkelse av kravet til rettfærdig rettergang. Dette taler derfor for å avskjære bevis som er innhentet på ulovlig måte dersom det er det eneste eller avgjørende bevis i saken. På den annen side, hensynet til sakens opplysning vil i disse tilfellene tale *for* at beviset tillates fremlagt. Hvilken vekt beviset har kan dermed slå begge veier. Også andre momenter i saken virker samtidig og spiller inn på hvilke hensyn som til slutt finnes å veie tyngst.

Dersom bevisets troverdighet er svekket som følge av ulovligheten vil man ikke oppleve å komme nærmere den materielle sannhet ved å legge frem beviset. Hensynet til sakens opplysning taler derfor for å avskjære bevis dersom påliteligheten er svekket.

Rettskildematerialet viser imidlertid at svekket pålitelighet sjelden alene er nok til å begrunne avskjæring, men at dette momentet i stedet spiller inn ved avgjørelsen av om hvor stor vekt beviset skal tillegges ved avgjørelsen av skyldspørsmålet

Ut over tilfellene med hemmelig lydbånd- eller videoopptak finner jeg med andre ord ingen holdepunkter for å oppstille noen presumsjon verken i retning av avskjæring eller bevisføring. Avgjørelsen vil måtte bero på en helt konkret vurdering ut fra omstendighetene i den enkelte sak, uavhengig av om bevisføringen medfører en gjentakelse eller fortsettelse av den rettskrenkelse som fant sted ved beviservervet eller ikke.

6 Behandlingsmåten for spørsmål om bevisavskjæring og virkningen av at avskjæring er forsømt.

Spørsmålet om avskjæring av bevis kan tas opp under saksforberedelsen eller under hovedforhandlingen. Spørsmålet kan også reises i form av en anke over saksbehandlingen på

grunn av at en avgjørelse om å føre eller avskjære beviset påstås uriktig. I den foregående fremstillingen har jeg ikke sondret mellom saker der beviset er blitt avskåret i forkant, og tilfeller der avgjørelsen er blitt opphevet i etterkant som følge av bevisførselen, da det er den samme vurderingen som legges til grunn for avgjørelsen.

6.1 Behandlingsmåten

6.1.1 Under saksforberedelsen

Dersom den ene part vil føre et bevis som den annen part mener bør avskjæres, kan spørsmålet tas opp til avgjørelse under saksforberedelsen, jf. straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. Beslutningen om å avholde slikt rettsmøte kan ikke påkjæres, jf. straffeprosessloven § 272 andre ledd. Det er den eller de juridiske dommerne som behandler dette spørsmålet, jf. straffeprosessloven § 274. Spørsmålet om avskjæring bør da som utgangspunkt avgjøres før videre behandling av saken.

6.1.2 Under hovedforhandlingen

Det kan imidlertid godt tenkes at spørsmålet om avskjæring først dukker opp under hovedforhandlingen. Man vil da stå overfor den vanskelige situasjon at retten under spørsmål om beviset skal avskjæres i større eller mindre grad blir kjent med innholdet av det bevis det gjelder. Dersom retten kommer til at beviset må avskjæres, må retten ved avgjørelsen av hva som anses bevist i saken forsøke å se bort fra det avskårne bevis. Det er ingen vil om at dette kan være psykologisk vanskelig for dommerne. I de tilfellene dommerne som skal avgjøre avskjæringsspørsmålet har blitt kjent med bevisets innhold kan dette tenkes å komme i konflikt med kravet til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6.⁵⁹ Det kan derfor hevdes at i forhold til kravet om rettferdig rettergang er det best at bevisets innhold overhode ikke kommer til den dømmende retts kunnskap. Ideelt sett bør således spørsmålet om avskjæring allerede tas opp under saksforberedelsen. Eventuelt at retten settes på nytt med dommere som ikke har kjennskap til beviset som ble avskåret.

⁵⁹ Se lignede synspunkt i Aall side 299.

6.2 Virkningen av at avskjæring er forsømt

Dersom retten har tillatt et bevis ført som skulle vært avskåret, er dette en saksbehandlingsfeil som kan resultere i opphevelse dersom det finnes sannsynlig at feilen kan ha virket inn på dommens innhold, jf. straffeprosessloven § 343 første ledd.

I mange tilfeller kan et bevis som er tillatt ført selv om det skulle vært avskåret, ha bidratt til at saken har blitt bedre opplyst enn tilfellet ville vært om beviset hadde vært avskåret. Feilen har dermed resultert i en materielt sett riktigere avgjørelse. Det kan ved første øyekast synes noe merkelig at også feil som har som konsekvens at saken har blitt bedre opplyst enn ellers skal kunne resultere i at avgjørelsen oppheves. Siden saksbehandlingens primære formål som tidligere nevnt er å sikre flest mulig materielt riktige avgjørelser. Men som jeg også har vært inne på, når retten kommer frem til at beviset må nektes ført er det nettopp på grunn av at en har funnet at andre hensyn veier tyngre enn hensynet til sakens opplysning. For eksempel hensynet til den rettsbruddet rammer.⁶⁰ I de tilfellene saksbehandlingsfeilen fører til opphevelse, kan man kanskje si at domstolen ved å gi uttrykk for at den ikke kan bygge på opplysninger fremkommet på ulovlig måte, til en viss grad er med på å reparere den inntrådte skade. Til å illustrere dette kan vi se på begrunnelsen for legers taushetsplikt etter straffeprosessloven § 119. Denne bestemmelsen er begrunnet i hensynet til å skape et tillitsforhold mellom pasient og lege. Det vil derfor skade dette tillitsforholdet om legen skal kunne legge frem fortrolige opplysninger om sine pasienter i retten, uten pasientens samtykke. Men ved at retten gir uttrykk for at opplysninger som er fremkommet på denne måten ikke kan brukes, er man på en viss grad med på å rette opp den urett som ble begått ved ervervet.⁶¹

I Fængselsbetjentdommen (Rt 1999 side 1269) opphevet Høyesterett en fellende dom mot en fængselsbetjent som angivelig skulle ha hjulpet en fange med å rømme. I lagmannsretten ble fængselsbetjenten dømt hovedsakelig på grunnlag av en ”forklaring” som var tatt opp ved hjelp av skjult mikrofon og båndopptaker. Høyesterett kom til at dette beviset var å betrakte som ulovlig ervervet, og at det etter en nærmere vurdering skulle ha vært avskåret.

Høyesterett uttaler på side 1273 at på tross av at dette beviset ikke var det eneste bevis som lå til grunn for domfellelsen, kan beviset ”ha virket inn på dommens innhold”. Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet. I Rt 1948 side 46 gjaldt saken en tilståelse fremkommet under tildragelse som av Høyesterett omtales som ”terroraksjons preg”. Her kom Høyesterett til

⁶⁰ Se lignende synspunkt i Bjørnvik/Selfors side 38.

⁶¹ Se Andenæs, *Norsk straffeprosess*, side 273.

motsatt resultat. Den fellende dom ble ikke opphevet da det ikke ble funnet sannsynlig at feilen hadde virket inn på dommens innhold. Også i Rt 2003 side 549 ble det spørsmål om feilen ved å tillate at en politibetjent forklarte seg om et ulovlig avhør kunne ha virket inn på avgjørelsen av skyldspørsmålet. Høyesterett uttaler her at ”Forklaringene sett i sammenheng med det øvrige bevismaterialet kan åpenbart ikke ha hatt betydning for lagrettens avgjørelse av skyldspørsmålet”⁶² Anken over saksbehandlingsfeilen førte derfor ikke frem.

Ved vurderingen av om saksbehandlingsfeilen kan ha virket inn på dommens innhold må det foretas en totalvurdering av feilens betydning. Dersom det foreligger flere mindre feil som hver for seg ikke er tilstrekkelige til opphevelse, kan feilene samlet sett gi grunnlag for dette. Dette fremgår blant annet i kjennelse i Rt 1981 side 673. Kjennelsen gjelder anke over feil ved herredsrettens saksbehandling ved uttakelsen av domsmenn. Høyesterett uttaler at feilene må vurderes samlet når man ser på om feilene ”kan” ha virket inn på dommens innhold.⁶³ Resultatet i denne saken ble at feilene til sammen måtte anses å komme inn under bestemmelsen i dagjeldende straffeprosesslov⁶⁴ § 393 første ledd.⁶⁵ Herredsrettens dom ble derfor opphevet. Også i Rt 1982 side 8 ble det presisert at saksbehandlingsfeilene må vurderes samlet ved vurderingen av om feilene kan ha virket inn på dommens innhold. Også i denne saken ble feilene sett under ett vurdert til å kunne ha virket inn på dommens riktighet. Resultatet ble derfor også her opphevelse.

⁶² Rt 2003 side 549 (avsnitt 21).

⁶³ Høyesterett mener å finne støtte for dette syn i kjennelsen i Rt 1977 side 799.

⁶⁴ Straffeprosessloven av 1.7.1887 nr. 5.

⁶⁵ Bestemmelsen tilsvare bestemmelsen i § 343 første ledd i straffeprosessloven av 1981.

Kilder

Bøker

Aksnes, Håvard, *Håndbok i taktisk etterforskning – del I. Utkast nr 1 – 02.02.03* (Neskollen 2003).

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess bind I*, 3. utgave (Universitetsforlaget AS 2000).

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn (Universitetsforlaget AS 2004).

Andorsen, Kjell V., *Strafferettslig nødrett* (Universitetsforlaget AS 1999).

Auglend, Ragnar L.; Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, *Politrett*, 2. utgave (Gyldendal 2004).

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud, *Straffeprosessloven kommentarutgave*, bind I og II, 3. utgave (Universitetsforlaget AS 2001).

Fauchald, Ole Kristian; Henning Jakhelln og Aslak Syse (red), *dog fred er ej det bedste. Festskrift til Carl August Fleischer* (Universitetsforlaget AS 2006).

Fredriksen, Steinar, *Innføring i straffeprosess* (Gyldendal 2006).

Hjelmeng, Erling og Jon Øyvind Eide Midthjell, *Dommer i straffeprosess og strafferett* (Universitetsforlaget AS 1998).

Hov, Jo, *Rettergang I* (Papinian AS 2007).

Hov, Jo: *Rettergang II straffeprosess* (Papinian AS 1999).

Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (Cappelens forlag as 2004).

Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter* (Universitetsforlaget AS 1995).

Artikler

Andenæs, Johs., "Privatlivets fred", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1958 side 369-404.

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

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

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

Bratholm, Anders, "Tvangsmidler i straffeprosessen", *Jussens Venner*, 1969 side 322-351.

Kostveit, Odd: "Noen etterforskningsmetoder og læren om avskjæring av ulovlig innhentede bevis", *Forskning om økonomisk kriminalitet rapport 28*, Norges forskningsråd 1995.

Riksadvokat L. J. Dorenfeldt, ”Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?” *Lov og Rett* nr. 7, 1978 side 291 flg.

Avhandlinger av juridiske studenter

Bardo, Turid, ”Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker”, særavhandling ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø 1999.

Galtung, Cathrine H., ”Ulovlig ervervet bevis i straffesaker”, spesialoppgave ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo høsten 2000.

Østbye, Stine Amundsen, ”Ulovlig ervervede bevis i straffesaker”, spesialoppgave ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 2000.

Forarbeider

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomitèen, avgitt i juni 1969.

Ot.prp. nr. 35 (1978-79), *Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)*.

Innst. O. nr. 37 (1980-81), *Innstilling frå justiskomiteen om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)*.

NOU 1997: 15, *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet, delinnstilling II*.

Ot.prp. nr. 64 (1998-99), *Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)*.

NOU 2004: 6, *Mellom effektivitet og personvern, politimetoder i forebyggende øyemed*.

Rundskriv

Riksadvokatens rundskriv nr 2/2000, *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode* (Oslo 2000).

Riksadvokatens publikasjoner nr. 3 /2001, *Materialsamling utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder* (Oslo 2001).

Domsregister

Dommer inntatt i Norsk Retstidende:

Rt 1936 side 204

Rt 1948 side 46

Rt 1977 side 799

Rt 1981 side 673

Rt 1982 side 8
Rt 1984 side 1076 (Politiheroin I-dommen)
Rt 1990 side 1008 (Fotobokssaken)
Rt 1991 side 616 (Gatekjøkkenkjennelsen)
Rt 1992 side 698 (Treholtkjennelsen)
Rt 1992 side 1088
Rt 1993 side 473
Rt 1994 side 610
Rt 1994 side 1139 (Amnestisaken)
Rt 1996 side 1114
Rt 1997 side 1778 ("Taushetspliktsaken")
Rt 1998 side 407 (Skrikdommen)
Rt 1999 side 1269 (Fengselsbetjentdommen)
Rt 2000 side 1482
Rt 2000 side 1223
Rt 2002 side 1744
Rt 2003 side 549
Rt 2003 side 1814 ("Promillekontrollsaken")
Rt 2004 side 858
Rt 2005 side 1524
Rt 2006 side 120
Rt 2006 side 582
Rt 2007 side 932

Avgjørelser av Den europeiske menneskerettighetsdomstol:

Funke mot Frankrike sak nr. 10828/84.

Saunders mot Storbritannia sak nr. 19187/91.

Kahn mot Storbritannia sak nr. 35394/97

Schenk mot Sveits sak nr. 10862/84.