



Det juridiske fakultet

Avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i straffeprosess

Om bevis innhentet ved politiets bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskningsøyemed må avskjæres etter læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis

Helle Aksnes Clausen

Masteroppgave i Rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema, rettslig plassering og aktualitet.....	1
1.2	Problemstilling	3
1.3	Metode.....	3
1.4	Avgrensning	5
1.5	Videre fremstilling	5
2	Den ulovfestede læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i straffeprosessen	6
2.1	Introduksjon	6
2.2	Utgangspunktet om fri bevisføring	6
2.3	Unntak fra utgangspunktet om fri bevisføring	10
2.3.1	Beviset må være ulovlig eller utilbørlig ervervet.....	10
2.3.2	Avskjæring etter en bred interessevurdering.....	14
2.3.3	Avskjæring på grunn av fortsatt eller gjentatt krenkelse.....	17
3	Er bevis innhentet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera ulovlig eller utilbørlig?	21
3.1	Introduksjon	21
3.2	Utgangspunkter for anvendelse av tvangsmidler	21
3.3	Rettsgrunnlag for skjult kameraovervåkning i etterforskning.....	31
3.4	Rettsgrunnlag for bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning	33
4	Når kan et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis avskjæres?.....	38
4.1	Introduksjon	38
4.2	Medfører fortsatt eller gjentatt krenkelse alltid bevisavskjæring?	39
4.3	Hvilke hensyn gjør seg gjeldende i interesseavveiiingen?	40
4.3.1	Noen generelle hensyn	40
4.3.2	Hensyn i den konkrete sak	42
4.4	Oppsummering av rettstilstanden.....	45
5	Innebærer forslag til ny straffeprosesslov noen endring i rettstilstanden?.....	45

5.1	Introduksjon	45
5.2	Lovfesting av gjeldende rett	46
5.3	Ordlyden i forslaget § 8-5	46
5.4	Mer vekt på disiplineringshensynet.....	48
5.5	Mer vekt på lovformelighetshensyn.....	50
5.6	Oppsummering av mulig fremtidig utvikling.....	50
6	Referanseliste	52
6.1	Lovregister	52
6.2	Rettsavgjørelser	53
6.3	Litteratur.....	54

1 Innledning

1.1 Tema, rettslig plassering og aktualitet

Tema for oppgaven er avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i straffeprosessen. Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisføring, altså at partene, herunder påtalemyndigheten, forsvarer og tiltalte, kan føre de bevis de ønsker.¹ Bevisavskjæring er derfor et unntak fra hovedregelen, som krever særskilt rettsgrunnlag.

Etter norsk rett er det påtalemyndigheten som har ansvar og plikt til å etterforske straffbare forhold, jf. straffeprosessloven² §§ 224-225. I strpl. § 226 (1) bokstav b fremgår det at «formålet med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for [...] å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld [...]». I straffesaker er det altså påtalemyndigheten som står for saksopplysningen, herunder innhenting av bevis. Avskjæring av bevis fremskaffet av påtalemyndigheten er blant annet aktuelt i tilfeller hvor beviset er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Dette vil for eksempel være dersom politi og påtalemyndighet ikke har handlet i overensstemmelse med lovbestemte regler ved innhenting av beviset.³

Spørsmål om bevisavskjæring kan oppstå både på etterforskningsstadiet og irettføringsstadiet.⁴ På etterforskningsstadiet kan en påtalejurist oppdage ulovlig tvangsmiddelbruk gjennomført av politibetjenter. Dette medfører at påtaleansvarlig må ta stilling til om beviset kan føres i en eventuell rettsak. Også manglende opplysning om siktedes rettigheter under avhør er et eksempel på bevis som kan anses som ulovlig eller utilbørlig. På irettføringsstadiet kan spørsmålet oppstå i tilfeller hvor politiet mener at beviset er lovlig innhentet, eller hvor de mener at det likevel kan føres, men hvor forsvarer hevder at beviset må avskjæres etter reglene om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis. Spørsmålet for domstolen blir først og fremst om beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet. Dersom spørsmålet besvares bekreftende, må domstolen ta stilling til om beviset kan

¹ Se bl.a. Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13

² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.)

³ Torgersen (2009) s. 1-2

⁴ Øyen (2019) s. 403

avskjæres etter ulovfestede regler om bevisavskjæring. Det er domstolens behandling av spørsmålet som i hovedsak vil drøftes i avhandlingen.

Reglene om bevisavskjæring skal ivareta en rekke balanserende hensyn, blant annet lovformelighet og tillitt til strafferettspleien på den ene side og saksopplysning og materiell sannhet på den annen side.⁵ Dette medfører at rettens oppgave består av vanskelige vurderinger, og gjør det vanskelig å oppstille generelle retningslinjer for bevisavskjæring. I tillegg har samfunnsutviklingen medført at politi og påtalemyndighet har flere teknologiske virkemidler for å gjennomføre etterforskingsskritt. Tilgangen til kamera, avlyttingsutstyr, datamateriale og elektroniske spor har økt eksponentielt de siste tiårene. Dette kan føre til nye problemstillinger hva gjelder bevisavskjæring, blant annet ved kameraovervåkning etter strpl. § 202 a og ved mobil og fjernstyrt kameraovervåkning etter Riksadvokatens retningslinjer i 2021.⁶ Det er derfor av interesse å undersøke hvorvidt slike bevis er i tråd med gjeldende regler for bevisinnhenting, og om føring av beviset ivaretar reglens formål og de hensyn de bygger på.

Formålet med oppgaven er å gi en fremstilling av om bevis som er ervervet ved politiets bruk av mobilt og fjernstyrt kamera kan anses som ulovlig eller utilbørlig, og om det av denne grunn kan avskjæres etter den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlig eller utilbørlige ervervede bevis i straffeprosessen. Bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning er en overvåkningsmetode som blir mer og mer aktuell, blant annet fordi den teknologiske utviklingen har gjort avansert overvåkningsutstyr lettere tilgjengelig. Dette illustreres ved at strpl. § 199 a ble vedtatt i 2017, etter at det i HR-2016-1833-A (Fingeravtrykk) ble tatt opp spørsmål om biometrisk autentisering for å åpne mobiltelefon ved tvang ble ansett som «kroppslig undersøkelse» etter strpl. § 157. Spørsmålet ble avvist, og det krevdes ny lovgiving for å åpne opp for slik tvangsbruk.⁷ Også droneinstruksen av 2019 viser at slikt utstyr er mer tilgjengelig og bør reguleres.⁸ Av denne grunn er det relevant å undersøke om bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning er i tråd med bevisavskjæringsreglene.

⁵ Torgersen (2009) s. 2

⁶ Riksadvokaten (2021), Politiets bruk av mobile og fjernbetjente kamera i etterforskningsøyemed (RA-2021-845) [Retningslinjer]

⁷ Lov 21. juni 2017 nr. 92 om endringer i straffeprosessloven (biometrisk autentisering)

⁸ Politidirektoratet (2019), Instruks om bruk av droner i politiet (RPOD-2019-4) [Rundskriv]

1.2 Problemstilling

Reglene om bevisavskjæring reiser to grunnleggende problemstillinger; hva er bestemmende for om beviset er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, og hvordan avgjør man om beviset skal avskjæres eller ikke. Oppgavens hovedproblemstilling er å undersøke hvordan disse to grunnleggende problemstillingene om bevisavskjæring besvares for typetilfellet hvor beviset er ervervet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskningsøyemed. Det må først drøftes om det er ulovlig eller utilbørlig å bruke mobilt og fjernstyrt kamera etter strpl. § 202 a og RA-2021-845.⁹ Dersom beviset er ervervet ulovlig eller utilbørlig ved bruk av denne metoden, må det drøftes om og hvorfor beviset skal avskjæres eller ikke.¹⁰

1.3 Metode

Reglene om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis er ikke lovfestet i straffeprosessloven. Rettspraksis vil derfor være en sentral kilde i fremstillingen, da den ulovfestede læren om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis er utviklet gjennom langvarig praksis. Likevel kan straffeprosessloven og påtaleinstruksen¹¹ brukes for å illustrere hvilke regler politi og påtalemyndighet må forholde seg til ved bevisinnhenting. I tillegg er reglene lovfestet på sivilprosessens område, slik at tvisteloven¹² og praksis fra sivilretten vil kunne brukes som referanse, da reglene er sammenfallende for de to rettsområdene.¹³

En rekke straffeprosessuelle rettergangskrav og rettigheter for mistenkte, med straffeprosessuelle konsekvenser, følger av menneskerettighetene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon¹⁴ og Grunnloven¹⁵ kapittel E.¹⁶ Ved vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 ble blant annet EMK gjort til norsk rett.¹⁷ Grunnloven kapittel E er utformet etter de tilsvarende bestemmelsene i EMK, slik at Grunnlovens menneskerettigheter må tolkes i lys av EMK.¹⁸ Av mrl. § 3 følger det at EMK ved motstrid skal gå foran norsk

⁹ Se oppgavens kapittel 3

¹⁰ Se oppgavens kapittel 4

¹¹ Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

¹² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

¹³ Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 og Skoghøy (2017) s. 883

¹⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4 November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)

¹⁵ Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven – Grl.)

¹⁶ Øyen (2019) s. 45

¹⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.) § 2.

¹⁸ Se f.eks. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

intern rett. I tillegg har vi presumsjonsprinsippet, som innebærer at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. Folkeretten skal således tillegges stor rettskildemessig vekt i rettsanvendelsen.

I forholdet mellom EMD¹⁹ og norske domstoler gjelder subsidiaritetsprinsippet. Det følger av en tilføyelse gjort til fortalet til protokoll 15 (2013)²⁰:

“Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.”

Det siterte overfor innebærer at EMD har en subsidiær kontrollfunksjon av norske myndigheter. Nasjonale domstoler er den primære kontrollør av at norske myndigheter opptrer i samsvar med internasjonale menneskerettigheter. Likevel vil praksis fra EMD være en viktig rettskildefaktor for norske rettsanvendere.²¹

Det ble ikke vedtatt å ta inn noen regler om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis i nåværende straffeprosesslov, men dette er igjen tatt opp i forslag til ny straffeprosesslov.²² Forslaget vil være relevant med hensyn til den fremtidige utviklingen til regelsettet. Slike etterarbeider kan tillegges vekt i likhet med andre lovforarbeider, ettersom de gir uttrykk for lovgiverviljen.²³ De kan imidlertid ikke legges ukritisk til grunn, da disse er foreløpige uttalelser som ikke er vedtatt i Stortinget.²⁴

I drøftelsen om bruk av mobilt og fjernstyrt kamera vil jeg også bruke retningslinjer fra Riksadvokaten som kilde.²⁵ Det finnes lite kilder om temaet, og det anses derfor hensiktsmessig å ta med det Riksadvokaten mener om problemstillingen. Retningslinjer er ikke en bindende rettskilde, da de i realiteten er en instruks til påtalemyndigheten.²⁶ De gir

¹⁹ Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD)

²⁰ Protocol No. 15 amending the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms

²¹ Se nærmere NOU 1993: 18 pkt. 6.4 på s. 88-89 og Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia) på s. 971

²² NOU 2016: 24 pkt. 13.3.4.4

²³ Minde (2017) s. 38

²⁴ Minde (2017) s. 39

²⁵ RA-2021-845

²⁶ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1081

likevel innsyn i hvordan politi og påtalemyndighet i praksis vurderer problemstillinger, og har derfor stor grad av argumentasjonsverdi.²⁷

1.4 Avgrensning

Fremstillingen vil ikke gjøre rede for eller drøfte bevisavskjæring av ulovlig og utilbørlig ervervet bevis i sivilprosessen, men reglene vil kunne gi veiledning for vurderingstemaet på straffeprosessens område. Det vil derfor anvendes noen rettskilder som knytter seg til den sivilprosessuelle regelen. Det finnes flere følger av at et bevis avskjæres, blant annet kan partene anke over saksbehandlingen og muligens oppnå hel eller delvis opphevelse av dommen.²⁸ De ulike følgene vil ikke drøftes nærmere, da det vil bli for omfattende for en liten masteroppgave. Videre finnes det flere lovfestede bevisforbud som kan medføre bevisavskjæring,²⁹ men dette vil heller ikke drøftes nærmere ettersom oppgaven omhandler ulovfestet bevisavskjæring. Også avledede bevis eller bevis innhentet ved politiprovokasjon kan tenkes avskåret etter læren om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis. Disse tilfellene vil ikke vurderes nærmere i oppgaven, da det blir for dyptgående for en liten masteroppgave.

1.5 Videre fremstilling

I oppgavens kapittel 2 vil jeg gjøre rede for utgangspunktet om fri bevisførsel i retten, og deretter for unntaket om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. I tillegg vil det gjøres rede for noen sentrale hensyn som begrunner både utgangspunktet og unntaket. Dette vil gi en oversikt over oppgavens tema og de problemstillinger som oppstår i forbindelse med bevisinnhenting og påfølgende bevisføring.

I kapittel 3 vil jeg drøfte når og i hvilken utstrekning et bevis er å anse som ulovlig eller utilbørlig innhentet. Her er det naturlig å se nærmere på legalitetsprinsippet og Grunnloven § 102 og EMK art. 8 sin betydning for hvilke etterforskningskritt politi og påtalemyndighet kan iverksette. Dette vil så knyttes opp mot det særskilte typetilfellet om bruk av mobilt og fjernstyrt kamera.

²⁷ Se nærmere Myhrer (2003) pkt. 4 på s. 243-244

²⁸ Øyen (2019) s. 507

²⁹ Se f.eks. vitnefritaksreglene i strpl. §§ 117 flg.

Videre vil kapittel 4 omhandle den nærmere vurdering om beviset skal avskjæres, i den grad det er ulovlig eller utilbørlig ervervet, illustrert med rettspraksis fra både Høyesterett og EMD. Her kommer jeg også inn på typetilfellet om bruk av mobilt og fjernstyrt kamera.

Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 drøfte om forslaget til ny straffeprosesslov innebærer noen mulig endring i regelsettet, og hva dette vil bety for fremtidig anvendelse av reglene.

2 Den ulovfestede læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i straffeprosessen

2.1 Introduksjon

I dette kapitlet vil det redegjøres for utgangspunktet om fri bevisføring, og unntaket om læren om ulovlige eller utilbørlige bevis i straffeprosessen. Redegjørelsen av prinsippet innhold bidrar til å belyse bevisreglenes formål, og hensynene som skal ivaretas ved bevisføring og rettergang. Redegjørelsen for læren om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis viser at det i enkelte tilfeller kan gjøres unntak fra prinsippet om fri bevisføring, og hvilke hensyn som begrunner denne avskjæringsadgangen.

2.2 Utgangspunktet om fri bevisføring

Bevis kan betegnes som «fenomener» som «gir grunner for eksistensen av andre fenomener».³⁰ Bevis er derfor faktapåstander som kan peke ut over seg selv, mot et hendelsesforløp. Bevismidler kan deles i tre grupper; forklaringer fra siktede og vitner, gjenstander eller ting og dokumentbevis.³¹ Eksempelvis vil en vitneforklaring kunne peke mot et bestemt hendelsesforløp, og bremsespor vil kunne peke mot et annet. For å konstatere sakens faktum må rettsanvenderen sammenholde bevis som peker mot et bestemt hendelsesforløp.

Prinsippet om fri bevisførsel er lovfestet for sivilprosessen i tvl. 21-3, hvor det i første setning fremgår at «[p]artene har rett til å føre de bevis de ønsker». Det finnes ikke en lignende bestemmelse i straffeprosessloven, men det er sikker rett at prinsippet også gjelder i

³⁰ Løvlie (2014) s. 56

³¹ Andenæs/Myhrer (2010) s. 163-164

straffeprosessen.³² Sundby hevder at ordet «prinsipp» betegner noe grunnleggende, som gjerne representerer et utgangspunkt for en drøftelse.³³ På bakgrunn av dette kan det sies at utgangspunktet om fri bevisføring er en grunnpilar i all prosessrett.

Ved at partene kan føre de bevis de ønsker ivaretas dessuten hensynet til sakens opplysning. Jo flere relevante bevis som kan belyse det faktiske hendelsesforløp i saken, jo bedre grunnlag har domstolen for å treffe riktig avgjørelse. Dette henger sammen med hensynet til riktig resultat. Straff er «samfunnets uttrykk for misbilligelse av en adferd som det i alminnelighet knytter seg sterk fordømmelse til».³⁴ Videre er det et overordnet formål innenfor straffeprosessen at uskyldige ikke dømmes, og at skyldige dømmes.³⁵ At avgjørelsen hviler på et solid grunnlag er derfor viktig for den siktedes rettssikkerhet i straffesaker, og bidrar til å styrke tilliten til påtalemyndigheten og domstolene. Dersom saken er godt opplyst, er sjansen for å komme frem til riktig resultat større.

Prinsippet om fri bevisføring ivaretar også andre viktige hensyn. Et av disse er allmennhetens og partenes tillit til rettsapparatet og strafferettspleien. Dersom man gjennom bevisføring har mulighet til å påvirke utfallet av en rettssak, inngir dette tillit til at saksbehandlingen gjort av domstolen og av påtalemyndigheten er korrekt. Dersom dette ikke var tilfelle, ville man som siktet eller tiltalt hatt liten mulighet til å tale sin sak og påvirke utfallet. Dette ville i tur og omgang gi allmennheten grunn til å tvile på påliteligheten av politiets metoder og domstolens avgjørelse.

Hensynet til saksopplysning, riktig resultat og allmennhetens og partenes tillitt til rettsapparatet og strafferettspleien medfører at prinsippet er et argumentativt utgangspunkt for en hovedregel om at alle bevis kan føres.³⁶ Disse sterke hensynene er også årsaken til at det kreves særskilt rettsgrunnlag for å avskjære bevisstilbud. Dette kan illustreres med at også bevisforbud begrunnet i sterke hensyn fremstår som unntak etter loven. Eksempelvis er strpl. § 119 om kallmessig taushetsplikt begrunnet i hensyn til beskyttelse av personvern og integritet.³⁷ Dette er hensyn som må anses å veie tyngre enn hensyn til saksopplysning og

³² Ot.prp. Nr. 66 (2001-2002) pkt. 8.1

³³ Sundby (1978) s. 192

³⁴ NOU 2016: 24 punkt 25.2.1 på s. 493

³⁵ Rui (2014) pkt. 4.2

³⁶ Torgersen (2009) s. 22

³⁷ Andenæs/Myhrer (2010) s. 216: «En av grunnene til å la taushetsplikten gå foran vitneplikten, er at ingen skal la seg avholde fra å søke den legehjelp han trenger av frykt for at dette skal komme han til skade i en eventuell rettssak»

riktig resultat, men strpl. § 119 er likevel en særskilt bestemmelse som fremstår som et unntak fra hovedregelen.

Prinsippet om fri bevisførsel har dessuten en tilknytning til retten til rettferdig rettergang som må belyses. I norsk rett er utgangspunktet at rettergangen skal være rettferdig og upartisk. I Grl. § 95 kommer dette til uttrykk slik:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.

Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet.»

Bestemmelsen hjemler det overordnede prinsipp om rettferdig rettergang. Dette kommer også til uttrykk i EMK art. 6. Artikkelenes første ledd hjemler retten til rettferdig rettergang både for straffesaker og sivile saker, hvor det blant annet heter at “[...] everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”.

Kjernen i kravet om rettferdig rettergang er at partene skal gis en effektiv og likestilt tilgang til å fremme sine synspunkter og underbygge disse.³⁸ Innenfor kravet ligger en rekke garantier, blant annet rett til domstolsadgang, at domstolen skal være uavhengig og upartisk, muntlighet og offentlighet, kontradiksjon, vernet mot selvinkriminering og likebehandling av partene.³⁹

Likebehandling av partene er særlig sentralt hvor det er spørsmål om et bevis er innhentet ulovlig eller utilbørlig av påtalemyndigheten, og om det skal avskjæres.⁴⁰

Prinsippet om likebehandling er at partene skal ha like gode muligheter til å tale sin sak og underbygge denne, og imøtegå motpartens anførsler.⁴¹ Dette innebærer blant annet retten til å

³⁸ Aall (2020) s. 442

³⁹ Se nærmere Aall (2020) punkt 17.5.1 og 17.5.2 på s. 442-476

⁴⁰ De øvrige garantiene redegjøres det ikke nærmere for, som følge av at de ikke har særlig tilknytning til bevisførsel og bevisavskjæring.

⁴¹ Aall (2020) s. 461

være til stede under forhandlingene, og herunder at man får tilfredsstillende underretning om rettsmøtet.⁴² I *Neumeister v. Austria* hadde spørsmålet om varetekt blitt avgjort i fravær av den tiltalte og hans forsvarer. Domstolen uttalte at en slik saksbehandling var i strid med likebehandlingsprinsippet (“equality of arms”), og sa uttrykkelig at prinsippet var en del av kravet til rettferdig rettergang:

“The Applicant has stated, and it has not been disputed by the Austrian Government, that the decisions relating to his detention on remand were given after the prosecuting authority had been heard in the absence of the Applicant or his legal representative on the written request made by them. The Court is inclined to take the view that such a procedure is contrary to the principle of “equality of arms” which the Commission, in several decisions and opinions, has rightly stated to be included in the notion of fair trial (procès équitable) mentioned in Article 6 (1) (art. 6–1)”.⁴³

At likebehandlingsprinsippet er en del av kravet til rettferdig rettergang, ble senere også uttrykkelig lagt til grunn i *Belziuk v. Poland*:

“Bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society [...] the Court recalls at the outset the fundamental principles which emerge from its jurisprudence relating to Article 6 § 1 in conjunction with paragraph 3 (c), relevant to the instant case: [...] The principle of equality of arms is only one feature of the wider concept of a fair trial, which also includes the fundamental right that criminal proceedings should be adversarial. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party [...]”.⁴⁴

Prinsippet om likebehandling kan ikke leses direkte ut fra EMK art. 6, men utdragene fra de overnevnte dommene viser at det er en sentral del av kravet om rettferdig rettergang. Dersom den ene parten i en sak eksempelvis ikke er gitt underretning om bevis den andre parten planlegger å føre, kan dette være et brudd på likebehandlingsprinsippet. Fri bevisførsel er altså en forutsetning for at partene likebehandles, og at det sikres en rettferdig rettergang etter

⁴² Aall (2020) s. 462

⁴³ *Neumeister v. Austria* [J], no. 1936/63, 27 June 1968, s. 39 (bokstav C pkt. 22)

⁴⁴ *Belziuk v. Poland* [J], no. 23103/93, 25 March 1998, avsnitt 37

Grl. § 95 og EMK art. 6. Av denne grunn er læren om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis etter EMK hjemlet i EMK art. 6, da føring av et ulovlig bevis vil kunne medføre at rettergangen ikke har vært rettfærdig.⁴⁵

2.3 Unntak fra utgangspunktet om fri bevisføring

2.3.1 Beviset må være ulovlig eller utilbørlig ervervet

Det er enkelte bevis man i norsk rett ikke tillater. Bevisavskjæring er kort forklart at retten ikke tillater en part å føre et bevis. I nær sammenheng med bevisavskjæring er bevisforbud, og ifølge Torgersen kan uttrykkene brukes synonymt.⁴⁶ Torgersen definerer bevisforbud som et «forbud mot at bevis inngår som informasjonsgrunnlag i den bevisvurderingen som etablerer det faktiske grunnlag for en domstols avgjørelse (...)».⁴⁷ Årsaken til at det oppstilles forbud er at beviset vil kunne krenke beskyttelsesverdige interesser, beviset anses som upålitelig eller beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet.⁴⁸ Synspunktet er at man skal ikke oppklare straffesaken for enhver pris, da slik bevisinnhenting eller bevisføring ikke er en rettsstat verdig.⁴⁹

De lovfestede bevisforbudene kan omtales som generelle bevisforbud, fordi forbudet som et utgangspunkt kommer til anvendelse for alle tilfeller, selv om det finnes unntak for eksempel dersom den som har krav på hemmelighold samtykker i den konkrete saken.⁵⁰ En ulovfestet adgang til å avskjære bevis følger av læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis.

Konsekvensen av å avskjære et bevis fordi det er ulovlig eller utilbørlig ervervet er at man per definisjon oppstiller et bevisforbud. Et slikt bevisforbud er imidlertid ikke generelt, men spesielt i en bestemt sak. Dette fordi bevisforbudet er vurdert i gjeldende sak, og kan ikke oppstilles som en generell regel for alle straffesaker.

I sivilprosessen oppstilles regelen om avskjæring av ulovlige eller utilbørlige bevis i tvl. § 22-7, hvor det heter at «[r]etten kan [...] nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig

⁴⁵ Se nærmere oppgavens pkt. 2.3.2

⁴⁶ Torgersen (2009) s. 4

⁴⁷ Torgersen (2009) s. 4

⁴⁸ Andenæs/Myhrer (2010) s. 168

⁴⁹ Øyen (2019) s. 405

⁵⁰ Se f.eks. straffeprosessloven §§ 119 og 120 om vitneforklaringer

måte». Etter bestemmelsen kan avskjæring av slikt bevis kun skje i «særlige tilfeller», som viser at dette er en snever unntaksregel fra utgangspunktet om fri bevisføring.⁵¹

I Rt. 2009 s. 1526 ble det i avsnitt 28 slått fast at «[r]eglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellig i en sivil sak og i en straffesak». Det er altså sikker rett at læren om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis også gjelder i straffeprosessen. Rettspraksis fra sivilprosessen som omhandler temaet ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan derfor også være relevant i straffeprosessen.⁵²

Straffeprosessloven inneholder ikke en lignende bestemmelse som tvl. § 22-7, da det under lovforberedelsen ble overlatt til teori og praksis å løse problemstillingen.⁵³ I forarbeidene til loven uttalte komiteen at det ikke kan gis et «generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis», og peker på hensynet til at bevis som brukes til tross for feil ved innhenting kan være støtende på den ene side, og hensynet til sakens oppklaring på den annen side.⁵⁴ Videre uttales det at «[h]ovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte». ⁵⁵ Fra dette kan man utlede at komiteen holdt døren åpen for at bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet kan avskjæres, dersom hensynene som begrunnet regelen om bevisinnhenting ikke er overholdt.

Det er også slik det synes å bli oppfattet av rettsanvendere. I Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010 uttalte Høyesterett:

«Selv om et bevistilbud ikke er avskåret ved direkte lovbestemmelse, kan det være tilfelle der påtalemyndigheten likevel ikke kan tillates å føre beviset. Spørsmålet kan oppstå i forbindelse med bevis fremskaffet på ulovlig måte».

Videre ble det i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen) på s. 623 uttalt:

«Som kjent er det ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført. Spørsmålet er ikke lovregulert, men forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at

⁵¹ Se også NOU 2001: 32 B pkt. 25.2 på s. 961

⁵² Øyen (2019) s. 403

⁵³ Ot.prp. Nr. 35 (1978-1979) s. 139.

⁵⁴ NUT 1969: 3 s. 197. Samme syn fulgt opp i Ot.prp. Nr. 35 (1978-1979) s. 139.

⁵⁵ NUT 1969: 3 s. 197

avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse [...]. Det må ved denne bedømmelse legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak.»

Høyesterett tolket det slik at forarbeidene til dagens straffeprosesslov åpnet for en lære om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, på ulovfestet grunnlag. Også Bratholms artikkel «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte» i Tidsskrift for rettsvitenskap fra 1959 synes å ha vært toneangivende for fremveksten av læren. Dette kan ifølge Torgersen omtales som det første steget i utviklingen av en «lære».⁵⁶ Etter 1990 har læren blitt konkretisert gjennom flere avgjørelser fra både Høyesterett og EMD, og det er nå sikker rett at bevis kan avskjæres på dette grunnlag.

For å kunne avskjære bevis etter denne læren, må beviset anses som ulovlig eller utilbørlig innhentet.⁵⁷ Innhenting av bevis er prosessen der politi og påtalemyndighet, i straffesaker, søker etter og dokumenterer bevis som kan være relevante i en bestemt sak. Torgersen peker på at et bevis som er ulovlig innhentet, er innhentet ved at en «rettslig beviservervsnorm er overtrådt».⁵⁸ Med dette menes at det foreligger en årsakssammenheng mellom en ulovlig handling fra politiets side og tilgangen til et bevis.⁵⁹

I påtaleinstruksen § 7-5 fremgår det at politiet har ansvar for gjennomføringen av etterforskningen, herunder bevisinnhenting. I instruksens kapittel 8 flg. fremkommer en rekke regler for hvordan politiet og påtalemyndigheten skal gå frem ved innhenting av bevis. Eksempelvis skal en beslutning om pågrepelse blant annet «være skriftlig og inneholde mistenktes navn, fødselsdata og bopel, en kort beskrivelse av det straffbare forhold og grunnen for pågripelsen».⁶⁰ Videre inneholder straffeprosessloven en rekke bestemmelser som regulerer gjennomføring av avhør og bruk av tvangsmidler.⁶¹ Dersom disse prosessuelle reglene ikke overholdes, vil man kunne stå overfor spørsmålet om beviset skal avskjæres fordi det er innhentet i strid med gjeldene regler for bevisinnhenting.

⁵⁶ Torgersen (2009) s. 95

⁵⁷ Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010 og Rt. 1991 s. 616 på s. 623

⁵⁸ Torgersen (2009) s. 5

⁵⁹ Torgersen (2009) s. 5

⁶⁰ Påtaleinstruksen § 9-1 første setning

⁶¹ Se f.eks. straffeprosessloven kapittel 16 flg.

I Gatekjøkkenkjennelsen uttalte Høyesterett at det ikke nødvendigvis må dreie seg om brudd på en formell regel for at læren skal komme til anvendelse:

«I denne situasjon bør domstolene etter min mening ikke henge seg for sterkt opp i den språkbruk som ligger i den tradisjonelle spørsmålsstilling om det er adgang til å føre et ulovlig ervervet bevis. Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et *slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel*. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis.» (min kursivering)⁶²

Høyesterett tok et standpunkt om at også bevis som var innhentet på en uakseptabel måte skulle vurderes på lik linje med de som var ervervet ved brudd på en formell regel, og skulle anses som «ulovlig» etter læren. I Gatekjøkkenkjennelsen brukte Høyesterett formuleringen «uakseptabel», men har i andre avgjørelser brukt både «kritikkverdig» og «utilbørlig». ⁶³ I juridisk teori fremheves det at «[b]ruken av disse ordene i rettspraksis må først og fremst ses på som et virkemiddel for å markere at et bevisforbud kan foreligge selv om beviset ikke ble ervervet gjennom brudd på en rettsregel». ⁶⁴ De ulike formuleringene kan altså sies å gi uttrykk for samme terskel, altså «utilbørlig» etter læren. I tillegg kan bruken av ordet «utilbørlig» i tvl. § 22-7 ha bidratt til at læren også omfatter utilbørlige bevis i straffeprosessen. At beviset er innhentet «utilbørlig» tilsier at innhenting var urimelig eller umoralsk. Ut fra uttalelsen at «fremgangsmåten (...) i utgangspunktet bør ansees uakseptabel» ⁶⁵ kan det slutes at ordet «utilbørlig» er en rettslig standard som rommer mer enn kun det som betegnes som «ulovlig» beviserverv.

For å kunne avgjøre om et bevis er «utilbørlig» ervervet er det nærliggende å ta utgangspunkt i hva som er allment akseptert atferd i samfunnet. Dersom beviset er fremskaffet på en svært klanderverdig måte vil det kunne anses som utilbørlig. ⁶⁶ Dersom eksempelvis den siktedes

⁶² Rt. 1991 s. 616 på s. 623

⁶³ Se hhv. Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17 og Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 27

⁶⁴ Øyen (2019) s. 404

⁶⁵ Rt. 1991 s. 616 på s. 623

⁶⁶ Skoghøy (2017) s. 881

personvern, integritet og rettsikkerhet blir sterkt krenket ved innhenting av beviset vil det kunne anses utilbørlig, fordi fremgangsmåten er meget klanderverdig og umoralsk sett i lys av samfunnets holdninger. Denne vurderingen kommer jeg nærmere inn på i kapittel 3.

2.3.2 Avskjæring etter en bred interessevurdering

Dersom det konstateres at beviset er ulovlig eller utilbørlig innhentet, er utgangspunktet likevel at beviset skal kunne føres. Også dette illustreres av Gatekjøkkenkjennelsen. Bakgrunnen for saken var at en ansatt på et gatekjøkken sto tiltalt for underslag fra arbeidsgiveren. Under bevisføringen ønsket påtalemyndigheten å fremlegge hemmelige videoopptak tatt av arbeidstakeren på arbeidsplassen. Retten nektet beviset ført etter læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, da et slikt bevis utgjorde et stort inngrep i den personlige integritet. Personvern hensyn ble altså utslagsgivende, og ble ansett å veie tyngre enn hensynet til sakens oppklaring og riktig resultat. Om vurderingen ble det uttalt:

«Som kjent er det ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført. Spørsmålet er ikke lovregulert, men forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse [...]. Det må ved denne bedømmelse legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak.»⁶⁷

Læren går altså ut på at vurderingen av om beviset skal tillates ført beror på en bred og konkret interesseavveining, hvor hensynet til sakens opplysning og oppklaring, og de mothensyn som gjør seg gjeldende, må vektes mot hverandre.⁶⁸ Eksempler på slike mothensyn er krenkelsens grovhet, sakens alvorlighet og bevisets relevans og verdi for saken.⁶⁹

EMD sin vurdering av avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis bygger på flere av de samme momenter. Her er hovedspørsmålet om føringen av beviset vil medføre at retten til en «fair hearing» etter EMK art. 6 nr. 1 ikke overholdes.⁷⁰ «Fair hearing» er en rettighet som favner vidt, og innebærer at de fleste prosessuelle rettigheter til en siktet er en

⁶⁷ Rt. 1991 s. 616 på s. 623

⁶⁸ Torgersen (2009) s. 103. Jf. også Rt. 1991 s. 616 på s. 623, Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272 og Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22

⁶⁹ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272. En drøftelse av hensynene fremkommer i oppgavens pkt. 4.3.1 og 4.3.2

⁷⁰ Øyen (2019) s. 406

menneskerettighet. Eksempelvis er retten til å forholde seg taus en menneskerettighet som er innfortolket i kravet om rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1. Dette kalles vernet mot selvinkriminering, men kommer ikke eksplisitt til uttrykk i EMK. Det anses likevel som et internasjonalt anerkjent prinsipp, noe som ble lagt til grunn blant annet i *Saunders v. The United Kingdom*.⁷¹ Saken gjaldt at Guinness, hvor Saunders var direktør, hadde kjøpt konkurrenten Distillers PLC. Det ble i ettertid foretatt inspeksjoner på bakgrunn av påstander om at Guinness hadde holdt aksjeverdiene sine kunstig høye under overtakelsesprosessen. Saunders ble avhørt flere ganger, og var lovpålagt å svare på spørsmålene. Han ble tiltalt for flere tilfeller av ulovlig regnskapsførsel, tyveri og bedrageri. Et hovedspørsmål var om noe av avhørs materialet måtte avvises fordi det krenket Saunders' menneskerett til å forholde seg taus. Domstolen etterkom dette og uttalte:

“The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6”.⁷²

Dommen illustrerer at EMK art. 6 har et bredt nedslagsfelt. En krenkelse av en rettighet som faller inn under EMK art. 6 kan medføre at rettergangen ikke har vært rettferdig, og at et bevis dermed må avskjæres.

På lik linje med norsk rett, må hvorvidt beviset skal føres avveies mot andre hensyn som begrunner at beviset skal kunne føres. Det var dette som ble gjort i storkammersaken *Ibrahim and others v. The United Kingdom*.⁷³ Sakens bakgrunn var at det i forbindelse med etterforskningen av bombingen i London 21. juli 2005 ble foretatt politiavhør av fire mistenkte uten rettslig bistand. Spørsmålet var om det utgjorde et brudd på EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav c at disse politiforklaringene ble brukt som bevis i rettssaken. Spørsmålet ble besvart avvisende. Domstolen listet opp en rekke ikke-uttømmende momenter som har betydning ved helhetsvurderingen:

⁷¹ *Saunders v. The United Kingdom* [J], no. 19187/91, 17 December 1996

⁷² *Saunders v. The United Kingdom* avsnitt 68

⁷³ *Ibrahim and others v. The United Kingdom* [GC], nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13 September 2016

- “(a) Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age or mental capacity.
- (b) The legal framework governing the pre-trial proceedings and the admissibility of evidence at trial, and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered unfair.
- (c) Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use.
- (d) The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion.
- (e) Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of the violation found.
- (f) In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified.
- (g) The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based, and the strength of the other evidence in the case.
- (h) Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions.
- (i) The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue.
- (j) Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice.”⁷⁴

⁷⁴ Ibrahim and others v. The United Kingdom avsnitt 274

Oppregningen viser at det skal gjøres en helhetlig vurdering av bevisføringen.

Helhetsvurderingen fra EMD bygger altså på flere av de samme hensyn som vurderingen som gjøres etter norsk rett. I tillegg tolkes Grl. § 95 i samsvar med EMK art. 6, da EMK er inkorporert som norsk rett.⁷⁵ Norske rettsanvendere vil derfor kunne bruke denne oppregningen ved vurderingen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført. Helhetsvurderingen vil variere etter hvilken ulovlig eller utilbørlig handling som ble foretatt for å erverve beviset, samt det konkrete beviset i saken. Dette drøftes nærmere opp mot bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i punkt 3.4, 4.3.1 og 4.3.2.

2.3.3 Avskjæring på grunn av fortsatt eller gjentatt krenkelse

En videreføring av læren kom ved dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjent). Sakens bakgrunn var at en verksbetjent var blitt dømt etter straffeloven 1902⁷⁶ § 131, for å hjelpe en innsatt med å rømme. Spørsmålet i saken var om dommen måtte oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, herunder at politiet hadde benyttet skjult lydopptak ved overlevering av fengselsskissene. Den sentrale problemstillingen var om dette beviset var ervervet i strid med blant annet EMK art. 6 og SP⁷⁷ art. 14, og om det derfor kunne avskjæres. På dommens side 1272 uttalte Høyesterett at man ved vurderingen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal føres tar stilling til om føringen vil medføre en gjentatt eller fortsatt krenkelse «av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset». Førstvoterende uttalte at det i slike tilfeller normalt må være en hovedregel om at beviset nektes ført. Hva som regnes som en fortsatt eller gjentatt krenkelse ble også belyst i dommen:

«I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til de beviser som er fremskaffet [...] ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset».⁷⁸

Ved å føre lydopptaket som bevis, ville det altså skje en gjentatt krenkelse av siktedes rett til å ikke forklare seg. I denne saken ble det følgelig ikke foretatt noen interesseavveining, da en

⁷⁵ MrI. § 3

⁷⁶ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven 1902 – strl. 1902)

⁷⁷ International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966 (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP)

⁷⁸ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272-1273

slik gjentatt eller fortsatt krenkelse i seg selv medfører at beviset ikke kan tillates. På grunn av dette ble lagmannsrettens dom opphevet.

EMD har ikke oppstilt en hovedregel om avskjæring der det konstateres fortsatt eller gjentatt krenkelse, men dette vil i praksis innebære brudd på retten til «fair hearing» i EMK art. 6 nr. 1, da tilsvarende vurderinger har blitt foretatt av EMD.

I storkammersaken *Jalloh v. Germany*⁷⁹ var saksforholdet at klageren ble arrestert av politi under mistanke om narkotikasalg. Politiet mistenkte at han hadde svelget en pose som inneholdt narkotika, og beordret derfor en lege til å gi ham brekningsmiddel, slik at han ville kaste opp posen. Klageren motsatte seg dette, og ble derfor holdt nede mens brekningsmiddelet ble administrert med tvang. Spørsmålet for domstolen var om denne tvangsbruken utgjorde brudd på EMK art. 3. Videre var det spørsmål om føringen av beviset som stammet fra denne tvangsbruken medførte at retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 var brutt.

Domstolen konkluderte i avsnitt 83 at å tvinge klageren til å innta brekningsmiddel innebar et brudd på EMK art. 3, da det ble ansett som umenneskelig og nedverdiggende behandling. Spørsmålet videre var om dette menneskerettighetsbruddet medførte at rettergangen ikke var rettferdig etter EMK art. 6 nr. 1:

“The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found [...]”.⁸⁰

Det synspunktet som ble lagt til grunn i avsnitt 95, er det samme som et av momentene som senere ble fremhevet i oppregningen i *Ibrahim and others v. The United Kingdom*.⁸¹

I *Jalloh v. Germany* uttalte domstolen at bevis som stammer direkte fra brudd på EMK art. 3 aldri kan brukes som bevis for straffeskyld:

⁷⁹ *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, 11 July 2006

⁸⁰ *Jalloh v. Germany* avsnitt 95

⁸¹ *Ibrahim and others v. The United Kingdom* avsnitt 274 bokstav e

“[...] the use of evidence obtained in violation of Article 3 in criminal proceedings raises serious issues as to the fairness of such proceedings. [...] In its view, incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture – should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe or [...] to “afford brutality the cloak of law”.⁸²

Videre uttalte domstolen at selv om posen med narkotika var det avgjørende beviset, så fantes det likevel ikke tungtveiende argumenter for at beviset kunne føres:

“[...] the drugs obtained by the impugned measure were the decisive element in securing the applicant’s conviction. It is true that, as was equally uncontested, the applicant was given the opportunity, which he took, of challenging the use of the drugs obtained by the impugned measure. However, any discretion on the part of the national courts to exclude that evidence could not come into play as they considered the administration of emetics to be authorised by domestic law. Moreover, the public interest in securing the applicant’s conviction cannot be considered to have been of such weight as to warrant allowing that evidence to be used at the trial. As noted above, the measure targeted a street dealer selling drugs on a relatively small scale who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation.”⁸³

Det ble også lagt vekt på at bruken av det ulovlige beviset også krenket vernet mot selvinkriminering:

“Having regard to the foregoing, the Court would also have been prepared to find that allowing the use at the applicant’s trial of evidence obtained by the forcible administration of emetics infringed his right not to incriminate himself and therefore rendered his trial as a whole unfair.”⁸⁴

⁸² Jalloh v. Germany avsnitt 105

⁸³ Jalloh v. Germany avsnitt 107

⁸⁴ Jalloh v. Germany avsnitt 122

På denne bakgrunn la retten i avsnitt 123 til grunn at klagerens rett til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 var brutt, da bevisene som ble brukt stammet direkte fra overtredelsen av EMK art. 3, og at dette også krenket hans vern mot selvinkriminering.

Dommen illustrer at et brudd på en annen konvensjonsartikkel vil kunne medføre at rettergangen ikke er rettferdig etter EMK art. 6. Bruken av beviset som stammet fra bruddet på EMK art. 3 medførte *ikke* at klageren på nytt gjennomgikk tortur eller nedverdiggende behandling, men domstolen uttalte at å bruke et bevis som stammer fra slik behandling vil legitimere menneskerettighetsbruddet.⁸⁵ En slik tolkning støttes også av at det ikke hadde noen betydning at beviset var avgjørende for å sikre fellende dom.⁸⁶ Derfor uttalte domstolen at bevis som stammer fra brudd på absolutte menneskerettigheter aldri kan føres for å bevise straffeskyld, herunder at en slik bevisføring ikke vil være rettferdig etter EMK art. 6.⁸⁷ I denne sammenheng må det presiseres at ikke alle menneskerettighetsbrudd medfører brudd på EMK art. 6. Ved brudd på eksempelvis EMK art. 8, en relativ menneskerettighet som det kan gjøres unntak fra, kan det være tilfeller der rettergangen anses rettferdig etter en konkret vurdering.⁸⁸

Uttalelsene i avsnitt 122 om at bruken av beviset som stammet fra bruddet på EMK art. 3 ville krenke klagerens vern mot selvinkriminering støtter dessuten den norske læren om gjentatt eller fortsatt krenkelse. Dette fordi klagerens vern mot selvinkriminering ble brutt da han ble utsatt for tvangsadministrering av brekningsmiddel, og vernet ble krenket på nytt da beviset fra tvangsbruken ble brukt i rettssaken.

Med de overnevnte avgjørelser in mente, kan det hevdes at i den grad de rettigheter som krenkes er absolutte menneskerettigheter, skal beviset alltid avskjæres. Dersom det ikke dreier seg om brudd på absolutte menneskerettigheter, må man ved vurderingen av om et bevis skal avskjæres først ta stilling til om føringen av beviset medfører en «fortsatt eller gjentatt krenkelse» av den rettighet eller regel som ble brutt ved innhenting. Dersom dette besvares bekreftende, er hovedregelen i norsk rett at beviset normalt avskjæres. I de tilfeller hvor det ikke kan konstateres fortsatt eller gjentatt krenkelse, må det foretas en konkret

⁸⁵ Jalloh v. Germany avsnitt 105

⁸⁶ Jalloh v. Germany avsnitt 107

⁸⁷ Jalloh v. Germany avsnitt 105

⁸⁸ Jf. vilkårene for unntak i EMK art. 8 nr. 2.

helhetsvurdering av de momenter som taler for og mot føring av beviset.⁸⁹ I sistnevnte tilfelle er hovedregelen at beviset kan tillates ført.⁹⁰

3 Er bevis innhentet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera ulovlig eller utilbørlig?

3.1 Introduksjon

Et av oppgavens sentrale spørsmål er hvorvidt bevis som politiet har innhentet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera er ulovlig og/eller utilbørlig. I det følgende vil det drøftes om metoden er i strid med lov eller instruks, eller om det kan anses utilbørlig på grunn av brudd på allmenne hensyn og prinsipper for bevisinnhenting.

Overvåkning ved bruk av kameraløsninger i forbindelse med etterforskning er lovregulert i strpl. § 202 a, og er å anse som tvangsmidler.⁹¹ Det gjelder derfor overordnede begrensinger etter Grunnloven og EMK. De begrensningene må derfor presenteres først i punkt 3.2, før begrensningene som følger av hjemmelsgrunnlaget for å anvende tvangsmiddelet presenteres i punkt 3.3 og 3.4.

3.2 Utgangspunkter for anvendelse av tvangsmidler

I norsk rett har vi legalitetsprinsippet, som er at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov», jf. Grl. § 113. En ordlydsfortolkning av «inngrep overfor den enkelte» tilsier at det foretas innskrenkninger i den enkeltes friheter. Et tvangsmiddel som gjennomføres uten den enkeltes samtykke vil være en slik innskrenkning. Legalitetsprinsippet innebærer altså at enhver bruk av tvangsmidler må forankres i formell lov.

Legalitetsprinsippet oppstiller derfor skranke for hva politiet kan foreta seg i etterforskningsøyemed.

Videre oppstiller Grl. § 102 og EMK art. 8 ytterligere begrensinger i hvilke inngrep politiet kan foreta overfor den enkelte. I Grl. § 102 første ledd fremgår det at «[e]n hver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon». Videre fremgår det

⁸⁹ Også lagt til grunn i Torgersen (2009) s. 140

⁹⁰ NUT 1969: 3 s. 197.

⁹¹ Jf. kapitteloverskriften til straffeprosesslovens fjerde del «Tvangsmidler»

av bestemmelsens andre ledd at «[s]tatens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet». Privatlivsvernet i Grl. § 102 er inspirert av EMK art. 8, og Høyesterett har uttalt at menneskerettighetene i Grunnloven må tolkes i lys av de likelydende EMK-artiklene.⁹² I EMK art. 8 nr. 1 heter det at “[e]veryone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. Det listes videre i andre ledd opp vilkår for når det kan gjøres inngrep i privatlivet:

“There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Det avgjørende for å konstatere krenkelse av Grl. § 102 og EMK art. 8, er altså om vilkårene for inngrep er oppfylt.

Det første som må tas stilling til er rekkevidden av rettighetsvernet etter EMK art. 8. Det følger av Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1 at de verner om, og skal beskytte den enkelte mot offentlige inngrep i, privatlivet. Privatlivet er en vid betegnelse, og må antas å konsumere både familieliv, hjem og korrespondanse.⁹³ Å definere begrepet er vanskelig, men det er dekkende å si at det innebærer både den fysiske og psykiske integritet.⁹⁴ Å gjøre inngrep i privatlivet vil innebære alle fysiske inngrep, slik som eksempelvis kroppsvisitasjon. Videre vil også inngrep som overvåkning av husrom være inngrep i privatlivet, og da også i hjem. Det må antas at alle inngrep uten samtykke som krenker den enkeltes fysiske eller psykiske integritet, er et inngrep i rettighetene etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1.

EMD har dessuten slått fast at EMK art. 8 ikke bare gjelder på privat sted, men at det i noen tilfeller kan gjelde på offentlig sted. I *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* ble det uttalt:

“There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person’s private life is concerned by measures effected outside a person’s home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve

⁹² Jf. HR-2016-2554-P avsnitt 81 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57-60

⁹³ Aall (2020) s. 214

⁹⁴ Aall (2020) s. 215

themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor. A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene [...] is of a similar character. Private-life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain. It is for this reason that *files gathered by security services on a particular individual fall within the scope of Article 8, even where the information has not been gathered by any intrusive or covert method*" (min kursivering)⁹⁵

Det som illustreres ovenfor er at overvåkning i form av generelle observasjoner, gjort av politiet i det offentlige rom, normalt ikke rammes av EMK art. 8. Det sentrale er om overvåkningen er systematisk rettet mot en bestemt person, gruppe eller begivenhet. I slike tilfeller utvides privatlivsvernet til å gjelde også på offentlige steder.

Spørsmålet i det følgende er om politiets etterforskning kan betegnes som en slik systematisk overvåkning. I den grad etterforskning kan betegnes som slik systematisk overvåkning, så vil handlinger som foretas i etterforskningsøyemed være omfattet av vernet etter EMK art. 8 og Grl. § 102.

Reglene for etterforskning finnes i strpl. §§ 224 flg. I strpl. § 226 (1) bokstav b fremgår det at «formålet med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for [...] å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld [...]». I riksadvokatens rundskriv fra 1999 fremgår det at det avgjørende for om informasjonsinnhenting skal anses som etterforskning er dens formål:

«Er siktemålet å avklare om straffbart forhold finner eller har funnet sted, og i tilfelle hvor, når og hvem som er ansvarlig, er virksomheten å anse som etterforskning. Også annen virksomhet med formål å klarlegge omstendigheter av betydning for å treffe påtaleavgjørelse eller for sakens behandling i retten inngår i etterforskningen».⁹⁶

⁹⁵ P.G. and J.H. v. The United Kingdom [J], no. 44787/98, 25 September 2001, avsnitt 57

⁹⁶ Riksadvokaten (1999), Etterforskning (RA-1999-3) [Rundskriv] pkt. 2 nr. 2

Det siterte overfor, sammenholdt med det overnevnte resonnementet i *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, viser at dersom politiet overvåker noen for et bestemt formål på offentlig sted, vil det kunne være en krenkelse av retten til privatliv. I forbindelse med en etterforskning vil politiet undersøke blant annet hvem som er ansvarlig for en straffbar handling, slik at det kan tas ut tiltale eller siktelse. For å kunne gjøre dette, vil politiet i mange tilfeller måtte innhente «files [...] on a particular individual» fra offentlige steder.⁹⁷ Det er på denne måten etterforskning i form av offentlig overvåkning griper inn i rettighetene etter GrL § 102 og EMK art. 8.

Det overnevnte illustreres også av saksforholdet i *Perry v. The United Kingdom*.⁹⁸ Klageren hadde nektet å stille opp i en identifikasjonsparade i forbindelse med etterforskningen av en rekke væpnede ran. Myndighetene valgte å benytte overvåkningskameraer i fengselet for å sikre skjulte opptak som kunne brukes til å identifisere han. Domstolen konkluderte med at opptakene klageren ble utsatt for var et brudd på privatlivsvernet etter EMK art. 8, da metoden hadde som formål å tilkjennegi han for identifikasjonsformål i en straffesak:

“[...] Here, however, the police regulated the security camera so that it could take clear footage of the applicant in the custody suite and inserted it in a montage of film of other persons to show to witnesses for the purposes of seeing whether they identified the applicant as the perpetrator of the robberies under investigation. The video was also shown during the applicant's trial in a public court room. [...]

This ploy adopted by the police went beyond the normal or expected use of this type of camera, as indeed is demonstrated by the fact that the police were required to obtain permission and an engineer had to adjust the camera. The permanent recording of the footage and its inclusion in a montage for further use may therefore be regarded as the processing or collecting of personal data about the applicant.”⁹⁹

Ut fra de overnevnte avgjørelsene kan det sluttet at kameraovervåkning på offentlig sted vil være en krenkelse av EMK art. 8 nr. 1 dersom overvåkningen har til formål å innhente informasjon for å eksempelvis avdekke straffbare forhold eller identifisere personer i en

⁹⁷ *P.G. and J.H. v. The United Kingdom* avsnitt 57

⁹⁸ *Perry v. The United Kingdom* [J], no. 63737/00, 17 July 2003

⁹⁹ *Perry v. The United Kingdom* avsnitt 40-41

straffesak. Dette medfører at politiet behøver særskilt rettsgrunnlag for å gjennomføre overvåkningen.

Et slikt særskilt rettsgrunnlag finnes i EMK art. 8 nr. 2, hvor vilkårene for å gjennomføre inngrep i privatlivet følger. For å avgjøre om det kan gjøres unntak fra EMK art. 8 nr. 1 og Grl. § 102, må det vurderes om inngrepet følger av lov, om det har et legitimt formål og om det er nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁰⁰ Grl. § 102 har etter sin ordlyd ingen tilsvarende unntak, men bestemmelsen skal tolkes på samme måte.¹⁰¹ I strpl. § 170 a fremkommer det også begrensninger for å anvende tvangsmidler; inngrepet må ha tilstrekkelig grunn og være forholdsmessig. Vurderingen vil langt på vei sammenfalle med forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 2.¹⁰²

For det første må kameraovervåkningen ha grunnlag i lov, jf. Grl. § 113. Hvor strengt kravet til lovhjemmel er ble belyst i Fingeravtrykk-kjennelsen. Bakgrunnen for saken var at politiet hadde foretatt en ransaking og tatt beslag i en mobiltelefon etter reglene i straffeprosessloven kapittel 15 og 16. Reglene ga politiet hjemmel til å undersøke innholdet på telefonen. Politiet brukte tvang overfor eieren av telefonen, fordi den måtte låses opp ved bruk av eierens fingeravtrykk. Spørsmålet for Høyesterett var om denne tvangsbruken hadde hjemmel i lov, og var i tråd med begrensningene etter Grl. §§ 102 og 113 og EMK art. 8.¹⁰³

I kjennelsen viste Høyesterett, med henvisning til Rt. 2014 s. 1105 (Acta), til kravet om en klar lovhjemmel:

«For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også kvalitative krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater.»¹⁰⁴

Førstvoterende viste også, i avsnitt 16-17, til det EMD uttalte om klarhetskravet i *S. and Marper v. The United Kingdom*, som gjaldt lagring av fingeravtrykk:

¹⁰⁰ EMK art. 8 nr. 2 jf. Grl. § 102 jf. Grl. § 113

¹⁰¹ HR-2016-2554-P avsnitt 81 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60

¹⁰² Synlig i rettspraksis, jf. bl.a. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57-60

¹⁰³ HR-2016-1833-A avsnitt 14

¹⁰⁴ HR-2016-1833-A avsnitt 15 jf. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30

“The Court recalls its well established case-law that the wording 'in accordance with the law' requires the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus be adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct. For domestic law to meet these requirements, it must afford adequate legal protection against arbitrariness and accordingly indicate with sufficient clarity the scope of discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise [...]

The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed [...]”.¹⁰⁵

Uttalelsen viser at kravet til hjemmelens klarhet vurderes ut fra hvilket rettsområde man befinner seg på, intensiteten av inngrepet, og at kravet må skjerpes ved alvorlige inngrep. I straffeprosessen dreier det seg ofte om inngripende tiltak som kroppsvisitasjon eller skjult overvåkning, og da må det stilles strengere krav til lovens klarhet. I mange tilfeller kan dette innebære at man ikke kan se bort fra manglende støtte i ordlyden.

I Fingeravtrykk-kjennelsen kom Høyesterett til at strpl. § 157 ikke ga adgang til å bruke siktedes finger med tvang for å låse opp telefonen. Det ble uttalt at ordlyden i bestemmelsen viste til «undersøkelser med siktemål om å bruke kroppen eller det som måtte befinne seg i den som et reelt bevismiddel».¹⁰⁶ Å bruke siktedes fingeravtrykk for å få tilgang til bevis utenfor kroppen, var ikke forenlig med ordlyden «kroppslig undersøkelse» i strpl. § 157. Loven ble altså ikke ansett som klar nok til å hjemle et slikt inngrep.¹⁰⁷

Overvåkning ved bruk av kamera må anses som et tyngende inngrep, særlig med hensyn til personvern. I NOU 2015:13 uttalte utvalget at «[p]ersonvern er ikke et helt presist begrep, men i digital sammenheng siktes det til den enkeltes rett til og reelle mulighet til både å ha

¹⁰⁵ S. and Marper v. The United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008, avsnitt 95-96

¹⁰⁶ HR-2016-1833-A avsnitt 20

¹⁰⁷ HR-2016-1833-A avsnitt 20

kunnskap om og rådighet over bruken av egne personopplysninger». ¹⁰⁸ I forarbeidene til ny straffeprosesslov fremhevet utvalget at hensynet til personvern er av betydning hvor det brukes moderne teknologi i straffesaksbehandlingen. Utvalget uttalte at «straffesaksbehandling innebærer å håndtere opplysninger som er underlagt taushetsplikt, og som kan være av meget personsensitiv karakter». ¹⁰⁹ Da kameraovervåkning er et straffeprosessuelt inngrep som innebærer innhenting av taushetsbelagte og potensielt personsensitive opplysninger, må hjemmelskravet være strengt.

Hvis hjemmelsgrunnlaget anses noe uklart eller tynt, må det stilles strengere krav til forholdsmessigheten av tiltaket. Dette illustreres av HR-2018-104-A (Mirmotahari II), hvor førstvoterende uttalte:

«For lovtolkingsspørsmålet i saken har det imidlertid betydning at hjemmelskravet ikke etterlater nevneverdig rom for å begrense rekkevidden av beslagsforbudet (...) utover det som er forenlig med en alminnelig språklig forståelse av lovens ordlyd. *Hjemmelskravet tilsier dessuten at systemet for å avgjøre om et dokument er omfattet av beslagsforbudet eller ikke, samlet sett må gi tilstrekkelige garantier for at politiet ikke mottar informasjon fra det sikrede materialet som det etter loven ikke er hjemmel for å gi til politiet.*» (min kursivering)¹¹⁰

Høyesterett tolket det slik at hjemmelskravet kan anses oppfylt dersom det finnes garantier for at politiet uansett ikke mottar informasjon de ikke skulle hatt. Garantier kan altså bidra til at inngrepet anses legitimert, selv om det tilsynelatende kan begrense eller utvide ordlyden i lovbestemmelsen til en viss grad.

Videre må kameraovervåkingen ivareta et av de legetime formålene som listes opp i EMK art. 8 nr. 2:

“[N]ecessary in a democratic society in the interests of *national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for*

¹⁰⁸ NOU 2015: 13 pkt. 3.2.3 på s. 27. Forarbeidet knytter seg ikke til en konkret lov, men er en overordnet utredning om samfunnsutvikling på et område.

¹⁰⁹ NOU 2016: 24 pkt. 6.4.2.1 på s. 158

¹¹⁰ HR-2018-104-A avsnitt 24

the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others” (min kursivering)

I *S.A.S v. France* var et av spørsmålene om en lov som forbød hodeplagg grep inn i retten til privatliv etter EMK art. 8. Domstolen fastslo at forbudet lå i grenseland med hensyn til å ivareta et legitimt formål, og uttalte:

“The Court reiterates that the enumeration of the exceptions [...] as listed in Article 9 § 2, is exhaustive and that their definition is restrictive [...] For it to be compatible with the Convention, a limitation of this freedom must, in particular, pursue an aim that can be linked to one of those listed in this provision. The same approach applies in respect of Article 8 of the Convention.”¹¹¹

Dette innebærer at formålene i art. 8 nr. 2 er uttømmende, og skal tolkes innskrenkende i grensetilfeller. Myndighetene kan ikke gjøre inngrep på bakgrunn av et formål som «ligner» de som står i bestemmelsen, og heller ikke et annet, jf. formuleringene “exhaustive” og “restrictive”. Hvis det legitime formålet for inngrepet ligger i grenseland, stilles det også strengere krav ved vurderingen av de øvrige momentene i forholdsmessighetstesten.¹¹² Tvangsmidler etter straffeprosessloven vil som hovedregel ha et legitimt formål, jf. “prevention of disorder or crime” i EMK art. 8 nr. 2. Vilkåret om legitimt formål vil derfor sjelden være et problem.

Kameraovervåkingen må i tillegg være forholdsmessig, jf. formuleringen “necessary in a democratic society” i EMK art. 8 nr. 2. Selv om loven gir hjemmel for inngrep, og inngrepet ivaretar et legitimt formål, er det ikke gitt at det vil være forholdsmessig å benytte inngrepskompetansen. I *Mirmotahari II* uttalte Høyesterett at «tiltaket må i det konkrete tilfellet være egnet, nødvendig og forholdsmessig».¹¹³ Førstvoterende viste i den sammenheng til *Buck v. Germany*:

”The criteria [...] have been [...] the severity of the offence in connection with which the search and seizure were effected, the manner and circumstances in which the order was issued, in particular further evidence available at that time, the content and scope

¹¹¹ *S.A.S v. France* [GC], no. 43835/11, 1 July 2014, avsnitt 113

¹¹² *S.A.S v. France* avsnitt 122

¹¹³ HR-2018-104-A avsnitt 23

of the order, having particular regard to the nature of the premises searched and the safeguards taken in order to confine the impact of the measure to reasonable bounds, and the extent of possible repercussions on the reputation of the person affected by the search”.¹¹⁴

Formuleringen “extent of possible repercussions on the reputation of the person affected” viser at konsekvensene av kameraovervåkingen er sentralt for å avgjøre om inngrepet er egnet til å ivareta det legitime formålet. Videre viser formuleringen “the impact of the measure to reasonable bounds” at spørsmålet om nødvendighet avhenger av om det finnes et mindre inngripende alternativ som gir samme eller bedre effekt. Hvis dette besvares bekreftende, er ikke kameraovervåkingen nødvendig.

Dersom kameraovervåkingen anses egnet og nødvendig, må man videre vurdere om inngrepet er overordnet forholdsmessig. I Rt. 2015 s. 155 (Krigsforbryter) var spørsmålet om utlevering av en krigsforbryter var forholdsmessig, ettersom det brøt med hans rett til familieliv etter EMK art. 8. I kjennelsens avsnitt 52 uttalte førstvoterende at «forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre».¹¹⁵

Forholdsmessighetsvurderingen er en avveining av hensyn, hvor man på den ene side finner den vernede interessen, og på den andre siden finner fordelene man oppnår ved å iverksette inngrepet. Fordelene vil i straffeprosessen gjerne være å forebygge kriminalitet eller unngå bevisforspillelse. For å kunne si at kameraovervåking er forholdsmessig, må fordelene man oppnår ved inngrepet være større enn de innskrenkinger som gjøres i den vernede interesse.¹¹⁶

I EMDs praksis legges det også vekt på rettsikkerhetsgarantiene de nasjonale reglene oppstiller.¹¹⁷ I *Peruzzo and Martens v. Germany* uttalte domstolen:

“The Court has specified in this connection that domestic law must afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the

¹¹⁴ Buck v. Germany [J], no. 41604/98, 28 April 2005, avsnitt 45

¹¹⁵ Se også Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60

¹¹⁶ En grundigere drøftelse av hensynene fremkommer i oppgavens punkt 4.3.1 og 4.3.2

¹¹⁷ Se bl.a. Ibrahim and others v. The United Kingdom avsnitt 274 bokstav j

guarantees of this Article. The need for such safeguards is all the greater where the protection of personal data undergoing automatic processing is concerned, not least when such data are used for police purposes. The domestic law should notably ensure that such data are relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored; and preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored. The domestic law must also afford adequate guarantees that retained personal data is efficiently protected from misuse and abuse”.¹¹⁸

I HR-2019-1226-A var spørsmålet om det var et uforholdsmessig inngrep etter Grl. § 102 og EMK art. 8 å registrere DNA-profilen til en mann som var dømt til fengsel for skattesvik. Retten uttalte at en del av forholdsmessighetsvurderingen er om det finnes tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier for den som blir utsatt for krenkelsen, herunder regler for sletting, oppbevaring, tilgangen til dataene og konfidensialitet.¹¹⁹

De overnevnte dommene illustrerer at hvorvidt overvåkning av personer er forholdsmessig, vil blant annet bero på hvilke garantier reglene oppstiller for personvern og rettssikkerhet. Dersom reglene for oppbevaring, sletting og tilgang til materialet er strenge, vil dette kunne bidra til at inngrepet anses forholdsmessig, selv om hjemmelsgrunnlaget eller formålet ligger noe i grenseland.

Oppsummert må myndighetene ha grunnlag i lov for å kunne anvende tvangsmidler overfor enkeltpersoner. Dette følger av legalitetsprinsippet i Grl. § 113 og retten til respekt for privatliv etter EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102.

Videre må bruken av det aktuelle tvangsmidlet ivareta et legitimt formål som er listet opp i EMK art. 8 nr. 2. I straffeprosessen vil det gjerne dreie seg om å beskytte allmennheten mot fare eller oppklare eller unngå straffbare handlinger.

I tillegg må inngrepet være egnet, nødvendig og forholdsmessig. Dette innebærer at myndighetene ikke kan gå lenger enn det som anses som nødvendig for å ivareta det legitime formålet. I tillegg må inngrepet være egnet til å ivareta det legitime formålet det søker å

¹¹⁸ Peruzzo and Martens v. Germany [J], nos. 7841/08 and 57900/12, 4 June 2013, avsnitt 42

¹¹⁹ HR-2019-1226-A avsnitt 71 og 73

oppnå. Til sist må inngrepet være overordnet forholdsmessig overfor den som rammes. Her er det en rekke hensyn som vil gjøre seg gjeldende, blant annet sakens alvorlighet, viktigheten av at saken oppklares, personvernet til den krenkede, og de rettssikkerhetsgarantier som den nasjonale regelen oppstiller. Forholdsmessighetsvurderingen vil også være strengere dersom det legitime formålet eller hjemmelsgrunnlaget er i grenseland for hva som kan tillates.

Hvis retten kommer til at tvangsmiddelet har hjemmelsgrunnlag, ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig, vil inngrepet være lovlig og i tråd med Grunnloven og EMK.

3.3 Rettsgrunnlag for skjult kameraovervåkning i etterforskning

Straffeprosessloven § 202 a hjemler skjult kameraovervåkning i etterforskning. I første ledd heter det:

«Når det foreligger skjellig grunn til mistanke om en eller flere straffbare handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, kan politiet iverksette skjult kameraovervåking på eller fra offentlig sted når slik overvåking vil være av vesentlig betydning for etterforskningen. Beslutning treffes av retten.»

Bestemmelsens første ledd inneholder en rekke vilkår. Mistanke- og strafferammekravet er satt til handlinger som kan medføre fengsel i mer enn 6 måneder. De fleste lovbrudd har en strafferamme på mer enn 6 måneder fengsel, så normalt er dette uproblematisk.

I tillegg må kameraovervåkingen være av «vesentlig betydning for etterforskningen». Ordet «vesentlig» tilsier at terskelen for å overvåke noen ved bruk av kamera skal være høy, og kun iverksettes hvor det anses som nødvendig for å få fremgang i saken.

Videre kan kameraovervåkingen kun skje på «offentlig sted», noe som innebærer at man ikke kan overvåke noen i eksempelvis deres hjem.

I bestemmelsens andre ledd oppstilles imidlertid ytterligere vilkår, dersom noen skal overvåkes på privat sted. Her er mistanke- og strafferammekravet økt til handlinger med en strafferamme på 10 års fengsel, eller skjellig mistanke om overtredelse av bestemte straffebud. Ved privat overvåking er det videre krav om «vesentlig betydning for å oppklare saken, og oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort». Ordlyden her går enda lenger enn i første ledd, noe som viser at privat overvåking kun skal iverksettes dersom det er tvingende nødvendig for at saken skal kunne oppklares.

Sentralt er det som fremgår av strpl. § 202 a fjerde ledd, hvor det heter:

«Som kameraovervåking regnes vedvarende eller regelmessig gjentatt personovervåking ved hjelp av fjernbetjent eller automatisk virkende overvåkingskamera eller annet lignende utstyr som er fastmontert. Som kameraovervåking anses overvåking med mulighet for opptak av bildemateriale. Det kan ikke gis tillatelse til å overvåke noens private hjem etter bestemmelsen her»¹²⁰

Ordlyden «fjernbetjent eller automatisk virkende overvåkingskamera eller annet lignende utstyr som er fastmontert» tilsier at kameraovervåking etter bestemmelsen ikke innebærer bruk av fjernstyrt kamera som er mobilt, for eksempel et kamera montert på en drone. Den kameraovervåkingen det siktes til er for eksempel bruk av kamera som allerede er montert på bygg, og peker mot offentlige steder.

En antitetisk tolkning av ordlyden i strpl. § 202 a fjerde ledd tilsier at mobilt og fjernstyrt kamera er det motsatte av «fjernbetjent eller automatisk virkende overvåkingskamera [...] som er fastmontert». Mobilt og fjernstyrt kamera viser derfor til kameraløsninger som ikke er fastmontert eller konstant. Det dreier seg altså om kameraer som kan forflyttes og filme eller gjøre opptak av bestemte steder eller personer. Dette er for eksempel kameraer montert på droner og kameraer montert på innretninger som fjernbetjent kan manipuleres og skrus av og på.¹²¹ Fellesnevneren for slike kameraer er at man kan bruke de til å oppsøke situasjoner, steder eller mennesker og gjøre skjult opptak av disse når man måtte ønske. Håndholdte mobiltelefoner med kamera vil falle utenfor definisjonen, da disse er mobile men ikke fjernbetjente.

Mobilt og fjernstyrt kamera er altså ikke tillatt etter strpl. § 202 a, og således i utgangspunktet heller ikke tillatt i etterforskningen.

For øvrig tyder også vilkåret om «vesentlig betydning for å oppklare saken», og det høye strafferammekravet for privat overvåking, på at terskelen for å benytte seg av kameraovervåking etter strpl. § 202 a er høy, selv om det dreier seg om fastmontert kamera. Siden overvåking ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera ikke er tillatt etter ordlyden i fjerde

¹²⁰ De to første setningene tilsvarer ordlyden i lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (Politiloven – politil.) § 6a første ledd og lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) § 31 andre ledd

¹²¹ RA-2021-845 pkt. 2 på s. 1

ledd, bør det brukes med enda større forsiktighet, og det vil derfor uansett kun helt unntaksvis være mulig å forsvare.

I droneinstruksen, som er utarbeidet av politidirektoratet, finnes en regulering av politiets bruk av droner i oppdrag etter politiloven. I instruksens punkt 2 fremgår det at reglene gjelder alle type politioppdrag, men det fremkommer imidlertid en viktig presisering:

«Instruksen gjelder ikke ved bruk til etterforskningsformål. Ved bruk som kan omfattes av straffeprosessuelle regler, må det påses at disse følges, uavhengig av instruksen.»¹²²

Ordlyden her viser at heller ikke droneinstruksen hjemler bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning.

Dersom formålet med bruk av mobilt og fjernstyrt kamera *ikke* er å avklare straffbare forhold eller omstendigheter i forbindelse med rettens behandling av en sak, vil bruk av slikt utstyr kunne være lovlig, for eksempel etter droneinstruksen.

Det sentrale for oppgaven er likevel om slik bevisinnhenting i forbindelse med en etterforskning er ulovlig eller utilbørlig etter den ulovfestede læren. Etter sin ordlyd tillater ikke strpl. § 202 a og droneinstruksen slik bevisinnhenting. Det betyr ikke nødvendigvis at metoden er ulovlig eller utilbørlig, men det viser at det ikke er direkte regulert i lovteksten. Dermed må svaret på problemstillingen søkes i andre rettskilder.

3.4 Rettsgrunnlag for bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning

Det finnes som nevnt ingen lovbestemmelse som direkte regulerer bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning. Den mest sentrale kilden er retningslinjer utarbeidet av Riksadvokaten i 2021 (RA-2021-845). Av disse fremgår det at strpl. § 202 a kan brukes «så langt det passer» for mobile og fjernbetjente kamera i etterforskningsøyemed. I sin begrunnelse for dette skriver Riksadvokaten:

¹²² RPOD-2019-4 punkt 2 tredje ledd

«De avveininger og hensyn som ligger til grunn for lovgivers regulering av fastmontert/stedbunden kameraovervåking i straffeprosessloven § 202a, er langt på vei sammenfallende med de avveininger og hensyn som begrunner politiets bruk av mobile kameraer i etterforskningsøyemed. Riksadvokaten har derfor kommet til at straffeprosessloven § 202a skal benyttes så langt den passer når påtalemyndigheten og politiet tar i bruk mobile, fjernbetjente kamera. Dette vil nødvendigvis reise tolkingsspørsmål, og ikke alle kan avklares generelt. (...) [H]va som nærmere ligger i at bestemmelsen skal anvendes "så langt den passer" måtte avgjøres etter en konkret vurdering.»¹²³

Sitatet ovenfor innebærer en utvidelse av hva som betegnes som «kameraovervåking» etter strpl. § 202 a fjerde ledd. Formuleringen «så langt det passer» tyder på at kameraovervåking etter en konkret vurdering også kan være kameraløsninger som er mobile og fjernbetjente, selv om selve lovteksten kun viser til fastmonterte/stedbundne kamera.

I forarbeidene til strpl. § 202 a fremgår det at hvorvidt fjernsynsovervåking skal iverksettes må «bero på en konkret vurdering, der det særlig legges vekt hvor alvorlig de straffbare handlinger er, hvorvidt det foreligger alternative etterforskningsmetoder, hvor beferdet stedet er osv».¹²⁴ I riksadvokatens retningslinjer uttales det videre at dersom det benyttes «andre skjulte etterforskningsmetoder i kombinasjon, skal det ses hen til det samlede inngrepet».¹²⁵ Dette viser at bruken av mobilt eller fjernstyrt kamera kan være utelukket dersom det allerede er iverksatt kommunikasjonskontroll eller lignende, da ytterligere tvangsmidler i form av overvåking vil gjøre den samlede inngrepsbyrden meget stor.

For å kunne overvåke noen ved mobilt og fjernstyrt kamera etter en utvidende tolkning av strpl. § 202 a må også begrensningene som følger av Grl. § 102 og EMK art. 8 være oppfylt.

Det legitime formålet «prevention of disorder or crime» i EMK art. 8 nr. 2 er oppfylt ved at noen er mistenkt for en handling som kan medføre fengsel i mer enn 6 måneder, jf. strpl. § 202 a første ledd. Dette vil som regel være uproblematisk, da de fleste straffbare handlinger hvor overvåking er aktuelt har en høyere strafferamme enn dette.

¹²³ RA-2021-845 pkt. 3.1 på s. 2

¹²⁴ Ot.prp. Nr. 56 (1989-1990) s. 60

¹²⁵ RA-2021-845 pkt. 3.3 på s. 3

Det neste spørsmålet er om overvåkning ved mobilt og fjernstyrt kamera oppfyller kravet til en tilstrekkelig klar og presis lovhjemmel, jf. GrL. § 113 og EMK art 8 nr. 2 jf. GrL. § 102.¹²⁶

Riksadvokaten skriver i sine retningslinjer at bruk av mobilt og fjernstyrt kamera kan benyttes etter de samme vilkår som beskrevet i strpl. § 202 a.¹²⁷ Dette tilsier at terskelen for å bruke mobilt og fjernstyrt kamera skal være den samme som bruk av fastmontert kamera. Det er likevel viktig å bemerke at bruk av mobilt og fjernstyrt kamera ikke er uttrykkelig regulert i selve bestemmelsen. Å ta i bruk metoden vil være en utvidende tolkning basert på retningslinjer allmennheten vanskelig kan anses å ha kjennskap til, som i tur gjør det vanskelig for personer å forutberegne at en slik overvåkning kan skje. Det er vanskelig å gardere seg mot noe man ikke er klar over er en mulighet for politiet. Dette kan svekke tilliten til strafferettspleien og harmonerer dårlig med legalitetsprinsippet.

Det er også viktig å være klar over at formuleringen «så langt det passer» stemmer dårlig med kravet om en klar og presis lovhjemmel. For det første er det en utvidelse av ordlyden av «kameraovervåkning» i strpl. § 202 a fjerde ledd, og i tillegg gir ikke formuleringen noen nærmere veiledning på når mobilt og fjernstyrt kamera kan tas i bruk. Det fremstår altså ikke som klart i hvilke tilfeller en utvidelse av ordlyden er aktuell. En slik uklar utvidelse av strpl. § 202 a åpner for forskjellige tolkninger og forskjellige terskler for å ta i bruk metoden, noe som kan føre til ulik praksis i de forskjellige politidistriktene eller -stasjonene. Forskjellig praksis kan også bidra til å svekke forutberegneligheten og tilliten til politiets arbeid.

Det kan dermed slås fast at hjemmelsgrunnlaget ikke er så klart og presist som det burde være etter Grunnloven og EMK. Det neste spørsmålet er om bruk av mobilt og fjernstyrt kamera kan anses forholdsmessig, til tross for tynt hjemmelsgrunnlag.¹²⁸ Vurderingstemaet er om metoden er egnet, nødvendig og forholdsmessig i det konkrete tilfellet.¹²⁹

I forarbeidene til nåværende straffeprosesslov fremheves hensynet til en effektiv etterforskning som en grunn til å gjennomføre skjult kameraovervåkning.¹³⁰ På den annen side fremheves hensynet til «de som måtte ferdes på det sted hvor det er aktuelt med overvåkning», herunder personvern, som grunn til å regulere kameraovervåkning etter strpl. §

¹²⁶ Rt. 2014 s. 1105 (Acta) avsnitt 30. Se nærmere redegjørelse i oppgavens punkt 3.2.

¹²⁷ RA-2021-845 pkt. 3.2 på s. 3

¹²⁸ HR-2018-104-A avsnitt 24. Se nærmere oppgavens punkt 3.2.

¹²⁹ Se redegjørelse i oppgavens pkt. 3.2

¹³⁰ Ot.prp. Nr. 56 (1989-1990) s. 60

202 a strengt.¹³¹ De samme hensyn gjør seg langt på vei gjeldende hvor det skjulte kameraovervåkningen foregår med et mobilt og fjernbetjent kamera.

At bruk av mobilt og fjernstyrt kamera innebærer en utvidende tolkning av strpl. § 202 a fjerde ledd, sammenholdt med at det krenker personvernet og integriteten,¹³² tilsier at kravet til forholdsmessighet bør skjerpes ytterligere. Terskelen for å gjennomføre inngrepet vil derfor være høy.

Det kan dessuten stilles spørsmål ved å bruke de samme vilkårene for mobilt og fjernstyrt kamera som for fastmontert kamera. Dette fordi bruk av mobilt og fjernstyrt kamera gir større muligheter til å fange opp konkrete situasjoner, sammenlignet med fastmonterte kamera.

Det ville utvilsomt være meget effektivt for etterforskningen om politiet gjør opptak eller filmer noen med mobilt og fjernbetjent kamera. Det gir tilgang til situasjoner og hendelser som kan gi meget gode bevis i en straffesak. På denne måten ville etterforskningen og oppklaringen av saker gå raskere. I tillegg er det viktig å bemerke at samfunnsutviklingen og den teknologiske utviklingen har skutt fart de siste tiårene. Politi og påtalemyndighet har tilgang til en rekke innretninger som kan bidra til økt effektivitet og raskere saksoppløring, for eksempel avansert opptaksutstyr. På denne bakgrunn kan det anses naturlig at politiet bruker de virkemidler de har tilgjengelig, for å sikre at man etterforsker saken bredt og presist. Det er også verdt å merke seg at straffeprosessloven er fra 1981, og at lovendringer tar lang tid. På denne bakgrunn kan det hevdes at lovreguleringen ikke er godt nok tilpasset den samfunnsmessige og teknologiske utviklingen. I tillegg tar strpl. § 202 a sikte på etterforskning av forholdsvis alvorlige straffebed, noe som fra et rettssikkerhetsperspektiv kan tale for at bruken av mobilt og fjernbetjent kamera er både egnet og nødvendig for å etterforske og unngå straffbare handlinger, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 2.

I tillegg finnes det rettssikkerhetsgarantier for informasjon som er innhentet ved kameraovervåking.¹³³ Uttalelsen i retningslinjene om at strpl. § 202 a skal anvendes «så langt det passer» for mobilt og fjernstyrt kamera taler for at rettssikkerhetsgarantiene etter

¹³¹ Ot.prp. Nr. 56 (1989-1990) s. 60

¹³² Se redegjørelse av personvern i oppgavens punkt 3.2 på s. 26-27

¹³³ Strpl. § 202 a tiende ledd jf. strpl. § 216 g første ledd jf. politiregisterloven § 50 tredje ledd

politiregisterloven¹³⁴ kommer til anvendelse.¹³⁵ I politiregisterloven § 50 tredje ledd fremgår det at:

«Opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll som ikke er brukt i saken, skal sperres når saken er avgjort ved rettskraftig dom eller endelig henleggelsesbeslutning. Sperrede opplysninger kan benyttes ved begjæring om gjenåpning, ved gjenopptakelse av etterforskning, eller for å ivareta siktedes legitime interesser. Opplysninger som det etter straffeprosessloven § 216 g ikke er adgang til å beholde, skal slettes så snart som mulig. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for [...] opplysninger innhentet etter straffeprosessloven §§ 202 a og 202 c så langt den passer».

Den overnevnte bestemmelsen innebærer at informasjonen som fremgår av overvåkningen, som ikke er brukt, vil sperres når saken er avgjort. Etter dette vil ikke informasjonen kunne benyttes, med mindre saken gjenopptas på et senere tidspunkt. Den som utsettes for overvåkningen vil derfor være beskyttet mot at informasjonen brukes mot ham ved en senere og urelatert anledning. Videre skal opplysninger som omfattes av strpl. § 216 g, eksempelvis bevis som uansett ikke kan benyttes i retten som følge av vitnets stilling, slettes. Dette gjelder for strpl. § 202 a også.¹³⁶ Dersom bruk av mobilt og fjernstyrt kamera har fanget opp opptak av eksempelvis tiltaltes nærstående, skal opplysningene slettes som følge av bevisets innhold. Da det finnes slike garantier, taler det for at overvåkningen kan anses forholdsmessig.

På den annen side er skjult kameraovervåkning et inngripende tiltak i seg selv. Det medfører at personer utsettes for avlytting og observasjon uten at de selv vet dette, og uten mulighet til å tilpasse seg situasjonen. Å observere personers private samtaler og handlemønstre griper inn i vedkommendes personvern og integritet, selv om de befinner seg i det offentlige rom.¹³⁷ Det er også et brudd på retten til privatliv etter EMK art. 8. I Gatekjøkkenkjennelsen ble det presisert at skjult kameraovervåkning i tilfeller der den tiltaket retter seg mot ikke er klar over det står sterkt i strid med personvern hensyn. På side 623 uttaler førstvoterende at slik overvåkning «medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel».

¹³⁴ Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)

¹³⁵ RA-2021-845 pkt. 3.1 på s. 2

¹³⁶ Politiregisterloven § 50 tredje ledd fjerde setning

¹³⁷ Se redegjørelse for personvern i oppgavens pkt. 3.2 på s. 26-27

Hvorvidt bruken kan anses forholdsmessig vil likevel kunne variere fra de ulike typetilfellene. Det er verdt å bemerke seg at terskelen for å bruke fastmonterte kamera allerede er høy, og forbeholdt tilfeller hvor det er vesentlig for etterforskningen.¹³⁸ Dette tyder på at terskelen for å bruke mobilt og fjernstyrt kamera bør være enda høyere, og vil kun kunne forsvares hvor sakens fremgang og oppklaring har vesentlig betydning, og må gå foran vedkommendes personvern og integritet.

Når terskelen er såpass høy for bruk av mobilt og fjernstyrt kamera, tyder det på at metoden ikke er anvendelig i de aller fleste straffesaker. Dette illustreres også ved at det ikke finnes noen rettspraksis vedrørende anvendelsen av strpl. § 202 a for mobilt og fjernstyrt kamera. Mobil og fjernstyrt kameraovervåkning er derfor forbeholdt alvorlig kriminalitet, og kravene til forholdsmessighet må anses svært høye.

Det er også verdt å bemerke at selv om man etter en konkret vurdering kan komme til at bruken av mobilt og fjernstyrt kamera anses lovlig etter en utvidende tolkning av strpl. § 202 a, vil det likevel kunne anses utilbørlig overfor den som rammes. Det faktum at det ikke finnes positiv lovhjemmel for inngrepet, vil i seg selv tale sterkt for at det er urimelig å benytte mobilt og fjernstyrt kamera. Tilliten til politiets arbeid kan svekkes dersom det åpnes for at de kan benytte metoder som i beste fall har tynt hjemmelsgrunnlag, på bekostning av enkeltmenneskers personvern og grunnleggende friheter.

4 Når kan et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis avskjæres?

4.1 Introduksjon

I dette kapitlet skal det drøftes hvorvidt et bevis ervervet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera bør avskjæres, forutsatt at det er ulovlig eller utilbørlig ervervet i en bestemt sak. Selv om beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet, betyr ikke det nødvendigvis at det skal avskjæres. I slike tilfeller må det foretas en konkret avveiing, hvor man først vurderer om det foreligger en fortsatt eller gjentatt krenkelse. Hvis det ikke er tilfelle, må det foretas en interesseavveiing hvor en rekke momenter gjør seg gjeldende.¹³⁹

¹³⁸ Strpl. § 202 a første ledd andre punktum

¹³⁹ Rt. 1999 s. 1269 på side 1272. Se også oppgavens punkt 2.3.3 på side 20-21

4.2 Medfører fortsatt eller gjentatt krenkelse alltid bevisavskjæring?

I Verksbetjentdommen uttalte dommer Skoghøy at «[i] tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført». ¹⁴⁰

Ved vurderingen av om føring av beviset vil medføre en «fortsatt eller gjentatt krenkelse av rettsbruddet» må det spørres om «de interesser den krenkede ervervsnormen er satt til vern for, også krenkes ved bevisføringen». ¹⁴¹ I Verksbetjentdommen ble brudd på den mistenktes grunnleggende rettighet til å forholde seg taus brutt, og føring av beviset som stammet fra rettsbruddet ble ansett som en gjentakelse av krenkelsen. Beviset ble derfor avskåret. ¹⁴²

Dersom føringen av beviset medfører en fortsatt eller gjentatt krenkelse, er hovedregelen at beviset «normalt» skal avskjæres. «Normalt» tilsier at det åpnes for unntak fra hovedregelen. Øyen fremholder at «[e]n bør være tilbakeholden med å oppstille et bevisforbud hvis bruk av beviset bare vil innebære en lite vesentlig krenkelse av de hensynene den overtrådte regelen skal ivareta». ¹⁴³ Hvorvidt føringen av beviset medfører en gjentatt eller fortsatt krenkelse, i så stor grad at det må avskjæres, avhenger i stor grad av informasjonen beviset gir. ¹⁴⁴ Det er i denne sammenheng av interesse å undersøke forskjellene mellom føring av bevis som stammer fra ulovlig avlytting eller opptak og bevis som stammer fra ulovlig ransaking. Andenæs hevder at bevisene som stammer fra de ulike situasjonene ikke kan likestilles:

«Å spille opptaket i retten ville kanskje være et effektivt bevis. Men en slik bruk av opptaket ville virke som en fortsettelse av den ulovlige utspionering av privatlivet som selve opptaket betegner. Man kan ikke likestille et slikt opptak med beslagleggelse og bruk av et reelt bevismiddel som man har funnet ved en ulovlig ransaking» ¹⁴⁵

Dette har gode grunner for seg. En datamaskin som er beslaglagt og gjennomgått i forbindelse med en ulovlig ransaking, vil naturligvis ikke være en fortsatt krenkelse av den fysiske integritet som selve ransakingen var. Men en gjengivelse av ulovlige og skjulte opptak i retten vil i de fleste tilfeller innebære at personvernet blir krenket på samme måte som ved selve

¹⁴⁰ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272

¹⁴¹ Torgersen (200) s. 140

¹⁴² Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272-1273

¹⁴³ Øyen (2019) s. 408

¹⁴⁴ Torgersen (2009) s. 143

¹⁴⁵ Andenæs (2005) s. 272

opptaket.¹⁴⁶ Man må derfor skille mellom reelle bevismidler som stammer fra en ulovlig handling, og om beviset utledes direkte fra den ulovlige handlingen, da dette vil ha betydning for om det dreier seg om en «fortsatt eller gjentatt krenkelse av rettsbruddet».

For bevis som er innhentet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera, kan et kort slås fast at det ikke dreier seg om brudd på absolutte menneskerettigheter, da EMK art. 8 er en relativ menneskerettighet, som det kan gjøres inngrep i.¹⁴⁷ Spørsmålet vil være om privatlivsvernet etter Grl. § 102 og EMK art. 8 vil krenkes videre dersom beviset som stammer fra overvåkningen føres i retten. Det kan hevdes at den private sfære og integriteten til den som er utsatt for overvåkningen krenkes ytterligere, dersom overvåkningen vises og brukes i rettssaken, da det dreier seg om samme ulovlige handling. Dette er til forskjell fra å føre eksempelvis et dokument som stammer fra en ulovlig ransaking. Det er imidlertid vanskelig å oppstille avskjæring som et generelt utgangspunkt, da innholdet i opptakene vil kunne ha betydning for om det vil være en gjentakende krenkelse.

4.3 Hvilke hensyn gjør seg gjeldende i interesseavveiningen?

4.3.1 Noen generelle hensyn

I enhver straffesak står hensynet til sakens opplysning og et riktig resultat sterkt. For å kunne komme nærmest å vite hva som virkelig skjedde, er det sentralt at alle relevante bevis kommer frem under bevisføringen. Derfor er utgangspunktet at et ulovlig ervervet bevis kan føres til tross for feilen ved innhenting.¹⁴⁸ Dette kan knyttes til vurderingen av det legitime formålet etter EMK art. 8 nr. 2. Formålet med bruken av mobilt og fjernstyrt kamera vil i en etterforskning gjerne være å oppklare saken eller unngå straffbare handlinger, noe som må anses som legitimt. Dette kan også være med på å begrunne hvorfor det aktuelle opptaket skal føres som bevis, da det bidrar til å opplyse straffesaken og kan gi et riktig resultat.

Et annet moment i vurderingen er disiplinering av politi og påtalemyndighet.¹⁴⁹ I forarbeidene til dagens straffeprosesslov er disiplineringshensynet viet lite oppmerksomhet, og det uttales kun at «[m]ulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er

¹⁴⁶ Samme vurderinger gjort i Torgersen (2009) s. 144

¹⁴⁷ EMK art. 8 nr. 2. Se nærmere oppgavens pkt. 2.2.

¹⁴⁸ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22

¹⁴⁹ En grundigere redegjørelse av hensynet fremkommer i oppgavens pkt. 5.4

avgjørende for oppklaring av saken».¹⁵⁰ Hensynet har imidlertid fått noe gjennomslag i sivilprosessen, blant annet i Rt. 2004 s. 878, som gjaldt ulovlig skjult kameraovervåkning i en arbeidsrettssak. Høyesteretts kjæremålsutvalg vurderte bruken av slike videoopptak av ansatte i retten, og sa seg enig i lagmannsrettens vurdering om at «[e]n restriktiv holdning fra domstolene vil motvirke denne form for krenkelser».¹⁵¹ Det overnevnte viser at disiplineringshensynet har fått mer vekt i sivilprosessen enn i straffeprosessen, som medfører at terskelen for å avskjære bevis er høyere i straffeprosessen enn sivilprosessen. En grunn til dette kan være at hensynet til saksopplysning og riktig resultat har et sterkere vern i straffesaker enn i sivile saker.¹⁵²

Likevel er ikke disiplineringshensynet helt uten betydning i straffeprosessen. Det illustreres av at et moment som ble listet opp i *Ibrahim and others v. The United Kingdom* var “[...] the unlawfulness in question and [...] the nature of the violation found».¹⁵³ Dersom politiet gjennomfører skjult overvåkning ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera, og denne tvangsmiddelbruken anses som en grov feilvurdering av gjeldende regler, vil dette kunne være et moment som tilsier at beviset ikke skal kunne føres, selv om det ville bidra til sakens opplysning. En avskjæring vil da være rettleddende for politiets fremtidige tvangsmiddelbruk.

I nær sammenheng med disiplineringshensyn er lovformelighetshensyn, altså de overordnede krav til prosessen.¹⁵⁴ I forarbeidene uttales det at «det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler».¹⁵⁵ Uttalelsen viser at jo grovere feil politiet gjør ved bevisinnhenting, jo større sjanse er det for at beviset avskjæres. Dette henger også sammen med kravet til lovhjemmel etter EMK art. 8 nr. 2. Dersom politiet benytter mobilt eller fjernstyrt kamera i overvåkning uten å ha klar nok hjemmel, vil det være et grovt brudd på menneskerettighetene, som da tilsier at beviset ikke skal føres. Hensynet henger også sammen med at bevisinnhentning som ikke følger regelverket svekker tilliten til politi og påtalemyndighet, og en føring av et slikt bevis vil svekke tilliten til domstolene.

¹⁵⁰ NUT 1969: 3 s. 197

¹⁵¹ Rt. 2004 s. 878 avsnitt 17

¹⁵² Se Torgersen (2009) s. 152

¹⁵³ *Ibrahim and others v. The United Kingdom*, avsnitt 274 bokstav e

¹⁵⁴ Innholdet i hensynet redegjøres nærmere i oppgavens pkt. 5.5

¹⁵⁵ NUT 1969: 3 s. 197

De overnevnte hensynene viser at interesseavveilingen som foretas i tilknytning til om beviset skal avskjæres vil i stor grad sammenfalle med forholdsmessighetsvurderingen etter Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 2, om hvorvidt beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet. Det vil i utgangspunktet være vanskelig å avgjøre at bruken av mobilt og fjernstyrt kamera er uforholdsmessig etter Grl. § 102 og EMK art. 8, men likevel komme til at beviset kan føres etter en interesseavveiling. Det er imidlertid ulike faktorer i vurderingene, blant annet vil bevisets styrke og sakens alvorlighet være momenter som har mye vekt i en interesseavveiling,¹⁵⁶ og kan tale for at beviset bør føres til tross for at det ikke består forholdsmessighetstesten etter Grunnloven og EMK. Hensynene som kan tale for føring i den konkrete sak kommer jeg nærmere inn på i det følgende punkt 4.3.2.

4.3.2 Hensyn i den konkrete sak

Et sentralt moment i vurderingen av om et bevis skal avskjæres er krenkelsens karakter og grovhet.¹⁵⁷ Torgersen hevder at det er vekten av de krenkede interesser som har betydning, men at vurderinger om formell lov er overtrådt, om overtredelsen er straffbar og om det dreier seg om kompetanseoverskridelse ved tvangsmiddelbruk er relevant.¹⁵⁸

Når politiet iverksetter overvåkning ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera krenkes personvernet til den som overvåkes.¹⁵⁹ Vedkommende vil heller ikke ha mulighet til å beskytte seg mot krenkelsen, ettersom overvåkingen foregår skjult. Dette tilsier at krenkelsen av EMK art. 8 og Grl. § 102 er av grov karakter.

Politiet har imidlertid rettsgrunnlag etter RA-2021-845 til å gjennomføre inngrepet, selv om grunnlaget kan anses som vagt.¹⁶⁰ I slike tilfeller vil det dreie seg om at politiet har gått ut over det som er forholdsmessig i etterforskningen.¹⁶¹ Det må derfor avgjøres hvor sterkt hensynet til personvernet og integriteten skal stå ved irettføring av saken. I den forbindelse kan det være relevant å vurdere om overvåkingen har vart lenge, og om det har vært forsvarlig å overvåke over lengre tid. I tillegg kan det være relevant å se hen til hvilke opplysninger som fremgår av materialet. Jo mer sensitive opplysningene er, jo grovere er

¹⁵⁶ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272

¹⁵⁷ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272 og Ibrahim and others v. The United Kingdom avsnitt 274 bokstav e

¹⁵⁸ Torgersen (2009) s. 155

¹⁵⁹ Se redegjørelse av personvern i oppgavens pkt. 3.2 på s. 26-27

¹⁶⁰ Se oppgavens pkt. 3.4

¹⁶¹ Se oppgavens pkt. 3.4

integritetskrenkelsen. Hvis overvåkningen har medført grov personverns- og integritetskrenkelse, taler det med styrke for at det foreligger kompetanseoverskridelse fra politiets side ved at de har gått utover hjemmelsgrunnlaget og hva som er forholdsmessig.

Krenkelsens art og grovhet må også vurderes i sammenheng med sakens og tiltalens alvorlighet.¹⁶² I *Jalloh v. Germany* ble det fremholdt i avsnitt 107 at “the public interest in securing the applicant’s conviction cannot be considered to have been of such weight as to warrant allowing that evidence to be used at the trial”. Saken gjaldt en narkotikaforbrytelse som ble straffet med 6 måneder betinget fengsel, og sakens og tiltalens alvorlighet var derfor ikke av en art som gjorde det nødvendig å tillate det ulovlige beviset ført i retten.

Det er naturlig at hensynet til sakens opplysning står sterkt i saker hvor det påståtte lovbrudd er av alvorlig karakter. I slike saker vil det også være i allmennhetens interesse at alle beviser tas i betraktning.¹⁶³ Dette kan tale for at jo mer alvorlig tiltalen er, jo grovere bør krenkelsen være før det ilegges bevisforbud. Hensynet til sakens opplysning, herunder å føre beviset, vil altså ha mindre vekt jo mindre alvorlig saken og tiltalen er. Torgersen peker samtidig på at det kan stilles spørsmål med hvor legitimt det er at avskjæring er mindre aktuelt i alvorlige saker, da det er i alvorlige saker det ofte er «grunn til å frykte regelbrudd i forbindelse med etterforskningen».¹⁶⁴

Bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning er underlagt strenge vilkår, og vil kun være et aktuelt tvangsmiddel i alvorlige straffesaker.¹⁶⁵ Det kan derfor antas at personverns- og integritetskrenkelsen overfor den tiltalte må være ganske grov, før bevisavskjæring er aktuelt. Et bevisforbud vil dessuten kunne gjøre det vanskeligere å oppklare saken. Rettsanvenderen må altså vurdere hvor stor integritetskrenkelsen er med hensyn til informasjonen som fremkommer av overvåkningsmaterialet, holdt opp mot sakens alvorlighet og allmennhetens interesse i å oppklare saken. I alvorlige saker, hvor bruk av mobilt og fjernstyrt kamera er aktuelt, kan det presumeres at allmennhetens interesse i å oppklare saken stiller seg sterkt.

¹⁶² Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272 og Ibrahim and others v. The United Kingdom avsnitt 274 bokstav i

¹⁶³ Også lagt til grunn i Torgersen (2009) s. 176

¹⁶⁴ Torgersen (2009) s. 176

¹⁶⁵ Se oppgavens punkt 3.4

Et tredje viktig moment i vurderingen er bevisets verdi og relevans i den konkrete saken.¹⁶⁶ Etter norsk rettspraksis å dømme er høy bevisverdi og relevans et moment som trekker i retning av at beviset skal tillates, da det kan gi store bidrag til sakens opplysning.¹⁶⁷ Av EMD blir bevisets betydning vurdert ulikt, avhengig av hvilken ulovlighet bevisinnhentingens stammer fra.¹⁶⁸ Det kan se ut til at i tilfeller hvor klageren ikke er gitt mulighet til kontradiksjon, og beviset er avgjørende eller hovedsakelig, får manglende kontradiksjon avgjørende vekt for at rettergangen ikke anses som rettferdig etter EMK art. 6.¹⁶⁹ I andre tilfeller, hvor det ikke foreligger kontradiksjonssvikt, vil ikke det at beviset anses som hovedsakelig nødvendigvis medføre at rettergangen er urettferdig.¹⁷⁰ Torgersen hevder at EMD sin vurdering av bevisverdien kun inngår som et moment i helhetsvurderingen, og at EMK derfor ikke er til hinder for at det etter norsk rett legges vekt på høy bevisverdi som et moment som taler mot bevisforbud.¹⁷¹ Det kan derfor antas at høy bevisverdi og relevans ikke medfører større sjanse for avskjæring for bevis innhentet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera etter EMDs praksis. Dette fordi slike bevis er innhentet ved brudd på EMK art. 8, og da er ikke kontradiksjonssvikt like aktuelt som ved eksempelvis opplesing av politiforklaringer.¹⁷²

Dersom overvåkningsmaterialet fra mobilt og fjernstyrt kamera anses som et sentralt bevis med høy verdi, tilsier hensynet til sakens opplysning at det ikke bør avskjæres. Samtidig er det nærliggende å tro at det i tilfeller hvor beviset anses sentralt eller avgjørende ofte vil foreligge større integritetskrenkelser, gjerne opptak av private og sensitive samtaler, noe som gjør at hensynet til den tiltaltes personvern og integritet står sterkere. Rettsanvenderen må derfor vurdere hensynet til sakens opplysning i relasjon til bevisverdien av overvåkningsmaterialet, opp mot krenkelsens grovhet og sakens alvorlighet. Dette er vanskelige vurderinger hvor utfallet vil kunne variere fra sak til sak, avhengig av hva som fremkommer av de aktuelle opptakene.

¹⁶⁶ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272 og Ibrahim and others v. The United Kingdom avsnitt 274 bokstav d

¹⁶⁷ Se f.eks. Rt. 1997 s. 795 på s. 796

¹⁶⁸ Torgersen (2009) s. 172

¹⁶⁹ Torgersen (2009) s. 171

¹⁷⁰ Khan v. The United Kingdom [J], no. 35394/97, 12 May 2000, avsnitt 37. Samme tolkning lagt til grunn i Torgersen (2009) s. 173

¹⁷¹ Torgersen (2009) s. 173

¹⁷² Torgersen (2009) s. 173. Se også Rt. 2003 s. 1814 avsnitt 21.

4.4 Oppsummering av rettstilstanden

Terskelen for å avskjære bevis innhentet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera må antas å være lavere dersom retten kommer til at føringen av bevis materialet vil medføre en «fortsatt eller gjentatt krenkelse» av privatlivsvernet. Dette fordi hovedregelen da er at beviset skal avskjæres. Dersom retten kommer til at det ikke vil medføre en fortsatt eller gjentatt krenkelse å føre beviset, er hovedregelen at beviset kan føres. Det må derfor antas at terskelen for avskjæring etter en bred interesseavveining er høyere. I alvorlige straffesaker hvor bruk av mobilt og fjernstyrt kamera er aktuelt vil hensynet til sakens opplysning stå meget sterkt ved vurderingen. Det skal altså mye til å avskjære et bevis som er ulovlig ervervet ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning.

At terskelen for å avskjære et ulovlig bevis er høy, tilsier at politiet bør være forsiktig med å bruke mobilt og fjernstyrt kamera. Selv om retten avgjør at beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet vil det i mange tilfeller fortsatt kunne føres som bevis. Dette kan svekke tillitten til politiet og rettsapparatet og harmonerer dårlig med rettsikkerhetsgarantiene legalitetsprinsippet og EMK art. 8 oppstiller.

Det er likevel grunn til å peke på at spørsmålet om mobilt og fjernstyrt kamera i etterforskning, og bevis som stammer fra dette, ikke har vært oppe til vurdering i Høyesterett. Integritetskrenkelsen en slik overvåkning medfører vil muligens gjøre at interesseavveiningen slår ut i tiltaltes favør, da med hensyn til krenkelsens grovhet og karakter. Dette fordi det er tale om en tvangsmiddelbruk som i beste fall har en utydelig og flytende hjemmel basert på en ikke-autorativ rettskilde, som i mange tilfeller vanskelig kan anses forholdsmessig.

5 Innebærer forslag til ny straffeprosesslov noen endring i rettstilstanden?

5.1 Introduksjon

I dette kapitlet skal jeg drøfte forslaget til lovfesting av bevisforbud ved ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, slik det fremkommer i NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov. Jeg skal vurdere om ordlyden i forslaget til ny straffeprosesslov § 8-5 innebærer noen endring i rettstilstanden, og hvilke hensyn som synes å få mer gjennomslag om forslaget vedtas. Det vil også vurderes hvordan dette kan påvirke hvordan politi og påtalemyndighet innhenter bevis.

5.2 Lovfesting av gjeldende rett

I dagens straffeprosesslov finnes det ingen hjemmel for avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. I forarbeidene lot straffeprosesslovkomiteen det være opp til teori og praksis å fastlegge det nærmere innhold i læren, og uttalte at «[e]n lovregulering [...] ville belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss». ¹⁷³

I 2016 kom straffeprosessutvalget med et nytt forslag til straffeprosesslov, heretter kalt forslaget. ¹⁷⁴ Utvalget uttalte at de ikke delte synet til komiteen i NUT 1969: 3, og foreslo en lovfesting av gjeldende rett for avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i straffeprosessen. ¹⁷⁵ Hovedformålet med lovfesting er å videreføre gjeldende rett, og skal ivareta det «overordnede målet om en lov som legger til rette for effektiv, rettssikker og tillitvekkende behandling av straffesaker». ¹⁷⁶

En lovfesting av læren om avskjæring av ulovlig og utilbørlig ervervet bevis kan ha gode grunner for seg. Læren har festnet seg i teori og praksis over flere tiår, og en lovfesting virker på denne bakgrunn naturlig. I tillegg er tilsvarende regel lovfestet i sivilprosessen, og retts tekniske hensyn og systembetraktninger tilsier derfor en lovfesting for samme regel i straffeprosessen. I tillegg vil det være enklere for den alminnelige borger å finne frem og være oppmerksom på læren dersom den fremgår av loven. En lovfesting kan derfor styrke forutberegneligheten for borgerne.

5.3 Ordlyden i forslaget § 8-5

Forslaget § 8-5 har overskriften «[b]evisforbud ved rettsstridig innhenting og tilgang til bevis» og lyder:

«Det gjelder bevisforbud for opplysninger som er innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte, når det er grunn til det. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på

- det rettsstridige beviservervets grovhet,

¹⁷³ NUT 1969: 3 s. 197

¹⁷⁴ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

¹⁷⁵ NOU 2016: 24 pkt. 13.3.4.4 på s. 272

¹⁷⁶ NOU 2016: 24 pkt. 13.1 s. 255

- om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser, og
- om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelses»

En naturlig forståelse av «det gjelder bevisforbud» viser til at det skal gjelde en hovedregel om bevisforbud. Dette er en forskjell fra gjeldende rett, hvor hovedregelen er at beviset kan føres til tross for feilen.¹⁷⁷ At bevisforbud skal være hovedregelen vil muligens medføre at flere bevis avskjæres. Ved vurderingen tas det utgangspunkt i at beviset skal nektes, men om det etter interesseavveining skal føres likevel, noe som også illustreres av formuleringen «når det er grunn til det». I forslaget presiserer utvalget at formuleringen «når det er grunn til det» i større grad peker «mot idealet om en lovformelig prosess» og at vilkårene «forutsettes praktisert noe strengere enn etter gjeldende praksis».¹⁷⁸ Hensynet til en lovformelig prosess drøftes nærmere i punkt 5.5.

At beviset er innhentet «rettsstridig» viser til at både «brudd på lovfestede og ulovfestede rettsnormer» skal omfattes av bestemmelsen.¹⁷⁹ Ved første øyekast synes dette å videreføre gjeldende rett, da brudd på normer og ikke-lovfestede regler for bevisinnhenting kan medføre at beviset anses «utilbørlig». På forslagets side 576 uttaler imidlertid utvalget at «[e]t beviserverv som er lovlig, men som på etisk eller moralsk grunnlag kan kritiseres som «kritikkverdig» eller «utilbørlig», kan ikke begrunne bevisforbud etter bestemmelsen». Her viker forslaget fra gjeldende praksis, hvor både «utilbørlig», «uakseptabel» og «kritikkverdig» er karakteristikk som har vært brukt som grunnlag for å avskjære bevis etter læren.¹⁸⁰ Utvalget begrunner ikke endringen, men uttaler at bevis som ikke innebærer «rettsstrid» kan tenkes avskåret på bakgrunn av andre bestemmelser.¹⁸¹ Likevel gir formuleringen «ulovfestede rettsnormer» anvisning på at det ikke er tale om noen nevneverdig endring gjeldende rett. Det er nærliggende å tro at beviser som omtales som «utilbørlige» mv. i dag som regel vil falle inn under «brudd på ulovfestede rettsnormer».

Bestemmelsen lister også opp tre vurderingsmomenter det skal legges «særlig vekt på». Denne listen er ikke uttømmende, og utvalget presiserer at «[m]omentene skal vurderes i

¹⁷⁷ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22

¹⁷⁸ NOU 2016: 24 s. 576

¹⁷⁹ NOU 2016: 24 s. 576

¹⁸⁰ Se hhv. Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 27, Rt. 1991 s. 616 på s. 623 og Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17

¹⁸¹ NOU 2016: 24 s. 576

sammenheng, men det enkelte moment kan også alene gjøre seg gjeldende med en slik styrke at det ikke gjelder bevisforbud».¹⁸²

Et av vurderingsmomentene er «beviservervets grovhet», som viser til den måten beviset er innhentet på. Dette kan sammenlignes med vurderingen av «krenkelsens grovhet»,¹⁸³ og er en videreføring av gjeldende rett.

«Om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser» viser til den gjeldende vurderingen om at bevisføring som vil medføre en fortsatt eller gjentatt krenkelse skal avskjæres. Det kan likevel antas at vurderingen nå skal være noe videre, da den kun angir «beskyttelsesverdige interesser». Under gjeldende praksis er spørsmålet aktuelle rettigheten som ble krenket ved ervervet blir krenket igjen ved føringen, mens nå kan det tenkes situasjoner der andre interesser som krenkes ved føringen også kan medføre avskjæring. Her kan det tenkes at det er foretatt en ulovlig ransaking som krenker den fysiske integritet. Et dokument som stammer fra ransakingen krenker ikke den fysiske integriteten på samme måte som selve ransakingen, men det kan tenkes at føringen av beviset vil krenke en annen beskyttelsesverdig interesse, eksempelvis personvernet.

Det som fremstår som den største endringen i reglene er at det nå skal legges særlig vekt på «om det er reagert på en måte som antas å forebygge fremtidige krenkelser». At dette momentet er inntatt i bestemmelsen viser til at det skal legges større vekt på disiplinering av politiet, slik at de i fremtiden ikke tar i bruk lignende ulovlige metoder. Dette drøftes nærmere nedenfor i punkt 5.4.

5.4 Mer vekt på disiplineringshensynet

På forslaget side 272 uttaler utvalget at «[d]et sentrale argumentet mot bevisforbud på grunnlag av ulovlig beviservert er sannhetsidealet og hensynet til sakens opplysning», men at det «[p]å den annen side står en rekke forskjelligartede hensyn, som etter utvalgets syn til dels har blitt tillagt for liten oppmerksomhet og vekt i rettspraksis».

Et av de hensynene som trekkes frem er disiplineringshensynet; avskjæring av ulovlige bevis kan forebygge ulovligheter fra politiets side. I forarbeidene til dagens straffeprosesslov og i

¹⁸² NOU 2016: 24 s. 576

¹⁸³ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272. Se også oppgavens pkt. 4.3.2.

rettspraksis har disiplineringshensynet blitt tillagt forholdsvis lite vekt.¹⁸⁴ I forslaget peker utvalget særlig på trekk ved samfunnsutviklingen som argument for at disiplinering skal få større vekt:

«Særlig den teknologiske utviklingen – med nye kommunikasjonsmetoder som griper inn i alle sider av vår livsførsel, og de tilhørende muligheter for overvåking, den økte vilje til kriminalisering, også av forberedelseshandlinger, og den medfølgende muligheten til å benytte et videre spekter av tvangsmidler og etterforskningsmetoder enn før – har gitt et større potensial for misbruk enn det som eksisterte den gang. Dette er en risiko som i en viss utstrekning må antas å kunne reduseres ved i større grad å vektlegge hensynet til å forebygge ulovligheter ved spørsmål om bevisforbud for ulovlig ervervede bevis.»¹⁸⁵

Utvalget peker også på at disiplineringshensyn virker å ha fått større gjennomslag i sivile saker, hvor private parter har begått ulovligheter.¹⁸⁶ Utvalget uttaler at «[d]et er vanskelig å se begrunnelsen for et slikt skille, ikke minst fordi farene ved misbruk fra myndighetene potensielt er større enn fra private, gitt forskjellen i tilgjengelige maktmidler og maktapparatets omfang».¹⁸⁷

På grunn av den teknologiske utviklingen har politiet mange virkemidler for å gjennomføre kommunikasjonskontroll, og dagens regulering av disse reglene gjør det muligens uklart hva som er å strekke strikken for langt. Eksempelvis er bruk av mobilt og fjernstyrt kamera en overvåkningsmetode som er meget inngripende, som har et tynt hjemmelsgrunnlag, og som i mange tilfeller vil kunne anses uforholdsmessig overfor den som rammes. Ved at det legges mer vekt på disiplinering av politiet, vil det kanskje vies større oppmerksomhet innad i politiet til hvilke metoder de kan, og ikke kan, benytte seg av. Et økt fokus på disiplineringshensyn kan også tyde på at det skal mindre til for at bruk av mobilt og fjernstyrt kamera anses som ulovlig. I tillegg har politiet langt flere tilgjengelige og inngripende virkemidler enn private til å gjennomføre kommunikasjonskontroll, og det er derfor naturlig at det stilles strengere krav til deres opptreden enn private parter.

¹⁸⁴ NUT 1969: 3 s. 197 og Rt. 2006 s. 582 avsnitt 24

¹⁸⁵ NOU 2016: 24 pkt. 13.3.4.4 på s. 273

¹⁸⁶ Se f.eks. Rt. 1997 s. 795 på s. 796 og Rt. 2004 s. 878 avsnitt 17

¹⁸⁷ NOU 2016: 24 pkt. 13.3.4.4 på s. 273

5.5 Mer vekt på lovformelighetshensyn

Et annet hensyn som fremheves av utvalget er idealet om en lovformelig prosess. På forslaget side 273 uttales det at «[n]år borgere utsettes for statens maktutøvelse, bør statsapparatet respektere lovens rammer for straffeforfølgningen. Bevisforbud kan bidra til å avbøte krenkelser og således understøtte tillitsforholdet mellom stat og borger». Lovformelighet kan derfor tilsi at det bør gjelde en hovedregel om avskjæring ved ulovlig innhentet bevis, istedenfor at bevisavskjæring er unntaket. Utvalget presiserer også at formuleringen «når det er grunn til det» «er ment som et signal til samtlige aktører om større grad av bevissthet om ulovligheter ved beviservert». ¹⁸⁸

At avskjæring er utgangspunktet ved ulovlig eller utilbørlig ervert bevis kan bidra til å styrke tilliten til rettsapparatet og særlig politiet. Om lovteksten, slik det fremgår av forslaget § 8-5, blir vedtatt, vil det sende et sterkt signal om at ulovlige bevis i utgangspunktet ikke er tillatt, og at politi og påtalemyndighet bør tilstrebe å holde seg innenfor tillatt handlerom. Det vil også styrke prinsippet om at alle er like for loven, ¹⁸⁹ uavhengig av om det er privatpersoner eller myndigheter som begår ulovligheter overfor den enkelte. Hensynet til en lovformelig prosess tilsier derfor at utgangspunktet for vurderingen bør være avskjæring av beviset, men at beviset kan føres dersom det ikke er tilstrekkelig grunn for bevisforbud.

5.6 Oppsummering av mulig fremtidig utvikling

Forslaget § 8-5 tar sikte på å videreføre gjeldende rett med hensyn til ulovlig og utilbørlig ervert bevis. Utvalget har likevel foretatt enkelte justeringer, som skal fremheve hensyn som etter gjeldende rett ikke tillegges særlig vekt.

Vurderingen skal blant annet ta hensyn til maktmisbruk fra politiets side, og rettsanvenderen skal søke etter løsninger som kan unngå at maktmisbruk skjer i fremtiden. Dette innebærer at avskjæring skal bli mer aktuelt hvor inngripen fra politiet har vært særlig grenseoverskridende. Dette vil spesielt gjelde i saker hvor det er gjennomført kommunikasjonskontroll. Overvåkning ved bruk av mobilt og fjernstyrt kamera er et særlig relevant eksempel på et inngripende tvangsmiddel som krenker privatlivet, personvernet og integriteten. Det behøves klare regler for i hvilke tilfeller slike tvangsmidler kan benyttes, og

¹⁸⁸ NOU 2016: 24 s. 576

¹⁸⁹ Grunnloven § 98

dersom reglene ikke overholdes skal dette vektlegges særlig i vurderingen av om beviset skal avskjæres.

Formuleringen i forslaget § 8-5 tyder på at reglene for avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal strammes inn, siden samfunnsutviklingen og især den teknologiske utviklingen har gjort det lettere for politi og påtalemyndighet å misbruke sin makt. Det er derfor naturlig at reglene praktiseres strengere enn før, og at utgangspunktet for vurderingen skal være avskjæring. Dette viser at hensyn til den enkeltes frihet, integritet og privatliv styrkes, og vil sannsynligvis bidra til å styrke allmennhetens tillitt til politiet og rettsapparatet for øvrig.

6 Referanseliste

6.1 Lovregister

Norske lover

- Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902) [Opphevet]
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)
- Lov 21. juni 2017 nr. 92 om endringer i straffeprosessloven (biometrisk autentisering)
- Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Norske forskrifter, rundskriv og retningslinjer

- Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)
- Riksadvokaten (1999), Etterforskning (RA-1999-3) [Rundskriv]
- Politidirektoratet (2019), Instruks om bruk av droner i politiet (RPOD-2019-4) [Rundskriv]
- Riksadvokaten (2021), Politiets bruk av mobile og fjernbetjente kamera i etterforskningsøyemed (RA-2021-845) [Retningslinjer]

Norske forarbeider

- NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen
- NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter
- NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind B

- NOU 2015: 13 Digital sårbarhet – sikkert samfunn, Beskytte enkeltmennesker og samfunn i en digitalisert verden
- NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov
- Ot.prp. Nr. 35 (1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker
- Ot.prp. Nr. 56 (1989-1990) Om lov om meglingsråd og om endringer i straffeloven m.m.
- Ot.prp. Nr. 66 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.

Internasjonale konvensjoner og protokoller til internasjonale konvensjoner

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)
- International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966 (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP)
- Protocol No. 15 amending the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms

6.2 Rettsavgjørelser

Høyesterettspraksis

- Rt. 1984 s. 1076
- Rt. 1990 s. 1008
- Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen)
- Rt. 1997 s. 795
- Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia)
- Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjent)
- Rt. 2003 s. 549
- Rt. 2003 s. 1814
- Rt. 2004 s. 878
- Rt. 2006 s. 582
- Rt. 2008 s. 605
- Rt. 2009 s. 1526

- Rt. 2014 s. 1105 (Acta)
- Rt. 2015 s. 93 (Maria)
- Rt. 2015 s. 155 (Krigsforbryter)
- HR-2016-1833-A (Fingeravtrykk)
- HR-2016-2554-P (Holship)
- HR-2018-104-A (Mirmotahari II)
- HR-2019-1226-A

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

- Neumeister v. Austria [J], no. 1936/63, 27 June 1968
- Saunders v. The United Kingdom [J], no. 19187/91, 17 December 1996
- Belziuk v. Poland [J], no. 23103/93, 25 March 1998
- Khan v. The United Kingdom [J], no. 35394/97, 12 May 2000
- P.G. and J.H. v. The United Kingdom [J], no. 44787/98, 25 September 2001
- Perry v. The United Kingdom [J], no. 63737/00, 17 July 2003
- Buck v. Germany [J], no. 41604/98, 28 April 2005
- Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, 11 July 2006
- S. and Marper v. The United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008
- Peruzzo and Martens v. Germany [J], nos. 7841/08 and 57900/12, 4 June 2013
- S.A.S v. France [GC], no. 43835/11, 1 July 2014
- Ibrahim and others v. The United Kingdom [GC], nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13 September 2016

6.3 Litteratur

- *Aall (2020)*; Jørgen Aall: Rettsstat og menneskerettigheter, 5 utgave 2018, 2. opplag 2020
- *Andenæs (2005)*; Johs. Andenæs: Norsk straffeprosess bind 1, 3. utgave 2000, 3. opplag 2005
- *Andenæs/Myhrer (2010)*; Johs. Andenæs: Norsk straffeprosess, 4. utgave. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009, 2. opplag 2010.

- *Bratholm (1959)*; Anders Bratholm: Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, Tidsskrift for rettsvitenskap 1959, s. 109-132, Universitetsforlaget 1959
- *Løvlie (2014)*; Anders Løvlie: Rettslige faktabegreper, Gyldendal Norsk Forlag AS 2014
- *Minde (2017)*; Stine Winger Minde: Juridisk metode og oppgaveteknikk til eksamen, Gyldendal Norsk Forlag AS, 1. utgave, 1. opplag 2017
- *Myhrer (2003)*; Tor Geir Myhrer: Påtalemyndighetens praksis som rettskilde, Tidsskrift for rettsvitenskap 2003, s. 219-245 (TFR-2003-219)
- *Rui (2014)*; Jon Petter Rui: Straffeprosessen i perspektiv, Jussens Venner, vol. 49 utgave 6, 26. november 2014, s. 382-443
- *Skoghøy (2017)*; Jens Edvin A. Skoghøy: Tvisteløsning, 3. utgave Universitetsforlaget 2017
- *Sundby (1978)*; Nils Kristian Sundby: Om normer, Universitetsforlaget, Oslo 1974, 2. opplag 1978
- *Torgersen (2009)*; Runar Torgersen: Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker, 1. utgave, Oslo 2009
- *Øyen (2019)*; Ørnulf Øyen: Straffeprosess, 2. utgave 1. opplag 2019

