



Det juridiske fakultet

Mistenktes rett til dokumentinnsyn i straffesaker

Mistenktes rett til innsyn i sakens dokumenter i straffesaker og påtalemyndighetens adgang til å gjøre unntak fra innsynsretten av hensyn til etterforskningen etter straffeprosessloven § 242 og EMK artikkel 6

Johanne Samuelson

Masteroppgave i rettsvitenskap

JUR-3902, høst 2022

Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Innledning | 1 |
| 1.1 | Tema og problemstilling..... | 1 |
| 1.2 | Problemstillingens bakgrunn og aktualitet | 2 |
| 1.3 | Rettskildebilde og metode | 4 |
| 1.3.1 | Særlig om metode som gjelder EMK og EMDs praksis | 4 |
| 1.4 | Den videre fremstillingen | 5 |
| 2 | Generelt om mistenktes rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet | 6 |
| 2.1 | Rettslig plassering og kort om straffeprosessuell etterforskning..... | 6 |
| 2.2 | Hensyn av betydning for innsynsretten | 7 |
| 2.3 | Retten til dokumentinnsyn etter EMK artikkel 6..... | 10 |
| 2.3.1 | Innledning..... | 10 |
| 2.3.2 | Hvem har rett på innsyn etter EMK artikkel 6? | 12 |
| 2.3.3 | Når inntreffer innsynsretten og hvilken rett til innsyn gir kravet til «adequate time and facilities»? | 14 |
| 2.4 | Retten til dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242..... | 23 |
| 2.4.1 | Innledning..... | 23 |
| 2.4.2 | Når inntreffer innsynsretten?..... | 23 |
| 2.4.3 | Hva inngår i «sakens dokumenter»? | 25 |
| 2.4.3.1 | Hvordan skal «dokumenter» i straffeprosessloven § 242 tolkes?..... | 25 |
| 2.4.3.2 | Hva utgjør «saken» i relasjon til straffeprosessloven § 242? | 27 |
| 3 | Påtalemyndighetens adgang til å gjøre unntak fra mistenktes rett til dokumentinnsyn begrunnet i etterforskningshensyn..... | 32 |
| 3.1 | Innledning | 32 |
| 3.2 | EMK og EMDs regulering av adgangen til unntak fra innsynsretten | 32 |
| 3.3 | Adgangen til å gjøre unntak fra mistenktes innsynrett etter straffeprosessloven § 242 | |
| | 37 | |
| 3.3.1 | Innledning..... | 37 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.3.2 | Hva innebærer «skade eller fare for etterforskningens øyemed»? | 37 |
| 3.3.3 | Hvor stor grad av sannsynlighet må foreligge for å konstatere at mistenktes innsyn vil vanskeliggjøre etterforskningen? | 39 |
| 3.3.4 | Den konkrete avveiningen av om mistenkte kan nektes innsyn i sakens dokumenter..... | 41 |
| 3.3.5 | Individualiseringskravet og påtalemyndighetens plikt til å begrunne nektelse av innsyn | 48 |
| 4 | Nærmere om forsvarers innsynsrett og betydningen av klausulerte saksdokumenter for forsvarers oppgave | 50 |
| 4.1 | Kort om forsvarer | 50 |
| 4.2 | Forsvareres innsynsrett og klausulerte saksdokumenter | 50 |
| 5 | Avsluttende og rettspolitiske refleksjoner..... | 53 |
| | Kilderegister | 55 |
| | Lover | 55 |
| | Norske lovforarbeider og andre offentlige dokumenter | 55 |
| | Internasjonale konvensjoner..... | 55 |
| | Norske rettsavgjørelser..... | 55 |
| | Avgjørelser fra EMD..... | 57 |
| | Juridisk litteratur mv. | 58 |
| | Norske forskrifter og rundskriv | 58 |
| | Nettsaker..... | 59 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er mistenktes rett til dokumentinnsyn i straffesaker på etterforskningsstadiet. Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har i flere avgjørelser lagt til grunn at den som er anklaget for å ha begått en straffbar handling, på visse kriterier og med visse unntak, har rett på innsyn i straffesaksdokumentene etter den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6.¹

I norsk rett er spørsmålet om mistenktes rett til innsyn på etterforskningsstadiet regulert i straffeprosessloven.² Etter lovens § 242 første ledd skal mistenkte og hans forsvarer «på begjæring gis adgang til sakens dokumenter så fremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed.(...)». Mistenkte skal etter bestemmelsen som hovedregel gis innsyn i sakens dokumenter på etterforskningsstadiet og unntak fra innsynsretten krever særskilt begrunnelse.³

Innsyn i sakens dokumenter gir mistenkte mulighet til å imøtegå og supplere de opplysninger påtalemyndigheten bygger anklagen mot mistenkte på, og kan bidra til en mer balansert opplysning av saken. Motsatt vanskeliggjøres muligheten til å etablere et forsvar som effektivt ivaretar mistenktes rettssikkerhet. Innsynsretten er derfor en sentral rettighet for den som er mistenkt i en straffesak. Mistenktes innsyn i sakens dokumenter kan imidlertid være til skade eller til hinder for påtalemyndighetens etterforskning ved at viktige bevis forspilles eller etterforskningen vanskeliggjøres.

Etter ordlyden i straffeprosessloven § 242 kan påtalemyndigheten avslå en begjæring om innsyn dersom innsyn kan skade eller sette etterforskningens øyemed i fare. Høyesterett har lagt til grunn at mistenkes innsynsrett er en grunnleggende straffeprosessuell rettighet og at

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950, i kraft 3 September 1953 (Den Europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK).

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

³ Prop. L 147 (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. s. 18. At mistenkte som hovedregel skal gis innsyn i sakens dokumenter på etterforskningsstadiet kommer klarere til uttrykk i forslaget til ny straffeprosesslov, se NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov § 3-1 bokstav c, jf. § 6-1 første ledd.

nektelse av innsyn innebærer et inngrep i innsynsretten.⁴ På bakgrunn av dette har Høyesterett uttalt at det må foretas en bredere avveining av om mistenkte kan nektes innsyn, hvor de grunner som taler for at innsyn kan skade etterforskningen og mistenktes behov for innsyn må veies mot hverandre. Sentralt i avveiningen er om nektelse av dokumentinnsyn vil stride mot mistenks øvrige straffeprosessuelle rettigheter.⁵

Avhandlingens hovedproblemstilling er mistenktes rett til innsyn i sakens dokumenter i straffesaker og påtalemyndighetens adgang til å gjøre unntak fra innsynsretten av hensyn til etterforskningen. Formålet med oppgaven er å redegjøre for hva mistenkte har rett til å gjøre seg kjent med og trekke opp yttergrensen for avveiningen av om mistenkte kan nektes innsyn, herunder hvilke momenter som er relevant å legge vekt på, samt hva som er tilstrekkelig for å gjøre unntak fra innsynsretten. Avhandlingen vil videre ta sikte på å undersøke om reguleringen av mistenktes rett til innsyn burde være annerledes etter de grunnprinsipper og hensyn straffeprosessloven bygger på.

Etter straffeprosessloven § 242 annet ledd kan mistenktes forsvarer gis innsyn selv om mistenkte nektes innsyn etter første ledd. Forsvarer vil i så tilfelle ha taushetsplikt om opplysningene han får innsyn i. Forsvarers innsyn i sakens dokumenter gir han mulighet til å føre kontroll med de rettslige sidene av saken og til å etablere et forsvar. Forsvarer kan derimot ikke forhøre seg med mistenkte om de faktiske omstendighetene som fremgår av dokumentene, slik at bevisene i saken blir belyst og balansert fra begge sider. Dette vanskeliggjør forsvareres oppgave i å etablere et effektivt forsvar. På den annen side skal påtalemyndigheten søke å klarlegge både det som taler for og det som taler mot mistenktes straffskyld.⁶ Denne problematikken vil behandles avslutningsvis.

1.2 Problemstillingens bakgrunn og aktualitet

Grunnloven skal sikre «demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene», jf. Grunnloven § 2 annet punktum.⁷ En rettstat kjennetegnes blant annet ved at myndighetene skal sikre at

⁴ Rt. 2013 s. 1066 avsnitt 14.

⁵ Rt. 2003 s. 877 avsnitt 28 og Rt. 2007 s. 372 avsnitt 17-18.

⁶ Straffeprosessloven § 55 annet ledd og § 226 tredje ledd.

⁷ Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

borgernes rettssikkerhet i møte med det offentlige ivaretas.⁸ I forarbeidene til straffeprosessloven er det vist til at «innsynsretten er en forutsetning for mange av våre straffeprosessuelle grunnprinsipper og rettssikkerhetsgarantier.»⁹ En sentral forutsetning for at rettssikkerheten ivaretas er at den som anklages av det offentlige for å ha begått en straffbar handling, får kjennskap til anklagen og hva den bygger på.¹⁰ Samtidig har myndighetene en plikt til å sørge for øvrige borgeres rettssikkerhet ved en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Grensene for mistenktes innsynsrett er trukket etter en avveining av disse sentrale hensynene.

I en artikkel fra Advokatbladet fra 2019 hevder flere forsvarere at påtalemyndigheten i for stor grad klausulerer i saker og at det klausuleres for mange dokumenter i enkeltsaker uten at det er vurdert om det er tilstrekkelig grunnlag for det. Arne Gunnar Aas, tidligere styremedlem i Forsvarergruppen, mener blant annet at klausuleringsspørsmålet blir stadig viktigere etter hvert som forsvarerne kommer inn i straffesakene langt tidligere enn før.¹¹

Inngrep i innsynsretten baserer seg etter gjeldene rett på en avveining av motstridende hensyn. Vilkåret for å gjøre inngrep i innsynsretten etter straffeprosessloven § 242 er taus om hvordan avvenningen skal foretas. Høyesterett har i flere avgjørelser foretatt avveiningen, og temaet er behandlet i juridisk teori. Det er ikke foreslått noen endringer i ordlyden som gir nærmere føringer for hvordan avveiningen skal foretas. Dersom det skal gjøres inngrep i de rettigheter mistenkte er gitt på etterforskningsstadiet, bør hjemmel for inngrep gjenspeile den vurdering påtalemyndigheten må foreta før inngrep gjennomføres. Det er også ønskelig ut fra rettssikkerhetshensyn, overprøvningsmuligheter og mistenktes tillit til at det er foretatt en riktig vurdering. Det er vesentlig for tilliten til offentlig myndighet at det er reell mulighet for å etterprøve alle beslutninger som gjør unntak fra individers lovfestede rettigheter.

⁸ Rettssikkerhet er knyttet til krav om at enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet for myndighetens side, samt muligheten til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser, jf. Prop. 147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. s. 17.

⁹ Prop.147 L (2012-2013) endringer i straffeprosessloven mv. s. 25.

¹⁰ Rui (2017) s. 1 med videre henvisninger.

¹¹ Thea N. Dahl, «-Klausulering er et pressmiddel for å få gjennomført avhør», *Advokatbladet* 11.november 2019. <https://www.advokatbladet.no/forsvarergruppen-forsvarerseminaret-klausulering/klausulering-er-et-pressmiddel-for-a-fa-gjennomfort-avhor/145037> (lest 23.september 2022).

Utover det faktum at dagens lovverk ikke synes å avspeile den avveiningen som kreves for å foreta et inngrep i mistenktes rett til innsyn, begrunner både uttalelser fra straffeprosessens aktører og rettskildebildet som sådan avhandlingens aktualitet.

1.3 Rettskildebilde og metode

Ved analysen av oppgavens problemstilling anvendes en rettsdogmatisk metode, med den alminnelige rettskildelære som grunnlag for analysen.¹²

Høsten 2016 kom Justis – og beredskapsdepartementet med forslag til ny straffeprosesslov.¹³ Det er ikke foreslått noen realitetsendring når det gjelder mistenktes rett til innsyn på etterforskningsstadiet og påtalemyndighetens adgang til å gjøre unntak fra innsynsretten. Derimot er det foreslått noen endringer i ordlyden som presiserer gjeldene rett som kan tjene som tolkningsbidrag i mangel av andre autoritative rettskilder.¹⁴

1.3.1 Særlig om metode som gjelder EMK og EMDs praksis

EMK er inkorporert i norsk rett og gjort til norsk lov med forrang for andre motstridende lovbestemmelser, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 1, jf. § 3.¹⁵ Dette innebærer at norsk rett ikke kan gi et svakere vern av mistenktes rett til innsyn enn det som følger av EMK.

Straffeprosessloven § 242 suppleres av EMK artikkel 6, som er det rettslige grunnlaget for konvensjonens regulering av retten til innsyn.

EMD har særskilt autoritativ kompetanse til å tolke og utvikle konvensjonen.¹⁶ Innsynsretten etter EMK artikkel 6 er i liten grad spesifisert i bestemmelsen, men er nærmere utviklet av EMD. Dette gjør at praksis fra EMD er særlig relevant ved tolkningen av hvilken rett til innsyn konvensjonen gir.

¹² Skoghøy (2018) s. 25-26.

¹³ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

¹⁴ Se Skoghøy (2018) s. 81 for en nærmere redegjørelse av rettskildevekten til ikke-vedtatte lovforslag.

¹⁵ Lov av 21.mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁶ Se Skoghøy (2018) s. 120 flg. for en nærmere beskrivelse av EMDs autoritative kompetanse til å tolke og utvikle EMK.

1.4 Den videre fremstillingen

Innsynsrettens rettslige utgangspunkt og bærende hensyn, innholdet i mistenktes rett til innsyn og hva som er gjenstand for innsyn etter EMK artikkel 6 og straffeprosessloven § 242 første ledd drøftes i avhandlingens kapittel 2. I kapittel 3 vil jeg redegjøre for påtalemyndighetens adgang til å begrense mistenkte dokumentinnsyn begrunnet i etterforskningshensyn. Videre i kapittel 4 ses det nærmere på de tilfeller hvor forsvarer gis innsyn i sakens dokumenter med pålegg om taushetsplikt overfor sin klient. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 fremsette noen avsluttende og rettspolitiske refleksjoner.

2 Generelt om mistenktes rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet

2.1 Rettslig plassering og kort om straffeprosessuell etterforskning

Straffeprosessretten er de regler som gjelder ved etterforskningen og irettføringen av straffesaker. Et av de primære formålene til straffeprosessen er å avdekke kriminelle handlinger slik at det kan reageres strafferettslig mot gjerningspersonen.¹⁷ Regelsettet inneholder blant annet regler om mistenktes rettigheter og påtalemyndighetens rettslige kompetanse på etterforskningsstadiet.¹⁸

I henhold til straffeprosessloven § 224 første ledd foretas etterforskning når det er «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige». Straffeprosessuell etterforskning forfølges og ledes av den offentlige påtalemyndighet, jf. straffeprosessloven § 62a, jf § 225. Påtalemyndigheten gis myndighet til å treffe beslutning om hvordan saken skal etterforskes og hvilke tvangsmidler som skal benyttes.

Etterforskningen utføres av politiet, mens påtalemyndigheten har ansvaret for at etterforskningen skjer i henhold til loven.¹⁹

Formålet med påtalemyndighetens etterforskning er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale, herunder om de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt.²⁰ Påtalemyndighetens interesse, og derfor også det offentliges, er i så måte at skyldige dømmes og at uskyldige frifinnes. Dersom siktemålet for påtalemyndighetens oppgave er å avklare om et straffbart forhold finner eller har funnet sted, og i tilfelle hvor, når og hvem som er ansvarlig, er virksomheten å anse som straffeprosessuell etterforskning.²¹

¹⁷ Lov av 4.august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven) § 2 nr. 3 og NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov s. 119

¹⁸ Se straffeprosessloven § 1 og Øyen (2019) s. 25.

¹⁹ Forskrift 28.juni 1985 nr. 1679 om ordning av påtalemyndigheten (påtaleinstruken) § 7-5 første ledd og annet ledd.

²⁰Jf. straffeprosessloven § 226 første ledd bokstav a.

²¹ Jf. RA-1999-3 punkt II nr. 2.

2.2 Hensyn av betydning for innsynsretten

Flere av straffeprosesslovens bestemmelser er utslag av et kompromiss av motstridende grunnprinsipper og hensyn.²² Mistenktes rett til innsyn illustrerer dette; det må foretas en avveining av de hensyn som taler for innsyn og de hensyn som taler mot innsyn. I det neste vil de grunnprinsipper og målsetninger som har betydning for mistenktes innsynsrett belyses.

Straffeprosessloven § 55 annet ledd og § 226 tredje ledd pålegger påtalemyndigheten og politiet en *objektivitetsplikt*, som innebærer at etterforskningen skal forsøke å klarlegge både det som taler for mistenktes straffeskyld og det som taler mot. Ved lovfesting av objektivitetsplikten ble det særlig vist til innsynsretten. Det ble fremhevet at «ved vurderingen av materialets betydning for saken, skal påtalemyndigheten ha for øye den objektivitetsplikt som følger av straffeprosessloven § 226, og vurdere hvordan opplysningene kan tenkes brukt av forsvarer».²³ Objektivitetsplikten vil derfor ha betydning i vurderingen av hvilke opplysninger som er gjenstand for mistenktes innsyn. Ettersom objektivitetsplikten pålegger politiet og påtalemyndigheten å søke etter bevis som også taler mot mistenktes straffeskyld, kan den også bidra til å veie opp for ulempen en nektelse av innsyn medfører for mistenkte og hans forsvarer.

Straff er tradisjonelt karakterisert som et onde staten påfører en lovovertreder på grunn av en lovovertrødelse, i den hensikt at det skal føles som et onde.²⁴ Straff er det strengeste og mest inngripende virkemiddelet staten tar i bruk mot sine borgere, og av denne grunn stilles det et grunnleggende krav om at de avgjørelser som treffes i straffesaker, *er materielt riktige*.²⁵ For å nå målet om materielt riktige avgjørelser må prosessen være objektiv og treffes på et så godt grunnlag som mulig. Mistenktes innsyn i de opplysninger påtalemyndigheten bygger sine anklager på, kan bidra til en bedre og mer balansert opplysning av saken. Det materielle sannhets prinsipp taler i så måte for at det gis fullt dokumentinnsyn i straffesaken. På den annen side kan sannhetsgrunnsetningen tale mot innsyn i de tilfeller hvor det kan antas at

²² HR-2015-588-U gir uttrykk for at disse prinsippene har betydning for innsynsretten. Se også Magnussen (2006) s. 16-17, Rui (2017) s. 126-132 og Øyen (2019) s. 26-27.

²³ Prop. 147 L (2012-2013) endringer i straffeprosessloven mv. s. 42.

²⁴ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff s. 77.

²⁵ Rt. 1977 s. 1207 og Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38.

innsyn vil skade den videre etterforskningen, eksempelvis ved at mistenkte forspiller viktige bevis.

Mistenktes og øvrige borgeres *tillit* til rettssystemet og påtalemyndighetens avgjørelser er vesentlig for tryggheten til at påtalemyndighetens og politiets myndighetsutøvelse gjennomføres riktig. En forutsetning for at prosessen skal være tillitsskapende for mistenkte er at det gis muligheter for å føre kontroll med påtalemyndighetens etterforskning.²⁶ Manglende innsyn kan gi mistanke om at påtalemyndighetens og politiets arbeidsmetoder ikke gjennomføres etter de skranker som følger av straffeprosessloven. Dette gjelder blant annet bruken av tvangsinngrep og påtalemyndighetens plikt til å opptre objektivt. En forutsetning for at tillit skapes er således at det gis adgang til å føre *kontroll* med påtalemyndighetens etterforskning. Dersom det på etterforskningsstadiet oppdages at påtalemyndigheten har tolket opplysninger feil, kan innsyn gi mistenkte mulighet til å gi en alternativ forklaring som retter opp eventuelle feil eller ufullstendigheter i bevismaterialet. Dette bidrar til at feil ikke forplanter seg videre i prosessen.

På den annen side kan folk flest tillit til at påtalemyndigheten er kompetent til å oppklare og beskytte de mot kriminalitet bli skadelidende dersom mistenktes innsyn bidrar til at viktige bevis destrueres.²⁷

Etter straffeprosessloven § 226 fjerde ledd skal etterforskningen gjennomføres «slik at ingen unødig utettes for mistanke eller ulempe». Bestemmelsen gir uttrykk for prinsippet om at prosessen skal være *hensynsfull*. Hemmelighold av sakens dokumenter i en straffesak setter mistenkte i en posisjon hvor han ikke vet hva anklagen bygger på. En straffesak er en stor påkjenning for den som er anklaget og denne påkjenningen vil øke i den grad man ikke har kunnskap om hva påtalemyndigheten bygger sine anklager på. Dokumentinnsyn vil derfor bidra til at prosessen er hensynsfull overfor mistenkte.

²⁶ Innsyn i offentlig saksbehandling, anses så vidt viktig i norsk rett av hensyn til åpenhet og tillit til offentlig myndighet, at det er gitt lovregulering om meroffentlighet, jf. lov av 19.mai 2006 nr 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) § 11.

²⁷ Ot.prp.nr. 24 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. s.11.

Det norske straffeprosessuelle system bygger på en prosess hvor partene formelt sett er *likestilte*.²⁸ Det er likevel påtalemyndigheten som etterforsker om det har skjedd et straffbart forhold, har omfattende ressurser til å foreta etterforskingsskritt og har myndighet til å ta ut tiltale. Påtalemyndigheten er i så måte premissleverandør for hvordan straffesaken etterforskes og hva som skal etterforskes i saken. Dette gjør at det er vanskelig å tale om en reell likestilling på etterforskningsstadiet. Norsk straffeprosess kan således ikke betegnes som en rendyrket partsprosess.²⁹

Rett til dokumentinnsyn bidrar til å balansere forholdet mellom partene og taler for at mistenkte gis fullt dokumentinnsyn i saken. I motsatt fall, dersom mistenkte ikke gis rettigheter til å påvirke etterforskningen, kan etterforskningen sees på som en inkvisisjonsprosess, hvor mistenkte i realiteten er et undersøkelsesobjekt.³⁰

Kontradiksjon skal gi mistenkte mulighet til å imøtegå påtalemyndighetens anklager.³¹ Retten til kontradiksjon er i de fleste tilfeller knyttet opp mot forsvarets muligheter til å imøtegå de bevis påtalemyndigheten legger frem under hovedforhandling.³² For at muligheten til imøtegåelse av bevis skal være reell og effektiv, forutsetter det at det gis mulighet til å forberede et forsvar, som betinger at mistenkte er informert om anklagen og hva den bygger på.³³ Dette bidrar til sakens opplysning og øker således sannsynligheten for en materielt riktig avgjørelse.³⁴ Aall viser til at det ikke er «reell kontradiksjon uten at siktede er informert om anklagens faktiske og rettslige sider».³⁵ Høyesterett har vist til at mistenktes behov for kontradiksjon er den sentrale begrunnelsen for dokumentinnsyn, da dette gir mulighet for en avkreftelse av mistanken og at det derfor utgjør et tungtveiende hensyn.³⁶ Kontradiksjon på

²⁸ Rt. 2008 s. 378 avsnitt 42 viser at likhetsprinsippet er et moment ved vurderingen av om innsyn kan nektes.

²⁹ Rui (2017) s. 143 med videre henvisninger.

³⁰ Rui (2017) s. 31.

³¹ Høyesterett legger til grunn i HR-2022-955-A i avsnitt 27 at retten til kontradiksjon er et grunnleggende prinsipp etter straffeprosessloven.

³² Se blant annet HR-2022-955-A avsnitt 27.

³³ Magnus Matningsdal, «Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker», *Jussens venner* (2013) Årgang 48, s. 1-115 punkt. 5.1.

³⁴ Magnussen (2006) s. 17.

³⁵ Aall (2018) s. 460.

³⁶ Rt. 2004 s.1308 avsnitt 34.

etterforskningsstadiet kan derfor bidra til å avklare mistenktes rolle på et tidlig stadium dersom han gis mulighet til å imøtegå det opplysningsgrunnlag som påtalemyndigheten bygger anklagen på.

Etter straffeprosessloven § 227 fjerde ledd skal etterforskningen «gjennomføres så raskt som mulig (...)». Bestemmelsen gir uttrykk for at prosessen skal *være prosessøkonomisk og effektiv*. I straffesaker hvor det er omfattende saksdokumenter vil en vurdering av om innsyn skal nektes bli tilsvarende omfattende og tidkrevende. Særlig viktig er hensynet til effektivitet dersom dokumentinnsyn kan skade etterforskningen slik at den strekker unødige ut i tid. På den annen side kan dokumentinnsyn føre til at saken oppklares raskere dersom mistenkte gis mulighet til å imøtegå anklagene og rette opp eventuelle misforståelser og feil anklagen baserer seg på.

2.3 Retten til dokumentinnsyn etter EMK artikkel 6

2.3.1 Innledning

Rett til innsyn etter EMK reguleres av artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav b, jf. nr. 3 bokstav a. Artikkel 6 nr. 1 gir som overordnet retningslinje rett til en rettferdig rettergang. Artikkel 6 nr. 3 bokstav b gir forsvaret krav på «adequate time and facilities» for forberedelsen av sitt forsvar, mens nr. 3 bokstav a gir siktede rett til informasjon om innholdet og grunnen til siktelsen straks etter han er siktet for en straffbar handling.

En forutsetning for å kunne forbedre sitt forsvar er at vedkommende er informert om anklagene mot seg – noe som følger av nr. 3 bokstav a. Bokstav a stiller ingen formkrav til hvordan informasjon skal gis, og gir etter sin ordlyd ingen rett til innsyn i saksdokumentene. I *Nevzlin mot Russland* uttaler EMD at retten til å bli informert etter bokstav a, gir rett til informasjon om den faktiske handling som påstås begått og den rettslige karakteriseringen som knytter seg til de faktiske handlingene.³⁷ Videre presiseres det at bokstav a og b henger sammen og at retten til å bli informert må vurderes i lys av retten til å forberede sitt forsvar.³⁸ Rett til informasjon utover det som følger av nr. 3 bokstav a, må derfor bygge på artikkel 6 nr. 3 bokstav b.

³⁷ *Nevzlin mot Russland* (J) no. 26679/08 (2022) avsnitt 136.

³⁸ *Nevzlin mot Russland*, avsnitt 137.

Av artikkel 6 nr. 3 bokstav b kan det ikke utledes at mistenkte har rett til innsyn i saken på etterforskningsstadiet eller omfanget av en eventuell innsynsrett. Ettersom forberedelse av et forsvar forutsetter kjennskap til anklagene og at det gis mulighet til å imøtegå det opplysningsgrunnlag påtalemyndigheten baserer anklagene på, har EMD i flere avgjørelser fremholdt at siktede og hans forsvarer, på visse kriterier, har rett på tilgang til sakens dokumenter («access to case file») og at påtalemyndigheten har plikt til å innta relevant bevismateriale i saksmappen (disclosure of evidence).³⁹

EMK artikkel 6 nr. 3 a-e er etter ordlyden «minimum rights». Rent språklig taler «minimum rights» for at det er rettigheter som må være oppfylt for at den overordnede retningslinjen til en rettferdig rettergang skal være iaktatt. Det oppstår da spørsmål om man skal vurdere spørsmålet om innsyn etter retten til en rettferdig rettergang eller minsterettighetene etter nr. 3 bokstav b, jf. bokstav a.

Ved vurderingen av om rettergangen har vært rettferdig foretar EMD en totalbedømmelse av prosessen sett under ett.⁴⁰ Dette innebærer både påtalemyndighetens og domstolens befatning med saken. Feil som er foretatt av førsteinstansen, kan derfor rettes opp av andreinstansen uten at det medfører at det foreligger krenkelse av konvensjonen. Manglende eller utilstrekkelig dokumentinnsyn kan derfor rettes opp av domstolen, ved at saken for eksempel utsettes slik at forsvaret gis tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede forsvaret eller at påtalemyndigheten blir pålagt å gi forsvaret innsyn i et dokument som er unntatt fra innsyn.

Ettersom vurderingen av om rettergangen har vært rettferdig vurderes under ett, har EMD lagt til grunn at minsterettighetene utgjør aspekter ved retten til en rettferdig rettergang. I *Kikabidze mot Georgia*, som direkte omhandler retten til innsyn, uttales det at

«As the requirements of Article 6 § 3 are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1, the Court will examine each of these complaints under those two provisions taken together.»⁴¹

³⁹ Se punkt 2.3.3

⁴⁰ *Edwards mot Storbritannia* (J), no. 13071/87 (1992) avsnitt 34.

⁴¹ *Kikabidze mot Georgia* (J) no. 57642/12 (2021) avsnitt 39. Se også *Schatschaschwili mot Tyskland* (GC) no. 9154/10 (2015) avsnitt 100 og *Idalov mot Russland* (GC) no- 5826/03 (2012) avsnitt 169.

Anførsler om brudd på minsterettighetene, herunder manglende innsyn i saken, vurderes etter kravet til «adequate time and facilities» og etter det overordnede kravet til en rettførdig rettergang. En slik tilnærming til spørsmålet om siktedes rettergang har vært rettførdig medfører at selv om en av minsterettighetene er brutt, kan det likevel være at prosessen som helhet anses som rettførdig og at det derfor ikke foreligger krenkelse. Det kan også medføre at selv om ingen av minsterettighetene er krenket, kan det likevel være omstendigheter i prosessen som kumulert sett medfører at rettergangen ikke vurderes som rettførdig.⁴²

Det vil i det følgende redegjøres for hvem som har rett på innsyn etter EMK artikkel 6 og hvilken rett til innsyn kravet til «adequate time and facilities» gir.

2.3.2 Hvem har rett på innsyn etter EMK artikkel 6?

Rettighetene som er vernet av EMK artikkel 6 utløses «in the determination of (...) any criminal charge against him». Det er ikke tvilsomt at tradisjonelle straffesaker omfattes av «criminal».⁴³ EMD har tolket bestemmelsens straffebegrep vidt slik at også andre saker som ikke er tradisjonelle straffesaker etter nærmere kriterier vil omfattes av rettighetsvernet.⁴⁴ Dette medfører at siktede i saker som EMK anerkjenner som straff, men som ikke anerkjennes som straff etter norsk rett, likevel vil ha rett på innsyn i tråd med EMK. Den nærmere avgrensningen av hvilke saker EMD anerkjenner som straff vil ikke bli behandlet videre.

Vedkommende må videre være «charged» for å være vernet av EMK artikkel 6. I *Eckle mot Tyskland* definerte EMD tidspunktet for når noen er «charged» som «the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence».⁴⁵ Etter dette utgangspunkt vil en formell siktelse gi vedkommende status som «charged» og derfor vern etter EMK artikkel 6. EMD har imidlertid presisert at

⁴² Se *Barberà, Messegué og Jabrado mot Spania* (P) no. 10588/83; 10589/83; 10590/83 (1994) avsnitt 89, jf. avsnitt 67-68. Det var ingen forhold alene som medførte krenkelse av minsterettighetene. EMD kom likevel til at forholdene samlet sett medførte at det forelå krenkelse.

⁴³ Aall (2018) s. 429 og Rui (2017) s. 77.

⁴⁴ *Engel og flere mot Nederland* (P) no. 5100/71; 5012/71; 5354/72; 5370/72 (1979).

⁴⁵ *Eckle mot Tyskland* (J) no.8130/78 (1982) avsnitt 73.

«in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise *substantially affect* the situation of the suspect» (min kursivering).⁴⁶

Det avgjørende for om rettighetene kommer til anvendelse er derfor om vedkommende er «substantially affected» som følge av straffeprosessuell etterforskning mot han. En vil normalt være «substantially affected» ved meddelelse, pågrep eller annen type tvangsmiddelbruk.⁴⁷ Det er derfor ikke å være avgjørende om myndighetene betrakter vedkommende som siktet eller ei.

Idet flere av minsterettighetene som følger av EMK artikkel 6 i noen grad forutsettes oppfylt før rettergangen, oppstår spørsmålet når rettighetsvernet inntreier utover de tilfeller hvor man kan konkludere med at vedkommende er «substantially affected». Aall viser til at man ved tolkningen av «charged» må se hen til graden av behovet vedkommende har for at en eller flere av artikkel 6-rettighetene utløses.⁴⁸ I *Imbrioscia mot Sveits* uttalte EMD i avsnitt 36 at «(...)it does not follow that the Article (art.6) has no application to pre-trial proceedings.” Og videre at «[o]ther requirement for Article (art.6) – especially of paragraph 3 (art. 6-3) – may also be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them (...)»⁴⁹ I *Bjarki H. Diego mot Island* var spørsmålet om klager kunne anses som «charged» da påtalemyndigheten på Island hadde avhørt ham som vitne, men allerede før avhøret hadde foretatt kommunikasjonskontroll på vedkommende telefon.⁵⁰ I avsnitt 47 konkluderer EMD med at:

«That is sufficient for the Court to conclude that the applicant was at that time affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him, and that therefore a “criminal charge” against him existed for the purposes of Article 6.”

Etter dette er det avgjørende for hvem som har rett på innsyn at vedkommende er berørt av handlinger utført av myndighetene som ledd i etterforskningen som følge av mistanke mot

⁴⁶ *Foti og andre mot Italia* (J) no. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77 (1982) avsnitt 52.

⁴⁷ *Rui* (2017) s. 78 og *Aall* (2018) s. 439.

⁴⁸ *Aall* (2018) s. 439.

⁴⁹ *Imbrioscia mot Sveits* (J) no.13972/88 (1993) avsnitt 36.

⁵⁰ *Bjarki H. Diego mot Island* (J) no. 30965/17 (2022) avsnitt 47.

han. I forlengelsen av dette må det tas i betraktning graden av behovet vedkommende har for innsyn og om manglende innsyn kan medføre at det kan forplante seg feil videre i rettergangen som kan ha som konsekvens at det kan oppstå krenkelse.

Dersom siktede har forsvarer, vil forsvarers rett til innsyn være utledet av den rett siktede har. På bakgrunn av dette har EMD lagt til grunn at det vil være tilstrekkelig for å oppfylle konvensjonsvernet at bare forsvarer gis innsyn i dokumentene. Dersom siktede ikke har forsvarer har han derimot rett på innsyn.⁵¹

EMK artikkel 6 gir ikke en automatisk rett til innsyn i det øyeblikket vedkommende er «charged». EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav b legger i stor grad opp til en vurdering av om forsvaret har fått tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede seg til hovedforhandling, og at dette forutsetter innsyn i saken forut for hovedforhandling. Hva som er tilstrekkelig tid til forberedelse av forsvaret er nødvendigvis ikke sammenfallende med det øyeblikk en har status som siktet. I så måte vil ikke vurderingen av om vedkommende er «charged» være avgjørende for om han har en rett til innsyn i saken, men det er et vilkår for at det skal foreligge grunnlag for å vurdere om innsynsretten er inntruffet.

2.3.3 Når inntreffer innsynsretten og hvilken rett til innsyn gir kravet til «adequate time and facilities»?

Artikkel 6 nr. 3 bokstav b gir rett til tilstrekkelig tid og mulighet til forberedelsen av et forsvar frem til hovedforhandling. Ordlyden gir ikke veiledning på hva som er tilstrekkelig tid. Hvor mye tid som er nødvendig for forberedelse av et forsvar vil i stor grad avhenge av omfanget og kompleksiteten i den enkelte sak. I *Kikabidze mot Georgia* vises det til at ved vurderingen av om forsvaret har fått tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar må det tas særlig hensyn til saksbehandlingens art, sakens kompleksitet og saksstadiet.⁵² I saker hvor bevismaterialet er omfattende vil det naturligvis kreves mer tid for å forberede et forsvar enn i saker hvor bevismaterialet har et snevrere omfang.

«Time and facilities» er videre knyttet til hverandre og dels vanskelig å skille. Det hjelper ikke forsvaret at det har gått lang tid fra siktelsen til hovedforhandling dersom innsyn i saksmappen gis få dager før hovedforhandling. Vurderingen av hva som er tilstrekkelig tid

⁵¹ *Foucher mot Frankrike* (J) no. 22209/93 (1997) avsnitt 35.

⁵² *Kikabidze mot Georgia*, avsnitt 43.

blir med andre ord avgjørende for når det kan kreves innsyn i saken – utover den informasjon man har krav på «straks» etter bokstav a. I *Kikabidze mot Georgia* presiserer domstolen at spørsmålet om det er gitt tilstrekkelig tid og muligheter til forberedelsen av et forsvar må vurderes i lys av omstendighetene i hver enkelt sak.⁵³

Kravet til «adequate facilities» er i EMDs praksis tolket som et krav om «access to case file», som er innsyn i saksmappen.⁵⁴ I *Kikabidze mot Georgia* oppsummerer EMD retten til innsyn slik:

«The right to a fair trial also implies the right to access to the case file. The Court has already found that unrestricted access to the case file and unrestricted use of any notes, including, if necessary, the possibility of obtaining copies of relevant document, are important guarantees of a fair trial. The failure to afford such access has weighed, in the Court's assessment, in favour of the finding that the principle of equality of arms has been breached (...)».⁵⁵

Dommen understreker at «access to case file» innebærer at siktede gis en ubegrenset rett til innsyn i saksmappene. Innsynsretten blir derimot begrenset av den informasjon som fremgår av saksmappen. Ettersom retten til innsyn etter EMK artikkel 6 er begrenset til de opplysninger som fremgår av saksmappen, har EMD oppstilt en plikt for påtalemyndigheten til å innta bevismateriale i saksmappen som forsvaret har rett på innsyn i. EMD betegner det som påtalemyndighetens plikt til «disclosure of evidence». I *Edwards mot Storbritannia* uttaler domstolen at:

”The court considers that it is a requirement of the fairness under paragraph 1 of Article 6 (...), that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused and that the failure to do so in the present case gave rise to a defect in the trial proceedings.”⁵⁶

⁵³ *Kikabidze mot Georgia*, avsnitt 44.

⁵⁴ Jf blant annet *Foucher mot Frankrike*, avsnitt 32, *Öcalan mot Trykia* (GC) no. 46221/99 (2005) og *Kikabidze mot Georgia*, avsnitt 42.

⁵⁵ *Kikabidze mot Georgia*, avsnitt 42.

⁵⁶ *Edwards mot Storbritannia*, avsnitt 36.

I vurderingen av hvilket materiale siktede har rett på å gjøre seg kjent med og derfor også hvilke materiale påtalemyndigheten har plikt til å innta i saksmappen, har EMD utpenslet to prinsipper som danner grunnlaget for vurderingen; prinsippene om «adversarial proceedings» og «equality of arms».⁵⁷

I *Brandstetter mot Østerrike* uttaler EMD at kontradiksjonsprinsippet innebærer at:

«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».⁵⁸

Uttalelsen viser at kontradiksjonsprinsippet får betydning i de tilfeller hvor påtalemyndigheten legger frem bevis i retten som forsvaret ikke har hatt innsyn i før rettsmøtet. For å ha muligheten til å imøtegå den annen parts syn på bevismaterialet, forutsetter dette kjennskap til det bevismaterialet som det bygges på, og denne kjennskapen må komme før det legges frem i retten. I den nevnte dom fra EMD hadde ikke forsvaret fått innsyn i et viktig bevis som påtalemyndigheten la frem i retten. EMD viste til at dette var et brudd på det kontradiktoriske prinsipp og således en krenkelse av EMK artikkel 6. Manglende innsyn i opplysninger som påtalemyndigheten legger frem i retten vil derfor innebære en krenkelse av EMK artikkel 6. Det vil derimot ikke foreligge konvensjonskrenkelse dersom det er tale om en opplysning som ikke er av betydning for skyldspørsmålet som kan imøtegåes uten forberedelse. I et slikt tilfelle vil ikke kontradiksjonsprinsippet være krenket.

EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d gir videre forsvaret rett til å krysseksaminere vitner som forklarer seg under hovedforhandling. I de tilfeller hvor vitnet har avgitt forklaring til politiet, men nekter å forklare seg under hovedforhandling eller ikke møter til hovedforhandling, oppstår det spørsmål om vitneforklaringen kan leses opp selv om dette innebærer at forsvarets rett til umiddelbar krysseksaminasjon utgår. EMD har utledet en tretrinns test for vurderingen av om den tidligere forklaringen kan leses opp.⁵⁹ Vurderingen bygger blant annet på om forsvaret er gitt kompenserende tiltak som gjør opp for den ulempen forsvaret får ved at retten til umiddelbar krysseksaminasjon utgår. Dersom forsvaret ved en tidligere anledning er gitt

⁵⁸ *Brandstetter mot Østerrike* (J) no. 11170/84; 12876/87; 13468/87 (1991) avsnitt 67.

⁵⁹ *Al-khawaja og Tahery mot Storbritannia* (GC) no. 26766/05; 22228/06 (2011).

innsyn i vitnets forklaring og mulighet til å stille vitnet spørsmål om forklaringen, kan det under omstendighetene være et kompenserende tiltak som medfører at retten til krysseksaminasjon ikke krenkes selv om vitneforklaringen leses opp under hovedforhandling. I så måte er retten til innsyn en forutsetning for at retten til krysseksaminasjon er iaktatt i de tilfeller hvor vitnet ikke forklarer seg umiddelbart for domstolen. Innsyn bidrar her til at viktige bevis ikke nektes ført, noe som også er tjenlig for påtalemyndigheten dersom forklaringen ønskes fremlagt. Dette innebærer at fravær av umiddelbar bevisførsel under hovedforhandling, kan påvirke tidspunktet for når innsynsretten inntreffer. Det kan følgelig være vanskelig for påtalemyndigheten å vite om vitnet møter eller ikke, og bør derfor gi innsyn i eventuelle vitneforklaringer i tilstrekkelig tid forut hovedforhandling slik at forsvaret gis anledning til å krysseksaminere vitnet.

Prinsippet om «equality of arms» bygger på at forsvaret ikke må bli stilt dårligere enn påtalemyndigheten, og skal bidra til en jevnere balanse mellom partene. I *Kress mot Frankrike* fremhever EMD betydningen av prinsippet slik:

“The Court reiterates that the principle of equality of arms – one of the elements of the broader concept of a fair trial – requires each party to be given a reasonable time to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent.”⁶⁰

For at partene skal gis anledning til å føre saken på like betingelser forutsetter dette at partene har tilgang til de samme opplysningene forut for hovedforhandling. Praksis fra EMD viser at prinsippet kan være krenket dersom forsvaret har hatt manglende eller begrenset innsyn i saksmappen.⁶¹ Hvorvidt det foreligger krenkelse beror i stor grad på om vilkårene for unntak etter EMDs praksis er oppfylt.⁶²

Ubegrenset rett til innsyn i all informasjon som er fremkommet under etterforskningen vil bidra til at begge parter har tilgang til den samme informasjon, og derfor også er likestilte. Kontradiksjonsprinsippet gir derimot rett til å kunne imøtegå de bevis som fremlegges av den

⁶⁰ *Kress mot Frankrike* (GC) no. 39594/98 (2001) avsnitt 72.

⁶¹ Se uttalelsen fra *Kikabidze mot Georgia* ovenfor

⁶² Se nedenfor i punkt 3.2

annen part. Samlet sett tilsier prinsippene at det skal gis innsyn i informasjon som kan anvendes som bevis for siktedes skyld eller uskyld.

EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav b taler om «adequate facilities», som trekker i retning av omfanget av retten til innsyn i saksmappen begrenses ut fra hva som er tilstrekkelig innsyn til å forberede forsvaret i den konkrete sak. Som vist til ovenfor, uttalte EMD i *Edwards mot Storbritannia*, at påtalemyndighetens plikt til å innta informasjon i saksmappen siktede har rett til å gjøre seg kjent med, omfatter «all material evidence for or against the accused»⁶³. I *Rowe og Davis mot Storbritannia* viste domstolen til den nevnte uttalelsen i *Edwards mot Storbritannia*, og fremholdt at «the entitlement to disclosure of *relevant evidence* it not an absolute right” (min kursivering).⁶⁴ Leser man uttalelsene samlet, taler det for at “all material evidence» må forstås som relevant bevismateriale.⁶⁵ Etter dette har siktede og hans forsvarer rett på innsyn i all relevant bevismateriale.

Relevant bevismateriale vil være de bevis som kan anvendes for å bevise siktedes skyld eller uskyld. Det er derfor uten betydning for siktedes innsynsrett om beviset legges frem i retten som bevis av påtalemyndigheten. Et slikt innsynsregime ville medført at påtalemyndigheten kunne unnlatt å legge frem relevant bevismateriale i retten som kunne svekke siktedes skyld. Rett til innsyn i relevant bevismateriale viser også at ikke enhver tilbakeholdelse av informasjon er konvensjonsstridig, og at siktede ikke har rett på innsyn i all informasjon som fremkommer under etterforskningen. Det er på det rene at informasjon som hverken kan tale for eller mot siktedes skyld vil falle utenfor siktedes rett til innsyn. For eksempel vil ikke påtalemyndigheten være forpliktet til å innta interne notater, taktiske vurderinger og lignende, da det ikke kan anvendes som bevismateriale.

EMD har videre presisert at relevant bevismateriale inkluderer rett til å gjøre seg kjent med de opplysninger som stammer fra undersøkelser påtalemyndigheten har igangsatt under etterforskningen. I *Galstyan mot Armenia* ble det uttalt at:

⁶³ *Edwards mot Storbritannia*, avsnitt 36.

⁶⁴ *Rowe og Davis mot Storbritannia* (GC) no. 28901/95 (2000) avsnitt 61.

⁶⁵ Rui (2017) s. 89 hvor det konkluderes med det samme.

«the facilities which everyone charged with a criminal offence should enjoy include the opportunity to acquaint himself for the purposes of preparing his defence with the result of investigation carried out throughout the proceedings.»⁶⁶

Selv om det ikke følger direkte av uttalelsen, kan dette indikere at siktede har rett til å gjøre seg kjent med resultatet av en etterforskningsundersøkelse selv om det ikke ga noe konkret resultat. En etterforskning som ikke gir resultat som taler for siktedes skyld vil være relevant bevismateriale som kan tenkes brukt av forsvarer for å belyse at det foreligger tvil om siktedes skyld.

Vurderingen av hva som er relevant bevismateriale foretas av påtalemyndigheten som deretter innlemmer det de anser som relevant i saksmappen som siktede gis innsyn i. Et system hvor påtalemyndigheten er premissleverandør for hva som er relevant bevismateriale og derfor hva siktede har rett til å gjøre seg kjent med, kan være problematisk sett fra et likhetsperspektiv. Bevismateriale som påtalemyndigheten betrakter som irrelevant kan fra forsvarers side tolkes som relevant. På bakgrunn av dette har EMD uttalt at siktede må gis mulighet til å få prøvd påtalemyndighetens relevansvurdering for en domstol. I *Natunen mot Finland* fremgår det at:

«The court reiterates that the requirements of Article 6 presuppose that having given specific reasons for the request for disclosure of certain evidence which could enable the access to exonerate himself, he should be entitled to have the validity of those reasons examined by a court.»⁶⁷

For at en domstol skal være forpliktet til å overprøve påtalemyndighetens relevansvurdering må siktede fremsette en begjæring som spesifikt konkretiserer hvilke materiale som kreves fremlagt og hvorfor dette beviset kan bidra til å frifinne han. Kravet til begjæring og konkretisering bidrar til en effektiv og kostnadsbesparende overprøvelse for domstolen, samtidig som det gir siktede mulighet til å få prøvd påtalemyndighetens relevansvurdering i de tilfeller hvor det anføres at et viktig bevis er utelatt fra saksmappen. Øvrig materiale i saken som ikke er vurdert som relevant av påtalemyndigheten og som ikke er egnet til å bevise siktedes uskyld, vil domstolene ikke ha plikt til å overprøve. Ordningen kan sies å

⁶⁶ *Galstyan mot Armenia* (J) no. 26986/03 (2007) avsnitt 84.

⁶⁷ *Natunen mot Finland* (J) no. 21022/04 (2009) avsnitt 46.

være et kompromiss av likhetsprinsippet, kontrollhensyn, effektivitet, prosessøkonomi og tillit til påtalemyndighetens relevansvurderinger er riktig.

For at en domstol skal kunne overprøve påtalemyndighetens relevansvurdering av materiale som ikke er en del av saksmappen, forutsetter det at påtalemyndigheten lagrer opplysninger fra etterforskningen som de har vurdert som irrelevant bevismateriale. I *Natunen mot Finland* var spørsmålet om retten til en rettferdig rettergang var krenket når påtalemyndigheten alene besluttet å destruere overskuddsmateriale fra en kommunikasjonskontroll. Klageren hevdet at deler av en telefonsamtale som påtalemyndigheten anså som irrelevant, kunne bevise hans uskyld og krevde således innsyn i dette. Påtalemyndigheten hadde imidlertid slettet den delen av materialet slik at det ikke var mulig for klageren å få prøvd for en domstol hvorvidt materiale var egnet til å bevise hans uskyld. Finland hevdet at materialet var irrelevant for klagerens sak og siktedes rettssikkerhet var ivaretatt ved at påtalemyndigheten var underlagt en objektivitetsplikt. EMD kom til at det forelå krenkelse av retten til rettferdig rettergang, og uttalte blant annet at:

«Even though the police and the prosecutor were obliged by law to take into consideration both the facts for and against the suspect, a procedure whereby the investigation authority itself, even when co-operating with the prosecution, attempt to assess what may or may not be relevant to the case, cannot comply with the requirements of Article 6 § 1. (...) In this case, the destruction of certain material obtained through telephone surveillance made it impossible for the defence to verify its assumptions as to its relevance and to prove their correctness before the trial courts.»⁶⁸

EMD er klar i sin uttalelse om at påtalemyndigheten ikke alene kan bestemme hva som er relevant bevismateriale og deretter destruere det materiale de mener er irrelevant. Uttalelsen er tett knyttet opp mot siktedes rett til å begjære domstolsprøvelse av påtalemyndighetens relevansvurdering hva gjelder materiale siktede mener kan bidra til å frifinne han. Uttalelsen kan derfor ikke tolkes slik at påtalemyndigheten er avskåret fra å foreta en vurdering av hvilket materiale som er relevant bevismateriale i saken på generell basis. Hovedbegrunnelsen for at påtalemyndigheten ikke kan slette materiale de mener er irrelevant ser ut til å være at

⁶⁸ *Natunen mot Finland*, avsnitt 47.

siktede ikke skal frarøves muligheten for domstolskontroll av materiale han mener kan bevise hans uskyld. Dersom materialet slettes vil overprøvingsmuligheten være illusorisk.

Selv om påtalemyndigheten var underlagt en objektivitetsplikt, kunne det ikke begrunne at siktedes rettssikkerhet var tilstrekkelig ivaretatt slik at han ikke skulle gis mulighet til å få overprøvd påtalemyndighetens relevansvurdering for en domstol. En overprøvelse av påtalemyndighetens relevansvurdering vil jo være en vurdering av hvorvidt påtalemyndigheten har opptrådt objektiv i vurderingen av hva som er relevant bevismateriale. Domstolens overprøvelse av påtalemyndighetens relevansvurdering skal bidra til å balansere det faktum at det er påtalemyndigheten som er premissleverandør for hva siktede gis innsyn i og er således en viktig rettssikkerhetsgaranti.

Rui tolker uttalelsen slik at «isolert sett vil denne uttalelsen innebære at en prosedyre hvoretter politi og påtalemyndighet avgjør hva som er relevant bevismateriale i saken, er i strid med retten til en rettferdig rettergang. Dermed vil heller ikke påtalemyndigheten ha diskresjonær myndighet med hensyn til å vurdere hvilke opplysninger som er relevant, eller som skal være en del av etterforskningsdokumentene som omfattes av fremleggelsesplikten» og videre at «et generelt krav om domstolsprøvelse av relevansvurderingen vil medføre at påtalemyndigheten, for å være på den sikre side, må fremlegge alt ubenyttet materiale for domstolen. Dersom det skal utledes et generelt konvensjonskrav om domstolskontroll av påtalemyndighetens relevansvurdering, vil dette innebære et brudd med strafferettspleiens tradisjonelle innretning i de land som bygger på straffeprosessordningen med en objektiv påtalemyndighet som taler både for og mot siktedes sak. Et slik konvensjonskrav vil medføre at dommerne i realiteten overtar påtalemyndighetens rolle.»⁶⁹

Jeg er enig i at dersom man leser avsnittet isolert fra resten av dommen, kan den tolkes dithen at påtalemyndigheten ikke kan foreta relevansvurderingen uten å fremlegge den for en domstol. Derimot er det vanskelig å foreta en slik slutning av uttalelsen dersom den leses i sammenheng med avsnittet ovenfor, som omhandler siktedes rett til å begjære domstolskontroll av materiale som kan bidra til å bevise hans uskyld. Selv om påtalemyndigheten er underlagt en objektivitetsplikt kan det likevel tenkes at påtalemyndigheten vil ha et annet syn på hva som er relevant bevismateriale enn siktede og forsvarer. Et eksempel er i saker hvor etterforskningen er lagt opp bredt, men hvor tiltalen

⁶⁹ Rui (2017) s. 100.

bare berører en brøkdel av siktelsen. Da vil påtalemyndigheten kunne vurdere den delen av etterforskningen som ikke er omhandlet i tiltalen som irrelevant bevismateriale. Forsvarer vil kunne hevde at det faktisk at man ikke har funnet grunnlag for å ta ut tiltale for hele siktelsen kan være relevant for å frifinne siktede.

Muligheten til å begjære domstolskontroll av relevansvurderingen må derfor ses på som en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor siktede kan konkretisere hvorfor det finnes bevis som kan bevise hans uskyld. Det er vanskelig å se at begjæring av domstolskontroll kommer på spissen i et flertall av saker, men viktigheten av å ha en overprøvingsmulighet i behold i slike tilfeller kan være påtrengende der spørsmålet oppstår. Det er i disse tilfellene at objektivitetsplikten ikke kan begrunne en sletting av materiale påtalemyndigheten mener er irrelevant for saken. Det er vanskelig å se at et slikt system kan skape en maktforskyvning fra påtalemyndigheten til domstolen. Påtalemyndigheten må derimot, for å være på den sikre siden, ikke slette materiale de mener er irrelevant i tilfelle siktede ønsker en overprøving. Det er videre vanskelig å se hvilken legitim interesse påtalemyndigheten vil ha i å slette saksopplysninger i en sak som ikke er rettskraftig avgjort.

Praksis fra EMD underbygger denne tolkningen, da de i flere avgjørelser har lagt til grunn at det er påtalemyndigheten som foretar vurderingen av hva som er relevant bevismateriale og innlemmer dette i saksmappen som siktede har rett til å gjøre seg kjent med.⁷⁰

Det kan etter dette konkluderes med at retten til innsyn etter EMK artikkel 6 inntreffer når det er nødvendig for å sikre at forsvaret gis tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede sitt forsvar, hvor det må foretas en konkret vurdering av omstendighetene i hver enkelt sak. Kravet til «adequate time and facilities» gir videre rett til innsyn i saksmappen, og pålegger påtalemyndigheten en plikt til å innta all relevant bevismateriale i saksmappen. Siktede har på sin side mulighet til å begjære domstolsprøvelse av påtalemyndighetens relevansvurdering i de tilfeller hvor det kan konkretiseres at det foreligger bevis som kan bidra til å bevise hans uskyld.

⁷⁰ Dersom det ikke var opp til påtalemyndigheten å foreta relevansvurderingen ville det heller ikke vært tale om påtalemyndighetens plikt til «disclosure of evidence».

2.4 Retten til dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242

2.4.1 Innledning

Straffeprosessloven § 242 første ledd gir mistenkte og hans forsvarer på begjæring rett til innsyn i sakens dokumenter. Dette utløser et spørsmål om hvem som anses som mistenkt og fra hvilket tidspunkt innsynsretten inntreffer. Hva som inngår i sakens dokumenter er bestemmende for hva mistenkte og hans forsvarer har rett på innsyn i. Det vil i det følgende redegjøres for når innsynsretten inntreffer og hva som inngår i sakens dokumenter.

2.4.2 Når inntreffer innsynsretten?

Straffeprosessloven § 242 bestemmer at «mistenkte» har rett på innsyn i sakens dokumenter på etterforskningsstadiet. Det avgjørende for når innsynsretten inntreffer er derfor når vedkommende har status som mistenkt i straffesaken. Straffeprosessloven definerer ikke når status som mistenkt inntreffer. Rettspraksis og lovens forarbeider inneholder heller ingen definisjon. Løsningen må derfor bygge på juridisk teori og reelle hensyn.

Dersom påtalemyndigheten betrakter en person som mistenkt, vil han automatisk få status som mistenkt.⁷¹ Påtalemyndighetens betraktning om en person er å anse som mistenkt er imidlertid ikke avgjørende.⁷²

Rent språklig taler «mistenkt» for en person påtalemyndigheten anser for mulig gjerningsperson i en straffesak. Etter straffeprosessloven § 82 inntreffer status som mistenkt før status som siktet, jf. «den mistenkte får status som siktet når (...)». Straffeprosessloven anerkjenner således at det ikke er et vilkår at det er besluttet bruk av tvangsmidler for at status som mistenkt skal inntre. Etterforskning foretas når det «er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige», jf. straffeprosessloven § 224 første ledd. Bestemmelsen kan tas til inntekt for at mistenkte er den personen påtalemyndigheten anser som mulig gjerningsperson i undersøkelsen av om det foreligger et straffbart forhold.

⁷¹ Øyen (2019) s. 99.

⁷² Det er sikker rett at en person også kan være mistenkt, selv om påtalemyndigheten ikke betrakter vedkommende som det.

En definisjon av mistenktebegrepet er foreslått lovfestet av straffeprosesslovutvalget med følgende ordlyd: «Mistenkte er den forfølgningen retter seg mot».⁷³ En slik forståelse aktualiserer en vurdering av hvem påtalemyndigheten anser som mulig gjerningsperson av en straffbar handling. Dersom påtalemyndighetens siktemål er å avklare hvorvidt en person har overtrådt et straffebed vil etterforskningen rette seg mot personen og derfor gi han status som mistenkt.

Det kan tenkes tilfeller hvor påtalemyndigheten i den innledende delen av etterforskningen kan være i tvil om personen er vitne i saken eller om personen er mistenkt. Øyen viser til at dersom det er tvil om vedkommende er mistenkt, må det ved vurdering ses hen til de hensyn som begrunner den aktuelle rettigheten.⁷⁴ Den sentrale begrunnelsen for mistenktes rett til dokumentinnsyn er kontradiksjon, herunder muligheten for en avkreftelse av mistanken mot seg.⁷⁵ Vurderingstema blir derfor om vedkommende er i en slik situasjon at han har behov for å avkrefte en mistanke. Dette tilsier at dersom påtalemyndighetens etterforskning ikke holder det for usannsynlig at vedkommende er mulig gjerningsperson, bør innsyn gis slik at vedkommendes status i saken kan avklares raskt

Systembetragtninger, formålsbetragtninger, juridisk teori og straffeprosesslovutvalgets konklusjon taler for at retten til innsyn inntreffer for den etterforskningen retter seg mot. Det legges til grunn at gjeldene rett er å forstå slik at innsynsretten inntreffer når etterforskningen retter seg mot en bestemt person.

Rett til dokumentinnsyn etter EMK artikkel 6 inntreffer når vedkommende er berørt av handlinger utført av myndighetene som ledd i etterforskningen som følge av mistanke mot han.⁷⁶ Etter norsk rett vil det gi vedkommende status som siktet, jf. § 82, og derfor også rett til dokumentinnsyn. Innsynsretten etter EMK avhenger imidlertid også av om det er gitt tilstrekkelig tid til å forberede forsvaret. Dette kan medføre at rett til innsyn inntreffer både før eller etter vedkommende har status som siktet. På dette punkt går innsynsretten etter norsk rett lenger enn hva EMK krever og er således i samsvar med EMK. Det kan imidlertid ikke

⁷³ NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov s. 29 § 3-1 første ledd.

⁷⁴ Øyen (2019) s.100.

⁷⁵ Se punkt 2.2.

⁷⁶ Se punkt 2.3.2

utelukkes at en rett til innsyn etter EMK kan inntreffe for mistenkte da innsynsretten avhenger av hva som er tilstrekkelig tid til å forbedre et forsvar.

2.4.3 Hva inngår i «sakens dokumenter»?

Mistenkte og han forsvarer har etter straffeprosessloven § 242 første ledd rett på innsyn i «sakens dokumenter». Hva som inngår i sakens dokumenter er ikke nærmere presisert i lovteksten. Spørsmålet om innsyn skal nektes vil bero på innholdet i hva det eventuelt er aktuelt å gi innsyn i, herunder om innholdet i dokumentet det vurderes å nekte innsyn i kan gi mistenkte mulighet til å skade eller sette etterforskningen i fare, hvilke konsekvenser en slik mulighet gir, samt om innholdet i dokumentene tilsier at innsyn må gis for å ivareta mistenktes straffeprosessuelle rettigheter. Avgrensningen av sakens dokumenter er derfor vesentlig i vurderingen av om innsyn kan nektes. Hvilken informasjon som inngår utgjør også grensene for hva som er gjenstand for forsvarers innsynsrett.

Hvordan «sakens dokumenter» skal tolkes har vært gjenstand for flere prøvelser i Høyesterett. Det er gitt uttalelser både om hvordan dokumentbegrepet skal forstås og hva som utgjør «saken». Det vil i det følgende redegjøres for hva som inngår i «dokument», deretter hva som anses som en del av «saken».

2.4.3.1 Hvordan skal «dokumenter» i straffeprosessloven § 242 tolkes?

Rent språklig utgjør et «dokument» noe fysisk og håndfast hvor informasjon er nedtegnet. Dersom innsynsretten skulle vært betinget av informasjon var nedtegnet i et tradisjonelt dokument ville det medført unødvendig arbeid for påtalemyndigheten og ført til at informasjon som nødvendigvis ikke kan nedtegnes i et dokument ikke var en del av mistenktes og forsvarers innsynsrett. Samfunnsutviklingen taler også mot at denne tolkningen av dokumentbegrepet skal legges til grunn, da det meste av informasjon i dagens samfunn nedtegnes elektronisk.

Dokumentbegrepet er i rettspraksis tolket slik at det også omfatter «kart, fotografier og skisser, lydopptak, film og eventuelle andre realbevis som er innhentet til etterforskningen.»⁷⁷ Høyesterett har uttalt at det ikke er «tvilsomt at elektronisk materiale må likestilles med

⁷⁷ Prop. 147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. s. 27.

tradisjonelle dokumenter». ⁷⁸ Det er etter gjeldene rett derfor ikke tvilsomt at dokumentbegrepet omfatter flere ulike sammenstillinger av informasjon, uten hensyn til hvordan informasjon kommer til uttrykk.

I HR-2017-274-U tok Høyesteretts ankeutvalg stilling til om et lydopptak utgjør et dokument før avhøret er nedtegnet og nedtegnelsen er godkjent. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det ikke var å anse som et dokument slik at mistenkte og forsvarer ikke hadde rett til innsyn før avhøret var nedtegnet. Høyesterett konkluderte med at dette var en uriktig forståelse av straffeprosessloven § 242, og uttalte i avsnitt 17 at «selv om innholdet i opptaket av vitneavhøret nedtegnes – noe som åpenbart er praktisk – er lydopptaket like fullt et dokument i saken. Og dette kan høres uten noen nærmere vedtakelse av vitnet.» Som begrunnelse for konklusjonen viste Høyesterett til at straffeprosessloven § 242 er «en regel som verner om retten til kontradiksjon ved avgjørelsen om bruk av tvangsmidler mot siktede», og at det ikke er tilstrekkelig, slik påtalemyndigheten hadde argumentert for, å lage «korte utdrag som legges inn i saken» etter at det er kommet nye opplysninger som forsvarer ikke er gitt innsyn i. Det ble her vist til at «forsvarer kan ha en annen vurdering av hva som er vesentlig nye opplysninger» enn påtalemyndigheten.

Avgjørelsen kan for det første tas til inntekt for at ubearbeidet råmateriale utgjør et dokument etter straffeprosessloven § 242. For det andre illustrer Høyesteretts uttalelser at det ikke er opp til påtalemyndigheten å bestemme hva som er vesentlig informasjon å meddele forsvarer og mistenkte. Forsvarer har rett på innsyn i hele dokumentet – ikke bare de deler som påtalemyndigheten mener han har behov for.

Straffeprosesslovutvalget har foreslått å endre «sakens dokumenter» til «sakens opplysninger» uten at dette skal ha noen realitetsendring for forståelsen av begrepet. ⁷⁹ «Sakens opplysninger» viser i større grad at det avgjørende for om informasjon inngår, er om den gir opplysning om saken. En slik tolkning kan ikke utledes av dagens dokumentbegrep og er i tråd med den forståelsen av dokumentbegrepet som er lagt til grunn av Høyesterett.

⁷⁸ Rt. 2011 s. 1188 avsnitt 33.

⁷⁹ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 36 og forslaget § 6-1 første ledd.

2.4.3.2 Hva utgjør «saken» i relasjon til straffeprosessloven § 242?

Innsyn i «saken» gir henvisning på at mistenkte har rett på innsyn i den informasjon som er kommet frem i tilknytning til det straffbare forhold som er under etterforskning.

Etter straffeprosessloven § 242 første ledd tredje punktum har forsvarer, og derfor også mistenkte, krav på å få se alle dokumentene som påtalemyndigheten fremlegger i rettsmøte. Forsvarers rett på innsyn i slike dokumenter kan ikke unntas fra forsvarers innsyn selv om innsyn kan medføre skade eller fare for etterforskningen. Dokumenter som fremlegges i rettsmøte vil derfor være en del av «saken».⁸⁰

Utover den informasjon som fremlegges i rettsmøte, knytter tvilen seg til om «saken» skal avgrenses materielt – mistenkte har rett på innsyn i all informasjon om det straffbare forhold, uavhengig av hvilken sak den er kommet frem i, eller prosessuelt – avgrenset til den informasjon som er tilknyttet den konkrete sak.

Spørsmålet ble avgjort av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1435. Saken gjaldt spørsmål om rett til innsyn i kommunikasjonskontrolldokumenter i en annen straffesak enn den sak tiltalen gjaldt, når det var tilknytning mellom sakene. Det var riktignok spørsmål om forståelsen av «sakens dokumenter» i relasjon til straffeprosessloven § 264, som omhandler rett til innsyn på tiltalestadiet. Uttalelsene er likevel generelt utformet til «sakens dokumenter» og er dermed også bestemmende for hvordan saksbegrepet skal avgrenses etter straffeprosessloven § 242.

I avsnitt 37 konkluderer Høyesterett med at «sakens dokumenter» avgrenses til de «dokumenter som er blitt til eller fremkommet under etterforskningen av den sak tiltalen gjelder, slik at innsynsretten i utgangspunktet er begrenset til å gjelde slike dokumenter». Dette innebærer at saksbegrepet ikke omfatter informasjon fra andre straffesaker, selv om sakene har tilknytningspunkter. Det samme ble lagt til grunn i HR-2020-1001-A avsnitt 33. Etter gjeldene rett skal saksbegrepet dermed avgrenses *prosessuelt*.⁸¹

Det neste spørsmålet er hvilke saksopplysninger, innenfor den prosessuelle sak, mistenkte har rett på å gjøre seg kjent med. Det kommer frem både av forarbeidene og av rettspraksis at utgangspunktet for retten til innsyn forutsetter at det dokument det kreves innsyn i, må være

⁸⁰ Dette er også bekreftet av Høyesterett i Rt. 2004 s. 1080 avsnitt 18.

⁸¹ Rettspraksis før Rt. 2007 s. 1435 la til grunn et materielt saksbegrep, se Rt. 2005 s. 1137 avsnitt 31-33.

ført opp på dokumentlisten i saken.⁸² Dokumenter som ikke er ført opp, faller i utgangspunktet utenfor «sakens dokumenter» og dermed det materiale mistenkte har rett til å gjøre seg kjent med. I Rt. 2004 s. 1642 avsnitt 11 uttaler imidlertid Høyesterett at:

«Men mer enn et utgangspunkt er det likevel ikke. Det sier seg selv at bevismateriale av betydning ikke kan holdes utenfor innsynsretten utelukkende ved at det ikke føres i dokumentfortegnelsen»

Uttalelsen kan tas til inntekt for at påtalemyndigheten har en plikt til å føre opp bevismateriale av betydning i dokumentlisten. Dette ble presisert av Høyesterett i Rt. 2011 s. 1188, hvor det i avsnitt 33 ble uttalt at retten til innsyn gjelder all informasjon som er kommet frem under etterforskningen av saken, uavhengig av om de er påberopt som bevis av påtalemyndigheten eller om de inneholder opplysninger som påtalemyndigheten betrakter som uten betydning for avgjørelsen av saken.

Hensynet til den materielle sannhet, kontrollhensyn, og likhetsprinsipp taler også for at all informasjon som er skaffet til veie i forbindelse med etterforskningen mot mistenkte inngår i sakens dokumenter. Påtalemyndigheten kan på sin side betrakte informasjon som uten betydning for saken, mens forsvarer og mistenkte kan ha et annet perspektiv på hvordan opplysningen kan brukes. Samlet sett tilsier dette at påtalemyndigheten har en plikt til å føre opp all informasjon fra etterforskningen i dokumentlisten som er gjenstand for innsyn. Det avgjørende er dermed om informasjon er skaffet til veie under etterforskningen av saken. Er så tilfelle, er det en del av dokumentene som mistenkte har rett til å gjøre seg kjent med.

Denne forståelsen har imidlertid avgrensninger og presiseringer. Selv om utgangspunktet er at påtalemyndigheten ikke selv kan velge hvilke dokumenter som skal tegnes opp på dokumentlisten, har de etter rettspraksis likevel en skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt enkelte dokumenter skal være del av mistenktes innsynsrett.

Det er lagt til grunn i både rettspraksis og forarbeider at interne notater påtalemyndigheten og politiet utarbeider ikke er en del av sakens dokumenter selv om de «kommet frem» under etterforskningen.⁸³ Interne dokumenter kan være arbeidsnotater, taktiske vurderinger, tips fra

⁸² Prop. 147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. s. 27 og Rt. 2004 s. 1642 avsnitt 11.

⁸³ Se Rt. 2004 s.1080 avsnitt 17 og Prop 147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. s 27.

publikum eller lignede. Avgrensningen begrunnes hovedsakelig med at interne notater ikke er ment å brukes som bevis, påtalemyndighetens og politiets behov for å kunne arbeide internt og at mistenkte ikke vil ha et behov for innsyn i interne notater da det ikke gir opplysning om saken.⁸⁴

Påtalemyndighetens og politiets adgang til å holde en opplysning utenfor dokumentlisten med henvisning til at de er interne er imidlertid ikke ubegrenset. Som hovedregel skal all informasjon som fremkommer under etterforskningen være en del av sakens dokumenter. Dette tilsier at det må foretas en konkret vurdering av det dokument som anføres å være internt, og at det ikke er adgang til å unnlate å føre dokumentet opp på dokumentlisten dersom det kan være av betydning for avgjørelsen av saken.⁸⁵ Dette følger også påtalemyndighetens objektivitetsplikt, hensynet til mistenktes adgang til å gjøre seg kjent med bevis i saken, fare for misbruk fra politiets side, kontrollhensyn og hensynet til sakens opplysning.

Avlytting og annen kontroll av kommunikasjonsanlegg er regulert av særlige regler i straffeprosessloven kapittel 16 a. Etter forståelsen av «sakens dokumenter» som er lagt til grunn i rettspraksis omfattes som utgangspunkt også materiale fra kommunikasjonskontroll. Ettersom materiale fra kommunikasjonskontroll står i en særstilling sammenlignet med øvrig etterforskningsmateriale, har det i rettspraksis vært spørsmål om slik materiale inngår i sakens dokumenter. Etter straffeprosessloven § 216 i første ledd har påtalemyndigheten og politiet taushetsplikt om opplysninger som fremkommer av kommunikasjonskontroller. I Rt. 2004 s. 2023 var spørsmålet om taushetsplikten gikk foran innsynsretten med den konsekvens at materiale fra kommunikasjonskontroll ikke var en del av sakens dokumenter. I avsnitt 32 konkluderer Høyesterett med at «så lenge opplysningene som stammer fra kommunikasjonskontroll ikke er brukt under etterforskningen, det vil si at de holdes interne, bør de omfattes av taushetspliktreglene i § 216i og falle utenom de alminnelige innsynsreglene i § 242 første ledd(...)». Denne konklusjon ble senere fulgt opp i Rt. 2008 s. 378 i avsnitt 34. Materiale fra kommunikasjonskontroll som ikke brukes i etterforskningen vil dermed falle utenfor hva mistenkte har rett til å gjøre seg kjent med.

⁸⁴ Prop.147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. s. 27 med videre henvisninger.

⁸⁵ Se også Magnussen (2006) s. 42.

Som nevnt ovenfor, avgrenses saksbegrepet prosessuelt, slik at mistenkte som utgangspunkt ikke har rett på innsyn i andre straffesaker selv om det er tilknytningspunkter mellom sakene. Dette gjelder derimot bare så langt dokumentene i den andre saken ikke har betydning for avgjørelsen i mistenktes sak. Etter straffeprosessloven § 242 sjette ledd har «mistenkte rett til å gjøre seg kjent med dokumenter fra andre saker i den utstrekning de er av betydning for avgjørelsen av skyld – eller straffespørsmålet i mistenktes sak.» Ved vurderingen av hva som er av betydning for avgjørelsen av skyld – eller straffespørsmålet, må det ses hen til om den aktuelle opplysningen kan kaste lys over om det konkrete straffebud er overtrådt eller om opplysningen kan si noe om mistenktes skyld. I Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38 ble det først vist til objektivitetsplikten og den materielle sannhetsprinsipp, hvor det deretter presiseres at:

«Jeg finner derfor grunn til å understreke at dersom opplysninger som er fremkommet i én straffesak, klart beviser at en person som er mistenkt i en annen sak, er uskyldig, eller på annen måte svekker mistanken mot ham, plikter påtalemyndigheten å sørge for at opplysningene inngår i den andre saken. Reglene om taushetsplikt om opplysninger fremkommet ved kommunikasjonskontroll innebærer her ingen hindring, jf. § 216i første ledd bokstav c. Ved vurderingen av hvorvidt opplysninger i en sak på denne måten kan være av betydning i en tilknyttet sak, må påtalemyndigheten ha for øye hvordan opplysningene vil kunne brukes fra forsvarers ståsted.»

Dette klargjør at det ikke skal være nødvendig for forsvarer å måtte be om innsyn i dokumenter fra andre saker dersom det kan være at de vil kunne kaste lys over skyld– eller straffespørsmålet i en annen sak. Påtalemyndigheten, spesielt i saker med berøringspunkter, vil etter dette ha en særlig plikt til å vurdere hvorvidt opplysninger fra en sak kan være av betydning for skyld – eller straffespørsmålet i en annen sak, og skal da legge til grunn et forsvarerperspektiv i vurderingen.

Det kan etter dette konkluderes med at «saken» i straffeprosessloven § 242 avgrenses prosessuelt. Innenfor den prosessuelle sak, har mistenkte som hovedregel rett til å gjøre seg kjent med all informasjon som kommer frem under etterforskningen. Ettersom retten til innsyn etter EMK artikkel 6 er begrenset til relevant bevismateriale, gir norsk rett mistenkte en videre innsynsrett enn hva som følger av konvensjonen. Etter norsk rett har ikke påtalemyndigheten anledning til å foreta en relevansvurdering av materialet som er innhentet i forbindelse med etterforskningen, og deretter unnlate å gi innsyn i det materiale de har vurdert som irrelevant. Derimot har påtalemyndigheten etter norsk rett en skjønnsmessig adgang til å

unnlate å føre opp interne dokumenter og informasjon fra kommunikasjonskontrollmateriale i dokumentlisten.

Dersom påtalemyndigheten ønsker å holde dokumenter tilbake fra mistenktes innsyn utover de avgrensninger som følger av saksbegrepet, må de øvrige vilkårene i straffeprosessloven for å unnta dokumentet for innsyn være oppfylt.

3 Påtalemyndighetens adgang til å gjøre unntak fra mistenktes rett til dokumentinnsyn begrunnet i etterforskningshensyn

3.1 Innledning

Retten til dokumentinnsyn må i visse tilfeller tilpasses mot myndighetenes behov for en effektiv rettshåndhevelse, blant annet når det foreligger grunner som tilsier at innsyn vil kunne skade den videre etterforskningen av saken. Innsynsretten er hverken etter EMK eller straffeprosessloven absolutt. Jeg vil i det følgende redegjøre for de vilkår EMK og EMD oppstiller for påtalemyndighetens adgang til å beslutte å unnta dokumenter fra mistenktes innsyn. Deretter vil vilkåret «skade eller fare for etterforskningens øyemed» i straffeprosessloven § 242 behandles.

3.2 EMK og EMDs regulering av adgangen til unntak fra innsynsretten

Som konkludert med ovenfor i kapittel 2, har siktede etter EMK artikkel 6 rett på innsyn i relevant bevismateriale i saken. Ordlyden i EMK artikkel 6 er taus vedrørende myndighetenes adgang til å gjøre unntak fra kravet om «adequate time and facilities», herunder retten til dokumentinnsyn. EMD har imidlertid lagt til grunn at siktedes og forsvarers rett til innsyn i saksdokumentene ikke er absolutt.⁸⁶

I EMDs praksis har det vært påtalemyndighetens manglende inntagelse av bevismaterialet i saksmappen som har vært gjenstand for prøvelse. Uttalelsene fra EMD er derimot generelle og det er vanskelig å se at de ikke også vil gis anvendelse på de tilfeller hvor siktede og forsvarer helt eller delvis er nektet innsyn i dokumenter som er inntatt i saksmappen.

I *Rowe og Davis mot Storbritannia* oppsummerer EMD påtalemyndighetens adgang til å unnta bevismaterialet fra saksmappen slik:

«In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police

⁸⁶ Jf. blant annet *Rowe og Davis mot Storbritannia*, avsnitt 61 og *Natunen mot Finland*, avsnitt 40.

methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (...). *However, only such measures restricting the rights to the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 (...). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (...).*⁸⁷ (min kursivering)

En forutsetning for at det skal være adgang til å unnta dokumenter fra siktedes og forsvarers innsyn er at tilbakeholdelsen er strengt nødvendig ut fra legitime motstående interesser. EMD henviser til flere interesser som vil være legitime. Uttalelsen fra EMD gir imidlertid henvisning på at oppramsingen av legitime interesser ikke er uttømmende, jf. formuleringen «such as». EMD nevner ikke hensynet til at etterforskningen kan bli skadelidende som følge av innsyn, som en legitim motstående interesse. Det er likevel grunn til å tro at dette er en legitim interesse som kan begrunne unntak fra retten til innsyn da en omfattende innsynsrett kan medføre at den videre etterforskningen blir skadelidende.⁸⁸ Den motstående interessen må videre veies mot siktedes rett til innsyn.

EMD er tilbakeholden med å overprøve nasjonale vurderinger av om tilbakeholdelsen av bevismateriale er strengt nødvendig.⁸⁹ Det er derfor vanskelig å utpensle en generell regel om hva som ligger i kravet «strictly necessary». Det gir likevel en anvisning på at tilbakeholdelse av informasjon ikke kan besluttes på bakgrunn av teoretiske muligheter for at den legitime motstående interessen blir skadelidende. Det kan heller ikke foreligge andre tiltak som er egnet til å ivareta den legitime interessen, som er mindre inngripende for siktede enn nektelse av dokumentinnsyn. Hensynet til siktede vil i så måte ha stor vekt i avveiningen av om tilbakeholdelsen av informasjon er strengt nødvendig.⁹⁰

Ved prøvelsen av om tilbakeholdelse av bevismateriale oppfyller retten til en rettfærdig rettergang forholder EMD seg til en prosessuell prøvelse av om avgjørelsen om

⁸⁷ *Rowe og Davis mot Storbritannia*, avsnitt 61.

⁸⁸ Se Rt. 2010 s. 513 avsnitt 44, hvor de konkluderer med det samme.

⁸⁹ Jf. blant annet *Rowe og Davis*, avsnitt 62 *Natunen mot Finland*, avsnitt 41. Rui konkluderer med at «EMD generelt sett ikke vil sette seg utover nasjonale domstolars avveininger med hensyn til om tilbakeholdelsen av relevant bevismateriale er strengt nødvendig», jf. Rui (2017) s. 107.

⁹⁰ Se Rui (2017) s. 105.

tilbakeholdelse var kontradiktorisk og i samsvar med likhetsprinsippet.⁹¹ I vurderingen sees det hen til om forsvaret er kompensert for den ulempen tilbakeholdelsen medfører. I Rowe og Davis i avsnitt 62 ble det uttalt at:

«Instead, the European Court's task is to ascertain whether the decision-making procedure applied in each case complied, as far as possible, with the requirement of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused.»

Dersom tilbakeholdelsen medfører et brudd på kontradiksjonsprinsippet eller likhetsprinsippet er dette et moment som taler i retning av at tilbakeholdelsen er i strid med EMK artikkel 6.

Kontradiksjonsprinsippet, likebehandlingsprinsippet og hensynet til siktedes rettssikkerhet tilsier at påtalemyndigheten ikke kan tilbakeholde bevismateriale som føres som bevis i retten. Det er også lagt til grunn i juridisk teori at en slik tilbakeholdelse vil være i strid med konvensjonen.⁹² Tilbakeholdelsen vil likevel være konvensjonsmessig dersom man befinner seg på et tidlig stadium av saken slik at forsvaret fortsatt får tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede sitt forsvar på et senere tidspunkt, selv om beviset er planlagt ført som bevis av påtalemyndigheten i en senere hovedforhandling.

Når det gjelder tilbakeholdelse av relevant bevismateriale som ikke ført som bevis av påtalemyndigheten, har EMD på bakgrunn av kontradiksjonsprinsippet, likhetsprinsippet og siktedes rettssikkerhet oppstilt et krav om at en domstol må treffe avgjørelsen om tilbakeholdelsen er strengt nødvendig. Samt at omstendighetene rundt avgjørelsen må være kontradiktorisk.

I Rowe og Davis mot Storbritannia ble det uttalt at:

«Such a procedure, whereby the prosecution itself attempts to assess the importance of concealed information to the defence and weigh this against the public interest in

⁹¹Jf. *Rowe og Davis mot Storbritannia*, avsnitt 62, *Natunen mot Finland*, avsnitt 41 og *Edwards og Lewis mot Storbritannia* (GC) no. 39647/98 og 40461/98 (2004).

⁹² Rui (2017) s. 105 med videre henvisninger.

keeping the information secret, cannot comply with the above-mentioned requirements of Article 6 § 1.”⁹³

Påtalemyndigheten har således ikke anledning til å alene beslutte at relevant bevismateriale skal tilbakeholdes fra siktedes innsyn. Påtalemyndigheten må fremlegge det bevismaterialet som de ønsker tilbakeholdt for en domstol. Domstolen må så foreta vurderingen av hvorvidt det foreligger en legitim motstridende interesse, om tilbakeholdelsen er strengt nødvendig og avveie dette mot siktedes rett til innsyn. Det er ikke et krav om at påtalemyndigheten må fremlegge all informasjon som er fremkommet under etterforskningen for domstolen, men det de mener er relevant bevismateriale som de ønsker å tilbakeholde for å beskytte en legitim motstående interesse. Kravet om domstolsavgjørelse bidrar til å balansere det faktum at det er påtalemyndigheten som vurderer hva som er relevant bevismateriale og sikrer at det ikke tilbakeholdes informasjon når det ikke er tilstrekkelig grunnlag for det.

For at domstolsavgjørelsen av om tilbakeholdelse av relevant bevismateriale skal være i samsvar med konvensjonen, kreves det videre at prosessen som ligger til grunn for avgjørelsen er kontradiktorisk. Dette innebærer at siktede må gis mulighet til å legge frem sitt syn på vurderingen av om materialet kan tilbakeholdes. Kontradiksjonsprinsippet kan derimot ikke strekkes så langt at det medfører at siktede får kjennskap til det materiale som påtalemyndigheten ønsker tilbakeholdt.

I *Jasper mot Storbritannia* godtok EMD at siktede og forsvarer ikke var tilstede under rettsmøtet hvor påtalemyndigheten fremla sitt syn på hvorfor materialet måtte tilbakeholdes fra innsyn. EMD fremholdt at:

“The Court is satisfied that the defence were kept informed and permitted to make submissions and participate in the above decision-making process as far as was possible without revealing to them the material which the prosecution sought to keep secret on public interest grounds.”⁹⁴

Siktede og forsvarer må derimot gis mulighet til å argumentere for hvorfor det ikke er grunnlag for tilbakeholdelse av materialet. Dette forutsetter i noen grad at forsvaret gis

⁹³ *Rowe og Davis mot Storbritannia*, avsnitt 63.

⁹⁴ *Jasper mot Storbritannia* (GC) no. 27052/95 (2000) avsnitt 55.

informasjon om hvilke opplysning det er tale om og hvordan legitim interesse som begrunner tilbakeholdelsen. Det vil være vanskelig å argumentere mot en tilbakeholdelse dersom man ikke har kjennskap til hva som er tilbakeholdt eller på hvilket grunnlag. I *Edwards og Lewis mot Storbritannia* var forsvaret ikke gitt mulighet til å argumentere for hvorfor materialet måtte fremlegges da domstolen alt hadde avgjort at det skulle tilbakeholdes. EMD konkluderte med at det forelå krenkelse og at omstendighetene rundt avgjørelsen om tilbakeholdelse ikke var kontradiktorisk.⁹⁵

EMDs rettssetninger kan i all hovedsak begrunnes i at dersom påtalemyndigheten tilbakeholder bevismateriale som er relevant for vurderingen av siktedes straffeskyld hvor det ikke er tilstrekkelig grunnlag for det, vil det stride med kontradiksjonsprinsippet og likebehandlingsprinsippet. For å sikre at innsynsnekten ikke er i strid med disse prinsipper kreves det en uavhengig domstol for å overprøve påtalemyndighetens vurdering av tilbakeholdelsen.

Kravene utledet av EMDs praksis hva gjelder adgangen til tilbakeholdelse av relevant bevismateriale kommer til anvendelse dersom tilbakeholdelsen representerer et unntak fra forsvarets rett til tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede sitt forsvar. Dette innebærer at tilbakeholdelse av relevant bevismateriale nødvendigvis ikke innebærer at en domstol må vurdere hvorvidt tilbakeholdelsen er strengt nødvendig, dersom kravet til tilstrekkelig tid ikke er inntruffet. Det som norsk rett anser som etterforskningsstadiet er nødvendigvis ikke sammenfallende med tilstrekkelig tid til forberedelsen av et forsvar.⁹⁶ Det er likevel ikke utelukket at EMK anerkjenner en innsynsrett på etterforskningsstadiet, da hva som er tilstrekkelig tid må vurderes konkret for hver enkelt sak. Det er derimot vanskelig å se at retten til innsyn, og derfor også innskrenkinger av innsynsretten etter EMK, vil gjelde ved den innledende delen av etterforskningen. I de fleste tilfeller vil det norske rett betrakter som tiltalestadiet, være det stadiet hvor siktede har krav på innsyn etter EMK, så fremt tidsrommet fra tiltale frem til hovedforhandling fremstår som tilstrekkelig tid til forberedelse av forsvaret. Tiltalestadiet vil derfor også være det stadiet hvor unntak må vurderes etter de vilkår EMD

⁹⁵ *Edwards og Levis mot Storbritannia*. I vurderingen av om det forelå krenkelse la imidlertid EMD også vekt på at dommeren som avgjorde spørsmålet om tilbakeholdelse hadde forhåndsbefatning med materialet før avgjørelsen og tilbakehold.

⁹⁶ Se punkt 2.3.3 for en redegjørelse av kravet til tilstrekkelig tid

oppstiller. Når det er tatt ut tiltale etter straffeprosessloven, har påtalemyndigheten en vesentlig snevrere adgang til å nekte tiltalte innsyn enn hva de har på etterforskningsstadiet, og unntak av hensyn til etterforskningen er det naturligvis ikke hjemmel til.⁹⁷ Dette innebærer at de krav EMD oppstiller for påtalemyndighetens adgang til å tilbakeholdelse av informasjon nødvendigvis ikke gjør seg gjeldene for innsynsnekt for mistenkte på etterforskningsstadiet, men det kan imidlertid heller ikke utelukkes.

3.3 Adgangen til å gjøre unntak fra mistenktes innsynrett etter straffeprosessloven § 242

3.3.1 Innledning

Som konkludert med i punkt 2 ovenfor, har mistenkte som hovedregel rett til å gjøre seg kjent med all informasjon som fremkommer under etterforskningen etter straffeprosessloven § 242 første ledd. I dette ligger det også en anerkjennelse om at påtalemyndigheten i enkelte tilfeller vil ha behov for å gjøre unntak fra mistenktes rett til innsyn begrunnet i hensynet til etterforskningens formål; å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale.

Etter straffeprosessloven § 242 første ledd kan påtalemyndigheten helt eller delvis nekte mistenkte innsyn i sakens dokumenter dersom innsyn kan skade eller sette etterforskningens øyemed i fare. Jeg vil i det følgende redegjøre for hva som ligger i vilkåret «skade eller fare for etterforskningens øyemed» og hvordan vurderingen av om innsyn kan nektes skal foretas etter gjeldene rett.

3.3.2 Hva innebærer «skade eller fare for etterforskningens øyemed»?

Straffeprosessloven § 242 første ledd første punktum lyder:

«mistenkte (...) skal på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed (...)»

Etter ordlyden må mistenktes innsyn i sakens dokumenter være egnet til å gi mistenkte mulighet til å skade eller sette etterforskningen i fare dersom påtalemyndigheten skal ha hjemmel til å avslå en begjæring om innsyn. Dette innebærer at dersom informasjon som

⁹⁷ Se straffeprosessloven § 264 og § 267.

fremkommer av dokumentet ikke kan gi mistenkte mulighet til å skade etterforskningen vil det heller ikke være adgang til å unnta dokumentene fra mistenktes innsyn.

Hva som menes med «skade eller fare for etterforskningens øyemed» må leses i lys av hva som er formålet med straffeprosessuell etterforskning. Etter straffeprosessloven § 226 første ledd er formålet blant annet å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale. Påtalemyndigheten fatter en påtaleavgjørelse når saken er tilstrekkelig opplyst, jf. straffeprosessloven § 249. Under dette faller vurderingen av om bevisbildet i saken tilsier at de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt. I relasjon til om innsyn kan skade eller sette etterforskningen i fare, blir spørsmålet om innsyn kan medføre at mistenkte gis anledning til å forspille nødvendige opplysninger for påtalemyndighetens avgjørelse av tiltalespørsmålet.

I forarbeidene slås det fast at det er «klart at bestemmelsen vil omfatte f.eks de tilfeller hvor dokumentene inneholder opplysninger som det er viktig at mistenkte ikke får vite om på grunn av faren for bevisforspillelse.»⁹⁸ Det samme følger av langvarig rettspraksis.⁹⁹ Ved vurderingen av om dokumentene kan gi mistenkte mulighet til å forspille bevis i saken må det blant annet legges vekt på om mistenkte vil kunne fjerne spor, påvirke andre mistenkte i saken eller vitner til å avgi en uriktig forklaring eller om mistenkte vil kunne tilpasse sin egen forklaring til dokumentenes innhold.¹⁰⁰

Det er derimot ikke nødvendig at det foreligger fare for bevisforspillelse. Dersom mistenktes innsyn i straffesaken kan medføre at etterforskningen vanskeliggjøres vil det være tilstrekkelig for å nekte innsyn.¹⁰¹

Det kan konkluderes med at ordlyden i straffeprosessloven § 242 første ledd må forstås slik at dokumentene i saken må inneholde opplysninger som kan gi mistenkte mulighet til å forspille bevis eller på annen måte vanskeliggjøre etterforskningen for at innsyn kan nektes.

⁹⁸ Innst.O. nr. 37 (1980-1981) Innstilling frå justiskomiteen om rettergangsmåten i straffesaker, s. 28.

⁹⁹ Se blant annet Rt. 1991 s. 167, Rt. 1995 s. 1054, Rt. 2003 s. 1599, Rt. 2004 s. 1308 og Rt. 2007 s. 372.

¹⁰⁰ Eirik Keiserud mfl., *Straffeprosessloven*, Lovkommentar, § 242, Juridika, Rt. 2004 s. 1308 avsnitt 42.

¹⁰¹ Rui (2017) s. 212.

I det følgende vil det redegjøres for hvor stor grad av sannsynlighet som må foreligge for å konstatere at mistenktes innsyn vil vanskeliggjøre etterforskningen.

3.3.3 Hvor stor grad av sannsynlighet må foreligge for å konstatere at mistenktes innsyn vil vanskeliggjøre etterforskningen?

Innsyn i sakens dokumenter vil, teoretisk sett, i nesten alle tilfeller gi mistenkte mulighet til å tilpasse sin egen forklaring dersom dokumentene inneholder opplysninger mistenkte ikke har forklart seg om. Det samme gjelder muligheten til å fjerne spor som enda ikke er sikret og muligheten til å påvirke vitner eller medmistenkt som enda ikke har forklart seg for politiet. Det reiser spørsmål om det er tilstrekkelig å begrunne en nektelse av innsyn med at beviset ikke er sikret av påtalemyndigheten og at det derfor foreligger en mulighet for bevisforspillelse. Spørsmålet blir nærmere hvor stor grad av sannsynlighet og konkrete holdepunkter som må foreligge for å konstatere at innsyn i dokumentene vil gi mistenkte en mulighet til å forspille bevis i saken.

Ordlyden kan tas til inntekt for at det ikke kreves at fare for bevisforspillelse vil realiseres eller at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for bevisforspillelse, jf. formuleringen «kan».

I Rt. 2004 s.1308 avsnitt 42 legger Høyesterett til grunn at det ikke kan kreves sannsynlighetsovervekt for at mistenkte vil forspille bevis dersom innsyn gis. Det må likevel «foreligge noe i saken som tilsier at skadevirkningene kan inntre, og en teoretisk mulighet er ikke tilstrekkelig.» Dette taler for at påtalemyndigheten ikke har anledning til å avslå en begjæring om innsyn med en henvisning til at mistenkte enda ikke har forklart seg om innholdet i dokumentene, og at det derfor foreligger fare for bevisforspillelse. En slik begrunnelse vil kunne passe på alle straffesaker som er under etterforskning, hvor mistenkte enda ikke har forklart seg.

I vurderingen for at «noe i saken» tilsier at skadevirkningen kan inntre, uttaler Høyesterett i avsnitt 42 at «vurderingen må særlig foretas på bakgrunn av sakens art og omfang, hvilken mulighet dokumentene på det aktuelle tidspunktet gir for bevisforspillelse og tilpassing av forklaringer, og hva som står på spill for mistenkte.» Avgjørelsen skal videre treffes på grunnlaget av «objektive omstendigheter, men dersom det foreligger konkrete holdepunkter for at mistenkte vil misbruke dokumentene, vil dette kunne styrke et avslag om dokumentinnsyn»

Høyesterett foretar således et skille mellom «teoretisk mulighet» og «objektive omstendigheter», men at det ikke er nødvendig med konkrete holdepunkter for at mistenkte vil misbruke dokumentene. Hvordan dette skillet skal trekkes, og derfor hva som faktisk kreves og hva som er tilstrekkelig grunn til å unnta dokumenter fra mistenktes innsyn, er vanskelig. Som nevnt, vil et avslag på innsyn, med en henvisning til at mistenkte enda ikke har forklart seg om dokumentenes innhold, bygge på en teoretisk mulighet. Det kan fremstå som at Høyesterett i realiteten bygger på teoretiske muligheter, men at de objektive omstendighetene som det må sees hen til er «sakens art og omfang, hvilken mulighet dokumentene på det aktuelle tidspunktet gir for bevisforspillelse og tilpassing av forklaringer, og hva som står på spill for mistenkte». En slik tolkning av sannsynlighetskravet i straffeprosessloven § 242 innebærer at det er tilstrekkelig å unnta sakens dokumenter med en henvisning til at dokumentenes innhold er av en slik art at de gir mistenkte mulighet til å tilpasse sin forklaring.

I Rt. 2007 s. 372 avsnitt 12 fremholder Høyesterett at ikke enhver skademulighet er tilstrekkelig og presiserer at «det må dreie seg om opplysninger som det er viktig at mistenkte ikke får kjennskap til på grunn av bevisforspillelsesfare». Høyesterett gir anvisning på at dersom faren for bevisforspillelse er liten eller dersom skademuligheten som kan inntre ikke er sentral eller viktig for den videre etterforskningen, vil det ikke være adgang til å avslå en begjæring om innsyn. En slik tilnærming til hva som faktisk kreves for å gjøre unntak fra en sentral del av kontradiksjonsprinsippet, gir likevel ikke noe særlig mer til forståelsen av gjeldene rett. Hva som er en tilstrekkelig skademulighet for å gjøre unntak kommenteres ikke av Høyesterett, bortsett fra at det må være tale om opplysninger som er viktig at mistenkte ikke får på grunn av bevisforspillelse. Med andre ord vil det være tilstrekkelig å henvise til at mistenkte enda ikke har forklart seg om dokumentenes innhold, og derfor vil ha anledning til å tilpasse sin egen forklaring. Mistenktes forklaring under etterforskningen vil normalt sett være av stor betydning for påtalemyndighetens og politiets videre etterforskning. Idet mistenkte i utgangspunktet har en omfattende rett til innsyn i den informasjon som fremkommer under etterforskningen, foreligger det også gode grunner til at påtalemyndigheten må ha en vid adgang til å gjøre unntak fra mistenktes innsyn. Likevel, fremstår Høyesteretts tolkning av sannsynlighetskravet for at bevisforspillelse faktisk vil inntre dersom innsyn gis, som en skjønnsmessig vurdering av momenter som i realiteten medfører at påtalemyndigheten er gitt hjemmel til å avslå samtlige innsynsbegjæringer som omhandler informasjon mistenkte enda ikke har forklart seg om.

Høyesterett nevner riktignok at det i vurderingen må ses hen til hva som står på spill for mistenkte. Derimot er det ingen forklaring på hvordan dette skal vektlegges i vurderingen eller hva som er tilstrekkelig for at innsyn må gis. Det synes ikke som om det legges vekt på at mistenktes rett til innsyn skal være hovedregelen på etterforskningsstadiet, at det er unntak fra dokumentinnsyn som krever særskilt begrunnelse,¹⁰² og at en forklaring fra mistenkte med kjennskap om dokumentenes innhold, kan gi en mer sannferdig og balansert forklaring. At mistenkte som hovedregel er gitt en vid innsynsrett på etterforskningsstadiet taler også for at påtalemyndigheten i større utstrekning bør akseptere at konsekvensen kan være at mistenkte gis anledning til å tilpasse sin egen forklaring.

Gjeldene rett er likevel slik å forstå at det ikke kan kreves sannsynlighetsovervekt for at innsyn vil bidra til bevisforspillelse eller at etterforskningen vanskeliggjøres for å gjøre unntak fra mistenktes innsynsrett. Det kan konkluderes med at det ikke stilles særlige strenge krav til sannsynligheten for at mistenkte vil misbruke dokumentene for å nekte innsyn. Det er derimot vanskelig å slutte en generell rettsregel fra Høyesteretts uttalelser av hva som faktisk kreves for å gjøre unntak.

Dette inntrykket justeres imidlertid av at Høyesterett har fastslått at en nektelse av innsyn ikke kan treffes utelukkende på det grunnlag at innsyn kan medføre fare for bevisforspillelse. Det må etter Høyesteretts praksis foretas en avveining mellom de hensyn som tilsier begrenset innsyn og mistenktes behov for å gjøre seg kjent med sakens dokumenter.

Høyesterett har i flere avgjørelser utpenslet og presisert hvilke momenter det skal legges vekt på i denne vurderingen. Jeg vil i det følgende redegjøre for denne vurderingen og de momenter som inngår.

3.3.4 Den konkrete avveiningen av om mistenkte kan nektes innsyn i sakens dokumenter

I kjennelsen inntatt i Rt. 2003 s. 877 avsnitt 28 legger kjæremålsutvalget til grunn at «adgangen til helt eller delvis å nekte dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242 må balanseres og begrenses av hensyn til siktetes prosessuelle rettigheter» og at det beror på «en

¹⁰² Prop.147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv, s.18.

omfattende vurdering (..)» Det uttales videre at det må foretas en vurdering på om hvorvidt en nektelse av innsyn vil stride mot de krav som følger av EMK artikkel 6 og EMDs praksis.¹⁰³

Ankeutvalget presiserer denne rettssetningen i Rt. 2013 s. 1066 og uttaler i avsnitt 14 at:

«Nektelse av innsyn i sakens dokumenter innebærer et inngrep i siktedes prosessuelle rettigheter. *Et slikt inngrep kan ikke besluttes alene på grunnlag av de vanskeligheter innsyn kan medføre for etterforskningen.* Det må skje en avvisning mellom de hensyn som tilsier begrenset innsyn og siktedes behov for å gjøre seg kjent med sakens dokumenter». (min kursivering)

Uttalelsen kan tas til inntekt for at det må foreligge fare for bevisforspillelse eller medføre vanskeligheter for etterforskningen dersom det skal være aktuelt å foreta vurderingen, men at dette alene ikke er tilstrekkelig for å gjøre unntak fra mistenktes innsynsrett. Ser man dette opp mot de krav som stilles etter EMK og EMDs praksis, kan det tolkes som en legitim motstående interesse som må vurderes opp mot mistenktes behov for innsyn. I denne vurderingen får hensynet til mistenkte stor vekt, da det i må ses hen til om en nektelse av innsyn vil stride mot mistenktes straffeprosessuelle rettigheter.

Jeg vil i det følgende trekke frem hensyn og enkeltregler i straffeprosessloven som hver for seg kan tale for innsyn eller begrenset innsyn.

I en rettsstat er det et grunnleggende prinsipp og en viktig rettssikkerhetsgaranti at mistenkte har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse. Det kommer klart til uttrykk i straffeprosessloven § 232 første ledd at mistenkte ikke har plikt til å forklare seg for politiet i avhør. Det samme følger av SP artikkel 14.nr. 3¹⁰⁴ og EMK artikkel 6 nr. 1.¹⁰⁵ En nektelse av innsyn begrunnet med at mistenkte enda ikke har forklart seg om innholdet i dokumentet det begjæres innsyn i, kan representere et press for mistenkte til å forklare seg. Spørsmålet er om

¹⁰³ Også EMK artikkel 5 dersom det gjelder nektelse av innsyn i en fengslingssak.

¹⁰⁴ International Covenant on Civil and Political rights, i kraft 23.mars 1976. Konvensjonen er gitt forrang for formell norsk lov, jf. mrl. § 2, jf. § 3.

¹⁰⁵ EMD har innfortolket vernet i blant annet *Funke mot Frankrike* (J) no. 10828/84 (1993) og *Saunders mot Storbritannia* (GC) no. 19157/91 (1996).

en nektelse av innsyn begrunnet i manglende forklaring fra mistenkte innebærer et brudd på vernet mot selvinkriminering.

Høyesterett tok stilling til spørsmålet i Rt. 2010 s. 513. Saken gjaldt gyldigheten av skattemyndighetenes vedtak om å nekte dokumentinnsyn i en verserende tilleggsskattesak. Vurderingen av om det var hjemmel til å nekte innsyn ble foretatt etter ligningsloven, EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nr. 3. Høyesteretts uttalelse er likevel relevant da ligningsloven gir rett til innsyn i «sakens dokumenter», og unntak fra dette krever at det foreligger fare for bevisforspillelse eller at etterforskningen vanskeliggjøres, samt at tilleggsskatt er å anse som straff etter EMK.¹⁰⁶ Vedrørende spørsmålet om innsyn uttaler Høyesterett i avsnitt 34 at:

«Jeg finner det uten videre klart at forbudet mot selvinkriminering ikke kommer til anvendelse når dokumentinnsyn under pågående etterforskning nektes for å unngå bevisforspillelse. Forbudet er under utvikling, og det er vanskelig å formulere presist når det kan være aktuelt å anvende det. Det er imidlertid klart at det må foreligge et reelt element av tvang for at det skal gjelde et forbud mot å motta skatteyterens forklaring.»

Høyesterett er klar på at en nektelse av innsyn for å unngå bevisforspillelse, herunder å tilpasse sin egen forklaring etter dokumentenes innhold, ikke inneholder et reelt element av tvang og derfor ikke strider mot retten til å forholde seg taus. Begrunnelsen for konklusjonen ser hovedsakelig ut til å være at reelt element av tvang forutsetter pressmidler som tar sikte på å bryte ned mistenktes vilje eller en tvang hvor formålet er å oppnå en tilståelse.¹⁰⁷

I Rt. 2008 s. 378 avsnitt 42 presiseres det at det «ofte vil være grunnlag for nektelse på tidlige stadier i etterforskningen, og kravet om innsyn står sterkere etter hvert (...)».

I den innledende fasen av etterforskningen vil det ofte være flere «løse tråder» og påtalemyndigheten har i mindre grad et oversiktlig bilde over hendelsesforløpet og mulige bevis i saken. Påtalemyndigheten vil derfor også ha et større behov for klausulering enn i hva de har i den videre etterforskningen. Dette har sammenheng med at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden for at det foreligger et straffbart forhold og mistenkte har i

¹⁰⁶ Se punkt 2.3.1

¹⁰⁷ Se Rt. 2010 s. 513 avsnitt 34-35 hvor Høyesterett legger avgjørende vekt på uttalelser i juridisk teori.

utgangspunktet ingenting å tape på å destruere bevis i den innledende delen av etterforskningen. På den andre siden gir § 242 «mistenkte» som hovedregel rett til fullt innsyn, og status som mistenkt inntreer i den innledende delen av etterforskningen. Påtalemyndigheten kan derfor ikke avslå en innsynsbegjæring utelukkende begrunnet i at de ikke har oversikt over saken. Det ville undergravd det faktum at lovgiver har bestemt at mistenkte som hovedregel skal gis fullt innsyn, og unntak bare kan gjøres i den grad innsyn kan medføre fare for bevisforspillelse eller at etterforskningen vanskeliggjøres.

Derimot kan det hevdes at faren for bevisforspillelse og muligheten til å vanskeliggjøre etterforskningen vil være størst i den innledende delen av etterforskningen. Dersom innsyn i den innledende fasen av etterforskningen kan medføre at viktige bevis i saken destrueres, kan det ha som ytterste konsekvens at skyldige ikke dømmes. Påtalemyndigheten kan derfor i enkelte tilfeller ha et større behov for hemmelighold enn mistenkte har for innsyn i den innledende delen av etterforskningen.

I den videre fasen av etterforskningen vil hendelsesforløpet og bevisbildet i saken normalt sett være mer oversiktlig. Påtalemyndighetens behov for hemmelighold vil avta når flere bevis er samlet inn da muligheten for bevisforspillelse vil minimeres jo flere bevis som er sikret. Da vurderingen skal ta sikte på å avveie mistenktes behov for innsyn mot påtalemyndighetens behov for hemmelighold, vil det være relevant å legge vekt på hvilken konsekvens det vil få for etterforskningen dersom den vanskeliggjøres eller bevis forspilles. Det kan for eksempel tenkes at påtalemyndigheten alt har bevis for at mistenkte er skyldig, men ønsker likevel en forklaring fra mistenkte uten at han kjenner til innholdet i bevisene som tilsier at han er skyldig. I et slikt tilfelle kan det være objektive omstendigheter som taler for at mistenkte vil tilpasse sin egen forklaring etter dokumentenes innhold. Det vil derimot være av liten betydning om mistenkte tilpasser forklaringen dersom øvrige bevis tilsier at han er skyldig. En forklaring kan da enten forsterke påtalemyndighetens mistanke eller den kan gi mistenkte en reell mulighet til å imøtegå bevisene. Dersom innsyn nektes i et slikt tilfelle vil påtalemyndigheten ta ut tiltale og en eventuell forklaring på hvorfor bevisene kan være misforstått vil da ikke oppdages før hovedforhandling. Det er lite effektivt og fremstår ikke som tilstrekkelig grunn til å gjøre unntak fra innsynsretten.

Etter ordlyden i § 242 kan saksdokumentene helt eller delvis unntas fra mistenktes innsyn frem til det er tatt ut tiltale dersom vilkårene for unntak er oppfylt. Mistenkte er imidlertid gitt rett til å begjære foretatt rettergangsskritt hos retten til avkreftelse av mistanken, jf.

straffeprosessloven § 241 første ledd. Med rettergangsskritt siktes det til tiltak som er egnet til å fremskaffe nye opplysninger eller dokumentasjon til belysning av en sak og som er egnet til å avkrefte mistanken mot mistenkte.¹⁰⁸ For å vurdere hvorvidt tiltak kan fremskaffe nye opplysninger eller dokumenter som er egnet til å avkrefte mistanken, forutsetter det at mistenkte vet hvilke etterforskningskritt som faktisk er foretatt. Etterforskningen avsluttes når det er tatt ut tiltale. For at mistenkte skal gis reell anledning til å begjære foretatt rettergangsskritt på etterforskningsstadiet må han derfor gis innsyn i samtlige av sakens dokumenter før det er tatt ut tiltale, uavhengig av om det foreligger fare for bevisforspillelse dersom innsyn gis.

På den annen side kan det tenkes at mistenktes rett til å begjære foretatt rettergangsskritt kan ivaretas ved at forsvarer gis innsyn. Forsvarer har imidlertid taushetsplikt om dokumentenes innhold overfor sin klient, dersom klienten ikke er gitt innsyn.¹⁰⁹ Vurderingen av om det skal begjæres rettergangsskritt bygger stor grad på de faktiske forhold i saken. Forsvarer vil, uten adgang til å kunne diskutere dokumentenes innhold med mistenkte, ikke ha noen forutsetning for å vurdere hvorvidt innholdet i dokumentene gir et feilaktig bilde av hendelsesforløpet eller om det er faktisk grunnlag for å sikre ytterligere bevis. Forsvarer kan i så måte bare vurdere om det er rettslige sider ved saken som tilsier at det er nødvendig med ytterligere rettergangsskritt. Forsvarers innsynrett vil derfor ikke gi mistenkte reell adgang til å begjære foretatt rettergangsskritt på etterforskningsstadiet.

Den sentrale begrunnelsen for at mistenkte er gitt en rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet er behovet for kontradiksjon, herunder muligheten til en eventuell avkreftelse av mistanken.¹¹⁰ Muligheten til å begjære ytterligere rettergangsskritt vil i forlengelse av dokumentinnsyn gi mistenkte reell mulighet til en eventuell avkreftelse av mistanken og er således en sentral del av mistenktes rett til kontradiksjon. Dette taler for at adgangen til å avslå en begjæring om innsyn bør begrenses av at mistenkte gis reell anledning til å begjære ytterligere rettergangsskritt før etterforskningen er avsluttet.

¹⁰⁸ Jf. Rt. 1997 s. 1898.

¹⁰⁹ Se kapittel 4.

¹¹⁰ Rt. 2004 s. 1308 avsnitt 34.

Rui argumenterer for at manglende innsyn på etterforskningsstadiet balanseres av at vi har en objektivt påtalemyndighet og det er et strengt beviskrav i straffesaker.¹¹¹ Objektivitetsplikten pålegger riktignok påtalemyndigheten å søke etter bevis som både taler for og mot mistenktes straffskyld. På den annen side er det vanskelig for påtalemyndigheten å søke etter bevis som taler mot mistenkte straffskyld dersom han ikke gis anledning til å kommentere hvorfor de opplysninger anklagen bygger på, er uriktig. Mistenktes forklaring vil videre være et bevis som nettopp kan tale for hans uskyld. Er forklaringen mangelfull som følge av manglende innsyn i informasjon anklagen baserer seg på, kan det derimot være en forklaring som hverken gir informasjon om skyld eller uskyld. Andorsen viser til at «det er naivt å tro at politiet legger seg særlig i selene for å skaffe til veie bevis for mistenktes uskyld, hvis ikke helt særegne omstendigheter ved saken tilsier det.»¹¹² Det er videre vanskelig å overprøve om påtalemyndigheten faktisk har opptrådt objektivt. Etter EMDs praksis er ikke objektivitetsprinsippet et argument som kan vektlegges i retning av at innsyn kan nektes eller for at vurderingen om nektelse er rettmessig.¹¹³

Beviskravet i strafferetten er i all hovedsak begrunnet av at straff ilagt av offentlig myndighet, bare kan aksepteres i en rettsstat dersom det er bevis ut over enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig. Beviskravet kan balansere at mistenkte ikke er gitt mulighet til å imøtegå anklagene på etterforskningsstadiet idet det er tilstrekkelig for frifinnelse at det foreligger tvil om tiltaltes skyld. På den annen side er det lite effektivt dersom det kommer opp forhold under hovedforhandling som tilsier at mistenkte er uskyldig, dersom det alt kunne vært avdekket på etterforskningsstadiet. Behovet mistenkte har for å imøtegå anklagene mot seg blir ikke mindre av at han må så tvil om hans skyld i en retts sak. Dersom mistenktes uskyld kan komme frem på etterforskningsstadiet *bør* det også gjøre det. Påtalemyndigheten kan ikke lene seg på at mistenkte ikke har behov for kontradiksjon på etterforskningsstadiet med den begrunnelse av at det er et strengt beviskrav når retten skal vurdere hans straffeskyld.

Påtalemyndighetens adgang til å avslå en begjæring om dokumentinnsyn bygger etter gjeldene ett på en vurdering om innsyn kan gi fare for bevisforspillelse eller vanskeliggjøre

¹¹¹ Rui (2017) s. 231.

¹¹² Kjell V. Andorsen, «Mistenktes rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet» *Lov og Rett* 2000/1, Årgang 39 s. 26-45.

¹¹³ Se punkt 2.3.3

etterforskningen, hvor det ikke stilles særlige strenge krav til sannsynligheten for at bevisforspillelse vil inntre dersom innsyn gis. Dette er forsøkt avhjulpet ved at det i tillegg skal foretas en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i saken. Helhetsvurderingen bygger på motstridende momenter, som hver for seg kan tilsi en nektelse av innsyn eller at det gis innsyn. Selv om det ikke er tilstrekkelig å unnta sakens dokumenter med en henvisning til de vanskeligheter innsyn kan medføre for etterforskningen, er det vanskelig å se at en helhetsvurdering i realiteten medfører noe annet resultat enn en vurdering av om innsyn kan gi mistenkte mulighet til å vanskeliggjøre etterforskningen.

Avveiningen, hvert fall i den innledende delen av etterforskningen, vil i de fleste tilfeller tilsi at dokumentene kan klausuleres fordi mistenkte ikke har tilstrekkelig behov for kontradiksjon. Påtalemyndighetens adgang til å gjøre unntak fra innsynsretten fremstår i så måte som en vurdering som i realiteten medfører at det er adgang til å klausulere sakens dokumenter i nærmest alle straffesaker som er under etterforskning. Dette medfører at en hovedregel om rett til innsyn på etterforskningsstadiet, som skal sikre kontradiksjon, fremstår som noe illusorisk når de fleste innsynsbegjæringer kan subsumeres under «skade eller fare for etterforskningens øyemed» og derfor unntas fra mistenktes innsyn.

På den annen side har mistenkte adgang til å bringe et avslag på begjæring om innsyn inn til retten for overprøvelse, jf. straffeprosessloven § 242 fjerde ledd. En vurdering som bygger på skjønn og som ikke krever sannsynlighetsovervekt er imidlertid vanskelig å overprøve. At et unntak fra en sentral straffeprosessuell rettighet baserer seg på en skjønnsmessig helhetsvurdering fra den ene parten er videre betenkelig sett opp mot likhetsprinsippet. Mistenkte gis derimot fullt innsyn i sakens dokumenter når det er tatt ut tiltale, jf. straffeprosessloven § 264 og § 267, og har i så måte mulighet til å imøtegå påtalemyndighetens anklager under hovedforhandlingen. Dette fremstår likevel ikke som en tilstrekkelig begrunnelse for at en hovedregel om innsyn i realiteten kan praktiseres som en unntaksregel. Vårt straffeprosessuelle system bygger på en partsprosess, også på etterforskningsstadiet. Når terskelen for å gjøre unntak fra innsynsretten, som skal bidra til å balansere forholdet mellom påtalemyndigheten og mistenkte, kan det i noen grad fremstå som at mistenkte er gjort til et undersøkelsesobjekt, hvor påtalemyndighetens antagelser om bevisforspillelse vil trumfe behovet for partslikhet og kontradiksjon.

Det er klart at påtalemyndigheten i enkelte tilfeller vil ha et stort behov for å unnta sakens dokumenter fra mistenktes innsyn. Forspillelse av viktige bevis kan få omfattende

konsekvenser for vurderingen av om det er grunnlag for å ta ut tiltale eller grunnlag for domfellelse. Dersom mistenkte er skyldig, og materiale som kan bevise hans skyld, destrueres på bakgrunn av opplysninger mistenkte fikk ved innsyn, svekker dette påtalemyndighetens oppgave i å effektivt bekjempe kriminalitet. Videre vil et strengere krav til sannsynlighet for at innsyn vil skade eller sette etterforskningen i fare, medføre en mer tidkrevende vurdering og begrunnelse fra påtalemyndigheten når det gjøres unntak, som vil forsinke fremdriften og effektiviteten på etterforskningen. Det trenger derimot ikke være slik at gjeldende rett bidrar til en mer effektiv etterforskning enn om det stiltes strengere krav til sannsynligheten for at bevisforspillelse vil inntre. Etter gjeldene rett vil de fleste tilfeller kunne subsumeres under rettsreglene «skade eller fare», som igjen bidrar til at etterforskningen forsinkes dersom mistenkte nekter å forklare seg uten innsyn eller påtalemyndigheten etterforsker omstendigheter som kunne vært løst raskere dersom mistenkte hadde fått innsyn. Selv om et strengere beviskrav kunne medført at etterforskningen ble mer langtrukket, kan det være prisen det offentlige må betale for at mistenktes rett til kontradiksjon, og derfor rettssikkerhet, skal være effektiv på etterforskningsstadiet.¹¹⁴

3.3.5 Individualiseringskravet og påtalemyndighetens plikt til å begrunne nektelse av innsyn

Straffeprosessloven § 242 inneholder ikke et krav om at påtalemyndigheten må begrunne en nektelse av innsyn. Derimot følger det av bestemmelsens fjerde ledd at spørsmålet om adgang til et unntatt dokument kan kreves avgjort ved kjennelse av retten. For at mistenkte og forsvarer skal kunne ta stilling til om det er hensiktsmessig å bringe avslaget inn for retten forutsetter det at påtalemyndigheten begrunner avslaget. Retten kan heller ikke ta stilling til om avslaget er rettmessig uten en begrunnelse på hvorfor dokumentet er klausulert.

På bakgrunn av dette har Høyesterett slått fast at et avslag på en begjæring om innsyn skal begrunnes av påtalemyndigheten. Det må gis en begrunnelse på hvorfor vilkåret «skade eller fare for etterforskningens øyemed» foreligger for det dokument som unntas fra innsyn. Etter Høyesteretts praksis må det foretas en vurdering av om opplysningene i hvert enkelt dokument gir mistenkte mulighet til å forspille bevis i saken.¹¹⁵ Dette innebærer at det ikke er

¹¹⁴ Andorsen (2000) punkt 5.5.3.

¹¹⁵ Rt. 1998 s. 1853.

adgang til å unnta dokumentene i sin helhet uten av at hvert enkelt dokument er vurdert slik at opplysningene i dokumentet gir mistenkte mulighet til å forspille bevis i saken og det er foretatt en avveining av behovet for unntak og mistenktes behov for innsyn. Dette defineres som individualiseringskravet.

I HR-2021-2108-U avsnitt 42 bekrefter ankeutvalget at det ikke er i samsvar med straffeprosessloven § 242 at det gis en samlet overordnet begrunnelse for hvorfor mistenkte ikke gis innsyn. Derimot fastslår Høyesterett at det kan gis én samlet begrunnelse for grupper av dokumenter dersom begrunnelsen er dekkende for de dokumenter det nektes innsyn i. Det forutsetter likevel at påtalemyndigheten må ha vurdert hvert enkelt dokument de unntar fra mistenktes innsyn. Lagmannsretten hadde begrunnet nektelse av innsyn med «at siktede får kunnskap om hva politiet vet om siktedes rolle og andre slike direkte involverte personer vil, per i dag, etter lagmannsrettens oppfatning sette etterforskningen i en slik fare at dette hensyn må slå igjennom i forhold til siktedes prosessuelle interesse i innsyn». Høyesterett var ikke enig i at dette var en tilstrekkelig begrunnelse som var knyttet opp mot individuelle dokumenter eller grupper av dem, jf. avsnitt 19.

Etter dette kan det konkluderes med at påtalemyndigheten ikke har adgang til å unnta sakens dokumenter som helhet med en overordnet begrunnelse. Det må foretas en konkret vurdering av hvert enkelt dokument etter den vurderingen som er redegjort for i punkt 3.3.3 og 3.3.4. Begrunnelsen må vise til hvorfor det foreligger fare for bevisforspillelse og en vurdering av om nektelsen av innsyn vil stride med mistenktes straffeprosessuelle rettigheter og en avveining av behov for unntak og behovet for innsyn. En slik begrunnelse gir forsvarer og domstolen i større grad mulighet til å vurdere hvorvidt en tilbakeholdelse av dokumentene er rettmessig.

4 Nærmere om forsvarers innsynsrett og betydningen av klausulerte saksdokumenter for forsvarers oppgave

4.1 Kort om forsvarer

Etter straffeprosessloven § 94 har siktede «rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken.» Selv om bestemmelsen tilkjenner siktede forsvarer, er det ikke tvilsomt at mistenkte også har rett til å la seg bistå av forsvarer på etterforskningsstadiet. Det følger forutsetningsvis at mistenktes forsvarer har rett på innsyn i sakens dokumenter. Retten til offentlig oppnevnt forsvarer inntreder derimot ikke før hovedforhandling, ved pågripelse over 24 timer eller dersom særlige grunner taler for det, jf. straffeprosessloven §§ 96-100.

Forsvarers plikter er nærmere presisert i retningslinjer for forsvarer utarbeidet av Advokatforeningens representantskap.¹¹⁶ Forsvarer har som overordnet oppgave å sikre at klientens rettigheter effektivt ivaretas på ethvert trinn av saken. Blant annet om det er tilrådelig for klienten å avgi forklaring, forberede klienten til avhøret, fortløpende ivareta klientens rett til dokumentinnsyn, holde seg løpende orientert om politiets etterforskning og samtale med sin klient for å få hans eller hennes syn på saken. Forsvarers innsyn i sakens dokumenter er dermed en viktig rettssikkerhetsgaranti som bidrar til at mistenktes rettssikkerhet effektiv ivaretas i møte med offentlig straffeforfølgning.

4.2 Forsvareres innsynsrett og klausulerte saksdokumenter

Straffeprosessloven § 242 første ledd gir mistenktes forsvarer rett på innsyn i sakens dokumenter. Forsvarer kan etter annet ledd gis dokumentinnsyn selv om mistenkte nektes innsyn etter første ledd. Han skal i så tilfelle bevare taushet om dokumentenes innhold ovenfor mistenkte. Brudd på taushetsplikten kan medføre straffansvar etter straffeloven § 209.

Forsvarer har ingen plikt til å ta imot klausulerte saksdokumenter, han kan selv velge om han ønsker innsyn i dokumentene. Etter retningslinjer for forsvarere punkt 4.4, bør forsvarer bare

¹¹⁶ Retningslinjer for forsvarere, 19.november 1999, jf. Advokatforskriften (1996) Retningslinjene er en utdypning av regler for god advokatskikk, og forutsettes lagt til grunn i alle forsvareropdrag av alle advokater som er medlem i advokatforeningen.

godta dokumentinnsyn med pålegg om taushetsplikt overfor klienten dersom klienten gir et informert samtykke.

Forsvarers mulighet til å ivareta sine plikter vanskeliggjøres når han er avskåret fra å ta opp de opplysninger det gis innsyn i med sin klient. Forsvarer skal for eksempel snarest mulig forhøre seg med sin klient om hans eller hennes syn på saken, arbeide lojalt etter det mandat klienten gir og plikter særlig å undersøke om det er tilstrekkelig grunnlag for tvangstiltak besluttet av påtalemyndigheten eller retten.¹¹⁷ Retningslinjene for forsvarer fremhever også at «et effektivt forsvar forutsetter detaljert kjennskap til grunnlaget myndighetene baserer anklagene på».¹¹⁸ Dersom forsvarer har taushetsplikt om opplysningene vil han ikke kunne samtale med klienten om innholdet i dokumentene eller rådføre seg med klienten om de faktiske forhold som påtalemyndigheten baserer anklagene på. Forsvarers innsynsrett blir lite effektivt når innsynet i hendelsesforløpet er begrenset til påtalemyndighetens bevis i saken. Klienten kan følgelig gi en forklaring til forsvarer, men forsvarer vil derimot ikke ha anledning til å konfrontere klienten med motsigende bevis påtalemyndigheten besitter og derfor få en balansert forklaring. En klausulering av dokumentene kan derfor bidra til å uthule det vern som skal ligge til retten til forsvarerbistand.

Forholdet mellom forsvarer og klient forutsetter i stor grad tillit og åpenhet.¹¹⁹ Forsvarer vil kunne komme i en situasjon hvor han opplever press ved å være kjent med informasjon som mistenkte ikke kjenner til. Mistenkte kan ha gitt et informert samtykke om at forsvarer kan ta imot dokumentene og samtidig forsøke å få informasjon fra forsvarer om hva påtalemyndigheten baserer anklagene mot han på. For forsvarer vil det være vanskelig å arbeide lojalt etter klientens mandat og skulle forberede mistenkte til et avhør, og samtidig sitte på opplysninger han ikke kan meddele videre til klienten. Konsekvensen av vanskeligheter klausulerte dokumenter kan medføre kan være at forsvarer ikke tar imot dokumentene. Forsvareropdraget blir i et slikt tilfelle ytterligere vanskeliggjort idet grunnlaget for å påvirke etterforskningen eller for å føre kontroll er snevert. Mistenktes rettssikkerhet kan videre bli skadelidende.

¹¹⁷ Retningslinjer for forsvarere, punkt 4.

¹¹⁸ Retningslinjer for forsvarere, punkt 4.1.

¹¹⁹ Se Magnussen (2006) s. 108 og Rui (2017) s. 216.

Forsvarers innsynsrett er likevel en viktig rettssikkerhetsgaranti. Selv om forsvarer er avskåret fra å meddele klienten innholdet i dokumentene, kan han føre en viss kontroll med påtalemyndighetens etterforskningsskritt og om det er tilstrekkelig grunn, ut fra dokumentene innhold, til å iverksette tvangstiltak. Retten til å la seg bistå av en forsvarer på etterforskningsstadiet blir likevel begrenset til å omfatte en rettslig kontroll av de opplysninger som påtalemyndigheten bygger anklagen på.

5 Avsluttende og rettspolitiske refleksjoner

Avhandlingen har vist at mistenkte og forsvarer har en omfattende innsynsrett, samtidig som at påtalemyndigheten er gitt en vid adgang til å gjøre unntak fra mistenktes innsynsrett. Vurderingen av om innsyn skal nektes beror på en avveining av flere motstridende og kryssende momenter og kan derfor være vanskelig å foreta. Dette gjør at det også er utfordrende å utforme en konkret rettsregel for hvordan innsynsretten på etterforskningsstadiet skal reguleres. En skjønnsmessig vurdering som ikke krever konkrete holdepunkter, er videre vanskelig for påtalemyndigheten å begrunne, samt for retten å overprøve. Dette justeres i noen grad ved at påtalemyndigheten må vurdere hvert enkelte dokument de ønsker å klausulere.

Straffeprosessloven § 242 regulering av muligheten for å gjøre unntak begrunnet i etterforskningshensyn gir ikke uttrykk for den vurdering og begrunnelsesplikt som følger av Høyesteretts praksis. Bestemmelsen forutsetter riktignok at et avslag om innsyn begrunnes slik at mistenkte gis mulighet til å få prøvd påtalemyndighetens beslutning for en domstol. Likevel kan manglende presisering av dette i ordlyden medføre at avslag på innsyn ikke begrunnes i tilstrekkelig grad. En konsekvens av dette er at vurderingen av om mistenkte kan nektes innsyn i praksis utelukkende baseres på en vurdering av om innsyn vanskeliggjør etterforskningen, uten at det foretas en konkret vurdering. Forslaget til ny straffeprosesslov foreslår ingen endringer av dagens ordlyd, selv om det fremgår av lovforarbeidet hvordan regelen skal forstås. Til sist vil en skjønnsmessig vurdering, som ikke er særlig streng, øke faren for misbruk. Dette gjelder selv om påtalemyndigheten er underlagt en objektivitetsplikt.

Det stilles ikke særlige strenge krav til sannsynlighet for at innsyn kan medføre fare for bevisforspillelse eller at etterforskningen vanskeliggjøres. De momenter som er relevant å legge vekt på etter Høyesteretts praksis er svært generelle og det er vanskelig å trekke ut noe som er utslagsgivende for at innsyn ikke kan nektes. Samtidig står kontradiksjonsprinsippet som en sentral og viktig rettssikkerhetsgaranti i vårt straffeprosessuelle system. Selv om det foreligger en anerkjennelse om at det i enkelte tilfeller er nødvendig å gjøre unntak fra innsynsretten for å nå målet om en effektiv og tillitsskapende straffeforfølgning som klarlegger den materielle sannhet, er det derimot ikke i noens interesse at det klausuleres for sikkerhets skyld, noe gjeldende rett til dels gir uttrykk for. Det kan stilles spørsmål ved om påtalemyndigheten i større grad må akseptere det faktum at mistenkte ikke vil bidra til egen domfellelse og aktivt forsøke å destruere bevis.

Det faktum at forsvarers oppgave i vesentlig grad vanskeliggjøres i de tilfeller hvor mistenke nektes innsyn taler også med stor tyngde for at nektelse av innsyn bør kreve noe mer enn en objektiv omstendighet og en vurdering av de kryssende hensyn.

Et alternativ til dagens regulering av påtalemyndighetens adgang til å gjøre unntak fra mistenktes rett til innsyn, er at det bare kan skje i de tilfeller hvor innsyn medfører nærliggende fare for bevisforspillelse eller at etterforskningen ellers vanskeliggjøres.¹²⁰ Dette underbygges av at innsynsretten er en grunnleggende straffeprosessuell rettighet, som er en forutsetning for mange av våre straffeprosessuelle grunnprinsipper og rettssikkerhetsgarantier. Det er både i samfunnets, rettsstatens, påtalemyndighetens og mistenktes interesse at saken blir så godt opplyst som mulig på et tidlig stadium i saken. Unntak fra grunnleggende rettigheter som skal ivareta rettssikkerheten bør også bare foretas når det er tilstrekkelig grunn til det.

Avhandlingen har også vist at norsk retts regulering av mistenktes innsynsrett på etterforskningsstadiet er i samsvar med de krav som følger av EMK artikkel 6. EMK er imidlertid en konvensjon som skal passe for flere medlemsland med forskjellige rettssystemer. Dette innebærer at konvensjonens regulering av innsynsretten må være nokså generelt utformet og gir nødvendigvis ikke uttrykk for at reglene er *god*.

¹²⁰ Andorsen (2000) argumenterer for at det bare burde foreligge tilstrekkelig grunn til å gjøre unntak fra mistenktes rett til innsyn dersom det er nærliggende fare for at innsyn vil gi mistenkte mulighet til å forspille bevis og sammenligner det med kravet til sannsynlighetsovervekt som må foreligge for bevisforspillelse som grunnlag ved varetektfengsling etter straffeprosessloven § 171, jf. § 183.

Kilderegister

Lover

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

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

Lov 4.august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)

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

Lov 19.mai 2005 nr. 15 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)

Norske lovforarbeider og andre offentlige dokumenter

Innst. O. nr. 37 (1980-1981) Innstilling frå justiskomiteen om rettergangsmåten i straffesaker

Ot.prp.nr.24 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Prop.147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon)

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4.november 1950 (i kraft 3.september 1953) – Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)

International Covenant of Civil and Political rights, 16.desember 1966 (i kraft 23.mars 1976) – Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1977 s. 1207

Rt. 1991 s. 167

Rt. 1995 s. 1054

Rt. 1997 s. 1898

Rt. 1998 s. 1853

Rt. 2003 s. 877

Rt. 2003 s. 1599

Rt. 2004 s. 1080

Rt. 2004 s. 1308

Rt. 2004 s. 1642

Rt. 2005 s. 1137

Rt. 2007 s. 372

Rt. 2007 s. 1435

Rt. 2008 s. 378

Rt. 2010 s. 513

Rt. 2011 s. 1188

Rt. 2013 s. 1066

HR-2015-588-U

HR-2017-274-U

HR-2020-1001-A

HR-2021-2108-U

HR-2022-955-A

Avgjørelser fra EMD

Engel og andre mot Nederland (C) no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.juni 1976

Eckle mot Tyskland, (J) no. 8130/78, 15.juli 1982

Foti og andre mot Italia (J) no. 7604/76; 7719/76, 7781/77; 7913/77, 10.desember 1982

Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania (P) no. 10590/83, 6.desember 1988

Brandstetter mot Østerrike (J) no. 11170/84; 12876/87; 13468/87, 28.august 1991

Edwards mot Storbritannia (C) no. 13071/87, 16.desember 1992

Imbrioscia mot Sveits (J) no. 13972/88, 24.november 1993

Saunders mot Storbritannia (GC) no. 19787/91, 17.desember 1996

Foucher mot Frankrike (J) no. 22209/93, 18.mars 1997

Jasper mot Storbritannia (GC) no. 27052/95, 16.februar 2000

Rowe og Davis mot Storbritannia (GC) no. 28901/95, 16.februar 2000

Kress mot Frankrike (GC) no. 39594/98, 7.juni 2001

Öcalan mot Tyrkia (GC) no. 46221/99, 12.mars 2003

Edwards og Lewis mot Storbritannia (GC) no. 39647/98 og 40461/98, 27.oktober 2004

Galstyan mot Armenia (J) no. 26986/03, 15.november 2007

Natunen mot Finland (J) no. 21022/04, 31.mars 2009

Al-khawaja og Tahery mot Storbritannia (GC) no. 26766/05 og 22228/06, 15.desember 2011

Idalov mot Russland (GC) no. 5826/03, 22.mai 2012

Schatschaschwili mot Tyskland (GC) no. 9154/10, 15.desember 2015

Kikabidze mot Georgia (GC) no. 57642/12, 16.november 2021

Nevzlin mot Russland (J) no. 26679/08, 18.januar 2022

Bjarki H. Diego mot Island (J) no. 30965/17, 15. mars 2022

Juridisk litteratur mv.

- All (2018) All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5 utgave, Fagbokforlaget 2018
- Andorsen (2000) Andorsen, Kjell V, «*Mistenktes rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet*» Lov og Rett 2000/1, Årgang 39, s. 26-45
- Keiserud mfl.(à jour 1. juli 2022) Keiserud, Eirik, Sæther, Knut Eirik, Holboe, Morten, Jahre, Hans-Petter, Matningsdal, Magnus, Smørdal, Jarle Golten, *Straffeprosessloven, Lovkommentar, § 242*, Juridika.no (lest 5.desember 2022)
- Magnussen (2006) Magnussen, Lola, *Retten til dokumentinnsyn med særlig vekt på straffeprosessloven § 242a*, 1.utgave, Fagbokforlaget 2006
- Matningsdal (2013) Matningsdal, Magnus, «*kontradiksjon i sivile saker og straffesaker*» Jussens venner (2013) Årgang 48, s. 1-115
- Rui (2017) Rui, Jorun, *Mistenktes innsyn i straffesaken, i spenningsfelt mellom tillit og kontroll*, 1.utgave, Universitetsforlaget 2017
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A, *Rett og rettsanvendelse*, 1.utgave, Universitetsforlaget 2018
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2.utgave, Fagbokforlaget 2019

Norske forskrifter og rundskriv

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

Retningslinjer for forsvarere, 19.november 1999, jf. forskrift 20.desember 1996 nr. 1169
Advokatforskriften

Riksadvokatens rundskriv 22.desember 1999 (RA-1993-3)

Nettsaker

Thea N. Dahl, «Klausulering er et pressmiddel for å få gjennomført avhør», *Advokatbladet*
11.november 2019. <https://www.advokatbladet.no/forsvarergruppen-forsvarerseminaret-klausulering/klausulering-er-et-pressmiddel-for-a-fa-gjennomfort-avhor/145037> (lest
23.september 2022)

