

Avskjæring av ulovlig fremskaffede bevis i norsk straffeprosess

Kandidatnummer: 173 824
Veileder: Stein Husby
Antall ord: 14 989

Innhold:

1. Innledning

1.1	Problemformulering	s. 3
1.2	Presentasjon av problemfeltet	s. 3
1.3	Rettslige utgangspunkter	s. 3
1.4	Metodevalg	s. 4
1.4.1	Innledning	s. 4
1.4.2	De grunnleggende rettslige verdiene	s. 5
1.4.3	Konkret rettskildebruk	s. 5
1.4.4	Forholdet til sivilprosessens avskjæringsregler	s. 6
1.4.5	Forholdet til EMK	s. 7
1.4.6	FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter	s. 8
1.5	Verdier og hensyn	s. 8

2. Hoveddel

2.1	Plan for videre fremstilling	s. 10
2.2	Presentasjon av regelstruktur	s. 10
2.2.1	Grunnstrukturen	s. 10
2.2.2	Tilgrensende problemstillinger og avgrensninger	s. 11
2.3	"Ulovlig ervervet"	s. 11
2.4	Avskjæringsspørsmålet	s. 12
2.4.1	Innledning	s. 12
2.4.2	Gjentatt krenkelse	s. 12
2.4.3	Interesseavveiningen	s. 13
2.5	Presentasjon av typetilfellene	s. 15
2.5.1	Rettsikkerhetskrenkelser	s. 15
2.5.1.1	Innledning	s. 15
2.5.1.2	Formelle rettsikkerhetsgarantier	s. 16
2.5.1.2.1	<i>Rt. 2006 s. 582</i>	s. 16
2.5.1.2.2	<i>Rt. 1992 s. 698 - Treholtsaken</i>	s. 17
2.5.1.2.3	<i>Særlig om hastighetsmålinger</i>	s. 17
2.5.1.3	Ulovlig press og løfter	s. 18
2.5.1.4	Vernet mot selvinkriminering	s. 19
2.5.1.4.1	<i>Utgangspunkter</i>	s. 19
2.5.1.4.2	<i>Situasjonene med flere taushetsgrunnlag</i>	s. 21
2.5.1.4.3	<i>Forklaringsplikt overfor kontrollmyndigheter</i>	s. 23
2.5.1.5	Krenkelser av kontradiksjonshensynet	s. 24
2.5.2	Personvernkrenkelser	s. 25
2.5.2.1	Innledning	s. 25
2.5.2.2	Konkrete lovfestede bevisforbud	s. 26
2.5.2.3	Utløst avlytting	s. 27
2.5.2.4	Krenkelser av den fysiske integritet	s. 28

3. Avslutning

3.1	Betydningen av etterfølgende kontroll	s. 30
3.2	Tendenser i nyere tid	s. 30
3.2.1	Tendenser i lovgivningen	s. 30
3.2.2	Avskjæringsstandarden - endringer og utvikling	s. 31
3.3	De lege ferenda	s. 32

Litteraturliste og kildehenvisninger	s. 33
--	-------

1. Innledning

1.1 Problemformulering

Avskjæring av ulovlig fremskaffede bevis i norsk straffeprosess.

1.2 Presentasjon av problemfeltet

Avhandlingens fagfelt er straffeprosess, nærmere bestemt normene for erverv av bevis og adgangen til bevisførsel der normene er brutt ved beviservervet. Et naturlig spørsmål er hvilken reaksjon rettsstaten skal gi på normbruddene. Oppgavens fokus er avskjæring som reaksjonsmåte. Emnet er imidlertid så komplekst og omfattende at oppgavens utfordring er å gi en oversikt over de ulike hensyn som gjør seg gjeldende og over de typetilfellene som forekommer.

Temaet er aktuelt innenfor det juridiske fagfellesskap, men også i media. Samfunnet vårt er under utvikling, og både hensynet til personvern, hensynet til rettssikkerhet og hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse er fremme i samfunnsdebatten. Strømningene i samfunnet generelt påvirker også rettsutviklingen, og påvirker hvordan grunnleggende hensyn vektet mot hverandre når ulovlig ervervede bevis vurderes avskåret.

1.3 Rettslige utgangspunkter

Når det gjelder reglene for bevisførsel i straffesaker er de overordnede prinsippene fri bevisførsel (jf. Rt. 1990 s. 1008), fri bevisvurdering og muntlighet (jf. strpl. § 278 jf. § 305). Den frie bevisvurderingen var tidligere lovfestet i strpl. 1887 § 349 2. punktum, men bestemmelsen ble sløyfet som overflødig i strpl. 1981¹.

Den frie bevisførselen innebærer som utgangspunkt at alle vitner, gjenstander osv. som kan bidra til sakens opplysning kan føres som bevis. Det finnes imidlertid en rekke unntak fra dette utgangspunktet, hvorav visse følger direkte av strpl. For eksempel tillates ikke å føre bevis for vitners eller siktedesandel, jf. §§ 134 og 301.

En viktig gruppe unntak er forbud mot å føre visse vitner på grunnlag av taushetsplikter. Det er for eksempel ikke adgang til å føre vitner prester, advokater, osv. som vitner "om noe som er betrodd dem i deres stilling" jf. § 119. På samme måte kan retten fritta vitner for å svare på spørsmål om ting som er betrodd vitnet "under sjelesorg", jf. § 121.

Tilsvarende gjelder taushetsretter for vitner som har en spesiell tilknytning til siktede. For eksempel er visse familiemedlemmer, ektefelle, samboer, osv., fritatt fra vitneplikten jf. §§ 122 og 123. På samme måte kan alle vitner nekte å svare på spørsmål som vil utsette familiemedlemmer for rettsforfølgelse, jf. § 123. Tilsvarende gjelder for forretningshemmeligheter jf. § 124 og kildevern for redaktører av trykt skrift jf. § 125.

Det gjelder også unntak fra den frie bevisførsel for bevis fremskaffet på ulovlig vis. Reglene på dette punkt ble diskutert under forberedelsen av straffeprosessloven på 1960- og 70-tallet.

¹ Jf. *Innst.* s. 308.

Justiskomiteen uttalte i *Innst.* s. 197 at det "ikke [lar seg] gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. *Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side* som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for *oppklaring av saken*. Hovedregelen bør visstnok være at *beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte*. (...) Det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f.eks. at det vil være *støtende* at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler. En lovregulering av disse spørsmål er imidlertid vanskelig, og ville belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss. Man er derfor blitt stående ved å *overlate løsningen til teori og praksis* på samme måte som hittil" (mine uthevelser).

Her gir komiteen uttrykk for gjeldende rett og peker på hvilke hovedhensyn som står opp mot hverandre: Hensynet til oppklaring av saken står opp mot hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side, men sistnevnte hensyn skal tillegges liten vekt. I tillegg gis det signaler om at ulovlig ervervede bevis i utgangspunktet tillates, og at det er unntakene som må begrunnes. Men disse uttalelsene er gitt med forbeholdenhet, jf. "[h]ovedregelen bør visstnok være", og det er tydelig at man kun har ment å gi veiledende retningslinjer for utforming av detaljreglene. Den holdningen som kommer til uttrykk i innstillingen ble fulgt opp i *Prp.35* s. 179 jf. s. 139.

Rettskildesituasjonen inviterer altså til en analyse av rettspraksis for å finne ut hvor vid adgangen er til å føre ulovlig fremskaffede bevis i norsk rett. Samtidig vil det være fornuftig å se på synspunkter i teorien. Utviklingen av reglene har vært relativt stabil de siste 50 år, noe jeg vil vise gjennom å redegjøre for de viktigste rettskildene fra forarbeidenes tid og frem til 2000-tallet. Man vil også kunne finne tendenser i rettsutviklingen over tid. Disse vil jeg peke på senere i oppgaven. Men med det rettskildet bildet som foreligger blir den rettslige metoden utfordrende og krever en klargjøring i seg selv.

1.4 Metodevalg

1.4.1 Innledning

Jeg vil i dette delkapittelet ta for meg helt generelle betraktninger om hvordan rettskildeprinsippene skal anvendes på dette rettsområdet. Det er også nødvendig å si noe om de mest sentrale rettskildene, samt forholdet mellom nasjonale og internasjonale kilder.

Når ulovlig ervervede bevis avskjæres, skjer det som regel etter en avveining av de reelle hensynene som gjør seg gjeldende. Som det fremgår ovenfor har lovgiver delegert sin myndighet teori og praksis. Dette er en måte å si at alle reelle hensyn som det juridiske fagfellesskap i sum mener at er relevante skal trekkes frem og vektlegges.

Teoretikernes rolle er å peke på de hensyn som finnes. At de peker på dem har ingen rettskildeværdi i seg selv, men synspunktene vektlegges på grunn av sin egenverdi. For eksempel kan man se i de første dommene som finnes på dette rettsområdet fra etter straffeprosesslovens ikrafttredelse hvordan Andenæs og Bratholms artikler benyttes som kilder²; her er det argumentasjonen som blir lagt til grunn, og den bygger igjen på hensyn. På den andre siden vil teoretikernes vektning av hensyn kunne være en annen enn den Høyesterett foretar. I nyere tid, når regelstrukturen er konsolidert, er det som regel på dette punkt uenigheter mellom teoretikerne oppstår; de er uenige

2 Se f.eks. Rt. 1992 s. 698.

om hvilken vekt hensynene skal ha i interesseavveiningen. Her må Høyesterett være lydhør for tendenser.

1.4.2 De grunnleggende rettslige verdiene

Det finnes noen grunnleggende forutsetninger for rettstatens eksistens og legitimitet i dagens norske rettsskultur:

- Kravet til rettens legitimitet, herunder den demokratiske legitimitet.
- Kravet til forutberegnelighet og konsekvens.
- Kravet til rimelighet.

Spørsmålet er om disse gir anvisning på hvordan rettskildene skal vektlegges ved spørsmål om avskjæring av ulovlig ervervede bevis.

Hensynet til demokratisk legitimitet tilsier at lovgivers vilje skal vektlegges. Men lovgiver har på dette rettsområdet gitt myndigheten videre. Veiledningen dette gir i forhold til metodevalg er å vektlegge de kildene lovgiver har anvist - teori og praksis - sterkere enn i rene lovregulerte rettsspørsmål. Lovgivers konstante kompetanse innebærer imidlertid muligheten til nye signaler gjennom for- og etterarbeider. Eventuelle uttalelser bør derfor vektlegges i større grad enn såkalte «etterarbeider» tradisjonelt sett gjør. Likevel med en reservasjon for lite klargjørende uttalelser³.

Forutberegnelighet og konsekvens i lovverket tilsier å fortsette i samme kurs som tidligere praksis av reglene. Altså må rettspraksis tillegges stor vekt i tråd med rettskildeprinsippene. Likevel er det - som følge av lovgivers signaler i forarbeidene - grunn til å vektlegge obiter dictum i større grad enn ellers. Disse er i utgangspunktet kun å regne som teori med liten rettskildevekt. Men det kan dukke opp «viktige» obiter dicta i disse sakene. Dette forekommer kanskje fordi det er sparsomt med praksis og derfor behov for avklaring av reglene ut over det sakens faktum legger opp til. Det er relativt sjelden disse sakene dukker opp, og det er sjelden noe rent prejudikat for typen sak når det skjer.

Hensynet til konsekvens tilsier også at begrensningene i adgangen til å føre bevis tilpasses det øvrige skrevne og uskrevne regelverket. For eksempel kan det bli aktuelt å se til personregisterloven og arbeidsmiljøloven for å vurdere lovligheten av en kameraovervåkning, jf. Rt. 1991 s. 616 (se punkt 2.3). De verdier lovverket ellers gir uttrykk for bør også speiles i avskjæringsreglene.

Hensynet til rimelighet innebærer at domstolene bør følge de hensyn som til enhver tid er «ledende» på det aktuelle rettsområdet; da treffer de avgjørelser som oppfattes som rimelige. Forøvrig gir ikke rimelighetskravet noe særlig i forhold til hvilken metode man skal benytte, men ligger som en kvalitativ ytre ramme rundt hver enkelt rettsavgjørelse.

1.4.3 Konkret rettskildebruk

Den første sentrale dommen som kom etter straffeprosesslovens ikrafttredelse i 1986 var Rt. 1991 s. 616 (kassadame). Saken dreide seg om en ansatt ved et gatekjøkken som ble tiltalt for underslag, og hovedbeviset mot henne var hemmelige videoopptak gjort på arbeidsplassen. Hovedspørsmålet i

³ Sml *Torgersen* s. 81 om at etterarbeider bør anses som teori.

saken var om beviset skulle avskjæres på grunn av sin ulovlige beskaffenhet. Denne avgjørelsen er meget sentral og har blitt tillagt vekt i svært mange av Høyesteretts avgjørelser siden da. Derfor har denne avgjørelsen og senere avgjørelser som følger dens system fått særlig vekt som rettskilder.

Den neste viktige saken var Rt. 1997 s. 795 («far på bånd»). Her hadde en barnemor gjort hemmelige videoopptak av barnefaren i samvær med barna, og ønsket å bruke videoopptaket i en barnefordelingssak i ettertid. Beviset ble avskåret fordi det ville være støtende å føre et bevis som var blitt til på en sådan illojal måte. Dette var en sivil sak, men dommen blir henvist til også i straffesaker jf. f.eks. Rt. 1999 s. 1269 (fangevokter). Dette reiser metodiske spørsmål: Har straffeprosess-praksis gyldighet for tvistelovens bestemmelser om bevisforbud, og vice versa? Dette leder også til spørsmålet om den nye tvisteloven med forarbeider har verdi som rettskilde for de straffeprosessuelle reglene om bevisavskjæring.

Fangevoktersaken er den tredje viktige avgjørelsen som angikk spørsmålet om ulovlig ervervede bevis. Saken gjaldt en fangevokter som var mistenkt for å ha bistått en fange ved rømning, og politiet provoserte frem en tilståelse som ble tatt opp på bånd i skjul. Opptaket ble avskåret som bevis. Det blir vist til kassadame- og «far på bånd»-kjennelsen når rettsregelen presenteres (jf. s. 1272). Dette viser at de tre avgjørelsene sett i sammenheng har meget sterk rettskildevekt. De har også i senere praksis blitt tillagt denne vekten.⁴

1.4.4 Forholdet til sivilprosessens bevisavskjæringsregler

I fangevoktersaken nevnes «far på bånd»-kjennelsen som grunnlag for regelen uten at forholdet til sivilprosessreglene problematiseres. Dette reiser spørsmål om rettsstilstanden er en og samme uavhengig av skiller mellom sivil- og straffeprosessen.

Tvisteloven er av nyere dato, og inneholder en regel i § 22-7 om avskjæring av utilbørlig ervervede bevis. I Rt. 2007 s. 920 avsnitt 54 ble det uttalt at "[s]elv om denne loven ikke er trådt i kraft, har den likevel interesse, idet bestemmelsen tar sikte på å kodifisere gjeldende rett, jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 459 første spalte". Kommentaren dreier seg om tvistelovens manglende ikrafttredelse på domstidspunktet, men kan også tas til inntekt for at kodifiseringen av "gjeldende rett" er en og samme "gjeldende rett" for både sivil- og straffeprosessen. Det faktum at det vises til straffeprosess-praksis i tvistelovens forarbeider⁵ støtter dette standpunktet.

Følgende fremgår av NOU 2001:32 s. 961 andre spalte (mine uthevninger): "Hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. For å tillate beviset teller særlig hensynet til *sakens opplysning* og den betydning det har å oppnå en *materielt riktig avgjørelse*. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er *ervert ved kritikkverdige midler*, at bevisavskjæring vil kunne virke *preventivt*, at det kan virke *støtende å tillate bevisføringen*, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en *fortsatt og forsterket krenkelse* i forhold til den som er rammet. Det kriterium utvalget har valgt, fremhever spesielt det sistnevnte momentet. Andre momenter er *hvor alvorlig krenkelsen er*, om det dreier seg om en *materiell integritetskrenkelse* eller brudd på *formelle regler* ved ervert av beviset, om overtredelsen har betydning for *bevisverdien*, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på *annen måte*."

De hensynene og momentene som her trekkes frem er de samme hensynene og momentene som

4 Jf. f.eks. Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

5 Jf. NOU 2001:32 s. 960-962 og Ot.prp. 51 s. 459.

skal vektlegges innenfor straffeprosessen⁶. Dette tyder på at regelens innhold mer eller mindre er det samme innenfor sivil- og straffeprosess. Et annet poeng i denne sammenheng er at EMK artikkel 6 ligger som kvalitativ yttergrense for både sivile og straffesaker, slik at det som er «unfair» bevisførsel i en straffesak vil ofte være «unfair» i sivile saker. Både hensynet til regelutforming og -systematikk, hensynet til forutberegnelighet og hensynet til konsekvens tilsier at de sivil- og strafferettslige reglene her bør harmoniseres.

På den andre siden vil det på grunn av grunnleggende forskjeller på de to prosessformene være ulike hensyn som gjør seg gjeldende for de ulike regelsettene. For eksempel er hensynet til korrekt saksopplysning viktigere i straffeprosessen enn i sivilprosessen. Forskjellene tilsier at bevisavskjæringsreglene er forskjellige i de to prosessformene⁷. Imidlertid er grunntrekkene de samme, og den brede interesseavveiningen som foretas under avskjæringssspørsmålet⁸ åpner for å foreta ulike avveininger avhengig av sak og rettsområde⁹.

Dette kan illustreres ved en dom i Høyesterett, Rt. 2001 s. 668. I denne saken trekkes det klare paralleller til kassadamekjennelsen, selv om rettsspørsmålet var sivilrettslig: Spørsmålet var om en ansatt som var oppsagt på grunn av mistanker om underslag kunne kreve å få jobben tilbake fordi det avgjørende beviset i saken var et ulovlig videoopptak. Ulike hensyn i straffe- og sivilprosessen synes ikke å bli avgjørende, fordi faktumslikheten mellom sakene var såpass stor.

Til sammenligning ble det uttalt i Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 at «[r]eglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene *kan* bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak» (min kursivering).

Bevisavskjæringsreglene som her omtales synes altså å være universelle for begge rettergangssporene, noe som viser deres dynamikk. Dermed er rettskildene gjensidig anvendelige på tvers av regelsettene.

1.4.5 Forholdet til EMK

Det er interessant å se på forholdet mellom den brede interesseavveiningen og fairness-standarden etter EMK artikkel 6. EMD uttaler selv at EMK ikke innebærer noen retningslinjer i forhold til hvordan konkrete bevisregler skal utformes i nasjonal rett. For eksempel i *Schenk*-avgjørelsen uttales at "[w]hile Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law." jf. avgjørelsens punkt 46. Men i de fleste tilfeller der det er tale om å avskjære bevis som er ulovlig ervervet kommer spørsmålet opp om tiltalte har hatt en rettfærdig rettergang. Dermed foretar også EMD konkrete vurderinger av de ulovlig ervervede bevisene.

Høyesterett henviser ofte til avgjørelser i EMD, og norske regler søkes harmonisert med EMD-praksis. Harmoniseringen er nødvendig som følge av mrl. § 1 jf. § 2 og presumsjonsprinsippet som tilsier at norsk rett tolkes i lys av Norges internasjonale forpliktelser. Jeg vurderer det derfor som unødvendig å gjøre dyptgående undersøkelser av EMD sine avgjørelser isolert, ettersom oppgaven tar sikte på å redegjøre for reglene slik de følger av norsk rett. Men mange av hensynene som er relevante å trekke frem i fairness-vurderingen er de samme som gjør seg gjeldende i interesseavveiningen ved bevisavskjæring. Forholdene ligger altså til rette for at reglene utvikles i

6 Jf. punkt 1.3, sml. fangevokterdommen på s. 1272.

7 Jf. *Torgersen* s. 60-62.

8 Jf. regelstrukturen slik den presenteres i punkt 2.2.1.

9 Jf. *Torgersen* s. 61 med videre henvisninger.

samme retning, ettersom begge regelsett er kvalitative yttergrenser for en rimelig og rettfærdig rettergang.

1.4.6 FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

FN-SP gir bare retningslinjer og påberopes nesten aldri i forbindelse med bevisavskjæring. Ifølge *Torgersen* har "[b]estemmelsen (...) ikke spilt noen særlig praktisk rolle på dette feltet"¹⁰. FN sin menneskerettighetskomite uttalte i en sak at praktiseringen av bevisforbudsregler er opp til den enkelte medlemsstat, og at komiteen ikke er ankeorgan¹¹. Konvensjonen er i større grad enn EMK en prinsipperklæring, og de innstillingene menneskerettighetskommiteen gir blir ikke tillagt samme vekt som avgjørelser i EMD.

1.5 Verdier og hensyn

Ved analysen av rettspraksis er det viktig å ha i minne hvilke verdier og hensyn som ligger bak reglene om fri bevisførsel og bak reglene om bevisforbud og -avskjæring. Det er i stor grad disse verdiene og hensynene som ligger innbakt i teoretikernes meninger om hvordan reglene er og bør være. Hensynenes vekt kan variere fra sak til sak, men jeg vil her gi en oversikt over hvilke hensyn som er viktige.

Hensynet til korrekt saksopplysning ligger selvsagt i bunnen, og er hensynet som tilsier den frie bevisførsel.

Når beviset er ulovlig ervervet kan imidlertid bevisverdien være usikker. For eksempel i fangevoktersaken var det avgjørende beviset opptaket av en samtale mellom tiltalte og politiet, der tiltalte tilsto å ha bistått ved den tidligere rømmingssaken. Tiltalte anførte i retten at hans tilståelse var oppspinn for å overbevise om at han kunne utføre oppdraget. Bevisverdien ville vært sikrere dersom tiltalte hadde tilstått vel vitende om at politiet var hans samtalepartner. Dette medførte at hensynet til korrekt saksopplysning ble tillagt mindre vekt i avskjæringsvurderingen.

Et annet godt eksempel er "far på bånd"-saken. Det ble uttalt at bare en av partene har hånd om bevismaterialet og at denne har muligheter til "tilretteleggelse av situasjonen" ved fremskaffelsen¹². Derfor anså Høyesterett bevisets verdi som lav, noe som gjør at hensynet til saksopplysning står svakere i relasjon til akkurat dette beviset.

Legalitetsprinsippet på strafferettens område jf. GrL. § 96, tilsier at inngrep skal ha hjemmel i lov. Dette er et grunnleggende hensyn i straffeprosessen. Med andre ord innebærer legalitetsprinsippet at bevisinnhenting må foregå i tråd med de lover og regler som til enhver tid gjelder.

Formålet med prosessreglene generelt er å sikre en betryggende rettergang. Hensynene som ligger bak begrensningene i den frie bevisførsel varierer mellom de ulike bevisforbuds- og -fritaksreglene. For ulovlig fremskaffede bevisers del er det hovedsaklig to hensyn som begrunner avskjæring: Hensynet til siktedes rettssikkerhet, herunder hans vern mot selvinkriminering, og hensynet til siktedes personvern¹³.

10 Jf. *Torgersen* s. 79

11 Jf. *Torgersen* s. 79 med videre henvisninger.

12 Jf. Rt. 1997 s. 795.

13 Jf. Rt. 2007 s. 920, se punkt 2.5.

På motsatt side står ønsket om en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Politisk sett går strømmingene i begge retninger. For eksempel vil en eventuell innføring av datalagringsdirektivet innebære mer overvåking, og at personvern hensynet må vike for hensynet til bekjempelse av alvorlig kriminalitet. På den andre siden er både hensynet til rettssikkerhet og personvern formelt sikret gjennom internasjonale konvensjoner, blant annet FN-SP og EMK, og reelt sett styrket gjennom mrl. og praksis i EMD og Høyesterett. Rettsanvendere generelt påvirkes av disse strømmingene, dermed påvirkes også de domstolsutviklede reglene som her skal redegjøres for.

Det kan også trekkes sammenligninger til vår tids overvåkingsteknologi og dens tilgjengelighet for allmennheten. For eksempel er det mulig for allmennheten å se satelittbilder fra hele verden og bilder av gater rundt om i landets største byer. Det lagres mer dokumentasjon av hva som skjer i samfunnet nå enn før. Kanskje gjør denne utviklingen at overvåking aksepteres i større grad generelt.

I den sammenheng er det interessant å merke seg strl. § 147a om terrorbekjempelse. Dette er et område der personvern hensyn ofte må vike på grunn av at ordinære etterforskningsmetoder er ineffektive.

2 Hoveddel

2.1 Planen for fremstillingen

I tråd med problemformuleringen vil jeg i det følgende foreta en analyse av reglene for avskjæring av ulovlig ervervede bevis. Dette fordrer en undersøkelse av reglenes struktur og art, noe som i sin tur aktualiserer en rekke sentrale problemstillinger. Det er disse hovedproblemstillingene som er utgangspunktet for oppgavens hoveddel:

- 1) Hvordan er grunnstrukturen i reglene om bevisavskjæring?
- 2) Hva sier rettskildene om innholdet i det ulovfestede begrepet "ulovlig ervervet bevis"?
- 3) Finnes det én eller flere standarder for avskjæring, og har de eventuelt ulik karakter?
- 4) Hvilke hensyn kan generelt tas i betraktning i den brede interesseavveiningen?
- 5) Finnes det ulike modeller for hvordan de generelle hensynene skal veies mot hverandre i ulike faktiske situasjoner?

2.2 Presentasjon av regelstruktur

2.2.1 Grunnstrukturen

Den regelstruktur som ble anvendt i kassadamekjennelsen samsvarer med det som følger av forarbeidene¹⁴. Først må man vurdere *om det aktuelle beviset er ulovlig ervervet*. Deretter må det gjøres en «konkret bedømmelse» av om beviset skal avskjæres eller ikke. I kassadamekjennelsen gjøres denne vurderingen ganske kort, og det er vanskelig å fastslå hvordan Høyesterett har vektet momentene.

I fangevokterdommen benyttes delvis samme regelstruktur. Det må for det første foreligge et «ulovlig ervervet bevis». Det skjer imidlertid en nyansering av regelen ved at avskjæringsspørsmålet gjøres tosporet. Bevisene skal "normalt" avskjæres når det foreligger en «gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet», eller avskjæring kan følge av en «interesseavveining» (jf. s. 1272). Dommen synes å legge opp til to ulike avskjæringsstandarder, dette vil jeg komme tilbake til i punkt 2.4.

Også Rt. 1992 s. 698 (Treholtsaken) er av interesse ettersom den var en av de tidligste dommene som berørte problemstillingen. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant regelens innhold ved å gå via forarbeidene til eldre teori og praksis. For hvert tilfelle av ulovlig ervervet bevis må det gjøres en konkret vurdering av både prinsipielle hensyn og konkrete forhold i den enkelte sak, jf. kjennelsens s. 704-705.

Den interesseavveiningen som må foretas i hvert tilfelle er konkret og skjønnsmessig, men inneholder likevel en del bindende elementer i form av hvilke hensyn som har gyldighet og hvordan de skal vektet mot hverandre¹⁵. Regelen er dynamisk nok til å gjelde både i sivil- og straffeprosessen, jf. ovenfor, og til å følge rettsutviklingen med skiftende hensyn over tid. Det er her snakk om en rettslig standard¹⁶, men den dekker over så mange ulike typer tilfeller at det i praksis danner seg egne underkategorier med egne retningslinjer for hvordan hensynene skal vektet mot

14 Jf *Innst* s. 179, sml. punkt 1.4.4.

15 Se punkt 2.4 flg.

16 Jf. *Knoph* s. 1-14 flg.

hverandre¹⁷.

2.2.2 Tilgrensende problemstillinger og avgrensninger

Regelens kjerne er de bevis som er ervervet gjennom klare lovbrudd. Utenom kjernetilfellene forekommer det imidlertid en del situasjoner der de vurderingene som foretas er nært beslektede og de hvor tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende.

For eksempel kan situasjonen være at en tiltalt forklarer seg til tross for varsel om taushetsretten. Når tiltalte senere endrer rolle til vitne i sin samboers sak, aktiveres et ytterligere taushetsgrunnlag som fordrer varsel. Selv om beviset i utgangspunktet var lovlig ervervet blir det spørsmål om bevisavskjæring, hvor de samme hensynene gjør seg gjeldende.

Det forekommer også tilfeller der det foreligger en forklaringsplikt overfor kontrollmyndigheter, for eksempel skattemyndigheter eller tollvesenet. Vernet mot selvinkriminering aktiveres ikke fordi det ikke dreier seg om en strafforfølgelse¹⁸. Selv om forklaringer til kontrollmyndighetene er lovlig ervervede bevis, er det ved en etterfølgende straffesak naturlig å vurdere om vernet mot selvinkriminering er krenket og om beviset dermed må avskjæres.

Det er naturlig å omtale disse typetilfellene selv om de terminologisk sett ikke omfattes av problemformuleringen.

Et annet tilgrensende problemfelt er spørsmålet om såkalte utradisjonelle etterforskningsmetoder. Utgangspunktet er at det må foretas en konkret vurdering av fremgangsmåten i den enkelte sak¹⁹, noe som inviterer til å omtale tilfellene med utradisjonelle etterforskningsmetoder som utslag av den brede interesseavveiningen. Men de ulike tilfellene vil ha meget forskjellig karakter, og hensynene som gjør seg gjeldende er noe annerledes enn i de klassiske tilfellene av ulovlig ervervede bevis. For eksempel står hensynet til om lovbruddet ble fremprovosert av påtalemyndighetens handlinger sentralt. Derfor vil det å trekke opp presise grenser mellom det tillatte og det ulovlige kreve en grundig analyse av rettspraksis, og en slik omfattende gjennomgang er det ikke rom for å gjøre her.

Jeg nøyer meg derfor i utgangspunktet med å vise til *Strandbakken* sin gjennomgang av temaet²⁰. Likevel blir det naturlig å omtale noen av de rettsavgjørelsene som foreligger der bevis avskjæres på grunn av at de utradisjonelle etterforskningsmetodene har krenket konkrete rettssikkerhetsgarantier. Et godt eksempel er fangevoktersaken, der de utradisjonelle metodene representerte en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

Det samme gjelder for reelle bevismidler, disse skal jeg kun omtale i den grad ervervet av dem representerer personvernkrænkelser som av hensyn til EMK eller andre normer kan anses utilbørlig ervervet.

2.3 "Ulovlig ervervet"

17 Se typetilfellene i punkt 2.5 flg.

18 Jf. *Aall* (2007), kap. 17.3.

19 Jf. Rt. 2003 s. 1345 (s. 1348) og Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271).

20 Se *Strandbakken* s. 190-211.

Det neste sentrale spørsmålet er hva som ligger i det ulovfestede begrepet "ulovlig ervervet" slik det benyttes i rettspraksis. Det språklige utgangspunktet er at bevisavskjæring forutsetter at beviservervet strider mot en "lov", altså en positiv lovregel. Alle beviserverv som krenker en av straffeprosesslovens regler er dermed omfattet. Det samme gjelder krenkelser av menneskerettighetene i EMK jf. mrl. § 2. Likevel kan behovet for å avskjære bevis gjøre seg gjeldende selv om ingen lovfestet norm er brutt.

Et godt eksempel er kassadamekjennelsen, hvor det "vold[t]e tvil" om beviservervet var i strid med skrevne rettsregler. Retten fant "ikke lovtolkningsspørsmålene umiddelbart avgjørende" på grunn av sakens særegne karakter. Det avgjørende var at "fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel" jf. s. 623. Her tolker jeg Høyesterett slik at brudd på generelle prinsipper om vern av den personlige integritet kan representere et ulovlig beviserverv selv om ingen positive beviservervsnormer krenkes²¹.

I "far på bånd"-kjennelsen slås det fast at videoopptakene ikke trengte å være omfattet av strl. § 145 a for å oppfylle ulovlig-vilkåret, det var tilstrekkelig at den typen beviserverv som hadde blitt foretatt var "illojal[t] og støtende". Den som blir filmet har krav på beskyttelse mot den illojale og støtende adferden, altså finnes et slags ulovfestet vern av den personlig sfære. Merk forøvrig at etter menneskerettighetslovens ikrafttredelse kunne det rettslige grunnlaget vært EMK artikkel 8.

Enda mer presist uttales det i Rt. 2009 s. 1526 at "[a]v Rt-1997-795 følger det imidlertid at adgangen til å avskjære bevis også gjelder der beviset er skaffet på en lovlig, men likevel utilbørlig måte" (avsnitt 28).

Det er dermed klart at begrepet "ulovlig" omfatter brudd på både skrevet og uskrevet rett.

2.4 Avskjæringsspørsmålet

2.4.1 Innledning

Fangevokterdommen legger som nevnt opp til at når bevisførselen representerer en gjentatt krenkelse skal beviset normalt avskjæres, i motsetning til de øvrige tilfellene der det må gjøres en helhetsvurdering. Den brede interesseavveiningen er som nevnt ovenfor en rettslig standard med visse normative elementer. En viktig problemstilling er imidlertid om den førstnevnte avskjæringsnormen - den som gjelder for de tilfellene hvor det foreligger en gjentatt krenkelse - er av mer teknisk art, med vilkår og virkning. Eventuelt om det stilles kvalitative krav også til den gjentatte krenkelse, slik at det likevel må foretas en mer helhetlig vurdering.

2.4.2 Gjentatt krenkelse

Hovedspørsmålet her er om den gjentatte krenkelse fører automarisk til avskjæring. *Andenæs* bruker eksempelet der en prest eller en lege har gitt opplysninger til politiet i strid med sin taushetsplikt. Han konkluderer med avskjæring under henvisning til at det å tillate vitneførsel om den taushetsbelagte informasjonen blir "å gi den forrådte betroelse ytterligere utbredelse"²². I realiteten er dette uttrykk for at det vil bli en gjentakelse eller forsterkelse av taushetskrenkelsen. Slik jeg

21 Jf. kjennelsens s. 620-622. Sml. nedenfor i punkt 2.5.2.1.

22 Jf. *Andenæs* s. 270.

leser *Andenæs* er gjentakelsesmomentet viktig - men ikke alene avgjørende.

I fangevoktersaken forelå en gjentakelse av selvinkrimineringskrenkelsen, og derfor ble beviset avskåret uten noen bredere vurdering av saken. Det ble i den sammenheng uttalt at gjentatt krenkelse "normalt" medfører at beviset avskjæres. Dette tyder på en absolutt avskjæringsregel.

På den andre siden representerte beviservervet i kassadamekjennelsen - videoopptakene - en personvernkrenkelse. Å vise videomaterialet i retten var egnet til å «oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket». Likevel synes det å være en interesseavveining som førte til avskjæring jf. s. 623.

Tilsvarende var det i Rt. 1997 s. 1778, hvor beviservervet hadde krenket en taushetsplikt, og bevisførselen innebar en "fortsettelse av den krenkelse" som ervervet hadde medført. Likevel ble beviset tillatt. Dommen var imidlertid ikke et kjernetilfelle fordi de bevisene som ble påstått avskåret sto i et avledet forhold til lovbruddet som ble begått da taushetsplikten ble brutt. *Andenæs* bruker denne dommen som eksempel på at andre bevis som er fremkommet som følge av ulovligheten ikke skal avskjæres²³.

Oppsummert finnes det ikke noen absolutt avskjæringsregel av mer teknisk art, selv om det foreligger gjentatt krenkelse. Rettssetningen i fangevokterdommen må da presiseres slik at det uansett foretas en interesseavveining for å avgjøre om beviset skal føres, men at gjentakelsesmomentet normalt skal veie så tungt at det i disse tilfellene blir bevisforbud²⁴.

2.4.3 Interesseavveiningen

Det er tydelig at det er vanskelig å finne faste vilkår som leder automatisk til avskjæring, ettersom det finnes så mange både rettslige og faktiske variabler i det virkelige liv. Når bevisførselen ikke representerer en gjentatt krenkelse, eventuelt når det foreligger sterke motstående hensyn, blir spørsmålet om beviset skal avskjæres på grunnlag av en bred interesseavveining.

Et nærliggende spørsmål er da: Hva er egentlig vurderingstemaet i interesseavveiningen? Tvisteloven § 22-7 bruker den moderne formuleringen "fremskaffet på utilbørlig måte" som vilkår for avskjæring. Ordet utilbørlig gir ikke mer rent språklig enn at beviset må være skaffet på en måte som man ikke bør skaffe bevis på, og at beviset skal avskjæres når det fremstår som urimelig eller urettferdig å tillate det ført.

Er det da mulig å gi en oversikt over hvilke hensyn som generelt sett gjør seg gjeldende? Både forarbeider, teori og den sentrale rettspraksis gir gode utgangspunkter, jf. punkt 1.3, 1.4.3 og 1.4.4. I den brede avveiningen må både generelle og konkrete hensyn trekkes inn. De får også ulik vekt i hvert enkelt tilfelle, ut fra hvilke andre hensyn som gjør seg gjeldende.

Bevisets verdi er et sentralt moment. Når beviset er ulovlig ervervet vil bevisverdien være usikker, noe som igjen gir hensynet til saksopplysning mindre vekt i den konkrete saken, jf. punkt 1.5. Svak bevisverdi taler altså for avskjæring. Dette momentet trekkes frem i mange av sakene²⁵, og vil øke i styrke proposjonalt med ervervets grovhet. Altså er grad av utilbørlighet ved ervervet også viktig, og utgangspunktet er at formelle feil tillates jf. *Innst.* s. 197²⁶.

23 Jf. *Andenæs* s. 270.

24 Slik også *Torgersen* på s. 137-138. Se også punkt 2.5.2.2.

25 Jf. f.eks. Rt. 1997 s. 795, Rt. 2001 s. 1476 og spesielt Rt. 2009 s. 567 avsnitt 31.

26 Jf. også f.eks. Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

Forbrytelsens grovhet får ofte betydning, se for eksempel Rt. 2009 s. 1526. I denne saken var beviservervet illojalt, og bevisverdien var svak fordi opptaket var gjort av den ene parten i skjul og innebar på den måten manipuleringsmuligheter for den ervervende part. Men forbrytelsen - drapsforsøk - var så grov at hensynet til saksopplysning måtte veie tyngst. Dette illustrerer betydningen av et annet hensyn, nemlig sakens alvor²⁷. Er saken alvorlig tilsier hensynet til saksopplysning at adgangen til å føre bevis skal være stor, og at man kanskje ser gjennom fingrene på utilbørighetene. Men sakens alvor tilsier samtidig at den saksopplysning som finner sted skal være så korrekt som overhodet mulig. Dette behovet stiger i takt med hvor sterkt moralsk klander som er knyttet til handlingen som tiltalen går ut på. På denne måten er sakens alvor et hensyn som kan slå ut i begge retninger.

Hensynet til å disiplinere påtalemyndigheten trekkes ofte frem i interesseavveiningen. Dette hensynet har generelt liten vekt fordi man har andre sanksjonsmuligheter overfor påtalemyndigheten, jf. Innst. s. 197 hvor det uttales at "mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken". Denne holdningen har blitt fulgt opp i en del rettsavgjørelser, for eksempel Rt. 2006 s. 582 avsnitt 24. Likevel viser for eksempel Rt. 2001 s. 1476 at momentet har sin plass i avveiningen²⁸.

Litt annerledes blir det når den som erverver beviset er en privat part. Da har man ikke like gode sanksjonsmuligheter ved siden av avskjæring, og disiplineringshensynet får da en større vekt. Dette vil jeg peke på senere i oppgaven²⁹.

Om beviset er til tiltaltes skade eller gunst er også av betydning. Det er som regel uaktuelt å avskjære bevis som er til tiltaltes gunst, og avskjæring påberopes sjelden av påtalemyndigheten. Det blir imidlertid annerledes i sivile saker, der det alltid vil være en av to (mer eller mindre) likeverdige parter som lider skade av et utilbørlig fremskaffet bevis.

Et moment som ofte trekkes frem er de subjektive forhold når selve beviservervsnormen ble krenket; forelå for eksempel uaktsomhet, forsett eller hensikt? I Treholtsaken ble det lovfestede varslingskravet ved boligransakelse bevisst tilsidesatt av etterforskerne. Dette blir trukket frem i dommen men likevel ikke ansett avgjørende³⁰. I kassadamekjennelsen blir subjektive forhold hos erverver trukket frem: "Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant", jf. s. 620. Denne uttalelsen kom i forbindelse med vurderingen av om beviset er lovlig ervervet eller ikke. I den sammenheng er det uten betydning om erververen var i rettsvillfarelse og trodde han handlet i tråd med loven. Men i motsatt fall vil det klart få betydning for avskjæringsvurderingen. *Torgersen* mener denne uttalelsen har begrenset vekt.³¹

Muligheten for å fremskaffe beviset på annen måte har betydning for om beviset tillates eller ikke³². Det vil si at dersom det var fullt mulig å følge normene for beviserverv, men det ble likevel tatt en "snarvei", taler dette for avskjæring. Også hensynet til kontradiksjon trekkes inn i

27 Jf. Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

28 Se nærmere i punkt 2.5.1.2.1 flg.

29 Jf. nedenfor i punkt 3.2.2.

30 "Mot bruk av bevismaterialet taler først og fremst at gjeldende regler om ransaking *bevisst* ble satt tilside av påtalemyndigheten og politiet" (min kursivering), jf. s. 706.

31 Jf. *Torgersen* s. 166-167 med videre henvisninger til tvistelovens forarbeider og Bratholms artikkel "Ulovlig fremskaffet bevis".

32 Jf. Rt. 2007 s. 920.

interesseavveiningen i de sakene der det gjør seg gjeldende³³.

Det er også av betydning hvilken interesse som ble krenket ved beviservervet³⁴.

I sin reneste form kan man si at interesseavveiningen er en vurdering av hva som er rimelig. Når det brukes ord som «støtende» ledes tanken til at avskjæringsregelen er en sikkerhetsventil for å sikre at rettergangen oppfyller de krav til rimelighet og rettferdighet samfunnet stiller.

Jeg har her fremhevet hvilke hensyn som på et generelt plan har gyldighet. Dette viser at til tross for sin skjønnsmessige karakter, har avskjæringsregelen visse faste normative elementer slik at den representerer en rettslig standard. Imidlertid oppstår det konkrete, saksavhengige hensyn, som det ikke lar seg gjøre å gi en oversikt over uten å gå dypere inn i materien. Som nevnt foregår regelproduksjonen hovedsaklig i domstolene, og en analyse av rettspraksis vil vise om det finnes ulike modeller for hvordan de generelle hensynene skal veies mot hverandre.

2.5 Presentasjon av typetilfellene

Høyesterett kom i Rt. 2007 s. 920 avsnitt 53 med en uttalelse som inviterer til en todelt grovkategorisering:

«Bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte, kan i særlige tilfeller nektes ført når føringen av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende hensyn til personvernet eller rettssikkerheten, jf. Høyesteretts avgjørelser i Rt-1991-616 og Rt-1997-795. (...) [H]ensynet til personvern eller rettssikkerhet [må] være tilstrekkelig tungtveiende til at prinsippet om fri bevisføring må vike.»

Som det påpekes her er det personvern hensyn og rettssikkerhetshensyn som begrunner unntak fra den frie bevisførsel i de situasjoner det er tale om ulovlig ervervet bevis. Disse to hensynene kan riktignok overlappes hverandre. Likevel er de vesensforskjellige, og utgjør gode utgangspunkter for å undersøke om det finnes tydelige underkategorier til den rettslige standarden som bevisavskjæringsregelen er, jf. ovenfor.

Formålet med kategoriseringen er ikke å finne et system med vanntette skott mellom de ulike typene. Det vil derfor forekomme grensetilfeller og overlapping. Men poenget er heller å systematisere rettspraksis så langt som mulig, for å lette fremstillingen av detaljreglene.

2.5.1 Rettssikkerhetskrenkelser

2.5.1.1 Innledning

Når erverv av et bevis krenker rettssikkerheten til siktede er det snakk om grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som følger av prosessreglene generelt og i bevisreglene spesielt. Derfor er selvsagt straffeprosesslovens bestemmelser sentrale, og praksis rundt dem danner grunnlag for ulike typetilfeller.

Det finnes også rettssikkerhetsgarantier som kan utledes direkte av Grunnloven, for eksempel forbud mot pinlig forhør jf. § 96 andre ledd og ulovlige husransaker jf. § 102. Videre innfortolkes

33 Jf. Rt. 2007 s. 920.

34 Jf. *Strandbakken* s. 184, jf. Rt. 1992 s. 698.

i domskravet i § 96 et krav om en uavhengig domstol og kontradiksjon under rettergangen³⁵. Imidlertid brukes disse bestemmelsene aldri direkte som grunnlag for å si noe om innholdet i bevisreglene, verken i teori eller praksis³⁶. Dette kan kanskje forklares med at de rettssikkerhetsgarantier som følger av de nevnte grunnlovsbestemmelser konsumeres fullt ut av de prosessuelle garantiene som er knesatt i EMK jf. mrl. Derfor påberopes som regel EMK og ikke Grunnloven.

Rettssikkerhetsgarantiens innhold varierer. I den ene enden av skalaen står de rent formelle rettssikkerhetsgarantiene - helt rutinepregede regler som skal sikre siktedes rett til en betryggende rettergang. Videre finnes forbud mot press og løfter i avhørssituasjonen, noe som leder naturlig over til det mer omfattende selvinkrimineringsvernet. Til slutt vil jeg ta for meg beviserverv og bevisførsel som krenker kontradiksjonshensynet.

2.5.1.2 Formelle rettssikkerhetsgarantier

2.5.1.2.1 Rt. 2006 s. 582

Først tar jeg for meg et tilfelle der det ble funnet et våpen ved en ulovlig ransakelse i en bil, jf. Rt. 2006 s. 582. Det ble i denne dommen anført at politibetjentene var avskåret fra å forklare seg om hva de hadde funnet i bilen på grunnlag av at ransakelsen var ulovlig, ettersom det objektivt sett ikke forelå skjellig grunn til mistanke jf. strpl. §§ 192 og 195.

Det slås ganske kort fast at hovedregelen er at bevis kan føres til tross for feil, med henvisning til forarbeidene jf. dommens avsnitt 22. Det konstateres videre at bevisførselen ikke innebærer noen gjentakelse av den krenkelse som ransakelsen representerer. I avsnitt 24 går Høyesterett over til interesseavveiningen:

"Etter min mening er det klart at beviset heller ikke kunne vært avskåret på grunnlag av en interesseavveining. Avskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking. Men (...) lovgiveren [har] akseptert at et bevis kan føres selv om det knytter seg formelle feil til det."

Her berøres hensynet til å disiplinere politiet. Uttalelsen viser at Høyesterett følger forarbeidenes oppfordring til å legge liten vekt på disiplineringshensynet. På denne måten ivaretas rettens demokratiske legitimitet.

Videre uttales det at "i vår sak ville som nevnt politiet hatt materiell hjemmel for ransaking dersom det var kjent med pistolen og ammunisjonen eller i alle fall hadde et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke". Denne begrunnelsen for å ikke avskjære beviset er det grunn til å stille spørsmål ved. Innholdet i kravet om skjellig grunn til mistanke i strpl. §§ 192 og 195 er at det må foreligge objektive forhold som gir grunn til mistanke. At tjenestemennene ville kunne foretatt ransakelsen i den hypotetiske situasjon at det faktisk forelå mistanke bør etter min mening være irrelevant for avskjæringsspørsmålet. Hvis faktiske funn alltid reparerer mangel på objektive holdepunkter for mistanke vil mistankekravet uthules grovt.

Også *Torgersen* er kritisk til denne uttalelsen: "Det må understrekes at avgjørelsen i Rt. 2006 s. 582 ikke kan tas til inntekt for at bevisforbud er utelukket ved ulovlig metodebruk der mistankekravet i en tvangsmiddelbestemmelse ikke er overholdt. (...) Men avgjørelsen tyder på at manglende

35 Jf. *Aall* (2007) s. 344

36 Jf. *Torgersen* s. 66-68

oppfyllelse av mistankekrav ikke vurderes så alvorlig som det etter mitt syn kunne være grunn til ved bevisforbudsvurderingen"³⁷.

Også på det metodiske plan kan denne avgjørelsen kritiseres. I avsnitt 24 uttales også at saken er "vesensforskjellig fra Rt-1991-616 hvor Høyesterett kom til at bevis innhentet ved hemmelig video-overvåking på arbeidsplassen ikke kunne tillates ført". Denne uttalelsen viser hvordan Rt. 1991 s. 616 benyttes som kvalitativ nivåkontroll for bevisavskjæring.

Uttalelsen kan imidlertid tyde på en misforståelse av regelen på den måten at når det ikke foreligger like grove forhold som i kassadamekjennelsen, slår interesseavveiningen automatisk negativt ut. Denne tolkningen stemmer ikke overens med rettspraksis ellers. Det er nettopp derfor interesseavveiningen finnes; den åpner for å gjøre konkrete vurderinger og veie de relevante hensynene opp mot hverandre. En annen måte å forstå uttalelsen er som en lettvindt begrunnelse på papiret for utfallet av den interesseavveiningen dommeren har foretatt i eget hode. Tolket slik tyder uttalelsen på at den ulovlige ransakelsen iallfall *ikke* representerer et så grovt tilfelle at det skal avskjæres automatisk.

For å oppsummere gir denne dommen uttrykk for at selv om mistankekravet ikke er oppfylt tillates bevisførselen såfremt det ikke foreligger andre tungtveiende hensyn som taler for avskjæring. Det er imidlertid for meg usikkert om den vil opprettholdes i fremtiden.

2.5.1.2.2 Rt. 1992 s. 698 - Treholtsaken

I Treholtsaken ble det foretatt en ransakelse av Treholts bolig. Etter den dagjeldende strpl. 1887 var det ved husransakelse krav om at beboer eller en nabo skulle varsles i forkant av ransakelsen, for å kunne ivareta sine interesser, og være med å fjerne tvil om hva som ble funnet. Treholt ble ikke varslet om ransakelsen, og begrunnelsen for ikke å varsle var at påtalemyndigheten ikke fant det "formålstjenelig" for etterforskningen å varsle - selv om dette var praktisk fullt mulig, jf. s. 703.

Det forelå altså et ulovlig beviserverv, og det presiseres at "[v]arsel gjør det mulig for ham å vareta sine interesser, og kan medvirke til at det ikke senere oppstår tvil om de bevis som eventuelt blir funnet ved ransakingen", jf. s.706. Beviset ble likevel tillatt ført under henvisning til regelens formelle karakter, samt at bestemmelsen ikke var absolutt jf. at loven åpnet for unntak fra varslingsplikten, jf. s. 705.

På denne bakgrunn kan Treholtsaken tas til inntekt for formelle normbrudd ikke skal tillegges stor vekt i interesseavveiningen.

2.5.1.2.3 Særlig om hastighetsmålinger

Det forekommer at hastighetsmålinger gjennomføres i strid med regelverket som følger slike måleapparater. Det følger av Rt. 1998 s. 21 at "de begrensninger som instruksene fastsetter for bruk av slike apparater, ... anses som rettssikkerhetsgarantier" og som følge av dette bør "instruksbrudd som ikke er bagatellmessige, normalt ... føre til at målingen ikke kan benyttes"³⁸. Det uttales også at "[d]e krav Høyesterett her stiller, går ut over kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode", jf. Rt. 2001 s. 1476 på s. 1478.

37 Jf. *Torgersen* s. 164

38 Jf. Rt. 1998 s. 21, på s. 25-26.

Dette reiser spørsmål om beviskravet er annerledes i fartssaker enn i andre straffesaker³⁹.

Begrunnelsen for å ikke bruke målingene er at tilliten til lasermålinger skal ivaretas, jf. Rt. 2001 s. 1476 på s. 1480:

"Ved gjennomføring av hastighetskontroll med lasermålere, er det viktig at det ikke skal kunne reises tvil om riktigheten av måleresultatet. (...) Kravet om at apparatet skal holdes i ro under målingen, er etter min mening av så sentral betydning for å sikre et udiskutabelt resultat at et brudd på dette normalt må medføre at måleresultatet ikke kan benyttes."

Dersom brukerveiledningen og gjennomføringsreglene ikke følges vil det oftere forekomme innsigelser mot målingenes troverdighet, og dette vil igjen virke prosessskapende. Her kan det og dras veksler på momentene i interesseavveiningen: Fartsovertredelser er lite alvorlige saker, følgelig får hensynet til saksopplysning mindre vekt. Spesielt da man i slike saker selv uten fartsmålingen kan få dom for uaktsom kjøring eller for fartsovertredelse av lavere grad basert på vitneprov fra tjenestemenn eller fra tiltalte selv. Da blir det igjen åpent for å tillegge for eksempel disiplineringshensyn i større grad enn hva forutsetningen synes å være i forarbeidene.

De nevnte hensynene er hensyn som taler for en vid adgang til avskjæring, ikke for et strengere beviskrav. *Strandbakken* påpeker at det alminnelige beviskravet i strafferetten innebærer at rimelig, fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode, men ikke den tvil som kun er av teoretisk art. Han problematiserer ikke et eventuelt strengere beviskrav, men slår fast at beviskravet som praktiseres i Rt. 2001 s. 1476 er det samme som ellers i strafferetten⁴⁰.

Konklusjonen blir at beviskravet er det samme som i andre saker, men at avskjæringsadgangen er større på grunn av fartssakenes natur og på grunn av prosessøkonomiske hensyn⁴¹.

Som *Torgersen* påpeker er det "uklart hva et beviskrav *utover* et krav til rimelig tvil kan innebære, og kanskje er det mest realistisk å se det slik at instruksbrudd (...) rammes av *bevisforbud*. En slik betraktningssmåte støttes av at Høyesterett ikke konsekvent synes å legge opp til at fartsmålingene skal benyttes for det de er verdt i en fri bevisvurdering under et strengt beviskrav. Det åpnes snarere for at det helt skal ses bort fra målingene, noe som begrunnes med generelle rettssikkerhetshensyn som strekker seg utover den enkelte sak, og knytter seg til behovet for rutiner som minimerer risiko for feil og sikrer tilliten til lasermålinger."⁴² *Løvlie* bruker begrepet "det skjerpede beviskrav", og omfatter i dette den strenge avskjæringsnormen og kravene til saksutredning⁴³. Realiteten er imidlertid den samme uansett hvilke begrep man bruker.

2.5.1.3 Ulovlig press og løfter

Under etterforskningen av straffesaker forekommer det at siktede utsettes for et visst press eller løfter for å gis en ekstra motivasjon til å oppgi informasjon, mest praktisk om egne forhold. Strpl. § 92 andre avsnitt regulerer denne situasjonen, og slår kort fast at "[l]øfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes" under avhør. Spørsmålet er hvilket spillerom påtalemyndigheten har innenfor rammene av § 92.

39 Se også Rt. 2007 s. 10 i avsnitt 10, hvor det uttales at "ved spørsmålet om det har skjedd feil ved gjennomføringen av lasermålinger, gjelder beviskrav som går ut over kravet om at enhver rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode".

40 Se *Strandbakken* s. 462-463 jf. s. 362 med videre henvisninger.

41 Se *Løvlie* sin analyse av rettspraksis, særlig på s. 174-178.

42 Jf. *Torgersen* s. 65 med videre henvisninger.

43 Jf. *Løvlie* s. 166-167.

Et hensyn bak § 92 er at bevisverdien ofte blir meget usikker. Når det gjelder å avskjære bevis som er kommet til gjennom brudd på § 92 andre avsnitt, gjør hensynet til å motvirke de utilbørlige metodene seg gjeldende. Dog med liten vekt, jf. punkt 2.3.2.

Et tidlig eksempel fra rettspraksis er Rt. 1948 s. 46. Her hadde tre tiltalte blitt utsatt for sjokkbehandling i forbindelse med avhør der de til slutt hadde tilstått. Høyesterett uttalte at fremgangsmåten "fortjener skarp påtale". Det blir trukket frem at "[d]et er gått frem med åpenbar tilsidesettelse av en rekke av de prosessuelle bestemmelser som er gitt til vern for mistenkte og siktede personer. Og den hele aksjon synes preget av et syn på strafferettspleien som er fremmed for norske rettsbegreper, og som ikke i vårt land må få stå." Likevel ble ikke dommen opphevet, ettersom man ikke kunne se at feilen "kan ha virket bestemmende på dommens innhold", jf. s. 48. Dommens resultat blir i teorien omtalt som foreldet.⁴⁴

Et nyere eksempel fra denne kategorien er Rt. 1994 s. 1139. I denne saken påsto tiltalte at han hadde blitt gitt et løfte om amnesti hvis han forklarte seg om en narkotikaforseelse som var ment som bakgrunnsinformasjon i en drapssak. Senere ble det likevel tatt ut tiltale for narkotikaforseelsen. Det ble uttalt at det "som utgangspunkt [er] vanskelig å akseptere at politiforklaringer som er avgitt under "et løfte om amnesti", skal kunne kreves opplest etter straffeprosessloven § 290. (...) Spørsmålet må imidlertid, slik jeg ser det, avgjøres konkret". Det var imidlertid usikkert om løftet ble gitt eller ikke, og forklaringen ble tillatt brukt.

Strandbakken tolker denne dommen antitetisk, og tar den til inntekt for at dersom "en tilståelse for eksempel [er] fremskaffet gjennom (...) uriktige løfter el., må man legge til grunn at det ikke vil være adgang til å fremlegge bevis for tilståelsen ved opplesning av forklaringene".⁴⁵ Torgersen er mer reservert og holder fast på den konkrete vurderingen som må foretas i det enkelte tilfellet⁴⁶.

Konklusjonen blir at det også ved tilfeller av ulovlig press og løfter er rom for en interesseavveining, men den styres av hvordan § 92 tolkes og praktiseres.

Både fysisk og psykisk press i forbindelse med for eksempel avhør kan krysse grensen for det utilbørlige, selv om det går klar av § 92. En eventuell avskjæring vil da ofte bero på en helhetsvurdering av om selvinkrimineringsvernet er krenket⁴⁷.

2.5.1.4 Vern mot selvinkriminering

2.5.1.4.1 Utgangspunkter

Det prinsipielle utgangspunktet formuleres godt i fangevokterdommen: «Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffelse», jf. s. 1271. Prinsippet er lovfestet i strpl. § 232, og er nedfelt i FN-SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g. Det kan også utledes av EMK artikkel 6⁴⁸. Prinsippet innebærer i utgangspunktet et krav om at siktede varsles om retten til å være taus i forbindelse med avhør.

44 Jf. *Torgersen* på s. 218-219.

45 Jf. *Strandbakken* s. 184-185.

46 Jf. *Torgersen* s. 227-228. Se også *Øyen* s. 199-200.

47 For en utførlig gjennomgang av temaet, se *Øyen* kap. 6.4 og 6.5.

48 Se for eksempel *Funke-* eller *Saunders-*avgjørelsen, jf. bl.a. fangevokterdommen s. 1271.

Prinsippet er todelt: Siktete skal ha og varsles om retten til å være taus, og han skal slippe å bidra til egen domfellelse⁴⁹. Jeg behandler dem likevel samlet, under betegnelsen "selvinkrimineringsvernet". Det er to sentrale spørsmål: For det første hva som skal til før vernet krenkes, og for det andre hva som skal være følgen av krenkelsen.

Problemstillingene ble berørt i Rt. 2003 s. 549. Dette var en narkotikasak der siktete forklarte seg for politiet under samtaler i hans hjem. Så snart samtalene mellom siktete og politiet ble å betrakte som et avhør inntrådte kravet om varsel, både om hva saken gjaldt og om retten til å tie. Når siktete ikke hadde blitt varslet om sine rettigheter i forkant, forelå en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Følgelig var beviset ulovlig ervervet, og å tillate det ført var derfor en klar feil⁵⁰. Men siden beviset ikke hadde betydning for det påankede forhold, innvirket ikke bevisførselen på dommens resultat jf. strpl. § 343 første ledd. Lagmannsrettens dom ble derfor stående på dette punkt.

Et grensetilfelle for når vernet inntreer i forbindelse med avhør forekom i Rt. 2003 s. 1814, hvor politiet hadde stilt en person spørsmål om han hadde drukket og kjørt bilen han satt i. I motsetning til den ovennevnte saken opptrådte politiet åpent i uniform uten forutgående etterforskning og uten båndopptaker. Derfor ble den innledende samtalen ikke å regne som et avhør. Det presiseres i avnitt 21, under henvisning til *Khan*-saken, at det for denne typer saker ikke er "avgjørende hvor sentralt det aktuelle beviset er ved avgjørelsen av skyldspørsmålet". Det avgjørende argumentet for å akseptere beviset til tross for manglende varsel, var at det på ethvert trinn i prosessen var gode kontradiksjonsmuligheter⁵¹.

Dommen er kritisert i teorien. *Øyen* mener selvinkrimineringsvernet prinsipielt sett ble krenket, og anfører at det standpunkt Høyesterett inntar "bør betraktes som et utslag av konkrete omstendigheter i saken"⁵².

Selvinkrimineringsvernet er dynamisk, og vernets omfang påvirkes særlig av utviklingen i EMD jf. punkt 1.4.5. Fangevokterdommen legger til grunn at når bevisførselen representerer en gjentakelse av krenkelsen medfører det normalt avskjæring. Altså må det foretas en interesseavveining uansett, men denne "starter i motbakke" når det foreligger gjentatt krenkelse, jf. punkt 2.4.2. *Strandbakken* anfører i den sammenheng at Høyesterett i fangevokterdommen går for langt i å vektlegge vernet mot selvinkriminering, på bekostning av sakens materielle opplysning⁵³.

Også EMD foretar helhetsvurderinger, men ikke i relasjon til bevisavskjæring. Det som vurderes er om rettergangen i sin helhet har vært "fair"⁵⁴. For eksempel i *Khan*-saken, der en rekke medtaltale ble avlyttet i skjul inne på en celle de ble holdt på, var fremgangsmåten tilstrekkelig betryggende til at krenkelsen ble avhjulpet og bevisførselen likevel ikke krenket selvinkrimineringsvernet. På dette grunnlag kan det hevdes at fangevoktersaken er for absolutt, og går lenger i retning av å verne siktete enn EMK forplikter oss til. Men EMD sier også uttrykkelig at de nasjonale bevisforbudsreglene ikke er deres bord, jf. punkt 1.4.5. Og det er ikke kritikkverdig i seg selv å legge opp til sterkere rettsikkerhetsgarantier etter nasjonal rett enn etter EMK.

Også *Jalloh*-avgjørelsen viser at det må vurderes helhetlig om selvinkrimineringsvernet er krenket. *Rui* anfører med utgangspunkt i *Jalloh* at EMD i dag ville tillatt forklaringen som ble avskåret i

49 Jf. *Rui* s. 48-49.

50 Jf. dommens avsnitt 17 og 18.

51 Jf. dommens avsnitt 23. Se nærmere i punkt 2.5.1.5 om hensynet til kontradiksjon som begrunnelse for bevisavskjæring.

52 Se *Øyen* s. 196-197 med videre henvisninger.

53 Jf. *Strandbakken* s. 202 flg. Likedan *Rui* s. 64.

54 Se for eksempel *Khan*-avgjørelsen, jf. *Strandbakken* s. 205-206.

fangevoktersaken. Han forfekter altså et sterkere fokus på hensynene til fri bevisførsel og saksopplysning⁵⁵.

For å oppsummere står selvinkrimineringsvernet sterkt, men dets grenser er under utvikling både nasjonalt og internasjonalt. Vi ser også at på dette punkt harmoniseres interesseavveiningen med den konkrete helhestvurderingen EMD foretar etter artikkel 6, men at *fangevokterdommen* kanskje går lengre i å verne tiltalte enn EMK forplikter oss til.

2.5.1.4.2 Situasjonene med flere taushetsgrunnlag

For de situasjonene der det foreligger flere hjemler for taushet er fellesnevneren at den hvis forklaring ønskes lest opp i retten har to grunnlag for å tie, men har bare blitt opplyst om ett av grunnlagene i forkant av avhøret. Spørsmålet er om beviset skal avskjæres på grunn av at hensynene bak de forskjellige reglene er ulike. For tiltaltes del er hovedhensynet at vedkommende skal slippe å måtte velge mellom å lyve og å inkriminere seg selv, jf. § 232. For vitners del er det å slippe å inkriminere en nærstående som begrunner tieretten, jf. §§ 122 og 123. Skeie fremhever også hensynet til at vitnet kan få varige lidelser ved "at han ved sin forklaring har ødelagt en slektnings liv"⁵⁶.

Iblant argumenteres det med at den som har dobbeltrollen som regel er klar over at ens egen forklaring kan inkriminere nærstående medsiktede, og at vedkommende derfor har fått tilstrekkelig varsel gjennom § 232. Men formålet med denne rettssikkerhetsgarantien er å informere om retten til å være taus *på grunnlag av denne relasjonen*, og mange er ikke klar over sine prosessuelle rettigheter.

Problemstillingen var oppe i Rt. 1988 s. 314, og denne saken har blitt trukket frem i senere rettspraksis som veiledende for rettstilstanden. Saken gjaldt flere medsiktede brødre, som ikke ble varslet om retten til å tie på grunnlag av familierelasjonen, kun retten til å tie av hensyn til selvinkriminering. Likevel kom Høyesterett til at det "ikke [var] grunn til" å varsle om begge grunnlag "i forhold til en medtiltalt som var kjent med sin rett til å nekte forklaring" (s. 323).

Et lignende tilfelle hadde vi i Rt. 2008 s. 657. Bakgrunnen for saken var en av personene (E) først medsiktet i saken mot sin samboer (A), med varsel om taushetsrett etter § 232 men ikke etter § 122. Senere ble vedkommende kalt inn som vitne i gjenoptakelsen av saken mot A, med varsel etter § 122 i forkant av nye avhør. Da forklaringene hennes fra tiden som siktet ble ført som bevis, var spørsmålet om det var en feil at hun ikke hadde blitt varslet etter § 122 i forkant av de første avhørene.

Mindretallet (dissens 3-2) fremhever at rettsregelen er slik den følger av 1988-dommen og at denne regelen også ble fulgt opp i Rt. 2004 s. 1789. Mindretallets konklusjon blir at opplesing av forklaringen ikke var en saksbehandlingsfeil. Denne konklusjonen hviler delvis på at rettstilstanden i tidligere rettspraksis er relativt klar, men også delvis på at tiltale (E) hadde blitt varslet om retten til å være taus på et tidspunkt da samboeren var medsiktet jf. rettsregelen i Rt. 1988 s. 314.

Andrevoterende, som representerer flertallet, kommer derimot under tvil til motsatt resultat, og dommens resultat ble at opplesningen var en saksbehandlingsfeil. Begrunnelsen hviler på flere elementer: For det første at i den sammenlignbare 2004-saken hadde de oppleste forklaringene ikke

55 Jf. *Rui* s. 66-67.

56 Jf. *Skeie* s. 196.

inneholdt informasjon om den nærstående forhold, kun egne forhold. En annen relevant forskjell fra 1988-dommen var at alle de tre siktede i 1988 var siktede og vitner mot hverandre samtidig, men i 2008-saken var vitnet kun vitne, og relasjonen til den nærstående var eneste begrunnelse for vitnefritak. Altså var faktumsforskjellene store, noe som åpner for å fravike regelen rettspraksis gir uttrykk for. Samtidig tas et generelt forbehold om 1988-dommens gyldighet: "Jeg lar det for min del stå åpent hvor langt avgjørelsen fra 1988 (...) kan opprettholdes" jf. avsnitt 35.

Et annet element i begrunnelsen for å ikke tillate opplesning var vesensforskjellen mellom hensynene bak henholdsvis § 232 og § 122. Når man er siktet tar man hovedsaklig hensyn til seg selv, mens når man er vitne for en nærstående er situasjonen annerledes. Spørsmålet er da om det i 1988- og 2004-dommen ble lagt for liten vekt på denne vesensforskjellen, og om rettssikkerheten ble for lite vektlagt i disse dommene til å stå seg i forhold til dagens rettstilstand med økt fokus på prosessuelle rettigheter.

I år har en lignende sak vært behandlet⁵⁷, som kan bidra til klarlegging av gjeldende rett. Sakens kompleksitet krever en kort gjennomgang.

Hendelsesforløpet var at flere brødre var medtiltalte, og alle ble varslet om taushetsrett etter § 232 men ikke etter § 122. Forklaringene de hadde avgitt ble brukt i stor grad i tingretten, og det ble fellende dom. Alle anket over bevisbedømmelsen, og lagmannsretten fant at opplesing av forklaringene var en saksbehandlingsfeil på grunnlag av manglende varsel etter § 122. Standpunktet ble blant annet begrunnet med at Rt. 2008 s. 657 endret rettstilstanden fra 1988 og 2004.

Borgarting lagmannsrett avsa 21. januar 2010 kjennelse med slik slutning:

- « 1. Saken utsettes til behandling av nye dommere og ny lagrette.
2. Begjæringen om opphevelse av tingrettens dom tas ikke til følge. »

Påtalemyndigheten anket over kjennelsens punkt 1, med anførsel om at opplesningen ikke var en saksbehandlingsfeil. Høyesteretts ankeutvalg forkastet anken i Rt. 2010 s. 67.

Tiltalte anket over kjennelsens punkt 2, med anførsel om at saksbehandlingsfeilen var grov nok til opphevelse. Høyesterett forkastet denne anken i Rt. 2010 s. 456 under henvisning til at det *ikke* var en saksbehandlingsfeil å lese opp forklaringene i tingretten.

De to rettsavgjørelsene er motstridende, og rent formelt er rettsvirkningen at lagmannsrettens avgjørelse står seg (begge ankene ble forkastet). Spørsmålet er da hvilken rettstilstand vi har etter avgjørelsene i 2010.

Ettersom Høyesterett på s. 456 var i avdeling med 5 dommere må den reelle begrunnelsen i denne kjennelsen tillegges sterkere rettskildevekt enn ankeutvalgets kjennelse på s. 67.

Videre er konklusjonen reelt sett - i begge avgjørelsene - at 2008-dommen endrer rettstilstanden. Ankeutvalget (Rt. 2010 s. 67) bemerker i avsnitt 35 at det er "enig med lagmannsretten i at 2008-avgjørelsen medfører en viss endring i rettstilstanden". Men i Rt. 2010 s. 456 uttaler førstevoterende i avsnitt 30 at "[e]tter mitt skjønn bør imidlertid dommen i Rt-2008-657 fravikes". Regelen er følgelig at man skal varsles om begge grunnlag, og jeg antar hovedregelen er at manglende varsel medfører avskjæring i begge relasjoner; også når de koinsiderer. Men det er likevel mulig å gjøre unntak, basert på konkrete vurderinger av faktum. Dermed faller man tilbake på en konkret interesseavveining for å avgjøre om beviset skal avskjæres eller ikke.

57 Jf. Rt. 2010 s. 67 og Rt. 2010 s. 456.

Høyesterett har i sin siste avgjørelse tilsynelatende lagt opp til følgende regel: Så lenge personen det gjelder har blitt tydelig varslet om ett grunnlag før forklaringer blir avgitt er dette tilstrekkelig, selv om vedkommende ikke har blitt varslet om alle hensyn han har rett til å ta ved avgjørelsen om taushet. Dette viser at hensynet til saksopplysning vektlegges sterkt, og vesensforkjellen på hensynene bak de to fritaksreglene tones ned.

Jf. spesielt Rt. 2010 s. 456 avsnitt 33: "Mitt syn er altså at hensynene bak reglene om fritak fra vitneplikt om nærstående, jf. § 122 og 123, er tilstrekkelig ivaretatt gjennom den generelle orienteringen siktede får om at han eller hun ikke har plikt til å forklare seg. Dersom forklaringen fra en siktet om familiemedlemmers forhold skal nektes opplest fordi det ikke også er opplyst om straffeprosessloven § 122 og § 123, vil det skape et unødig hinder for opplysningen av straffesaker."

2.5.1.4.3 Forklaringsplikt overfor kontrollmyndigheter

Når noen blir undersøkt av kontrollmyndigheter, for eksempel skattemyndighetene eller tollvesenet, foreligger en lovpålagt plikt til å medvirke til undersøkelsene, med trussel om straff hvis man ikke følger plikten⁵⁸. Blant annet kan det være aktuelt å legge frem dokumenter eller praktisk å bidra til etterforskningen. Vi forutsetter at den som etterforskes har gjort noe straffbart. Dersom han ikke ønsker å inkriminere seg selv, og derfor unnlater å oppfylle medvirkningsplikten, risikerer han straff. Men dersom han forklarer seg og legger frem dokumentene risikerer han å bli strafforfulgt og få forklaringen brukt mot seg i retten.

Spørsmålet er om forklaringen skal avskjæres i den etterfølgende straffesaken. Det rettslige utgangspunktet er at i avhørssituasjonen gjelder ikke straffeprosessens regler (jf. strpl. § 1 "saker om straff") eller EMK artikkel 6 (jf. "criminal charge").

Problemstillingen har likevel vært oppe i forbindelse med om den etterfølgende straffesakens rettergang har vært «fair» jf. EMK artikkel 6. Etter artikkel 6 må det foretas en interesseavveining for å vurdere om bevisene kan brukes og hvordan, selv om selve beviset ikke kom til på en ulovlig eller utilbørlig måte. Rettesnoren for interesseavveiningen er "fairness", som etter min mening i stor grad er rettesnoren også for den interesseavveiningen som foretas ved bevisavskjæring, jf. ovenfor i punkt 2.4.3. Etter praksis i EMD er det avgjørende i forhold til om artikkel 6 er krenket om forklaringene er brukt på en måte som har "søkt å inkriminere" ("sought to incriminate") tiltalte⁵⁹.

I Rt. 1994 s. 610 (bølgepapp), var problemstillingen fremme. Flere bedriftsledere hadde forklart seg for prisdirektoratet om et ulovlig prissamarbeid, under forklaringsplikt. Under den etterfølgende straffesaken ble det anført at opplesning fra forklaringene krenket selvinkrimineringsvernet. Under henvisning til at beviservervet skjedde før straffesaken ble innledet, ble det konstatert at det ikke forelå krenkelse av EMK artikkel 6. I den sammenheng blir *Funke*-saken brukt aktivt, en sak der dagmulkt ble brukt som pressmiddel for å utlevere dokumenter i en straffesak, noe som hadde krenket selvinkrimineringsvernet. Imidlertid er fokuset situasjonen ved selve *beviservervet* i både *Funke*-saken og dermed også i bølgepappsaken, og det ble i bølgepappsaken ikke gjort noen selvstendig vurdering av om selve *bruken* av beviset var i strid med artikkel 6. Antakelig ville resultatet blitt et annet i dag, etter den konkrete vurderingen av bevisbruken som ifølge *Saunders*-avgjørelsen må foretas.

Spørsmålet var oppe igjen i Rt. 2007 s. 932. Saken gjaldt urettmessig bounndragelse og

58 Jf. f.eks. konkursloven § 101 og tolloven § 16-5.

59 Jf. *Saunders*-avgjørelsen avsnitt 72.

kreditorbegunstigelse, og tiltalte hadde forklart seg for kontrollmyndigheter før straffesaken kom opp. Det ble vist til *Saunders*-avgjørelsen og bølgepappsaken, og retten kom frem til at for å avgjøre om det foreligger krenkelse av selvinkrimineringsvernet må "måten forklaringene er brukt på vurderes i et helhetlig lys". Ved spørsmål om brudd på selvinkrimineringsvernet kan det "ikke trekkes noe skarpt skille mellom forklaringer avgitt på kontroll- og undersøkelsesstadiet og forklaringer avgitt under straffesak. Også bruk i straffesak av forklaringer avgitt under forklaringsplikt før straffesaken kan krenke vernet mot selvinkriminering", jf. avsnitt 24. Uttalelsen viser at man faller tilbake på interesseavveiningen selv om ulovlig-vilkåret i utgangspunktet ikke er oppfylt.

Det ble konkludert med at selvinkrimineringsvernet ikke var krenket, og det avgjørende var at måten forklaringene ble brukt på ikke hadde søkt å inkriminere siktede.

2.5.1.5 Krenkelser av kontradiksjonshensynet

Kontradiksjonshensynet legger føringer for adgangen til å føre bevis. Det mest praktiske spørsmålet er hvilke krav som stilles når man vil gjøre unntak fra muntlighetsprinsippet i strpl. § 287. For eksempel har et vitne som er fraværende i retten forklart seg for politiet på et tidligere tidspunkt, og det ønskes lest opp fra forklaringen. Situasjonen reguleres av strpl. § 297. Når det er siktede som ikke er tilstede regulerer § 290 situasjonen. En annen situasjon er der siktede eller vitnet forklarer seg motstridende med tidligere forklaringer. Dette reguleres av strpl. § 296 for vitners og § 290 for siktedes del. Det sentrale spørsmålet er om siktedes behov for å stille spørsmål til vitnet eller til kontradiksjon i forhold til sin egen forklaring begrenser adgangen til å lese opp fra forklaringene i retten.

Hensynet til kontradiksjon tilsier at den siktede skal gis anledning til å stille spørsmål til vitner. Denne rettigheten følger også eksplisitt av EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d; siktede skal ha adgang til å forhøre vitner. Spørsmålet er hvor absolutt dette kravet er, og hvilke begrensninger som må innfortolkes i straffeprosesslovens bestemmelser som følge av EMK artikkel 6.

Rt. 1992 s. 792 berører problemstillingen. Fornærmede i en voldssak ble avhørt uten at siktede eller hans forsvarer var tilstede. Han ble innlagt på sykehus før hovedforhandling og døde før siktede fikk anledning til avhør. Spørsmålet var om man kunne lese opp rapporten fra politiavhøret, eller om denne måtte avskjæres på grunn av manglende kontradiksjonsmulighet. Jeg siterer fra dommen:

"Isolert sett vil ikke straffeprosessloven § 297 være til hinder for opplesning av en slik forklaring når det er umulig å føre vitnet for den dømmende rett fordi vitnet er avgått ved døden. I norsk rettspraksis er imidlertid § 297 tolket i lys av Menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 krav om "fair trial". Etter Menneskerettighetsdomstolens praksis i tilknytning til konvensjonens artikkel 6 nr 3d skal tiltalte "as a rule" ha adgang til selv eller ved sin forsvarer å stille spørsmål til vitnet", jf. s. 795.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det ikke var anledning til å føre beviset på grunn av et absolutt krav til kontradiksjon. Høyesterett tok derfor stilling til om beviset likevel skulle kunne føres etter en "totalvurdering":

"Også i disse tilfellene må det være rom for en totalvurdering. Det ledende synspunkt må være hensynet til "fair trial", men hvor meget som i denne forbindelse kan kreves, må også sees i sammenheng med de muligheter som foreligger for bevisføring som tilfredsstillende de formelle krav konvensjonen stiller. Det må ellers blant annet tas hensyn til forbrytelsens art, om det er grunn til å betvile riktigheten av den foreliggende forklaring, og om det er konkrete spørsmål tiltalte hadde grunn til å stille vitnet. Jeg peker på

at det vil kunne virke støtende om man ut fra rent formelle betraktninger skal avskjære den eneste mulige bevisføring i en alvorlig straffesak. Jeg tilføyer at man har en sikkerhetsgaranti også i bevisbyrderegelen. Tiltalte skal ikke domfelles hvis det er rimelig tvil til stede. Ved denne vurdering må det også tas hensyn til kvaliteten av de førte bevis", jf. s. 795-796.

Her viser Høyesterett at det *kan* foretas en interesseavveining i slike tilfeller, med "fair trial" og reelle kontradiksjonsbehov og -muligheter som rettesnor. I tillegg gjør mange av de samme momentene seg gjeldende som etter avskjæringsregelen for ulovlig ervervede bevis, for eksempel forbrytelsens art og behovet for saksopplysning, samt bevisets verdi når kontradiksjon ikke har funnet sted. Merk forøvrig uttalelsen om at det kan være "støtende" å avskjære sentrale bevis kun på grunn av formaliteter - det vil være en *urimelig* avveining mellom hensynet til saksopplysning og hensynet til kontradiksjon. Dette viser at hensynet til rimelighet, jf. punkt 1.4.2, er et viktig moment som kan slå ut i begge retninger i interesseavveiningen.

Likevel er det interessant at man ikke drar veksler på rettspraksis fra EMD. Kanskje fordi det ikke ble prosedert av partene, og muligens fordi straffeprosessloven tolket i lys av artikkel 6 alene løser spørsmålet. Særlig når man kan vise til en konkret totalvurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i hver enkelt sak.

Rt. 2004 s. 1789 tok også opp spørsmålet om adgangen til å lese opp vitneforklaringer under manglende kontradiksjonsmuligheter. Tilfellet var at to av vitnene nektet å forklare seg i retten, og påtalemyndigheten ønsket å lese opp forklaringer de hadde avgitt på et tidligere stadium i saken. Høyesterett viser til artikkel 6, slik som i 1992-saken, men viser også til praksis fra EMD. Spesielt nevnes *Lucà*-avgjørelsen fra 1996, som slår fast at når en domfellelse "solely or to a decisive degree" er basert på forklaringer fra et vitne som tiltalte ikke har fått anledning til å avhøre, foreligger det en krenkelse av artikkel 6⁶⁰. Høyesterett gjennomgår en del norsk rettspraksis og viser at formuleringene som har blitt brukt de foregående 15 årene har variert noe. Men det slås fast at så lenge EMK er kilden til regelen, er det irrelevant hvilke ord man bruker så lenge innholdet av regelen samsvarer med EMD sin praksis.

I Rt. 2009 s. 567 var tilfellet at vitnet var død, og spørsmålet var om adgangen til å spille av lydopptak av vitnet til tross for at det ikke var anledning til å stille spørsmål. Det uttales at opptakene kan brukes såfremt saken ikke "*bare* eller *i avgjørende grad*" er basert på dem, jf. Rt. 2004 s. 1789. Det vises også til *Gossa*-avgjørelsen fra 1999 for å avklare at selv om vitnet ikke er å oppspore, eller tilsvarende for et vitne som er død, gjelder den samme regelen.

Den rettsutviklingen som finner sted viser at grensedragningen mellom opplesningsadgang og bevisforbud for politiforklaringer avhenger av EMK artikkel 6 og EMD sin praksis. Dermed blir EMD premissleverandør for utviklingen av de norske rettsreglene, sml. punkt 1.4.5.

2.5.2 Personvernkrænkelser

2.5.2.1 Innledning

Det finnes både lovfestede og ulovfestede regler til vern av den personlige sfære. De ulovfestede er uten klare grenser. Men at det finnes ulovfestede normative elementer er likevel ikke tvilsomt. Personverndommen i 1952 viser til at det "i norsk rett finnes et alminnelig rettsvern for personligheten"⁶¹. Videre heter det at "[m]er komplisert blir spørsmålet når det dreier seg om hvor

60 Jf. Rt. 2004 s. 1789 avsnitt 15.

61 Jf. Rt. 1952 s. 1217 på s. 1219.

langt dette rettsvern rekker", men at de enkelte lovbestemmelser som finnes til vern av personligheten er "enkeltstående utslag" av dette alminnelige vernet. I personverndommen vises det til blant andre Knoph og Andenæs som støtte for at det finnes et slikt alminnelig prinsipp.

I kassadamekjennelsen blir det ansett unødvendig å konkludere med lovstrid, da videoopptakene uansett var i strid med "alminnelige personvern hensyn"⁶². Det er altså tydelig at det finnes et alminnelig prinsipp om vern av personligheten. Det er imidlertid usikkert hvor sterkt prinsippet står som grunnlag for bevisavskjæring. Men som Arnholm presiserte allerede i 1959 er vernets innhold dynamisk, og "man må regne med at nye vurderinger gradvis gjør seg gjeldende, og at vernet gradvis vil bli strakt lengere"⁶³. Spørsmålet i det følgende er hvilket innhold den rettslige avskjæringsstandard har når det hovedsaklig er personvern hensyn som taler for avskjæring.

Vernet av privat- og familielivet har blitt satt under ytterligere påvirkning som følger av EMK artikkel 8. Denne er en prinsipiell kodifisering av nettopp de samme hensynene som ligger bak vernet av personligheten, og gir dem en bedre rettskildemessig forankring.

2.5.2.2 Konkrete lovfestede bevisforbud

Det er ikke adgang til å ta beslag i og føre for retten dokumenter hvis innhold er omfattet av taushetsplikter, jf. strpl. § 204 jf. §§ 119-121 og 124-125. Disse bestemmelsene inneholder også forbud mot å la vitner forklare seg om taushetsbelagt informasjon. For å ivareta hensynene bak taushetsplikten gjelder disse begrensningene også i forhold til polititjenestemenn.

Det oppstår i praksis grensetilfeller, der læren om avskjæring av ulovlig ervervede bevis kommer til anvendelse. For eksempel var et tilfelle om taushetsbelagt informasjon oppe i Rt. 2009 s. 1526. Saken gjaldt et drapsforsøk mot en leder av en kriminell gjeng. For å søke forsoning mellom to rivaliserende gjenger tok en prest initiativ til meklings mellom to lederskikkelser i miljøet som begge sonet straffer i fengsel. Presten lovet konfidensialitet, men fornærmede gjorde skjulte opptak av samtaler, og opptaket ble forsøkt ført som bevis i saken mot den antatte gjerningsmannen.

Selve opptaket var i og for seg lovlig, men under henvisning til kassadamekjennelsen og "far på bånd"-kjennelsen uttales at også lovlige, men utilbørlige bevis kan avskjæres. Det var riktignok ikke et direkte § 119-spørsmål, men situasjonen var nærliggende og hensynene bak § 119 ble brukt i interesseavveiningen som ble foretatt⁶⁴.

Det trekkes frem i avsnitt 31 at det er "illojalt å gjøre bruk av" en konfidensiell samtale. Illojaliteten retter seg mot den berettigede forventning vedkommende hadde til at samtalen skulle forbli fortrolig. I tillegg påpekes at når den ene parten står for ervervet blir bevisets grad av objektivitet svak og dermed bevisverdien tilsvarende, ettersom vedkommende kan forsøke å "styre samtalen for sine formål" og i tillegg "manipulere/forfalske opptakene".

Til tross for disse tungtveiende hensynene ble likevel beviset tillatt ført under henvisning til at saken gjaldt en "meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende". Som støtte for konklusjonen vises det også til at presten ikke var særlig deltakende i samtaler men at samtalen hovedsaklig gikk mellom de to innsatte. Dette oppveier etter min mening likevel ikke inntrykket av konfidensialitet, som jo var forutsetningen for den forsonende samtalen.

62 Jf. punkt 2.3. Sml også "far på bånd"-kjennelsen.

63 Jf. Arnholm s. 93.

64 Jf. dommens avsnitt 29 og 30.

Noe som er verdt å merke seg er at rettsgrunnlaget for regelen om avskjæring her er tvl. § 22-7. Det uttales i dommens avsnitt 29 at "[i] tvisteloven er reglene som er utviklet gjennom rettspraksis, kodifisert i § 22-7". Ut fra konteksten er det tydelig at de reglene det er tale om er avskjæringsreglene som gjelder både i straffesaker og sivile saker⁶⁵.

I tillegg kan man stille spørsmålet om denne saken - rent metodisk - kanskje kunne vært vurdert som et tilfelle av gjentatt krenkelse av hans private sfære. På dette punkt kunne man med fordel anført EMK artikkel 8 som støttegrunnlag. Imidlertid tydeliggjør 2009-dommen at gjentatt krenkelse-momentet ikke alltid er avgjørende, og den underbygger min tolkning av fangevokterdommen, jf. punkt 2.4.2.

Det finnes også bestemmelser som forbyr å ta beslag i og føre som bevis adressert post, telegram, eller andre sendinger, jf. strpl. §§ 211-212. Disse er utslag av hensynet til personvern, spesielt vernet av avsender av brevet. Dersom beslag er gjort etter rettens kjennelse jf. § 211, kan brevet føres som bevis med samtykke fra avsenderen jf. § 212. Dersom disse reglene ikke er fulgt vil det kunne bli aktuelt å avskjære bevisene som ulovlig ervervede.

2.5.2.3 Utilbørlig avlytting

Straffbar og annen utilbørlig avlytting er en viktig kategori tilfeller. Som man kan se ovenfor er Rt. 2009 s. 1526 et eksempel som både kan omtales under taushetsplikter og under utilbørlig avlytting. Men sakens særpreg av konfidensialitet gjør at den etter min mening passer best ovenfor.

Av tidligere praksis er kassadamekjennelsen selvsagt sentral, her var det hensynet til den ansattes personlige sfære som i hovedsak begrunnet avskjæring. Kjennelsen viser at hensynet har tung vekt ved tilfeller av utilbørlig avlytting.

Også i Rt. 2000 s. 1345 var det spørsmål om det forelå ulovlig ervervede bevis. Tilfellet var at en politimann hadde besvart tiltaltes inngående telefonsamtaler på en lovlig beslaglagt telefon, og utgitt seg for å være en bekjent av tiltalte. Ettersom beslagshjemmelen var fulgt ville det være tillatt å lese tekstmeldinger og lytte til talepostkassen. Dermed anså Høyesterett det som innenfor påtalemyndighetens kompetanse å besvare samtaler i kraft av beslaget.

Spørsmålet var da om det krenket tiltaltes personlige sfære å tillate politibetjenten å vitne om hva som ble sagt under samtalene. Ved behandling av dette spørsmålet peker Høyesterett på utgangspunktet om at det foreligger hjemmel for beslag. Videre gjøres det sammenligninger med adgangen til lovlig beslag av privat korrespondanse jf. strpl. § 204. På dette grunnlag konkluderer Høyesterett med at verken det ulovfestede vernet av personligheten eller EMK artikkel 8 ble krenket, selv om det ikke forelå en egen avlyttingshjemmel i tillegg til beslagshjemmelen⁶⁶.

Et aktuelt spørsmål er om det er aktuelt å avskjære bevis på grunn av gjentatt krenkelse av personvernet i slike og lignende tilfeller. For eksempel er det foretatt ulovlig avlytting av private samtaler, og så anføres det at spredning av de private samtalene ved avspilling er en gjentatt krenkelse av tiltaltes private sfære. Her kan det være aktuelt med avskjæring, men det skal nok mye til. Det er imidlertid lite å hente i rettskildematerialet på dette punkt. Og i tråd med uttalelsen i fangevokterdommen om at gjentatt krenkelse "normalt" fører til avskjæring⁶⁷, vil det avhenge av

65 Jf. henvisningene til hhv. kassadamekjennelsen og "far på bånd"-kjennelsen..

66 Jf. Rt. 2000 s. 1345 på s. 1349.

67 Jf. punkt 2.3.1.

situasjonen og krenkelsens grovhet.

Et annet spørsmål er om krenkelse av artikkel 8 ved ervervet medfører at rettergangen blir urettferdig jf. artikkel 6. *Aall* hevder at selv om beviservervet "har vært ansett å krenke artikkel 8 (...), viser praksis at det skal mye til før en anvendelse av beviset krenker artikkel 6. Bevisets betydning (vesentlighet) står sentralt i vurderingen"⁶⁸.

Ulovlig avlytting forelå også i Rt. 2001 s. 558. Dette var en sivil sak, hvor en ansatt hadde blitt avskjediget etter anklager om underslag fra en bestemt kasse. Arbeidsgiveren hadde montert et skjult kamera ved denne kassen og gjort opptak av alle de ansatte som benyttet denne kassen, med det formål å avsløre eventuelle underslag. Arbeidstakeren krevde jobben tilbake ad rettens vei, og spørsmålet var om opptakene skulle avskjæres. Kjæremålsutvalget kom til at "[k]lare personvernomsyn talar (...) for at eit slikt opptak i utgangspunktet ikkje er skaffa fram på lovleg måte". Under interesseavveiningen ble følgende uttalt:

"Det er i denne saka tale om ei alvorleg integritetskrenking. Målretta, hemmeleg videoovervaking på arbeidsplassen vil av ein arbeidstakar måtte opplevast som sterkt krenkande. Som framheva i Rt-1991-616 vil domstolane ved si allmenne haldning til slike bevis kunne motvirke bruk av bevis som er skaffa fram på ein slik måte."⁶⁹

Altså er hensynet til å motvirke ulovlige beviserverv fra private parter et viktig hensyn. Det er interessant å merke seg dette hensynets vekt i motsetning til de tilfeller der det ulovlige forhold ligger hos påtalemyndigheten⁷⁰. Det ble også uttalt at "[p]rinsipielle omsyn her må vege tyngre enn den konkrete vekta eit slik opptak kan tenkjast å ha som bevis i saka." Konklusjonen ble dermed at beviset ikke ble tillatt ført.

2.5.2.4 Krenkelse av den fysiske integritet

Utgangspunktet for ulovlig ervervede reelle bevismidler er at de ikke avskjæres⁷¹. Reelle bevismidler som er en del av en persons legeme står i en særstilling. Adgang til å erverve slike bevis er regulert av strpl. § 157. Bestemmelsen hjemler "kroppslig undersøkelse når det antas å være av betydning for opplysning av saken og ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep". Videre er det hjemmel for å innhente biologisk materiale med sikte på DNA-analyser. Det er imidlertid rettssikkerhetsgarantier innbakt i § 157, som medfører at bevisene er ulovlig ervervede dersom vilkårene i § 157 ikke er oppfylt.

Spørsmålet er da om disse bevisene skal avskjæres. Utgangspunktet er som nevnt at reelle bevismidler tillates ført. Men det fremstår likevel som støtende om rettssystemet skal kunne ta i bruk bevis som er fremskaffet gjennom en krenkelse av den fysiske integritet. *Andenæs* er derfor positiv til avskjæring i disse situasjonene.⁷² Men uttalelsen hans er meget generell, og det vil i praksis kunne komme opp tilfeller i begge ender av alvorlighetsskalaen. Jeg har ikke lyktes å finne norsk rettspraksis til veiledning av grensedragningen på dette området. Men det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende i forskjellige situasjoner, og med varierende styrke.

68 Jf. *Aall* (2007) s. 374.

69 Jf. Rt. 2001 s. 668 på s. 671.

70 Se punkt 3.2.2.

71 Jf. *Andenæs* s. 270 med henvisninger til rettspraksis.

72 Jf. *Andenæs* s. 271: "det dreier seg om et direkte inngrep i siktedes person og at det er en del av hans legeme man bemektiger seg som bevis".

Ved bruk av tvang gjør hensynet til den personlige fysiske integritet seg gjeldende med stor tyngde. I disse situasjonene virker det særdeles støtende å tillate bevisførsel; for eksempel har ervervet representert en straffbar legemsfornærmelse. I de grovere tilfellene er det også aktuelt å se hen til om EMK artikkel 3 om vern mot umenneskelig behandling er krenket⁷³.

Foreligger det brudd på artikkel 3 om tortur og umenneskelig behandling ved beviservervet, antar *Aall* at det automatisk blir en krenkelse av "fairness"-kravet i artikkel 6⁷⁴. Det var tilfellet i *Jalloh*-avgjørelsen i EMD. Saken gjaldt at klageren hadde svelget noen poser med narkotika og spanende politi fattet mistanke. EMD slår fast (riktignok under dissens 10-7) at tvangsinnførsel av brekkmiddel via en slange gjennom nesen og ned i magen krenket artikkel 3. *Gäfgen*-avgjørelsen fastslår at også avledede bevis som er fremkommet som en følge av den umenneskelige behandling må avskjæres for å opprettholde minstekravet i artikkel 6⁷⁵.

Prinsipielt sett er situasjonen den samme når biologisk materiale innhentes uten mistenktes samtykke. For eksempel spyttprøver fra kaffekoppen på kontoret eller hårstrå fra en lue med sikte på DNA-analyse. Men det vil være en høyere terskel for avskjæring når integritetskrenkelsen er mildere. For en grundigere gjennomgang av de ulike situasjonene som kan forekomme, se *Torgersen* kapittel 5.7.

73 For eksempel kunne dette være aktuelt i et tilfelle som Rt. 1948 s. 46.

74 Jf. *Aall* (2007) s. 361. Forøvrig anser han det som et grensetilfelle ift. krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Se også *Torgersen* kapittel 5.7.3.

75 Jf. *Øyen* s. 256.

3 Avslutning

3.1 Betydningen av etterfølgende kontroll

Et spørsmål er hvilken betydning det har om avskjæring vurderes før beviset føres eller etter beviset har blitt ført i retten. Før beviset føres vet man mindre om bevisverdien og om innvirkningsmuligheten. På samme måte vil man ved etterfølgende vurdering se tydeligere hvilken bevisverdi det aktuelle beviset i realiteten hadde, basert på hva beviset sier noe om. Derfor forekommer det at bevis som kanskje skulle ha vært avskåret kunne bli stående fordi beviset ikke hadde verdi i relasjon til det domfelte ble dømt for.

Et eksempel som illustrerer dette er Rt. 2003 s. 549. Domfelte hadde blitt avhørt uten varsel om retten til å tie, og det var en klar saksbehandlingsfeil at lagmannsretten tillot politimennene å forklare seg om avhøret uten at beslutningen ble begrunnet i rettsboken.⁷⁶ Men det anken gjaldt var bevisbedømmelsen for oppbevaring av en heroinblanding, og bevisførsel om det aktuelle avhøret tok kun sikte på å svekke siktedes troverdighet.

På dette punktet kan avgjørelsen kritiseres ettersom minsket troverdighet også kan ha påvirket dommens resultat ved at domfeltes forklaring ble vektlagt annerledes enn om forklaringen tenkes avskåret. Forutsatt at rettens slutning er riktig, at «sett i sammenheng med det øvrige bevismaterialet kan [forklaringen] åpenbart ikke ha hatt betydning for lagrettens avgjørelse av skyldspørsmålet», gir det likevel en god og ressursbesparende regel å ikke oppheve dommen til tross for saksbehandlingsfeilen.

En fornuftig løsning er å avskjære beviset når det *vil kunne innvirke* på dommens resultat. Det vil riktignok være vanskelig å vurdere en slik hypotetisk innvirkning. Men regelen ville skape harmoni og konsekvens i regelverket. Et annet hensyn som taler for en slik regel er at hvis beviset ikke innvirker på dommens resultat er sakens rettergang i utgangspunktet "fair". Kanskje er det derfor også EMD i sin praksis legger opp til en konkret vurdering av rettergangen i sin helhet⁷⁷. Det kan også nevnes at det i Rt. 2003 s. 549 avsnitt 22 slås fast at verken FN-SP eller EMK sine bestemmelser til vern av rettssikkerheten var krenket.

3.2 Tendenser i nyere tid

3.2.1 Tendenser i lovgivningen

Det blir stadig mer lovregulering på detaljnivå for spesielle typer beviserverv. For eksempel har en del utradisjonelle etterforskningsmetoder blitt lovfestet. Dermed blir anvendelsesområdet for «ulovlig» innskrenket ved at de utradisjonelle etterforskningsmetoder har blitt tillatte på visse vilkår, jf. bl. a. strpl. §§ 216 a-k. Disse bestemmelsene gir en videre adgang til lovlig å innhente bevis som uten disse hjemlene ville blitt avskåret av hensyn til enten personvern eller rettssikkerhet. På den andre siden gjør lovreguleringen det lettere å vurdere om fremgangsmetoden som benyttes er tilbørlig eller ikke, og de lovfestede normene gir på den måten veiledning for anvendelsen av de ulovfestede bevisforbudsreglene.

Også på andre områder har det utpenslet seg typetilfeller der en lovregulering absolutt kunne vært på sin plass. Både for å styrke den demokratiske legitimitet til detaljinnholdet i de aktuelle reglene,

⁷⁶ Jf. Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17 og 18.

⁷⁷ Jf. f.eks. *Saunders*-avgjørelsen. Sml. punkt 2.5.1.4 flg.

men også for å tydeliggjøre reglene slik at man kan fjerne gråsonene påtalemyndigheten til tider beveger seg i. For eksempel anbefaler *Rui* en lovregulering av adgangen til å foreta skjulte avhør, på en betryggende måte som ikke krenker selvinkrimineringsvernet⁷⁸.

Utstrakt lovregulering av normene for beviserverv vil medføre at påtalemyndigheten får klare begrensninger å holde seg innenfor. Uten lovregulering vil reglene være lite forutberegnelige, og man lettere havne i "gråsonen" mellom det tilbørlige og det utilbørlige. Dermed vil unødvendige rettstvister vil oppstå. Altså vil det på de områdene med størst sakstfang være prosessbesparende å kodifisere beviservervsnormene. For eksempel

3.2.2 Avskjæringsstandarder - endringer og utvikling

I teorien er det anført at holdningen i rettspraksis overfor kritikkverdige beviserverv er skjerpet de senere årene. *Andenæs* anfører at det er blitt videre avskjæringsadgang i tiden rundt kassadamekjennelsen og fangevokterdommen⁷⁹. Uttalelsen er datert til år 2000, og peker på et relativt observerbart skille i rettspraksis⁸⁰.

Som eksempel fra rettspraksis før dette skillet kan nevnes Rt. 1948 s. 46 hvor sjokkbehandling ble tillatt ved provokasjon av tilståelser. Denne avgjørelsen viser en tilbøyelighet til å tillate utilbørlige forhold ved beviserverv.⁸¹ En kan godt si at etter de første sentrale dommene der bevis ble avskåret som utilbørlige, har det utpenslet seg typetilfeller i rettspraksis som har lagt opp til en strengere holdning overfor utilbørlighet ved beviserverv enn det man kan se i Rt. 1948 s. 46. Når enda nye typetilfeller kommer til måles disse opp mot nivået fra tidligere saker. Dermed blir det i praksis flere tilfeller av avskjæring. Men dette kan også skyldes det generelt styrkede fokuset på rettssikkerhet, og at rettsapparatet og -prosessen blir stadig mer kvalitetssikret.

Et nærliggende spørsmål er om EMK og EMD spiller noen rolle i denne sammenheng. Normene er i utvikling og «fairness» er en dynamisk norm hvis innhold vil utvikle seg i stadig nye retninger.⁸² Dette er også tydelig observerbart i rettpraksis:

Et eksempel som illustrerer utviklingen er følgende: I Rt. 1992 s. 792 viser Høyesterett til EMK når verken Grl eller strpl. gir veiledning for det aktuelle spørsmålet, men ingen avgjørelser i EMD nevnes. Rt. 2004 s. 1789 med henvisninger til tidligere praksis viser at for et lignende spørsmål var EMDs praksis avgjørende. Rt. 2009 s. 567 viser til 2004 sin oppsummering av praksis i EMD, og utpensler videre innholdet i regelen ved å vise til ytterligere, nyere EMD-praksis på det konkrete området.

EMK får altså økt betydning gjennom økt anvendelse av artiklene og stadig mer utstrakt bruk av EMD sin praksis. Dette gjør at EMD blir en premissleverandør for de norske rettsreglene for ulovlig ervervede bevis.

Den dynamikken menneskerettighetene har, ved at de er utsatt for debatt og endrede holdninger over tid i EMD, innehar forsåvidt også de ulovfestede norske reglene. Selvfølgelig påvirkes de

78 Jf. *Rui* s. 58.

79 Jf. *Andenæs* s. 271.

80 Jf. *Aall* (2002), på s. 962, som hevder at det "[f]ra begynnelsen av 1990-tallet har (...) funnet sted en mer kritisk tilnærming til bevisføring i straffeprosessen" under henvisning til praksis i Høyesterett.

81 Avgjørelsen må også ses i lys av sin tid. I etterkrigstiden måtte rettssikkerheten ofte vike, jf. for eksempel den kritiserte bruken av tilbakevirkende kraft for straffebestemmelser i *Klingedommen* (Rt. 1946 s. 198). *Klingedommen* er forøvrig nylig fraveket i en plenumsavgjørelse i Høyesterett, jf. HR-2010-02057. Se også *Aall* (2007) s. 102 med videre henvisninger.

82 Jf. *Aall* (2007) s. 358.

norske reglene på et tolkningsnivå, jf. presumsjonsprinsippet, men også på et uavhengig plan. For eksempel vil grensene for det utilbørlige forandre seg i takt med teknologisk utvikling. Også nykriminalisering av adferd vil påvirke hva som er tilbørlig bevisanskaffelse, ettersom kriminaliseringen fordrer en effektiv etterforskning⁸³.

En annen, mer konkret tendens er at disiplineringshensyn vektlegges sterkere i sivile saker enn straffesaker. Dette skyldes nok at det ikke er like mange alternative sanksjonsmuligheter overfor private beviserververe som overfor påtalemyndigheten, slik forarbeidene presiserer⁸⁴. Man skal likevel ikke avskrive muligheten for at dette hensynet tillegges betydning i særlige tilfeller der det er nødvendig⁸⁵.

Se på den ene siden Rt. 2009 s. 1526, Rt. 2001 s. 668, Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1997 s. 795. På den andre siden forarbeidene (*Prp.* s. 179) og Rt. 2006 s. 582 (straffesak). Merk likevel Rt. 2001 s. 1476, der disiplineringshensyn vektlegges overfor påtalemyndigheten.

3.3 De lege ferenda

Et siste spørsmål er om dagens rettslige standard utgjør en god avskjæringsregel, eller om en mer teknisk avskjæringsregel ville fungert bedre.

Mer teknisk artede regler ville sikre bedre forutberegnelighet, og de ville redusere risikoen for vilkårlighet som følge av domstolenes konkrete skjønn. For eksempel for situasjonen der det foreligger flere taushetsgrunnlag. Den stadig endrede rettstilstanden i 1988-, 2008- og 2010-avgjørelsene svekker her forutberegneligheten, jf. punkt 2.5.1.4.2.

Men en kasuistisk lovregulering blir tungvindt på dette allsidige problemfeltet, og en risikerer urimelige resultater når uregulerte tilfeller oppstår. Avskjæringsreglene virker over lang tid, og skal sikre forutberegnelige rettssikkerhetsgarantier under skiftende strømninger. I et slikt perspektiv fungerer kasuistiske regler dårlig. Derimot innehar en rettslig standard den nødvendige dynamikken. Dermed er det tydelig at det er behov for å ha en skjønnsmessig rettslig standard på dette området. Slik ivaretas også hensynet til rimelige resultater.

For likevel å sikre forutberegneligheten, kunne en løsning være å vurdere tekniske avskjæringsregler for visse områder. For eksempel kunne man ved en lovregulering av adgangen til skjulte avhør, slik *Rui* foreslår, også innført en avskjæringsregel for de tilfeller at de lovbestemte fremgangsmetodene ikke følges. Dessuten kunne lovgiver med fordel gitt signaler til domstolene om ønskede løsninger i de konkrete typetilfellene der tunge lovhensyn står mot hverandre.

83 Jf. *Strandbakken* s. 169.

84 Jf. punkt 1.3

85 Jf. *Torgersen* s. 152-153.

Litteraturliste og kildehenvisninger:

Litteratur:

- Andenæs* Andenæs, Johs. – Norsk Straffeprosess, 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2000 (2. utg. 1994)
- Arnholm* Arnholm, Carl Jacob – Personretten, 2. utg., Nationaltrykkeriet / Tanum, Oslo 1959
- Knoph* Knoph, Ragnar – Rettslige standarder, Grøndahl & Søn Boktrykkeri, Oslo 1939.
- Løvlie* Løvlie, Anders – Beviskrav i fartssaker - Fagfellellevurdert artikkel, Lov og rett 03/2009
- Rui* Rui, Jon Petter – Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse, Tidsskrift for Rettsvitenskap 01/2009
- Skeie* Skeie, Jon – Den norske straffeprosess, Bind I, Oslo 1939
- Strandbakken* Strandbakken, Asbjørn – Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo", Fagbokforlaget, Bergen 2003
- Torgersen* Torgersen, Runar – Ulovlig beviserverv og bevisforbud i strafferetten, Papinian, Oslo 2009
- Øyen* Øyen, Ørnulf – Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen, Fagbokforlaget, Bergen 2010
- Aall (2002)* Aall, Jørgen – Høyesterett som prosessrettsskaper - særlig på området for utilbørlige bevis. I Lødrup mfl. (red.), Festskrift til Carsten Smith: Rettsteori og rettsliv, Universitetsforlaget, Oslo 2002, s. 957-966
- Aall (2007)* Aall, Jørgen – Rettsstat og Menneskerettigheter. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatningen og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 2. utg., Fagbokforlaget, Bergen 2007

Lover:

Grnl.	Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.
Strpl.	Lov om rettergang i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.
Mrl.	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
Tvl.	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

Forarbeider:

<i>Innst.</i>	Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeåprosesslovkomitéen, 1969
<i>Prp.35</i>	Ot.prp nr.35 (1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker
<i>Prp.51</i>	Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister

Praksis i Høyesterett:

Rt. 1948 s. 46	Rt. 2001 s. 1476
Rt. 1952 s. 1217	Rt. 2003 s. 549
Rt. 1988 s. 314	Rt. 2003 s. 1266
Rt. 1990 s. 1008	Rt. 2003 s. 1814
Rt. 1991 s. 616	Rt. 2004 s. 1336
Rt. 1992 s. 698	Rt. 2004 s. 1789
Rt. 1992 s. 792	Rt. 2006 s. 582
Rt. 1994 s. 610	Rt. 2007 s. 10
Rt. 1994 s. 1139	Rt. 2007 s. 920
Rt. 1997 s. 795	Rt. 2007 s. 932
Rt. 1997 s. 1778	Rt. 2008 s. 657
Rt. 1998 s. 21	Rt. 2009 s. 567
Rt. 1999 s. 1269	Rt. 2009 s. 1526
Rt. 2000 s. 1345	Rt. 2010 s. 67
Rt. 2001 s. 558	Rt. 2010 s. 456
Rt. 2001 s. 668	

Internasjonale kilder:

FN-konvensjonen 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter
Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

Avgjørelser i EMD:

Funke	(EMD-1984-10828)
Gossa	(EMD-1999-47986)
Gäfgen	(EMD-2005-22978)
Jalloh	(EMD-2000-54810)
Khan	(EMD-1997-35394)
Luca	(EMD-1996-33354)
Saunders	(EMD-1991-19187)
Schenk	(EMD-1984-10862)