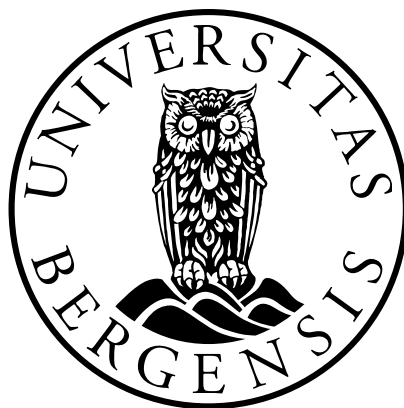


Bevisforbud på etterforskningsstadiet i straffeprosessen

En konsekvensutredning av straffeprosessutvalgets forslag til § 8-5 i NOU 2016: 24 om stadienøytrale bevisforbud

Kandidatnummer: 66

Antall ord: 14729



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. Desember 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Introduksjon og aktualitet.....	2
1.2 Begrepsavklaring.....	4
1.2.1 Bevis, ulovlig ervervede bevis og bevisforbud	4
1.2.2 Politi og påtalemyndighet.....	5
1.2.3 Mistenkte.....	5
1.3 Metode.....	5
1.4 Avgrensning	6
1.5 Videre oppbygging av oppgaven.....	7
2 Sentrale hensyn og prinsipper ved bevisforbud i straffesaker.....	9
2.1 Innledning.....	9
2.2 Det materielle sannhets prinsipp og opplysningsplikten.....	9
2.3 En lovformelig prosess gjennom prevensjon og disiplinering av ulovligheter.....	11
2.4 Tillit til rettsvesenet.....	13
2.5 Hensynet til effektivitet.....	15
2.6 Partshensyn.....	16
3 Bevisforbud under dagens rettstilstand	18
3.1 Innledning – prinsippet om fri bevisførsel	18
3.2 Bevisforbud – et unntak fra fri bevisførsel.....	19
3.3 Ulovlig ervervede bevis i etterforskning	22
3.4 En tilfredsstillende praksis?	25
4 NOU 2016: 24	26
4.1 Innledning til §8-5.....	26
4.2 Bestemmelsens formål	27
4.3 Bestemmelsens ordlyd.....	28
4.4 Foreligger det et behov for å lovfeste bevisforbud?.....	31
4.5 Favner regelen vidt nok til å dekke behovet for å lovfeste bevisforbud?	33
4.5.1 Blir hensynet til prevensjon og disiplinering av ulovligheter bedre ivarettatt av bevisforbud på etterforskningsstadiet?.....	33
4.5.2 Innskrenking i påtalemyndighetens kompetanse til å etterforske	36

4.5.3	Mistenktes rettssikkerhet og tillit til rettsvesenet.....	40
4.5.4	Et ressurskrevende forslag	41
4.6	Er ordlyden klar nok til å ivareta straffeprosessutvalgets intensjon?.....	43
5	Avsluttende bemerkninger	44
5.1	Mer enn en lovfesting av dagens praksis	44
5.2	Mangel på konformitet med gjeldende prinsipp og hensyn	44
5.3	Behov for en videre utredning.....	45
	Kildeliste	47

1 Innledning

1.1 Introduksjon og aktualitet

I 2019 fyller dagens straffeprosesslov¹ 38 år. Et kriminalitetsbilde i stadig endring har ledet frem til et behov for en straffeprosesslov som i større grad møter nye utfordringer som avansert teknologi, samtidig som den legger til rette for en effektiv avvikling av straffesaker.² Som følge av dette ble straffeprosessutvalget for ny straffeprosesslov 20. juni 2014 (straffeprosessutvalget eller utvalget) oppnevnt ved kongelig resolusjon for å foreta «en bred vurdering av lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) og i samsvar med sine vurderinger legge frem forslag til en ny alminnelig lov som skal avløse denne.»³ Straffeprosessutvalget, ledet av førstestatsadvokat Runar Torgersen, fremla sitt forslag, NOU 2016: 24, 3. november 2016.

Kompetansen til å iverksette og utføre etterforskning ligger i dag hos politiet og påtalemyndigheten, jf. strpl. § 225 første ledd første setning.⁴ Etterforskning kan iverksettes «som følge av anmeldelse» eller når «andre omstendigheter [gir] rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige.», jf. strpl. § 224 første ledd. Påtalemyndigheten har således mulighet til å etterforske saker på eget initiativ dersom de kommer over informasjon som tilsier at noe må forfølges.

I praksis kommer politiet ofte over opplysninger som tilsier at det burde iverksettes etterforskning, men som etter reglene om ulovlig beviserverv vil medføre bevisforbud under hovedforhandlingen. Eksempelvis får politiet opplysninger som er ervervet ulovlig av informanter, eller opplysninger kommer påtalemyndigheten i hende som følge av brudd på taushetsplikt. I tillegg vil bevis som politiet og påtalemyndigheten innhenter etter at etterforskning er iverksatt kunne bli avskåret under hovedforhandlingen. Et eksempel på dette er dersom bevisene er innhentet på ulovlig måte, for eksempel ved at den som er mistenkt ikke blir gjort oppmerksom på retten til å forholde seg taus før det foretas avhør, jf. strpl. § 232. Etter dagens praksis har

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

² NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov (NOU 2016: 24) s. 93, 95-96

³ NOU 2016: 24 s. 95

⁴ Begrepet «påtalemyndigheten» fremgår ikke direkte av lovgivningen, men omfattes også i § 225, se bl.a. Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, Oslo 2009 s. 248 og Ragnar L. Augelend, *Politirett*, Oslo 2016 s. 508

påtalemyndigheten i etterforskningen mulighet til å søke å innhente de ulovlig ervervede bevisene på en lovlig måte, for så å benytte de lovlige bevisene når det senere skal tas stilling til en eventuell tiltale.

I NOU 2016: 24 foreslår straffeprosessutvalget å gjøre bevisforbudene uavhengig av sakens stadium, ved å innføre et prinsipp om stadienøytralitet⁵. Forslaget, som tilsier at bevisforbudene skal håndheves likt på alle de ulike stadiene i straffeprosessen, innebærer at bevis som er innhentet på en måte som vil lede til avskjæring under en hovedforhandling, heller ikke kan benyttes til å avlede nye bevis under etterforskningen. Straffeprosessutvalget anfører at de nye reglene vil sørge for tilgjengelighet og et riktigere gjennomslag i straffesaksbehandlingen.⁶ Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt forslaget vil begrense påtalemyndighetenes mulighet til å etterforske opplysninger på eget initiativ. Videre kan det diskuteres hvorvidt forslaget er i tråd med de gjeldene prinsipper og hensyn som i dag styrer bevisforbud i straffeprosessen.

NOU 2016: 24 legger i stor grad føringer for det videre arbeidet med en ny straffeprosesslov, og bidrar til å forme det nye regelverket som straffeprosessloven vil utgjøre. Mens mange av forslagene som er utformet i NOU 2016: 24 har blitt viet mye oppmerksomhet, har forslaget om innføring av stadienøytralitet i bevisforbudene fått noe mindre oppmerksomhet. Dette på tross av at forslaget potensielt kan føre til store endringer i påtalemyndighetens kompetanse til å etterforske saker på eget initiativ, og dermed burde være grunnlag for en lengre drøftelse og utredning.

Denne masteroppgaven tar utgangspunkt i NOU 2016: 24, med problemstillingen «Bevisforbud på etterforskningsstadiet i straffeprosessen – En konsekvensutredning av straffeprosessutvalgets forslag til § 8-5 om stadienøytralitet i bevisforbudene». Oppgaven ser på hvordan det nye forslaget stiller seg opp mot dagens regelverk og opp mot grunnleggende prinsipper og hensyn for bevisforbud i straffeprosessen.

⁵ NOU 2016: 24 s. 267-268

⁶ NOU 2016: 24 s. 267

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 Bevis, ulovlig ervervede bevis og bevisforbud

Straffeprosessloven bruker termen «bevis» med ulik betydning, avhengig av konteksten det brukes i. Kjelby skriver

«[u]ttrykket «bevis» har flere betydninger avhengig av i hvilken sammenheng det benyttes. Det anvendes gjerne om de *ulike bevismidler*, dvs. kilder til faktiske opplysninger eller «bærer av ... informasjon», f.eks. vitner dokumenter eller andre gjenstander ...»⁷

Når strpl. § 292 omtaler bevis, defineres termen som «enhver type informasjon, hva enten informasjonen direkte kaster lys over et av sakens bevistemaer, mer indirekte kaster lys over et av sakens bevistemaer eller bare kaster lys over påliteligheten av slik informasjon eller troverdigheten til informasjonskilden».⁸ I denne oppgaven er det denne definisjonen som legges til grunn for forståelsen av ordet «bevis».

Ulovlig ervervede bevis er bevis som er innhentet på en rettsstridig måte, enten som følge av brudd på formell lov eller i strid med ulovfestede rettsnormer.⁹ Den rettsstridige handlingen kan være som følge av politiets egne handlinger, eller bevis som har kommet politiet i hende ved at andre utenfor etaten har innhentet eller avgitt opplysningene som følge av et lovbrudd. NOU 2016: 24 referer til ulovlig ervervede bevis som rettsstridig innhentede bevis. I oppgaven benyttes det mer tradisjonelle uttrykket ulovlig ervervede bevis, da uttrykket rettstridig innhentede bevis ikke er innarbeidet i dagens rettstilstand.

Et bevisforbud er et forbud mot å føre et konkret bevis for domstolene. I dagens regelverk relaterer bevisforbudene i hovedsak til hovedforhandlingen, mens straffeprosessutvalget foreslår å utvide disse reglene til å omfatte alle stadier av straffeprosessen. Når oppgaven i kapittel 2 omtaler bevisforbud henvises det i utgangspunktet til bevisforbud generelt. I kapittel 3, hvor

⁷ Kjelby, Gert Johan, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker», Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker: Utvalgte emner*, Oslo 2015 s. 79-152 s. 80 (med videre henvisninger)

⁸ Ørnulf Øyen, «Rettens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker – sett i lys av målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling», *Tidsskrift for strafferett*, 2013 s. 198-235 s. 211

⁹ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 5-8

dagens rettstilstand presenteres, henviser termen til forbud mot å benytte et bevis for å ta ut tiltale eller mot å føre et bevis for domstolene, i tråd med bevisforbudenes virkeområde i dagens rettstilstand. I kapittel 4, som tar for seg straffeprosessutvalgets forslag om lovfesting av bevisforbud, henviser termen til stadienøytrale bevisforbud, i tråd med utvalgets forslag om stadienøytralitet.

1.2.2 Politi og påtalemyndighet

Dagens straffeprosesslov bruker begrepene politi og påtalemyndighet forskjellig i ulike bestemmelser. Eksempelvis brukes begrepet «politiet» som en referanse til etaten som sådan i strpl. § 225 første ledd første setning og § 223 første ledd første setning, og som en referanse til påtalemyndighetens tjenestepersoner i § 67. Det må derfor avgjøres konkret for hver paragraf hvilken del av etaten begrepene gjelder. For denne oppgaven vil det for klarhets skyld brukes begrepet «politiet» når det refereres til etaten som i sin helhet, og «påtalemyndigheten» når det er tale om den delen av etaten som leder etterforskningen og avgjør påtalespørsmål.

1.2.3 Mistenkte

Under en rettergangsprosess vil status variere mellom mistenkt, siktet, tiltalt, og domfelt, og med de ulike statusene påhviler det ulike rettigheter. Skillet mellom mistenkte og siktede har blitt noe mindre viktig med straffeprosessloven av 1981, hvor mistenkte i stor grad har fått styrket sine prosessuelle rettigheter i møte med påtalemyndigheten.¹⁰ I den videre fremstillingen benyttes kun begrepet «mistenkte» som samlebegrep på denne gruppen, da hensynet til de ulike statusene i relasjon til bevisforbud i stor grad er likelydende.

1.3 Metode

Rettskildebildet for oppgaven er i utgangspunktet norsk lovverk, forarbeider, rettspraksis og teori, for å gi et godt sammenlikningsgrunnlag opp mot forslaget som foreligger fra straffeprosesslovutvalget. Tatt i betraktning at lovforslaget enda ikke er trådt i kraft, er det noe vanskeligere å finne autorative kilder for det nye forslaget kontra *de lege lata*. Dette er fordi lovforslaget

¹⁰ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, Oslo 2009 s. 61 og strpl. § 242 (dokumentinnsyn), § 232 første ledd (selvinkrimineringsvern) og § 232 annet ledd, jf. § 92 (kontradiksjon) for utvidede rettigheter som følge av dagens straffeprosesslov.

ikke tidligere er prøvd i norsk rett, og det etter mine undersøkelser heller ikke finnes tilsvarende lovregel i internasjonal rett som kan belyse problemstillingen komparativt. Oppgaven refererer imidlertid til noen internasjonale rettskilder der det er hensiktsmessig for å få frem generelle prinsipper og argumenter for oppgavens tema.

For selve analysen av straffeprosessutvalgets forslag, er utgangspunktet NOU 2016: 24, høringsuttalelser i forbindelse med NOU, så vel som noe juridisk teori og tidligere praksis fra domstolene rundt spørsmålet om bevisavskjæring i hovedforhandling. Høringsuttalelser har tradisjonelt ikke egen rettskildevekt, og kommer heller ikke til å vektlegges i den grad de andre rettskildene vektlegges. Uttalelsene er allikevel tatt med i oppgaven for å belyse de ulike sidene av oppgavens problemstilling og vektleggingen av de ulike hensynene i relasjon til bevisforbud i straffeprosessen.

1.4 Avgrensning

Straffeprosessutvalget fremhever i NOU fire ulike nøytralitetsprinsipper ved utformingen av bevisforbudsbestemmelsene: bevismiddelnøytralitet, aktørnøytralitet, stadienøytralitet og bruksmåtenøytralitet.¹¹ Tema for denne oppgaven er prinsippet om stadienøytralitet i forbindelse med etterforskningsstadiet. Oppgaven avgrenser således mot de andre «nøytralitetsprinsippene» straffeprosessutvalget har lagt vekt på og bevisforbud i hovedforhandling. Årsaken til denne avgrensningen er at bruk av ulovlig innhentede bevis i saker for domstolene er et spørsmål som er mer avklart i norsk rett. Det er også i etterforskningsfasen forslaget vil få sin fulle gjennomslagskraft, da forslaget ikke søker å endre praksis for bevisføring i hovedforhandling.

Videre fokuserer oppgaven i skillet mellom ulovlig ervervede bevis og utilbørlige bevis, kun på ulovlig ervervede bevis. Dette er fordi forslaget til bestemmelsen om bevisforbud bruker ordet «rettsstridig», noe som henviser til et brudd på positiv lovgivning, og at straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24 selv uttaler at «[e]t beviserverv som er lovlig, men som på etisk eller moralsk grunnlag kan kritiseres som «kritikkverdige» eller «utilbørlige», kan ikke begrunne bevisforbud etter bestemmelsen.»¹² Som følge av uttalelsen faller utilbørlige bevis naturlig utenfor oppgavens fokusområde.

¹¹ NOU 2016: 24 s. 268

¹² NOU 2016: 24 s. 576

Det er mange ulike hensyn og prinsipper i norsk straffeprosess. Hensynene og prinsippene som presenteres i denne oppgaven er avgrenset til de som ansees for å være mest relevante for oppgaven. Disse hensynene er valgt med bakgrunn i oppgavens tematikk, henholdsvis dagens bestemmelser om bevisforbud, og hensynene som fremgår av NOU 2016: 24.

Tilfeller hvor bevis er innhentet på lovlig måte, men brukt i strid med gjeldende regler i bevislæren faller naturlig utenfor oppgaven, og kommer derfor ikke til å tas stilling til. Oppgaven tar heller ikke stilling til bevis som er ulovlig ervervet med formål å føres i retten av andre enn påtalemyndigheten, da et av hovedformålene med bevisforbud uttalt i NOU 2016: 24, er nettopp å forhindre og disiplinere ulovligheter innad i politiet.¹³ Når det gjelder bevis som er ulovlig ervervet, men som taler for siktedes sak, kommer disse ikke til å bli behandlet. Hensynet til å forhindre uriktig domfellelse vil i disse tilfellene stå såpass sterkt, at vurderingsgrunnlaget for bruk av ulovlig ervervede bevis må stille seg annerledes. Dette understreker straffeprosessutvalget selv, og har gjort unntak for nettopp slike tilfeller i forslag til § 8-6 e fjerde ledd.¹⁴ Oppgaven drøfter i liten grad betydningen av de ulike stadiene i etterforskningen og et eventuelt skille mellom hva som er bevis og hva som kun regnes som opplysninger. Dersom etterforskningsstadiet eller skillet mellom bevis og opplysninger er relevant for drøftelsen vil det fremgå av teksten, men det faller utenfor oppgavens ordlyd å foreta en inngående drøftelse om disse temaene.

1.5 Videre oppbygging av oppgaven

Oppgaven vil i det videre deles opp i 4 ulike kapitler. Først introduserer den ulike prinsipper og hensyn i relasjon til bevisforbud i kapittel 2. Dernest utgjør kapittel 3 en redegjørelse for dagens regelverk for bevisbruk og en introduksjon til bevisforbud i dagens praksis. Kapittel 4 innleder med en introduksjon av § 8-5 om bevisforbud i NOU 2016:24, og tar så for seg bestemmelsens formål og ordlyd. Herunder ser oppgaven på eventuelle likheter og ulikheter mellom formål og ordlyd i straffeprosessutvalgets forslag opp mot tilsvarende i dagens rettstilstand. Kapitlets hovedfokus er en komparativ analyse av forslaget opp mot de ulike prinsippene og hensynene introdusert i kapittel 2 og sett opp mot dagens praksis. Kapittel 5 er avsluttende kapittel der det

¹³ NOU 2016: 24 s. 272-273

¹⁴ NOU 2016: 24 s. 39 til § 8-6 bokstav e fjerde ledd

foretas en refleksjon av eventuelle spørsmål som må videre diskuteres før en ny straffeprosesslov kommer på plass.

2 Sentrale hensyn og prinsipper ved bevisforbud i straffesaker

2.1 Innledning

I en etterforskning er det mange ulike hensyn og prinsipper som politiet og påtalemyndigheten må forholde seg til. Disse ulike hensynene og prinsippene sammenfaller ikke nødvendigvis og det er da opp til etaten å balansere og vekte hensynene opp mot hverandre. Eksempelvis vil gjerne hensynet til materiell sannhet og oppklaring komme i konflikt med hensynet til disiplinering og mistenktes rettigheter når det vurderes om det skal foreligge et bevisforbud. Andre hensyn, som hensynet til objektivitet og tillit til samfunnet, kan trekke påtalemyndighetens vurdering i to ulike retninger på samme tid.

I det følgende introduserer oppgaven noen av de mest sentrale hensynene og prinsippene i relasjon til bevisforbud i straffeprosessen, og hvordan hensynene vektlegges i forhold til hverandre. En gjennomgang av disse hensynene og prinsippene er en nødvendig forutsetning for den videre analysen i kapittel 4, hvor oppgaven vil bruke disse hensynene til å vurdere hvorvidt straffeprosessutvalgets forslag om lovfesting av stadienøytrale bevisforbud er en god løsning.

2.2 Det materielle sannhets prinsipp og opplysningsplikten

Overordnet for den norske straffeprosessen er det materielle sannhets prinsipp.¹⁵ Prinsippet, som innebærer et mål om å få flest mulige materielt riktige avgjørelser, kommer blant annet til uttrykk i strpl. § 294 om domstolenes plikt til å sørge for opplysning i saker. Prinsippet, i forbindelse med bevisførsel, utdypes i forarbeidene til dagens straffeprosesslov som uttaler at «[h]ovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte.»¹⁶ Gjennom uttalelsen fremhever straffeprosesslovkomiteen indirekte prinsippet om materiell sannhet, ved å uttale at

¹⁵ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 66 og Rt. 2002 s. 1744 s. 1746 og Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»*, Bergen 2003 s. 167 og 170

¹⁶ NUT 1969: 3 s. 197

hovedregelen om fri bevisførsel som står sterkt, og som konsekvens at søken etter materiell sannhet er overordnet.

Selv om loven ikke uttrykkelig inneholder en tilsvarende bestemmelse på etterforskningsstadiet for påtalemyndigheten, foreligger det en generell bestemmelse for påtalemyndigheten gjennom opplysnings- og objektivitetsplikten i strpl. § 226. Denne bestemmelsen pålegger påtalemyndigheten å «skaffe til veie de nødvendige opplysninger». Bestemmelsen fremhever ikke bare påtalemyndighetens plikt til å aktivt etterforske for å (c) «avverge eller stanse straffbare handlinger», men også plikten til å skaffe til veie opplysninger som tjener både for og imot siktede, for å (a) «avgjøre spørsmålet om tiltale». Rettspraksis illustrerer sannhetsprinsippet for påtalemyndigheten blant annet i Rt. 2007 s. 1435 hvor Høyesterett uttaler at «[d]en materielle sannhets prinsipp er en bærebjelke i straffeprosessen, og påtalemyndigheten har en særlig plikt til å påse at ingen uskyldige blir straffet.»¹⁷

At hensynet til materiell sannhet er viktig på etterforskningsstadiet støttes i juridisk teori, og Kjelby fremhever følgende:

«Straffeprosessloven har ingen slik bestemmelse for politi- og påtalemyndighetens virksomhet, men en tilsvarende generell rettslig plikt gjelder også for disse etater, men må særlig forankres i objektivitetsplikten og det generelle krav til forsvarlig saksbehandling.»¹⁸

Utilitaristen Jeremy Bentham argumenterer at prosessreglenes formål er å fremme materiell sannhet og at dette kun kan oppnås ved fri bevisførsel.¹⁹ Som utilitarist, representerer Bentham et ytterpunkt i debatten om vekting av materiell sannhet versus bevisforbud, men han fremhever allikevel et godt poeng: prinsippet om materiell sannhet kommer til stadighet i konflikt med bevisforbud. I vektingen mot andre hensyn har prinsippet om materiell sannhet derfor sine grenser.²⁰

¹⁷ Rt. 2007 s. 1435, avsnitt 38

¹⁸ Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning: Den relative etterforsknings- og påtalepliktenes rettslige rammer og rettslig utvikling i norsk straffeprosess*, Bergen 2012 s. 271-272

¹⁹ Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence*, London 1825 s. 2

²⁰ NOU 2016: 24 s. 265

Hensynet til opplysning og materiell sannhet tilsier i utgangspunktet at alle bevis må kunne benyttes i etterforskning for å opplyse saken best mulig. Uten alle tilgjengelige bevis, er det en fare for at bevismaterialet samlet er ufullstendig, og at påtalevedtaket eller dommen som skal fattes er materielt feil. I straffeprosessen er det en høy terskel for å bevise skyld, og uten tilstrekkelig bevis er det vanskelig å bevise skyld utover «enhver rimelig tvil».²¹

På den andre siden tilsier hensynet til andre interesser at materiell sannhet ikke alene kan rettferdiggjøre bruk av ethvert bevis. Eksempelvis er bevis som er innhentet som følge av tortur eller brudd på taushetsplikt ofte ikke tillatt ført i hovedforhandling som følge av bevisforbud. Forbudet begrunnes med det kan virke støtende samfunnet og den som er krenket å tillate slike ulovligheter. Et viktig moment i vurderingen av hvorvidt bevisene tillates ført er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Som Høyesterett tidligere har uttalt:

«Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold».²²

Dommen tar utgangspunkt i om bevis som er ervervet som følge av ulovlig ransaking kan føres for retten. Som sitatet viser, kom Høyesterett frem til at i saker av prinsipielt viktig karakter, og saker som omfatter alvorlige kriminelle handlinger, tilsier hensynet til materiell sannhet i større grad at bruk av ulovlig ervervede bevis kan tillates, enn i saker hvor det foreligger mindre grove forhold.

2.3 En lovformelig prosess gjennom prevensjon og disiplinering av ulovligheter

Idealet for all etterforskning, er hensynet til en lovformelig prosess.²³ Øyen anfører om hensynet:

²¹ Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950, Ikrafttredelse Norge: 21. mai 1999 (Menneskerettsloven eller mrl.) artikkel 6 nr. 2

²² Rt. 1992 s. 698 s. 706 - Treholt II

²³ NOU 2016: 24 s. 273

«[d]et kan reises spørsmål om brudd på enkelte rettsnormer er så graverende at lovbruddet i seg selv må føre til at det gjelder et bevisforbud. Tankegangen er i så fall at et bevisforbud er nødvendig for at rettspleien skal være en rettstat verdig».²⁴

I praksis skjer det med jevne mellomrom brudd på politiets regler for beviserverv, og det er derfor nødvendig at staten forebygger ulovligheter og brudd på enkeltpersoners frihet og rettigheter. Bevisforbud kan bidra til å forebygge disse krenkelsene, og ikke minst underbygge det tillitsforholdet politiet er avhengig av å ha til publikum for at etterforskningskritt og rettsavgjørelser skal respekteres.

Tett knyttet til idealet om en lovformelig prosess er disiplinering og prevensjon av ulovligheter innad i politiet. Disiplinering og prevensjon av ulovligheter er en viktig faktor for å opprettholde tilliten til samfunnet og for å motvirke fremtidige krenkelser.²⁵ En rettsstat som ikke slår ned på ulovligheter foretatt av politiet, blir fort oppfattet som preget av myndighetsmisbruk, og en etat som ikke har konsekvenser for regelbrudd kan fort utvikle en praksis for at det er likegyldig hvordan bevis blir innhentet, så lenge politiet får de i hende. I relasjon til bevisforbud er derfor disiplineringshensynet et hensyn som har fått stor oppmerksomhet, både i kontinental og angloamerikansk rett.²⁶

Straffeprosessutvalget til den nåværende straffeprosessloven tar til orde for at ulovligheter bedre lar seg motarbeide gjennom «administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken».²⁷ På tross av noe uenighet i teori om middelet er det imidlertid enighet om at politiet har et sterkt overordnet ansvar for at det ikke legges til rette for ulovlig erverv av bevis, og at lovformeligidealet etterleveres i så stor grad som mulig.²⁸ Hvorvidt hensynet til en lovformelig prosess best ivaretas gjennom

²⁴ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016 s. 412

²⁵ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 41-42,

²⁶ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 42

²⁷ NUT 1969: 3 s. 197, tilsluttet i Ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 139

²⁸ Se for eksempel Straffeprosesslovkomiteen i NUT 1969: 3 s. 197, Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, Vol. IV, London 1827 s. 490 og Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 50 til 53

administrative sanksjoner eller bevisforbud er imidlertid vanskelig å si, da det foreligger lite forskning på effekten av de to ulike metodene.²⁹

2.4 Tillit til rettsvesenet

Det er en avgjørende faktor at samfunnet oppfatter etterforskningen som tillitsfull og rettferdig, og uten form for myndighetsmisbruk. Denne tilliten er, som Brøbech uttaler, blant annet betinget av:

«at politi og domstole overholder landets love, og at der reageres, hvis de ikke gjør det. Det er også væsentlig, at domstolene træffer afgørelser, som er i overenstemmelse med befolkningens retsbevidsthed. Herunder afgørelser vedrørende beviseksklusion, som borgerne finder rimelige».³⁰

Påtalemyndighetens oppgave om å sikre en tillitsfull saksbehandling kommer til uttrykk gjennom et antall lovfestede og ulovfestede regler. Eksempelvis kan man lese kravet til at politiet opptrer objektivt i sin tjeneste i strpl. § 55a fjerde ledd, og at etaten skal jobbe effektivt, jf. strpl. § 226 fjerde ledd. Samlet sett skal de ulike reglene sikre at det foreligger «god påtaleskikk» og at publikum har tillit til rettsvesenet.³¹ De delene av prinsippet som kan leses i positiv lovgivning er rettslig bindende for påtalemyndigheten, mens delene som fremgår av interne direktiver vil kun ha en intern virkning.

Som et av de interne direktivene er kanskje Riksadvokatens kvalitetsrundskriv (2/2017) det absolutt viktigste for «god påtaleskikk». Rundskrivet fremhever at «[e]nhver medarbeider i påtalemyndigheten skal opptre på en måte som fremmer en rettssikker og tillitsvekkende straffettspleie i samsvar med lov og rettsorden».³² Riksadvokaten løfter i rundskrivet frem prinsipper som er viktige for å opprettholde «god påtaleskikk», herunder uavhengighet, objektivitet, upartiskhet, integritet, kvalitet og effektivitet, faglighet og profesjonalitet, respekt og diskresjon.³³ I

²⁹ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 45-46

³⁰ Birgitte Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprocessen*, København 2003 s. 33

³¹ Myhrer, Tor-Geir, «Juss og etikk», I: Fanebust, Arne, m. fl, *Juss og etikk*, Oslo 2019 s. 17-109

³² Riksadvokatens rundskriv (2/2017) om etiske retningslinjer for medarbeider i påtalemyndigheten, s. 1

³³ Riksadvokatens rundskriv (2/2017) om etiske retningslinjer for medarbeider i påtalemyndigheten, s. 1-3. Tilsvarende prinsipp fremkommer også av regionale og internasjonale retningslinjer, se bl.a. Europarådet i den felles europeiske standarden: *The role of public prosecution in the criminal justice system*, Europarådet, (Rek 2000/19),

det følgende vil det særlig fokuseres på hensynet til objektivitet, og hvordan hensynet relaterer til bevisforbud ved ulovlig ervervede bevis. Dette er fordi objektivitetskravet er særlig relevant ved analysen av straffeprosessutvalgets forslag i kapittel 4, og fordi blant annet hensynet til en effektiv etterforskning behandles i eget underkapittel.

I tillegg til at kravet om objektivitet i etterforskningen kan leses i strpl. § 55a fjerde ledd, kan objektivitetshensynet også leses indirekte gjennom § 226 tredje ledd. Særlig viktig er det at politiet opptrer objektivt fordi det tilligger påtalemyndigheten å undersøke og fremme en sak med påstand om straff. Straff er samfunnet og statens strengeste reaksjon ovenfor borgerne, og en stor inngripen i enkeltpersoners rettigheter og personlige frihet. Maktforholdet mellom stat og borger i straffeprosessen er således preget av en stor grad av skjevhet.

Objektivitetsplikten oppstiller både et subjektivt krav til de enkelte tjenestemenn om deres skikethet og moral, og et objektivt krav ovenfor politiet i sin helhet til å organisatorisk sørge for en objektiv behandling av saker.³⁴ Plikten har således et krav til objektivitet i tjenesten innad i politiet, men også en side til at etaten må handle på en måte som fremstår som objektiv utad mot publikum.

Det kan diskuteres hvorvidt objektivitetsplikten står like sterkt på alle stadier i en sak.³⁵ Spørsmålet er utdypet i NOU 2007: 7 hvor det står at «[p]rinsippet får betydning for alle deler av straffeprosessen. Størst betydning har prinsippet under etterforskningen, men det gjelder også under hovedforhandlingen og ved spørsmål om gjenopptagelse.»³⁶ Man kan derfor utlede at det foreligger særlig sterkt krav til objektivitet på etterforskningsstadiet.

Hensynet til objektivitet tilsier i utgangspunktet at alle bevis burde kunne føres. På den måten kan retten ta stilling til alle sakens faktum, og komme til en objektivt riktig avgjørelse. Dersom det ulovlige beviservervet skaper tvil rundt bevisets verdi, stiller situasjonen seg imidlertid noe

Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors, IAP, 23 april 1999, FN's "Guidelines on the role of Prosecutors" (27 august – 7 september 1990) og Europarådets "European Guidelines on Ethics and Conduct for public prosecutors "The Budapest Guidelines"" (31 Mai 2005), CCPE Opinion No. 9 "European norms and principles concerning prosecution" (the Rome Charter), Strasbourg, 17. desember 2014

³⁴ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2015 s. 246

³⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 175

³⁶ NOU 2007: 7 s. 95

annerledes. Et lovbrudd ved erverv av bevis kan utløse spørsmål om beviset i seg selv er objektivt og troverdig, eller om det kan ha endret karakter ved innhenting.³⁷ For eksempel har vitnemål ervervet under bruk av tortur liten troverdighet for å utlede nye bevis, da de fleste er tilbøyelige til å innrømme hva som helst etter de har blitt utsatt for tortur over en viss tid. I så tilfelle taler hensynet til objektivitet for at det oppstilles et bevisforbud mot det aktuelle beviset, slik at retten kan komme til en objektivt riktig avgjørelse basert på troverdige faktum.

2.5 Hensynet til effektivitet

De generelle målene for etterforskning er ifølge Riksadvokaten «høy kvalitet, høy oppklaringsprosent, kort saksbehandlingstid og adekvat reaksjon.»³⁸ Hensynet til en effektiv saksbehandling er viktig ovenfor de involverte partene, og for at samfunnet skal kunne holde gjerningspersonen ansvarlig innen rimelig tid.

Et forbud mot å bruke ulovlig ervervede bevis kan tenkes å ta opp mye ressurser innad i rettsystemet. Dersom det er klart at et ulovlig ervervet bevis ikke senere kan føres for domstolene på grunn av bevisforbud må politiet forkaste bevis de allerede har brukt ressurser på å innhente. I enkelte tilfeller vil dette innebære at nye ressurser må settes inn for å etterforske og innhente det samme beviset på lovlig måte. I andre tilfeller kan det innebære at det ikke lenger foreligger tilstrekkelig bevis som kan føres for retten for å bevise skyld utover «enhver rimelig tvil».³⁹ I så tilfelle vil ressursene påtalemyndigheten hittil har brukt på å etterforske saken være bortkastet. I hovedforhandling kan bevisforbud føre til at saker som i utgangspunktet ville ført til dom, må føre til frifinnelse på grunn av manglende bevis. Brøbech argumenterer i sin avhandling:

«et system, der bygger på afvisning af ulovligt tilvejebragte beviser, medfører, at tiltalte med kværuerende tendenser i urimelig grad vil forsøge at godtgøre, at politiet har begået fejl. Det kan blive ganske tids- og dermed også pengerøvende for retssystemet at skulle gennemføre et stort antal procedurer herom.»⁴⁰

³⁷ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 37

³⁸ Riksadvokatens rundskriv (1/2019) om mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2019 – politiet og statsadvokatene, s. 1

³⁹ MrI. artikkel 6 nr. 2

⁴⁰ Birgitte Brøbech, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*, København 2003 s. 40

Som Brøbech argumenterer kan bevisforbud for det føre til at mistenkte i urimelig grad vil forsøke å betvile lovligheten ved politiets metoder for å få bevis avvist, og dermed skape nye saker som krever ressurser. Disse ressursene er bedre anvendt ved å kunne frigjøre midler til etterforskning i andre saker, og til å få skyldige dømt og uskyldige frifunnet. Synspunktet støttes av Garde som tar til orde for at den ødeleggende virkning for en sunn prosessøkonomi er kanskje det sterkeste argumentet mot en vidtgående avskjæring av ulovlig ervervede bevis.⁴¹ Bevisforbud kommer derfor ofte i konflikt med hensynet til en effektiv etterforskning. Jo mer vidtgående forbudet er, jo mer vil hensynet til rask oppklaring og fremdrift settes til side og nedprioriteres.

2.6 Partshensyn

En etterforskning er en særdeles inngripende myndighetsutøvelse fra statens side i mistenktes privatliv, og å ilegge noen straff som følge av en kriminell handling krever som følge hjemmel i lov, jf. GrL.⁴² § 96. Et viktig element for mistenktes rettssikkerhet er at etterforskningen ikke er full av ulovligheter og krenkelser av mistenktes rettigheter. En etterforskning som tar i bruk ulovlig ervervede bevis vil ikke bare krenke rettssikkerheten til mistenkte, men vil også kunne oppfattes som lite objektiv og et overgrep av statsmakten. For mistenkte er det således viktig at det reageres på ulovligheter, og at ulovlighetene holdes til et minimum. Hensynet til mistenkte tilsier derfor at det foreligger bevisforbud ved ulovlig beviserwerb.

For fornærmede, skadelidte og etterlatte er den største interessen i en etterforskning vernet mot å bli utsatt for straffbare handlinger, og reparasjon for eventuelle skader som har skjedd i form av straff for gjerningsmannen og/eller økonomisk erstatning.⁴³ En forutsetning for å ivareta denne gruppens interesser er at det foreligger tilstrekkelig bevismateriale fra påtalemyndighetens side til å først ta ut en siktelse, og senere til å kunne bevise i en rettssak at det foreligger en klar sannsynlighetsovervekt for at den mistenkte er skyldig i den kriminelle handlingen. I

⁴¹ Peter Garde, «Retfærdig rettergang set fra Strasbourg, Bergen og Hillerød», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 358-383

⁴² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven eller grl.)

⁴³ Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»*, Bergen 2001 s. 48-53

praksis er det derfor i denne gruppens interesse at alt bevismateriale som påtalemyndigheten har kjennskap til, kan brukes og at det således ikke foreligger bevisforbud for disse bevisene.⁴⁴

⁴⁴ For mer om fornærmedes rettigheter, se NOU 2006: 10 Fornærmede i straffeprosess – nytt perspektiv og nye rettigheter og ot.prp. nr. 11 (2007-2008)

3 Bevisforbud under dagens rettstilstand

3.1 Innledning – prinsippet om fri bevisførsel

Temaet for dette kapittelet er bevisforbud etter dagens rettstilstand, og hvor terskelen for bevisforbud går. En fremstilling av dagens rettstilstand er et nødvendig bakteppe for analysen av hvordan straffeprosessutvalgets forslag om innføring av stadienøytrale bevisforbud vil påvirke og eventuelt endre dagens rettstilstand. Denne analysen blir presentert i kapittel 4.

Bevisreglene i norsk straffeprosess består av et sett med ulovfestede og lovfestede regler, hvor flertallet av reglene er ulovfestede, mens et fåtall fremgår av straffeprosessloven.⁴⁵ Utgangspunktet for bevisføring i straffeprosessen er fri bevisførsel, uavhengig av hvordan bevisene er ervervet. Synspunktet er fastholdt i en rekke dommer, blant annet i Rt. 1990 s. 1008. Dommen tok stilling til hvorvidt påtalemyndigheten kunne benytte et fotografi tatt i fartskontroll (overskuddsbevis) som bevis for andre straffbare forhold. Høyesterett uttalte:

«[e]tter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar».⁴⁶

Synspunktet har videre blitt bekreftet i Rt. 2005 s. 1353, hvor Høyesterett argumenterte at «[p]rinsippene om fri bevisførsel og fri bevisvurdering er klare hovedregler i norsk straffeprosess» og at bevisavskjæring var et inngrep i hovedregelen som krevde særskilt rettsgrunnlag.⁴⁷

I arbeidet med dagens straffeprosesslov, tok straffeprosesslovkomiteen forbehold fra hovedregelen om fri bevisførsel ved å uttale at ulovlig ervervede bevis «kan føres til tross for feilen,

⁴⁵ NOU 2016: 24 s. 271-272

⁴⁶ Rt. 1990 s. 1008 s. 1010

⁴⁷ Rt. 2005 s. 1353, avsnitt 13. Se også Rt. 2006 s. 582, avsnitt 22 for tilsvarende synspunkt. Det er for øvrig også uomtvistet at bestemmelsene i tvisteloven også får relevans i bevisføring i straffeprosessen, jf. Kjelby, Gert Johan, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker», I: Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker: Utvalgte emner*, Oslo 2015 s. 79-152 s. 79.

med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte».⁴⁸ Prinsippet om fri bevisførsel har således sine grenser.

Dette kapittelet vil først ta for seg de allmenne retningslinjene for bevisavskjæring i 3.2. I 3.3 går oppgaven inn på bruk av ulovlig ervervede bevis på etterforskningsstadiet i dag. Til sist tas det i 3.4 stilling til hvorvidt dagens praksis er tilfredsstillende ut ifra de hensyn og prinsipper som gjør seg gjeldende ved bevisforbud, jf. oppgavens kapittel 2.

3.2 Bevisforbud – et unntak fra fri bevisførsel

Dagens bevisforbud er, som tidligere nevnt, i hovedsak rettet mot bevisføring i hovedforhandling. Et bevisforbud foreligger når beviset i sin helhet blir avskåret fra å legges til grunn ved skyldvurdering i hovedforhandling. Et bevisforbud får imidlertid også virkninger for påtalemyndigheten før hovedforhandling. I dagens praksis skal tiltalebeslutningen tas på kun de bevis som kan føres i hovedforhandling, og et bevisforbud avskjærer således påtalemyndigheten fra å basere tiltalen på det forbudte beviset.⁴⁹

Høyesterett oppstiller noen generelle krav for når det foreligger bevisforbud i Rt. 1999 s. 1269. Sakens faktum var at en ansatt (A) ved et fengsel var mistenkt for å ha hjulpet en innsatt (B) med å flykte. Politiet innledet på bakgrunn av opplysninger om sakens faktum samarbeid med en annen innsatt (C). C fikk i oppgave å avtale og få tilgang til tegninger av fengselet fra A. Tegningene skulle leveres på utsiden av fengselet, til person D. D var en politibetjent, og var iført skjult mikrofon og båndopptaker. D utspurte A om hans medvirkning i flukten til B, og fremprovoserte en tilståelse på det kriminelle forholdet i forbindelse med flukten. Spørsmålet var dermed hvorvidt en forklaring opptatt ved skjult båndopptaker kunne føres for retten. Høyesterett kom i dommen frem til at bevisene var ulovlig ervervet, og at en videre føring av disse

⁴⁸ NUT 1969: 3 s. 197, senere tilsluttet i ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 139

⁴⁹ For beviskrav ved tiltale, se Rt. 2015 s. 65, avsnitt 27. Se også Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019 s. 60 og Riksadvokatens rundskriv (3/2018) *Kvalitetsrundskrivet*, pkt. 4.3.2. Se også strpl. § 305 som bestemmer at dom kun kan falle i lys av de bevis som kan føres i hovedforhandling.

bevisene representerte en fortsatt krenkelse av selvinkrimineringsvernet.⁵⁰ Om vurderingsmomentene for når det foreligger bevisforbud uttalte Høyesterett:

«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795.»⁵¹

Selv om Høyesterett i dommen nevnte noen tilfeller eksplisitt, som menneskerettigheter, som må lede til bevisforbud, er imidlertid ikke denne listen uttømmende. Vurderingen om det skal foreligge bevisforbud må derfor bero på en totalvurdering av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende ved ulovlig beviserverv.⁵²

Som Høyesterett fremstilte i Rt. 1999 s. 1269 ligger det altså til grunn en to-trinns vurdering for at det skal foreligge et bevisforbud i dagens rettsstilstand. I) Å tillate det ulovlig ervervede beviset må føre til en gjentakelse eller fortsettelse av lovbruddet som ble begått ved erverv av beviset. II) Det må foreligge en interesseavveining hvor det vektlegges grovheten av krenkelsen ved erverv av beviset, hvorvidt det foreligger et forklaringspåbud eller leveringspåbud for den som satt på beviset, sakens karakter og alvorlighet, og bevisverdien av beviset.⁵³

For at det skal foreligge en gjentakelse eller fortsettelse av den krenkende handlingen, må bruken av beviset føre til en likeartet krenkelse som krenkelsen som oppstod ved innhenting.⁵⁴

⁵⁰ Rt. 1999 s. 1269 s. 1272-1273. For selvinkrimineringsvernet se strpl. § 232, International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966, Ikrafttredelse Norge: 23. mars 1976, (ICCPR) artikkel 14 (3) (g), mrl. artikkel 6 nr. 1.

⁵¹ Rt. 1999 s. 1269 s. 1272

⁵² Se oppgavens kapittel 2 for mer om dette

⁵³ Denne vurderingen er for øvrig ikke spesifikk for norsk rett, og går igjen i internasjonale regelverk, se f.eks. Rome Statute of the International Criminal Court, 17. Juli 1998 (Romastatuttene) artikkel 69 (4).

⁵⁴ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 136

Høyesterett har i praksis vært tilbakeholdene med å legge større føringer for når det foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse. Andenæs skriver imidlertid at ved bruk av ulovlige bevis ervervet som følge av brudd på taushetsplikt, vil bruk av disse bevisene i hovedforhandling «gi den forrådte betroelse en ytterligere utbredelse».⁵⁵ Torgersen utdyper om temaet at man må spørre seg om «*de interesser* den krenkende ervervsnormen er satt til vern for, også krenkes ved bevisføringen», og at disse må tolkes fra en objektiv synsvinkel.⁵⁶ Eksempelvis er det ved ulovlig avlytting gjerne snakk om brudd på privatlivet. Ved å bruke bevisene videre foreligger det objektivt sett en fortsatt krenkelse av den samme retten, da vedkommende hvis rettigheter er krenket vil bli videre eksponert for samme lovbrudd. Dette vil da normalt føre til bevisforbud.

Om interessevurderingen i bevisforbudene trekker Torgersen særlig frem hensynene til usikker bevisverdi, disiplinering, lovformelighet og kompensasjon for krenkelse av rettigheter som sterke momenter.⁵⁷ Et tilfelle hvor grunnleggende prosessuelle eller prinsipielle rettigheter er krenket, er det et sterkere incentiv til bevisforbud, enn et tilfelle hvor den krenkende retten ikke er like omfattende.⁵⁸ I Rt. 1999 s. 1269 s. 1272 vektlegger Høyesterett særlig selvinkrimineringsvernet som grunnleggende prinsipp for en rettferdig rettergang, så vel som hvor viktig saken er og bevisverdien av det konkrete beviset. Dette taler for at terskelen for bevisforbud er høyere i saker av prinsipiell karakter, og lavere i saker hvor bevisverdien er lav.

I følge Torgersen vil «[b]evisste regelbrudd [...] i alle fall for norske forhold - først og fremst kunne tenkes dersom det ikke er mulig å skaffe bevis på lovlig vis».⁵⁹ Konsekvensen av et bevisforbud er i så fall at saken må henlegges eller føre til frifinnelse fordi det ikke foreligger tilstrekkelig bevis til å domfelle mistenkte. Ved bevisforbud må hensynet til materiell sannhet derfor ofte vike for andre, grunnleggende interesser. Det kan tenkes saker hvor det ulovlig ervervede beviset ikke er nødvendig for å ta ut tiltale eller avsi dom. I så tilfelle kommer ikke hensynet til materiell sannhet på spissen i like stor grad. Utgangspunktet for den videre

⁵⁵ Johs. Andenæs, *Straffeprosessen i første instans*, Oslo 1962 s. 337.

⁵⁶ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 140-141

⁵⁷ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 150-154

⁵⁸ Se for eksempel Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2009 s. 5-10. Selvinkrimineringsvernet uttales ikke uttrykkelig i mrl. Artikkel 6 nr. 1, men er allment innfortolket og anerkjent i både norsk, EU- og internasjonal praksis. Se bl.a. Rt. 1999 s. 1269 s. 1271, Funke mot Frankrike, Saunders mot Storbritannia og ICCPR artikkel 14 (3) (g)

⁵⁹ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 45

drøftelsen er imidlertid dommer hvor det ulovlig ervervede beviset er nødvendig for å ta ut tiltale og for å føre til domfellelse.

3.3 Ulovlig ervervede bevis i etterforskning

Det er i dag praksis for at påtalemyndigheten kan benytte ulovlig ervervede bevis til å avlede nye bevis på etterforskningsstadiet.⁶⁰ Praksisen støttes i forarbeidene til straffeprosessloven som et middel for å effektivt forebygge og forfølge kriminelle handlinger i tråd med strpl. § 226, samt å forhindre at uskyldige blir straffet.⁶¹ I det følgende introduseres noen sentrale dommer som omhandler avskjæring av ulovlig ervervet bevis, og hensynene som Høyesterett har vektlagt i sin vurdering.

Bevis som er avledet fra ulovlig beviserverv vil ofte oppstille et spørsmål om de avledete bevisene representerer en fortsatt krenkelse av det opprinnelige beviservervet. I Rt. 1997 s. 1778 hadde en ansatt fra et sykehus brutt taushetsplikten og varslet politiet ved mistanke om voldtekt. Politiet startet som følge av opplysningene etterforskning, og innhentet på bakgrunn av de taushetsbelagte opplysningene forklaringer fra fornærmede og domfeltes mor. Forklaringene ble senere trukket tilbake ved hovedforhandling, og spørsmålet var således om aktor kunne lese opp forklaringer fra tidligere politiavhør, eller om disse var underlagt bevisforbud som følge av brudd på taushetsplikten. Høyesterett kom i saken frem til at det ikke forelå noen fortsatt krenkelse som tilsa at det avledete beviset (forklaringene) ikke kunne leses opp i retten. Av særlige momenter i vurderingen ble det i tråd med lagmannsrettens begrunnelse lagt vekt på den straffbare handlingens alvorlighet og at brudd på taushetsplikten ivaretas av strpl. § 119. Hensynet til de som var krenket gjennom bruddet på taushetsplikten (fornærmede og mor av mistenkte) ble således ivaretatt gjennom andre reaksjoner enn å hindre påtalemyndigheten i å fremme sak.

⁶²

I dommen bekreftet Høyesterett at det ikke forelå noen «dominoeffekt» eller fortsatt krenkelse ved avledning av bevis fra ulovlig beviserverv. Påtalemyndigheten stod således fritt til å bruke ulovlig ervervede bevis til å avlede nye bevis som kan føres i hovedforhandling. Selv om det ikke uttales eksplisitt, kan det av dommen utledes at hensynet til materiell sannhet og politiet

⁶⁰ Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2019 s. 281

⁶¹ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 73 flg. og ot.prp. nr. 40 (1991-92) s. 22

⁶² Rt. 1997 s. 1778 s. 1781-1782

og påtalemyndighetens plikt til å effektivt forfølge og å straffe alvorlige kriminelle handlinger står sterkt, særlig når den kriminelle handlingen som foreligger er grov. Det må i slike tilfeller foreligge særlige grunner til å avgrense disse hensynene.

Tatt i betraktning at den aktuelle krenkelsen gjaldt personer uten offisiell partsstatus kan det tenkes at vurderingen ville stilt seg noe annerledes dersom det var mistenktes rettigheter det var brudd på. Mistenktes rettssikkerhet har et særlig vern i straffeprosessen. Dette er en følge av at straff er en veldig inngripende handling fra staten inn i vedkommendes rett til privatliv og frihet. For fornærmede kan forskjellen mellom frifinnelse og straff gi følelser av henholdsvis urettferdighet og rettferdighet. De to ulike scenarioene er i midlertidig ikke særlig inngripende i fornærmedes rettsstilling, da vedkommende går fri uansett. Terskelen for brudd på mistenktes rettigheter må således være høyere enn terskelen for krenkelser mot fornærmedes rettigheter.

I Rt. 1994 s. 1010 bekreftes standpunktet om at krenkelsens grovhet som følge av det ulovlig ervervede beviset er en viktig faktor i vurderingen om det skal foreligge bevisforbud. I dommen var spørsmålet om feil ved militærpolitiets myndighetsutøvelse ved utåndingsprøver skulle føre til avskjæring av blodprøver tatt av politiet som følge av utslag på den første prøven. Etter vegtrafikkloven⁶³ § 22 er det ulovlig å føre en motorvogn når han er «påvirket av alkohol». Politiet har videre rett til å ta blodprøver som følge av særlig mistanke om brudd på denne bestemmelsen.⁶⁴ Høyesterett konkluderte i saken med at beviset kunne føres da det ikke «forel[å] noen grovere krenkelse av ham enn det her eventuelt er tale om». I vurderingen veide Høyesterett siktedes rettigheter opp mot mangelen på grovhet i krenkelsen ved ervervet av beviset, og plikten til at politiet må reagere når det foreligger rimelig mistanke om en kriminell handling.

Dommen forsterker sådan praksisen om at avledede bevis ikke har noen dominoeffekt fra ulovlig ervervede bevis. Krenkelsen som forekommer som følge av beviservervet må være av en viss alvorlighetsgrad, og større enn en formell feil, for at krenkelsen av mistenktes rettigheter skal kunne overveie hensynet til materiell sannhet. Dommen forsterker at et viktig hensyn for norsk straffeprosess, er hensynet til materiell sannhet og påtalemyndighetens opplysningsplikt.

⁶³ Lov 18. juni 1965 nr. 4 Vegtrafikkloven (vtrl.)

⁶⁴ Vtrl. § 22a annet ledd

I Rt. 2006 s. 582 går Høyesterett i større grad inn på vurderingen hvorvidt vilkårene oppstilt i Rt. 1999 s. 1269 for bevisforbud er møtt. Politiet hadde stoppet en bil som hadde en logo knyttet til et ransmiljø, og ransaket bilen og fører. I forbindelse med ransakelsen ble det funnet våpen og ammunisjon mistenkte var i ulovlig besittelse av, og mistenkte tilstod umiddelbart lovbruddet. Høyesterett kom i saken frem til at bevisene kunne føres fordi tilståelsen var gitt frivillig, og at det ikke forelå noen fortsatt eller gjentakende krenkelse som følge av bevisføringen. Videre ble det vektlagt at politiet, dersom de hadde hatt skjellig grunn til mistanke, uansett kunne foreta ransakelsen. Det forelå kun en formell feil, noe som ikke kunne ansees å være en grov nok krenkelse til å føre til bevisavskjæring. En interesseavveining av hensynet til disiplinering kunne heller ikke alene tilsi avskjæring.⁶⁵

Et interessant poeng i dommen er imidlertid at Høyesterett i et *obiter dictum* uttalte at situasjonen ville stilt seg annerledes dersom det for eksempel var en ransaking hos en lege, og politiet i denne forbindelse hadde kommet over taushetsbelagte opplysninger.⁶⁶ Høyesterett fastsatte således en grense for prinsippet om fri bevisførsel i tilfeller hvor det er klart at politiet ikke under noen omstendigheter hadde hatt tilgang på opplysningene. I slike tilfeller må hensynet til mistenktes rettigheter vekke tyngre enn hensynet til materiell sannhet, og bevis avledet fra det ulovlige ervervet må ilegges bevisforbud.

Av rettspraksis kan det legges til grunn at hovedregelen er at politiet og påtalemyndigheten kan avlede bevis fra ulovlig ervervede bevis og senere bruke disse bevisene til å ta ut tiltalte og føre i hovedforhandling. Hensynet til materiell sannhet og opplysning står sterkt, og det foreligger ingen «dominoeffekt» som flytter krenkelsen ved ervervet over på det avledede beviset. Terskelen for at bevis ikke kan benyttes på etterforskningsstadiet er i stor grad knyttet til hvorvidt bevisførselen tilsier en fortsatt eller gjentatt krenkelse, og i liten grad til hvorvidt det foreligger en disiplinerende effekt ved avskjæring. For at krenkelsen ved det ulovlige beviservervet i seg selv skal tilsi bevisforbud, må det foreligge mer enn en formell feil ved politiets handlinger. I tilfeller hvor politiet ikke under noen omstendigheter ville hatt adgang til beviset på lovlig måte, kan det tenkes at hensynet til materiell sannhet må vike for mistenktes rettigheter og at det ulovlige ervervet må føre til bevisforbud. Vurderingen av bevisforbud i slike tilfeller vil

⁶⁵ Rt. 2006 s. 582, avsnitt 23

⁶⁷ Rt. 1999 s. 1269

imidlertid bero på en helhetsvurdering av det konkrete tilfellet, hvor den kriminelle handlingens grovhet tas i betraktning.

3.4 En tilfredsstillende praksis?

Det kan stilles spørsmål om hvorvidt dagens praksis er tilfredsstillende ut ifra gjeldende hensyn og prinsipp ved bevisførsel i straffeprosessen. Som oppgaven nevner i kapittel 3.1. står hensynet til materiell sannhet og fri bevisførsel, som utgangspunkt sterkt i norsk straffeprosess. I praksis vektlegger Høyesterett disse hensynene, og hensynet til en effektiv etterforskning, i stor grad ved spørsmål om bevisforbud og ulovlig ervervede bevis. Hensynet til mistenktes rettigheter varierer med graden av krenkelse, og står særlig sterkt i tilfeller hvor det er snakk om grunnleggende menneskerettigheter.⁶⁷ Samlet sett ivaretar dagens praksis i stor grad hensynene presentert i kapittel 2 som gjør seg gjeldende ved bevisforbud.

Hensynet til en lovformelig prosess og prevensjon og disiplinering av ulovligheter er i utgangspunktet utelatt fra vurderingen om det skal foreligge bevisforbud. Utelatelsen begrunnes med at straffeprosesslovkomiteen i NUT 1969: 3 fastsetter at disiplinering av ulovligheter avhjelpes best med «administrative og disiplinære forholdsregler».⁶⁸ Hensynet til en lovformelig prosess og prevensjon og disiplinering av ulovligheter kunne derfor muligens vært styrket ytterligere gjennom å bli gitt en større plass i vurderingen om det skal foreligge bevisforbud. Hvorvidt et større fokus på disse hensynene vil føre til mindre ulovligheter på etterforskningsstadiet er imidlertid vanskelig å si, da det foreligger lite forskning på effekten av bevisforbud på prevensjon og disiplinering av ulovligheter.⁶⁹

⁶⁷ Rt. 1999 s. 1269

⁶⁸ NUT 1969: 3 s. 197. For rettspraksis se bl.a. Rt. 1992 s. 698 s. 706 - Treholt II og Rt. 2006 s. 582, avsnitt 24

⁶⁹ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 45-46

4 NOU 2016: 24

4.1 Innledning til §8-5

Temaet for dette kapitlet er straffeprosessutvalgets forslag til lovfesting av bevisforbud, og en analyse av dette forslaget. Analysedelen av kapitlet er særlig viktig for å forstå konsekvensene av straffeprosessutvalgets lovforslag, og hvordan forslaget vil endre dagens rettstilstand. Forslaget til ny bestemmelse om ulovlig ervervede bevis fra straffeprosessutvalget lyder som følger:

«§8-5 Bevisforbud ved rettsstridig innhenting og tilgang til bevis

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

- det rettsstridige beviservervets grovhet,
- om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser, og
- om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser.»⁷⁰

Forslaget introduserer i NOU 2016: 24 termen stadienøytralitet, hvor bevisforbudene som oppstilles er uavhengig av sakens stadium.⁷¹ Stadienøytralitet innebærer at bevisforbudene, som tidligere rettet seg mot føring i retten, får virkning for ethvert trinn i straffeprosessen. I praksis vil bevisforbudene da også gjelde på etterforskningsstadiet.

Kapittel 4 tar i det følgende først for seg forslagets formål (4.2) og ordlyd (4.3). Deretter tar kapitlet for seg hvorvidt det foreligger et behov for lovfesting av dagens praksis (4.4). Etter dette vil kapitlet se om bestemmelsen er en god regel opp mot de hensyn og prinsipper introdusert i kapittel 2, og hva konsekvensene av en lovfesting av bevisforbud vil bety i praksis (4.5). Til sist tar kapitlet for seg om bestemmelsens ordlyd er klar nok til å ivareta behovet for lovfesting (4.6).

⁷⁰ NOU 2016: 24 s. 39

⁷¹ NOU 2016: 24 s. 267-268

4.2 Bestemmelsens formål

Straffeprosessutvalget uttaler i NOU 2016: 24 at «lovens bevisregler bør få et tydeligere uttrykk i lovverket ved at de reguleres i et eget kapittel av generell karakter, og at de bør gi et mer dekkende uttrykk for de rettslige realiteter enn det som følger av dagens bestemmelser». ⁷² De to hovedformålene som trekkes frem i NOU for lovfesting av stadienøytrale bevisforbud er hensynet til en lovformelig prosess og prevensjon og disiplinering av ulovligheter innenfor påtalemyndigheten. ⁷³ Hensynet til prevensjon av ulovligheter innad i påtalemyndigheten speiles i dels i første og tredje strekpunkt i forslagetets ordlyd, mens idealet om en lovformelig prosess er bevisst utelatt i §8-5 ordlyd. Utelatelsen begrunnes med at

«[d]et er en forskjell på spørsmålet om det foreligger et ulovlig beviserverv, og om det bør oppstilles forbud mot senere bruk av beviset, og vekten av hensynet til en lovformelig prosess varierer dessuten med alvorligheten av krenkelsen som ble begått ved det ulovlige ervervet.» ⁷⁴

Straffeprosessutvalget fremhever i NOU 2016: 24 at dagens samfunn legger til rette for nye type krenkelser som følge av «overvåkning, den økte vilje til kriminalisering, også av forberedelseshandlinger, og den medfølgende muligheten til å benytte et videre spekter av tvangsmidler og etterforskningsmetoder enn før ...» ⁷⁵. Videre vektlegger utvalget at det sjelden er privatpersoner som står ovenfor problemstillingen med å erverve bevis, og at bestemmelsen derfor i hovedsak retter seg mot myndighetsoverskridelse foretatt av påtalemyndigheten. ⁷⁶ På bakgrunn av dette stiller utvalget spørsmål om hvorvidt dagens disiplineringspraksis ivaretar disiplineringshensynet tilstrekkelig. Utvalget søker således å lovfeste dagens regler for bevisforbud, men med en større vektlegging av hensynet til disiplinering av ulovligheter.

Mens bevisforbudene i dag har klart størst gjennomslag i hovedforhandling, trekker straffeprosessutvalget frem at det er et prinsipielt viktig spørsmål om påtalemyndigheten kan benytte bevis som omfattes av bevisforbud under etterforskning. Utvalget fremhever at spørsmålet

⁷² NOU 2016: 24 s. 266

⁷³ NOU 2016: 24 s. 272-273

⁷⁴ NOU 2016: 24 s. 274

⁷⁵ NOU 2016: 24 s. 273

⁷⁶ NOU 2016: 24 s. 273

skaper et behov for stadienøytrale bevisforbud.⁷⁷ På tross av at utvalget anser spørsmålet som prinsipielt viktig, er de i NOU tilbakeholdne i sin begrunnelse for hvorfor behovet for stadienøytralitet oppstår. Mangelen på begrunnelse kan kritiseres fordi det her er tale om et prinsipielt viktig spørsmål, som hadde fortjent en lengre utredelse og begrunnelse.⁷⁸

På tross av stort fokus på å løfte frem prevensjon og disiplinering av ulovligheter og en lovformelig prosess i bevisforbudsvurderingen fremhever straffeprosessutvalget at «ambisjonen i det vesentlige er å videreføre gjeldende rett».⁷⁹ Videre argumenterer straffeprosessutvalget for at en videreføring av gjeldende rett kan sikres gjennom «lovfesting av regelen [...] ved å gi en fleksibel regulering», og at en lovfesting vil «forlate den noe kasuistiske tilnærmingen som følger av straffeprosessloven».⁸⁰ For at utvalget skal lykkes i sine ambisjoner om å øke fokuset på prevensjon og disiplinering av ulovligheter samtidig som de i «det vesentlige [...] videreføre gjeldende rett» er det derfor en forutsetning at lovforslaget ivaretar dagens hensyn og prinsipper i relasjon til bevisforbud på en god måte. I den videre analysen av forslaget er derfor hensynene og prinsippene presentert i oppgavens kapittel 2 sentrale.

4.3 Bestemmelsens ordlyd

Innledningsvis fastsetter bestemmelsen at «[d]et gjelder bevisforbud for opplysninger som er innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte».⁸¹ Bestemmelsen spesifiserer ikke *når* bevisforbudene skal gjelde, og skiller heller ikke mellom ulike typer bevis, aktører eller bruksmåte.⁸² En direkte ordlydstolkning tilsier dermed at bevisforbudene gjelder uavhengig av type bevis, aktør eller bruk, og at forbudene er stadienøytrale. Denne tolkningen støttes av

⁷⁷ NOU 2016: 24 s. 268

⁷⁸ Dette illustreres blant annet gjennom de ulike høringssvarene til NOU 2016: 24, som oppgaven kommer tilbake til i det følgende. For eksempel se Riksadvokatens høringssvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017) s. 26

⁷⁹ NOU 2016: 24 s. 276

⁸⁰ NOU 2016: 24 s. 267 og 276

⁸¹ NOU 2016: 24 s. 39, § 8-5

⁸² Denne oppgaven fokuserer kun på prinsippet om stadienøytralitet. De ulike nøytralitetsprinsippene overlapper i midlertidig, og det er således relevant for analysen at stadienøytraliteten også gjelder uavhengig av type bevis, aktør og bruksmåte. Jeg kommer derfor ikke til å skille mellom ulike typer bevis, aktører eller bruksmåte, utover det som er omtalt i kapittel 1.4 – Avgrensning. For mer om de andre nøytralitetsprinsippene, se NOU 2016: 24 s. 268.

straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24, som til stor grad fremhever nøytralitetsprinsipper i lovfesting av bevisforbudene.⁸³ Sett opp mot dagens praksis må straffeprosessutvalgets forslag derfor ansees som en utvidelse av dagens bevisforbudsregler som i hovedsak knytter seg til selve tiltalespørsmålet og hovedforhandlingen.

De stadienøytrale bevisforbudene gjelder imidlertid kun «når det er grunn til det».⁸⁴ En naturlig forståelse av «når det er grunn til det» tilsier at bevisforbudene kun skal gjelde unntaksvis, og at det må foreligge en spesiell situasjon for å fravike utgangspunktet om fri bevisførsel. Denne tolkningen støttes av straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24.⁸⁵ Utvalget avklarer ikke i NOU «når det er grunn til det», men fastsetter gjennom forslaget til §8-5 at det i denne vurderingen «særlig skal legges vekt på» kriteriene fremstilt i bestemmelsens tre strekpunkter.⁸⁶

«Særlig skal legges vekt på» tilsier at listen i strekpunktene ikke er uttømmende, og at det også kan tenkes andre momenter som kan være viktige i vurderingen om hvorvidt det skal foreligge bevisforbud. Bestemmelsen tar eksempelvis ikke høyde for den aktuelle straffbare handlingens grovhet, selv om dette er trolig å falle inn under andre momenter som kan påvirke vurderingen. Leser man §8-5 direkte er allikevel tyngden av «særlig legges vekt på» såpass streng at foreligger en veldig høy terskel for at den straffbare handlingens grovhet utveier de nevnte strekpunktene. Denne terskelen er uheldig, og vil kunne føre til at en kriminelle handlinger av relativt grov karakter vil måtte henlegges på bakgrunn av hensynet til prevensjon og disiplinering av ulovligheter. Dette er neppe straffeprosessutvalgets mening, da de ønsker å «i det vesentlige videreføre gjeldende rett», noe som innebærer at også grovheten til den kriminelle handlingen må tas i betraktning.⁸⁷ Uklarheten kan likevel skape problemer for påtalemyndigheten og domstolene med å vurdere vilkårene i praksis.

De tre strekpunktene som er nevnt i bestemmelsen er «det rettsstridige beviservervets grovhet», «om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser» og «om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser».⁸⁸ Utover selve ordlyden i § 8-5, henviser ikke utvalget til hvordan disse tre strekpunktene skal tolkes, og gir heller

⁸³ NOU 2016: 24 s. 268

⁸⁴ NOU 2016: 24 s. 39, § 8-5 første setning annet ledd

⁸⁵ NOU 2016: 24 s. 266

⁸⁶ NOU 2016: 24 s. 39, § 8-5

⁸⁷ NOU 2016: 24 s. 276

⁸⁸ NOU 2016: 24 s. 39, § 8-5

ikke eksempler på når disse kriteriene tilsier bevisforbud. Ordlyden av «når det er grunn til det» er således vag og åpner for en bred skjønnsmessig vurdering.

En naturlig ordlydstolkning av «det rettsstridige beviservervets grovhet» tilsier at det må vurderes hvor grov krenkelsen av det ulovlige beviservervet er. Straffeprosessutvalget nevner ikke i NOU noe eksempel på når et beviserverv må ansees for å være grovt. Den skjønnsmessige ordlyden tilsier derfor ikke annet enn at terskelen for bevisforbud er lavere i tilfeller hvor beviservervet strider mot grunnleggende prosessuelle rettigheter eller menneskerettigheter enn hvor beviservervet kun strider mot formelle prosedyrer.

«Om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser» tilsier at den videre bruken av beviset i seg selv må føre til en krenkelse utover selve beviservervet. Termen «[b]eskyttelsesverdige interesser» er vagt, og gir lite utover at det foreligger generelle prinsipper og hensyn av interesse som kan veie inn i vurderingen. Det er imidlertid nærliggende å anta at termen må sees i sammenheng mistenktes rettigheter, da utvalget fremhever personer som utsettes for statens maktutøvelse spesielt i NOU.⁸⁹ Det kan i midlertid også tenkes tilfeller hvor den som er krenket som følge av beviservervet er noe andre enn den mistenkte. I så tilfelle vil det nok være en høyere terskel for at det skal foreligge bevisforbud basert på dette punktet alene, som følge av at vedkommende ikke har offisiell partsstatus.

Første og andre strekpunkt i forslaget, om enn vage, kan dermed samlet sett virke som en videreføring av nåværende praksis for bevisforbud.⁹⁰ Denne videreføringen støttes av straffeprosessutvalgets ambisjon om å gjøre nettopp dette.⁹¹ Som nevnt er ikke Høyesteretts tidligere praksis særlig klar i sine føringer for hvor terskelen for dagens kriterier for bevisforbud ligger.⁹² Bestemmelsens ordlyd medfører således hverken mer eller mindre forutsigbarhet og klarhet enn dagens praksis når det gjelder de to første strekpunktene.

Tredje strekpunkt i § 8-5 introduserer hensynet til prevensjon og disiplinering av ulovligheter som et nytt, viktig moment i bevisforbudsvurderingen. Ordlyden av «om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser» er vag. Straffeprosessutvalget gir ikke, på tross av fokus på hensynet til prevensjon og disiplinering av

⁸⁹ NOU 2016: 24 s. 273

⁹⁰ Se Rt. 1999 s. 1269 s. 1272 og kapittel 3.2 i denne oppgaven om kriteriene for bevisforbud i dagens rettsstilstand

⁹¹ NOU 2016: 24 s. 279

⁹² Rt. 1999 s. 1269 s. 1272

ulovligheter i NOU, noe spesifikt utgangspunkt for hva som skal til for at en reaksjon kategoriseres som «en måte som må anta å forebygge fremtidige krenkelser». En naturlig ordlydstolkning av underpunktet er at det skal vurderes hvorvidt det er foretatt noen form for administrative og disiplinære sanksjoner som følge av beviservervet, da utvalget ikke kan sikte til hvorvidt det alt er reagert med bevisforbud når det er om det skal foreligge bevisforbud man vurderer. Utvalget stiller imidlertid i NOU 2016: 24 sterkt spørsmål ved effektiviteten av slike tiltak, og begrunner hovedformålet med lovfestede bevisforbud med behov for større grad av rettslig prøving.⁹³ Det er derfor vanskelig å si hvordan utvalget mener det tredje strekpunktet skal vurderes i praksis, og hvilken form for reaksjon på ulovligheter som er tilstrekkelig for at det ikke må foreligge bevisforbud.

Samlet sett er ordlyden i § 8-5 vag, og det er tidvis vanskelig å vite hva straffeprosessutvalget legger i bestemmelsen. Mangelen på klarhet vil i praksis fort føre til liten grad av forutberegnetelighet i påtalemyndighetens vurdering av bestemmelsen, da ulike tjenestemenn vil vurdere vilkårene ulikt. Som følge av at NOU 2016: 24 ikke gir noe mer føring for hvordan bestemmelsen skal tolkes, må man derfor se hen til de prinsipp og hensyn som er gjeldende for straffeprosessen, og særlig i relasjon til bevisforbudene, for videre veiledning av hvordan bestemmelsen skal fungere i praksis.

4.4 Foreligger det et behov for å lovfeste bevisforbud?

Den sterkt rådende oppfatningen i straffeprosessen om fri bevisførsel gjør at det skal gode grunner til å fravike dette utgangspunktet. Oslo statsadvokatembeter uttrykker i sitt høringssvar til NOU 2016: 24:

«Hvis man ønsker å utvide området for bevisforbud, bør dette skyldes at man mener at prinsippene, slik de praktiseres etter dagens lov, ikke er tilfredsstillende eller man frykter at prinsippene i fremtiden ikke vil fungere tilfredsstillende.»⁹⁴

Som sitatet belyser, burde utgangspunktet for en utvidende lovfesting av stadienøytrale bevisforbud som straffeprosessutvalget foreslår, være en konsekvens av at dagens hensyn og prinsipp

⁹³ NOU 2016: 24 s. 272-273

⁹⁴ Oslo Statsadvokatembeters høringssvar (1617600 ES AIISRY) Høringssvar NOU 2016: 24 – Ny straffeprosesslov (21. august 2017)

i relasjon til bevisføring ikke er godt nok ivaretatt i dagens praksis. Videre må de samme hensynene og prinsippene bli bedre ivaretatt med en lovfesting. Med utgangspunkt i oppgavens kapittel 3.4. er hensynene og prinsippene som gjør seg gjeldende i relasjon til ulovlig beviserverv i stor grad ivaretatt i vurderingen om det skal foreligge bevisforbud i dagens rettstilstand. Unntaket fra dette er en mangel på fokus på hensynet til prevensjon og disiplinering av ulovligheter i Høyesteretts vurderinger.

Straffeprosessutvalget fremhever at forutsetningene for bevisforbud i dag er annerledes enn når straffeprosesslovkomiteen avga sitt forslag om å overlate praksisen til domstolene i 1969.⁹⁵ Utvalget mener derfor det er et større behov for disiplinering av ulovligheter gjennom bevisforbud i dag. I så måte søker straffeprosessutvalget å fjerne mulige svakheter ved dagens praksis gjennom en lovfesting av bevisforbud. Som Torgersen argumenterer er det foretatt lite forskning på effekten av disiplinære handlinger, og det er derfor vanskelig å si at det foreligger noe større behov for bevisforbud i dag, enn det gjorde i 1969.⁹⁶

En styrking av en interesse, innebærer imidlertid som regel en svekkelse av andre interesser, og spørsmålet er derfor om § 8-5 favner vidt nok til å dekke formålet med prevensjon og disiplinering av ulovligheter på en god måte, samtidig som det balanserer de øvrige interessene fremstilt i oppgavens kapittel 2. For at en rettsregel skal ansees som god, må det foreligge en generell oppfatning om at regelen dekker et behov. Regelen må ivareta behovet på en måte som er proporsjonal og balansert opp mot motstridende hensyn, og formuleres klart og tydelig for å skape mest mulig forutberegnelighet. I resten av kapittelet fokuserer oppgaven på om forslaget ivaretar hensynet på en måte som er proporsjonal med behovet for å sette et større fokus på prevensjon og disiplinering av ulovligheter.

⁹⁵ NOU 2016: 24 s. 272. Se også NUT 1969: 3 s. 197 for straffeprosesslovkomiteens begrunnelse.

⁹⁶ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 46

4.5 Favner regelen vidt nok til å dekke behovet for å lovfeste bevisforbud?

4.5.1 Blir hensynet til prevensjon og disiplinering av ulovligheter bedre ivaretatt av bevisforbud på etterforskningsstadiet?

Det er i dagens praksis flere kontrollmekanismer som ivaretar hensynet til en lovformelig prosess. Eksempler på disse kontrollmekanismene er påtalemyndigheten internt i politiet, domstolene, Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll og EOS-utvalget for å nevne noen. Organene har kompetansen til å disiplinere politiet/den enkelte tjenestemann i form av å oppstille bevisforbud, så vel som andre disiplinære reaksjoner. I sitt høringssvar til NOU 2016: 24 uttaler Riksadvokaten at disse organene er tilstrekkelige, og at det dermed ikke foreligger noe behov for en ny, stadienøytral, regel om bevisforbud.⁹⁷

For at forslaget om stadienøytrale bevisforbud skal ivareta hensynet til prevensjon og disiplinering av ulovligheter bedre enn dagens praksis, er det en forutsetning at lovbestemmelsen fører til en mer lovformelig praksis innad i politiet. Lovfesting av bevisforbudene med et prinsipp om stadienøytralitet, kan skape en pedagogisk effekt ovenfor politiet og påtalemyndigheten. Tjenestemannen som får beviset sitt omfattet av bevisforbud vil oppfatte bevisforbudet som en straff i form av at det nedlagte arbeidet er forgjeves. Et bevisforbud fratrar dermed politiet incitamentet til å i utgangspunktet innhente ulovlig ervervede bevis, da disse uansett ikke kan brukes videre som følge av ulovligheten.

Bratholm argumenterer at «[m]ot å tillate bruk av ulovlige ervervede beviser kan innvendes at dette ville oppmuntre til anvendelse av uberettigede etterforskningsmetoder».⁹⁸ I en situasjon hvor domstolene til stadighet tillater bruk av ulovlig ervervede bevis på etterforskningsstadiet, kan tillatelsen oppleves som en oppmuntring til å benytte alle mulige midler, så lenge resultatet fremmer materiell sannhet. Denne kan potensielt føre til en økning i antall ulovligheter begått av politiet i etterforskningen. Bratholm argumenterer videre:

⁹⁷ Riksadvokatens høringssvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017) s. 27-28

⁹⁸ Anders Bratholm, «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1959 s. 109-132 s. 116

«[f]or selv om de skyldige utsetter seg for straff eller andre reaksjoner, vil det i praksis være vanskelig å oppnå at reaksjonene faktisk kommer til anvendelse. Det trenges, som det er blitt sagt, en politimann for å etterforske saken mot en annen politimann, og dette forhold, sammen med den omstendighet at ulovligheten er begått i kampen mot kriminaliteten, vil lett føre til at det blir sått liten kraft i oppklaringen av saken og en eventuell strafforfølgning.»⁹⁹

Som Bratholm fremhever, i tilfeller hvor en tjenestemann (A) etterforsker en annen tjenestemann (B) kan etterforskningen utløse at A føler en form for samhold eller medfølelse for Bs handlinger gjennom den felles kampen mot kriminalitet. Samholdet kan føre til at mange vil være tilbakeholdne med å kritisere kollegaer, noe som kan hindre en objektiv etterforskning og skape ineffektivitet i prosessen. Det kan således argumenteres for at det er vanskelig å gjennomføre alternativ disiplinering til bevisforbud i praksis, både på grunn av manglende styrke i reaksjoner og på grunn av interne disiplineringssakers natur.

Ved innføring av et lovfestet, stadienøytralt bevisforbud, blir det kollegiale samholdet motvirket ved at det innføres en lovpålagt plikt til å avstå fra bruk av ulovlig ervervede bevis. Innføring av bevisforbudene gir således en ekstra oppfordring til å varsle dersom man blir klar over et lovbrudd, eller til å avstå fra å selv erverve bevisene ulovlig i utgangspunktet. Dette kan tale for at en lovfestet, stadienøytral bestemmelse om bevisforbud, har en større preventiv og disiplinerende effekt ovenfor politiet enn dagens disiplinære sanksjoner.

Mot stadienøytrale bevisforbud som disiplineringssanksjon kan det argumenteres at det vil være urettferdig ovenfor den enkelte tjenestemann å bli prejudisielt straffet for sin ulovlige handling. En etterforskning av den enkelte tjenestemann vil videre kunne avspore hovedformålet med etterforskningen, nemlig å avklare mistenktes involvering i saken.¹⁰⁰ Poenget med en etterforskning er å oppklare saker og å holde noen ansvarlig for en straffbar handling, og det ville være uheldig om politiet, som monopolhaver på strafferettslige reaksjoner, blir dratt vekk fra fokuset på ansvarliggjøring.

⁹⁹ Anders Bratholm, «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1959 s. 109-132 s. 116

¹⁰⁰ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 42-43

Videre er det i dagens samfunn flere måter å innhente ett og samme bevis på, og et forbud mot å innhente et bevis vil kun omfatte den spesifikke måten beviset i den konkrete saken er ervervet på. Det er således mulig for den aktuelle tjenestemannen å søke og innhente det samme beviset på andre måter som også faller inn under kategorien ulovlig beviserverv. I så tilfelle blir de stadienøytrale bevisforbudene redusert til en papirmølle med en endeløs prosess av vurderinger og sanksjoner av de ulike beviservervene.

En annen faktor som taler mot innføring av stadienøytrale bevisforbud er at praksisen kan føre til en mer begrenset kommunikasjon tilbake til ansvarlige polititjenestemenn. Dersom en tjenestemann blir klar over et ulovlig beviserverv, kan det være at vedkommende tjenestemann ikke ønsker å anerkjenne at han selv har gjort en feil som kan føre til disiplinering eller bevisforbud som kan virke ødeleggende for saken.¹⁰¹ Som følge av dette risikerer man at vedkommende tjenestemann heller ikke rapporterer tilbake til overordnet ansvarlige, i håp om at feilen ikke blir oppdaget. Dette er en særdeles uheldig virkning, da det kan føre til store mørketall rundt politiets ulovligheter.

Torgersen påpeker imidlertid en viktig faktor i sin argumentasjon, nemlig at det foreligger lite forskning på effekten av både bevisforbud og alternative disiplinære reaksjoner.¹⁰² Dette speiles i Riksadvokatens høringssvar til NOU 2016: 24, hvor embetet uttaler at «mulige disiplinære virkninger ikke [er] tilstrekkelig begrunnelse for så omfattende endringer i bevisforbudslæren».¹⁰³ Straffeprosessutvalget tar i liten grad stilling til nåværende kontrollmekanismer i sitt forslag. Effekten av dagens kontrollmekanismer burde derfor være gjenstand for en grundigere vurdering før et eventuelt forslag om lovfesting av bevisforbud vedtas. Det er således vanskelig å si med sikkerhet hvilken virkning en lovbestemmelse om bevisforbud har på hensynet til prevensjon og disiplinering av politiet, og hvorvidt et bevisforbud vil ivaretar hensynet bedre enn dagens praksis.

¹⁰¹ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 45

¹⁰² Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 46

¹⁰³ Riksadvokatens høringssvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017) s. 27-28 (min utheving)

4.5.2 Innskrenking i påtalemyndighetens kompetanse til å etterforske

Som straffeprosessutvalget fremhever i NOU gjelder bevisforbudene alle typer befatning med beviset, herunder innhenting og bruk av beviset.¹⁰⁴ Konsekvensene av stadienøytrale bevisforbud er således at bevis ilagt bevisforbud ikke kan brukes på noen måte i etterforskningen, og at i tilfeller hvor påtalemyndigheten blir klar over at bruken av et bevis klart strider imot bevisforbud, må denne bruken umiddelbart opphøre.¹⁰⁵

Som følge av bruksforbudet kan påtalemyndigheten heller ikke vurdere disse bevisene for å finne ut hvorvidt det foreligger grunn til å iverksette etterforskning. Man kan således tale om at det ikke bare foreligger et bevisforbud etter tradisjonell betydning, men også et innhentings-, bruks- og vurderingsforbud. Stadienøytrale bevisforbud vil dermed føre til at påtalemyndighetens kompetanse til å iverksette etterforskning ved mistanke om kriminelle forhold i tråd med strpl. § 224 og til å avverge straffbare handlinger og opplyse saken i tråd med strpl. § 226 blir sterkt begrenset. Begrensningen vil hindre mulighet til oppklaring og fremdrift i saker, og er som sådan sterkt motstridende med prinsippet om materiell sannhet og hensynet til opplysning. Konsekvensen kan da fort bli at selv i saker av særdeles alvorlig karakter, eller saker av prinsipiell karakter, kan hensynet til oppklaring og materiell sannhet måtte vike i større grad enn før.

At materiell sannhet og oppklaring av saker må vike er uheldig av flere grunner: For det første er det i saker av prinsipiell karakter og saker med uklart rettsgrunnlag ofte et behov for å få en rettsavklaring. En rettsavklaring vil føre til større grad av forutberegnelighet for alle parter, og dermed kunne bidra til å øke den generelle rettssikkerheten. Dersom påtalemyndigheten ikke har tilgang på tilstrekkelig bevismateriale for å kunne ta ut en tiltale, har de heller ikke anledning for å føre saken for retten. Vidtgående bevisforbud kan dermed gå utover antall saker som får en rettsavklaring.

For det andre vil en snevrere bevistilgang føre til at påtalemyndigheten har mindre bevisgrunnlag for å kunne avverge kriminelle handlinger. Dette kan føre til økt kriminalitet, og potensiell utgjøre et faremoment for samfunnet i alvorlige saker. Det kan diskuteres hvorvidt hensynet til oppklaring gjennom avverging vil veie tyngre enn de stadienøytrale bevisforbudene, og at

¹⁰⁴ NOU 2016: 24 s. 268-269 og s. 574

¹⁰⁵ Straffeprosessutvalget setter terskelen «klart» i NOU 2016: 24 s. 56 (§ 20-5) for avlytting og opptak. Det er i midlertidig nærliggende at denne terskelen gjelder også for andre typer bevis mtp. prinsippet om bevisnøytralitet. Hvordan tilfellet stiller seg i saker hvor det ikke er «klart» uttaler utvalget seg ikke om.

forbudene derfor ikke gjelder i slike saker. Straffeprosessutvalget tar imidlertid ikke høyde for denne problemstillingen med unntak for brudd på taushetsbelagte opplysninger i NOU 2016: 24 § 8-6, jf. § 8-3. Skal man tolke forslaget direkte må man derfor legge til grunn at også saker som gjelder avverging faller inn under bevisforbudene.¹⁰⁶ Dette er nok neppe straffeprosessutvalgets ambisjon, tatt i betraktning ambisjonen om å «i det vesentlige videreføre gjeldende rett». Uklarheten er allikevel stor nok til å skape tolkningsproblemer for påtalemyndigheten i saker hvor de må vurdere avverging av en kriminell handling opp mot hensynet til en lovformelig prosess.

I forhold til avledning av bevis fra bevis som er ilagt bevisforbud vil § 8-5 påvirke dagens praksis. En direkte tolkning av § 8-5 og argumentasjonen i NOU tilsier at *all* befatning med det ulovlige beviset vil være ilagt bevisforbud. For å avlede det nye beviset må påtalemyndigheten bruke det ulovlige beviset, og dette vil i så tilfelle være omfattet av bevisforbudene.

Som eksempel på denne problemstillingen kan man se på dommen i Rt. 1997 s. 1778.¹⁰⁷ Et brudd på taushetsplikten er en relativ grov krenkelse, da politiet ville ikke hatt tilgang på opplysningene dersom den ansatte ved sykehuset ikke hadde avgitt dem i strid med denne plikten eller pasienten selv hadde samtykket til utlevering. Bruken av de ulovlig ervervede opplysningene var således essensiell for å iverksette en etterforskning og motta forklaringer. En opplesing av forklaringene i retten vil gjerne oppleves som en ny krenkelse av samme karakter. Krenkelsen gjelder ikke mistenktes rettigheter, men fornærmedes, og det er således vanskelig å si hvor stor vekt dette punktet får. Det er i midlertid på det rene at det foreligger en krenkelse som må tas med i helhetsvurderingen. Videre var det på hovedforhandlingens tidspunkt heller ikke reagert på noen måte som kunne avverge fremtidige krenkelser. Saken oppfyller dermed alle vilkårene i straffeprosessutvalgets forlag til § 8-5, og ville mest sannsynlig ført til bevisforbud. Som konsekvens måtte saken blitt henlagt, og hensynet til materiell sannhet vike for disiplineringshensyn. I saker av alvorlig karakter, som en voldtektssak, vil en avvisning som følge av at disiplineringshensyn være lite forståelig og akseptabelt fra samfunnets side. Dette kan bidra til en svekket tillit til politiet og rettsvesenet, og speile seg i at borgerne i mindre grad respekterer politiets handlinger og vedtak.

¹⁰⁶ NOU 2016: 24 s. 39

¹⁰⁷ For dommens faktum se oppgavens kapittel 3.3

Som Riksadvokaten uttaler i sitt høringssvar til NOU 2016: 24, vil innføring av stadienøytrale bevisforbud dermed kunne skape en situasjon hvor påtalemyndigheten må overse kunnskaper om ulovlig ervervede bevis, da de ikke kan benytte disse til i etterforskningen:

«Under etterforskning kommer politiet regelmessig i besittelse av spor eller opplysninger hvor videre bruk vil kunne være i strid med et slikt bevisforbud. For politiet vil det være nærmest umulig i en videre etterforskning å se bort fra den kunnskap man har fått gjennom opplysninger omfattet av bevisforbud, og særlig dersom det er snakk om avgjørende opplysninger.»¹⁰⁸

Det er vanskelig å se hvordan straffeprosessutvalget har valgt å balansere de ulike hensynene og prinsippene opp mot prevensjon og disiplinering av ulovligheter. I tillegg til å drastisk innskrenke påtalemyndighetens kompetanse til å opplyse saker på eget initiativ, vil det med utvalgets forslag på bakgrunn av Riksadvokatens uttalelse være vanskelig for politiet å forholde seg objektive i sin innsats, i tråd med strpl.   55a fjerde ledd og   226 tredje ledd. En tjenestemann som er klar over avgjørende opplysninger, vil som Riksadvokaten sier i sitt høringssvar neppe kunne legge disse opplysningene helt til side uten å bli påvirket av denne kunnskapen i sine videre handlinger. Man kan for eksempel tenke seg en situasjon hvor deler av et vitnemål er ilagt bevisforbud, mens andre deler ikke er det. Straffeprosessutvalgets forslag tar ikke stilling til hvordan påtalemyndigheten skal forholde seg til slike situasjoner, og hvordan de skal klare å overse kjennskapen til den delen av vitnemålet som er ilagt bevisforbud. Det kan i slike tilfeller fort oppstå en situasjon hvor etterforskningsvedtak og tiltalespørsmålet ikke lenger kun er basert på de bevisene som ikke er omfattet av et forbud, men at også bevisene som er omfattet av bevisforbud vil påvirke påtalemyndighetens påtalevedtak indirekte.

Problemet vil også smitte over på domstolene i tilfeller hvor feilen med beviservervet først blir oppdaget i hovedforhandling. Det er like vanskelig for dommerne å bare «glemme» bevis de alt har fått kjennskap til, som for påtalemyndigheten. Konsekvensen av forslaget kan således bli at man hindrer en objektiv behandling av sakene basert på de lovlige bevisene. En alternativ løsning på problemet er at det, som Riksadvokaten anfører, foretas et skille mellom *opplysninger* og *bevis*:

¹⁰⁸ Riksadvokatens høringssvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017) s. 27

«Etter riksadvokatens syn bør det sondres mellom opplysninger og bevis, og dette blir særlig tydelig når temaet er bevisforbud. En straffesak består av en lang rekke opplysninger, og det er ikke gitt at alle disse senere blir benyttet som bevis. Bevis er noe man benytter for å underbygge en påstand om et faktisk hendelsesforløp, og det kan derfor strengt tatt synes misvisende å kalle alt for bevis slik utvalget synes å gjøre. Riksadvokaten problematiserer dog ikke dette ytterligere.

Det kan tenkes at politiet mottar de samme opplysningene både fra en kilde som omfattes av bevisforbud og fra en som fritt kan forklare seg. At politiet derved får samme opplysning fra to kilder, hvorav den ene er omfattet av bevisforbud, og den annen ikke, kan åpenbart ikke føre til at opplysningen i seg selv ikke kan brukes. Dette illustrerer at man må skille mellom kunnskap om selve opplysningen og den senere bruk av opplysningen som bevis. Her er det følgelig ikke opplysningen i seg selv som skal beskyttes, men hvordan den har fremkommet.»¹⁰⁹

Et skille mellom *opplysninger* og *bevis* forutsetter at *bevis* blir gitt en mye snevrere definisjon enn hva den har i straffeprosessloven i dag.¹¹⁰ Skillet kan tillate påtalemyndigheten å vurdere de opplysninger de sitter på under etterforskningsstadiet, uten at det foreligger noe direkte forbud mot dette. Skillet er i midlertidig vanskelig å gjennomføre i praksis, da det er nær umulig å si i starten av en etterforskning hva som senere vil defineres som opplysninger og hva som senere vil brukes aktivt som bevis.

En innføring av den nye bestemmelsen om bevisforbud uten en klarere gjennomgang av rekkevidden for bevisforbudene, fører til at hensynet til materiell sannhet og opplysning må vike i uproporsjonal stor grad. Som følge av at NOU ikke gir tilstrekkelig anvisning på bestemmelsens uklarheter, mislykkes straffeprosessutvalget sådan i å ivareta disse hensynene på en god måte, og i å gi de ulike hensynene proporsjonelt stor plass.

¹⁰⁹ Riksadvokatens høringssvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017) s. 27

¹¹⁰ Strpl. § 292

4.5.3 Mistenktes rettssikkerhet og tillit til rettsvesenet

Mangel på forutberegnelighet og en lovformelig prosess på etterforskningsstadiet kan skape en generell mistillit til rettsvesenet, både fra mistenkte og samfunnet. En påtalemyndighet som gjentatte ganger bryter med grunnleggende rettigheter for borgerne, vil oppleves som respektløs og forgripende mot samfunnet. Det foreligger da liten grunn til at borgerne skal respektere vedtak som fattes av påtalemyndigheten, eller rettsavgjørelser foretatt av domstolene.

Vurderingsvilkårene for dagens praksis og straffeprosessutvalgets forslag lyder i stor grad likt, noe som kan tale for at stadienøytrale bevisforbud ikke gir mistenkte styrket rettssikkerhet, men heller viderefører nåværende praksis.¹¹¹ Som nevnt i oppgavens kapittel 2, er hensynet til en lovformelig prosess og objektivitet i etterforskningen særlig viktige for mistenkte og tilliten til rettsvesenet.

Innhenting av ulovlig ervervede bevis på etterforskningsstadiet skjer som regel uten at mistenkte er klar over det, og det er derfor vanskelig å argumentere med at innføring av stadienøytrale bevisforbud på etterforskningsstadiet vil gjøre at krenkelsene som oppstår ved ulovlig beviserverv vil oppleves som mindre inngripende enn dersom det ikke foreligger stadienøytrale bevisforbud. Mistenkte kan få en illusjon av større rettssikkerhet gjennom vissheten om at det skal foreligge bevisforbud ved ulovligheter. Uten forskning til å støtte effektiviteten av de ulike disiplineringemetodene, er det vanskelig å tale for at krenkelser i form av ulovlig ervervede bevis skjer i større eller mindre grad med et stadienøytralt bevisforbud.

For mistenkte vil det imidlertid være viktig at det foreligger en viss grad av forutberegnelighet i vurderingen av bevisforbudene, og at det ikke er vilkårlig hvorvidt en potensiell krenkelse av vedkommendes rettigheter blir sanksjonert eller ikke. Med ordlyden til straffeprosessutvalgets forslag, foreligger det liten grad av forutberegnelighet, noe som kan oppfattes som en innskrenking i mistenktes rettssikkerhet.

Fra samfunnets side kan det argumenteres at det skaper tillit å bruke alle tilgjengelige bevis, og gjennom dette sørge for at rettssystemet avsier flest mulig materielt riktige avgjørelser. Som Brøbech fremhever kan det argumenteres med at «[b]evisadmission kan [...] forøge risikoen for urigtige domfældelser, hvilket vil indebære en krænkelse af den materielle sandhed og

¹¹¹ Rt. 1999 s. 1269 s. 1272

dermed være det modsatte af effektiv kriminalitetsbekæmpelse.»¹¹² En etterforskning som ikke har som overordnet mål å finne og straffe gjerningsmannen kan så tvil om politiets upartiskhet hos borgerne, noe som svekker tilliten til politiet og er direkte motstridende mot begrepet «god påtaleskikk».

I forhold til tilliten fra publikum har Politidirektoratet i en årrekke gjennomført systematiske undersøkelser om borgernes tillit til politiet. Med unntak av et fall i tilliten etter terrorangrepene på Utøya og regjeringskvartalet i 2011, er tilliten til politiet i dagens praksis generelt høy.¹¹³ Uten tilstrekkelig forskning på effekten av stadienøytrale bevisforbud er det vanskelig å si hvordan en innføring av disse vil slå ut på tilliten til politiet. Man kan derfor ikke si om straffeprosessutvalgets forslag ivaretar hensynet til tillit til rettsvesenet og mistenktes rettigheter noe bedre enn dagens praksis. Det er også vanskelig å si at det foreligger noe pressende behov for å endre dagens praksis basert på hensynet til tillit til rettsvesenet eller mistenktes rettigheter.

4.5.4 Et ressurskrevende forslag

Praksis i dag tilsier at påtalemyndigheten kan avlede bevis fra bevis som er ilagt bevisforbud, dersom det foreligger rimelig grunn til å iverksette videre etterforskning. Som uttalt av Riksadvokaten i forbindelse med høringssvar til NOU 2016: 24:

«Problemstillingen med "opplysninger som ikke kan brukes" er vél kjent for politiet og påtalemyndigheten fra en rekke saker og på ulike saksfelt, og den vanlige fremgangsmåte er at politiet eventuelt må søke å innhente de samme opplysninger på en måte som ikke krenker bevisforbudet. Klarer en ikke det, kan ikke opplysningene senere brukes som bevis ved irettføring. I ytterste konsekvens vil strafforfølgingen måtte henlegges, hvilket påtalemyndigheten regelmessig erfarer.»¹¹⁴

Ved innføring av en stadienøytral bestemmelse om bevisforbud må det i praksis først foretas en vurdering rundt grovheten av krenkelsen ved beviservervet, om videre bruk vil krenke beskyttelsesverdige interesser og om det er reagert på en måte som er antatt å forebygge videre ulovligheter internt. Først etter denne vurderingen kan politiet søke å bruke bevisene til å avlede

¹¹² Birgitte Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprosessen*, København 2003 s. 37

¹¹³ Politiets innbyggerundersøkelse 2018 s. 5 flg.

¹¹⁴ Riksadvokatens høringssvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017) s. 27

lovlige bevis. Eksempelvis måtte påtalemyndigheten i Rt. 2006 s. 582 først måtte meldt det ulovlige beviservervet til spesialenheten for politisaker, ilagt den aktuelle tjenestemannen bot, for så å kunne behandle bevisene fra ransakingen videre.¹¹⁵ Konsekvensen av en slik praksis er at hensynet til en effektiv saksbehandling må vike for disiplinære hensyn, på tross av at hensynet til disiplinering kunne vært ivaretatt på samme måte ved at politiet reagerte mot ulovligheten på noe senere tidspunkt.

I tilfeller hvor den krenkede part er klar over en feil som følge av ervervet og ønsker å klage på feilen, må klagen tas til domstolene eller overordnet myndighet ved et lovfestet bevisforbud. I de fleste tilfeller blir imidlertid den krenkede parten først klar over feilen i hovedforhandling. Dette kan skape en ventil for å bruke bestemmelsen som en måte å trekke ut saksbehandling i tilfeller der mistenkte kan dra nytte av feilen for å avvise saken. En bestemmelse om stadienøytrale bevisforbud skaper dermed fort en prosess som krever store ressurser fra politiet, hvor påtalemyndigheten fører saker som ender med henleggelse eller frifinnelse på grunn av formelle feil i beviservervet. En slik praksis er prosessøkonomisk uheldig, og vil være i direkte strid med Riksadvokatens rundskriv og mål om en effektiv etterforskning.¹¹⁶

Brøbech argumenterer at «[b]evisadmission kan [...] forøge risikoen for urigtige domfældelser, hvilket vil indebære en krænkelse af den materielle sandhed og dermed være det modsatte af effektiv kriminalitetsbekæmpelse.»¹¹⁷ Hensynet til oppklaring og hensynet til fremdrift taler derfor for at bevis som er ulovlig ervervet må kunne anvendes på etterforskningsstadiet. Der som påtalemyndigheten sitter på bevis av ulovlig karakter, er det i lys av sakens oppklaring naturlig at disse bevisene anvendes til å avlede nye bevis. Om bevisene ikke kan benyttes og må legges helt til sides må påtalemyndigheten etterforske de samme opplysningene en gang til, med samme resultat innenfor lovens rammer for bevis, noe som er direkte ødeleggende for prosessøkonomien.

¹¹⁵ For dommens faktum se oppgavens kapittel 3.3

¹¹⁶ Riksadvokatens rundskriv (1/2019) om mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2019 – politiet og statsadvokatene, s. 1

¹¹⁷ Birgitte Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprocessen*, København 2003 s. 37

4.6 Er ordlyden klar nok til å ivareta straffeprosessutvalgets intensjon?

Samlet sett er ordlyden i forslag til § 8-5 vag, og bestemmelsen gir politiet og påtalemyndigheten lite å gå på når det gjelder faste kriterier for om og når det skal foreligge bevisforbud under etterforskning. Straffeprosessutvalget legger opp til en bred skjønnsmessig vurdering i de konkrete enkelttilfellene, noe som legger mye av ansvaret av tolkningen over på den enkelte tjenestemann. Den skjønnsmessige vurderingen vil i verste fall skape liten forutsigbarhet, da ulike tjenestemenn vil tolke bestemmelsen med ulike forutsetninger.

Utgangspunktet for en lovfesting, som nevnt innledningsvis i kapittel 4, bør være å forbedre og avklare dagens praksis i tilfeller hvor det er uklarheter. Straffeprosessutvalget klarer ikke med forslaget å oppnå en større grad av klarhet i bevisforbudene, og ordlyden oppfyller sådan ikke utvalgets intensjon om å skape mer forutberegnelighet. Utvalget lykkes dels i å fremme fokus på hensynet til prevensjon og disiplinering gjennom ordlyden i § 8-5, men det kommer imidlertid ikke tydelig nok frem i argumentasjonen bak forslaget hvordan den nye ordningen vil føre til en mer lovformelig prosess. Ordlyden av forslaget ivaretar heller ikke styrende hensyn som hensynet til materiell sannhet og opplysning på en god måte, og gir hensynet til disiplinering får uproporsjonalt stor plass. Det er derfor vanskelig å si at ordlyden i og begrunnelsen for bestemmelsen er klar nok formulert til at utvalgets forslag kan kategoriseres som en god regel.

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Mer enn en lovfesting av dagens praksis

Forslaget om nytt bevisforbud i NOU 2016: 24 baseres på vag og uklar argumentasjon, og det er tidvis vanskelig å skjønne hva straffeprosessutvalget ønsker å oppnå. Mens utvalget anerkjenner prinsippet om fri bevisførsel i startfasen av sin argumentasjon, fokuserer utvalget mesteparten av NOU på hensynet til prevensjon og disiplinering av ulovligheter og en lovformelig prosess som utgangspunkt for en hovedregel med bevisforbud.¹¹⁸ Denne argumentasjonen er midlertidig ikke konform med straffeprosessutvalgets endelige lovforslag, som faller tilbake på et utgangspunkt med fri bevisførsel, og at ulovlig ervervede bevis kan benyttes dersom det er reagert på tilstrekkelig måte.

Straffeprosesslovutvalgets forslag til ny bestemmelse om bevisforbud i NOU 2016: 24 lykkes til en viss grad med å «i det vesentlige [...] videreføre gjeldende rett». Forslaget foretar, når det kommer til politiet og påtalemyndighetens kompetanse til å iverksette etterforskning på eget initiativ, imidlertid en relativt stor utvidelse av dagens ulovfestede prinsipper om bevisavskjæring.¹¹⁹ Med utgangspunkt i straffeprosessutvalgets argumentasjon er det vanskelig å si om begrensningen i politiets kompetanse faktisk er utvalgets formål med den nye bestemmelsen, eller om denne virkningen er utilsiktet som følge av manglende utredning.

5.2 Mangel på konformitet med gjeldende prinsipp og hensyn

Straffeprosessutvalget ivaretar delvis dagens hensyn og prinsipper i norsk straffeprosess, herunder spesielt hensynet til mistenktes rettssikkerhet og hensynet til en lovformelig prosess. Som Riksadvokaten uttaler i sitt høringssvar, er imidlertid «[e]n utfordring ved å basere lovgivning på denne type teoretiske prinsipper [...] at behovet for unntak og nyanser ikke ivaretas godt nok, slik at det oppstår virkninger som lovgiverne ikke nødvendigvis har vært tilstrekkelig

¹¹⁸ NOU 2016: 24 s. 265-274

¹¹⁹ NOU 2016: 24 s. 276

oppmerksomme på». ¹²⁰ Utvalget klarer ikke med innføring av stadienøytralitet å balansere hensynet til en lovformelig prosess og mistenktes rettigheter opp mot andre vel så styrende prinsipper.

Som utvalget selv påpeker i NOU 2016: 24 har det straffeprosessuelle sannhetsidealet og prinsippet om fri bevisføring sine grenser i møte med andre interesser. ¹²¹ Det virker imidlertid som om utvalget i argumentasjonen rundt begrensinger har glemt at de andre hensynene også har sine grenser i møte med prinsippet om fri bevisføring og det straffeprosessuelle sannhetsidealet. Særlig veier hensynet til materiell sannhet og opplysning i etterforskningen, samt en effektiv og grundig saksbehandling i tråd med Riksadvokatens anbefalinger i rundskriv (1/2019) tungt. ¹²² Dette er hensyn som er viktige, ikke bare for å opparbeide en sterk tillit fra samfunnet, men for å møte kriteriene om «god påtaleskikk». Forslaget fra utvalget vil medføre at hensynet til materiell sannhet og opplysning i stor grad må vike. Det savnes derfor en bedre begrunnelse fra utvalget for hvorfor disse hensynene skal måtte vike i så stor grad som forslaget i realiteten innebærer.

5.3 Behov for en videre utredning

Som tidligere nevnt i kapittel 5.3, vil det, dersom straffeprosessutvalgets forslag skal vedtas i praksis måtte tas mer konkret stilling til hvor vidt bevisforbudene skal gjelde. Et spørsmål som Riksadvokaten spesifikt påpeker i sitt høringssvar til NOU 2016: 24, er hvorvidt det finnes et skille mellom hva som betegnes som opplysninger og hva som betegnes som bevis i en etterforskning. En interessant diskusjon i den forbindelse er i så fall hvor skillet mellom bevis og opplysninger skal gå. En forutsetning for denne diskusjonen er i så fall at bevis gis en mye snevrere definisjon enn hva det har i dagens straffeprosesslov. Et annet spørsmål som straffeprosessutvalget ikke tar stilling til i NOU 2016: 24, er om det innenfor selve etterforskningsstadiet kan være ulike regler for bruk av ulovlig ervervede bevis. Eksempelvis kunne bevisforbudene fått en sterkere stilling etter at mistenkte skifter status fra mistenkt til siktet. Dette er

¹²⁰ Riksadvokatens høringssvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017) s. 26

¹²¹ NOU 2016: 24 s. 266

¹²² Riksadvokatens rundskriv (1/2019) om mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2019 – politiet og statsadvokatene

imidlertid to problemstillinger som, på tross av sin relevans, fortjener en egen utredning i en egen oppgave.

Kildeliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven eller grl.)

Lov 18. juni 1965 nr. 4 Vegtrafikkloven (vtrl.)

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

Konvensjoner

Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950, Ikrafttredelse Norge: 21. mai 1999 (Menneskerettsloven eller mrl.)

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966, Ikrafttredelse Norge: 23. mars 1976, (ICCPR)

Rome Statute of the International Criminal Court, 17. juli 1998 (Romastatuttene)

Forarbeid

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

Ot.prp. nr. 40 (1991-92) Om lov om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker)

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

Ot.prp. nr. 11 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)

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

NOU 2006: 10 Fornærmede i straffeprosess – nytt perspektiv og nye rettigheter og

NOU 2007: 7 Fritz Moen og norsk strafferettspleie

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

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

Forskrifter, direktiv, rundskriv

CCPE Opinion No. 9 “European norms and principles concerning prosecution” (the Rome Charter), (17. desember 2014)

Europarådets rekommandasjon “European Guidelines on Ethics and Conduct for public prosecutors “The Budapest Guidelines””, CPGE (2005) 05, (31. Mai 2005)

FN “Guidelines on the role of Prosecutors” (27. august – 7. september 1990)

Riksadvokatens rundskriv (2/2017) Om etiske retningslinjer for medarbeider i påtalemyndigheten

Riksadvokatens rundskriv (3/2018) Kvalitetskrav til straffesaksbehandlingen i politiet og ved statsadvokatembetene mv. (Kvalitetsrundskrivet)

Riksadvokatens rundskriv (1/2019) Om mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2019 – politiet og statsadvokatene

Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors, International Association of Prosecutors (IAP), 23. april 1999

The role of public prosecution in the criminal justice system, Europarådet, (Rek 2000/19), 6. oktober 2000

Norske dommer

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1992 s. 698, *Treholt II*

Rt. 1994 s. 1010

Rt. 1997 s. 1778

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2002 s. 1744

Rt. 2005 s. 1353

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 1435

Rt. 2015 s. 65

EMD-praksis

Funke mot Frankrike (10828/84) 25. februar 1993

Saunders mot Storbritannia (19187/91) 17. desember 1996

Bøker

Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker: Utvalgte emner*, 2. opplag, 1. utgave (Oslo 2015)

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer (Oslo 2009)

Andenæs, Johs., *Straffeprosessen i første instans* (Oslo 1962)

Auglend, Ragnar L og Henry Johan Mæland, *Politirett*, 3. utgave, 1. opplag (Oslo 2016)

Bentham, Jeremy, *A Treatise on Judicial Evidence*, (London 1825)

Bentham, Jeremy, *Rationale of Judicial Evidence*, Vol IV (London 1827 – nytt opptrykk Colorado 1995)

Brøbech, Birgitte, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen* (København 2003)

Fanebust, Arne, m. fl, *Juss og etikk*, 2. utgave (Oslo 2019)

Kjelby, Gert Johan, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning: Den relative etterforsknings- og påtaleplikens rettslige rammer og rettslig utvikling i norsk straffeprosess* (Bergen 2012)

Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*, 1. utgave (Oslo 2015)

Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*, 2. utgave (Oslo 2019)

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»* (Bergen 2001)

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»* (Bergen 2003)

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (Oslo 2009)

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 1. utgave, 2. opplag (Bergen 2016)

Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (Bergen 2009)

Artikler

Bratholm, Anders, «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, TFR-1959-109, s. 109-132

Garde, Peter, «Retfærdig rettergang set fra Strasbourg, Bergen og Hillerød», *Tidsskrift for rettergang*, TFR-1996-358, s. 358-383

Øyen, Ørnulf, «Rettens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker - sett i lys av målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling», *Tidsskrift for strafferett*, 02/2013, s. 198-235 s. 211

Annet

Oslo Statsadvokatembeters hørings svar (1617600 ES AIIISRY) Hørings svar NOU 2016: 24 – Ny straffeprosesslov (21. august 2017)

Politiets innbyggerundersøkelse 2018, Kantas TNS

Riksadvokatens høringsvar (16/7600) Høring – 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 27 (1. desember 2017)