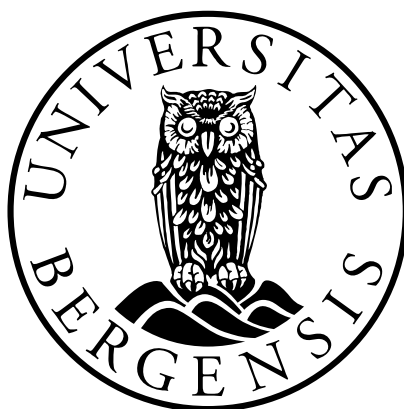


Hvordan vil de foreslåtte reglene i NOU 2016: 24 endre dagens bevisforbud- og bevisavskjæringsregler?

- **En analyse av NOU 2016: 24 § 8-1 og § 8-5 med særlig fokus på etterforsknings og påtalestadiet**

Kandidatnummer: 103

Antall ord: 36936



17. juli 2020

JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Innledning.....	5
1.1. Tema og problemstilling	5
1.2. Aktualitet og bakgrunn for reform.....	7
1.3. Metodiske refleksjoner.....	8
1.3.1. Metodiske innfallsvinkler til analysen av forslaget	8
1.3.2. Oppgavens rettspolitiske tilnærming	8
1.3.3. Bemerkninger til bruk av NOU 2016: 24 som utgangspunkt for analysen	9
1.3.4. Øvrige metodiske refleksjoner.....	10
1.4. Rettskildebildet.....	10
1.4.1. Ulovfestet, domstolskapt rett	10
1.4.2. Rettspraksis.....	11
1.4.3. Juridisk teori	11
1.4.4. Rundskriv.....	11
1.4.5. Internasjonale kilder – særlig om den europeiske menneskerettighetskonvensjon	12
1.4.6. Rettskilder som knytter seg til sivilprosessen.....	13
1.5. Avgrensninger.....	13
2. Bevisrettslige utgangspunkter og straffesakens aktører	15
2.1. Hva er et bevis og når er et bevis ulovlig ervervet?	15
2.2. Den straffeforfulgte	17
2.3. Påtalemyndigheten	17
2.4. Fornærmede og etterlatte	18
3. Om de nye bevisforbudsreglene – vilkår og virkning	19
3.1. Innledning og utkastets utgangspunkt	19
3.2. Vilkårene for at et bevis er «rettsstridig ervervet» – Når inntrer et bevisforbud etter forslaget?	19
3.2.1. Første strekpunkt: «det rettsstridige beviservervets grovhet»	22
3.2.2. Andre strekpunkt: «om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser»	24
3.2.3. Tredje strekpunkt: «om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser».	24
3.2.4. Helhetsvurderingen: er det «grunn til» å avskjære beviset?	26
4. Virkningen av at det inntrer et bevisforbud etter § 8-5 – om det enkelte nøytralitetsprinsipp	27

4.1.	Innledning	27
4.1.1.	Bevismiddelnøytralitet.....	27
4.1.2.	Stadienøytralitet.....	28
4.1.3.	Bruksmåtenøytralitet	28
4.1.4.	Aktørnøytralitet	29
4.2.	Oppsummering og veien videre.....	30
5.	Rettslige utgangspunkter og systematisering av dagens bevisforbudsregler	31
5.1.	Innledning	31
5.2.	Det klare utgangspunktet – fri bevisføring	31
5.3.	Dagens bevisforbudsregler – rettslig grunnlag og begrunnelser	32
5.4.	EMK-rettslige forpliktelser i etterforskningen.....	37
6.	Argumenter for og mot bruken av «rettsstridige» bevis – hvordan endrer NOU 2016: 24 den prinsipielle betoningen i gjeldende rett?	42
6.1.	Innledning – innfallsvinkel I.....	42
6.2.	Materiell sannhet.....	43
6.3.	Rettsikkerhet og rettsvern.....	48
6.4.	Hensynet til en effektivitet og prosessøkonomi.....	53
6.5.	Disiplineringshensynet	57
6.6.	Lovformelighet og tillit	63
6.7.	Konklusjoner og funn	69
7.	Utfordringer med § 8-5 jf. § 8-1 – noen utvalgte typetilfeller.....	70
7.1.	Innledning – Innfallsvinkel II.....	70
7.2.	Utvalgskriterier og metodisk utgangspunkt	70
7.3.	Hvilke bevis rammes av forbudet etter § 8-5 jf. § 8-1?	71
7.4.	Bruks- og stadienøytralitet når det foreligger rettsusikkerhet på ervervstidspunktet	76
7.5.	Bevisforbud og effektivt rettsvern	79
7.6.	Utfordringer ved en lovformelig prosess ved bruk av enkelte tvangsmidler.....	83
7.6.1.	Kommunikasjonskontroll	83
7.6.2.	Provokasjon	88

7.6.3. Beslag	91
7.7. Konklusjoner og funn	93
8. Bør nøytralitetsprinsippene innføres?	95
8.1. Innledning	95
8.2. Straffeprosessens kryssende hensyn	95
8.3. Begrensningen av materiell sannhet som et problem.....	97
9. Konklusjon	100
10. Kilder og litteratur	102

1. Innledning

1.1. Tema og problemstilling

Utgangspunktet etter gjeldende rett er fri bevisføring, og utgangspunktet gjelder også for bevis som er ervervet i strid med en rettslig norm, etter gjeldende rett ofte formulert som et spørsmål om adgangen til å føre ulovlig ervervet bevis.¹ I NOU 2016: 24 – Ny straffeprosesslov, er reglene om om ulovlig ervervet bevis foreslått lovfestet i 8-5 og § 8-1. Denne oppgavens problemstilling er: *hvordan vil NOU 2016: 24 § 8-1 og § 8-5 endre gjeldende regelverk om ulovlig ervervet bevis?*

For å besvare denne problemstillingen vil jeg ta utgangspunkt i de to bestemmelsene, som oppstiller vilkår for når et bevisforbud inntreer og hvilken rettsvirkning som følger av at bevisforbud inntreer. De rettslige vilkårene for at et bevisforbud inntreer følger av NOU 2016: 24, § 8-5 og bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 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 skal 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.²

Rettsvirkningen av at et bevisforbud inntreer følger av NOU 2016: 24, § 8-1, som har følgende ordlyd:

§ 8-1 Bevisforbudets virkninger

Straffesakens aktører kan ikke innhente eller benytte bevis som er omfattet av forbud etter §§ 8-2 til 8-5 på noe stadium av prosessen, med mindre annet er bestemt.³

¹ Se blant annet Høyesteretts formuleringer i HR-2019-1747, HR-2000-42-B og Rt. 1994 s. 1139.

² NOU 2016: 24 s. 39.

³ NOU 2016: 24 s. 38.

Jeg vil foreta vurderingen av bestemmelsene ved å kartlegge og analysere utkastet gjennom to ulike innfallsvinkler. Med innfallsvinkel I vil jeg kartlegge ulike hensyn som kan tale for og mot bruken av ulovlige bevis i straffesaker og analysere hvordan NOU 2016: 24 endrer den *prinsipielle betoningen* i gjeldende rett. Med prinsipiell betoning sikter jeg til hvordan utkastet endrer vekten av, og forholdet mellom disse hensynene sammenliknet med gjeldende rett. Denne kartleggingen og analysen blir presentert i kapittel 6. Med innfallsvinkel II vil jeg i kapittel 7, kartlegge og analysere enkelte konkrete virkninger av § 8-5 og § 8-1, med særlig fokus på hvordan reglene påvirker politi og påtalemyndighetens beviserverv på etterforskningsstadiet. Ved å kartlegge og analysere enkelte konkrete endringer er formålet å peke potensielle utfordringer med bestemmelsenes utforming. Til sist vil jeg på bakgrunn av disse to analysene avslutningsvis i kapittel 8 stille spørsmålet om lovfestingen, som endrer både terminologi og anvendelsesområdet til dagens regelverk er god, basert på de kryssende hensyn straffeprosessen skal ivareta.

De foreslåtte reglene skal etter utkastet ha en annen «innretning» enn hva som er tilfellet etter gjeldende rett. Mens dagens bevisføringsregler retter seg mot føring av det ulovlige beviset i retten, innebærer forslaget til nye regler i NOU 2016: 24 at også anvendelsesområdet til reglene endres. Jeg vil derfor i denne oppgaven ha et hovedfokus på hvordan § 8-5 og § 8-1 endrer reglene på etterforsknings- og påtalestadiet, da det er på dette stadiet av straffesaksbehandlingen endringene i størst grad vil påvirke og endre gjeldende rett.

1.2. Aktualitet og bakgrunn for reform

En av politiets hovedoppgaver er å fremskaffe informasjon som kan brukes for å belyse straffesakens faktum. Straffeprosessloven⁴ (strpl.) er i den sammenheng sentral, da loven inneholder regler for politiets etterforskning, eksempelvis bruk av tvangsmidler for å sikre bevis, rettigheter for den som er utsatt for straffeforfølgelse, samt plikter for politi og påtalemyndighet under etterforskningen. Samtidig er flere sentrale rettslige retningslinjer og rettsregler av betydning for politi og påtalemyndighetens arbeid i dag ulovfestet,⁵ hvor adgangen til å bruke og føre det som i dag omtales som ulovlig ervervede bevis er et eksempel regler som i dag er ulovfestet.

Dagens straffeprosesslov trådte i kraft 1. januar 1986, og loven endres hyppig.⁶ De stadige endringene har medført at loven i dag fremstår fragmentarisk og lite tilgjengelig. Bakgrunnen for de stadige endringene skyldes flere forhold. De faktiske omstendighetene loven skal regulere er stadig i endring, og har i stor grad forandret seg siden 1986: teknologisk utvikling og økt globalisering har ført til et endret kriminalitetsbilde. I tillegg endrer stadig kriminaliteten form og kompleksitet, og kjennetegnes i dag av økt profesjonalisering og internasjonalisering.⁷ For politiets virksomhet innebærer utviklingen både muligheter – og behov for nye metoder i etterforskningen. I tillegg til en endring i rent faktiske forhold, må straffeprosessen i langt større grad enn tidligere utformes i tråd med Norges internasjonale forpliktelser, hvor Den europeiske menneskerettighetskonvensjon⁸ (EMK), står i en særstilling

På denne bakgrunn ble Straffeprosessutvalget oppnevnt i 2014 med mandat om å foreta en «bred vurdering av lov av 22.mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker «straffeprosessloven» og i samsvar med sine vurderinger legge frem forslag til ny alminnelig lov som skal avløse denne». NOU 2016: 24 (heretter utkastet) ble ferdigstilt i november 2016 og representerer i juli 2020 første steg på vei mot ny straffeprosesslov.

⁴ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, straffeprosessloven.

⁵ Kjelby *Påtalerett* (2019) s. 49.

⁶ Se Rui, *Straffeprosessen i perspektiv* (2014) s. 382 som påpeker at det fra ikrafttredelsen i 1985 og frem til 31. desember 2010 ble vedtatt 124 endringslover, hvor hver endringslov har medført flere endringer slik at det samlet sett er gjort nærmest utallige endringer siden loven trådte i kraft.

⁷ Se NOU 2016: 24 s.119-122 hvor Straffeprosessutvalget kommenterer dagens kriminalitetsbilde.

⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

Det er usikkert når arbeidet med den nye straffeprosessloven vil ferdigstilles. Fra media er det kjent at departementet allerede i 2018 hadde planlagt å fremme en Prop.L våren 2021.⁹ Sett i lys av hvor langt arbeidet har kommet i juli 2020 anses det høyst usannsynlig at en Prop. L vil være klar i løpet av ett år. Uavhengig av når den nye loven er klar, er ett av formålene med denne oppgaven å bidra i debatten om ny straffeprosesslov gjennom å belyse utkastets foreslåtte regler om bevisforbud, slik disse fremkommer i utkastet § 8-5 og § 8-1.

1.3. Metodiske refleksjoner

1.3.1. Metodiske innfallsvinkler til analysen av forslaget

Til tross for at mitt hovedformål er å kartlegge og analysere hvilke endringer utkastet innebærer, kan ikke utkastet studeres i et vakuum. Jeg vil derfor presentere og trekke inn gjeldende rett for å belyse hvilke konsekvenser endringene i bevisforbudsreglene medfører. Med gjeldende rett som sammenlikningsgrunnlag, kreves en oversikt og introduksjon over hva som er gjeldende rett. Ved presentasjonen av gjeldende rett vil den metodiske fremgangsmåten følge retningslinjene for rettsdogmatisk metode. Med rettsdogmatisk metode mener jeg at fremstillingen skal være en systematisering av gjeldende rett med utgangspunkt i eksisterende rettskilder.¹⁰ I vurderingen av utkastets forslag til nye bevisforbudsregler er et underliggende spørsmål om endring av bevisforbudsreglene *bør* finne sted, og om utkastet slik det nå fremstår gir uttrykk for en hensiktsmessig regulering. Disse vurderingene er av rettspolitisk karakter.

1.3.2. Oppgavens rettspolitiske tilnærming

Ved å ha en metodisk innfallsvinkel som er rettspolitisk, tangerer oppgaven enkelte grunnleggende rettsvitenskapelige spørsmål. Et sentralt metodisk spørsmål er hvordan og på hvilket grunnlag jurister og rettsforskere kan bruke rettspolitisk tilnærming for å henvende seg til lovgiver med spørsmål og svar om hvordan retten bør være, men samtidig holde seg innenfor rettsvitenskapens rammer.¹¹ Det er derfor behov for noen metodiske avklaringer av hva som er mitt siktemål med en rettspolitisk tilnærming i denne oppgaven.

⁹ Bakke Foss, (2018) «Vil haste innføre deler av ny lov for å kutte køen i domstolene», *Aftenposten* 29.05.2018, [nyhetsartikkel]. Sist lest 15.07.20.

¹⁰ Askeland, *Om rettsdogmatisk metode og sammenligning* (2013) s. 17.

¹¹ Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse* (2017) s.73.

Metodisk må rettspolitikken avgrenses mot rettsdogmatikken og ren politikk.¹² En rettspolitisk analyse har ikke som hovedformål å utrede hvordan retten er, men heller å stille spørsmål ved hvordan retten bør være. Også rettsdogmatikken innebærer å stille kritiske spørsmål, eksempelvis til Høyesteretts anvendelse av reglene,¹³ men en sentral metodisk forskjell er likevel at rettspolitiske betraktninger er mer fremadskuende og ikke nødvendigvis har som formål å gi råd til rettsanvenderen om hvordan rettsreglene skal forstås i nåtid eller nær fremtid.¹⁴ Formålet er snarere å bidra til den rettsvitenskaplige diskursen og å stille kritiske spørsmål ved hvordan retten bør forstås i fremtiden.¹⁵ Argumentene har heller ikke ambisjon om å vinne frem i den politiske interessekampen, og skiller seg derfor fra ren politikk.¹⁶ Til forskjell fra ren politikk er rettspolitikken legitimeringsgrunnlag vitenskapens legitimeringsgrunnlag, hvor objektivitet og gjennomsiktighet er grunnleggende metodiske krav.¹⁷ Slik blir rettsområdets grunnleggende hensyn og verdier styrende for argumentasjonen. En sentral målsetning med en rettspolitisk analyse er derfor å klargjøre verdivalg, og å analysere hvordan ulike verdier står mot hverandre,¹⁸ og basert på dette stille kritiske spørsmål til utkastet som foreligger.

1.3.3. Bemerkninger til bruk av NOU 2016: 24 som utgangspunkt for analysen

Som rettskilde er forarbeid en fellesbetegnelse på offentlige dokumenter som blir utarbeidet som ledd i lovgivningsprosessen eller ved endringer av Grunnloven (Grl.).¹⁹ En NOU er første steg i arbeidet mot ny lov og utarbeides av et fagutvalg. Et forarbeid inneholder derfor ulike typer argumenter, eksempelvis argumenter om lovforslagets tilsiktede virkninger, en utbrodering av fakta eller redegjørelse av gjeldende rett. Som et ikke-vedtatt forarbeid vil derfor legitimeringsgrunnlaget i første rekke være overbevisningskraften som ligger i at en NOU som hovedregel gir en grundig og systematisk analyse av et rettsfelt, og et kunnskapsgrunnlag for å forstå konsekvensene av et bestemt lovforslag.

¹² Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse* (2017) s. 76.

¹³ Askeland, (2013), *Om rettsdogmatisk metode og sammenligning* (2013) s. 18.

¹⁴ Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse* (2017) s. 86.

¹⁵ Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse* (2017) s. 78.

¹⁶ Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse* (2017) s. 77.

¹⁷ Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse* (2017) s. 76–77.

¹⁸ Horn, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse* (2017) s.78.

¹⁹ Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett 2.utgave* (2017) s. 243.

NOU 2016: 24 er første steg på veien mot ny straffeprosesslov og inneholder tidvis grundige redegjørelser av gjeldende rett, utarbeidet av veletablerte jurister med god kunnskap om straffeprosess,²⁰ og disse redegjørelsene gjør NOU 2016: 24 til et egnet analyseobjekt.

1.3.4. Øvrige metodiske refleksjoner

Underveis i oppgaven har jeg til tider opplevd det som en begrensning at jeg ikke har personlig erfaring med praktisk politiarbeid. Det har tidvis vært en utfordring å få fullstendig oversikt over problemkomplekset basert på teori. Høringssvarene til de ulike høringsinstansene har derfor vært et nyttig supplement for å oppnå innsikt i hvordan utkastet vil virke inn på politi og påtalemyndighetens arbeid. Jeg har forsøkt å lese høringssvarene kritisk og vært bevisst på kildeverdien. I de tilfeller høringssvarene gir uttrykk for synspunkt av betydning, og som har belyst sentrale poenger i oppgaven eller argumentasjonsverdien er god, har jeg trukket dem inn i oppgaven.

1.4. Rettskildebildet

1.4.1. Ulovfestet, domstolskapt rett

Læren om ulovlig ervervet bevis er etter gjeldende rett hovedsakelig ulovfestet. Spørsmålet om lovfesting ble reist i forarbeidene til dagens lov, men det ble konkludert med at oppgaven med å videreutvikle reglene skulle overlates til rettspraksis.²¹ Sett i lys av reglenes ulovfestede karakter, vil verken lovtekst eller forarbeider være vektige bidrag i analysen. Høyesteretts behandling av spørsmål om ulovlig ervervet bevis vil derimot være en sentral kilde for å kartlegge rettstilstanden *de lege lata*. Eksisterende rettspraksis vil også være sentralt i kapittel 7, hvor jeg kartlegger og analyserer ulike utfordringer med utkastet § 8-1 og § 8-5.

²⁰ Etter NOU 2016: 24 første side, består Straffeprosessprosessutvalget av: Runar Torgersen (førstestatsadvokat hos Riksadvokaten og PhD graden med avhandlingen «Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker»), Lars Groth (Professor II, UiO Institutt for informatikk), Kristin Fagerheim Hammervik (advokat), Hans-Petter Jahre (Lagmann i Borgarting lagmannsrett), Erik Keiserud (Partner i advokatfirmaet Hjort), Torun E. Kvisberg (Tingrettsdommer ved Sør-Gudbrandsdal tingrett), Tor Langbach (tidligere tingrettsdommer i Trondheim tingrett og advokat), Marianne Lie (advokat), Jon Petter Rui (Professor II UiB og UiT), Trond Eirik Schea (førstestatsadvokat ved Riksadvokatembetet og tidligere leder i Økokrim), Inger Marie Sunde (advokat) og Ida Melbo Øystese (jurist og politimester i Øst politidistrikt).

²¹ NUT 1969: 3, s. 197.

1.4.2. Rettspraksis

Enkeltsøk på Lovdata etter ulovlig ervervet bevis gir 327 treff som på ulike måter berører problemstillingen. 157 av treffene omhandler straffesaker og 170 dommer er sivilprosessuelle. Rettspraksisen på området er derfor betydelig, og det er verken praktisk mulig eller nødvendig å behandle alle dommene for å besvare oppgavens problemstilling. Fordi denne oppgaven fokuserer på et avgrenset utvalg av problemstillinger som reises ved innhenting og bruk av ulovlig ervervet bevis, er det rettspraksis som knytter seg til oppgavens problemstillinger som blir trukket inn.

1.4.3. Juridisk teori

Reglenes ulovfestede karakter, har gjort at juridisk teori vært en viktig kilde for å systematisere problemstillingene underveis. I forkant av prosjektet var min antagelse at det ville bli vanskelig å finne kilder utover NOU 2016: 24 for å belyse utkastet til nye bevisforbudsregler. Denne antagelsen har til dels vært rett. Da flere av argumentene og hensynene som fremkommer i utkastet også er behandlet av utvalgsleder Runar Torgersen i hans doktoravhandling *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* fra 2009, har denne avhandlingen særlig vært et nyttig teoretisk supplement. Likhetene mellom NOU 2016: 24 og Torgersens doktoravhandling er store, slik at det tidvis har det vært en utfordring å lese disse kildene fullstendig løsrevet fra hverandre. Det har derfor underveis vært viktig å være bevisst kildeverdien og forskjellen på de to kildene – en NOU er et utvalgsarbeid gjort av flere, en doktoravhandling et selvstendig arbeid som skal oppfylle vitenskapsidealene.

1.4.4. Rundskriv

Et rundskriv er et faglig notat utarbeidet av en overordnet myndighet som retningslinje for underordnet myndighet²² og gir normer for hvordan etterforskning skal foretas og bevis sikres. Slik kan uttalelser i rundskriv få betydning for spørsmålet om bevis er rettsstridig ervervet. Rundskriv utarbeides av påtalemyndigheten og har derfor ingen demokratisk legitimitet. Et rundskriv har heller ikke i utgangspunktet som formål å oppfylle vitenskapsidealene, og er derfor ikke juridisk litteratur. Det kan likevel argumenteres for at et rundskriv har en viss rettskildeverdi.

²² Myhrer, *Påtalemyndighetens praksis som rettskilde* (2003) s. 237.

Først kan denne kildeverdien begrunnes i at straffeprosessloven, og påtaleinstruksen i visse tilfeller overlater ansvaret til Riksadvokaten med å gi utfyllende bestemmelser, eksempelvis påtaleinstruksen § 7-5 tredje og femte ledd og strpl. § 224.²³ I slike tilfeller har lovgiver fastsatt at påtalemyndigheten ved en begrenset fullmakt skal utarbeide nærmere retningslinjer på lovgivers vegne. Myrner legger videre til grunn at det utfyllende rundskrivene er en form for etterarbeid – retningslinjer og direktiver gitt av riksadvokaten er et middel for å finne ut hva som er ment med bestemmelsene i lovgivningen, og utpensler slik sett lovgiverviljen.²⁴ Kjelby fremhever at påtalemyndighetens praksis er en relevant rettskilde, særlig den praksis som er utformet på overordnet nivå, eksempelvis fra Riksadvokaten, og spesielt dersom praksisen har fått et autorativt og skriftlig uttrykk. Rundskrivene kan slik sett være viktige for å finne svar på spørsmål som regelverket ellers ikke berører, og har en normativ virkning, til tross for at forvaltningens egen praksis generelt ikke anses som en vektig rettskilde.²⁵ Basert på denne kildeverdien vil rundskriv bli trukket inn i tolkningen av reglene *de lege lata*.

1.4.5. Internasjonale kilder – særlig om den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Som påpekt i punkt 1.2 har internasjonale kilder en særlig betydning i straffeprosessen. I denne oppgaven vil særlig Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) bli trukket frem. Konvensjonen må sies å ha en særstilling i norsk rett, da konvensjonen er en av de internasjonale kildene som etter vedtagelsen av menneskerettighetsloven²⁶ (mrl.) i 1999 ble gjort til norsk rett,²⁷ og skal etter loven ved motstrid ha forrang ved motstrid med andre norske lovbestemmelser jf. mrl. § 3 jf. § 2. At det på bakgrunn av konvensjonen er opprettet en domstol, Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), gjør at individene kan saksøke staten for brudd på konvensjonsbestemmelsene. EMK har slik sett et institusjonelt rammeverk som skiller konvensjonen fra andre internasjonale kilder. EMD er basert på dette en betydelig rettskildeprodusent, som har bidratt til å utpensle de

²³ Jf. Ordlyden i strpl. § 224 andre ledd, andre setning og ordlyden «Riksadvokaten kan gi retningslinjer om den nærmere gjennomføringen og om begrensninger i plikten», og påtaleinstruksen § 7-5 tredje ledd «Påtalemyndigheten gir nærmere generelle regler om prioritering og gjennomføringen av etterforskningen i straffesaker og femte ledd «Riksadvokaten gir retningslinjer om anvendelsen av bestemmelsen i dette ledd».

²⁴ Myrner, *Påtalemyndighets praksis som rettskilde* (2003) s. 231.

²⁵ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 45.

²⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).

²⁷ I tillegg til EMK er FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (1966), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (1966), FN-konvensjonen om barnets rettigheter (1989), FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (1979) og FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (1965) inkludert i menneskerettighetsloven jf. mrl. § 2.

relativt kortfattede og vage artiklene i konvensjonen.²⁸ Rettskildematerialet tilknyttet EMK er derfor i dag betydelig, og rettspraksis fra EMD vil bli trukket inn i denne oppgaven. Særlig relevant for denne oppgaven er å undersøke sikringsplikten etter EMK art. 1 og hvilke plikter politiet har etter konvensjonen når det kommer til å etterforske kriminelle handlinger. EMK art. 2, 3 og 8 vil videre være relevante artikler i konvensjonen det vil ses hen til for å besvare oppgavens problemstilling.

1.4.6. Rettskilder som knytter seg til sivilprosessen

Denne oppgaven har som formål å analysere og kartlegge utkastet til nye bevisforbudsregler i straffesaker. Det er derfor først og fremst rettskilder tilknyttet straffeprosessen som blir benyttet. I Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 uttalte Høyesterett i forbindelse med spørsmålet om bevisavskjæring at «reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak». Uttalelsen gir uttrykk for at reglene om bevisforbud og bevisavskjæring er fellesprosessuelle og sivilprosessuelle rettskilder er derfor relevante i redegjørelsen av rettstilstanden *de lege lata*. I den utstrekning sivilprosessuelle rettskilder er relevante for å belyse oppgavens problemstilling vil disse bli trukket inn i oppgaven.²⁹

1.5. Avgrensninger

Temaet som her er valgt, favner en rekke straffeprosessuelle spørsmål som kunne vært gjenstand for selvstendige oppgaver. Enkelte avgrensninger er derfor nødvendig. Først avgrenses oppgaven mot privat beviserverv. Poli og påtalemyndighet har ikke eksklusiv kompetanse til å skaffe til veie bevis – også privatpersoner kan innhente bevis som kan brukes i straffesaken. Gruppen Barnas Trygghet er ett eksempel på at private organiserer seg for å innhente bevis i sedelighetssaker.³⁰ At privatpersoner på eget initiativ erverver bevis på denne måten reiser flere ulike straffeprosessuelle spørsmål, som vil ligge utenfor denne oppgavens

²⁸ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 45.

²⁹ Se også Rt. 2013 s. 323, en sivil sak som omhandlet spørsmålet om referater fra møter mellom barnevernet og far kunne brukes som bevis, i en senere straffesak mot far. I avsnitt 23 viser til «det generelle prosessuelle prinsippet om at bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte kan nektes ført».

³⁰ Barnas Trygghet skriver på sine nettsider at de har konfronteret 40 menn og at konfrontasjonene har ført til seks domfellelser. Ifølge gruppen selv innhenter medlemmer i gruppen chatlogger og annen informasjon som kan bli brukt som bevis i en potensiell rettsak, jf. Barnas Trygghets hjemmesider: <https://www.barnastrygghet.no/vart-arbeid/>. Sist lest 16.07.20.

problemstilling, eksempelvis hvor grensen for provokasjon går for private.³¹ I utkastet uttaler Straffeprosessutvalget at problemstillingen med privat beviserverv er sjelden og at faren for misbruk er langt større fra myndighetens side, enn hva som er tilfellet for private.³² Jeg forstår Straffeprosessutvalget slik at vurderingen etter den foreslåtte regelen § 8-5 primært retter seg mot politi og påtalemyndighet som statens fysiske maktapparat.

For det andre vil jeg i begrenset grad benytte utenlandsk rett for å belyse oppgavens problemstilling. Utkastets foreslåtte regler bærer preg av en amerikanisering av bevisreglene.³³ I et større prosjekt ville det vært interessant å foreta en komparativ analyse hvor amerikanske og norske regler er undersøkelsesobjekter. Gode komparative analyser krever imidlertid stor grad av innsikt i og forståelse for rettssystemene og rettskulturene som skal undersøkes og sammenliknes. En komparativ analyse av bevisforbudsreglene i amerikansk og norsk rett er trolig en avhandling i seg selv, og jeg har derfor valgt å avgrense mot en komparativ analyse i denne oppgaven. Hovedfokuset vil være nasjonale regler, og hvordan utkastet vil endre det eksisterende norske regelverket.

Til sist kan bevis også avskjæres på grunn av manglende relevans. Etter strpl. § 292 kan bevis som er «uten betydning for dommens innhold» jf. § a), bevis om forhold som «allerede er tilstrekkelig bevist», jf. § b), eller bevis som «åpenbart ikke har noen beviskraft», jf. § 292 c) nektes ført. Etter sin ordlyd gir bestemmelsen retten adgang til å avskjære bevis som ikke har substansiell eller funksjonell relevans for sakens opplysning.³⁴ Spørsmålet om hvilke bevis som kan avskjæres på grunn av manglende relevans, og hvordan dommeren skal vurdere hvilke bevis som er relevant og ikke, faller på siden av det jeg søker å belyse i denne oppgaven. Bevisavskjæring på grunn av manglende substansiell eller funksjonell relevans vil derfor ikke bli behandlet inngående i denne oppgaven, og forutsetningen for spørsmålene som reises underveis er at beviset som rammes av et bevisforbud er relevant for sakens opplysning.

³¹ For mer om privat provokasjon begått av private og hvilke straffeprosessuelle problemstillinger dette reiser se Halnes & Ugelvik, *Privat provokasjon – strafferettslige og straffeprosessuelle konsekvenser av privatpersoners utfordrende etterforskningsvirksomhet* (2019).

³² NOU 2016: 24, s. 273.

³³ Se blant annet Robberstad Anne, *Partsprosessen og fornærmede* (2017) s. 314 og Brøbech, *Ulovlig tilvebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 24. Brøbech trekker på s. 24–25 frem at amerikansk rett i langt større grad enn norsk og dansk vektlegger prosessuell sannhet og prevensjonshensynet. All, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018) s. 486 påpeker hvordan den disiplinierende effekt blir vektlagt i amerikansk høyesterett.

³⁴ Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 92.

2. Bevisrettslige utgangspunkter og straffesakens aktører

2.1. Hva er et bevis og når er et bevis ulovlig ervervet?

Uttrykket bevis viser overordnet til informasjon som kan belyse sakens faktiske hendelsesforløp, og må slik sett avgrenses mot informasjon som belyser rettsregler.³⁵ Av juridisk teori fremgår det at ordet bevis kan forstås på ulike måter. Det kan eksempelvis vise til ulike bevismidler, bevisresultatet eller som en betegnelse på bevismiddelets innhold.³⁶ Jeg vil i denne oppgaven benytte ordet bevis i vid forstand, slik at jeg med ordet bevis sikter til enhver informasjonstype som kan belyse sakens faktum, enten informasjonen direkte eller indirekte kaster lys over et bevistema, eller bare indirekte kaster lys over påliteligheten av informasjonen eller troverdigheten til informasjonskilden.³⁷ Vitneforklaringer, sakkyndige vurderinger og realbevis er ulike former for bevismidler.³⁸ I denne oppgaven bruker jeg vitneforklaringer for å vise til hva en person forteller om noe vedkommende har sett eller opplevd. Dette til forskjell fra en sakkyndig vurdering som også kan være en forklaring, men da avgitt av en person med særlig ekspertise innenfor et bestemt område.³⁹ Andre bevis enn dette er realbevis, typisk fast eiendom, løsøre, gjenstander, biologisk materiale, dokumenter eller elektronisk lagrede data.⁴⁰

Etter gjeldende rett er et bevis ulovlig ervervet dersom det er en prosessuell, materiell eller saksbehandlingsmessig skranke er overtrådt ved innhenting av beviset.⁴¹ Rettsgrunnlaget for å konstatere et rettsbrudd må forstås vidt, slik at brudd på lovfestede og ulovfestede, så vel som folkerettslige regler for sikring eller innhenting av bevis kan medføre at beviset er ulovlig ervervet.⁴² Uttrykket ulovlig ervervet bevis tilsier rent språklig at det må være en årsakssammenheng mellom en ulovlig handling og ervervet av et bevis. I teorien synes et årsakskrav å være forutsatt av Brøbech og Bratholm, uten at disse konkretiserer det materielle

³⁵ Torgersen (2009), *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, s. 17. Se også Øyen *Rettens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker – sett i lys av målsetningene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling*, (2013) s. 211–212 som fremhever at «ordet bevis» i strpl. § 292 annet ledd og § 293 må 'tolkes vidt' og at ordet «bevis» omfatter enhver type informasjon, enten denne informasjonen direkte kaster lys over et av sakens bevistemaer eller bare kaster lys over påliteligheten av slik informasjon eller troverdigheten til informasjonskilden.

³⁶ Se eksempelvis Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 80 og Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 343–344 og Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s.17.

³⁷ Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 80.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 345.

⁴⁰ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 169.

⁴¹ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 404.

⁴² Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 110.

innholdet i årsakskravet.⁴³ Torgersen er den som går lengst i å behandle årsakskravets materielle innhold.⁴⁴ For denne oppgavens formål anser jeg det unødvendig å behandle Torgersens teorier i sin helhet, men nøyer meg med å legge til grunn at en forutsetning for at et bevis skal være rettsstridig ervervet, er at den rettsstridige handlingen er en forutsetning for ervervet og at kravet om tidsmessig suksessjon er oppfylt. Det vil si at kravet til årsakssammenheng er oppfylt dersom «X er årsak til Y og at X går føre Y».⁴⁵ En slik forståelse tilsier at dersom politiet eksempelvis først mottar en tilståelse, og senere torturer den mistenkte, er ikke tilståelsen ulovlig ervervet.⁴⁶

Videre vil jeg omtale lovfestede og ulovfestede regler, som kan være en skranke for hvilke bevis som kan benyttes for å belyse de faktiske forhold i en straffesak som *bevisforbudsregler*. Håndhevelsen og rettsvirkningen av at beviset ikke kan føres fordi det er fremskaffet på ulovlig måte betegner jeg som *bevisavskjæringsregler*.⁴⁷ Det kan også påpekes at ordlyden i § 8-5 viser til «informasjon» og ikke direkte til «bevis». Sett i lys av at ethvert bevis vil være bærer av informasjon, vil jeg av hensyn til språklig variasjon vil jeg benytte begge betegnelser for å vise til kunnskap om det faktiske forhold i saken, uten at jeg ved å bruke henholdsvis informasjon og bevis vil være noen meningsforskjell, med mindre annet uttrykkelig blir påpekt.

Videre vil jeg i oppgaven bruke ordet «erverve» for å beskrive at politiet på en eller annen måte får besittelsen over beviset. Det vil si at jeg med ordet erverv sikter til situasjoner hvor politiet aktivt innhenter informasjon, eksempelvis ved å ransake en bolig for å finne et bestemt realbevis, og situasjoner hvor politiet passivt mottar informasjon, eksempelvis ved at fornærmede eller vitner selv kontakter politiet for å meddele noe de har sett eller opplevd, eller for å levere en gjenstand som kan brukes som bevis i saken.

⁴³ Brøbech, *Ulovlig tilvebragte beviser i straffeprocessen* (2003) s. 272 – 273 og Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte* (1959) s. 123.

⁴⁴ Se Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) kapittel 3.4.2, s. 119-128 for nærmere redegjørelse av spørsmålet.

⁴⁵ Husabø, *Straffeansvarets periferi* (1999) s. 52.

⁴⁶ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 120.

⁴⁷ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 4.

2.2. Den straffeforfulgte

Etter dagens straffeprosessuelle regler kan prosessen rette seg mot en person som er enten mistenkt, siktet eller tiltalt. Kategoriseringen har betydning både for personens rettigheter og for hvilke etterforskningskritt politi og påtalemyndighet kan iverksette under etterforskningen. Statuskategorien siktet er foreslått fjernet i utkastet. Etter utkastet vil det derfor bare være partskategoriene mistenkt og tiltalt som gjenstår.⁴⁸ Endringen i disse statuskategoriene innebærer at begrepsbruken som er innarbeidet i gjeldende rett blir misvisende ved omtalen av utkastes regler. Jeg vil derfor i denne oppgaven benytte betegnelsen *den straffeforfulgte* som samtalebetegnelse for mistenkte, siktede og tiltalte, med mindre det er behov for å spesifisere statuskategorien. Jeg anser betegnelsen som dekkende, da politiet allerede ved å anse noen som mistenkt kan iverksette tiltak basert på mistanken, slik at elementet av forfølgelse er tilstede allerede når en person får status som mistenkt. Ved redegjørelsen *de lege lata*, og ved henvisning til avsagte dommer som presiserer en av disse statuskategoriene, vil jeg forholde meg til omtalen i kilden. Det vil si at dersom Høyesterett har brukt betegnelsen mistenkte, tiltalte eller siktede, vil jeg gjøre det samme.

2.3. Påtalemyndigheten

I straffeprosessloven er det flere bestemmelser som regulerer politiets virksomhet. Loven er imidlertid ikke konsekvent utarbeidet om når den viser til en person med politifaglig utdanning og når den viser til jurister i påtalemyndigheten. Av strpl. § 55a fremgår det hvem som er en del av påtalemyndigheten.⁴⁹ Når jeg omtaler påtalemyndigheten viser jeg til dem som fremgår av strpl. § 55a. Med polititjenesteperson, eller bare kortformen politiet sikter jeg til personer som arbeider i politietaten og som utfører etterforskning under ledelse av påtalemyndigheten. Disse har politifaglig utdannelse med rang fra politistudent til politioverbetjent.⁵⁰

⁴⁸ NOU 2016: 24, s. 207.

⁴⁹ Etter ordlyden i strpl. § 55a er Riksadvokaten, den assisterende riksadvokaten og riksadvokatfullmektiger, statsadvokatene, statsadvokatfullmektigene og hjelpestatsadvokatene, politimestrene, visepolitimestrene, politiinspektørene, politiadvokatene og politifullmektigene en del av påtalemyndigheten. Det samme gjelder for sjefen og den assisterende sjefen for PST og Kripos, og lensmennene og politistasjonssjefene.

⁵⁰ Rui, *Straffeprosessen i perspektiv* (2014) s. 387.

2.4. Fornærmede og etterlatte

Ulike formuleringer kan brukes for å omtale den som har blitt utsatt for en straffbar handling, hvor det mest brukte er offer eller fornærmede. I dagens straffeprosesslov brukes «fornærmede» flere steder, uten at loven definerer hva som skal til for å være fornærmet i en straffesak.⁵¹ I juridisk teori har fornærmede normalt blitt betegnet som «innehaveren av den interesse som straffebudet tar sikte på å beskytte» eller «bæreren av det ved handlingen krenkede retts gode».⁵² Når fornærmede omtales i denne oppgaven, er det definisjonen av fornærmede som «innehaveren av den interesse straffebudet tar sikte på å beskytte» jeg sikter til.

I straffeprosessloven er i tillegg etterlatte gitt enkelte rettigheter. Til forskjell fra fornærmede, som ikke er direkte definert i loven fremgår det av strpl. § 93a andre ledd hvem som er etterlatte. Dersom «noen er død som følge av en straffbar handling» er de «etterlatte den avdødes ektefelle eller samboer, barn og foreldre». I de tilfeller jeg viser til etterlatte i denne oppgaven er det med henvisning til denne definisjonen som fremgår av dagens straffeprosesslov.

⁵¹ Rettigheter for fornærmede og etterlatte er særlig regulert i strpl. Kap. 8. Også andre steder i loven er det vist til fornærmede, se for eksempel strpl. § 28 som gir «fornærmede» rett til «utskrift av rettsbøker og andre dokumenter», § 71 a som forutsetter «samtykke fra fornærmede» dersom saken skal overføres til konfliktråd,

⁵² Robberstad, *Bistandsadvokaten* (2014) s. 4.

3. Om de nye bevisforbudsreglene – vilkår og virkning

3.1. Innledning og utkastets utgangspunkt

I utkastet § 7-2 heter det at «partene fritt kan føre bevis for retten med mindre annet er bestemt [...]». Ordlyden tilsier at utgangspunktet i utkastet er fri bevisføring og reguleringen er på dette punktet en kodifisering av gjeldende rett.⁵³ Ordlyden «med mindre annet er bestemt» tilsier at bestemmelsen ikke er absolutt. I utkastet kapittel 8 fremgår reglene for bevisforbud, og er unntak fra hovedregelen om fri bevisføring i utkastet § 7-2. Formålet med dette kapittelet er å kartlegge og analysere hvilke vilkår som må være oppfylt for at et bevis etter utkastet er rettsstridig ervervet, og hvilke vilkår som må være oppfylt for at et bevisforbud inntreer.

3.2. Vilkårene for at et bevis er «rettsstridig ervervet» – Når inntreer et bevisforbud etter forslaget?

Vilkårene for at det skal inntre bevisforbud følger av utkastet § 8-5. Som presentert i punkt 1.1 har bestemmelsen følgende ordlyd:

§ 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 skal 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.⁵⁴

Ordlyden tilsier at det gjelder et bevisforbud for informasjon som er «innhentet eller tilgjengeliggjort» på «rettsstridig måte». En naturlig språklig forståelse av «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» tilsier at det gjelder et bevisforbud dersom informasjonen har kommet i politiets besittelse som følge av brudd på en rettsnorm. Denne forståelsen støttes av spesialmerknadene til bestemmelsen hvor Straffeprosessutvalget påpeker at et bevis vil være «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» der det er foreligger brudd på en lovfestet eller ulovfestet rettsregel.⁵⁵

⁵³ Se kapittel 5, særlig punkt 5.1 for rettslige utgangspunkter etter gjeldende rett.

⁵⁴ NOU 2016: 24 s. 39.

⁵⁵ NOU 2016: 24 s. 576.

Etter gjeldende rett bruker Høyesterett tidvis formuleringen «ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis».⁵⁶ Et bevisforbud er derfor ikke kun aktuelt i tilfeller hvor informasjonen er skaffet til veie på måter som er direkte lovstridig, slik at det også kan inntre et bevisforbud for informasjon som er innhentet på «utilbørlig» måte. Språklig er det forskjell på bevis som er fremskaffet på «rettsstridig» og «utilbørlig» måte. Mens ordlydlyden «rettsstridig» viser til at ervervet av beviset må ha skjedd i strid med en rettsnorm, kan det være uklart nøyaktig når informasjonen er fremskaffet på «utilbørlig måte», men formuleringen tilsier at det kan være aktuelt å avskjære bevis som ikke er fremskaffet på en måte som er direkte lovstridig. Det betyr at det kan være adgang til å avskjære bevis som er fremskaffet med metoder som er uforenlig med verdier som rettsordenen setter høyt,⁵⁷ på en måte som er i strid med allmenne moralbetraktninger, eller personvern hensyn.⁵⁸ I tvisteloven (tvL) § 22-7 er ordlyden «utilbørlig» valgt for å markere hvilke bevis som kan avskjæres på grunn av en kritikkverdig handling i beviservervsfasen, og etter bestemmelsen kan retten i «særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte». I forarbeidene til tvisteloven fremgår det at valget av ordlyden «utilbørlig», i stedet for «ulovlig» var et bevisst valg, slik at det i sivilprosessen ikke er avgjørende om det er begått en ulovlighet i forbindelse med beviservervet.⁵⁹

Til forskjell fra tvL § 22-7 markerer derfor ordlyden i § 8-5 at det kun er informasjon som er fremskaffet i strid med en materiell, kompetansemessig eller saksbehandlingsmessig skranke som er omfattet av utkastet § 8-5. Av spesialmerknadene til § 8-5 fremgår det at informasjon som er fremskaffet på lovlig måte, men som på etisk eller moralsk grunnlag kan kritiseres for å være «kritikkverdig» eller «utilbørlig» faller utenfor ordlyden.⁶⁰ Utkastet fraviker derfor gjeldende rett på dette punktet, slik at anvendelsesområdet for hvilke bevis som rammes av

⁵⁶ Se Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 404 med henvisning til Rt. 2003 s. 1266 (avsnitt 20), Rt. 2004 s. 1366 (avsnitt 13) Rt. 2009 s. 1526 (avsnitt 28) og Rt. 2013 s. 1282 (avsnitt 40).

⁵⁷ Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* (2010) s. 425.

⁵⁸ Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s.110-111 med videre henvisning til rettspraksis. Avskjæring på grunn av bevis innhentet i strid med «alminnelige personvern hensyn» ble gjort i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkken-kjennelsen) og Rt. 1997 s. 795 (Samværstvist). Bevisavskjæring på bakgrunn av «allmenne moralbetraktninger» var aktuelt i Rt. 2011 s. 1324 U, hvor det i avsnitt 33 utales at selv om videoopptaket ikke var straffbart vil det «normalt fremstå som illojalt eller utilbørlig å gjøre slike opptak uten samtalepartens vitende». Samme argumentasjon ble brukt i Rt. 2009 s. 1526 (Fengselsprest). Selv om ikke samtalen var brudd på taushetsplikten ble det fremhevet at førstvoterende at det ville være «illojalt å gjøre bruk av opptak fra en samtale som var forutsatt å være konfidensiell». Beviset ble til tross for dette tillatt ført.

⁵⁹ NOU 2001: 32 B s. 961, hvor tvistemålsutvalget kommenterer at «[utilbørlig] foretrekkes fremfor det tradisjonelle uttrykket 'ulovlig ervervet bevis'»

⁶⁰ NOU 2016: 24 s. 576.

bevisforbudet blir snevrere.⁶¹ Ved at bevisavskjæring kun er relevant for «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» informasjon fravikes også reguleringen i tvisteloven, slik at det blir en ulik adgang til å bruke og føre bevis i sivil- og straffeprosessen. Straffeprosessutvalgets forslag fraviker derfor med dette Høyesteretts standpunkt i Rt. 2009 s.1526 (Fengselsprest) om at bevisreglene er «like i sivil og straffeprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak». Selv om reglene vil være forskjellig i straff – og sivilprosessen kan det bemerkes at valget av ordlyden «rettsstridig» i stedet for «utilbørlig» kan være en retsteknisk bedre regel. Yttergrensene for når et bevis er innhentet på en måte som er «utilbørlig» er etter rettspraksis noe uklar, og en regel som forutsetter at det må ha skjedd et rettsbrudd for at et bevisforbud skal inntre vil være klarere og kan medføre økt forutberegnelighet for sakens aktører når det oppstår spørsmål om hvilken informasjon som kan innhentes og brukes i straffesaken.

Etter § 8-5 er det ikke tilstrekkelig at beviset er «innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte». Etter ordlyden i bestemmelsen er det en forutsetning for at det skal inntre et bevisforbud, at det er «grunn til det». Jeg forstår derfor ordlyden i bestemmelsen slik at to vilkår må være oppfylt for at det skal inntre et bevisforbud:

- 1) Er opplysningen «innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte»?
- 2) Et det «grunn til» å avskjære informasjonen i det konkrete tilfellet?

Spørsmål 2) beror på en skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfellet, slik at det kan oppstå tilfeller hvor informasjonen er «innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte», men det likevel ikke er «grunn til» å avskjære beviset. Dersom det ikke er «grunn til» avskjæring, må utgangspunktet om fri bevisførsel jf. utkastet § 7-2 komme til anvendelse, slik at informasjonen kan brukes som bevis i saken.

Ordlyden «når det er grunn til det» er vag og skjønnsmessig og gir isolert sett lite veiledning for å vurdere om det inntre et bevisforbud. Bestemmelsen oppstiller i strekpunkt en til tre ulike vurderingsmomenter som det skal «særlig legges vekt på». Ordlyden «særlig legges vekt på» tilsier at listen av momenter ikke er uttømmende, slik at andre momenter enn de som fremgår

⁶¹ Se også Øyen *Høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov* s. 11 som argumenterer på en tilsvarende måte, men som konkluderer med at ordlyden «rettsstridig» bør erstattes med «utilbørlig».

av bestemmelsen kan være relevante. Ordlyden tilsier likevel at momentene som fremgår av bestemmelsen skal ha særlig betydning ved spørsmål om informasjonen som er ervervet rammes av et bevisforbud.

Den skjønnsmessige vurderingen tilsier at momentene må vurderes i sammenheng og at spørsmålet om bevisforbud må skje etter en helhetsvurdering. Samtidig kan det enkelte moment, ifølge Straffeprosessutvalget gjøre seg gjeldende med en slik styrke at det inntre et bevisforbud.⁶² Det kan også forekomme at informasjonen kan brukes til tross for at det kan knyttes til en «rettsstridig» handling.⁶³ Det kan eksempelvis være tilfeller hvor overtredelsen er så bagatellmessig at det ikke er nødvendig med en reaksjon mot polititjenestepersonen for å unngå et bevisforbud.⁶⁴ I mange tilfeller vil det derimot være tvil om informasjonen som er ervervet kan brukes, og det må i slike tilfeller foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av de tre momentene som er opplistet i bestemmelsen.

3.2.1. Første strekpunkt: «det rettsstridige beviservervets grovhet»

Etter § 8-5 første strekpunkt skal «det rettsstridige beviservervets grovhet» vurderes. Jeg forstår ordlyden slik at den viser til en konkret vurdering av overtredelsen som fant sted når informasjonen ble innhentet. Er overtredelsen et grovt brudd på grunnleggende rettsikkerhetsgarantier eller har det skjedd en mindre alvorlig feil? Straffeprosessutvalget trekker frem «unnskyldelige brudd på ordensforskrifter» som eksempel på forhold som ikke nødvendigvis fører til bevisforbud, uten at eksemplet konkretiseres nærmere.⁶⁵ Til tross for at Straffeprosessutvalget fremhever «unnskyldelige brudd på ordensforskrifter» som et tilfelle som kan passere fordi det er så lite alvorlig, tar Straffeprosessutvalget et forbehold: dersom ulovligheten er uttrykk for en innarbeidet praksis og politiet har hatt foranledning til å endre denne praksisen, kan det også inntre bevisforbud ved «unnskyldelige brudd på ordensforskrifter».⁶⁶ Det fremstår noe uklart i utkastet nøyaktig hvor bagatellmessig overtredelsen kan være for at beviservervet kan passere på bakgrunn av manglende alvorlighet jf. første strekpunkt. Straffeprosessutvalget legger i utkastet til grunn at bevisforbudsreglene er forutsatt praktisert noe strengere enn etter gjeldende praksis,⁶⁷ og det er derfor grunn til å tolke

⁶² NOU 2016: 24 s. 576.

⁶³ NOU 2016: 24 s. 577

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ NOU 2016: 24 s. 577.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ NOU 2016: 24 s. 576.

«unnskyldelige brudd på ordensforskrifter» som en yttergrense for hvilke bevis som kan brukes uten en reaksjon, dersom beviset står i årsakssammenheng med en «rettsstridig» handling.

Rettsbruddets grovhet er også et vurderingsmoment etter gjeldende rett, hvor Høyesterett vurderer en materiell feil som langt mer alvorlig enn en prosessuell feil.⁶⁸ Rt. 2013 s. 1282 er et eksempel fra rettspraksis, hvor Høyesteretts ankeutvalg i vurderingen av om beviset skal avskjæres at det ikke var tale om noen materiell rettskrenkelse, men heller brudd på «formelle regler for erverv av bevis».⁶⁹ Krenkelsens grovhet inngår også i vurderingen av om beviset skal avskjæres basert på en interesseavveining, jf. helhetsvurderingen Høyesterett presenterer i Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjent).⁷⁰ Paragraf 8-5 første strekpunkt er derfor en viss videreføring av gjeldende rett, men forutsettes etter Straffeprosessutvalgets bemerkninger å praktiseres strengere enn det som følger av gjeldende rett. Straffeprosessutvalget viser i den sammenheng til Rt. 2008 s. 549, uten at henvisningen fremstår klar.⁷¹ Jeg antar at henvisningen er en skrivefeil, og utfra omtalen av faktum i saken er det Rt. 2006 s. 582 Straffeprosessutvalget har ment å vise til.⁷² Når Straffeprosessutvalget viser til avgjørelsen med en merknad om at situasjonen i utgangspunktet tilsier et bevisforbud, mener jeg at sondringen mellom prosessuelle og materielle feil ikke er av betydning etter utkastet. Er den prosessuelle feilen

⁶⁸ En materiell feil foreligger når det foreligger en innholdsmessig feil, eksempelvis manglende hjemmel. Dette til forskjell fra situasjoner hvor feilen knyttes til fremgangsmåten som har blitt benyttet, for eksempel at det ikke er innhentet nødvendig kjennelse fra tingretten før kommunikasjonskontroll er iverksatt jf. strpl. § 216a og ordlyden «retten kan ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta kommunikasjonsavlytting [...]».

⁶⁹ Jf. Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 43. Saken omhandlet en lekkasje av politidokumenter etter terrorangrepet 22. juli 2011. Under etterforskningen tok politiet beslag i informasjon fra en teleoperatør som inneholdt samtaler til og fra en av bistandsadvokatene i saken. Ett av spørsmålene i Høyesterett var om det forelå en adgang til å fremlegge opplysninger om hvilke telefonnumre som hadde kommunisert med en telefon, tilhørende en av bistandsadvokatene i saken jf. strpl. § 119 jf. § 204. Informasjonen inneholdt dels informasjon det var forbud mot å fremlegge. Lagmannsretten la (feilaktig) til grunn at det ikke kunne tas beslag i dokumenter som potensielt kunne inneholde taushetsbelagt materiale, slik at påtalemyndigheten skulle levert materialet til retten. Siden lagmannsrettens vurdering var feil, var det ikke tale om noen materiell rettskrenkelse. Beviset ble derfor tillatt ført.

⁷⁰ Dommen omhandlet en fengselsbetjent som var mistenkt for å ha bistått en innsatt i å rømme. For å skaffe bevis mot fengselsbetjenten gjennomførte politiet en fordekt samtale med mannen, og tok opp samtalen ved hjelp av mikrofon og båndopptaker. Et sentralt spørsmål var derfor om politiet under etterforskningen i tilstrekkelig grad hadde ivaretatt mistenktes selvinkrimineringsvern. I vurderingen av om mannens forklaring på opptakene skulle tillates ført, uttalte Høyesterett at dersom bruddet ikke utgjorde en fortsatt eller gjentatt krenkelse skal vurderingen skje på bakgrunn av en interesseavveining. I denne interesseavveiningen er «grovheten av krenkelsen» ett av momentene. En nærmere redegjørelse av dommen vil bli gjort i punkt 5.3.

⁷¹ Dommen omhandler spørsmål om en person som var tiltalt for drap etter strl. (1902) § 223 var strafferettslig tilregnelig jf. strl. (1902) § 45 når drapet ble begått i amfetaminrus. Dommen reiser ingen spørsmål om ransaking eller mistankekravet «skjellig grunn» slik Straffeprosessutvalget viser til på side 577.

⁷² I saken hadde politiet stoppet en bil, på bakgrunn av tilknytningen bilens logo hadde til et kjent ransmiljø. Bilen og føreren ble ransaket uten at det var klart at mistankekravet «skjellig grunn» var oppfylt. Ransakingen resulterte i funn av et våpen og tilhørende ammunisjon. Høyesterett kommenterer i avsnitt 24 at politiet ville hatt hjemmel for ransaking dersom de var kjent med pistolen og ammunisjonen, «eller i alle fall hadde et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke». Det var derfor tale om en prosessuell, ikke en materiell feil.

tilstrekkelig grov, taler dette uansett for et bevisforbud. Straffeprosessutvalgets uttalelser om at en situasjon hvor det er brukt tvangsmidler uten at mistankekravet «skjellig grunn» er oppfylt, uavhengig av om mistankekravet senere viser seg å være tilstede, støtter en slik forståelse.⁷³

3.2.2. Andre strekpunkt: «om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser»

Ordlyden i andre strekpunkt, «om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser» tolker jeg slik at det må vurderes hvilke interesse som er krenket ved det rettsstridige beviservervet og om denne interessen er av en slik karakter at den fortjener rettsordenens vern. Utover dette er ordlyden vag og den gir isolert sett ingen nærmere konkretisering av hvilke hensyn som er beskyttelsesverdige. Straffeprosessutvalget kommenterer i spesialmerknadene at «beskyttelsesverdige interesser skal forstås vidt» og at «gjeldende lære om ulovlig ervervet bevis, hvor vurderingstemaet har vært om bevisføring vil medføre en fortsatt eller gjentatt krenkelse» skal justeres.⁷⁴ Med henvisningen til læren om «fortsatt eller gjentatt krenkelse» forstår jeg straffeprosessutvalget slik at det som etter gjeldende rett er kjernen for en fortsatt eller gjentatt krenkelse inngår i ordlyden, uten at fortsatt eller gjentatt krenkelse skal være utgangspunktet for vurderingen av om et bevisforbud inntreffer. Jeg mener derfor det er grunn til å tolke Straffeprosessutvalget slik at brudd på selvinkrimineringsvernet, manglende orientering om vitnefritak og forklaringer gitt i strid med taushetsplikten inngår i ordlyden «beskyttelsesverdige interesser», uten at ordlyden «beskyttelsesverdige interesser» kan sies å begrenses til slike tilfeller.

3.2.3. Tredje strekpunkt: «om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser».

Etter ordlyden i tredje strekpunkt, «om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser» skal det til sist vurderes om den som begikk det «rettsstridige» informasjonservervet har blitt ilagt en reaksjon. Ordlyden tilsier slik sett at *disiplinering* skal være av særlig betydning for om informasjonen skal avskjæres.⁷⁵ Vurderingen av om det har blitt gitt tilstrekkelig reaksjon skal bero på objektive og saksspesifikke omstendigheter, og Straffeprosessutvalget legger til grunn at vurderingen vil gjøre seg gjeldende ulikt «avhengig av de konkrete forhold i saken og hva slags type feil som

⁷³ NOU 2016: 24 s. 577.

⁷⁴ NOU 2016: 24 s. 576.

⁷⁵ For nærmere analyse for disiplineringshensynet og hensynets stilling i norsk rett, se oppgavens punkt 6.5.

er begått».⁷⁶ At vurderingen skal skje på bakgrunn av objektive kriterier tolker jeg slik at den subjektive oppfatningen til den som gir reaksjonen eller hvordan reaksjonen oppleves av den som blir ilagt reaksjon, er uten betydning. Ved at det skal tas utgangspunkt i saksspesifikke omstendigheter, må vurderingen av reaksjonen som har blitt gitt gjøres konkret i det enkelte tilfelle. Sentralt for om beviset skal avskjæres er hvordan, og hvor strengt det er reagert mot overtredelsen, uten at det etter utkastet kan stilles krav om en formell reaksjon.⁷⁷ I utkastet trekkes det frem at det er av betydning om tjenestepersonen har fått en skriftlig eller muntlig irettesettelse, og om det er ilagt ordensstraff eller reist straffesak mot vedkommende.⁷⁸ Jeg forstår Straffeprosessutvalget på den måten at dersom det er gitt en skriftlig irettesettelse, eller at det er reist straffesak mot vedkommende, taler dette i større grad for at beviset skal kunne benyttes enn tilfeller hvor det kun er gitt en muntlig irettesettelse. Det vil også ha betydning om det er iverksatt tiltak som vil motvirke fremtidige likeartede overtredelser og om tiltakene som er iverksatt er av formell eller uformell karakter.⁷⁹

Straffeprosessutvalget viser videre til at dersom politiet «med åpne øyne [har] forbrutt seg mot viktige rettsikkerhetsgarantier som er satt til vern av borgerne» kreves det en særlig streng reaksjon, uten at det i slike tilfeller er sikkert at det finnes en tilstrekkelig streng reaksjonen som kan forhindre at bevisforbud inntre. Som eksempel på brudd viser Straffeprosessutvalget til bruk av tvangsmidler uten at mistankekravet «skjellig grunn» er oppfylt. Det er, som påpekt ovenfor, i slike tilfeller uten betydning om mistankekravet i ettertid viser seg å være oppfylt. Utover dette redegjør ikke utvalget for hva som vil utgjøre brudd på «grunnleggende rettsikkerhetsgarantier». Formuleringen taler likevel for at det må være tale om rettsikkerhetsgarantier som i en rettsstat er fundamentale. Brudd på menneskerettigheter, som Grl. § 93 første eller andre ledd, Grl. 102 og EMK art. 2, 3 eller 8, mener jeg derfor vil inngå i ordlyden «grunnleggende rettsikkerhetsgarantier». Trolig er også grove brudd på selvinkrimineringsvernet en rettsikkerhetsgaranti av en slik art. I disse tilfellene vil det derfor som den klare hovedregel oppstilles bevisforbud, hvor det vanskelig kan tenkes en reaksjon som er streng nok til å avhjelpe rettsbruddet som ble begått ved beviservervet.

⁷⁶ NOU 2016: 24 s. 576.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

Enkelte innvendinger mot vurderingsmomentet kan fremmes. Først kan det innvendes at utkastet indirekte bygger på at det skal ilegges en formell reaksjon ved overtredelse. Dersom påtalemyndigheten vet at muligheten for å bruke beviset øker dersom det gis en formell ordensstraff, kan det være aktuelt å ilegge en streng reaksjon for å unngå et bevisforbud. For den som blir irettesatt kan reaksjonen oppleves tvetydig. Er bakgrunnen for reaksjonen et ønske om å bruke et ellers «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort bevis» eller for å straffe tjenestepersonen? For tjenesteperson som blir irettesatt kan det oppleves som en formalitet, incentivert av et ønske om å fortsette etterforskningen. I slike tilfeller er det grunn til å stille spørsmål om formålet med reaksjonen når sitt egentlige formål. Politiet kan jo teoretisk sett begå den samme krenkelsen igjen og få den samme reaksjonen, uten at dette hindrer at beviset kan brukes i den videre etterforskningen og føres for domstolene.

3.2.4. Helhetsvurderingen: er det «grunn til» å avskjære beviset?

Samlet sett tilsier de tre momentene som fremgår av § 8-5 at det må foretas en konkret og relativ vurdering, hvor overtredelsens grovhet må ses i sammenheng med reaksjonen polititjenestepersonen blir ilagt ved overtredelsen, samt hvilken interesse som er krenket. Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 6 må vurderingsmomentene ses i lys av den prinsipielle betoningen i utkastet, hvor disiplinering og lovformelighet skal ha en sterkere betoning enn hva som er tilfellet etter gjeldende rett.

Vurderingen av om det inntreer et bevisforbud kan samlet illustreres med følgende figur:

BEVISET TILLATES FØRT	BEVISFORBUD
- Bagatellmessig overtredelse av en forskrift	- Brudd på grunnleggende rettssikkerhetsgarantier
- Straffesak mot tjenestepersonen	- Muntlig irettesettelse
- Institusjonelle tiltak av formell karakter	- Overtredelsen utgjør en del av en innarbeidet praksis

Figur. 1.

4. Virkningen av at det inntreer et bevisforbud etter § 8-5 – om det enkelte nøytralitetsprinsipp

4.1. Innledning

Dersom det er klart at et bevis er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» og det er «grunn til» å avskjære beviset jf. § 8-5, følger rettsvirkningen av utkastet § 8-1, som jeg vil gjennomgå i dette kapittelet. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 8-1 *Bevisforbudets virkninger*

Straffesakens aktører kan ikke innhente eller benytte bevis som er omfattet av forbud etter §§ 8-2 til 8-5 på noe stadium av prosessen, med mindre annet er bestemt.⁸⁰

Ordlyden skal etter Straffeprosessutvalgets uttalelser danne utgangspunkt for fire *nøytralitetsprinsipper* som skal være styrende dersom et bevisforbud inntreer etter § 8-5.⁸¹

Straffeprosessutvalget ønsker med denne bestemmelsen å fravike systemet som følger av gjeldende rett hvor informasjonstilgangen varierer med bevismiddelet, hvilket stadium man er, hvilken aktør som skal benytte beviset og hvordan beviset er tenkt å brukes.⁸² I utkastet anerkjenner Straffeprosessutvalget at § 8-1 medfører at bevisforbudene får et videre anvendelsesområde enn hva som i dag følger av gjeldende rett, men at dette er «velbegrunnet ut fra bevisforbudenes formål og begrunnelse».⁸³ At fire nøytralitetsprinsipper skal være styrende ved et bevisforbud representerer noe nytt i norsk rett. Det er derfor behov for å nærmere klarlegge hva disse fire nøytralitetsprinsippene innebærer.

4.1.1. *Bevismiddelnøytralitet*

Prinsippet om bevismiddelnøytralitet utledes fra ordlyden «bevis» i § 8-1. Ordlyden er åpen og gir ingen begrensninger for hvilke bevismidler som inngår i ordlyden. En slik tolkning støttes av Straffeprosessutvalgets omtale av § 8-1 hvor det presiseres at prinsippet om bevismiddelnøytralitet tilsier at forbudet ikke er knyttet opp mot et bestemt bevismiddel, for eksempel en vitneforklaring.⁸⁴ Mens de fleste bevisforbud i dag er plassert i vitnekapittelet som

⁸⁰ NOU 2016: 24 s. 38.

⁸¹ NOU 2016: 24 s. 267.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ NOU 2016: 24 s. 268.

rene forklaringsforbud,⁸⁵ er reguleringen etter utkastet ment å være generell slik at samtlige bevismidler inngår i ordlyden.⁸⁶ All informasjon som politiet skaffer til veie og som kan brukes til å kaste lys over sakens faktum vil derfor kunne rammes av bevisforbudet.

4.1.2. Stadienøytralitet

Av ordlyden «på noe stadium av prosessen» følger det at bevisforbudsvirkningen gjelder gjennom hele prosessen, fra etterforskningen starter til det foreligger endelig dom i saken. Dagens forbudsregler retter seg først og fremst mot bevisføring i retten. Eksempelvis oppstiller strpl. § 119 et forbud for retten til å motta forklaring fra enkelte yrkesgrupper, jf. ordlyden «[...] må retten ikke ta imot forklaring av [...]». Det finnes riktignok enkelte regler i dagens straffeprosesslov som begrenser hvilke bevis politiet kan innhente og bruke i etterforskningen, eksempelvis kan ikke politiet etter strpl. § 204 ta beslag i taushetsbelagt informasjon fra en lege eller advokat. Et prinsipp om stadienøytralitet innebærer imidlertid en endring av gjeldende rett ved at bevisforbudsvirkningen skal være styrende for hele prosessen dersom et bevisforbud inntrer. Hvorvidt påtalemyndigheten og politiet under etterforskningen bør kunne benytte et bevis som omfattes av et bevisforbud, omtales av Straffeprosessutvalget som et «prinsipielt viktig spørsmål»,⁸⁷ som fremhever at verdigrunnet for de enkeltstående bevisforbudene er det samme gjennom hele prosessen, og vil i alle tilfeller innebære en krenkelse av den vernende interesse.⁸⁸ Siden krenkelsens karakter gjør seg gjeldende med samme styrke gjennom hele prosessen, skal ikke politiet kunne beslutte ransaking eller varetektsfengsling med informasjon som omfattes av et bevisforbud.⁸⁹ Blir det eksempelvis under en ransaking funnet en kniv som antas å være drapsvåpen, men som er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» og det er «grunn til» å avskjære informasjonen etter § 8-5 kan ikke politiet benytte drapsvåpenet som begrunnelse for å beslutte varetektsfengsling av den straffeforfulgte.

4.1.3. Bruksmåtenøytralitet

Prinsippet om stadienøytralitet må ses i sammenheng med prinsippet om bruksmåtenøytralitet som fremgår av ordlyden «kan ikke [...] benytte» Ordlyden «benytte» tilsier et forbud mot å bruke beviset i den videre etterforskningen. Straffeprosessutvalget kommenterer i

⁸⁵ Se blant annet strpl. § 118b hvor det fremgår at «retten må ikke ta imot forklaring». Tilsvarende formuleringer fremgår av strpl. § 119 og § 120.

⁸⁶ NOU 2016: 24 s. 268.

⁸⁷ NOU 2016: 24 s. 268.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

spesialmerknadene at «bevisforbudene skal forstås generelt, slik at enhver videre bruk av bevis som omfattes, er utelukket».⁹⁰ Informasjon som er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» og som det er «grunn til» å avskjære, skulle aldri vært innhentet, og kan derfor ikke vektlegges eller brukes i den videre etterforskningen eller føres for retten. Dette til forskjell fra innretningen i gjeldende rett, som i utgangspunktet er utformet som bevisføringsforbud for domstolene.⁹¹ Straffeprosessutvalget er klare på at hensynene som begrunner de ulike bevisforbudene ikke gir grunn til å begrense dem til å gjelde bevisføring for retten, slik at Straffeprosessutvalget mener at gjeldende rett bør endres på dette punktet.⁹² Etter utkastet skal det derfor foreligge et generelt vektleggingsforbud for alle bruksmåter. Det skal ikke være adgang til å treffe påtalevedtak, fremme gjenåpningsbegjæringer eller «drive etterforskningen fremover» basert på informasjon som er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort».⁹³

4.1.4. Aktørnøytralitet

Ordlyden «straffesakens aktører» tilsier til sist at bevisforbudet skal gjelde alle som opptrer i straffesakssystemet. Dagens regler om bevisforbud retter seg hovedsakelig mot avgjørelser i retten, jf. eksempelvis ordlyden «retten må ikke ta imot» i strpl. § 118 og § 119 eller ordlyden «retten kan fritta» i strpl. § 122 andre ledd. Etter utkastet skal ikke vurderingen av om et bevis kan benyttes i saken være knyttet til dommerrollen. En slik regulering vil være nødvendig, da prinsippet om stadienøytralitet tilsier at bevisforbudet inntreffer allerede på ervervstidspunktet. Særlig vil påtalemyndigheten være en aktør som i økende grad må forholde seg til, og fatte beslutninger om informasjon som er «innhentet eller tilgjengeliggjort» på en «rettsstridig måte» kan brukes i den videre etterforskningen. I spesialmerknadene til § 8-1 fremgår det at ordlyden «straffesakens aktører» sikter til dem som er aktører etter utkastet del 1.⁹⁴ Det betyr at påtalemyndigheten, den straffeforfulgte, forsvareren, bistandsadvokaten og fornærmede, etterlatte og skadelidte inngår i ordlyden.⁹⁵ For å sikre de vernede interessene kan derfor ingen av de nevnte aktører bruke noen form for informasjon som inngår i et bevisforbud, på noe stadium av prosessen.⁹⁶

⁹⁰ NOU 2016: 24 s. 268.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² NOU 2016: 24 s. 269

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ NOU 2016: 24 s. 574.

⁹⁵ Se NOU 2016: 24 Del 1, s. 27–38.

⁹⁶ NOU 2016: 24 s. 268.

4.2. Oppsummering og veien videre

Ordlyden i § 8-1 «med mindre annet er bestemt» tilsier at det gjelder enkelte unntak for når rettsvirkningen etter § 8-1 inntreffer, selv om det etter § 8-5 er «grunn til» å avskjære informasjonen. Disse unntakstilfellene vil særlig bli behandlet i punkt 6.2 ved analysen av hvordan den materielle sannhet skal betones etter utkastet.

I den videre fremstillingen vil jeg kartlegge og analysere hvordan utkastet § 8-1 og § 8-5 vil endre den prinsipielle betoningen i gjeldende rett, etterfulgt av en kartlegging og analyse av hvordan utkastet vil påvirke enkelte av politi og påtalemyndighetens etterforskningskritt og etterforskningsmetoder. Som presentert i punkt 1.3.1 vil jeg foreta denne analysen og kartleggingen gjennom to ulike innfallsvinkler. Først vil jeg i kapittel 6 undersøke hvordan utkastet vil endre den prinsipielle betoningen som til nå har vært rådende i straffeprosessen. Deretter vil jeg i kapittel 7 systematisere og analysere hvordan utkastet § 8-5 og § 8-1 vil påvirke enkelte konkrete etterforskningskritt og etterforskningsmetoder. Referanserammen vil være hvordan gjeldende rett endres dersom utkastet vedtas. Derfor er det først nødvendig å først klarlegge hvilke retningslinjer som i dag er rådende for bruken av rettsstridig ervervede bevis.

5. Rettslige utgangspunkter og systematisering av dagens bevisforbudsregler

5.1. Innledning

I dette kapittelet vil jeg gjennomgå de rettslige utgangspunktene for bevisforbud etter gjeldende rett. Formålet med fremstillingen er ikke å uttømmende behandle alle potensielle grunnlag for bevisforbud, men heller å oppstille en referanseramme som kan benyttes i analysen og systematiseringen som vil bli foretatt i kapittel 6 og 7. Jeg vil først gjennomgå sentrale regler etter henholdsvis Grunnloven og straffeprosessloven, i tillegg til ulovfestede regler i norsk straffeprosess. Deretter vil jeg kort gjennomgå hvilke regler som kan utledes av EMK ved spørsmål om bevisforbud. Fordi Grunnloven skal tolkes i lys av EMK⁹⁷ og aktuelle bestemmelser i Grunnloven kapittel E i stor grad er sammenfallende, vil jeg – for å unngå dobbeltbehandling av spørsmålene som reises – vise tilbake til behandlingen av Grunnloven ved redegjørelsen av bevisforbudsreglene etter EMK.

5.2. Det klare utgangspunktet – fri bevisføring

Det klare utgangspunktet etter gjeldende rett er fri bevisføring. Det vil si at partene står fritt til å føre ethvert relevant bevis, for å sikre en best mulig opplysning av saken.⁹⁸ Til forskjellen fra sivilprosessen, hvor det sentrale utgangspunktet fremgår av tvl. § 21-3(1), er om fri bevisførsel i straffeprosessen er ulovfestet, og utgangspunktet gjelder også for bevis som er «ulovlig ervervet».⁹⁹ Etter gjeldende rett er ikke adgangen til å avskjære bevis begrenset til «ulovlige bevis», men gjelder også dersom beviset er sikret på en «utilbørlig måte». Som behandlet i punkt 3.2 tilsier ordlyden i § 8-5 at det kun er bevis som er «innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte» som rammes av bevisforbudet i utkastet. Jeg behandler derfor ikke de nærmere retningslinjene for når et bevis er fremskaffet på «utilbørlig måte» her.¹⁰⁰ Siden

⁹⁷ Se Dokument 16 (2011 – 2012) s. 86–88, og Høyesteretts uttalelser i Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen) hvor førstvoterende uttaler at «jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene». Høyesterett tar derimot en reservasjon når det uttales at «fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser».

⁹⁸ Se blant annet Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13. Se også Rt. 1990 s. 1008 s. 1010 hvor Høyesterett påpeker at prinsippet om fri bevisførsel «er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar».

⁹⁹ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22 legger Høyesterett til grunn at «utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres».

¹⁰⁰ Se punkt 3.2 og NOU 2016: 24, s. 576.

utkastet gjør et prinsipielt skille mellom «utilbørlige» og «ulovlige» bevis, er det reglene for når et bevis er ulovlig, eller rettsstridig ervervet som er interessant i det følgende.

5.3. Dagens bevisforbudsregler – rettslig grunnlag og begrunnelser

Av Grunnloven er det flere regler som regulerer hvilke midler politi og påtalemyndighet kan ta i bruk for å erverve bevis. Av Grl. § 93¹⁰¹ andre ledd og EMK art. 3 følger det et absolutt forbud mot å utsette noen for «tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling».¹⁰² Dette forbudet kan begrunnes på flere måter. Sentralt er at den som blir utsatt for en behandling som nevnes i bestemmelsen ofte bare si det torturisten vil høre, slik at det er liten grunn til å tro at beviset er pålitelig.¹⁰³ Pålitelighetsargumentet gjelder først og fremst for vitnebevis, men forbudet etter Grl. § 93 er ikke begrenset til å gjelde vitneforklaringer. At Grl. § 93 andre ledd gjelder like fullt for reelle bevis som for forklaringer, tilsier at pålitelighetsbetraktninger ikke alene kan begrunne det strenge forbudet som følger av Grl. § 93. Begrunnelsen må derfor ses i lys av mer overordnede verdier i rettsstaten¹⁰⁴ som hensyn til den straffeforfulgtes menneskeverd og ønsket om en human strafferettspleie. I tillegg til Grl. § 93 andre ledd, utgjør særlig Grl. § 93 første ledd og EMK art. 2, samt Grl. § 102 første ledd første punktum og EMK art. 8 en skranke for politi og påtalemyndighet ved etterforskningen av straffbare forhold. Også rettighetene som fremgår av Grl. § 96 og EMK art. 6 er sentrale bestemmelser for å utlede hvilke skranker som gjelder for politi og påtalemyndighet under etterforskningen. Mens Grl. 102 første ledd og art. 2, Grl. § 93 og EMK art. 3, samt Grl. § 102 og EMK art. 8 er skranker for hvilke virkemidler politiet kan ta i bruk under etterforskningen, vil Grl. § 96 og EMK art. 6 være aktuelle skranker for at bevis som er innhentet i strid med en bestemmelse eller artikkel kan brukes ved domstolsbehandlingen. Er beviset innhentet i strid med en bestemmelse i Grunnloven eller EMK, kan det være i strid med kravet til «rettferdig rettergang» i Grl. § 96 og EMK art. 6 nr. 1 å benytte beviset som grunnlag for domfellelse,¹⁰⁵ slik at feil og mangler politi og påtalemyndighet begår under etterforskningen kan få betydning for behandlingen av saken i domstolen. Eksempelvis kan manglende forsvarerbistand eller brudd på

¹⁰¹ For en nærmere behandling av bevisforbud etter EMK fremgår av oppgaven punkt 5.3.

¹⁰² For ordens skyld presiseres det at originalteksten til EMK art. 3 har følgende ordlyd: «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».

¹⁰³ Jebens, *Ulovlig ervervet bevis og utradisjonell etterforskning* (2015) s. 312. Se også Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 21 som legger til grunn det samme.

¹⁰⁴ Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 21.

¹⁰⁵ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 145.

selvinkrimineringsvernet under avhør innebære en krenkelse av Grl. § 96 og EMK art. 6 slik at rettergangen ikke anses som «rettferdig».¹⁰⁶

Enkelte bestemmelser i straffeprosessloven kan videre begrense hvilke og hvordan informasjon kan brukes i straffesaken. Eksempler på slike regler finnes særlig i strpl. Kap. 10 hvor det særlig fremgår regler for hvilke vitner som er fritatt fra den alminnelige vitneplikten i § 108, og hvilke persongrupper retten ikke kan motta forklaringer fra. Et eksempel på sistnevnte fremgår av strpl. § 119, som oppstiller et forbud for retten mot å ta imot forklaring fra bestemte yrkesgrupper, jf. ordlyden «må retten ikke ta imot forklaring fra». Videre følger det av strpl. § 90 at siktede har rett til å gjøres oppmerksom på at han «ikke har plikt til å forklare seg», og av ordlyden kan det utledes et vern mot selvinkriminering for siktede, mens tilsvarende rett for mistenkte fremgår av strpl. § 232. Dersom disse bestemmelsene krenkes under etterforskningen, oppstår spørsmålet om informasjonen politiet fikk tilgang til gjennom brudd på reglene under etterforskningen kan brukes i retten.

I Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjent) var spørsmålet om et lydopptak politiet fikk tilgang til ved bevisprovokasjon kunne brukes som bevis under hovedforhandling. I vurderingen av om beviset skulle tillates ført uttalte Høyesterett at:

«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»

Ut fra Høyesteretts uttalelser i Rt. 1999 s. 1269 er det klare utgangspunktet at dersom føringen av beviset utgjør en fortsatt eller gjentatt krenkelse skal beviset nektes ført. Formuleringen «normalt nektes ført» tilsier at regelen ikke er absolutt. Bakgrunnen for regelen er at hensynene som begrunner reglene, eksempelvis strpl. § 117-125 ikke nødvendigvis mister sin relevans og

¹⁰⁶Se bla. *Ibrahim and others v. The United Kingdom* [GC] no.40351/09. Saken omhandlet etterforskningen av flere mistenkte etter terrorangrepene i London i 2005. En av de mistenkte ble først avhørt som vitne, men ble senere siktet og dømt for bistand til terrorhandling. Når mannen gikk fra å være vitne til siktet var det både tid og anledning til å skaffe mannen en forsvarer. Når dette ikke ble gjort var det en krenkelse av EMK art. 6.

styrke om beviset føres i retten.¹⁰⁷ For eksempel er begrunnelsen for vitnefritaksretten i strpl. § 122 at vitnet ikke skal stilles i en lojalitetskonflikt, hvor vitnet må velge mellom å bidra til at et nært familiemedlem blir domfelt, eller å lyve.¹⁰⁸ Dersom politiet ikke har fulgt sin plikt til å opplyse vitnet om at vedkommende ikke har forklaringsplikt for informasjon som kan inkriminere nærstående jf. § 122 vil det være en fortsatt eller gjentatt krenkelse om vitneforklaringen føres som bevis under hovedforhandling, fordi hensynet til vitnet gjør seg gjeldende med lik styrke og relevans og stryke under hovedforhandling, som under etterforskningen. I juridisk teori har Øyen og Torgersen¹⁰⁹ tatt til orde for at krenkelsen i slike tilfeller bør ha en viss styrke før den kan trumfe den materielle sannhet, slik at det bør utvises en viss tilbakeholdenhet med å avskjære bevis der bruken av beviset bare vil innebære en lite vesentlig krenkelse av de hensynene den overtrådte regelen skal ivareta.¹¹⁰ Dersom krenkelsen er av betydning vil hovedregelen i tilfeller hvor det foreligger en fortsatt eller gjentatt krenkelse være bevisavskjæring.

Dersom det ikke er tale om en fortsatt eller gjentatt krenkelse, skal spørsmålet etter Høyesteretts uttalelser i Rt. 1999 s. 1269 bero på en «interesseavveining». Et eksempel på et tilfelle som kan aktualisere denne interesseavveiningen er der en ulovlig ransaking fører til beslagleggelse av et realbevis, som et hjemmebrenningsapparat, et mordvåpen eller et parti kokain.¹¹¹ Som lagt til grunn av Andenæs, kan ikke eieren i slike tilfeller forlange at beviset skal tas ut av betraktning alene med den begrunnelse at det ikke ville være funnet uten den ulovlige ransakingen.¹¹² I avgjørelsen side 1273 påpeker Høyesterett ulike momenter som inngår i denne interesseavveiningen når det uttales at det:

«... 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».

¹⁰⁷ Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* (2010) s. 430.

¹⁰⁸ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 416.

¹⁰⁹ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 148 og Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 408.

¹¹⁰ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 408.

¹¹¹ Andenæs, *Norsk straffeprosess 4.utgave* (2009) s. 242 med henvisning til Rt.1903 s. 699, Rt. 1911 s. 703, Rt. 1992 s. 698 og Rt. 1996 s. 1558.

¹¹² Andenæs, *Norsk straffeprosess 4 utgave* (2009) s. 242.

At det skal legges vekt på «grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet» viser til karakteren av lovbruddet som skjedde ved beviservervet. Uttalelsen tilsier eksempelvis at det må sondres mellom mindre brudd på ordensregler og grove brudd på menneskerettighetene. Dette støttes av øvrige saker om ulovlig ervervede bevis, hvor Høyesterett har vektlagt at dersom det er tale om et mindre alvorlig rettsbrudd taler dette for at beviset skal tillates ført.¹¹³

Etter Rt. 1999 s. 1269 skal det videre ses hen til om «den som satt med beviset hadde plikt til å forklare seg eller utlevere dette». Momentet må ses i sammenheng med Høyesteretts uttalelser for øvrig, blant annet sontringen mellom overtredelse av materielle og prosessuelle skranker, hvor det primært er materielle feil som aktualiserer et bevisforbud, uten at det er noen automatikk i at en materiell feil medfører bevisavskjæring.¹¹⁴

En vurdering av sakens alvorlighet vil også inngå i interesseavveiningen jf. uttalelsen om at det skal legges vekt på «hvor alvorlig saken er». Uten at det kan leses direkte ut av Høyesteretts uttalelser, tolker jeg uttalelsen slik dersom saken er svært alvorlig eller prinsipiell trekker dette i retning av å føre beviset. En slik tolkning finner støtte i Rt. 1992 s. 698 (Treholt II) hvor Høyesterett uttaler at «hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold».¹¹⁵ Tilsvarende ble lagt til grunn i Rt. 2009 s. 1526 (Fengselsprest) når Høyesterett uttaler at «på den annen side står vi ovenfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende».¹¹⁶ Rt. 2013 s. 476 kan også nevnes i denne

¹¹³ Se blant annet Rt. 2013 s. 1282 hvor Høyesterett i (avsnitt 43) uttaler at det «er således ikke tale om noen materiell rettskrenkelse, men brudd om formelle regler for erverv av bevis».

¹¹⁴ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 412 – 413.

¹¹⁵ Rt. 1992 s. 698 omhandlet gjenopptagelsessaken mot den tidligere spiondomte Arne Treholt. Et sentralt spørsmål i dommen var om det såkalte «pengebeviset» skulle vært avskåret ved behandlingen i lagmannsretten, fordi politiet ikke overholdt reglene for ransaking ved ervervet av beviset.

¹¹⁶ Rt. 2009 s. 1526 var en person som var siktet for to drapsforsøk. Under fengselsoppholdet hadde den siktede en forsoningssamtale med en fornærmet. Tilstede under forsoningssamtalen var også en fengselsprest, slik at samtalen var forutsatt å være konfidensiell. Fornærmede tok likevel opptak av samtalen og beviset var derfor fremskaffet på «utilbørlig måte». Spørsmålet var om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten hadde tillatt opptaket fra forsoningssamtalen var tillat ført. Høyesterett kom etter en drøftelse til at det ikke forelå en saksbehandlingsfeil.

sammenheng, hvor Høyesteretts ankeutvalg påpeker at «saken gjelder en alvorlig forbrytelse, og hensynet til et materielt riktig resultat må da veie tungt».¹¹⁷

I juridisk teori har Øyen uttalt seg kritisk til en for sterk vurdering av sakens alvor eller viktighet og skriver at momentet «bør neppe tillegges for stor vekt».¹¹⁸ Øyen begrunner dette med at det vil være betenkelig dersom rettsstaten er mer tilbøyelig til å tillate bevis dersom saken er alvorlig, slik at hensynet til fornærmede eller andre trumfer straffeprosesslovens skranker.¹¹⁹ I motsatt retning argumenterer Bratholm, som legger til grunn at siktelsens art må ha betydning, slik at en mer alvorlig siktelse tilsier større betenkeligheter med å avskjære beviset.¹²⁰ Særlig betenkelig blir det ifølge Bratholm dersom det er fare for at gjerningsmannen begår nye forbrytelser.¹²¹ Jeg mener Øyen i dette tilfellet har den mest treffende tilnærmingen til spørsmålet. En rettsstat testes gjerne først når det er tale om en prosess mot alvorlige og for allmennheten avstøtende handlinger. Dersom et bevis skal tillates ført bare fordi handlingen den straffeforfulgte har begått er tilstrekkelig alvorlig, vil dette være problematisk av hensyn til den straffeforfulgtes rettsikkerhet og av likebehandlingshensyn.

Endelig skal det etter Høyesteretts uttalelser i Rt. 1999 s. 1269 tas stilling til «bevisverdien av beviset». Spørsmålet er om påliteligheten av beviset ble svekket gjennom bruddet på bevissikringsranken.¹²² Et bevis som på grunn av den ulovlige handlingen har svekket, eller ingen bevisverdi kan i liten eller ingen grad belyse saken, slik at hensynet til den materielle sannhet ikke gjør seg gjeldende som viktig mothensyn. Samtidig vil en føring av upålitelige bevis være problematisk av hensyn til den straffeforfulgtes rettsikkerhet. Fra rettspraksis kan Rt. 2000 s. 1223 (Lokkedue) trekkes frem som et eksempel på at Høyesterett avskjærer beviset på bakgrunn av svekket

¹¹⁷ Se Rt. 2013 s. 476 (avsnitt 22). Saken omhandlet spørsmål om en sak som omhandlet seksuell omgang med mindreårig, og som var henlagt på grunn av bevisets stilling kunne tas opp på nytt. At saken tidligere hadde vært henlagt ble først kjent etter at tiltalte hadde tilstått under hovedforhandling, slik at et spørsmål var om tilståelsen kunne brukes som bevis. Høyesteretts ankeutvalg påpeker at det i saken var tilfelle om gjentatt eller fortsatt krenkelse, slik at dersom beviset skulle avskjæres måtte dette skje på bakgrunn av en interesseavveining. Ankeutvalget konkluderte etter dette med at beviset ikke skulle avskjæres.

¹¹⁸ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 413.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte* (1959) s. 120.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 413.

bevisverdi.¹²³ Dersom påliteligheten kun er redusert, er det neppe en omstendighet som i seg selv tilsier bevisforbud,¹²⁴ men momentet inngår heller i den bredere helhetsvurderingen som må gjøres etter Rt. 1999 s. 1269. En samlet vurdering av disse momentene kan derfor etter gjeldende rett medføre bevisforbud. Terskelen for å avskjære bevis basert på en ren interesseavveining er imidlertid høy, og det foreligger få tilfeller fra rettspraksis på at bevisavskjæring har blitt foretatt på dette grunnlaget. Når bevisavskjæring på dette grunnlaget ble foretatt i Rt. 1999 s. 1269 tilsier dette derimot at bevisavskjæring basert på en interesseavveining er relevant etter gjeldende rett.

5.4. EMK-rettslige forpliktelser i etterforskningen

Av dagens straffeprosesslov § 4 fremgår det at «lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat». Videre fremgår det av Grunnloven § 92 at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Som påpekt i kapittel 1.4.5 er EMK en folkerettslig kilde av særlig betydning i straffeprosessen. Temaet bevisforbud etter EMK reiser mange, og til dels omfattende problemstillinger. Det lar seg ikke gjøre å behandle alle problemstillingene uttømmende, uten å gå utenfor oppgavens problemstilling. Siktemålet i det følgende er derfor å gi en fremstilling av hovedreglene og sentrale utgangspunkter som følger av EMK ved spørsmål om bevisforbud. Kjernen i fremstillingen vil være hvilke plikter konvensjonen pålegger politi og påtalemyndighet under etterforskningen og hvilket ansvar politi og påtalemyndighet har ved mistanke om krenkelse av konvensjonsbestemmelsene.

Adgangen til å innhente og benytte rettsstridige bevis er ikke direkte regulert i EMK, og EMD har vært tilbakeholdne med å prøve hvorvidt et rettsstridig bevis kan brukes i en straffesak. I *Schenk v. Switzerland* uttalte EMD at:

¹²³ I Rt. 2000 s. 1223 behandlet Høyesterett spørsmålet om politiets bruk av en kvinnelig informant medførte at bevisprovokasjonen var ulovlig. Provokasjonen inneholdt flere feil; kvinnen som ble brukt som informant kom selv fra det kriminelle miljøet, kvinnen fikk lese avhøret av mannen og politirapporten om etterforskningen før hun avga forklaring og provokasjonsaksjonen ikke var sikret tilstrekkelig notoritet, Samlet var dette forhold som gjorde at etterforskningen ikke kunne danne grunnlag for domfellelse.

¹²⁴ Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* (2010) s. 434.

«While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore *primarily a matter for regulation under national law.*»¹²⁵

Som denne uttalelsen viser har staten en betydelig skjønnsmargin til å utforme egne prosessregler. EMDs tilbakeholdenhet med å prøve spørsmål om bevisforbud må ses i sammenheng med den manglende europeiske konsensusen ved spørsmål om bevisforbud.¹²⁶ At det ikke fremgår noen direkte bevisforbudslære av EMK må likevel ikke forstås slik at EMD ikke oppstiller noen skranker for hvordan politiet kan innhente og bruke bevis underveis i straffesaken. Til tross for at utgangspunktet er at prosesslovgivningen er «a matter for regulation under national law», oppstiller ulike artikler i konvensjonen skranker for hvilke virkemidler politi og påtalemyndighet kan benytte i etterforskningen, og hvilke bevis som kan danne utgangspunkt for tiltale og dom. Som nevnt ovenfor er særlig EMK art. 2 art. 3 art. 8 og art. 6 bestemmelser som gir vern for den straffeforfulgte. Dersom politi og påtalemyndighet krenker en av disse rettighetene er det

I tillegg til å oppstille skranker for hvilke metoder politi og påtalemyndighet kan benytte for å erverve bevis, fremgår det av EMK en plikt for politi og påtalemyndighet til å sikre menneskerettighetene jf. ordlyden i EMK art. 1 pålegger nasjonalstaten å «secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention». Tilsvarende bestemmelse fremgår i dag av GrL § 92, som pålegger staten å «respektere og sikre menneskerettighetene». Etter bestemmelsen i EMK art. 1 er nasjonalstaten ansvarssubjekt, og staten hefter objektivt for ansattes tjenestehandlinger i alle myndighetsgrener og funksjoner.¹²⁷ På straffeprosessens område er den sentrale adressat for å sikre rettighetene politi og påtalemyndighet.¹²⁸

Kjelby trekker frem tre pliktsituasjoner for politi og påtalemyndighet, som særlig kan forankres i EMK: de negative pliktene, plikten til å sikre rettferdig rettergang og de positive beskyttelses-

¹²⁵ *Schenk v. Switzerland* [J] no. 10862/84 (min kursivering). Saken omhandlet spørsmål om ulovlig telefonavlytting i forbindelse med mistanke om drapsforsøk. EMD konstaterte brudd på EMK art. 8, men ikke art. 6.

¹²⁶ Jebens, *Ulovlig ervervet bevis og utradisjonell etterforskning* (2015) s. 312 og s. 331 – 333. Som Jebens påpeker på s. 312–313 er adgangen til å bruke ulovlig ervervede bevis svært forskjellig i Europa. Sverige har en nokså liberal praksis, mens Finland og Danmark har noe strengere regler. Italia, Spania og Hellas befinner seg i andre ytterpunkt, hvor det i utgangspunktet er et forbud mot å benytte bevis som er ulovlig ervervet.

¹²⁷ All, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018) s. 58.

¹²⁸ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 143.

og staffeforfølgingspliktene.¹²⁹ De negative pliktene retter seg mot inngrepstilfellene og EMK er en skranke for hvilke inngrep politiet kan foreta under etterforskningen, mens plikten til å sikre rettferdig rettergang pålegger politiet en plikt til å gjennomføre etterforskningen på en måte som ikke krenker retten til «fair hearing».

Mens de negative pliktene til å ikke foreta inngrep, og sikringen av retten til rettferdig rettergang allerede er presentert, krever de positive beskyttelses og straffeforfølgingspliktene en nærmere presentasjon. Forpliktelsen innebærer overordnet et krav til politi og påtalemyndighet om å ta aktive skritt for å hindre at private krenker andres menneskerettigheter og en plikt til å gjennomføre tilstrekkelige etterforskingsskritt ved påstått krenkelse av konvensjonen.¹³⁰ De positive beskyttelses og straffeforfølgingspliktene gjelder særlig ved påstått krenkelse av art. 2 (retten til liv), art. 3 (forbud mot tortur, nedverdiggende og umenneskelig behandling) og 8 (retten til privatliv), og av EMD-praksis kan det særlig utledes tre elementer av denne positive forpliktelsen. I *Osman v. The United Kingdom* uttalte EMD at:

«... It is common ground that the State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place *effective criminal-law provisions* to deter the commission of offences against the person *backed up by law-enforcement machinery* for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities *to take preventive operational measures* to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual...»¹³¹

Etter *Osman v. The United Kingdom* har staten ansvar for å sikre «criminal law provisions», altså en plikt til å sikre strafferettslig vern gjennom kriminalisering. Forpliktelsen retter seg ikke direkte mot politi og påtalemyndighet, men heller som lovgiver.¹³² Formuleringen kan i tillegg sies å regulere den påtalerettslige vurderingen, slik at begrensninger i politiets mulighet til å etterforske og sikre bevis, kan medføre krenkelse dersom loven ikke i tilstrekkelig grad legger

¹²⁹ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 144.

¹³⁰ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 146. For en utfyllende redegjørelse av EMKs anvendelse mellom private, se Nørregaard (2004), *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellom private*.

¹³¹ *Osman v. The United Kingdom* [GC] no. 23452/98 para. 115. Saken omhandlet en sjalu lærer som etter gjentatte hendelser drepte elevens far. Sentralt i saken var spørsmålet om staten hadde iverksatt tilstrekkelige tiltak for å beskytte faren og eleven jf. EMK art.1.

¹³² Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 148.

til rette for at straffbare forhold kan etterforskes effektivt.¹³³ Kravet til å «take preventive operational measures» retter seg først og fremst mot den polisiære virksomheten etter politiloven (pl.) § 2, men kan også få betydning for om påtalemyndigheten har utvist et godt skjønn ved spørsmål om det skal iverksettes etterforskning eller benyttes tvangsmidler.¹³⁴ Til sist kan det foreligge en krenkelse dersom det ikke er et tilstrekkelig «law-enforcement machinery» for å forhindre krenkelse. Kravet retter seg mot politi og påtalemyndighetens håndheving, eller manglende håndheving av straffelovgivningen, gjerne formulert som en mangel på «effective official investigation».¹³⁵ Kravet til «effective official investigation» er en relativ forpliktelse, hvor forpliktelsen er særlig sterk ved alvorlige krenkelser av liv og helse, i saker om mishandling i nære relasjoner og saker som gjelder seksuelle krenkelser mot barn.¹³⁶ Kravet er en innsats, ikke en resultatforpliktelse.¹³⁷ Det vil si at EMD prøver om politiet har gjort hva de kan for å etterforske og oppklare forholdet, ikke om etterforskningen har ledet til oppklaring eller en reaksjon. Til tross for at det ikke kan utledes noe krav til reaksjon fra konvensjonen, viser *Biser Kostov v. Bulgaria*¹³⁸ at krenkelse kan konstateres dersom politiet har tilstrekkelig bevismateriale, men henlegger saken og unnlater å påtale krenkelser mellom private.¹³⁹

Av disse retningslinjene kan det sluttet at til tross for at EMK ikke regulerer spørsmålet om bevisforbud direkte, oppstiller konvensjonen en rekke krav av interesse for denne oppgaven. Eksempelvis fremgår det av EMK skranker for hvilke virkemidler politiet kan ta i bruk under

¹³³ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 149. Se også EMD praksis kan *K.U v. Finland* [J] 2009, no. 2872/02 trekkes frem. Saken omhandlet en ung gutt som opplevde at fremmede lagde en datingprofil i hans navn, med bilde og kontaktinformasjon. Etter annonsen søkte gutten jevnaldrende eller eldre menn for å «show him the way» jf. dommen avsnitt 7. På grunn av manglende regulering i finsk lovgivning kunne ikke politiet innhente nødvendig informasjon om hvilken IP-adresse annonsen fra postet fra. EMD konkluderte med krenkelse av EMK art. 8 jf. art. 1.

¹³⁴ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 149.

¹³⁵ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 149 med videre henvisning til *Söderman v. Sweden* [GC] no. 5786/08 hvor EMD fremhever at staten ved «such serious acts, the State's positive obligation under Articles 3 and 8 to safeguard the individual's physical integrity may also extend to questions relating to the *effectiveness of the criminal investigation*».

¹³⁶ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 151 med videre henvisning til *Kontrová v. Slovakia* [J] (2007) no. 7510/04 og *Opuz v. Turkey* [J] (2009) no. 33401/02.

¹³⁷ Se blant annet *Zashevi v. Bulgaria* [J] no. 19406/05 avsnitt 57 «Moreover, this is not an obligation of result, but of means only».

¹³⁸ *Biser Kostov v. Bulgaria* [J] no.32662/06. Saken omhandlet en mann som var utsatt for vold av butikkansatt i forbindelse med en mistanke om butikktyveri. Klageren anmeldte forholdet, men saken ble henlagt fire ganger. EMD uttalte at «the Court concludes that in the present case the authorities *failed to conduct an effective investigation* into the applicant's allegations of ill-treatment which led to the expiration of the relevant deadline and the impossibility to prosecute any further» (min kursivering). Den manglende etterforskningen medførte derfor krenkelse av EMK art. 3.

¹³⁹ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 153.

etterforskningen, slik at en overtredelse av disse skrankene tilsier at informasjonen er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» jf. § 8-5. Videre fremgår det av EMK art. 1 at politiet ved mistanke om krenkelser av konvensjonen har en etterforskningsplikt. Slik sett belyser EMK hvilke kryssende hensyn som må ivaretas ved utforming av ny straffeprosesslov: på den ene siden skal den straffeforfulgtes rettigheter sikres, samtidig som fornærmede har et visst krav på vern. Et sentralt spørsmål i denne oppgaven er derfor om utkastet § 8-5 jf. § 8-1 i tilstrekkelig grad gir uttrykk for en god avveining av disse kryssende hensynene eller om reguleringen i utkastet står i motstrid med reglene i EMK. En nærmere diskusjon av disse spørsmålene vil bli foretatt i oppgaven punkt 7.5. Dersom utkastet ikke i tilstrekkelig grad ivaretar disse kryssende hensynene er det grunn til å spørre om den foreslåtte reguleringen er i tråd med Norges internasjonale forpliktelser og statens plikt til å sikre menneskerettighetene etter EMK art. 1.

6. Argumenter for og mot bruken av «rettsstridige» bevis – hvordan endrer NOU 2016: 24 den prinsipielle betoningen i gjeldende rett?

6.1. Innledning – innfallsvinkel I

Straffeprosessen, som ethvert annet rettsområde er basert på enkelte grunnleggende hensyn som er styrende for lovgivningen så vel som den praktiske rettsanvendelsen. I straffeprosessen som ellers, kan disse hensynene anses som målsetninger som må tas i betraktning ved utformingen av ny lovgivning og ved lovtolkningen.¹⁴⁰ I straffeprosessen er målsetningen om å finne den materielle sannhet særlig sentral.¹⁴¹ Noen fullstendig sikkerhet om det faktiske, og fortidige hendelsesforløp er derimot ikke mulig. Hensynet til den materielle sannhet er derfor en kunnskapsteoretisk risikominimering¹⁴² hvor ulike straffeprosessuelle virkemidler er ment å virke slik at størst mulig grad av sannhet kan oppnås. Hensynet til den materielle sannhet er slik sett ikke absolutt, og må avstemmes mot andre straffeprosessuelle hensyn. Straffeprosessen skal eksempelvis også inngi tillit og den skal innebære rettssikkerhet for den straffeforfulgte, i tillegg til at den skal være effektiv, både i tid og ressursbruk. I utforming av nye bevisforbudsregler må det foretas en avstemming av disse hensynene, og det må gjøres en vurdering av hvilke hensyn som skal gis hvilken betoning. I dette kapittelet skal jeg identifisere og analysere de ulike hensynene i straffeprosessen som taler for og imot bruken av rettsstridige bevis. Jeg vil videre analysere hvordan den prinsipielle betoningen i utkastet skiller seg fra gjeldende rett. Jeg vil også vurdere om Straffeprosessutvalgets begrunnelse for endring i prinsipiell betoning er velbegrunnet, eller om det foreligger motforestillinger mot den prinsipielle betoningen som utkastet gir uttrykk for.

¹⁴⁰ Rui, *Mistenktes innsyn i straffesaken – i spenningsfeltet mellom innsyn og kontroll* (2017) s. 125.

¹⁴¹ I rettspraksis har Høyesterett omtalt den materielle sannhet som en «bærebjelke i straffeprosessen» jf. Rt. 2007 s. 1435 som blir nærmere behandlet i punkt 5.2. Den materielle sannhet er omtalt flere steder i teorien. Se blant annet Andenæs, *Norsk straffeprosess 4. utgave* (2009) s. 2 som skriver at «Det grunnleggende krav er naturligvis at rettergangen er mest mulig betryggende, det vil si at den så langt det står i menneskelig makt sikrer at de faktiske forhold blir klarlagt». Videre er prinsippet om den materielle sannhet blant annet fremhevet av Kjelby, i *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 84–85 og i Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 22–26.

¹⁴² Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009), s. 24.

6.2. Materiell sannhet

For at straffebudene i straffelovgivningen skal realiseres er det nødvendig at det reelle hendelsesforløpet kartlegges og bringes for dagen,¹⁴³ i juridisk teori omtalt som hensynet til den materielle sannhet. Av rettspraksis fremgår det, blant annet av Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38 at «den materielle sannhetsprinsipp er en bærebjelke i straffeprosessen». Hensynet blir også av ulike forfattere trukket frem som et grunnleggende krav til prosessen og som et mål eller ideal for resultatet av straffesaksbehandlingen.¹⁴⁴

Som Høyesteretts uttalelse i Rt. 2007 s. 1435 viser, har hensynet til materiell sannhet en sterk betoning etter gjeldende rett. Til tross for dette kommer ikke hensynet direkte til uttrykk i dagens straffeprosesslov. Ulike bestemmelser i dagens lov tilsier derimot at den materielle sannhet er et relevant hensyn og en målsetning med straffeprosessen. For det første pålegger dagens strpl. § 294 retten en plikt til å sørge for at «saken blir fullstendig opplyst». Selv om ordlyden isolert tilsier at retten har et ansvar for at saken skal belyses fullt ut, jf. ordlyden «fullstendig» har ikke ordlyden blitt tolket slik i rettspraksis. Vurderingen av hvor langt rettens utredningsplikt rekker har i rettspraksis blitt basert på flere ulike momenter, som hvor alvorlig saken er, om beviset er til tiltaltes gunst eller ugunst, og om beviset kan fremskaffes ved en rimelig innsats av tid, penger og andre ressurser, sett i lys av hva man kan regne med å oppnå.¹⁴⁵ Selv om plikten ikke er absolutt, pålegger § 294 retten langt på vei å opplyse straffesaken, uavhengig av partenes anførsler. Plikten til å sørge for sakens opplysning gjelder særlig der det er tale om bevis til den straffeforfulgtes gunst, men også der det er til ugunst.¹⁴⁶ Bestemmelsen må tolkes slik at et sentralt formål med straffesaksbehandlingen er å sikre at saken blir så godt opplyst som mulig, og er slik sett et uttrykk for at den materielle sannhet er et sentralt hensyn i straffeprosessen.

En tilsvarende utredningsplikt som i § 294, gjelder også for politi og påtalemyndighet jf. strpl. § 55a fjerde ledd som pålegger politi og påtalemyndighet å «opptre objektivt i hele sin

¹⁴³ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 23.

¹⁴⁴ Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 84–85 og Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 1.

¹⁴⁵ Se blant annet Rt.2008 s. 605 (Rekonstruksjon), Rt.2013 s. 905 (Sunseeker) og HR-2019-1967-A (Biologisk spor).

¹⁴⁶ Jf. HR-2019-1967-A. Saken gjaldt spørsmål om brudd på strl. § 292 jf. § 291 (Biologisk spor). Sentralt i dommen var spørsmålet om retten av eget tiltak skulle bedt påtalemyndigheten innhente ytterligere bevis i en voldtekts sak, etter at det ble funnet DNA på innsiden av tiltaltes truse. Når dette ikke ble gjort var det en saksbehandlingsfeil. Dommen bygger på uttalelser fra Rt.2013 s. 905 (Sunseeker) avsnitt 31 og Rt.2008 s. 605 (Rekonstruksjon) avsnitt 14, som legger til grunn samme utgangspunkt.

virksomhet». Ordlyden tilsier at politi og påtalemyndighet skal opptre saklig, upersonlig og upartisk under hele prosessen, og ordlyden konkretiseres nærmere i strpl. § 226 tredje ledd hvor det fremgår at politiet under etterforskningen skal «søke å kartlegge både det som taler mot ham og det som taler til fordel for ham». At politi og påtalemyndighet har en plikt til å sikre sakens opplysning fremgår også av rettspraksis, blant annet Rt. 2007 s. 1235 hvor førstvoterende legger til grunn at «påtalemyndigheten har en *særlig plikt* til å påse at ingen uskyldige blir straffet». ¹⁴⁷ Slik sett har både påtalemyndigheten og domstolene i utgangspunktet sammenfallende interesse i straffesakens utfall: skyldige skal dømmes og uskyldige skal gå fri. ¹⁴⁸ Påtalemyndigheten verken vinner eller taper saker, ¹⁴⁹ påtalemyndigheten har heller ansvar for å ivareta overordnede samfunnsinteresser hvor det å legge til rette for, og å sikre hensynet til den materielle sannhet er sentralt. Regler om fri bevisførsel, bevisumiddelbarhet, allmenn vitneplikt, muntlighet og kontradiksjon er andre eksempler på sentrale straffeprosessuelle midler som er ment å fremme materiell sannhet, og som viser at hensynet til den materielle sannhet står sentralt i gjeldende rett.

Til forskjell fra dagens lov, hvor en samlet lesning av flere bestemmelser tilsier at et overordnet mål med, og hensyn i straffeprosessen er å kartlegge den materielle sannhet, er det i utkastet foreslått å kodifisere hensynet ved ordlyden «enhver som treffer avgjørelse etter denne lov, skal påse at den bygger på bevis som gir et korrekt og tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag» jf. utkastet § 7-1. Ordlyden «enhver» tilsier at bestemmelsen gjelder vidt, både på påtalestadiet og ved behandlingen i retten. En slik forståelse støttes også av spesialmerknadene, hvor det fremgår at bestemmelsens to første ledd er «nøytralt utformet». ¹⁵⁰ Ordlyden skiller seg fra dagens strpl. § 294 som pålegger *retten* en slik plikt. ¹⁵¹ Sett i sammenheng med politiets strenge objektivitetsplikt er ikke realitetsendringen på dette punktet nødvendigvis så stor. Ordlyden markerer likevel at hensynet til den materielle sannhet også er en sentral målsetning etter utkastet, og at hensynet gis en vesentlig betoning. Ordlyden i bestemmelsen viser videre til at avgjørelsesgrunnlaget skal være «tilstrekkelig», og ikke «fullstendig» slik som ordlyden i dagens strpl. § 294. Isolert sett tilsier ordlyden «fullstendig» en sterkere plikt til å opplyse saken,

¹⁴⁷ Rt. 2007 s. 1435, avsnitt 38. (min kursivering).

¹⁴⁸ Rui, *Straffeprosessen i perspektiv* (2014) s. 391.

¹⁴⁹ Rui, *Straffeprosessen i perspektiv* (2014) s. 402.

¹⁵⁰ NOU 2016: 24 s. 568.

¹⁵¹ Som lagt til grunn i Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 87, er det ingen tvil om at en tilsvarende rettslig plikt også gjelder for politi og påtalemyndighet, selv om ordlyden i § 294 viser til «retten».

enn ordlyden «tilstrekkelig». Ses ordlyden i § 294 i sammenheng med overnevnte rettspraksis, er det derimot grunn til å hevde at endringen i ordlyden på dette punktet heller er en kodifisering enn en endring i betoning av hensynet til den materielle sannhet.

Når det kommer til hensynets betoning etter gjeldende rett, viser rettspraksis videre at hensynet vektlegges betydelig, spesielt i tilfeller som omhandler alvorlig kriminalitet. Både Rt. 1992 s. 698 og Rt. 2009 s. 1526 er eksempler på en sterk betoning av hensynet til den materielle sannhet, slik at spørsmålet om bevisavskjæring har blitt besvart benektende til tross for at politiet begikk en feil ved ervervet av beviset. I Rt. 1992 s. 698 uttalte Høyesterett at «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 brudd». Formuleringen «sakens opplysning» tolker jeg slik at Høyesterett i Rt. 1992 s. 698 sikter til hensynet til den materielle sannhet og jeg tolker derfor Høyesterett slik at sakens alvorlighet tilsier at hensynet til den materielle sannhet må gis en sterk betoning i saker som omhandler alvorlig kriminalitet. I samme retning trekker uttalelser i Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 32, hvor førstvoterende uttaler at «[p]å den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende». Saken må likevel ikke være så alvorlig som i Rt. 1992 s. 698 eller Rt. 2009 s. 1526 for at den materielle sannhet skal kunne ilegges betydelig vekt. Rt. 2003 s. 1814 er et eksempel på at Høyesterett tillot beviset ført, til tross for at en prosessuell skranke ble brutt i etterforskningen.¹⁵² Rettskildene etter gjeldene rett tilsier derfor at hensynet til den materielle sannhet gis en sterk betoning og at betoningen av hensynet er særlig fremtredende der det er tale om alvorlig kriminalitet. Rettspraksis tilsier derimot at hvor alvorlig saken er, ikke er avgjørende. Rt. 2003 s. 1814 viser at også feilens karakter kan virke inn på hvor sterkt den materielle sannhet betones.

Som påpekt ovenfor er hensynet til den materielle sannhet foreslått lovfestet i utkastet. Straffeprosessutvalget fremhever at «hensynet til sakens opplysning har og må ha stor vekt i straffeprosessen»¹⁵³ og at «hensynet til sannhetssøken bør stå sterkt» slik at det «som et utgangspunkt må kreves svært gode grunner for unntak fra utgangspunktet om fri bevisføring»

¹⁵² I Rt. 2003 s. 1814 foretok to polititjenestemenn en samtale med en mann som var mistenkt for promillekjøring, uten at mannen ble gjort oppmerksom på sin rett til å forholde seg taus. Høyesterett konkluderte til tross for dette med at «hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut, og blir underlagt prinsippet om fri bevisbedømmelse».

¹⁵³ NOU 2016: 24 s. 265.

dersom spørsmålet om bevisforbud oppstår.¹⁵⁴ Samtidig legger Straffeprosessutvalget til grunn at hensynet til den materielle sannhet, slik det blir vektet i gjeldende rett «bør endres på visse punkter og at det mest effektive virkemidlet for å oppnå dette er å gi uttrykk for de ønskede endringer i, og i forbindelse med vedtakelsen av en lovbestemmelse».¹⁵⁵ Justeringen skal ifølge utvalget skje ved at disiplinering og lovformelighet i langt større grad enn tidligere skal vektlegges ved spørsmål om bevisforbud.¹⁵⁶ Uttalelsene, sammenholdt med forståelsen av § 8-1 jf. § 8-5 som ble presentert i kapittel 3 og 4, tilsier etter min mening at den materielle sannhet skal gis en svakere betoning enn tidligere i tilfeller hvor spørsmålet om «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort bevis» aktualiseres.

En slik prinsipiell betoning kan etter min mening være betenkelig. Hensynet til den materielle sannhet er det hensynet som med størst stryke taler for at ethvert relevant bevis, også «rettsstridige» bevis, skal føres.¹⁵⁷ Sett i lys av straffeprosessens formål om å realisere den straffebudene i straffeloven er det å straffe skyldige en sentral del av hensynet til, og målsetningen om materielt riktige dommer.¹⁵⁸ Samtidig er den andre siden av materiell sannhet at ingen uskyldige skal dømmes. Hensynet til den materielle sannhet er slik sett asymmetrisk.¹⁵⁹ Asymmetrien kommer sterkest til uttrykk ved straffeprosessens strenge beviskrav, men kan også være et argument for differensierte regler om begrensinger i bevisføringsadgangen.¹⁶⁰ En slik forståelse er også lagt til grunn av straffeprosessutvalget som skriver at:

«... sannhetsidealet er asymmetrisk, slik at ‘usannhet i form av uriktig skyldkonstatering anses som en større omkostning enn usannhet i form av en uriktig frifinnelse’ ... Dette innebærer at betenkelighetene ved å utvide området for bevisforbud begrenses dersom mistenkte likevel gis adgang til å føre bevis det er grunn til å tro er i vedkomnes favør».¹⁶¹

På bakgrunn av at dette standpunktet, om at en uriktig skyldkonstatering anses som langt mer alvorlig enn en uriktig frifinnelse, er det i utkastet § 8-6 foreslått unntak fra bevisforbudsregelen i § 8-5. Dersom det er «nærliggende fare for at mistenkte vil bli uriktig straffet eller ilagt en

¹⁵⁴ NOU 2016: 24 S. 267

¹⁵⁵ NOU 2016: 24 s. 272.

¹⁵⁶ NOU 2016: 24 s. 272 – 273.

¹⁵⁷ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 23.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ NOU: 2016: 24 s. 267.

vesentlig strengere reaksjon uten beviset» skal beviset ikke avskjæres jf. utkastet § 8-6 (4). Siden det i § 8-6 (4) fremgår et unntak fra bevisforbudsregelen i § 8-5, er den prinsipielle betoningen i utkastet noe ulik, avhengig av om beviset som er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» er til den straffeforfulgtes gunst eller ugunst. Hensynet til den materielle sannhet gis derfor en sterkere betoning i tilfeller hvor det er tale om frifinnende bevis, enn tilfeller hvor det er bevis som kan være til den straffeforfulgtes ugunst.

Etter ordlyden i § 8-6 (4) må det være «nærliggende fare» for uriktig domfellelse for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Ordlyden, sammenholdt med spesialmerkandene, tilsier at det må foreligge konkrete holdepunkter for at sakens resultat vil bli en feilaktig domfellelse dersom beviset ikke brukes.¹⁶² Ordlyden «vil bli uriktig straffet eller ilagt en vesentlig strengere reaksjon» tolker jeg som at unntaket i § 8-6 (4) kommer til anvendelse både ved skyldspørsmålet jf. ordlyden «vil bli uriktig straffet» og ved reaksjonsspørsmålet jf. ordlyden «ilagt en vesentlig strengere reaksjon». Jeg tolker også sistnevnte ordlyd på den måten at unntaket kommer til anvendelse både ved spørsmål om det skal idømmes en strengere straff og ved spørsmål om det skal idømmes en annen straffart, eksempelvis hvis det står mellom ubetinget fengselsstraff og samfunnsstraff jf. ordlyden «strengere reaksjon».

Ordlyden «vesentlig strengere reaksjon» oppstiller et vesentlighetskrav, og ordlyden tilsier derfor at ikke enhver økning i straffen medfører at det gjøres et unntak fra bevisforbudsvirkningen. Ordlyden «vesentlig strengere reaksjon» er noe vag og ordlyden er ikke videre konkretisert i utkastet. Er eksempelvis en økning i ubetinget fengselsstraff fra to til tre år en «vesentlig strengere reaksjon»? En viss veiledning gir spesialmerkandene til § 8-6 hvor Straffeprosessutvalget påpeker at «unntakene etter fjerde ledd skal ikke benyttes på en måte som i vesentlig grad uthuler bevisforbudene og kriteriene i bestemmelsen skal forstås strengt».¹⁶³ Ordlyden i § 8-6 (4) sammenholdt med spesialmerkanden gir grunnlag for å tolke Straffeprosessutvalget i retning av at det må være tale om en betydelig strengere straff for at unntaket skal komme til anvendelse. Tilfeller hvor det er spørsmål om oppsubsummering dersom informasjonen ikke brukes, eller hvor bevisavskjæring medfører at den tiltalte får 2-3 år mer i fengsel må etter mitt syn være tilfeller som inngår i ordlyden. Ordlyden er likevel vag, og den

¹⁶² NOU 2016: 24 s. 577.

¹⁶³ NOU 2016: 24 s. 577.

praktiske betydningen av unntaket i § 8-6 (4) tilsier at ordlyden bør presiseres ytterligere i den videre lovgivningsprosessen.

Sett i lys av straffesakens mulige utfall – inngrep som bot eller frihetsberøvelse – er en uriktig skyldkonstatering alvorlig. For sterke begrensninger i adgangen til å bruke og føre frifinnende bevis bør derfor unngås for å i tilstrekkelig grad ivareta den straffeforfulgtes rettsikkerhet. Allerede i 1959 la Anders Bratholm til grunn at avskjæring av ulovlig ervervede bevis ikke bør «skje med det resultat at siktede dømmes for en handling han ellers ville blitt frifunnet for».¹⁶⁴ En for sterk begrensning i retten til å føre frifinnende bevis og for svak betoning av den materielle sannhet til den straffeforfulgtes ugunst, vil også kunne stå i et problematisk forhold til rettergangskravene i GrL. §§ 95 og 96 første ledd, og kravet til «fair trial» etter EMK art. 6.¹⁶⁵ At det gjøres unntak for frifinnende bevis til den straffeforfulgtes gunst synes derfor å være i tråd med rettskildebildet for øvrig og harmonerer med målsetningen om å unngå feilaktige domfellelser. Det kan derimot stilles spørsmål ved om ordlyden i § 8-6 (4) går *langt nok* i å tillate den straffeforfulgte å føre frifinnende bevis, sett i lys av straffens inngripende karakter og av hensynet til den straffeforfulgtes rettsikkerhet i prosessen. Politi og påtalemyndighetens adgang til å bruke og partenes adgang til å føre frifinnende bevis er en viktig rettsikkerhetsgaranti, og et slikt prinsipielt spørsmål er ett eksempel på en problemstilling som bør utredes nærmere i det videre lovarbeidet.

6.3. Rettsikkerhet og rettsvern

Som gjennomgått i punkt 6.2 gir Straffeprosessutvalgets utkast uttrykk for en svakere betoning av den materielle sannhet. Samtidig fremgår det av utkastet at hensynet til den materielle sannhet er asymmetrisk, slik at betoningen av materiell sannhet er sterkere hvis det er tale om informasjon til den straffeforfulgtes gunst. På bakgrunn av dette er det grunn til å spørre om utkastet gir uttrykk for en prinsipiell betoning som kan være i konflikt med rettighetene til ulike aktører i straffeprosessen. Begrepene *rettsikkerhet* og *rettsvern* kan i denne sammenheng benyttes for å forklare rettighetsposisjonene til henholdsvis den straffeforfulgte og fornærmede eller etterlatte. Særlig begrepet «rettsikkerhet» er kjent fra og står sentralt på en rekke rettsområder, men på grunn av ulikheter ved rettsområdenes verdi- og prinsippgrunnlag kan

¹⁶⁴ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte* (1959) s. 110.

¹⁶⁵ NOU 2016: 24 s. 276.

begrepet ha en noe varierende betydning.¹⁶⁶ Det er derfor nødvendig å knytte noen bemerkninger til hvordan jeg forstår begrepene, slik at de kan brukes for å besvare spørsmålet om den prinsipielle betoningen utkastet gir uttrykk for kan stå i motstrid med interessene til den straffeforfulgte eller fornærmede og etterlatte.

Rent språklig tilsier begrepet *rettssikkerhet* at den enkelte skal ha sikkerhet for sine rettigheter.¹⁶⁷ Overordnet går det et skille mellom prosessuell og materiell rettssikkerhet. Materiell rettssikkerhet viser til avgjørelsens kvalitative innhold, hvor hjemmelskrav og likebehandling er eksempler på enkelte grunnleggende elementer.¹⁶⁸ Dette til forskjell fra prosessuell rettssikkerhet som viser til at saksbehandlingen i seg selv skal være rettferdig, hensynsfull og korrekt.¹⁶⁹ Som påpekt av Graver kan innbyggernes rettigheter trues fra to hold: fra andre borgere og fra staten.¹⁷⁰ At myndighetene skal verne om rettssikkerheten kan derfor bety at staten skal opprettholde lov og rett, samtidig som staten selv ikke skal krenke innbyggernes rettigheter gjennom myndighetsutøvelse.¹⁷¹ Tradisjonelt har begrepet blitt forstått som et vern for innbyggerne mot vilkårlige inngrep og avgjørelser fra statsmakten, og at inngrep statsmakten gjør ovenfor borgerne skal sikre forutberegnelighet og likhet. Men verken forutberegnelighet eller likhet er alene nok til å å konstatere at rettssikkerheten er god. Som påpekt av Doublet kan også barbariet være forutberegnelig.¹⁷² Forutberegneligheten må derfor ses i sammenheng med de rettslige beslutningene som fattes og det materielle innholdet i retten.¹⁷³ Eckhoff trekker videre frem hvordan rasediskriminerende lover kan ivareta likhetskravet, fordi lovgivningen vil behandle alle med en bestemt hudfarge likt.¹⁷⁴ En slik lovgivning vil derimot harmonere dårlig med andre grunnleggende rettslige og moralske verdier, som at alle mennesker er like mye verdt. Rettssikkerhetsbegrepet må derfor fastlegges i lys av den aktuelle rettsordenens verdigrunnlag. Kjernen i rettsikkerhetsbegrepet må derfor sies å være at staten sikrer den enkeltes rettigheter på en måte som ivaretar både materielle og

¹⁶⁶ Anfinnsen *Observasjon av barn etter straffeprosesslovens § 239 tredje ledd: særlig om siktedes rettssikkerhet* (1999) s. 15-16, og Graver *Alminnelig forvaltningsrett* (2019) s. 113 som påpeker at «særlig ordet rettssikkerhet [brukes] på mange forskjellige måter». En liknende formulering fremgår også av NOU 2016: 24 s. 145.

¹⁶⁷ Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon: straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, (1999) s. 360. Se også tilsvarende definisjon i Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2019) s. 113.

¹⁶⁸ NOU 2016: 24 s. 145

¹⁶⁹ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2019) s. 113.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2019) s. 113.

¹⁷² Doublet, *Rett, vitenskap og fornøft* (1995) s. 508.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Eckhoff, *Forvaltningsrett*, (1986) s. 84.

prosessuelle sider av rettssikkerheten, slik at vilkårlig myndighetsinngrep overfor den enkelte unngås.

I straffeprosessen er rettsikkerhetsbegrepet særlig knyttet til målsetningen om materielt riktige dommer, og rett juss anvendt på rett faktum.¹⁷⁵ Når materielt riktige dommer er en sentral del av den straffeprosessuelle forståelsen av rettsikkerhetsbegrepet, kan også andre deler av begrepet fremmes, som hensynet til likhet og forutberegnelighet. Når det materielle sannhet sikres på samme måte i likeartede saker, vil også overtredelser av straffebudene kunne straffes likt. Det er imidlertid grunn til å omtale nærmere hvem rettsikkerhetsbegrepet i straffeprosessen retter seg mot og gjelder for. Viser rettsikkerhet i straffeprosessuell sammenheng kun til den straffeforfulgte, eller er det mulig å også omtale fornærmede og etterlattes interesser i straffesaken som rettssikkerhet?

I utkastet fremgår det at begrepet «mistenktes rettssikkerhet» sikter til «sikkerhet for at konstatering av straffansvar bygger på korrekt faktum og juss».¹⁷⁶ Straffeprosessutvalget påpeker at «Det er en selvfølge at også samfunnets og fornærmedes interesser fortjener oppmerksomhet», men at «utvalget har valgt i stedet å snakke om fornærmedes ‘interesser’ eller ‘rettigheter’».¹⁷⁷ Ett alternativ til Straffeprosessutvalgets omtale, er å omtale fornærmedes interesser under straffesaken som rettsvern. Benyttes betegnelsen rettsvern, må dette forstås som kravet borgerne har på å bli beskyttet mot kriminalitet,¹⁷⁸ og forståelsen av fornærmedes rettigheter under straffeprosessen må i dag også ses i lys av statens relative plikt til å sikre enkelte grunnleggende rettigheter i Grl. § 92 og EMK art. 1. I juridisk teori har særlig Anne Robberstad vært kritisk til en slik betegnelse av fornærmedes rettighetsposisjon. Hun legger til grunn at «[r]ettsvern er [...] noe mer diffust, som ikke har like høy språklig status som rettssikkerhet».¹⁷⁹ I motsatt retning argumenterer Strandbakken, som mener at begrepet må forbeholdes den straffeforfulgtes rettigheter.¹⁸⁰ Strandbakkens begrunnelse kan sammenfattes

¹⁷⁵ Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon: straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, (1999) s. 365.

¹⁷⁶ NOU 2016: 24 s. 145.

¹⁷⁷ NOU 2016: 24 s. 145–146.

¹⁷⁸ Brøbech, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 34.

¹⁷⁹ Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon: straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling* (1999) s. 364.

¹⁸⁰ Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (2001) s. 48–53.

med at den straffeforfulgte, som utsettes for statens mest inngripende reaksjon, bør tilgodeses med visse fordeler underveis i prosessen.¹⁸¹

Til tross for at det å betegne fornærmede og etterlattes rettigheter som rettsvern har enkelte svakheter, herunder at begrepet rent språklig har en noe lavere status enn rettssikkerhet, mener jeg at det mest presise er å betegne fornærmedes rettigheter som *rettsvern* og den straffeforfulgtes rettigheter som *rettssikkerhet*. Jeg mener at det kan ha en egenverdi å språklig skille fornærmede og etterlattes rettigheter fra den straffeforfulgtes i straffeprosessen. Når de ulike interessene til straffesakens aktører skal kartlegges, kan en slik begrepsmessig distinksjon fremheve og klargjøre hvilke rettigheter de ulike aktørene har underveis i prosessen. Selv om det er grunn til å være enig med Anne Robberstad i at rettsvern rent språklig har en lavere status enn rettssikkerhet, mener jeg at fordelene med å skille begrepene er større, enn svakhetene. Jeg mener også at å bruke begrepet rettsvern om fornærmede og etterlattes rettigheter er det mest presise. En straffesak kan være belastende for fornærmede, og opplevelsen av å ikke bli trodd eller å ikke få oppreisning for krenkelsen man har blitt utsatt for kan være krevende. For fornærmede og etterlatte er likevel det mest alvorlige utfallet av saken at ingen blir dømt for krenkelsen. For den straffeforfulgte kan saken i verste fall resultere i frihetsberøvelse i lengre tid, eller andre former for straff. Fornærmede har krav på å bli behandlet med verdighet og respekt underveis i straffeprosessen,¹⁸² og særlig etter lovrevisjonen av straffeprosessloven i 2008 har fornærmede blitt tilkjent økte rettigheter.¹⁸³ Fornærmede og etterlatte har derfor krav på et *vern* av sine rettigheter, både i form av at politi og påtalemyndighet iverksetter tiltak ved mistanke om krenkelse av fornærmedes rettigheter, og underveis i straffeprosessen. For den straffeforfulgte kan det potensielle utfallet av straffesaken bli langt mer alvorlig, sett i lys av straffefølgelsens og straffens inngripende karakter. I tillegg kan en rekke grunnleggende rettigheter potensielt bli krenket underveis i prosessen, og sett i lys av straffefølgelsen – og straffens inngripende karakter. Disse rettighetene må den straffeforfulgte ha *sikkerhet* for. Jeg vil derfor i denne oppgaven betegne den straffeforfulgtes rettigheter som rettssikkerhet, og fornærmede og etterlattes rettigheter som rettsvern.

¹⁸¹ Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (2001) s. 50–51.

¹⁸² Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (2001) s. 51.

¹⁸³ Se Ot.prp. nr. 11 (2007–2008) («Fornærmedeutvalget) for en grundig gjennomgang av fornærmedes rettigheter etter revisjonen i 2008. Se også Dullum, *En ny offerposisjon? Om styrkede rettigheter for fornærmede i straffesaker* (2017) for en gjennomgang av reglene.

Med denne begrepsmessige distinksjonen klargjort er det grunn til å stille spørsmål ved om utkastets forslag til nye bevisforbudsregler kan medføre svekket rettssikkerhet eller rettsvern. Som redegjort for i punkt 6.2 vil utkastet § 8-5 jf. § 8-1 medføre en svakere betoning av materiell sannhet enn hva som fremgår av gjeldende rett. Isolert tilsier en svakere betoning av materiell sannhet at utkastet kan svekke den straffeforfulgtes rettssikkerhet. Samtidig er den materielle sannhets asymmetri hensyntatt i utkastet, ved at det i § 8-5 jf. § 8-6 (4) er oppstilt unntak fra bevisforbudsvirkningen. Som redegjort for i punkt 6.2 er ikke unntaket absolutt, slik at det kan forekomme tilfeller hvor politi og påtalemyndighet, har bevis til den straffeforfulgtes gunst, uten at beviset kan brukes i saken fordi beviset er «innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte». At informasjon som er til den straffeforfulgtes gunst, ikke brukes i straffesaken er etter min mening alvorlig, sett i lys av straffes inngripende karakter. Når begrunnelsen for forbudet er hensyn til økt lovformelighet og disiplinering av politiet, fremstår utkastets betoning som problematisk for den straffeforfulgtes rettssikkerhet. Den som er straffeforfulgt har ikke selv fullstendig kontroll over politi og påtalemyndighets bevisinnhenting.

At politiet begår feil ved innhenting av informasjonen, slik at et bevisforbud inntreffer, kan for den straffeforfulgte fremstå som tilfeldig og vilkårlig. Også de momentene som etter § 8-5 skal vektlegges ved spørsmål om bevisforbud, er gjennomgående utenfor den straffeforfulgtes kontroll. Som straffeforfulgt kan du eksempelvis ikke kontakte politi og påtalemyndighet med forespørsel om det kan ilegges en noe strengere reaksjon mot det ulovlige beviservervet, slik at et bevis som potensielt er til din gunst kan brukes. Det er også et poeng at det grunnet vilkåret i § 8-6 (4) om at det må foreligge «nærliggende fare» for at den straffeforfulgte ikke ilegges en «vesentlig strengere reaksjon», ikke nødvendigvis ivaretar den straffeforfulgtes rettssikkerhet i tilstrekkelig grad. For den som utsettes for en straffeforfølgelse er det ikke nødvendigvis slik at mindre endringer straffeutmålingen kan oppleves som mindre vesentlige. Jeg mener derfor at den prinsipielle betoningen i utkastet, hvor disiplinering og lovformelighet skal gis en sterkere betoning på bekostning av materiell sannhet, kan svekke den straffeforfulgtes rettssikkerhet.

For fornærmede og etterlatte kan det oppleves som svært urimelig at en sak ikke etterforskes eller påtales, i tilfeller hvor politiet har informasjon som beviser straffeskyld, men hvor politiet har begått en feil ved beviservervet. Dette kommer særlig på spissen dersom politiet på grunn av den rettsstridige bevisinnhenting blir avskåret fra å videre etterforske en straffesak hvor

det er fare for fremtidige krenkelser av fornærmedes rettigheter.¹⁸⁴ At politiet under etterforskningen erverver tilstrekkelig bevismateriale for å ta ut tiltale i en sedelighetssak eller ved vold i nære relasjoner, men må henlegge saken fordi bevisene er «innhentet eller tilgjengeliggjort» på «rettsstridig måte», kan svekke politi og påtalemyndighetens mulighet til å verne om fornærmedes rettigheter. Slik sett kan den prinsipielle betoningen som kommer til uttrykk i utkastet komme i konflikt med fornærmedes rettsvern og og politi og påtalemyndighetens relative forpliktelse til å beskytte innbyggerne mot kriminalitet.

6.4. Hensynet til en effektivitet og prosessøkonomi

En straffeprosess som utelukkende utformes på bakgrunn av hensynet til materiell sannhet, tillit, rettsikkerhet og rettsvern blir raskt tidkrevende og kostbar. En prosess som blir for kostbar og tidkrevende er en utfordring – også straffeprosessen må operere innenfor visse ressursmessige rammer. Det er derfor nødvendig å utforme straffeprosessen på en måte som ivaretar hensynet til en god prosessøkonomi, samtidig som straffesaken må gjennomføres med en viss effektivitet. Hensynet til en god prosessøkonomi vil forenklet formulert være ivaretatt når begrensede midler blir benyttet til å dømme et stort antall skyldige og frikjenne uskyldige.¹⁸⁵ Videre tilsier blant annet hensynet til de involverte parter at saken ikke skal ta uforholdsmessig lang tid.¹⁸⁶ Derfor er det også et relevant hensyn at straffeprosessen gjennomføres med en viss effektivitet.

Verken hensynet til god prosessøkonomi eller effektivitet, fremkommer direkte i dagens straffeprosesslov. Overordnet må kravet til effektivitet i straffeprosessen ses i sammenheng med Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1, hvor det fremgår at den straffeforfulgte har rett til å få sin sak behandlet «innen rimelig tid».¹⁸⁷ Videre er det flere bestemmelser i dagens lov som tilsier at det følger et visst krav til fremdrift i saken. Eksempelvis fremgår det av strpl. § 226 fjerde ledd at «etterforskningen skal gjennomføres så raskt som mulig og slik at ingen unødig utsettes for mistanke eller ulempe», og i strpl. § 275 fremgår det videre at hovedforhandling «skal avholdes så snart som mulig». Adgangen til å avsi tilståelsesdom dersom vilkårene i § 248

¹⁸⁴ Jeg sikter her til tilfeller hvor politi og påtalemyndighet har kunnskap om at det kan skje en krenkelse av fornærmedes rettigheter i fremtiden, men begrenser mot rene nødrettstilfeller.

¹⁸⁵ Brøbech, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 40.

¹⁸⁶ Rui, *Mistenktes innsyn i straffeprosessen – i spenningsfeltet mellom tillit og kontroll* (2017) s. 130.

¹⁸⁷ Originalteksten i EMK art. 6 nr. 1 er «within a reasonable time». For Grunnlovens del er det presisert i Dok. 16 (2011–2012) at ordlyden i bestemmelsen skal forstås slik at «prøving av saker ikke skal være gjenstand til unødig trenering fra domstolens side, og at det må tilrettelegges for en viss fremdrift» jf. Dok. 16 (2011–2012) s. 124. Se også HR-2020-1137-U hvor Høyesterett påpeker at en liggetid på 15 måneder hos påtalemyndigheten var et brudd på retten til rettfærdig rettergang «innen rimelig tid» jf. Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1. Feilen medførte at den domfelte fikk redusert straff.

foreligger, påtalemyndighetens adgang til å henlegge saker (opportunitetsprinsippet) jf. stprl. § 62a. Straffeloven (strl.) § 78 e) kan også trekkes frem i denne sammenheng, da bestemmelsen tilsier at det er en formildende omstendighet at «saksbehandlingen har tatt lengre tid enn rimelig ut fra lovbruddets art uten at lovbryteren kan lastes for dette». Bestemmelsen er slik sett et eksempel på at dagens lovgivning er utformet med hensyn til en effektiv og prosessøkonomisk straffesaksbehandling.

At straffesaken skal gjennomføres med en viss effektivitet kan som nevnt begrunnes med hensynet til de involverte parter, uten at hensynet til sakens parter kan sies å være den eneste begrunnelsen for hensynet til en effektiv straffesaksbehandling. Også omstendigheter som at vitner kan glemme etter hvert som tiden går, bevis kan svekkes eller gjenstander kan forsvinne tilsier at det ikke bør gå unødig lang tid fra det straffbare forhold finner sted til saken behandles.¹⁸⁸ Hensynet til en effektiv straffesaksbehandling har slik sett også en side til den materielle sannhet. I Riksadvokatens kvalitetsrundskriv blir en effektiv saksbehandling trukket frem som en sentral målsetning, også fordi en effektiv prosess vil medføre mer adekvate straffereaksjoner.¹⁸⁹ Når straffen blir gitt relativt kort tid etter det straffbare forhold har funnet sted, kan dette øke straffens prevensjonsvirkning. Som påpekt av Rui: «straffen skal serveres varm».¹⁹⁰ Kravet til en effektiv straffesaksbehandling må likevel avstemmes mot hensynet til den materielle sannhet, i den forstand at hensynet til effektivitet ikke bør gå på bekostning av sakens opplysning og kravet om en forsvarlig og grundig saksbehandling,¹⁹¹ og i rettspraksis har Høyesterett vært tilbakeholdne med å vektlegge effektivitet i saker om alvorlig kriminalitet.¹⁹² Effektivitetshensynet er slik sett relativt, og om saken er gjennomført på en måte som er tilstrekkelig effektiv må gjøres konkret. Den sentrale betoningen etter gjeldende rett er derfor ikke at saken skal gjennomføres så raskt *som mulig*, men heller at den ikke skal ta lengre tid enn hva som er påkrevd.¹⁹³ Skal hensynet til effektivitet sikres i så stor grad som mulig, kan det hevdes at det er nødvendig med klare bevisforbudsregler, slik at tid og penger ikke i for stor grad benyttes til å ta stilling til spørsmål om bevisforbud.¹⁹⁴ Slik det blir påpekt av Brøbech

¹⁸⁸ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 26.

¹⁸⁹ Riksadvokatens kvalitetsrundskriv *Rundskriv nr. 3/2018*, s. 20.

¹⁹⁰ Rui, *Straffeprosessen i perspektiv* (2014) s. 396.

¹⁹¹ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 32.

¹⁹² Se blant annet Rt. 2003 s. 1511, hvor Høyesterett konstaterte at det var en saksbehandlingsfeil at et lydbandopptak ble avspilt under hovedforhandling, som erstatning for at vitnet ikke møtte. Vitnet var sentralt i saken, og saken var alvorlig (brannstiftelse og grovt skadeverk). Hensynet til den materielle sannhet var derfor betydelig.

¹⁹³ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 32.

¹⁹⁴ Brøbech, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 40.

kan et system med uklare bevisforbudsregler medføre at «kverulanten» i urimelig grad vil forsøke å vise at politiet har begått en feil, slik at beviset skal ekskluderes.¹⁹⁵ Hensynet til prosessøkonomi vil videre kunne gjøres særlig gjeldende i tilfeller hvor feilen i etterforskningen er liten¹⁹⁶, samtidig som prosessen for å få avklart bevisets lovlighet er langtekkelig og kostbar.

Som påpekt i punkt 3.2 kan den skjønsmessige ordlyden «når det er grunn til det» i § 8-5, og den påfølgende vurderingen av informasjonens lovlighet etter min mening skape usikkerhet om informasjonen som er fremskaffet kan brukes i saken, og usikkerhet rundt informasjonens lovlighet kan medføre en økning i antallet innsigelser underveis i prosessen. Siden prinsippet om stadienøytralitet tilsier at politiet ikke kan beslutte tvangsmidler basert på informasjon som er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort», vil betydningen av bevisets lovlighet være sentralt når beslutninger skal fattes under etterforskningen, og det er en risiko for at økt tid og økte ressurser må benyttes av påtalemyndigheten til å kontrollere informasjon som politiet erverver underveis i saken. Er det uenighet om bevisets lovlighet, slik at spørsmålet må behandles av retten, er det grunn til å tro at utkastet vil medføre økt ressursbruk, også i domstolene fordi retten i langt større grad må avgjøre bevisets lovlighet på etterforskningsstadiet. En slik regulering vil harmonere dårlig med hensynet til god prosessøkonomi og effektivitet, fordi ressursene må i større grad enn tidligere må brukes for å vurdere spørsmål om bevisforbud underveis i etterforskningen, i stedet for at midlene brukes til å dømme skyldige og frikjenne uskyldige.

I rapporten *Bedre og mer effektiv saksbehandling i domstolene*, blir det påpekt at en av årsakene til unødvendig tidsbruk ved hoved- og ankeforhandling i dag kan knyttes til forhold rundt bevisførselen.¹⁹⁷ Ifølge rapporten er det en utfordring at bevisførselen er for lite spisset, og at det er for mange unødvendige prosessuelle begjæringer og innsigelser knyttet til bevisførselen.¹⁹⁸ Disse utfordringene kan til en viss grad knyttes til den teknologiske utviklingen som har funnet sted de siste 10 -15 år, som har medført at opplysninger fra mobiltelefoner, datakommunikasjon og utstyr, overvåkningskameraer og DNA-analyser i økende grad er bevisrettslige spørsmål i straffesaker.¹⁹⁹ Denne realiteten, sammenholdt med prosessutfordringene som i dag kan knyttes til innsigelser mot bevisførselen, tilsier at de nye

¹⁹⁵ Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 40.

¹⁹⁶ Jebens, *Ulovlig ervervet bevis og utradisjonell etterforskning* (2015) s. 312.

¹⁹⁷ Jahre m.fl., *Bedre og mer effektiv straffesaksbehandling i domstolene* (2020) s. 15.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 152.

bevisforbudsreglene bør utformes mindre skjønsmessig, for å unngå unødige prosessuelle tvister – en prosess om prosessen – både underveis i etterforskningen og under hovedforhandling, slik at hensynet til effektivitet og prosessøkonomi ivaretas på best mulig måte.

At hensynet til effektivitet skal sikres, synes forutsatt i utkastet som fremhever at et av formålene med den nye loven er å legge til rette for en «effektiv og samhandlende straffesakskjede».²⁰⁰ Hvordan hensynene skal betones ved spørsmål om bevisforbud er vanskelig å bestemme konkret, da Straffeprosessutvalget verken trekker frem hensynet til effektivitet, eller vektlegger overnevnte argumenter i sin behandling av bevisforbudsreglene. Straffeprosessutvalget synes derimot å anerkjenne at hensynene har betydning i straffeprosessen.²⁰¹ At Straffeprosessutvalget ikke trekker frem hensynet til effektivitet ved spørsmål om bevisforbud kan tolkes på den måte at ikke hensynet ikke er relevant ved spørsmål om et ulovlig ervervet bevis skal tillates brukt i saken. Jeg mener likevel at det i enkelte tilfeller er grunn til å tro at utkastet vil medføre en økt tid og ressursbruk, både for politi og påtalemyndighet og for domstolene. Eksempelvis kan situasjonen oppstå, at politiet erverver informasjon, i den tro at beviset er lovlig innhentet, men at det først under hovedforhandling viser seg at beviset er «rettsstridig innhentet» slik at beviset ikke skulle blitt benyttet på «noe stadium av prosessen» jf. § 8-1 og prinsippet om stadie- og bruksnøytralitet. Etterforskningen kan i slike tilfeller i ytterste konsekvens ha vært nytteløs om det ikke foreligger lovlige bevis som kan belyse sakens faktum. Tid og midler kan da ha blitt brukt til å etterforske en sak som til sist ikke kan påtales, slik at situasjonen særlig har en side til prosessøkonomi. Men i tillegg kan det utvidende anvendelsesområdet til bevisforbudsreglene, slik de er foreslått i utkastet medføre økte innsigelser underveis i prosessen, slik at det er en viss fare for at det oppstår en «prosess om prosessen». Det kan derfor være grunn til å spørre om hensynet effektivitet bør betones sterkere, enn hva som er tilfellet i utkastets utforming.

²⁰⁰ NOU 2016: 24 s. 95.

²⁰¹ Se eksempelvis NOU 2016: 24 s. 433 hvor det blir fremhevet at den omstendighet «at straffeprosessen er klar og forutberegnelig, må antas å ha stor betydning for den generelle tilliten til strafferettspleien og for systemets *effektivitet* og s. 435 hvor det blir fremhevet at «et lavt beviskrav kan føre til at *effektiviteten* i strafferettspleien blir svekket». Hva angår hensynet til prosessøkonomi blir trukket frem i diskusjonen av allmennhetens rett til innsyn på s. 251, hvor det fremgår at «Utvalget har vurdert om det er grunn til å innføre et totalforbud mot å gi tilgang til slike opptak. Hensynet til å skjerme sensitive opplysninger, så vel som *prosessøkonomiske* og praktiske hensyn taler for en slik løsning» og ved spørsmål om gjenåpning og anke hvor det blir påpekt at «Det er heller ikke *prosessøkonomisk* gunstig med et system som innebærer at et organ må avvente en avgjørelse før den kan ta en sak til behandling» (mine kursiveringer).

6.5. Disiplineringshensynet

Disiplineringshensynet trekkes særlig frem av Straffeprosessutvalget som et hensyn som skal gis vesentlig sterkere betoning ved spørsmål om bevisforbud.²⁰² Som begrunnelse for bevisforbud innebærer disiplineringshensynet at straffeprosessens aktører gjennom reaksjon skal oppfordres til å opptre innenfor gjeldende regelverk, slik at fremtidige krenkelser unngås.²⁰³ Dersom et rettsstridig beviserverv resulterer i et bevisforbud, kan politiet fratas sitt incitament for å skaffe til veie bevis på rettsstridig måte. Når ikke politiet kan bruke informasjonen til sitt egentlige formål – å fremme sakens opplysning og dømme lovovertredere – vil det være sterk oppfordring til å overholde regelverket.²⁰⁴ Dersom beviset tillates ført til tross for den rettsstridige handlingen, og handlingen blir stående uten straffeprosessuelle konsekvenser kan det være en risiko for at politiet også i fremtiden vil tilsidesette gjeldende regelverk.²⁰⁵ Sett i lys av formålet om å disiplinere politiet til å i større grad å etterleve reglene underveis i etterforskningen, er siktemålet med en sterkere betoning av disiplineringshensynet å påvirke politiets fremtidige adferd.²⁰⁶ Disiplineringshensynet har derfor en fremtidsrettet og preventiv funksjon.

Disiplineringshensynet er et sentralt hensyn for bevisforbud både i kontinental og angloamerikansk rett, og har særlig hatt en betydning i amerikansk rett.²⁰⁷ I forarbeidene til dagens straffeprosesslov kommenterte Straffeprosesslovkomiteen disiplineringshensynet ved å skrive at:

«Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis har under våre forhold ikke samme vekt. Mulig misbruk fra politiets side lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative eller disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken».²⁰⁸

²⁰² NOU 2016: 24 s. 272–273.

²⁰³ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 41–42.

²⁰⁴ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 42 og Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 23–24.

²⁰⁵ Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 24.

²⁰⁶ Ugelvik & Halnes, *Privat provokasjon – Strafferettslige og straffeprosessuelle konsekvenser av privatpersoners utfordrende etterforskningsvirksomhet* (2019) punkt 4.4.5.

²⁰⁷ Innst. 1969 s. 197. Se også Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 42.

²⁰⁸ Innst. 1969 s.197.

Slik uttalelsen fra Straffeprosesslovutvalget viser har hensynet til disiplinering i gjeldende rett en svak betoning ved spørsmål om bevisforbud. Reaksjonen for brudd på gjeldende regelverk har heller blitt gitt i et eget spor jf. uttalelsen «lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative eller disiplinære forholdsregler». At Straffeprosesslovkomiteen videre påpeker at at dette er en mer hensiktsmessig løsning enn «å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken» viser at betoningen av den materielle sannhet har vært sterkere enn betoningen av disiplineringshensynet dersom spørsmål om bevisforbud oppstår.

At politiet kan bli gitt «administrative eller disiplinære forholdsregler» i tilfeller hvor det blir begått «rettsstridige» handlinger på etterforsknings- og påtalestadiet er på det rene. Både nasjonalt og internasjonalt er det en rekke kontrollorganer som har som formål å sikre at politiet ikke overskrider sine fullmakter og kontrollen foregår både internt, av politiet selv og eksternt av organer utenfor politiet.²⁰⁹ Intern kontroll av politiet skjer eksempelvis gjennom utdanning og opplæring, gjennom lover og instruksjer, av politidirektoratet, og av politimesterne.²¹⁰ Eksternt kan Sivilombudsmannen, Likestilling og Diskrimineringsombudet, EOS – utvalget, Kontrollkomisjonen for kommunikasjonskontroll, Spesialenheten, Gjenopptakelseskomisjonen og domstolene nevnes som eksempler på organer som fører kontroll med politiets etterforskning og beviserverv. I tillegg finnes en rekke internasjonale organer som har som formål å føre eksternt kontroll av politiet, som CPT (Den europeiske torturkomiteen), EMD (Den europeiske menneskerettsdomstolen) og ECRI (Europarådets kommisjon mot rasisme og intoleranse) og FNs torturkomité.²¹¹

I rettspraksis har Høyesterett vært tilbakeholdne med å gi disiplineringshensynet vesentlig betoning ved spørsmål om bevisforbud, og det er per juli 2020 ingen eksempler fra Høyesterett på at disiplinering har blitt benyttet som et selvstendig argument for bevisavskjæring. Enkelte uttalelser tilsier imidlertid at hensynet kan være relevant. To saker fra rettspraksis, hvor sivile har ervervet bevis på en kritikkverdig måte tilsier at disiplineringshensynet kan være relevant ved spørsmål om bevisavskjæring. I Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkken-kjennelsen) behandlet Høyesterett spørsmålet om et videoopptak foretatt av en arbeidsgiver kunne føres som bevis for underslag gjort av en ansatt. Høyesterett besvarte spørsmålet benektende, og begrunnet

²⁰⁹ Auglend & Mæland, *Politirett 3. utgave* (2016) s. 1341.

²¹⁰ For en fullstendig liste over interne og eksterne kontrollmekanismer se NOU 2009: 12, s. 44 og Auglend & Mæland, *Politirett 3. utgave* (2016) s. 1341–1378 for nærmere behandling av spørsmålet om kontrollen av politiet.

²¹¹ NOU 2009: 12 s. 44.

standpunktet om bevisavskjæring med at avskjæring i et slikt tilfelle vil kunne «motvirke denne formen for krenkelser». Jeg tolker Høyesterett slik at begrunnelsen for bevisavskjæring var å forhindre at liknende beviserverv ble foretatt i fremtiden, slik at begrunnelsen fremtidsrettede preg tilsier at en del av formålet med bevisavskjæring var disiplinering. Også Rt. 2014 s. 916 (Forsikringsagent), en sivil sak som omhandlet ulovlig videoopptak foretatt av en forskingsagent kan trekkes frem i denne sammenheng. I saken konkluderte Høyesterett med at videobeviset var fremskaffet på «utilbørlig måte», og at beviset derfor måtte derfor avskjæres etter tvl. § 22-7. I avsnitt 25 fremgår det en uttalelse fra Høyesterett som kan tolkes på den måten at disiplinering, i kombinasjon med hensynet til den materielle sannhet, hadde en viss betydning når det uttales at:

[L]agmannsretten har lagt vekt på hensynet til å unngå omgåelse av regelverket. Ankeutvalget er enig i at dette er relevant og viktig. Men også hensynet til sakens opplysning er grunnleggende, og det at videobeviset her ikke brukes, vil i seg selv ha en *preventiv effekt*»²¹²

I Rt. 2014 s. 916 er Høyesterett etter min mening mer eksplisitte i henvisningen til disiplineringshensynet enn hva som er tilfellet i Rt. 1991 s. 161, når det i Rt. 2014 s. 916 vises til at en bevisavskjæring vil ha en «preventiv effekt». Vekten av uttalelsene for denne oppgavens problemstilling må likevel ses i sammenheng med at den disiplinerende effekten i disse sakene retter seg mot privatpersoner som hadde foretatt «utilbørlig» beviserverv. Disiplinering av private reiser, som påpekt i punkt 1.5, dels andre problemstillinger enn når politiet som statens fysiske maktorgan begår lovbrudd i beviservervsfasen. Når avgjørelsene trekkes frem her er det fordi både Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2014 s. 916 viser at disiplineringshensynet *kan* være et relevant hensyn ved spørsmål om bevisavskjæring, også etter gjeldende rett.

To avgjørelser fra Høyesterett viser at disiplineringshensynet kan være relevant, også ved spørsmål om rettsstridig beviserverv gjort av politiet. Førstvoterende i Rt. 2006 s. 582 legger til grunn at:

²¹² Rt. 2014 s. 916 avsnitt 25. (Min kursivering).

«avskjæring kan riktignok ha en *pedagogisk effekt* ved at politiet får en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking».²¹³

På samme måten synes førstvoterende i Rt. 2015 s. 1435 (Lime II) å anerkjenne at disiplineringshensynet kan være relevant når han uttaler at:

«... på denne bakgrunn er det i denne saken etter mitt syn lite behov for å markere et eventuelt rettsbrudd overfor politi og påtalemyndigheten ved å pålegge sletting nå. Betragtninger om at unnlatt sletting «*premierer*» *lovbrudd* eller at det foregår en form for fortsatt krenkelse er her ikke treffende».²¹⁴

Når Høyesterett i Rt. 2015 s. 1435 påpeker at «en unnlatt sletting ‘premierer’ lovbrudd» tolker jeg uttalelsen på den måte at Høyesterett ikke ser det nødvendig å gi politiet en reaksjon i form av bevisavskjæring, og jeg tolker særlig Høyesteretts uttalelser i Rt.2015 s. 1435 slik at disiplineringshensynet ikke gis særlig betoning i avgjørelsen. Til dette hører det også at selv om hensynet til disiplinering ble trukket frem i Rt. 2006 s. 582 og Rt. 2015 s. 1435 ble resultatet i begge sakene at beviset ble tillatt ført. Betoningen av disiplineringshensynet synes derfor etter rettspraksis å være sterkere ved privatbeviserverv, enn når politiet begår rettsbrudd på etterforsknings- og påtalestadiet.

Straffeprosessutvalget fremhever at disiplineringshensynet skal tas i betraktning i større grad enn i dag.²¹⁵ Ser man den beskjedne betoningen hensynet har etter gjeldende rett, sammenholdt med hensynets klare uttrykk i ordlyden til utkastet § 8-5 er det på det rene at betoningen av disiplineringshensynet vil være langt sterkere dersom utkastet vedtas og den den sterke betoningen av disiplineringshensynet må særlig sies å endre den prinsipielle betoningen som følger av gjeldende rett.

²¹³ Se Rt. 2006 s. 582 avsnitt 24 (Min kursivering).

²¹⁴ Se Rt. 2015 s. 1435 avsnitt 82 (Min kursivering).

²¹⁵ NOU 2016: 24 s. 273.

Begrunnelsen for å vektlegge disiplineringshensynet i større grad enn tidligere, er ifølge Straffeprosessutvalget:

«... særlig den teknologiske utviklingen som griper inn i alle sider av vår livsførsel, og de tilhørende muligheter for 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 – har gitt et større potensial for misbruk enn det som eksisterte den gang».²¹⁶

Jeg tolker Straffeprosessutvalget slik at endringer i de faktiske og rettslige forhold har medført et større behov for en sterkere betoning av disiplineringshensynet. Argumentasjonens holdbarhet kan diskuteres. På den ene siden må Straffeprosessutvalget gis medhold i at det i dag er flere muligheter til å gripe inn i den personlige sfære under etterforskningen.

Overvåkning og sporing av mobiltelefoner, datatrafikk og kameraer i det offentlige rom, samt adgangen til å innhente kunnskap om den enkeltes bevegelser og handlinger er noen eksempler på økte muligheter for inngrep i den personlige sfære. At enkelte kriminalitetstyper, eksempelvis terrorhandlinger, er kriminalisert allerede på forberedelsesstadiet gir grunn til å sikre et godt kontrollregime under etterforskningen for å forbygge feilaktige avgjørelser, og for å sikre at politiet ikke går utover sine fullmakter.²¹⁷

Mot en sterkere betoning av disiplineringshensynet finnes det motargumenter. At politiet har tilgang til å iverksette flere og mer inngripende etterforskingsskritt, tilsier ikke nødvendigvis at det vil bli begått flere brudd i etterforskningen enn tidligere. Å kartlegge hvor ofte politiet begår lovbrudd i etterforskningen er vanskelig. Den som blir utsatt for en rettsstridig handling under etterforskningen er ikke nødvendigvis klar over at handlingen er rettsstridig eller hvor og hvordan man skal melde i fra om den rettsstridige handlingen og det ulovlige beviservervet. Det er heller ikke sikkert at politiet melder ifra dersom det begås forsettlig lovbrudd, og i tilfeller hvor politiet uaktsomt eller uvitende har overskredet grensen for sin skjønnsutøvelse kan den manglende forståelsen av at det er begått en rettsstridig handling hindre politiet i å melde ifra om handlingen. Torgersen påpekte i 2009 at det ikke er gjort systematiske forsøk på å kartlegge omfanget av ulovlig beviserverv i Norge.²¹⁸ Så vidt meg bekjent er det heller ikke i

²¹⁶ NOU 2016: 24 s. 273.

²¹⁷ Se strl. § 133 som kriminaliserer den som «planlegger eller forbereder en terrorhandling ved å inngå forbund med noen om å begå en straffbar handling ...».

²¹⁸ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 43.

ettertid foretatt slike undersøkelser. Rettspraksis tilsier imidlertid at regelbrudd i etterforskningen forekommer, selv om det ut fra rettspraksis er vanskelig å nøyaktig konstatere problemets omfang.²¹⁹ En ren empirisk undersøkelse av hvor omfattende problemet er, vil derfor være vanskelig å gjennomføre uten betydelig fare for feilaktige funn.

Videre er det av betydning at det sterkeste argumentet mot en økt betoning av disiplineringshensynet vil kunne stå i konflikt med hensynet til den materielle sannhet. Dersom bevisforbud skal brukes som reaksjon for manglende regeletterlevelse, vil det kunne påvirke sakens opplysning og muligens, sakens utfall. En sterk betoning av disiplineringshensynet kan derfor i ytterste konsekvens medføre færre domfellelser, og slik sett virke negativt på straffens individual- og allmennpreventive virkning. At resultatet i den konkrete saken påvirkes av den i prinsippet tilfeldige omstendighet at noen polititjenestepersoner har tilsidesatt reglene ved beviservervet kan fremstå som urimelig for den som er utsatt for en straffbar handling, og allmennheten for øvrig.²²⁰

Som påpekt av Bratholm vil også en økt vektlegging av disiplinering innebære kanalisering av politifaglige ressurser, fordi «det trengs en politimann for å etterforske en politimann».²²¹ Denne omstendigheten, i tillegg til at den rettsstridige handlingen har blitt begått i kampen mot kriminalitet, medfører ifølge Bratholm at det i praksis vil være vanskelig å oppnå at tilstrekkelige reaksjoner blir gitt.²²² Uttalelsene fra Bratholm, sammenholdt med disiplineringshensynets usikre virkning når polititjenestepersonen vet at den reaksjonen som blir gitt, er for å sikre videre etterforskning av saken, gir grunn til å spørre om disiplineringshensynet er egnet for å ivareta ønsket om større lovformelighet og færre regelbrudd i etterforskningen.²²³

²¹⁹ Særlig antall saker om et gitt tema i Høyesterett må sies å være en dårlig målestokk når man skal påpeke omfanget av en slik rettslig problemstilling. For det første forutsetter en behandling i Høyesterett at saken slipper inn til behandling, noe som tilhører sjeldenhetene dersom rettstilstanden anses avklart. Videre forutsetter en behandling i Høyesterett at den som har blitt utsatt for ulovligheten, eller som får et ulovlig ervervet bevis ført mot seg, både har et ønske om og en mulighet til å ta saken til Høyesterett. Liknende betraktninger kan gjøres for anmeldelse til spesialenheten eller andre kontrollorganer.

²²⁰ Brøbech, *Ulovligt tilvebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 25.

²²¹ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte* (1959) s. 116.

²²² *Ibid.*

²²³ Se oppgaven pkt. 3.2 hvor jeg diskuterte om ordlyden i § 8-5 er egnet til å ivareta ønske om mindre brudd i etterforskningsfasen.

En slik innvending har tidligere vært reist i juridisk teori. Torgersen påpeker at disiplineringseffekten kan ha en uheldig virkning for lovformelighetshensynet, fordi polititjenestepersonen som har begått et lovbrudd vegrer seg for å melde tilbake til ansvarlig polititjenesteperson om at det er blitt begått feil, i frykt for bevisavskjæring.²²⁴ Dersom det ikke meldes fra om rettsstridige handlinger vil kunnskapen om og når regelbrudd blir begått minske og muligheten for å sette inn tiltak for å forhindre fremtidige krenkelser kan svekkes. Slik sett kan disiplineringshensynet virke mot sin hensikt, ved at den enkelte polititjenesteperson blir mer tilbakeholden i å innrømme og melde fra om feil. Normbrudd fra politiets side bør også ses i sammenheng med at gode subjektive grunner i enkelte tilfeller kan foreligge, nemlig ønsket om å forebygge kriminalitet og oppklare straffbare handlinger.²²⁵ Politihverdagen er preget av en rekke skjønnsmessige avgjørelser som gjør at enkelte polititjenesteperson feilaktig kan tro at man handler innenfor et forsvarlig faglig skjønn.²²⁶ Det er derfor grunn til å spørre om Straffeprosessutvalget har tatt hensyn til slike betraktninger ved utformingen av utkastet, som i betydelig grad gir uttrykk for en langt sterkere betoning av hensynet til disiplinering av politiet. Ses den usikre virkningen av en økt betoning av disiplineringshensynet i sammenheng med usikkerheten knyttet til hvor omfattende problemet med feil i etterforskningen er, mener jeg at begrunnelsen for en økt betoning av disiplineringshensynet burde vært grundigere redegjort for i utkastet enn hva som er tilfellet.

6.6. Lovformelighet og tillit

I tillegg til disiplinering av politiet er det særlig «idealet om en lovformelig prosess» som skal gis en sterkere betoning ved spørsmål om bevisforbud, sammenliknet med gjeldende rett. I utkastet legges til grunn at «lovformelighetsidealet tilsier at utgangspunktet må være bevisavskjæring hvis sentrale regler til vern av enkeltpersoners frihet og privatliv ikke respekteres under etterforskningen».²²⁷ Dette idealet, eller hensynet kan etter gjeldende rett formuleres på ulike måter, eksempelvis som hensynet til prosessens renhet, rettssystemet integritet, domstolens verdighet eller statens moralske overlegenhet.²²⁸ Uavhengig av formuleringsmåte tilsier hensynet til lovformelighet at politi- og påtalemyndighet under etterforskningen skal forholde seg til gjeldende rett i etterforskningen, og dersom dette ikke blir

²²⁴ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 45.

²²⁵ Bratholm, *Politiet og legalitetsprinsippet* (1972) s. 22.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ NOU 2016: 24 s. 273.

²²⁸ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 50.

gjort taler dette for et bevisforbud. Jeg tolker Straffeprosessutvalget slik at «idealet om en lovformelig prosess» både er et relevant hensyn og et overordnet mål for straffeprosessen²²⁹ og som jeg vil nærmere gjøre rede for i dette punktet, begrunner Straffeprosessutvalget den økte betoningen av lovformelighet med at dette vil kunne «understøtte tillitsforholdet mellom stat og borger».²³⁰

Hensynet til lovformelighet kan både tale for og imot et bevisforbud. Som argument *for* bevisforbud kan det hevdes at lovbrutere kan være særlig vare på overgrep fra myndighetens side, og at følelsen av å være urettferdig behandlet kan virke som en kriminalitetsfremmende faktor.²³¹ At straffeprosessen gjennomføres i tråd med gjeldende regelverk kan derfor bidra til å sikre aksept for rettslige avgjørelser og slik sett danne et godt grunnlag for straffes individualpreventive virkning.²³² Når rettsstridige bevis tillates brukt, kan det også signalisere at reglene blir håndhevet forskjellig ovenfor innbyggerne og politiet, og slik ha en uheldig effekt for resosialiseringen av den domfelte.²³³ *Mot* bevisforbud kan det hevdes at et bevisforbud vil kunne lede til frifinnelser av reelt skyldige, noe som igjen kan svekke straffens allmennpreventive virkning.²³⁴ Torgersen trekker i den sammenheng frem at det er usikkert hvorvidt den individualpreventive effekten har noe å si for spørsmålet om straffes allmenn- og individualpreventive virkning, og at hensynet til rettssystemets integritet er av en så grunnleggende betydning at spørsmålet vanskelig kan knyttes til bestemte eller påviselige nyttevirkinger.²³⁵ Lovformelighet blir slik sett et mål i seg selv, uten at virkningene av økt lovformelighet må konkretiseres nærmere.

I gjeldende rett er påtaleinstruksen § 7-5 andre ledd den tydeligste forankringen for at politi- og påtalemyndighet skal overholde regelverket under etterforskningen, jf. ordlyden «[påtalemyndigheten] har ansvaret for at etterforskningen skjer i samsvar med lov og instruks» Søk i rettspraksis gir likevel ingen treff på «lovformelighet» direkte.²³⁶ Rettspraksis kan derimot tolkes slik at hensynet er relevant. I Rt. 1991 s. 616 uttalte Høyesterett at det «ville virke

²²⁹ NOU 2016: 24 s. 273.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydningen av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte* (1959) s. 117.

²³² Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 51.

²³³ Brøbech, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 28.

²³⁴ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 51.

²³⁵ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 52.

²³⁶ Søk på «lovformelighet» i Lovdata gir fire treff: HR-2012-1649, Rt. 1937 s. 954, Rt. 1926 s. 668 og Rt. 1912 s. 145. Ingen av avgjørelsene er derimot relevant for å belyse lovformelighetshensynet slik det blir presentert i NOU 2016: 24.

støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt».²³⁷ Tilsvarende påpeker Høyesteretts i Rt. 1992 s. 698, på side 706 at det kan virke «*støtende* om rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler». ²³⁸ Til tross for at formuleringen «lovformelighet» ikke benyttes i avgjørelsene, mener jeg at uttalelsene kan tolkes slik at hensynet til lovformelighet i straffeprosessen gis en viss betoning ved spørsmål om bevisforbud, også etter gjeldende rett. Betoningen er derimot svakere enn i utkastet, hvor det fremgår at:

«... lovformelighetsidealet tilsier at utgangspunktet må være at det oppstilles bevisforbud hvis sentrale regler til vern av enkeltpersoners frihet og privatliv ikke respekteres under etterforskningen eller rettergangen, og at unntak fra dette må gis en overbevisende begrunnelse».

Uttalelsen viser at lovformelighetsidealet skal betones sterkere, slik at utgangspunktet skal være bevisforbud ved brudd på regelverket i etterforskningen. En slik betoning må sies å skille seg fra gjeldende rett, hvor jeg tolker Høyesterett slik at lovformelighetshensynet har vært et støtteargument ved spørsmål om et bevis skal avskjæres, uten at lovformelighetshensyn nødvendigvis betones på en måte som gjør at et bevisforbud skal være utgangspunktet. Rt. 1992 s. 698 taler for en slik forståelse, i saken var det ulovlige beviservervet gjort av politiet – og til tross for dette konkluderte Høyesteretts kjæremålsutvalg med at det ikke var en saksbehandlingsfeil at beviset hadde blitt brukt i saken.²³⁹

Hensynet til lovformelighet, slik det vektlegges av Straffeprosessutvalget gir grunnlag for å stille spørsmål ved hvorvidt det er ønskelig å betone hensynet til lovformelighet i en slik grad som blir gjort av Straffeprosessutvalget. En økt betoning og streng praktisering av lovformelighet ved spørsmål om bevisforbud kan medføre at politiets adgang til å utøve politifaglig skjønn under etterforskningen blir mindre. Som påpekt av Brøbech kan en utstrakt grad av beviseskjuljon føre til at polititjenestepersonene blir «mindre aggressive og energiske

²³⁷ (Min kursivering).

²³⁸ (Min kursivering).

²³⁹ Se Rt. 1992 s. 698 s. 706 hvor kjæremålsutvalget uttaler at det ikke var en «feil av beviset ble tillatt ført, og det må anses utvilsomt at lagmannsretten ville ha tillatt bevisføringen, også om spørsmålet om å nekte dette var blitt tatt opp av As forsvarere slik det nå er gjort i gjennopptakelsessaken».

i deres forsøg på at opklare forbrydelser»²⁴⁰ Videre uttaler Auglend, Mæland og Røsandhaug at:

«Vi får aldri det politiet vi ønsker oss! Noe slark må vi regne med i en etat som utgjør rundt ti tusen ansatte – med et vell av konfliktfylte oppgaver og med de tyngste personlige belastninger omtrent hver eneste dag. Noen misforståelser og feil må vi akseptere. Det er uunngåelig så lenge det er mennesker som opptrer som politi. Å forlange det objektivt beste i enhver sammenheng og til enhver tid, vil kunne bli det godes fiende. Da vil vi kunne få et for sterkt tilbakeholdende politi».²⁴¹

Jeg mener særlig Auglend, Mæland og Røsandhaug påpeker et poeng som ikke syntes tilstrekkelig hensyntatt av Straffeprosessutvalget. Politiet står til daglig i krevende situasjoner hvor avgjørelser må fattes hurtig og hvor personlige egenskaper, samt evne til å utvise et godt politifaglig skjønn ofte vil være avgjørende. Det er derfor nødvendig at politiet gis et visst rom til å utvise skjønn, uten at feiltrinn i for stor grad skal medføre et bevisforbud. En for sterk betoning av hensynet til lovformelighet kan slik sett svekke politiets adgang til å ivareta et sentralt politifaglig formål: å etterforske og oppklare kriminelle handlinger. Det kan derfor være mer hensiktsmessig å anse lovformelighet som et ideal for kriminalitetsbekjempelsen, heller enn å betone det som et hensyn som skal betones i en slik grad at misforståelser og feil i stor grad medfører et bevisforbud.

Hva angår bakgrunnen for å sterkere vektlegge lovformelighetshensynet, er Straffeprosessutvalgets begrunnelse som påpekt innledningsvis at:

«når borgerne utsettes for statens maktutøvelse, bør statsapparatet respektere lovens rammer i straffeforfølgningen. Bevisforbud kan bidra til å avbøte krenkelser og således understøtte tillitsforholdet mellom stat og borger».²⁴²

Uttalelsen om at økt lovformelighet kan «understøtte tillitsforholdet mellom stat og borger» er tvetydig. Det er usikkert om det er tilliten til straffesakssystemet som en helhet eller staten mer overordnet Straffeprosessutvalget sikter til. Leses uttalelsen kontekstuellt mener jeg det er grunn til å tolke uttalelsen slik at det er tillitsforholdet til politi- og

²⁴⁰ Brøbech, *Ulovligt tilveiebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 19.

²⁴¹ Auglend, Mæland og Røsandhaug *Politirett, 2. utgave* (2004) s. 948. En liknende formulering fremgår av Auglend og Mæland, *Politirett 3. utgave* (2016) s. 1342.

²⁴² NOU 2016: 24, s. 273.

påtalemyndighet som statens maktutøver det siktes til. Sett i lys av uttalelsen om at hensynet til en lovformelig prosess gjør seg gjeldende «når borgerne utsettes for statens maktutøvelse»,²⁴³ samt at Straffeprosessutvalget fremhever disiplinering for å fremme økt lovformelighet, da det «må antas å være mer egnet for å påvirke adferd hos politi og påtalemyndighet» taler for en slik forståelse.²⁴⁴ Formuleringen om at tilliten skal «understøttes» tolker jeg som at tilliten skal opprettholdes, men ikke nødvendigvis økes. Det kan i den sammenheng påpekes at tilliten til politiet i dag må sies å være høy. Ifølge innbyggerundersøkelsen, politiets egen undersøkelse av allmennhetens tillit til politiet, svarte 79 % i 2019 at de hadde «ganske stor» eller «svært stor» tillit til politiet.²⁴⁵

Ordet tillit har derimot ikke et fast språklig innhold, til tross for at ordet brukes jevnlig både i academia og dagligspråket.²⁴⁶ En leksikalsk tolkning av ordet tillit tilsier at ordet innholdsmessig viser til en «tro på, forvissning om at noen er til å stole på eller har egenskaper for å mestre en bestemt situasjon, eller utføre en bestemt oppgave».²⁴⁷ Forståelsen tilsier at tillit innebærer en forventning om hvordan vi antar at noen vil opptre i en bestemt situasjon i fremtiden, slik at et høyt tillitsnivå avhenger hvorvidt denne forventningen oppfylles – er det stor sammenheng mellom forventning og opptreden tilsier dette høy grad av tillit. I hvilken grad en økt betoning av lovformelighet medfører økt tillit må derfor ses i sammenheng med forventningene som kan knyttes til polititjenestepersoner og hvordan allmennheten forventer at politiet skal opptre i en tenkt situasjon.²⁴⁸

Legges denne forståelsen av tillit til grunn, er spørsmålet om økt lovformelighet medfører økt tillit. Jeg mener spørsmålet vanskelig kan besvares generelt, og at svaret langt på vei vil være perspektivavhengig, avhengig av hvilken aktør som skal ha tillit til straffeprosessen. Som fremhevet tidligere, kan det fremstå som støtende for den som er utsatt for straffeforfølgelse at staten ved politi og påtalemyndighet møter en ulovlighet

²⁴³ NOU 2016: 24 s. 273.

²⁴⁴ NOU 2016: 24 s. 273.

²⁴⁵ *Politiets innbyggerundersøkelse 2019*, s. 5. Undersøkelsen viser en oppgang på to prosentpoeng fra 2018, hvor 77 prosent av de spurte svarte det samme. På samme sted fremgår det at tilliten til politiet har vært stabil på rundt 80 % de siste fire årene, hvor 81 % svarte at de hadde «svært stor» eller «ganske stor» tillit til politiet i 2018, 79 % i 2016 og 80 % svarte det samme i 2015.

²⁴⁶ Se eksempelvis Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett 2. utgave* (2017) s. 417. Se også Baldersheim, *Høggir og tomgang i rettskjeldelærea* (2017) s. 369–370 som gjør rede for ordet «tillit».

²⁴⁷ Det norske akademis ordbok, «tillit». Sist lest: 16.07.20.

²⁴⁸ Larsson, *Tillit til politiet – fra nærhet til forhandlet legitimitet* (2010) s. 7–8.

med å selv begå en ulovlighet. For den straffeforfulgte kan derfor økt lovformelighet medføre økt tillit til straffeprosessen, fordi det gjerne forventes at politi- og påtalemyndighet holder seg innenfor gjeldende regelverk i etterforskningen.

Det derimot ikke slik at lovformelighet og tillit alltid vil være sammenfallende. Dersom høy tillit knyttes sammen med graden av oppfylte forventinger, mener jeg det er grunn til å ha et bredere perspektiv. Politi- og påtalemyndighet er satt til å utføre en rekke oppgaver, hvor etterforskning og irettføring med det formål å realisere straffeansvar står sentralt.²⁴⁹ For den som ser sin egen sak henlagt eller avvist på bakgrunn av politiets feil i etterforskningen kan oppleve det som støtende og urimelig. At sannheten «ofres for spilleregelens skyld» kan være vanskelig å akseptere for mange.²⁵⁰ For fornærmede og etterlatte kan det at politi- og påtalemyndighet ikke utfører oppgavene etaten er satt til å utføre svekke tilliten til politi og påtalemyndighetens evne til å etterforske og oppklare straffesaker. Det er derfor grunn til å tro at graden av tillit til politi- og påtalemyndighet for fornærmede og etterlatte beror på flere faktorer enn kun lovformelighet, hvor etterforskning og håndtering av straffbare forhold vil kunne virke inn på tilliten til politi- og påtalemyndigheten.

Slik argumentasjonen i utkastet fremstår, ser det ut til at Straffeprosessutvalget ikke i tilstrekkelig grad har vurdert hvordan en økt betoning av lovformelighetshensynet vil kunne påvirke fornærmede og etterlattes tillit til politi og påtalemyndighet. Ved spørsmål om bevisforbud og tillit til straffeprosessen er det etter utkastet primært den straffeforfulgtes tillit til straffeprosessen som vil sikres. Jeg mener derfor det er grunn til å stille spørsmål ved om en regulering – og betoning – som fremgår av utkastet er egnet til å ivareta spesielt fornærmede og etterlattes tillit til straffesaksbehandlingen.

²⁴⁹ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 26.

²⁵⁰ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 51.

6.7. Konklusjoner og funn

Slik gjennomgangen av sentrale hensyn for og mot bevisforbud viser, vil den prinsipielle betoningen som fremgår av utkastet i betydelig grad endre den betoningen som frem til nå har fremgått av gjeldende rett. Sterkest kommer endringen til uttrykk ved at hensynet til lovformelighet og disiplinering skal betones sterkere, på bekostning av hensynet til den materielle sannhet, særlig i tilfeller hvor det «rettsstridige» beviset er til den straffeforfulgtes ugunst. En slik betoningen er betenkelig av flere grunner. Først fordi en svakere betoning av hensynet til materiell sannhet i enkelte tilfeller kan svekke den straffeforfulgtes rettssikkerhet, ved å ekskludere bevis som kan være til den straffeforfulgtes gunst. For fornærmede og etterlatte vil en sterkere betoning av disiplinering og lovformelighet kunne svekke tilliten til politi og påtalemyndighet, fordi politiets feil i etterforskningsfasen kan medføre at krenkelsen som har funnet sted ikke kan etterforskes og påtales. Til sist kan det bemerkes at en sterkere betoning av lovformelighet, og disiplinering ved manglende lovformelighet, kan hindre en effektiv og prosessøkonomisk gjennomføring av straffesaken. Når tid og midler i større grad enn tidligere må brukes til å kontrollere politiets beviserverv er det grunn til å spørre om ikke disse hensynene burde blitt vurdert og trukket frem i utkastet.

7. utfordringer med § 8-5 jf. § 8-1 – noen utvalgte typetilfeller

7.1. Innledning – Innfallsvinkel II

Så langt har jeg klarlagt innholdet i utkastet § 8-5 og § 8-1 og analysert hvordan utkastet vil endre den prinsipielle betoningen i gjeldende rett. I dette kapittelet vil jeg – ved bruk av innfallsvinkel II beskrevet i punkt 1.3.1 – systematisere enkelte typetilfeller som viser hvilke endringer utkastet § 8-1 og § 8-5 medfører, og som ikke synes tilstrekkelig behandlet av Straffeprosessutvalget. Formålet med kapittelet er å identifisere og analysere mulige konkrete virkninger av § 8-5 jf. § 8-1 dersom lovforslaget vedtas.

7.2. Utvalgs-kriterier og metodisk utgangspunkt

Den sentrale kilden i kapittelet er NOU 2016: 24, og reglene som blir presentert i utkastet. Jeg har underveis i arbeidet benyttet høringssvarene som departementet mottok etter at utkastet ble sendt på høring høsten 2016. Det ble levert totalt 109 reelle høringssvar til departementet.²⁵¹ Av de 109 høringssvarene er det 36 høringssvar som på en eller annen måte har kommentert utkastet § 8-5 jf. § 8-1 eller potensielle virkninger av de foreslåtte reglene. Enkelte av disse høringssvarene vil bli trukket inn i dette kapittelet. Utover bestemmelsene i utkastet og høringssvarene vil jeg ta utgangspunkt i et utvalg av avsagte høyesterettsavgjørelser om bevisforbud og bevisavskjæring og vurdere hvordan avgjørelsene skiller seg fra reglene som fremgår av utkastet.

Utgangspunktet for analysen er hvordan enkeltregler kan tolkes og forstås, og jeg har valgt disse typetilfellene fordi jeg anser dem særlig egnet til å belyse overordnende poeng som ikke synes å komme til uttrykk i utkastet, men som jeg anser som problematisk. At fremstillingen er et utvalg betyr at den ikke uttømmende. En uttømmende behandling er verken ambisjonen eller formålet med kapittelet. Poenget er heller å eksemplifisere og å påpeke enkelte utfordringer med utkastets utforming, for å vise hvordan endringen i prinsipiell betoning påvirker politi og påtalemyndighetens arbeid med å etterforske og avdekke straffbare handlinger.

²⁵¹ Det vil si at antall høringssvar hvor svaret var «ønsker ikke å kommentere» ikke er medtatt i beregningen. Av høringssvarene til NOU 2016: 24 var antallet høringssvar som inneholdt denne bemerkningen totalt 9.

7.3. Hvilke bevis rammes av forbudet etter § 8-5 jf. § 8-1?

I punkt 2.4 la jeg til grunn at det må være årsakssammenheng mellom den rettsstridige handlingen som sikret informasjonen og politiets besittelse av informasjonen for at informasjonen skal være rettsstridig ervervet. Terminologien primær- og sekundærbevis kan brukes for å forklare forskjellen mellom informasjon som står i direkte årsakssammenheng med en rettsstridig handling, og bevis som avledes fra, eller bygger på slik informasjon.²⁵² Etter denne terminologien er et primærbevis informasjon som står i direkte årsakssammenheng med den rettsstridige handlingen, mens et sekundærbevis bygger på, eller erverves som følge av et primærbevis.²⁵³ Det er i et slikt tilfelle tale om en beviskjede, hvor bevisene står i tilknytning til, og bygger på hverandre.²⁵⁴ Etter gjeldende rett er spørsmålet i et slikt tilfelle om det er adgang til å bruke *dominobevis* eller *avledede* bevis.²⁵⁵ Spørsmålet som skal behandles her er reglene for bruk av sekundærbevis i tilfeller hvor primærbeviset er rettsstridig ervervet, etter henholdsvis gjeldende rett og utkastet.

Adgangen til å føre avledede bevis har blitt behandlet av Høyesterett som synes å legge til grunn et utgangspunkt om at det ikke gjelder noen smitteeffekt mellom primær- og sekundærbevis, i tilfeller hvor primærbeviset er rettsstridig ervervet. Rt. 1997 s. 1778 (Leges brudd på taushetsplikt) er i denne sammenheng en sentral avgjørelse. Saken omhandlet en 25 år gammel mann som var tiltalt for voldtekt av sin tidligere samboer. Bakgrunnen for at politiet innledet etterforskning, var at legen som undersøkte kvinnen etter voldtekten brøt taushetsplikten jf. strpl. § 119. Kvinnen ble under etterforskningen ved to anledninger avhørt og etter at kvinnen fritok sykehuset fra taushetsplikten ble hennes legejournaler innhentet. Senere trakk kvinnen sin forklaring, og spørsmålet var om aktoratet kunne benytte informasjonen som ble innhentet, ved behandlingen i domstolen, eller om informasjonen måtte avskjæres fordi den var ulovlig ervervet.

Ved behandling i Høyesterett viste førstvoterende til lagmannsrettens behandling av saken, og påpekte at lagmannsretten «treffende [har] formulert problemstillingen slik at det er spørsmål

²⁵² Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 180.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Bjerkenes og Hoff Johansen, *Etterforskningsmetoder – en innføring* (2009) s. 37–38 som betegner en beviskjede som et tilfelle hvor flere bevis står i direkte tilknytning. Dette til forskjell fra en bevisrekke, hvor bevisene står selvstendig og uavhengig av hverandre.

²⁵⁵ Se Rt. 1997 s. 1778 hvor Høyesterett legger til grunn at spørsmålet er om det «inntreffer en 'dominoeffekt'». For omtalen i juridisk teori, se fotnote 256.

om det inntreer en «dominoeffekt». Angående spørsmålet om bevisforbud for informasjon som smitteeffekt fra taushetspliktbruddet uttalte førstvoterende at det kun er:

«...de bevis som er en *direkte* følge av et brudd på taushetsplikt som i et slikt tilfelle må avskjæres. Bestemmelsen i § 119 rekker ikke videre».²⁵⁶

Jeg tolker Høyesterett slik at det kun er informasjon som står i direkte årsakssammenheng med den rettsstridige handlingen som omfattes av et bevisforbud etter gjeldende rett.

Et slikt standpunkt er også lagt til grunn i juridisk teori, hvor både Øyen, Strandbakken, Kjelby og Andenæs legger til grunn at det sentrale utgangspunktet etter gjeldende rett er at det ikke foreligger noen smitteeffekt mellom primær- og sekundærbevis, i tilfeller hvor primærbeviset er rettsstridig ervervet.²⁵⁷ Torgersen er enig i utgangspunktet, men mener spørsmålet ikke kan besvares «helt generelt og kategorisk».²⁵⁸ Torgersen begrunner sitt standpunkt ved å vise til Rt. 2001 s. 688 og EMDs dom v. Germany.²⁵⁹

Den sivile saken Rt. 2001 s. 668 må sies å være den kjennelsen som går lengst i å antyde en mulig smitteeffekt mellom primær- og sekundærbevis. Saken omhandlet en kvinne som ble avskjediget fra sin stilling som butikkmedarbeider etter anklager om underslag. Sentralt i saken var et videoopptak hvor butikkmedarbeideren tok penger fra tippekassa. Under etterforskningen tilsto butikkmedarbeideren forholdet, etter at hun ble konfrontert med videoopptaket i avhør, og gikk til sak mot arbeidsgiveren for å få kjent oppsigelsen urettmessig. Spørsmålet for Høyesterett var om videoopptaket som viste at butikkmedarbeideren tok penger fra tippekassa kunne føres som bevis i saken, som besvare spørsmålet benektende. Når det kom til spørsmålet om tilståelsen kunne føres som bevis (altså sekundærbeviset) påpekte Høyesterett at:

²⁵⁶Se Rt. 1997 s. 1778 på s. 1782 (min kursivering).

²⁵⁷Etter gjeldende rett blir problemstillingen omtalt som spørsmålet om det er adgang til å bruke «avledede bevis» eller bevisets «dominoeffekt». Se blant annet omtalen av problemstillingen i Kjelby, *Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker* (2015) s. 112–113 som definerer avledede bevis som «andre bevis som sikres med utgangspunkt i, eller basert på innholdet i, et ulovlig ervervet bevis» og skriver at «også andre bevis som sikres med utgangspunkt i, eller basert på innholdet i, et ulovlig ervervet bevis (såkalte avledede bevis) vil regelmessig tillates ført». Kjelby tar derimot forbehold om bevis som er sikret i strid med EMK art. 3. Øyen *Straffeprosess* (2019) s. 413 legger videre til grunn at «Den klare hovedregelen er at et bevisforbud bare omfatter den informasjonen som direkte er frembrakt gjennom den ulovlige eller utilbørlige handlingen». Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (2001) s. 146 påpeker at «i Norge ikke anvender doktrinen om ‘frukten fra det forgiftede tre’». Andenæs, s. 242 (2009) legger til grunn at «Den forutgående ulovlighet gjør ikke den etterfølgende beslagleggelse og bruk av beviset ulovlig».

²⁵⁸Torgersen, *Ulovlig ervervet bevis og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 188.

²⁵⁹Torgersen, *Ulovlig ervervet bevis og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 190 og s. 195–196.

«Utvalet finn grunn til å peike på at i den grad den ulovlege innhentinga av videoopptak var ein del av grunnlaget for avhøret og vedgåinga, er det ikkje utan vidare slik at rapporten – eller vitneprov om innhaldet i avhøret – kan nyttast som bevis. Omsynet til effektiv avskjering av videobeviset kan føre til at også bevis som *byggjer på dette må nektast ført.*»²⁶⁰

Uttalelsen «byggjer på dette må nektast ført» kan tolkes slik at det i enkelte tilfeller kan være aktuelt at primærbevisets rettstridige karakter kan smitte over på sekundærbeviset. I Rt. 2001 s. 668 var derimot nærheten mellom videoopptaket og tilståelsen særlig sterk, siden videoopptaket var grunnlaget for at kvinnen tilsto underslaget i avhør. Det kan derfor stilles spørsmål med om tilståelsen isolert sett kan betegnes som et sekundærbevis, eller om nærheten er så sterk at det ikke kan sluttes noen generelle retningslinjer for å besvare spørsmålet om hvor langt bevisforbudet rekker fra avgjørelsen. Tilfellet i Rt. 2001 s. 668 skiller seg eksempelvis fra en situasjon politiet innhenter en legejournal uten samtykke og bruker denne informasjonen til å kontakte et vitne som forklarer seg, uavhengig av informasjonen i legejournalen.

Hva angår *Gäfgen v. Germany* ble bevisinnhentingene i saken gjort i strid med EMK art. 3. Forbudet som fremgår av EMK art. 3 (og Grl. § 93 andre ledd) står i en menneskerettslig særstilling, slik at det må stilles spørsmål ved om forbudet mot å bruke sekundærbeviset i saken gir noen generelle retningslinjer.²⁶¹ I juridisk teori påpeker Øyen at det kan gjøres unntak fra den klare hovedregelen om at det ikke foreligger noen smitteeffekt mellom primær- og sekundærbevis, dersom «hensynene, vurdert opp mot hensynet til sakens opplysning, [tilsier] at bevisforbudet også bør ramme avledede bevis»²⁶² og trekker i den sammenheng frem EMK art. 3 som eksempel på et slikt tungtveiende hensyn.²⁶³ Det kan være vanskelig å oppstille yttergrensen for når og hvilke hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til å overgå den materielle sannhet, og EMK har

²⁶⁰ Se Rt. 2001 s. 668 s. 671–672 (min kursivering).

²⁶¹ Forbudet som følger av Grl. § 93 og EMK art. 3 er absolutt og kan ikke fravikes ved derogasjon. Se også *Gäfgen v. Germany* [GC] avsnitt 87 hvor EMD uttaler at «Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation». I saken ble en 11 år gammel gutt bortført og drept. Etter drapet presset kidnapperen guttens foreldre for løsepenger. Uvitende om at gutten ikke lengre var i live iverksatte politiet etterforskning og politiet utsatte kidnapperen for en behandling som etter EMDs vurdering inngikk i forbudet etter EMK art. 3.

²⁶² Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* (2010) s. 437.

²⁶³ *Ibid.*

ikke gitt noen konkrete holdepunkter for at smitteeffekten gjelder for andre tilfeller enn der bevis blir innhentet i strid med EMK art.3.²⁶⁴

Det mest presise er derfor etter min mening å legge til grunn at det klare utgangspunktet etter gjeldende rett er det ikke gjelder noe bevisforbud for sekundærbevis, dersom dette beviset bygger på, eller tar utgangspunkt i et rettsstridig ervervet primærbevis. Unntaket må være tilfeller hvor beviset er ervervet i strid med Grl. § 93 andre ledd eller EMK art. 3. I tillegg til uttalelsene i Rt. 2001 s. 668, kan Rt. 2014 s. 916 tolkes slik at Høyesterett setter «døren på gløtt»²⁶⁵ for at en smitteeffekt mellom primær- og sekundærbevis kan inntre. I Rt. 2014 s. 916 benytter Høyesterett formuleringer som at «bevisforbudet normalt ikke vil ramme» og «som hovedregel bare ...».²⁶⁶ Uttalelsene kan tolkes slik at det kan oppstå tilfeller hvor en smitteeffekt mellom primær- og sekundærbevis kan inntre, men at dette vil være unntaket fra den klare hovedregelen.

Hva angår reguleringen av typetilfellet i utkastet, behandler ikke Straffeprosessutvalget spørsmålet om avledede bevis direkte. Spørsmålet om reguleringen i utkastet må derfor bero på en tolkning av reglene i § 8-5 jf. § 8-1. Ordlyden i § 8-5 tilsier at det gjelder et bevisforbud for informasjon som er «innhentet eller tilgjengeliggjort» på «rettsstridig måte» og en isolert tolking av ordlyden tilsier at det kun er informasjon som står i en direkte årsakssammenheng med den rettsstridige handlingen som rammes av bevisforbudet jf. ordlyden «innhentet eller tilgjengeliggjort». Ordlyden i § 8-5 må derimot ses i sammenheng med rettsvirkningen av et bevisforbud i utkastet § 8-1. Etter prinsippet om bruksmåtenøytralitet kan ikke politiet «benytte bevis» informasjonen dersom den er innhentet på «rettsstridig måte». Jeg tolker ordlyden «benytte» og prinsippet om bruksmåtenøytralitet slik at politiet ikke kan bruke informasjon som er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» til å foreta videre etterforskning, eksempelvis skaffe til veie ytterligere opplysninger i saken. Jeg finner støtte for denne tolkningen i spesialmerknadene til § 8-1 hvor det blir presisert at ordlyden skal forstås slik at det gjelder et forbud mot å «basere etterforskningen på» bevis som inngår i et bevisforbud.²⁶⁷ Formuleringen tilsier etter min mening at det ikke er adgang for politi- og

²⁶⁴ Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* (2010) s. 437.

²⁶⁵ Se tilsvarende i Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2009) s. 191.

²⁶⁶ Se Rt. 2014 s. 916 (avsnitt 21).

²⁶⁷ NOU 2016: 24 s. 574.

påtalemyndighet til å ta utgangspunkt i et «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» primærbevis for å innhente ytterligere sekundærbevis. Til tross for at Straffeprosessutvalget ikke behandler spørsmålet om avledede bevis direkte, mener jeg at § 8-1, sammenholdt med spesialmerkningene må forstås slik at utkastet tilsier at det gjelder et forbud mot å innhente sekundærbevis basert på et «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» primærbevis. Dersom politi- og påtalemyndighet i strid med dette benytter primærbeviset til å innhente sekundærbevis, vil følgelig bevisforbudet også gjelde for sekundærbeviset.

En slik forståelse tilsier at dersom fornærmede i en voldtektssak, begått av fornærmedes ektefelle ikke opplyses om vitnefritaksretten i utkastet § 9-3 jf. strl. § 9, vil informasjonen om voldtekten kunne være «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» dersom vilkårene i § 8-5 er oppfylt. Det kan tenkes at politiet i et slikt tilfelle bruker fornærmedes forklaring til å innhente ytterligere opplysninger, eksempelvis DNA-prøve eller informasjon etter en legeundersøkelse av fornærmede som gir klare indikasjoner på voldtekt. Denne informasjonen kan igjen brukes under avhør av den straffeforfulgte, som tilstår voldtekten. Legges forståelsen av reglene i utkastet til grunn, vil problemet være at alle etterfølgende bevis som står i en årsakssammenheng med den manglende orienteringen om fornærmedes vitnefritaksrett ved det første avhøret, vil resultere i et bevisforbud. Etter prinsippet om aktørnøytralitet gjelder bevisforbudet for alle straffeprosessens aktører, og slik sett også fornærmede. Dette medfører at fornærmede i et eksempel som dette, eller i et tilfelle som Rt. 1997 s. 1778 ikke vil kunne gi politi og påtalemyndighet ytterligere opplysninger om det straffbare forholdet. Prinsippet om bruks- og stadienøytralitet, sammenholdt med prinsippet om aktørnøytralitet tilsier derfor at et tilfelle som eksemplifisert her må henlegges, dersom politi- og påtalemyndighet ikke har tilstrekkelig lovlig informasjon som kan bevise voldtekten.

Utkastet må derfor sies å være en innstramming av gjeldende rett hva angår adgangen til å bruke og føre avledede bevis, i tilfeller hvor primærbeviset er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort». Med en innstramming mener jeg at politi- og påtalemyndighets adgang til å bruke avledede bevis vil begrenses i større grad enn tidligere. Som påpekt ovenfor kan Høyesterett også etter gjeldende rett tolkes slik at det kan gjøres unntak fra det klare utgangspunktet om at det ikke foreligger noen smitteeffekt mellom primær- og

sekundærbevis. Etter utkastet må denne rettstilstanden sies å bli betydelig strammet inn, da det klare utgangspunktet i utkastet må sies å være at det ikke er en adgang til å bygge saken på «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» primærbevis.

En slik regulering kan innebære enkelte utfordringer i etterforskningen. En utfordring, sett i lys av hensynene til prosessøkonomi og effektivitet er at hvert enkelt bevis i langt større grad enn tidligere må kontrolleres nøye før nye etterforskningskritt foretas basert på informasjonen. Særlig vil reguleringen være i konflikt med hensynet til prosessøkonomi og effektivitet dersom politiet tar utgangspunkt i, og bygger på «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» informasjon, og det etter § 8-5 er «grunn til» å oppstille et bevisforbud, men innsigelsen mot beviset først blir reist under hovedforhandling. Store og begrensede politiresurser kan i slike tilfeller ha blitt benyttet for å etterforske en sak som aldri skulle vært påtalt på grunn av manglende (lovlig) bevisgrunnlag. Forbudet mot å bruke avledede bevis som kan utledes av utkastet viser slik sett hvordan utkastets prinsipielle betoning ikke bare kommer i konflikt med hensynet til materiell sannhet og sakens aktører, men også hensynet til prosessøkonomi og effektiv bruk av begrensede politiresurser.

7.4. Bruks- og stadienøytralitet når det foreligger rettsusikkerhet på ervervstidspunktet

Som jeg gjennomgikk i punkt 5.3 er straffesaksbehandlingen i likhet med all annen myndighetsutøvelse underlagt krav til effektivitet. Problemstillingen som skal behandles her er hvilken løsning utkastet § 8-5 jf. § 8-1 skisserer der det er usikkerhet om bevisets lovlighet på ervervstidspunktet. Kan politiet gå videre med etterforskningen dersom det er uenighet blant partene om beviset er innhentet på lovlig måte? Hvilken løsning skisserer utkastet dersom politiet i god tro benytter beviset og bygger saken på det, men det i ettertid viser seg at beviset er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» og det var «grunn til» å oppstille et bevisforbud etter § 8-5?

HR-2016-1833-A (Biometrisk åpning) er et eksempel fra rettspraksis, som viser at problemstillingen er aktuell. Saken omhandlet spørsmål om den tidligere stprl. § 157 utgjorde tilstrekkelig hjemmel for å tvinge siktede til å åpne sin mobiltelefon, slik at politiet fikk tilgang til innholdet på telefonen. Det var grunn til å tro at telefonen inneholdt

en film som viste voldshandlingene mannen var siktet for. Ordlyden i strpl. § 157 hjemlet en adgang til å foreta «kroppslig undersøkelse» dersom mistankekravet «skjellig grunn» var oppfylt. Den siktede motsatte seg imidlertid å åpne telefonen, og det ble anført at legalitetsprinsippet utgjorde en skranke for å tolke ordlyden «kroppslig undersøkelse» slik at politiet kunne gi mannen et slikt pålegg. Påtalemyndigheten fikk medhold både i tingretten og lagmannsretten.²⁶⁸ Høyesterett kom derimot til legalitetsprinsippet stengte for en slik tolkning, og la til grunn at politiet hadde gått utenfor sin kompetanse ved å pålegge mannen å åpne telefonen. På bakgrunn av dette ble pålegget ansett uhjemlet, slik at det forelå en materiell feil ved bevisinnhenting.

Etter utkastet er det usikkert om det vil oppstå et bevisforbud i tilfeller som dette. Det å tvinge en siktet til å åpne telefonen uten hjemmel er en materiell feil, slik at innholdet på mobiltelefonen vil være «innhentet eller tilgjengeliggjort» på «rettsstridig måte» jf.

§ 8-5. Interessen som blir krenket er siktedes personvern, og interessen er beskyttelsesverdig jf. § 8-5 andre strekpunkt. I spørsmålet om et bevis skal avskjæres vil særlig § 8-5 siste strekpunkt være avgjørende. Dersom påtalejuristen som besluttet åpningen får en tilstrekkelig reaksjon for å ha tolket loven feil, er muligheten til stede for at beviset skal avskjæres. En feiltolkning av loven vil i et tilfelle som HR-2016-1833-A være en uaktsom feil, dersom politiet tvinger mannen til å åpne telefonen i den tro at det foreligger hjemmel. At det ikke foreligger et forsettlig brudd på reglene tilsier at et bevisforbud kan unngås dersom den ansvarlige gis en tilstrekkelig reaksjon, jf. § 8-5 tredje strekpunkt.

Dersom det etter § 8-5 er klart at beviset ikke kan brukes på grunn av bevisforbudet, oppstår en rekke spørsmål: hva med den som er dømt basert på det som senere viser seg å være et «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort bevis»? Må vedkommende løslates og frikjennes? Situasjonen beror naturlig nok på hvilke andre bevis politiet har for å bevise straffeskyld, men dersom hele bevisrekken står i en årsakssammenheng med informasjon som er «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort», må regelen være at

²⁶⁸ Se TJARE-2016-43883 og LG-2016-62717. Lagmannsretten påpekte riktignok at saken var tvilsom, med en dissens 2-1.

påtalemyndigheten ikke har tilstrekkelig grunnlag for å ta ut tiltale og retten ikke har tilstrekkelig grunnlag for å avsi dom.²⁶⁹

En problemstilling som i denne sammenheng ikke er behandlet av Straffeprosessutvalget, men som er påpekt av Riksadvokaten, er hva som skal skje med eventuell overskuddsinformasjon i et slikt tilfelle. Situasjonen kan oppstå at politiet tror det foreligger tilstrekkelig hjemmel, og pålegger den straffeforfulgte å åpne telefonen for å finne en voldsfilm. I tillegg finner politiet eksempelvis seksualiserte bilder av barn som utgjør en overtredelse av strl. § 311 c) jf. a).²⁷⁰ Kan politiet iverksette etterforskning basert på funnet av de seksualiserte bildene i et slikt tilfelle, dersom åpningen av telefonen viser seg å være «rettsstridig» og det var «grunn til» å avskjære beviset?

På bakgrunnen av forståelsen av prinsippet om bruks- og stadienøytralitet presentert i punkt 4.1.3 og 4.1.2, mener jeg det er tvilsomt at politiet i et slikt tilfelle kan iverksette etterforskning uten at det gjøres i strid med nøytralitetsprinsippene, slik disse fremgår av § 8-1. Som en løsning på en situasjon som denne foreslår riksadvokaten å oppstille et klarere skille mellom bevis og informasjon enn hva som fremgår av gjeldende rett.²⁷¹ Riksadvokatens forslag er noe uklart, men jeg forstår forslaget slik at et sterkere skille mellom informasjon og bevis innebærer at det bare er beviset som vil være gjenstand for bevisforbud, mens ren overskuddsinformasjon ikke rammes av forbudet. Et slikt forslag tilsier at det kun er bevis politiet leter etter med det formål om å bruke den som bevis i den konkrete straffesaken som rammes av forbudet, ikke eventuelt annen overskuddsinformasjon. Overført til en situasjon som i HR-2016-1833-A, tilsier riksadvokatens forslag at det kun er voldsfilmene som rammes av bevisforbudet, ikke annen informasjon politiet får tilgang til gjennom den rettsstridige åpningen av telefonen. Politiet kan derfor iverksette etterforskningen basert på slik overskuddsinformasjon uten at det skjer i strid med prinsippet om stadi- og bruksmåtenøytralitet.

²⁶⁹ Etter dagens straffeprosesslov kan en sak som er «innstilt på grunn av bevisets stilling» tas opp igjen dersom «det senere blir oppdaget bevis av vekt» jf. strpl. § 74. Etter utkastet sondres det mellom gjenåpning til mistenktes gunst og ugunst jf. NOU 2016: 24 § 41-5 til 41-10, i utkastet s. 80.

²⁷⁰ Etter strl. § 311 c) jf. a) kan den som «besitter fremstillinger» som viser «seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn» straffes med «bot eller fengsel inntil 3 år».

²⁷¹ Riksadvokatembetet, Høring – NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov s. 27.

Forslaget fra Riksadvokaten reiser enkelte spørsmål. For det første krever reguleringen en tilstrekkelig bevissthet rundt hva som virkelig er informasjon og hva som er bevis. Det kan tenkes vanskelige grensedragninger, hvor det vil være en utfordring å vite hvordan kunnskapen skal klassifiseres. Det kan også være vanskelig for politi og påtalemyndighet å vise at det som har blitt brukt i saken er informasjon og ikke et «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» bevis. Det samme kan tenkes for den som ønsker å angripe beviservervets lovlighet underveis i prosessen, eksempelvis forsvaret til den straffeforfulgte.

7.5. Bevisforbud og effektivt rettsvern

Dersom det kan oppstilles et bevisforbud etter § 8-5, er det forbud mot videre bruk av beviset, jf. § 8-1 og prinsippet om bruks- og stadienøyralitet. I punkt 5.3 la jeg til grunn at utkastet i enkelte tilfeller kan medføre svekket rettsvern for fornærmede. Spørsmålet som skal belyses her er om utkastet kan være særlig problematisk ved etterforskning av visse kriminalitetsformer. Etterforskning av mishandling i nære relasjoner er et eksempel på et sakskompleks som forutsetter godt samarbeid mellom politi og fornærmede for å sikre oppklaring.²⁷² Bare i 2019 mottok politiet 3370²⁷³ anmeldelser av mishandling i nære relasjoner og problemet er å anse som et samfunnsproblem.²⁷⁴ I tillegg gjør sikreplikten etter Grl. § 92 EMK art. 1 seg særlig gjeldende ved spørsmål om mishandling i nære relasjoner.²⁷⁵ Mishandling i nære relasjoner er derfor godt egnet til å belyse konsekvenser av utkastet § 8-5 jf. § 8-1, som ikke synes behandlet av Straffeprosessutvalget selv.

En av hovedutfordringene ved etterforskning av mishandling i nære relasjoner er at nærstående regelmessig er fritatt fra å forklare seg mot den straffeforfulgte etter strpl. § 122. At nærstående etter strpl. § 122 er fritatt fra den alminnelige vitneplikten som følger av § 108 medfører at den som tidligere har avgitt detaljerte forklaringer på etterforskningsstadiet kan nekte å forklare seg i retten, la være på spørsmål under hovedforhandling, eller unnlate å møte.²⁷⁶ Etter gjeldende

²⁷² Med mishandling i nære relasjoner mener jeg straffbare forhold som kan subsumeres under strl. § 282 eller § 283.

²⁷³ Statistisk sentralbyrå, *anmeldte lovbrudd og ofre* (2019).

²⁷⁴ Se justisdepartementets handlingsplan *Et liv uten vold – handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014 – 2017* s. 4 flg. hvor det også blir påpekt at vold i nære relasjoner er et betydelig problem, både for den enkelte og for samfunnet. Departementet viser blant annet til en samfunnsøkonomisk analyse fra 2012 hvor det blir anslått at vold i nære relasjoner koster det norske samfunnet mellom 4,5 og 6 milliarder kroner årlig.

²⁷⁵ Se redegjørelsen for dette i punkt 5.3.

²⁷⁶ Kjelby, *Bevissikring og bevisførsel i familievoldssaker* (2004) s. 7.

rett blir spørsmålet i et slikt tilfelle gjerne om forklaringen fornærmede har avgitt under etterforskningen kan leses opp i retten.²⁷⁷

Bakgrunnen for at vitneforklaringsreglene kan skape utfordringer for politiet må ses i sammenheng med eksisterende kunnskap om dynamikken som preger familievoldssakene. Sakene kjennetegnes eksempelvis av at en voldelig periode etterfølges av en hvilefase.²⁷⁸ I hvilefasen endrer gjerne voldsutøveren adferd og kan uttrykke anger, slik at fornærmede på grunn av relasjonen til gjerningspersonen kan forklare volden med eksempelvis egne handlinger eller gjerningspersonens rusproblematikk.²⁷⁹ Den psykologiske bindingen mellom voldsutøveren og fornærmede kan i tillegg medføre at fornærmede etter en stund ikke ønsker å opprettholde forklaringen fordi fornærmede ikke ønsker at voldsutøveren skal straffes likevel. Mishandling i nære relasjoner skjer også ofte innenfor husets fire vegger, slik at forklaringen fra fornærmede eller andre nærstående er et sentralt bevismiddel. Det er derfor en utfordring når vitner som også er nærstående ikke ønsker at straffefølgningen skal fortsette, siden det kan påvirke deres ønske om å bidra med opplysninger i saken, og saken kan slik endre bevismessig karakter.²⁸⁰

Dynamikken, og disse omstendighetene gjør at den første forklaringen politiet mottar fra fornærmede ofte blir avgjørende for videre etterforskning og iretteføring av saken. Til tross for utfordringene ved etterforskning av mishandling i nære relasjoner, er det etter gjeldende rett mekanismer som avhjelper en situasjon hvor fornærmede ikke ønsker å opprettholde sin forklaring eller hvor politiet begår feil ved det første avhøret. Dersom fornærmede eksempelvis ikke er informert om sin rett til å ikke forklare seg etter strpl. § 122, kan politiet senere informere fornærmede om rettigheten og spørre om fornærmede ønsker å opprettholde forklaringen.²⁸¹ For fornærmede kan det være belastende å gi forklaring mot en nærstående,²⁸² slik at hensynet til fornærmede i enkelte tilfeller kan tale for en slik mulighet for fornærmede til å opprettholde sin forklaring, til tross for at den er beheftet med feil.

²⁷⁷ Kjelby, *Bevissikring og bevisførsel i familievoldssaker* (2004) s. 9.

²⁷⁸ NOU 2003: 31, *Retten til et liv uten vold – Menns vold mot kvinner i nære relasjoner* s. 49.

²⁷⁹ NOU 2003: 31 s. 50.

²⁸⁰ Kjelby, *Bevissikring og bevisførsel i familievoldssaker* (2004) s. 8.

²⁸¹ Se blant annet Rt. 1997 s. 1778 som omhandlet voldtekt i et samboerforhold. Den voldtatte kvinnen ble ikke informert om sin vitnefritaksrett jf. strpl. § 122, men ble senere gitt mulighet til å opprettholde den første forklaringen. Forklaringen kunne da brukes i straffesaken mot den tidligere samboeren jf. dommen s. 1782.

²⁸² Politidirektoratet, *Høringsvar – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov* s. 80.

Det er uklart om en slik mulighet eksisterer etter utkastet. Dersom politiet begår en feil, eksempelvis ved å ikke informere fornærmede om vitnefritaksretten som følger av utkastet § 9-3 jf. strl. § 9, er det begått en feil når beviset ble ervervet. Informasjonen er derfor «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort», jf. § 8-5. Spørsmålet blir om «det er grunn til» å avskjære beviset etter retningslinjene i § 8-5. Svaret på spørsmålet beror på en konkret vurdering av situasjonen, men særlig i de tilfeller hvor manglende informasjon fremstår som en innarbeidet praksis eller en forsettlig omgåelse av reglene, vil et bevisforbud være aktuelt.²⁸³ Rettsvirkningen etter § 8-1 vil da være at politi- og påtalemyndighet etter prinsippet om stadie- og bruksmåtenøytralitet ikke kan vektlegge forklaringen i den videre etterforskningen, og heller ikke bruke forklaringen til å innhente andre potensielt fellende bevis. Fordi prinsippet om bruksmåtenøytralitet medfører et forbud for politiet mot å bruke beviset, i dette tilfellet den rettsstridige forklaringen, forstår jeg Straffeprosessutvalget på den måten at politiet heller ikke kan innhente ny forklaring fra fornærmede. Dersom politiet blir oppmerksom på feilen, og kontakter fornærmede med forespørsel om fornærmede ønsker å forklare seg på nytt under etterforskningen, vil det være å bygge på det rettsstridige beviset fordi politiets kunnskap om mishandlingen tar utgangspunkt i den første «rettsstridige» informasjonsinnhentingen. Resultatet vil derfor i et slikt tilfelle være at politiet ikke har adgang til å utføre videre etterforskingsskritt, til tross for at det foreligger kunnskap om at mishandling i nære relasjoner forekommer, og selv om fornærmede ønsker at etterforskningen skal fortsette.

Dersom politiet har kunnskap om at mishandling foregår, men er avskåret fra å videre etterforske saken på grunn av et bevisforbud, er det grunn til å stille spørsmål ved om utkastet kan komme i konflikt med politiets plikt til å gjennomføre «effective investigation», jf. GrL § 92 og EMK art. 1. Som påpekt i punkt 5.4 er politiets plikt til å gjennomføre effektiv etterforskning særlig sterk ved mishandling i nære relasjoner.²⁸⁴ Fra Høyesterett kan Rt. 2013 s. 588 trekkes frem, da det i avgjørelsen oppstilles en streng aktsomhetsplikt for politiet i saker hvor det er kjent at mishandling i nære relasjoner forekommer. Saken omhandlet en kvinne som gjentatte ganger hadde blitt utsatt for trusler og forfølgelse som hadde karakter av psykisk trakassering og terrorisering. Som en følge av dette fikk kvinnen betydelige helseproblemer som resulterte i en varig invaliditetsgrad på 45 prosent. Politiet iverksatte flere tiltak for å beskytte kvinnen. Mannen ble ilagt besøksforbud, kvinnen fikk voldsalarm, og området hun

²⁸³ NOU 2016: 24 s. 576–577.

²⁸⁴ Kjelby, *Påtalerett* (2019) s. 151.

bodde i ble patruljert hyppig. Til tross for dette konstaterte Høyesterett at tiltakene ikke var tilstrekkelige for å gi kvinnen den beskyttelsen hun hadde krav på etter Grl. § 102 jf. § 02 og EMK art. 8 jf. art. 1, og saken bekrefter den sterke aktsomhetsplikten for politi- og påtalemyndighet til å beskytte fornærmede mot slike krenkelser. Videre tilsier EMD at krenkelse av EMK art. 3 i slike tilfeller kan være aktuelt. *Valiuliené v. Lithuania*²⁸⁵ er et eksempel fra EMD praksis på at manglende håndtering fra politiet medførte krenkelse av EMK art. 3. Også *M.C. v. Bulgaria* kan trekkes frem, som et eksempel på konstatering av brudd på både EMK art. 8 jf. art. 1 og EMK art. 3 jf. art. 1 på grunn av mangelfull straffelovgivning og håndhevelse i en voldtektssak.²⁸⁶

Sett i lys av den relativt strenge aktsomhetsplikten som gjelder for politiet i saker som omhandler mishandling i nære relasjoner jf. Rt. 2013 s. 588, og plikten til «effective investigation» etter EMD-praksis, gjennomgått i punkt 5.4 gir grunn til å stille spørsmål om utkastet kan være i strid med politiets plikt til effektiv etterforskning. Sett i lys av etterforskningspliktens relative karakter må antagelig krenkelsen fornærmede er utsatt for være av en viss alvorlighet for det skal konstateres krenkelse. I tilfeller hvor politiet har kunnskap om en pågående mishandling, men på grunn av prinsippet om stadie- og bruksnøytralitet er avskåret fra å iverksette ytterligere etterforskningssteg, samtidig som politiets lovbrudd ved beviservervet er beskjedent, mener jeg at et slikt tilfelle kan medføre et brudd på plikten til «effective investigation», slik denne fremgår av EMK praksis.

²⁸⁵ *Valiuliené v. Lithuania* [J] (2013), no. 33234/07 som omhandlet en kvinne som ved fem anledninger hadde blitt banket opp av sin partner. Til tross for at politiet etterforsket saken, ble den gjentatte ganger henlagt på grunn av manglende bevis mot kvinnes samboer. Staten hadde derfor ikke iverksatt tilstrekkelige tiltak for å beskytte kvinnen og EMD konstaterte krenkelse av EMK art. 3 og art. 8 jf. art. 1.

²⁸⁶ *M.C. v. Bulgaria* [J] (2004) no. 39272/98 som omhandlet en kvinne som påsto at hun ble voldtatt av to menn når hun var 14 år. Saken ble etterforsket, men henlagt på grunn av manglende bevis for at samleiet ikke var frivillig.

7.6. utfordringer ved en lovformelig prosess ved bruk av enkelte tvangsmidler

Det kan hevdes at endringen i prinsipiell betoning som utkastet gir uttrykk for, hvor hensynet til disiplinering og lovformelighet i særlig grad skal betones sterkere skaper et behov for klare lovhjemler for politi- og påtalemyndighet. Særlig aktuelt blir dette i tilfeller hvor politiet bruker tvangsmidler for å skaffe til veie bevis. Jeg vil her gjennomgå hvordan jeg forstår utkastets regler for kommunikasjonskontroll, provokasjon og beslag, sammenholdt med utkastet § 8-5 jf. § 8-1. Jeg vil vurdere om reglene er tilstrekkelig klare, slik at hensynet til lovformelighet underveis i etterforskning kan ivaretas, og disiplinering av politi- og påtalemyndighet kan unngås.

7.6.1. Kommunikasjonskontroll

Kommunikasjonskontroll er betegnelsen på etterforskningsmetoder hvor politiet ved hjelp av tekniske hjelpemidler undersøker den straffeforfulgtes kommunikasjonsmidler, uten at politiet selv er delaktig i samtalen eller korrespondansen.²⁸⁷ Som etterforskningskritt har kommunikasjonskontroll særlig en side mot privatlivets fred og den personlige integritet og brukes kun ved mistanke om alvorlig kriminalitet, eksempelvis grove narkotikaforbrytelser, drap, grov mishandling i nære relasjoner og seksualiserte fremstillinger av barn.²⁸⁸ Etter utkastet kapittel 20 skal kommunikasjonskontroll fortsatt være en tillatt etterforskningsmetode. Av særlig interesse for oppgavens problemstilling er utkastet § 20-5 (1) hvor det fremgår regler for politiets bruk av kommunikasjonskontroll i tilfeller hvor kontrollen griper inn i informasjon det gjeldet er bevisforbud for.

Bestemmelsen er delvis en videreføring av dagens strpl. § 216 g, men inneholder etter sin ordlyd enkelte innstramminger. Etter strpl. § 216 g skal politiet påse at informasjon som «gjelder uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om».²⁸⁹ Ordlyden «snarest mulig» tilsier at politiet skal slette informasjonen kort tid etter kommunikasjonskontrollen, men pålegger ikke politiet å avslutte selve tiltaket. En slik tolkning støttes også av Rt. 2015 s. 1435 hvor Høyesterett legger til grunn at ordlyden

²⁸⁷ Se Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 173 som påpeker at dersom politiet selv er delaktig i samtalen er det langt mer liberale regler. Dersom det ikke brukes tekniske hjelpemidler er det heller ikke tale om kommunikasjonskontroll, men spaning fordi politiet bruker egne observasjoner til å innhente beviset.

²⁸⁸ Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport 2018*, s. 12.

²⁸⁹ Etter § 216 g gjelder det et unntak dersom «vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen».

«snarest mulig» ikke kan forstås som «en henvisning til hva som er teknisk mulig», slik at politiet har anledning til å bruke nødvendig tid til å kartlegge om vilkårene for å behandle materialet er tilstede, eksempelvis om opplysningene gir grunnlag for å etablere en selvstendig mistanke etter § 216 g b), slik at en sletteplikt likevel ikke inntreffer. Etter Høyesteretts uttalelser i Rt. 2015 s. 1435 må fristen settes etter en «skjønnsmessig vurdering» som vil avhenge av «blant annet sakens kompleksitet og omfanget av kommunikasjonskontrollen».²⁹⁰ Fristen for når politi- og påtalemyndighet skal «tilintetgjøre» informasjon fra kommunikasjonskontrollen er derfor ikke absolutt, slik at politiet har et visst tidsrom til å gjennomgå informasjonen før plikten til å slette materialet inntreffer.

Etter ordlyden i § 20-5 skal kontrollen «straks opphøre når det blir klart at» kommunikasjonskontrollen «griper inn i opplysninger som omfattes av bevisforbud etter § 8-2, § 8-3 eller § 8-4, eller som angitt i § 9-3 første ledd» med unntak av tilfeller hvor «tiltaket er rettet mot person [sic] som med skjellig grunn mistenkes å være medskyldig i det straffbare forhold».²⁹¹ Ordlyden tilsier at politiet ved kunnskap om at kommunikasjonen som kontrolleres er mellom den straffeforfulgte og en person som inngår i utkastet § 8-2 til § 8-4 eller i § 9-3, skal kontrollen umiddelbart skal avbrytes jf. ordlyden «straks opphøre». En slik forståelse innebærer at dersom politiet kontrollerer kommunikasjonen til en straffeforfulgt, og vedkommende kontakter sin advokat for en samtale skal kontrollen stanse.²⁹² Slik det blir påpekt i spesialmerkene er «henvisningen til bevisforbudene strengt tatt overflødig gitt de nøytralitetsprinsipper de bygger på».²⁹³ Etter prinsippet om stadienøytralitet er det ikke adgang til å innhente opplysninger dersom det er konstatert at et bevisforbud kommer til anvendelse, slik at det uavhengig av bestemmelsen vil være et forbud mot å innhente opplysninger fra persongruppene som inngår i utkastet § 8-2 til § 8-4 eller uten at et informert samtykke er gitt etter § 9-3 jf. strl. § 9. Henvisningen til bevisforbudene er ifølge Straffeprosessutvalget likevel inntatt for å klargjøre «bakgrunnen for at plikten til å ‘straks’ å avbryte tiltaket ‘når det blir klart’ at et bevisforbud allerede er overtrådt».²⁹⁴ Ordlyden «straks opphøre» sammenholdt med

²⁹⁰ Se Rt. 2015 s. 1435 avsnitt 75 – 76.

²⁹¹ NOU 2016: 24 s. 56.

²⁹² Se for øvrig NOU 2016: 24 s. 38-39, § 8-2 som oppstiller bevisforbud til vern om grunnleggende nasjonale interesser, regjeringskonferanser, domskonferanser og opplysninger unntatt innsyn, § 8-3 som oppstiller bevisforbud til vern om fortrolighet og § 8-4 som oppstiller bevisforbud informasjon som omhandler pressens kildevern og forretningshemmeligheter.

²⁹³ NOU 2016: 24 s. 618.

²⁹⁴ NOU 2016: 24 s. 618.

prinsippet om stadienøytralitet må derfor sies å være en innstramming av gjeldende rett, slik reguleringen nå fremgår av strpl. § 216 g.

Innstrammingen kan medføre utfordringer for politi- og påtalemyndighet under etterforskningen. Dersom bevisforbudsvirkningen skal inntre umiddelbart når kontrollen griper inn i et bevisforbud, blir det sentralt for politi og påtalemyndighet å identifisere samtalepartnern til den straffeforfulgte underveis i kontrollen, for å ha tilstrekkelig kunnskap om når det gripes inn i et bevisforbud. Slik det blir blir påpekt av Oslo politidistrikt i deres høringsvar, kan det være vanskelig for politiet å vite hvilken relasjon den straffeforfulgte har til samtalepartnern.²⁹⁵ Særlig krevende kan en slik kartlegging være i tilfeller hvor kriminaliteten er av internasjonal karakter. Det er ikke i slike tilfeller åpenbart hvem som er den straffeforfulgtes bror, svoger, kusine eller forstersøster og som slik sett ikke kan kontrolleres jf. utkastet § 9-5 jf. strl. § 9. Oslo statsadvokatembeter påpeker i denne sammenheng utfordringen med at det i enkelte miljøer ikke er uvanlig å omtale venner som «bror» eller andre familiære betegnelser uten at det faktisk foreligger et biologisk forhold mellom dem.²⁹⁶ Oslo politidistrikt formulerer utfordringen på følgende måte:

«Den nye trenden er at når saken kommer i retten og samtaler skal spilles av så påstår mistenkte at det er en nærstående han snakker med. Dette er ofte umulig å sjekke. Han snakker gjerne med personer som befinner seg i et annet land og det er ikke mulig å finne ut hvem som snakker på det telefonnummeret. Spesielt vanskelig er det dersom tiltalte venter til hovedforhandling med å komme med denne anførselen. Det er ikke slik at man kan slå opp i telefonkatalogen å [sic] finne ut hvem som har et telefonnummer i Nigeria. Ei heller finnes det folkeregister til hjelp, så man kan ikke engang få fastslått om mistenkte faktisk har en bror eller om foreldrene er i live».²⁹⁷

Sik uttalelsen viser er det ikke nødvendigvis alltid praktisk mulig å fullstendig kartlegge hvem som står i en slik relasjon med den straffeforfulgte at kontrollen «straks må opphøre». En slik identifikasjon kan i bestefall være både arbeids- og tidskrevende.²⁹⁸ Å låse betydelige politiressurser til undersøkelser av den straffeforfulgtes relasjoner før kommunikasjonskontrollen har startet kan derfor være betenkelig, sett i lys av hensynet til en god prosessøkonomi og

²⁹⁵ Oslo politidistrikt, *Høringsvar NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov* s. 52.

²⁹⁶ Oslo statsadvokatembete, *Høringsvar NOU 2016: 24 – Ny straffeprosesslov* s. 80.

²⁹⁷ Oslo politidistrikt, *Høringsvar NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov* s. 52.

²⁹⁸ Høringsvar Sør-vest politidistrikt, *Høring – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov* s. 4.

effektivitet under straffesaksbehandlingen. Dersom slike undersøkelser ikke gjøres, og det i ettertid blir kjent at informasjonen politiet har ervervet er innhentet i strid med et bevisforbud, vil informasjonen være «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» og dersom det er «grunn til» å avskjære beviset, vil politiet være avskåret fra videre bruk av informasjonen jf. § 8-1 og prinsippet om stadie- og brukmåtenøytralitet.

En annen utfordring med bestemmelsen som er foreslått er at den forutsetter at kommunikasjonskontrollen skjer i samtid – dersom politiet «straks» skal avbryte kontrollen, forutsetter dette at politiet overværer kontrollen, slik at tiltaket kan opphøre. Slik det blir påpekt av Oslo statsadvokatembeter er det ikke nødvendigvis slik at politiet sitter og lytter eller avleser kommunikasjonen i sanntid.²⁹⁹ Særlig i større saker vil kontrollen skje løpende, hvor informasjon innhentes fra en rekke telefoner eller kommunikasjonsanlegg. I tillegg kan den straffeforfulgte kommunisere med flere uidentifiserte personer, og det kan være behov for tolk for at informasjonen skal kunne brukes i etterforskningen.³⁰⁰ I tilfeller hvor en tolk nødvendiggjør bruk av informasjonen kan politiet uvitende gripe inn i et bevisforbud på grunn av manglende forståelse av hva som blir sagt, samtidig som informasjonen etter en oversettelse viser seg å være sentral for den videre etterforskningen.

At kontrollen «straks skal opphøre» kan også medføre at den straffeforfulgte selv kan påvirke hvorvidt kommunikasjonskontrollen skal fortsette eller ikke. Øst politidistrikt påpeker denne utfordringen når de skriver at:

En mistenkt underlagt kommunikasjonskontroll har en rekke samtaler med forskjellige personer som ikke ville kunne påberopt seg forklaringsfritak. Så ringer han sin advokat. Etter forslaget må tiltaket nå opphøre og kommunikasjonskontrollen stenges ned. Mistenkte kan legge dette inn som en fast rutine, la oss si hver uke, for til enhver tid å være sikker på at eventuell kommunikasjonskontroll rettet mot han må avsluttes.³⁰¹

Forutsetningen for at problemstillingen skal aktualiseres er at den straffeforfulgte vet om kommunikasjonskontrollen, som er hemmelig så lenge den pågår. I tillegg må den straffeforfulgte ha tilstrekkelig kunnskap om reglene, slik at vedkommende vet at en adgang til

²⁹⁹ Oslo statsadvokatembeter, *Høringsvar NOU 2016: 24 – Ny straffeprosesslov* s. 79.

³⁰⁰ Oslo statsadvokatembeter, *Høringsvar NOU 2016: 24 – Ny straffeprosesslov* s. 79.

³⁰¹ Øst politidistrikt, *Høringsvar ny straffeprosesslov* s. 79.

å påvirke kontrollen i det hele tatt er mulig. Ses det hen til kriminalitetstypene som gir grunnlag for kommunikasjonskontroll; som narkotikaforbrytelser eller andre former for organisert kriminalitet, kan det ikke utelukkes at kunnskap om reglene spres i miljøet. I tillegg kan det stilles spørsmål ved om ordlyden «tiltaket» i § 20-5 viser til den enkelte samtale, eller til kontrollen som sådan. Leggers førstnevnte forståelse til grunn, må regelen i utkastet forstås slik at politiet etter § 20-5 må avbryte kontrollen av den enkelte samtale, men ikke av kommunikasjonskontrollen i sin helhet. Politiet må etter en slik forståelse kunne fortsette kontrollen av andre telefonsamtaler, eller kommunikasjonsinnretninger, som en datamaskin eller en senere telefonsamtale, selv om det blir klart at den straffeforfulgte på et tidspunkt samtaler med sin mor.

Utkastets forslag til § 20-5, sammenholdt med § 8-5 jf. § 8-1 tilsier derfor at reglene kan by på utfordringer som ikke synes vurdert av Straffeprosessutvalget, samtidig som reglene kan by på utfordringer for politi- og påtalemyndighet ved bruk av etterforskningsmetoden.

Siden kommunikasjonskontroll er et inngripende etterforskingsskritt som griper inn i vektige verdier, kreves det nøyaktige regler for å ivareta den straffeforfulgte. Tall fra Kontrollkommisjonen for kommunikasjonskontroll (KK-utvalget) tilsier at kommunikasjonskontroll i mange tilfeller kan være et etterforskingsskritt som bidrar til at alvorlig kriminelle handlinger blir etterforsket og sanksjonert. I 2018 ledet 46 % av tilfellene hvor kommunikasjonskontroll ble benyttet til resultater i form av pågripelser, beslag eller informasjon av bevismessig eller etterforskningsmessig verdi.³⁰² Tallene fra KK-utvalget tilsier derfor at kommunikasjonskontroll er et tiltak som gir resultater ved etterforskning av kriminelle handlinger. Min bemerkning er at en fortsatt bruk av kommunikasjonskontroll som etterforskningsmetode forutsetter at reglene utformes på en måte som gjør det praktisk mulig å benytte kommunikasjonskontroll som etterforskingsskritt, og samtidig overholde hensynet til lovformelighet for å unngå bevisforbud for informasjonen som innhentes.. Slik reglene nå er utformet er det grunn til å spørre om Straffeprosessutvalgets forslag er utformet tilstrekkelig klart for å sikre at hensynet til lovformelighet ivaretas.

³⁰² Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport 2018*, s. 12.

7.6.2. Provokasjon

Provokasjon, infiltrasjon og spaning er ulike etterforskningskritt politiet kan ta i bruk for å etterforske alvorlig kriminalitet. Grensen mellom de tre etterforskningsmetodene kan i praksis oppleves flytende, men som et utgangspunkt er det tale om provokasjon dersom politiet tar direkte kontakt med enkeltpersoner eller på annen måte påvirker straffbare handlinger for å skaffe seg informasjon. Til forskjell fra provokasjon vil det være tale om infiltrasjon i tilfeller hvor politiet samler inn informasjon ved å ha direkte kontakt med personer i særskilte miljøer, uten å påvirke den straffbare handlingen.³⁰³ Infiltrasjon må til sist avgrenses mot kortvarig og overfladisk kontakt som regnes som spaning. I det følgende vil utkastets regler for provokasjon være i fokus, og spørsmålet er hvilke retningslinjer utkastet skisserer for provokasjon som etterforskningsmetode, og om reglene er tilstrekkelig klart utformet slik at hensynet til lovformelighet kan ivaretas på en god måte.

Reglene for når provokasjon kan tas i bruk etter gjeldende rett er i hovedsak ulovfestet, men yttergrensene for bruken begrenses både av positive lovhjemler og generelle straffeprosessuelle grunnprinsipper, som selvinkrimineringsvernet.³⁰⁴ I utkastet er provokasjon foreslått lovfestet i kapittel 21, «observerende, kontrollerende og påvirkende tiltak». I utkastet tas det utgangspunkt i dagens ulovfestede regler og § 21- 5 er langt på vei en kodifisering av gjeldende rett.³⁰⁵ Til tross for dette behandler ikke Straffeprosessutvalget nærmere hvor grensene går for politiets adgang til å benytte etterforskningsmetodene eller når politiet overskrider grensen for lovlig provokasjon, slik at informasjonen som innhentes vil være «rettsstridig innhentet eller tilgjengeliggjort» jf. § 8-5.

Etter gjeldende rett er reglene for provokasjon utviklet i et samspill mellom rettspraksis og Riksadvokatens rundskriv, og fordi utkastet i utstrakt grad bygger på gjeldende rett finner jeg grunn til å gjennomgå noen grunnleggende trekk ved dagens regler her. Først kan det påpekes at det går et skille mellom bevis- og handlingsprovokasjon. Bevisprovokasjon foreligger når politiet utelukkende vil sikre bevis for en allerede begått straffbar handling, mens handlingsprovokasjon foreligger når politiet påvirker den straffeforfulgte til å begå en straffbar

³⁰³ Riksadvokatens rundskriv 2/2018, s. 2.

³⁰⁴ I Riksadvokatens rundskriv 2/2018 hvor straffeprosessuelle grunnprinsipper fremheves som en skranke for etterforskningsmetodene på s. 2 og 5.

³⁰⁵ Se også NOU 2016: 24 s. 345 som langt på vei bekrefter dette ved å legge til grunn at «det er hensiktsmessig å lovfeste de sentrale vilkår som er utviklet i praksis».

handling, eller videreføre en fortsatt forbrytelse.³⁰⁶ Hovedvilkåret for å gjennomføre provokasjon er etter gjeldende rett er at politiet ikke skal «fremkalle en handling som ellers ikke ville blitt begått», og etter Høyesteretts uttalelser i Rt. 1998 s. 407 (Skrik) er det avgjørende om den straffbare handlingen ville blitt gjennomført om «politiets aksjon tenkes borte».³⁰⁷

Videre må to tilleggsvilkår være oppfylt for at provokasjonen skal være lovlig etter gjeldende rett: Subsidiaritetsskravet må være oppfylt og saken må omhandle alvorlig kriminalitet.³⁰⁸ Ved spørsmål om provokasjonen er lovlig tilsier subsidiaritetsskravet at tradisjonelle etterforskingsskritt har vært forsøk, men ikke har vært tilstrekkelige. Unntak kan likevel tenkes, dersom politiet erfaringsmessig vet at tradisjonelle etterforskingsskritt ikke vil føre frem.³⁰⁹ Hva som utgjør alvorlig kriminalitet er etter rettspraksis et skjønsmessig kriterium. En retningslinje som fremgår av Rt. 1993 s. 473, hvor Høyesterett påpeker at det ikke bare skal ses hen til «strafferammen, men også tas hensyn til den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe nettopp denne formen for kriminalitet».³¹⁰ Riksadvokaten påpeker i sitt rundskriv at det ut fra denne retningslinjen er grunn til å anta at alvorlige narkotikasaker, overgrep mot barn og spredning av overgrepsmateriale, våpenhandel og datakriminalitet må inngå i formuleringen.³¹¹ Utover dette har verken Høyesterett eller Riksadvokaten uttrykkelig utdypet hva som skal defineres som alvorlig kriminalitet.³¹² Vurderingen er derfor nokså åpen, og den enkelte påtalejurist har et ansvar for å forta en skjønsmessig vurdering av om provokasjon er en lovlig etterforskningsmetode.

Hovedvilkåret for provokasjon skal kunne benyttes er foreslått kodifisert i utkastet § 21-5 (1) siste setning, hvor det fremgår at provokasjonen «ikke må fremprovosere en straffbar handling

³⁰⁶ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 175.

³⁰⁷ Rt.1998 s.407 (Skrik) omhandlet forsøk på heleri i forbindelse med tyveri av maleriet «Skrik». Heleriforsøket var fremprovosert av politiet, på en slik måte at provokasjonen måtte sies å overgå grensene for lovlig provokasjon. Det var derfor ikke grunnlag for domfellelse. Høyesterett la til grunn at dersom politiets aksjon «tenkes borte», fremsto det uklart når og hvordan tilbakeleveringen mot løsesum skulle skje. Da grunnvilkåret ikke var oppfylt, måtte domfelte frifinnes. Videre var det av betydning at måten etterforskningen ble gjennomført på, kunne ha betydning for tiltaltes forsett. Ved å styrke tiltaltes forsettet overskred han grensen for straffrie forberedelseshandlinger og muligheten for tilbaketreden fra forsøk. Dissens 3-2.

³⁰⁸ Riksadvokatens rundskriv 2/2018 s. 4–5.

³⁰⁹ Riksadvokatens rundskriv 2/2018 s.3–4.

³¹⁰ Se Rt. 1993 s. 473, s. 475, som omhandlet spørsmål om provokasjon i forbindelse med privatdrosjevirkomhet. Under etterforskningen samarbeidet politiet med to personer som stoppet domfelte for å spørre om skyss hjem. Både fordi det ble fremkalt en handling som ikke ellers ville blitt foretatt og fordi lovovertrederen ikke var tilstrekkelig alvorlig, ble provokasjonen ansett som ulovlig.

³¹¹ Riksadvokatens rundskriv 2/2018 s. 4.

³¹² Riksadvokatens rundskriv 2/2018 s. 4.

som ellers ikke ville blitt begått». Etter § 21-5 (2) gjøres det en reservasjon bevisprovokasjon: «en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått, kan likevel fremprovoseres for å skaffe bevis for lovbrudd som allerede er begått, eller bringe til rette en gjenstand. Den fremprovoserte handlingen kan ikke påtales». Jeg forstår ordlyden slik at bevisprovokasjon kan benyttes for å skaffe til veie et bevis som kan brukes i den videre etterforskningen, men dersom den som gir fra seg informasjonen begår en straffbar handling ved å utgi informasjonen kan ikke denne handlingen påtales. Det vil si at politiet kan provosere frem en handling eksempelvis for skaffe til veie et realbevis. Det vil si at politiet kan fremprovosere et kjøp av 2 gram heroin for å skaffe informasjon om hvor selgeren oppbevarer stoffet, uten at selve salget i et slikt tilfelle kan påtales.

Noen nærmere retningslinjer for når politi og påtalemyndighet overgår sin skjønnsutøvelse blir ikke presentert i utkastet, slik at vurderingen også etter utkastet må sies å være preget av et visst påtalefaglig skjønn. Etter gjeldende rett viser rettspraksis og Riksadvokatens rundskriv at vurderingen av når provokasjon er tillatt og når yttergrensene er overskredet langt på vei er skjønnsmessig og situasjonsbestemt. I dag er en slik regulering praktikabel, fordi spørsmålet om et bevis skal tillates ført uansett er gjenstand for en selvstendig vurdering i retten.³¹³ Etter prinsippet om stadienøytralitet vil dette utgangspunktet endres, da informasjonens lovlighet må vurderes forløpende på ethvert stadium av prosessen, jf. utkastet § 8-1, slik at det kan argumenteres for at behovet for klarere regler for hvilke når og hvordan provokasjon skal gjennomføres vil bli langt viktigere enn tidligere. Eksisterende retningslinjer viser at etterforskningsmetodene ikke er detaljregulert i gjeldende rett, og en kodifisering av denne rettstilstanden uten nærmere avklaring medfører at reglene fortsatt langt på vei vil være skjønnsmessige. Fordi utkastet i så stor grad bygger på et lovformelighetsideal, er det grunn til å stille spørsmål ved om reglene for provokasjon i større grad enn tidligere bør reguleres i detalj, for eksempel gjennom en forskrift eller nærmere retningslinjer fra Riksadvokaten fremkommer.

³¹³ I Rt.1984 s. 1076 (Narkotikaleveranse) omhandlet spørsmål om politiet hadde overtrådt grensene for provokasjon når de trådte inn i mistenktes telefonkontakt med en utenlandsk narkotikaleverandør og avtalte levering i Norge. Høyesterett uttaler på s. 1079 at «straffeprosessloven gir ingen klar anvisning på hvilken virkning det har om påtalemyndigheten har ervervet et bevis ved hjelp av etterforskningsmetoder som ikke kan aksepteres (...) blir saken brakt inn for domstolene, oppstår det spørsmål om bevisene skal avskjæres».

7.6.3. Beslag

Med beslag sikter jeg til etterforskningskritt som innebærer at politiet mottar eller tar med seg en løseøregjentand, et dokument, opptak fra et overvåkningskamera eller andre reelle bevis som er underlagt privat eiendomsrett.³¹⁴ Beslag av potensielle bevis som besitteren ikke frivillig utleverer er et straffeprosessuelt tvangsmiddel som krever lovhjemmel og er i dag regulert i strpl. § 203–209, i tillegg til at det fremkommer regler i påtaleinstruksen § 9-5. Etter dagens strpl. § 203 kan det tas beslag i «ting som antas å ha betydning som bevis». Bestemmelsen begrenses derimot av strpl. § 204 første ledd som oppstiller et forbud mot å ta beslag i «dokument eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter § 117-121 og 124-125». Dersom det er uenighet om beslaget kan «enhver som rammes av beslaget [kan] straks eller senere kreve [det] brakt inn for retten».

Beslag er foreslått regulert i utkastet kapittel 19. Etter § 19-1a) kan det «tas beslag i ting som antas å» enten ha «betydning som bevis» jf. a), «kunne inndras» jf. b) eller «være i noens urettmessige besittelse, for å muliggjøre overlevering til rette vedkommende» jf. c). Beslutningskompetansen skal etter § 19-1 (2) fortsatt ligge hos politiet.³¹⁵ For denne oppgavens formål er det særlig bestemmelsens fjerde ledd som er av interesse. Etter § 19-1 (4) skal «påtalemyndigheten bringe spørsmålet om hvorvidt beslaget kan opprettholdes, «inn for retten» dersom det oppstår spørsmål om beslagets lovlighet. Av § 19-1 (4) andre setning fremgår det at «beslaget skal så vidt mulig overleveres slik at bare retten får kjennskap til innholdet». Ordlyden tilsier at det i tilfeller hvor det er tvil om adgangen til å ta beslag i en gjenstand eller om gjenstanden omfattes av et bevisforbud, skal spørsmålet bringes inn til retten for avgjørelse om beslaget kan opprettholdes. Ordlyden «så vidt mulig overleveres slik at bare retten får kjennskap til innholdet» tilsier at politi- og påtalemyndighet ikke skal ha innsyn i beslaget dersom det er usikkert om den beslaglagte gjenstanden er omfattet av et bevisforbud. I spesialmerknadene til bestemmelsen fremkommer det at reglene om beslag skal ses i sammenheng med bevisforbudsreglene i utkastet kapittel 8.³¹⁶ I spesialmerknadene blir det videre presisert at ordlyden «så vidt mulig» må forstås snevert, slik at utgangspunktet er at beslaget skal overleveres til retten i forseglest stand. Reservasjonen tar derfor sikte på situasjoner

³¹⁴ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 171.

³¹⁵ Sml. med dagens strpl. § 205.

³¹⁶ NOU 2016: 24 s. 614.

hvor noe informasjon tilflyter politiet i tilknytning til ransakingen før spørsmålet om bevisforbud aktualiseres.³¹⁷

I HR-2017-111-A behandlet Høyesterett spørsmålet om et omfattende beslag gjort av Økokrim kunne opprettholdes, da deler av beslaget inneholdt advokatkorrespondanse. Ett av spørsmålene i dommen var når politiet må stoppe gjennomgangen av materialet dersom det griper inn i et bevisforbud. Spørsmålet ble besvart benektende av Høyesterett som la til grunn at påtalemyndigheten kunne gjennomgå materialet ved tvil om informasjonen var omfattet av et bevisforbud. Etter HR-2017-111-A kan det derfor ikke utledes en alminnelig regel om at politi- og påtalemyndighet må avslutte gjennomgangen ved tvil om beslaget griper inn i informasjon som er omfattet av et bevisforbud, slik utkastet bygger på. Siden primærkompetansen etter gjeldende rett ligger hos påtalemyndigheten, er det opp til påtalemyndigheten selv å gjennomgå beslaget, og om nødvendig sortere ut og levere tilbake materialet det ikke er adgang til å beholde.³¹⁸

Spørsmålet er om den gjennomgangen politi- og påtalemyndighet foretok av det beslaglagte materialet i HR-2017-111-A vil være i tråd med utkastet § 19-1. Fordi det etter utkastet § 19-1 skal innhentes rettens vurdering og avgjørelse «ved spørsmål om beslagsforbud» kan ikke politi- og påtalemyndighet selv gjennomgå beslaget for å vurdere hvilken informasjon som inngår i et bevisforbud og ikke. Ordlyden «spørsmål om beslagsforbud» tilsier at politiet ved tvil om det kan tas beslag i materialet, og i tilfeller hvor det blir anført at beslaget griper inn i et bevisforbud, må påtalemyndigheten avslutte gjennomgangen, for å oversende hele materialet til retten for gjennomgang. HR-2017-111-A er derfor et eksempel på en avgjørelse som ikke kan opprettholdes dersom Straffeprosessutvalgets utkast blir gjeldende rett. I sitt høringssvar påpeker Oslo politidistrikt at det er knyttet utfordringer til en rettsstilstand som foreslått, særlig i de tilfeller hvor det er tale om store mengder materiale, typisk et databeslag.³¹⁹ Det blir i høringssvaret blant annet påpekt at det ved store databeslag, ikke vil være fysisk eller teknisk mulig å gå inn og slette enkeltdokumenter, uten å slette underliggende data.³²⁰ Fordi det ofte går lang tid fra påtalemyndigheten sender inn en beslaglagt gjenstand til retten foretar en gjennomgang av denne, kan reguleringen også her komme i konflikt med effektivitet i

³¹⁷ NOU 2016: 24 s. 615.

³¹⁸ Oslo politidistrikt, *Høringsuttalelse til NOU 2016: 24* s. 22.

³¹⁹ Oslo politidistrikt, *Høringsuttalelse til NOU 2016: 24* s. 21.

³²⁰ Oslo politidistrikt, *Høringsuttalelse til NOU 2016: 24* s. 21.

straffesaksbehandlingen. Også etter gjeldende rett er motstriden med hensynet til en effektiv straffesaksbehandling aktuell. Oslo politidistrikts hørings svar trekkes det eksempelvis frem et tilfelle hvor det gikk ett år fra en beslaglagt telefon ble sendt inn til den ble undersøkt av tingretten, slik at etterforskningen sto stille i lang tid.³²¹ Dersom reguleringen som utkastet legger opp til, men en tilsvarende vurdering i ved enhver tvil ved beslagets lovlighet kan reguleringen medføre økt ressursbruk for å opprettholde lovformelighetsmålsettingen utkastet bygger på.

Det kan avslutningsvis påpekes at det er usikkert hvordan HR-2017-111-A vil påvirke det videre arbeidet med ny straffeprosesslov. Avgjørelsen ble avsagt to måneder etter at Straffeprosessutvalget la frem sitt utkast til ny lov, og det ble naturlig nok ikke tatt høyde for avgjørelsen i arbeidet med utkastet. Vedtas reglene slik de i dag fremkommer bør det videre diskuteres om reguleringen harmonerer med kravet til effektivitet i straffesakskjeden, samt om det tar tilstrekkelig hensyn til ressursbruken i politiet og domstolene, ettersom sistnevnte i langt større grad enn tidligere vil måtte gjennomgå store mengder beslag.

7.7. Konklusjoner og funn

Gjennomgangen av enkelte utvalgte typetilfeller etter innfallsvinkel II tilsier at Straffeprosessutvalgets forslag til nye bevisforbudsregler kan medføre uklarheter og utfordringer. Et sentralt poeng er at til tross for at utkastets prinsipielle betoning i langt sterkere grad enn tidligere vektlegger hensynet til lovformelighet og disiplineringshensyn ved manglende lovformelighet, fremstår reglene i flere tilfeller som uklare. At etterforskningsmetoder som provokasjon, bygge på gjeldende rett, til tross for at retningslinjene som nå ligger til grunn er skjønnsmessige, viser at utkastet medfører utfordringer dersom politiet skal oppfylle lovformelighetsidealet. En innvending er derfor at dersom utkastet skal vedtas, må reglene som *kan* medføre bevisforbud gjøres så klare slik at det blir praktisk mulig for politiet å etterleve regelverket. Hvor langt forbudet rekker og om det også omfatter dominobevis og hvordan politiet skal håndtere en situasjon hvor det er usikkerhet på ervervstidspunktet er spørsmål som bør besvares i det videre arbeidet frem mot ny lov. Dersom reglene ikke gjøres tilstrekkelig klare kan utkastet medføre en utfordring, også for den som er utsatt for en straffbar handling, eksempelvis fornærmede som er utsatt for mishandling i nære relasjoner. En siste innvending er at disse eksemplene viser at utkastet harmonerer dårlig med

³²¹ Oslo politidistrikt, *Høringsuttalelse til NOU 2016: 24* s. 22.

hensynet til prosessøkonomi, både på grunn av faren for at en gjennomført etterforskning må forkastes hvis det oppdages feil ved innhenting av primærbeviset, og fordi en stadig kontroll av bevisets lovlighet vil by på ressursmessige utfordringer både for politi, påtalemyndighet og for domstolene.

8. Bør nøytralitetsprinsippene innføres?

8.1. Innledning

Jeg har i denne oppgaven foretatt en systematisering og analyse av hvordan utkastet til ny straffeprosesslov § 8-5 og § 8-1 vil endre den prinsipielle betoningen i gjeldende rett, og jeg har eksemplifisert hvordan utkastet vil kunne påvirke politi- og påtalemyndighetens muligheter til å etterforske straffbare forhold. Et sentralt poeng fra oppgavens foregående analyser er at endringen i større grad enn tidligere vil begrense informasjonstilgangen gjennom hele prosessen, og derfor vil kunne medføre en svakere betoning av den materielle sannhet, til fordel for en sterkere betoning av disiplinering og lovformelighet. Hvorvidt utkastet § 8-5 jf. § 8-1 *bør* innføres kan vurderes ut fra om endringen i prinsipiell betoning er et problem. Hvis ja: hvorfor er den et problem? For å besvare spørsmålene er det nødvendig å undersøke straffeprosessens begrunnelse og legitimeringsgrunnlag. Siden straffeprosessens funksjon er å realisere den materielle strafferetten³²² er det vanskelig å se straffeprosessens begrunnelse løsrevet fra strafferettens begrunnelse. Jeg vil derfor her trekke frem elementer som tradisjonelt har blitt benyttet for å begrunne strafferetten, der disse elementene er egnet til å belyse spørsmålet som er stilt.³²³

8.2. Straffeprosessens kryssende hensyn

En sentral begrunnelse for strafferetten og straffeprosessen er at staten skal ivareta og beskytte enkelte ideelle verdier og beskytte individets frihet. Slik blir er straffeprosessen sentrale funksjon å innenfor strafferettspleien å sikre at straffbare handlinger avdekkes og at skyldige personer straffes.³²⁴ Det kan argumenteres for at jo sterkere grad av inngrep i andres frihet, jo mer tungtveiende er grunnen til kriminalisering,³²⁵ og desto sterkere bør hensynet til den materielle sannhet betones. Alvorlige krenkelser av liv, helse og seksuell integritet griper særlig inn i andres frihetssfære. Ved krenkelser av disse verdiene er det i dag vanlig å si at staten ikke bare har en adgang, men også en plikt, til å kriminalisere

³²² Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 26.

³²³ Strafferettens begrunnelse er et omfattende emne, og det vil føre for langt å fullstendig kartlegge alle perspektiver. Hevn, gjengjeldelse, ansvarliggjøring og forsoning er eksempler på ulike måter straffen har blitt begrunnet. For en grundigere redegjørelse se blant annet Grønning, Husabø, Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 27–55, med videre henvisninger.

³²⁴ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 26.

³²⁵ Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 46.

handlinger og iverksette tilstrekkelig etterforskning.³²⁶ En slik plikt kan som nevnt i punkt 5.4, i dag også utledes av Grl. § 92 og EMK art. 1, hvor staten etter bestemmelsens ordlyd har en plikt til å påse at visse grunnleggende rettigheter blir ivaretatt. Gröning, Husabø og Jacobsen fremhever i den sammenheng hvordan en realisering av individets frihet innebærer at den enkelte får ha sitt liv, sin kropp og sitt privatliv i fred, i tillegg til politisk frihet og en viss næringsfrihet.³²⁷ Disse frihetene forgreiner seg ut i en rekke handlingsnormer som strafferetten bør forsvare og straffeprosessen bør bidra til å realisere.³²⁸ Eksempelvis er eiendomsrett et retts gode – derfor bør også tyveri og innbrudd kriminaliseres for å gi rettsgodet tilstrekkelig vern.³²⁹

Straffeprosessen må samtidig utformes på en måte sikrer at den straffeforfulgtes rettssikkerhet sikres og ivaretas – gjerningspersonen skal møtes som et fritt og ansvarlig individ, og det må utvises respekt for personens menneskeverd.³³⁰ At det gjelder enkelte absolutte forbud for hvilke virkemidler politiet kan ta i bruk under etterforskningen, som forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, en rett til å forholde seg taus, og et forbud mot uforholdsmessig inngrep i privatlivet viser at det i en rettsstat må foretas en verdiprioritering. Basert på denne verdiprioriteringen må det være begrensninger for hvilken informasjon som kan brukes som grunnlag for tiltale og dom.

Slik sett er bevisforbud nødvendig i den moderne rettsstaten. Samtidig bør både strafferetten og straffeprosessen gi fornærmede og etterlatte et visst vern. Fjernes oppmerksomheten fra fornærmede og etterlatte, kan møtet med strafferettsapparatet oppleves som en ny krenkelse, og fornærmede og etterlatte kan unnlate å anmelde straffbare handlinger. Dette kan igjen medføre en uheldig utvikling, hvor konflikten fjernes fra offentlig behandling til selvjustis.³³¹ Også allmennheten bør beskyttes mot tilfeller av alvorlig eller gjentatt kriminalitet. Ivaretagelsen av disse kryssende hensynene kan by på konflikt: en effektiv straffeforfølgning av lovbrudd for å beskytte de lovlydiges rettigheter kan gå utover lovbrysterens rettssikkerhet vis-à-vis

³²⁶ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 46.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2019) s. 42.

³³¹ Strandbakken, *UskylDSPresumsjonen* (2001) s. 50.

myndighetene.³³² De nye bevisforbudsreglene må dermed utformes i et krysningsfelt, hvor flere ulike interesser og målsetninger skal ivaretas og realiseres.

8.3. Begrensningen av materiell sannhet som et problem

Straff blir i norsk rett ofte definert som «et onde staten tilføyer gjerningspersonen på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at det skal føles som et onde».³³³ At formålet med strafferetten er å påføre individet et onde, skiller strafferetten og straffeprosessen fra de fleste andre rettsområder. Rui omtaler dette utgangspunktet som en del av «straffeprosessens egenart».³³⁴ På grunn av straffens karakter og alvor er ileggelse av straff utelukkende et statlig anliggende og i den moderne rettsstaten en del av statens maktmonopol. Skal dette maktmonopolet sikres og den moderne rettsstaten fungere effektivt, er det nødvendig at domstolene treffer avgjørelser som er i overensstemmelse med befolkningens rettsfølelse, og at avgjørelser om bevisforbud anses rimelige.³³⁵ Det er altså ikke nok for staten å ha et maktmonopol – for å fungere effektivt og ha oppslutning, må rettsreglene som styrer straffeforfølgelsen ha legitimitet slik at allmennheten ikke bare føler seg tvunget av lovene, men også forpliktet til å følge rettsreglene som foreligger.³³⁶ Slik kan rettsreglene i det store og hele etterleves, også når det ikke er mulighet til å kontrollere den enkeltes atferd i detalj.³³⁷

Folk flest og jurister kan ofte vurdere spørsmålet om rettens legitimitet via forskjellige innfallsvinkler. Det som innad i det juridiske fagfellesskapet kan virke rasjonelt og legitimt, kan i større eller mindre grad avvike fra den allmenne rettsoppfatningen.³³⁸ Dersom avviket blir for stort, kan rettens legitimitet svekkes. Sæther Mæhle og Aarli beskriver dette fenomenet som at *toleranseterskelen* blir utfordret.³³⁹ Det som særpreger en situasjon hvor toleranseterskelen blir utfordret er for det første at det finnes en relativt utbredt oppfatning i samfunnet om at enten en enkelt regel eller en rettslig avgjørelse ikke er anerkjennelsesverdig. For det andre kjennetegnes situasjonen av at det er en fundamental forskjell mellom hva folk flest umiddelbart vil anse som rimelig og fornuftig,

³³² Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2019) s. 113.

³³³ Se blant annet Rt.1977 s. 1207 på s. 1209, hvor Høyesterett selv bygger på en slik definisjon.

³³⁴ Rui (2014), *Straffeprosessen i perspektiv* s. 390–393.

³³⁵ Brøbech, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 33.

³³⁶ Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett 2.utgave* (2017) s. 421.

³³⁷ Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett 2.utgave* (2017) s. 421.

³³⁸ Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett, 2.utgave* (2017) s. 424.

³³⁹ Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett, 2.utgave* (2017) s. 424.

og det som følger av et fagjuridisk resonnement.³⁴⁰ Dersom den alminnelige borger oppfatter at spørsmålet om beviseskusjon behandles i strid med den allmenne rettsfølelse, kan dette derfor påvirke befolkningens tillit til rettssystemet,³⁴¹ og slik sett utfordre den rettslige toleranseterskelen.

Den prinsipielle betoningen i NOU 2016: 24 tilsier en sterkere betoning av disiplinering og lovformelighetshensyn i straffeforfølgelsen, mens den materielle sannhet skal gis en svakere betoning. Det blir dermed viktigere hva påtalemyndigheten med lovlig informasjon kan *bevise har funnet sted*, enn hva som *faktisk* har skjedd. Jeg mener det er grunn til å stille spørsmål ved om en slik prosessordning på sikt vil ivareta straffeprosessens legitimitet og tillit, eller om utformingen av reglene er egnet til å utfordre den rettslige toleranseterskelen. For den som er strafforfulgt kan muligheten til å legge frem informasjon for å bevise uskyld eller formidlende omstendigheter sentral for å sikre avgjørelsens legitimitet og tillit. Den som har opplevd at overgrepbilder blir spredt på internett eller som i flere tiår har levd i et voldelig forhold, og som omsider går til det skritt å anmelde, kan oppleve det som støtende og urimelig at saken ikke kan etterforskes fordi politiet begikk en feil under etterforskningen, eller at saken henlegges dersom politi og påtalemyndighet ikke i tilstrekkelig grad har blitt disiplinert. Videre er det et argument at dersom notoriske lovbrøtere skal slippe straff fordi bevisene er fremskaffet på «rettsstridig måte», kan det svekke straffens prevensjonsvirkning. Særlig gjelder dette tilfeller hvor lovbrøtere vil kunne begå alvorlig straffbare handlinger igjen, dersom de ikke blir berøvet friheten.³⁴²

En viktig målsetning i straffeprosessen er også at etterforskning og iretteføring gjennomføres på en måte som gjør at straffbare handlinger i betydelig grad avdekkes og at skyldige personer i betydelig grad straffes.³⁴³ Når utkastet § 8-5 jf. § 8-1 i sterkere grad nedtoner hensynet til den materielle sannhet, og slik sett begrenser informasjonstilgangen dersom det er begått feil i etterforskningen, er det grunn til å tro at reguleringen vil medføre at færre skyldige blir straffet, til tross for at politiet faktisk har bevis for den straffbare handlingen. Dersom politi og påtalemyndighet gjennomgående eller

³⁴⁰ Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgave (2017) s. 424.

³⁴¹ Brøbech, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprosessen* (2003) s. 33.

³⁴² Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte* (1959) s. 116.

³⁴³ Øyen, *Straffeprosess* (2019) s. 26.

systematisk svikter i å sikre at straffbare handlinger etterforskes, påtales og straffes, slik at myndighetens evne eller vilje til å håndheve rettsreglene svikter, kan dette svekke rettens legitimitet og allmennhetens tillitt til politi- og påtalemyndighet.³⁴⁴

Derfor mener jeg det er grunn til å konkludere med at utkastet § 8-5 og § 8-1, slik det nå fremstår ikke *bør* innføres. Når hensynet til den materielle sannhet gis en svakere betoning, til fordel for disiplinering og lovformelighet kan det fremstå som en form for «skrivebordjuss» for straffeprosessens aktører, særlig for den straffeforfulgte og fornærmede og etterlatte som kan oppleve at saken virkelige hendelsesforløp ikke kartlegges. Jeg mener at en hovedinnvending mot forslaget er at reguleringen kan medføre svekket tillit til politi og påtalemyndighet og deres evne til å etterforske og oppklare kriminelle handlinger. Det betyr ikke rettsstridige handlinger begått under etterforskningen skal bli stående uten en reaksjon. Tvert imot er det å reagere på lovbrudd nødvendig for å opprettholde et nødvendig tillitsnivå til politi og påtalemyndighet. Reguleringen av, og begrunnelse for bevisforbud slik den nå fremgår av utkastet er derimot lite egnet til å ivareta de ulike aktørenes interesser i straffeforfølgelsen.

³⁴⁴ Sæther Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett*, 2.utgave (2017) s. 426.

9. Konklusjon

Analysene og kartleggingen av utkastet § 8-5 og § 8-1, foretatt i denne oppgaven viser at reglene innebærer en endring i bevisforbudsreglens innhold, og at anvendelsesområdet for når et bevisforbud inntreffer, samt virkningene av bevisforbud vil bli vesentlig utvidet dersom utkastet blir vedtatt. Den største forskjellen i anvendelsesområde er at virkningen av et bevisforbud i langt større grad enn tidligere vil påvirke straffesaksbehandlingen på etterforskningsstadiet, slik at det særlig er prinsippet om bruks- og stadienøytralitet som vil endre praktiseringen av bevisforbudsreglene sammenliknet med gjeldende rett. Spørsmålet vil derfor ikke lengre være om beviset kan *føres*, med om beviset kan *brukes* i straffesaken. Endringen som er foreslått innebærer videre at hvilke bevis som vil avskjæres snevres inn. Etter ordlyden er det kun «rettsstridig» informasjon som kan avskjæres, ved at utkastet avgrenser mot bevisforbud i tilfeller hvor beviset er fremskaffet på «utilbørlig måte». Straffeprosessutvalget fraviker derfor gjeldende rett, og Høyesteretts standpunkt om at «reglene i er like i sivil og straffeprosessen», og sml. med tvl. § 22-7. Utkastet bygger slik sett på et utgangspunkt om ulik adgang til å bruke og føre bevis i sivil- og straffeprosessen.

Analysen i kapittel 6 fremgår det at den prinsipielle betoningen som frem til nå har vært rådende i straffeprosessen ved spørsmål om bevisforbud, i stor grad vil endres dersom utkastet vedtas. Til forskjell fra dagens rettsstilstand, som i særlig grad har betonet materiell sannhet innebærer utkastet en sterkere betoning av hensynet til lovformelighet og disiplinering av politiet. En slik betoning forutsetter at reglene som regulerer politi og påtalemyndighetens virksomhet er klart utformet, slik at lovformelighetshensynet kan ivaretas og disiplinering kan unngås. Slik jeg har eksemplifisert i kapittel 7 i denne oppgaven er det grunn til å stille spørsmål ved om utkastet gir tilstrekkelig klare regler for å ivareta disse hensynene, eksempelvis ved spørsmål om bruken av avledede bevis, eller ved spørsmål om rettsusikkerhet på ervervstidspunktet. Til tross for at Straffeprosessutvalget fremhever et behov for klarere regler for situasjoner hvor informasjon er rettsstridig ervervet, er det vanskelig å se at § 8-1 og § 8-5, slik bestemmelsene nå er utformet lever opp til ambisjonen om mindre skjønsmessige vurderinger og større forutberegnelighet ved straffeforfølgelse.

Videre er det et poeng at den prinsipielle betoningen som kommer til uttrykk i utkastet vil kunne stå i konflikt til andre sentrale straffeprosessuelle hensyn. Særlig er det problematisk at den økte betoningen av hensynet til lovformelighet og disiplinering kan svekke den straffeforfulgtes

rettssikkerhet og fornærmedes rettsvern ved å betone materielle sannhet svakere. Som denne oppgaven viser er det en utfordring å utforme bevisforbudsregler som i tilstrekkelig grad ivaretar straffeprosessens kryssende hensyn. Jeg mener likevel at det er grunn til å diskutere om reglene ikke bør utformes på en måte som bedre sikrer rettighetene til straffeprosessens ulike aktører. Det bør i det minste tas hensyn til at en for strek begrensning i bevistilgangen kan svekke den rettslige toleranseterskelen og tilliten til politi- og påtalemyndighet. Forhåpentligvis kan denne oppgaven være et bidrag til debatten om hvordan den nye straffeprosessloven kan utformes på best mulig måte, slik at reglene som tilslutt skal vedtas av lovgiver i størst mulig grad ivaretar disse kryssende hensynene.

10. Kilder og litteratur

Lover og forskrifter

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
- FOR-1985-06-28-1697 Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)
- Lov 14. august 1995 Lov om politiet (Politoloven)
- Lov av 21. mai 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven)
- Lov 20. mai 2005 Lov om straff (Straffeloven)
- Lov 17. juni 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven)

Litteraturliste

- All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 5. utgave: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, Fagbokforlaget 2018
- Andenæs Johs., *Norsk straffeprosess 4. utgave – samlet utgave ved Tor – Geir Myhrer*. Universitetsforlaget 2009
- Askeland, Bjarte, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz & Ørnulf Rasmussen (red.) *Utfordring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Fagbokforlaget 2013, s. 15 – 25
- Anfinsen, Anne Marie Frøseth, *Observasjon av barn etter straffeprosesslovens § 239 tredje ledd : særlig om siktedes rettssikkerhet*, Universitetsforlaget 1999
- Auglend, Ragnar, Mæland, Henry John & Røsandhaug Knut, *Politirett 2. utgave*. Gyldendal Akademisk 2004
- Auglend, Ragnar & Mæland, Henry John, *Politirett 3. utgave*, Gyldendal juridisk 2016
- Baldersheim, Erlend, Høggir og tomgang i rettskjeldelæra, *Jussens Venner* s. 343 – 377 2017
- Bjerknes, Ole Thomas & Hoff Johansen, Ann Kristin, *Etterforskningsmetoder – en innføring*. Fagbokforlaget 2009
- Brøbech, Birgitte, *Ulovlig tilveiebragte beviser i straffeprosessen*, Jurist og Økonomforbudets Forlag 2003
- Bratholm, Anders, «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1959, s. 109 – 132
- Bratholm, Anders, «Politiet og legalitetsprinsippet», i *Jussens Venner* 1972, s. 1 – 25
- Doublet, David, *Rettsvitenskap og fornuft*, Alma Mater 1995

- Dullum, Jane En ny offerposisjon? Om styrkede rettigheter for fornærmede i straffesaker, *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskap*, (2017) Vol. 103 (3) s. 11–29
- Eckhoff Torstein, *Forvaltningsrett 2. utgave 2. Opplag*, Tanum – Norli, 1984
- Gröning, Linda., Husabø, Erling Johannes & Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Fagbokforlaget 2019
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett 5. utgave*, Universitetsforlaget 2019
- Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse – Rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforlaget 2017
- Husabø, Erling Johannes, *Straffeansvarets periferi: medverking, forsøk og førebuing*, Universitetsforlaget 1999
- Jebens, Sverre Erik, «Ulovlig ervervet bevis og utradisjonell etterforskning» i Aarli, Ragna, Hedlund, Mary-Ann & Jebens, Sverre Erik (red.) *Bevis i straffesaker – Utvalgte emner*, Gyldendal Juridisk 2015
- Kjelby, Gert Johan, «Bevissikring og bevisførsel i familievoldssaker – særlig om adgangen til opplesning av tidligere avgitte forklaringer», *Tidsskrift for strafferett 2004*, s. 7 – 42 2004
- Kjelby, Gert Johan, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker» i Aarli, Ragna., Hedlund, Mary-Ann & Jebens, Sverre Erik (red.), *Bevis i straffesaker – Utvalgte emner*, Gyldendal Juridisk 2015
- Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett 2. utgave*, Cappelen Damm akademisk 2019
- Larsson, Paul. «Tillit til politiet – fra nærhet til forhandlet legitimitet», i Siv. R. Runhovde (red.) *Tillit til politiet*, Politihøgskolen 2010
- Myhrer, Tor-Geir, «Påtalemyndighetens praksis som rettskilde», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2003) s. 219 – 245
- Nørregaard, Marianne, *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellom private*. Forlaget Thomson 2004
- Robberstad, Anne, *Mellom tvekamp og inkvisisjon: straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, Universitetsforlaget 1999
- Robberstad, Anne, *Bistandsadvokaten 3. utgave*, Universitetsforlaget 2014
- Robberstad, Anne, «Partsprosessen og fornærmede», *Tidsskrift for strafferett 2017*, Vol. 17 (4), s. 311 – 328
- Rui, Jon Petter, Straffeprosessen i perspektiv, i *Jussens Venner* (2014) s. 382–443

Rui, Jorun I., *Mistenktes innsyn i straffesaken – I spenningsfeltet mellom tillit og kontroll*. Universitetsforlaget 2017

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen «In dubio pro reo»*. Universitetet i Bergen (doktorgradsavhandling) 2001

Sæther Mæhle, Synne og Aarli, Ragna *Fra lov til rett, 2. utgave.*, Gyldendal 2017

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Papinian A.S. 2009

Ugelvik, Synnøve & Halnes, Yasmine «Privat provokasjon – strafferettslige og straffeprosessuelle konsekvenser av privatpersoners utfordrende etterforskningsvirksomhet» *Tidsskrift for strafferett* (2019) Vol. 19 (3) s. 258–287

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019

Øyen, Ørnulf «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?» i *Lov og rett* (2010), s. 423-438

Forarbeider

NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (1969)
Dokument 16 (2011- 2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*.
NOU 2001: 32 B, *Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*
NOU 2003: 31 *Retten til et liv uten vold – Menns vold mot kvinner i nære relasjoner*
NOU 2009: 12, *Et ansvarlig politi – åpenhet, kontroll og læring*
NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*

Rettspraksis

Høyesterett

Rt.1903 s.699
Rt.1911 s.703
Rt. 1912 s. 145
Rt. 1926 s. 688
Rt. 1937 s. 954
Rt.1977 s.1210
Rt. 1984 s. 1076 (Narkotikaleveranse)
Rt. 1997 s.1207
Rt. 1998 s.407 (Skrik)
Rt. 2001 s.668
Rt. 2007 s.1435
Rt. 1990 s. 1008
Rt.1991 s.616 (Gatekjøkken-kjennelsen)
Rt.1992 s.698 (Treholt II)
Rt.1993 s.473
Rt.1996 s.1558
Rt. 1997 s. 795
Rt. 1997 s. 1778
Rt.1999 s.1269
Rt.2000 s.1223 (Lokkedue)
Rt.2001 s.668
Rt. 2003 s. 1266
Rt.2003 s.1814
Rt. 2004 s. 1366
Rt.2006 s.582 (Ladd pistol)
Rt. 2007 s. 1435
Rt.2008 s.549
Rt. 2008 s. 605
Rt.2008 s.605 (Rekonstruksjon)
Rt.2009 s.1526
Rt.2009 s.1526 (Fengselsprest)
Rt. 2011 s. 1224 U
HR-2011-1649
Rt. 2013 s. 323
Rt.2013 s. 905 (Sunseeker)
Rt.2013 s.1282
Rt.2014 s.916 (Forsikringsagent)
Rt.2015 s.1435 (Lime II)
Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)
HR-2019-1967- A (Biologisk spor)
HR-2020-1137-U

Underrettspraksis

LG-2016-62717

TJARE-2016-43883

EMD

Schenk v. Switzerland [P] ECHR:1988:0712JUD001086284

Osman v. The United Kingdom [GC] ECHR: 1998:1028JUD002345294

M.C. v. Bulgaria [J] ECHR:2003:1204JUD003927298

Kontrová v. Slovakia [J] ECHR:2007:0531JUD000751004

K.U v. Finland [J] ECHR:2008:1202JUD000287202

Opuz v. Turkey [J] ECHR: 2009:0609JUD003340102

Gäfgen v. Germany [GC] ECHR:2010:0601JUD002297805

Zashevi v. Bulgaria [J] ECHR: 2010:1202JUD001940605

Biser Kostov v. Bulgaria [J] ECHR:2012:0110JUD003266206

Valiulienė v. Lithuania [J] ECHR:2013:0326JUD003323407

Söderman v. Sweden [GC] ECHR: 2013:1112JUD000578608

Ibrahim and others v. The United Kingdom [GC] ECHR: 2016:0913JUD005054108

Rapporter

Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport 2018*

Jahre, Hans-Petter m.fl. (2020) *Bedre og mer effektiv straffesaksbehandling i domstolene*

Politiet, *Politiets innbyggerundersøkelse 2019*

Elektroniske artikler

Bakke Foss, Andreas «Vil hasteinnføre deler av ny lov for å kutte køen i domstolene», *Aftenposten*, 29. mai 2018, <https://www.aftenposten.no/norge/i/kazyaa/vil-hasteinnfoere-deler-av-ny-lov-for-aa-kutte-koeen-i-domstolene>

Det norske akademis ordbok, *Tillit.*, Hentet fra: <https://naob.no/ordbok/tillit>.

Statistikk

Statistisk sentralbyrå (2019), *Anmeldte lovbrudd og ofre*. Hentet fra:

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/lovbrudda>

Internasjonale konvensjoner

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

Rundskriv

Riksadvokatens kvalitetsrundskriv, *Rundskriv nr. 3/2018*

Riksadvokatens rundskriv 2/2018, *Infiltrasjon og provokasjon*

Høringssvar

Oslo politidistrikt, *Høringssvar NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov*

Politidirektoratet, *Hørings svar – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov*
Riksadvokaten, *Høring – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov*
Sør – vest politidistrikt, *Høring – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov*
Øst politidistrikt, *Hørings svar – Ny straffeprosesslov*
Øyen, Ørnulf, *Høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov*