

Bruk av bevis innhentet av utenlandske myndigheter

Særlig om bevis som er innhentet etter reglene som gjelder i det aktuelle landet, men hvor tilsvarende beviserverv kan være i strid med norsk rett

Kandidatnummer: 130

Antall ord: 11225



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	3
1.1	Tema, problemstilling og aktualitet	3
1.2	Metode og rettskildebildet	4
1.3	Videre fremstilling	4
2	INNHEMING AV BEVIS FRA UTLANDET	5
2.1	Generelt	5
2.2	Internasjonalt straffesakssamarbeid	5
2.3	Beviserverv ved bruk av rettsanmodning.....	6
3	RETTLIGE UTGANGSPUNKTER	9
3.1	Generelt	9
3.2	Prinsippet om fri bevisførsel.....	9
3.3	Prinsippet om fri bevisbedømmelse	10
4	BEVISFORBUD FOR UTENLANDSKE BEVIS	11
4.1	Generelt	11
4.2	Bevisforbud begrunnet i personvern hensyn	12
4.2.1	Generelt	12
4.2.2	Bruk av opplysninger fra løgn detektortest.....	12
4.2.3	Bruk av opplysninger innhentet ved kommunikasjon kontroll	13
4.3	Bevisforbud begrunnet i grunnleggende rettigheter og idealer	15
4.3.1	Generelt	15

4.3.2	Kravet til «fairness» for bevisføringen	16
4.4	Bevisforbud fordi beviset er innhentet i strid med «grunnleggende norske verdioppfatninger»	18
4.4.1	Oppfølging av kjennelsene	22
5	OPPSUMMERING AV VILKÅRENE	27
5.1	Innledning.....	27
5.2	Beviset må være innhentet etter reglene som gjelder i det aktuelle landet.....	27
5.3	Den tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningene som er innhentet.....	28
5.4	Innhenting må ikke være gjennomført på en måte som gjør at bruken av bevisene vil være i strid med grunnleggende norske verdier	30
5.4.1	Uttrykket «grunnleggende norske verdioppfatninger»	30
5.4.2	Ordre public-forbeholdet	31
5.4.3	Grunnleggende hensyn og prinsipper i norske verdioppfatninger	33
5.4.4	Et vern av beskyttelsesverdige interesser	35
6	AVSLUTNING	37
6.1	Oppsummering	37
6.2	Rettspolitiske vurderinger	39
7	LITTERATURLISTE.....	Feil! Bokmerke er ikke definert.

1 INNLEDNING

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for oppgaven er bruk av bevis innhentet av utenlandske myndigheter. Oppgavens problemstilling er i hvilke tilfeller et bevis skal nektes fremmet i norsk domstol når beviset er innhentet etter reglene som gjelder i det aktuelle landet, men hvor tilsvarende beviserverv kan være i strid med norsk rett.

Internasjonalisering har økt straffeprosessuelt samarbeid på tvers av landegrensener. Dette har økt tilgangen til bevismateriale fra utlandet. Bruk av utenlandske bevis blir stadig mer aktuelt i straffesaker i Norge. Problemstillingen kan oppstå ved at en person tilknyttet Norge, kan ha blitt etterforsket i utlandet gjennom anmodning om bistand fra norske myndigheter eller ved at et land i kraft av jurisdiksjon på eget territorium initierer etterforskningen. Vi kan motta etterforskningsmateriale fra land som har en rettskultur lik vår egen, eller fra land med ulike straffeprosessuelle metoder og avvikende rettssikkerhetsgarantier. At et bevis er innhentet på en måte som ikke ville vært i samsvar med norsk rett nødvendiggjør en klarhet i hvordan disse bevisene skal behandles.

I lys av straffeprosessens overordnede mål om å realisere straffansvar, er behandling av bevis en kjerneoppgave i straffeprosessen. Behandlingen av bevis innhentet i utlandet er imidlertid ikke lovregulert og det har historisk sett vært lite problematisert for Høyesterett. I Rt. 2002 s. 1744 avsa Høyesterett en kjennelse angående bruk av bevismateriale innhentet ved bruk av kommunikasjonskontroll i Spania. Ettersom forholdet ikke hadde en tilstrekkelig høy strafferamme etter straffeprosessloven § 216 a, ville kommunikasjonskontrollen ikke vært tillatt etter norsk rett. I behandlingen av saken oppstilte kjæremålsutvalget en rettsregel om at slike bevis bør være tillat ført, med mindre bevisinnhentingen «er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger». I avhandlingen vil jeg forsøke å utdype hva dette kriteriet innebærer.

Spørsmålet har i senere tid aktualisert seg etter at fransk og nederlandsk politi iverksatte en omfattende europeisk politioperasjon som introduserte en etterforskning av det krypterte telekommunikasjonsnettverket «EncroChat» hvor brukere av tjenesten over hele verden planla blant annet grove narkotikaforbrytelser og drap. I etterforskningen ble det avdekket flere norske brukere som diskuterte grove narkotikalovbrudd og annen organisert kriminalitet.

Spørsmålet om påtalemyndigheten skulle få lov til å bruke datamateriale de innhentet fra EncroChat som bevis ble behandlet av Høyesterett i HR-2022-1314-A. Også her var den domstolskapte regelen om grunnleggende norske verdioppfatninger gjenstand for vurdering. Jeg kommer nærmere inn på dette i punkt 4.4.

1.2 Metode og rettskildebildet

Det vil i avhandlingens første del benyttes rettsdogmatisk metode da jeg vil redegjøre for gjeldende rett. Dette innebærer at rettskildefaktorene identifiseres etter relevans. Jeg vil sikte på å samle, bearbeide, systematisere og presentere rettsstoffet, før jeg sammenholder rettskildefaktorene og avklarer eventuelle spenninger mellom de ulike rettskildefaktorene.

De menneskerettslige reglene i Grunnloven og EMK er av stor betydning for straffeprosessen og normene vil fremstilles både som skranker for det ulovfestede prinsippet om fri bevisførsel og som prinsipper for tolkning av reglene om bruk av utenlandske bevis. Etersom regelen jeg skal undersøke er ulovfestet, vil rettspraksis være en svært sentral rettskilde da Høyesterett ved flere anledninger har behandlet spørsmålet om bruk av bevis innhentet i utlandet. Forarbeidene til straffeprosessloven samt endringslovene vil supplere drøftelsen i form av relevante uttalelser om bevis fra utlandet.

For å løfte blikket vil jeg underveis i drøftelsen sammenligne med utenlandsk rett og vise til rettsavgjørelser fra henholdsvis Frankrike og Tyskland. Det vil identifiseres likheter og forskjeller mellom reglene i landene med et fokus på hvordan domstolene i de respektive landene har behandlet spørsmålet om bruk av EncroChat bevisene.

1.3 Videre fremstilling

Først skal det i kapittel 2 kort redegjøres for regler som har betydning for tilgang til og innhenting av bevis i utlandet. Kapittel 3 redegjør for det rettslige utgangspunktet for bevisinnhenting i norsk straffeprosess, herunder prinsippene om fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse. Den rettslige vurderingen av utenlandske bevis omhandles i kapittel 4. Det gis en oppsummering og nærmere analyse av de konkrete vilkårene for innhenting av utenlandske bevis i kapittel 5. Avslutningsvis vil kapittel 6 ta for seg avsluttende bemerkninger, med noen *de-lege-ferenda*-betraktninger som vies en kort omtale.

2 INNHEMING AV BEVIS FRA UTLANDET

2.1 Generelt

Rettslig samarbeid mellom stater er ikke et nytt fenomen, men man har som nevnt over, gjennom internasjonalisering sett at samarbeid mellom statene blir nødvendig i stadig flere straffesaker. I takt med det økende behovet for internasjonalt rettslig bistand, har det de siste årene blitt utviklet nye overenskomster for internasjonalt samarbeid. Bevisinnhenting over landegrensene er i dag en viktig del av straffesaksbehandlingen.¹

Folkeretten er en viktig rettskilde i straffeprosessen da straffeprosessloven gjelder med «*de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat*», jf. straffeprosessloven § 4 første ledd. De folkerettslige reglene er dermed av betydning ved spørsmålet om bevis som tilkommer norske straffesaker. Dette innebærer at norske domstoler må forholde seg til begrensninger satt av andre stater da statene har eksklusiv enerett til etterforskning på eget territorium. Folkeretten åpner imidlertid for at stater kan samtykke til og bistå andre land i etterforskning av straffesaker.² I lys av den internasjonale utviklingen er det i straffeprosesslovutvalgets mandat til ny straffeprosesslov fremhevet at en ny lov bør gi et dekkende uttrykk for Norges folkerettslige forpliktelser, og ikke minst *menneskerettighetene*.³

2.2 Internasjonalt straffesakssamarbeid

Det grunnleggende folkerettslige suverenitetsprinsippet innebærer at alle stater er suverene og likeverdige. Dette betyr at det bare er landets myndigheter som kan gi lover, foreta inngrep og utøve annen myndighet på eget territorium. Suverenitetsprinsippet har derfor betydning for hvordan politiet kan drive etterforskning. Norske myndigheter er i stor grad avhengig av bistand fra den andre staters myndigheter hva gjelder utenlandske bevis. Bevis fra utlandet kan tilkomme norske straffesaker gjennom generell anmodning om bistand, gjennom konkret anmodning om bistand med et spesifikt mål eller ved at utenlandske myndigheter på eget

¹ Se Grøstad (2020) s. 19.

² Se Bruce (2015) s. 447.

³ Se del 1 i forslaget til ny straffeprosesslov i NOU 2016: 24, s. 101.

initiativ opptar bevis mot personer som skal straffeforfølges i Norge.⁴ Det er opp til den enkelte stat å avgjøre om man vil bistå andre land med å oppta bevis, men gjennom konvensjoner og bilaterale avtaler har statene forpliktet seg til å bistå hverandre.⁵

Norge er i dag tilknyttet en rekke internasjonale avtaler om straffesakssamarbeid. Avtalene er gjennomført i ulike lover og forskrifter.⁶ Utfyllende regler er gitt i forskrift om internasjonalt straffesakssamarbeid. For å gjøre reglene på området tydeligere og lettere tilgjengelige, har straffeprosessutvalget foreslått å samle reglene inn i en ny straffeprosesslov.⁷ For anmodninger om bistand mellom de nordiske landene gjelder det særlige regler.⁸

Norge er med i de europeiske justis, politi- og tollsamarbeidene i Eurojust og Europol.⁹ Dette har imidlertid ikke noe særlig betydning for selve adgangen til å føre utenlandske bevis i straffesaker i Norge.¹⁰ For utveksling av bevis mellom stater er derimot særlig Konvensjonen om gjensidig samarbeid i straffesaker av 1959 relevant.¹¹ Konvensjonen er gjennomført i forskrift om internasjonalt straffesakssamarbeid.¹²

2.3 Beviserverv ved bruk av rettsanmodning

Når politi- og påtalemyndigheten har behov for bistand fra et annet lands myndigheter til å innhente bevis, skal dette som hovedregel begjæres ved en rettsanmodning jf. forskrift om internasjonalt straffesakssamarbeid §§ 3 og 10. Begrepet «rettsanmodning» er ikke definert i konvensjoner eller norske lovtekster. I Europarådskonvensjonen av 20. april 1959 om gjensidig hjelp i straffesaker artikkel 3 er rettsanmodninger beskrevet som anmodninger «fra de judisielle myndigheter i den anmodende stat med sikte på å få framskaffet bevis eller få oversendt bevismateriale, utskrifter eller dokumenter». Bruce definerer en rettsanmodning

⁴ Se Grøstad (2020) s. 84-86.

⁵ Se Bruce (2015) s. 450.

⁶ Se utleveringsloven og domstolloven.

⁷ Se del 1 i forslaget til ny straffeprosesslov i NOU 2016: 24, s 108 og del 4, s. 622 flg.

⁸ Se Grøstad (2020) s. 26.

⁹ Se nærmere om dette i Ugelvik, *Police cooperation and sovereignty in the EU: Norway's lessons for Europe* s. 52-56 og 126-127 som gir en fremstilling av Eurojust og Europol og Norges tilknytning til disse samarbeidsorganisasjonene.

¹⁰ Se Torgersen (2009) s. 80.

¹¹ Se 1959 konvensjonen om gjensidig samarbeid i straffesaker.

¹² Se forskrift om internasjonalt straffesakssamarbeid av 2012.

som en forespørsel «om bistand mellom to lands judisielle myndigheter».¹³ Definisjonen med 1959-konvensjonens ordlyd «letters rogatory» som gjennomgående kommer til uttrykk i art. 3, 4, 5 og 6.

Reglene om utforming av rettsanmodninger er hjemlet i forskrift om internasjonalt samarbeid i straffesaker (heretter forskriften). Etter forskriften § 13 første ledd b skal en rettsanmodning om bevisopptak fra utlandet «så vidt mulig» inneholde informasjon om hvilken bistand som ønskes.¹⁴ Ordlyden tilsier at det en spesifisering av bistandsbehovet ikke er påkrevet, men at det bør etterstrebes. Ved anmodning om iverksettelse av etterforskning bør en begrunnelse om hvorfor staten bør iverksette etterforskning legges ved sammen med en beskrivelse av handlingene og bevisene.¹⁵

Suverenitetsprinsippet er til hinder for at norske myndigheter kan anvende tvangsmidler i andre land. Som følge av dette, vil en rettsanmodning til utlandet være hensiktsmessig der tvangsmidler er et nødvendig ledd i etterforskningen av et straffbart forhold i et annet land. Dersom en rettsanmodning innebærer bevisinnhenting gjennom tvangsmidler, skal det «vedlegges beslutning om bruk av slikt tvangsmiddel fra kompetent norsk myndighet», jf. forskrift om internasjonalt straffesakssamarbeid § 13 tredje ledd. Bestemmelsen forutsetter at inngrepet er tillatt etter norsk rett.¹⁶ Straffeprosesslovutvalget har foreslått at kravet til tilsvarende hjemmel i norsk lov skal følge uttrykkelig av ny straffeprosesslov.¹⁷

Utvalget kommenterer forslaget til ny straffeprosesslov § 24-1 som omhandler anmodning om bistand og uttaler: «*Det kan ikke anmodes om bistand utover hva det ellers er hjemmel for i norsk rett*». Her illustreres en viktig begrensning hvor det sentrale er at bistanden som anmodes om ikke kan medføre noe som er ulovlig etter norsk rett.

¹³ Se Bruce (2015) s. 459.

¹⁴ Forskrift om internasjonalt straffesakssamarbeid.

¹⁵ Se Grøstad (2020) s. 88. Kapittel 5 gir en nærmere fremstilling av reglene om utforming av rettsanmodninger.

¹⁶ Prop. 97 LS (2011–2012) side 32.

¹⁷ Se NOU 2016: 24 s. 623.

Utenlandske bevisopptak skal «betraktes som feilfrie dersom enten den fremmede retts eller den norske retts former er iaktatt», jf. domstolloven § 48 femte ledd.¹⁸ Bestemmelsen kan begrunnes i at utenlandske myndigheter ikke kan pålegges å tilfredsstillere norske prosessregler. Dette ville i praksis utgjort en uakseptabel sperre mot internasjonalt samarbeid, jf. Rt. 2005 s. 1524 avsnitt 19 og 20. Etter rettspraksis kan bestemmelsen forstås slik at «et bevisopptak i utlandet formelt sett kan likestilles med et bevisopptak holdt for norske domstoler», jf. Rt. 1997 s. 869. Dette er imidlertid betinget av at anmodning om bistand er i tråd med grunnleggende rettssikkerhetsgarantier.¹⁹

Videre kan bevismateriale fra utlandet tilflyte norske myndigheter uten at Norge har anmodet om dette. Da snakker vi om bevismateriale utlevert på eget initiativ fra avgiverlandet.²⁰ Situasjonen er for eksempel at en samtale på telefon eller internett som inkriminerer en person som kan straffeforfølges i Norge blir plukket opp av utenlandske myndigheter. Gjennom Norges avtale med Europol vil materialet sendes til Kripos for videre etterforskning. Dette var situasjonen i «Operasjon Emma» da norsk politi ved Kripos fikk tilgang til datamateriale fra nederlandsk og fransk politi etter infiltrasjon av det krypterte telekommunikasjonsnettverket EncroChat. Vi kommer tilbake til dette i kapittel 4.

¹⁸ «Bevisopptak» i domstolloven §§ 47-48 omfatter opptak av bevis i vid forstand.

¹⁹ Se Rt. 1996 s. 805 og NOU 2016: 24 s. 351.

²⁰ Se Torgersen (2009) s. 458.

3 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

3.1 Generelt

Straffeprosessens grunnleggende formål er å realisere den materielle strafferetten. Loven skal legge til rette for at straffbare handlinger avdekkes og at skyldige personer straffes.²¹ Som et ledd i dette må det reelle hendelsesforløpet i en sak kartlegges. Dette skjer fortrinnsvis ved at politi- og påtalemyndighet innhenter bevis som kan fremlegges for domstolen i behandlingen av skyldspørsmålet. Hovedregelen i norsk rett er bevisfrihet, som gjerne brukes som en samlebetegnelse på prinsippene om fri bevisføring og fri bevisbedømmelse.²²

Prinsippene kommer ikke direkte til uttrykk i straffeprosessloven. Dette skyldes blant annet fordi de blir ansett som selvsagte.²³ Prinsippene er forutsatt gjennom en rekke bestemmelser i straffeprosessloven og grundig forankret i rettspraksis.²⁴

3.2 Prinsippet om fri bevisførsel

Hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat leder til en naturlig formodning om adgang til fri bevisførsel slik at partene kan legge frem de bevis de ønsker i saken. Alle bevis som kan kaste lys over hendelsesforløpet uavhengig av dets kvalitet, kan i utgangspunktet fremlegges.²⁵ Føres alle bevis, blir saken best mulig opplyst. Dette vil kunne gi gode forutsetninger for at retten treffer en beslutning som ligger så nært opp til sannheten som mulig – et mål som springer ut fra hensynet til et materielt riktig resultat. Hva som egentlig er sannheten, kan åpenbart diskuteres, men det er ikke anledning til en slik diskusjon i denne avhandlingen.

²¹ Se NOU 2016: 24 side 119.

²² Se Skoghøy (2016) s. 67.

²³ NUT 1969:3 s. 197.

²⁴ Se f.eks. Rt. 1990 s. 1008, Rt. 2995 s. 610 og Rt. 1996 s. 1114.

²⁵ Se Strandbakken (2003) s. 181.

Det er liten tvil om at hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat har stor gjennomslagskraft i praksis, og taler i utgangspunktet for at alle bevis føres. Prinsippet om fri bevisførsel er også utgangspunktet i dansk²⁶ og svensk rett.²⁷

3.3 Prinsippet om fri bevisbedømmelse

Etter den endelige bevisførselen, trekker retten slutninger fra bevismidlene ved at det foretas en såkalt bevisbedømmelse. Prinsippet om fri bevisbedømmelse er sikker rett.²⁸ Dette er en slags intellektuell virksomhet som innebærer overveielse av bevis.²⁹ Rettspraksis beskriver bevisbedømmelsen under beviskravet slik:

«Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulik bevisstyrke. Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen.»³⁰

Uttalelsen tilsier at det som utgangspunkt vil være stor frihet innenfor rammen av sannhetssøken. Den frie bevisbedømmelsen vil gjøre det mulig å foreta en helhetlig vurdering hvor svakhetene og styrkene ved de fremlagte bevisene tas i betraktning. Retten bedømmer på fritt grunnlag om bevisene som finnes i en sak holder til domfellelse ut fra en skjønnsmessig og subjektiv vurdering.³¹ Selv om det ikke finnes skrevne regler om at bevisbedømmelsen skal foretas etter en bestemt metode, er det viktig å understreke at det må stilles krav om at bevisbedømmelsen skjer på en forsvarlig måte.³²

I tysk rett er prinsippet om fri bevisbedømmelse (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*) lovfestet i den tyske straffeprosessloven (*Strafprozessordnung, StPo*) § 261. Prinsippet ble brukt som utgangspunkt for tysk Høyesteretts vurdering av lovligheten ved EncroChat-bevisene. Dette blir nærmere omtalt i punkt 4.4.

²⁶ Retsplejeloven § 880.

²⁷ Rättegångsbalk kapittel 35 § 1.

²⁸ NUT 1969:3 s. 308.

²⁹ Løvlie (2014) s. 270-272.

³⁰ Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14.

³¹ Se Prop 141 L (2009-2010) s. 63

³² Se f.eks. Strandbakken (2003) s. 213-215.

4 BEVISFORBUD FOR UTENLANDSKE BEVIS

4.1 Generelt

Hovedregelen om fri bevisførsel gjelder også for bevis innhentet i utlandet slik at bevis fra utlandet kan i utgangspunktet legges frem i norske straffesaker.³³ Å søke materiell sannhet for enhver pris kan imidlertid bryte med andre hensyn som gjør seg gjeldende i straffeprosessen. Andre beskyttelsesverdige interesser kan tilsi at bevis som kunne opplyst saken, likevel ikke tillates ført. Utgangspunktet om fri bevisførsel vil dermed i noen tilfeller begrenses. Norsk rett inneholder en rekke bevisforbud. Formålet i det følgende er ikke å gi en uttømmende fremstilling av alle bevisforbud og betydningen disse kan ha for beviserverv fra utlandet. Bevisforbudene er valgt av hensyn til relevansen til temaet, og systematisert etter hensynene som begrunner forbudene.

Straffeprosessen bør være tillitsvekkende³⁴ og allmennheten har en interesse i at integriteten til den juridiske prosessen ivaretas. Å tillate bevis som er ulovlig innhentet eller i strid med grunnleggende rettigheter kan skade denne integriteten. På en annen side er behovet for en effektiv rettshåndhevelse viktig i straffeprosessen.

Spørsmål om bevisforbud vil følgelig bero på en avveining av de interessene som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Dette er også lagt til grunn i praksis fra Strasbourg. I storkammersaken *Bykov mot Russland* fra EMD, ble det lagt til grunn at dersom et bevis er innhentet i strid med et hensyn eller en konvensjonsbestemmelse, innebærer ikke det uten videre at beviset ikke kan tillates først dersom prosessen sett under ett må anses som «fair»³⁵. I saken ble en hemmelig politiaksjon med blant annet, et skjult båndopptak, ansett for å være i strid med artikkel 8, men det var likevel ingen krenkelse av artikkel 6 å benytte bevis fra aksjonen.

I det videre skal jeg i punkt 4.2 til punkt 4.4 undersøke de bevisforbudene som er begrunnet i grunnleggende rettssikkerhetsgarantier og andre beskyttelsesverdige hensyn.

³³ Rt. 2002 s. 1744 s. 1745-1746.

³⁴ Se Torgersen (2006) s. 535.

³⁵ Se f.eks. *Bykov v. Russland*, 10 mars. 2009 (Sak 4378/02).

4.2 Bevisforbud begrunnet i personvern hensyn

4.2.1 Generelt

Det er en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i det norske rettssystemet at den personlige integriteten skal beskyttes mot myndighetenes inngrep.³⁶ Bevisførselen kan følgelig innskrenkes når beviset er innhentet på en måte som innebærer alvorlige personvern krenkelser. På den annen side har rettsstaten som nevnt en viktig oppgave i å bekjempe kriminalitet. Et strengt beviskrav begrenser påtalemyndighetenes mulighet til å bekjempe kriminalitet.³⁷ I merknadene til politiregisterloven § 1 fremgår det at hensynet til personvernet i utgangspunktet må vike i det tilfellet det ikke kan forenes med hensynet til kriminalitetsbekjempelse. I en god rettsstat forutsettes det at verdier og kryssende hensyn veies mot hverandre, slik at det bør foreligge en god balansegang og avveining mellom hensynet til personvern på den ene siden og hensynet til kriminalitetsbekjempelse på den andre siden.

Personvern hensyn kan ha ulik gjennomslagskraft i ulike deler av verden. I norsk rett gjelder det for eksempel et forbud mot bruk av opplysninger fra løgndetektortester og begrensninger i adgangen til bruk av opplysninger fra kommunikasjonskontroll. I Europa og i verden ellers, varierer denne praksisen.

4.2.2 Bruk av opplysninger fra løgndetektortest

Det ulovfestede forbudet mot bruk av opplysninger fra løgndetektortester kom først til uttrykk i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1996 s. 1114. Høyesterett nektet opplysninger fra løgndetektortest ført under henvisning til at et slikt bevis var upålitelig og fordi «sterke personvern hensyn tilsier at det ikke åpnes for slik bevisførsel».³⁸ I sivilprosessen er forbudet lovfestet i tvisteloven § 22-6 fjerde ledd, som en direkte konsekvens av Høyesteretts avgjørelse. Forbudet er foreslått inntatt i den nye straffeprosessloven.³⁹ I forarbeidene til tvistelovens bestemmelse er forbudet særlig begrunnet i ønsket om å «unngå en situasjon der

³⁶ Se Grunnloven § 113. Legalitetsprinsippet gir uttrykk for en grunnleggende materiell rettssikkerhetsgaranti ved at myndighetenes inngrep overfor borgerne må ha et rettslig grunnlag i lovgivningen.

³⁷ Strandbakken (2003) s. 72.

³⁸ Se Rt. 1996 s. 1114 s. 1122.

³⁹ Se NOU 2016:24 s. 583.

en part eller et vitne føler seg tvunget til å ta en slik test som kan oppleves som integritets- og personlighetskrenkende».⁴⁰

Når sterke personvern hensyn taler for et slikt bevisforbud i Norge, må en anta at forbudet også må gjelde opplysninger som stammer fra løgndetektortest i utlandet. Tvisteloven § 22-6 fjerde ledd fremhever at: «Det kan ikke føres bevis om en parts eller et vitnes troverdighet hvor beviset er grunnet på testing av fysiologiske reaksjoner».⁴¹ Ordlyden tilsier at forbudet er generelt og det sondres ikke mellom hvilket land testen gjennomføres i. Dette taler etter mitt syn for at opplysninger fra løgndetektortester gjennomført i utlandet ikke kan anvendes som bevis for en norsk domstol.

I den retning trekker også en avgjørelse i Agder lagmannsrett som omhandlet bruk av opplysninger fra løgndetektortest gjennomført i Sverige.⁴² Lagmannsretten fastslo at tiltalte ikke får «noen større adgang til å fremlegge resultatet av løgndetektortesten ved å reise over grensen til Sverige». Retten uttalte videre: «[f]orbudet mot løgndetektortest hviler på en overordnet prinsipiell begrunnelse knyttet til personvern hensyn som innebærer en total avvisning av denne type bevis.» Rettsforståelsen er slik at forbudet ikke kan omgås ved å la seg teste av myndighetene i et land som tillater løgndetektortester. Dette tilsier også at forbudet er generelt.

Det er på det rene at interessene man søker å ivareta gjennom forbudet gjør seg like fullt gjeldende for bevis innhentet i utlandet, og i teorien er det fremholdt at konsekvenshensyn taler for å behandle denne type bevis på samme måte uansett hvor det er innhentet.⁴³

4.2.3 Bruk av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll

Bruk av opplysninger fra skjult tvangsmiddelbruk, herunder kommunikasjonskontroll, reguleres av straffeprosessloven § 216 i. Regelen kan forstås som en generell taushetsplikt om bruk av kommunikasjonskontroll. Den gjelder også for dataavlesing.⁴⁴ Hovedregelen er at politiet eller andre har taushetsplikt om «opplysninger som fremkommer ved kontrollen» og

⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459.

⁴¹ Tvisteloven § 22-6 fjerde ledd.

⁴² LA-2002-1173.

⁴³ Torgersen (2009) s. 464.

⁴⁴ Bruce (2018) s. 289 og HR-2022-1314-A avsnitt 25.

andre opplysninger i saken «som er av betydning for etterforskningen, og som de blir kjent med i forbindelse med kontrollen eller saken», jf. bestemmelsens første ledd. Ordlyden tilsier et forbud mot videreformidling av informasjon som er innhentet fra kontrollen. Bestemmelsen oppstiller altså begrensninger for bruk av bevis ervervet gjennom kommunikasjonskontroll. Begrensningene ble begrunnet med at kommunikasjonskontroll er en «svært integritetskrenkende etterforskningsmetode som er forbeholdt særlig alvorlige forbrytelser».⁴⁵

Gjennom et samspill mellom lovgiver og Høyesterett har reglene vært gjenstand for flere endringer. Før lovendring i 1999 fulgte det av § 216 i at kommunikasjonskontroll fritt kunne «brukes som ledd i etterforskningen av straffbare forhold», men at opplysningene ikke kunne fremlegges som bevis under hovedforhandling. Dette ble begrunnet i at opplysninger innhentet ved telefonkontroll hadde liten bevisverdi samtidig som at påtalemyndigheten i liten grad ville ha behov for å bruke opplysninger fra kommunikasjonskontroll som bevis.⁴⁶

Det opprinnelige standpunktet har endret seg da det i dag foreligger en rekke unntak fra taushetsplikten. Dagens straffeprosesslov § 216 i første ledd lyder slik:

«Alle skal bevare taushet om at det er begjært eller besluttet kommunikasjonskontroll i en sak, og om opplysninger som fremkommer ved kontrollen. Det samme gjelder andre opplysninger som er av betydning for etterforskningen, og som de blir kjent med i forbindelse med kontrollen eller saken.»⁴⁷

Unntakene fra dette utgangspunktet følger av første ledd bokstav b, c og d. Bokstav b åpner for bruk av informasjon som bevis for det forholdet som begrunnet kontrollen. I bokstav c fastslås at det er tillatt å bruke informasjon fra kommunikasjonskontroll om et forhold som ikke direkte knyttes til den opprinnelige begrunnelsen for kontrollen dersom det andre straffbare forholdet «etter sin art kunne ha begrunnet» kommunikasjonskontroll.

Det mest vidtrekkende unntaket finnes i straffeprosessloven § 216 i første ledd bokstav d. Denne regelen åpner for bruk av overskuddsinformasjon som bevis uavhengig av om det

⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 64 (1998–99) s. 75.

⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 40 (1991–92) s. 32.

⁴⁷ Se straffeprosessloven § 216 i.

straffbare forholdet åpner for slik kontroll. I forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at den «innebærer en ikke ubetydelig utvidelse av adgangen til å benytte overskuddsinformasjon som bevis».⁴⁸

Ettersom problemstillingen knytter seg til bevisinnhenting fra utlandet, er det nødvendig å vurdere om bestemmelsen er gjeldende for bruk av opplysninger som stammer fra kommunikasjonskontroll gjennomført i utlandet. Ordlyden er generelt utformet og knytter seg ikke til materialets opphavsland, men til selve bruken av opplysninger fra kommunikasjonskontroll. Det er dermed mest nærliggende å forstå det slik at det er av underordnet betydning om materialet kommer fra kommunikasjonskontroll i utlandet.

Problemstillingen er imidlertid berørt i rettspraksis. Prinsippavgjørelsen inntatt i Rt. 2002 s. 1744 (Spania), tilsier at § 216 bokstav i ikke gjelder for bruk av opplysninger fra kommunikasjonskontroll i utlandet. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.4.

4.3 Bevisforbud begrunnet i grunnleggende rettigheter og idealer

4.3.1 Generelt

Grunnleggende verdier i en rettsstat er vernet mot vilkårlig frihetsberøvelse og krav om en rettferdig rettergang for uavhengige domstoler. Menneskerettsvernet stiller krav til behandlingsmåten i straffesaker i form av prinsipper eller konkrete rettigheter blant annet i EMK artikkel 6, som er den mest fundamentale konvensjonsbestemmelsen for prosessuelle rettigheter for personer som er siktet for en straffbar handling. Bevisforbud av hensyn til slike idealer er begrunnet med at «et bevisforbud er nødvendig for at rettspleien skal være en rettsstat verdig».⁴⁹

⁴⁸ Se Prop. 147 L (2012–2013), s. 178.

⁴⁹ Se Øyen (2016) s. 412.

4.3.2 Kravet til «fairness» for bevisføringen

Etter EMK art. 6 skal enhver person sikres rett til en rettferdig rettergang («fair (...) hearing»).

Parallellbestemmelsen i Grunnloven § 95 lyder:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig. Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet.»⁵⁰

Kravet til en rettferdig rettergang innebærer en helhetsvurdering av alle sider av domstolsbehandlingen. I *Al-Khawaja and Tahery mot Storbritannia* uttalte EMD:

«In making this assessment the Court will look at the proceedings as a whole.»⁵¹ Sakens rettferdighet bedømmes dermed ut fra en helhetsvurdering.

Dette innebærer at hele prosessen, herunder innhenting av bevis, må ses under ett. Dersom et bevis er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte kan det reise spørsmålet om rettergangen har vært rettferdig. Kravet til en rettferdig rettergang stiller krav til «fairness» for bevisføringen. Skranker for bevisføringen som følge av ulovlig beviserverv må dermed vurderes etter EMK art. 6 nr. 1.⁵²

Som utgangspunkt, angir ikke art. 6 regler om føring av bevis. Imidlertid vil det gjelde et klart unntak fra dette utgangspunktet i de tilfellene et bevis er innhentet i strid med EMK art. 3, for eksempel ved tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dette vil alltid innebære

⁵⁰ Grunnloven § 95.

⁵¹ *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, avsnitt 118.

⁵² Se Torgersen (2009) s. 75.

et brudd på EMK art. 6.⁵³ Torturkonvensjonen art. 15 oppstiller også et bevisforbud for bevis innhentet ved tortur.⁵⁴

EMD har i flere saker vist til at «fairness»-vurderingen innebærer «an examination of the unlawfulness in question and, where the violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found».⁵⁵ Ved nasjonale lovstrid må «the unlawfulness in question» vurderes og ved konvensjonsstridige beviserverv må «the nature of the violation found» undersøkes.⁵⁶

Ved den konkrete vurderingen av om det foreligger en krenkelse av retten til rettfærdig rettergang ved bruk av ulovlig ervervede bevis, vil det være av betydning om myndighetene har iverksatt tilstrekkelige sikkerhetstiltak for å hindre overgrep. Det bør i den sammenheng eksistere en klar prosedyre til grunn for å kunne godkjenne, etterprøve og føre tilsyn med de aktuelle etterforskningstiltakene som har blitt tatt i bruk for å fremskaffe bevisene.⁵⁷ Sentrale momenter er om tiltalte har fått muligheten til å motbevise og bestride ektheten av bevisene.⁵⁸ Bevisverdien vil også kunne tillegges vekt i helhetsvurderingen. Dette knytter seg til hvor sentralt beviset er i det samlede bevisbildet.⁵⁹

Hensynet til sakens opplysning og det materielle sannhetsprinsipp vil tale for å tillate beviset ført for domstolen dersom bevisverdien av beviset er høy og alvorligheten i saken er tilstrekkelig. EMD har lagt vekt på i hvilken grad retten til forsvarer og siktedes mulighet til å imøtegå og utfordre bevis som blir ført mot ham er ivaretatt i prosessen.⁶⁰ I de tilfeller hvor det foreligger grove krenkelser vil preventive hensyn tale for bevisforbud.

⁵³ Se Jalloh v. Germany (2006) avsnitt 105.

⁵⁴ Se Torturkonvensjonen.

⁵⁵ Se f.eks. Khan v. the United Kingdom, G. and J.H. v. the United Kingdom og Allan v. the United Kingdom.

⁵⁶ Se Torgersen (2009) s. 75.

⁵⁷ Se Ramanauskas v. Lithuania (2008) avsnitt 53.

⁵⁸ Panovits v. Cyprus (2008) avsnitt 82. Se også Rt, 2007 s. 920 avsnitt 59.

⁵⁹ Se Øyen (2016) s. 419.

⁶⁰ Se f.eks. Khan v. The United Kingdom, avsnitt 34-38.

4.4 Bevisforbud fordi beviset er innhentet i strid med «grunnleggende norske verdioppfatninger»

I dette kapittelet vil jeg undersøke situasjonen der et bevis er lovlig innhentet i utlandet, men tilsvarende innhenting ikke ville vært tillatt etter norsk rett. Bevisforbud for bevis fra utlandet har Høyesterett tatt stilling til ved fem anledninger i saker om kommunikasjonskontroll og dataavlesning.

Den første kjennelsen Rt. 1996 s. 666 ble avsagt på et tidspunkt straffeprosessloven § 216i tredje ledd oppstilte et generelt forbud mot bruk av opplysninger fra kommunikasjonskontroll under hovedforhandling. Saken gjaldt telefonavlytting i Danmark, og Høyesterett kom til at forbudet gjaldt uavhengig av om slik bevisførsel er tillatt i det land kontrollen er foretatt. Dette bevisforbudet er som nevnt i punkt 4.4 opphevet og avgjørelsen har dermed ikke lenger relevans for problemstillingen.

De neste sakene er avsagt etter gjeldende rett. Høyesterett har her utviklet en særskilt regel. Utgangspunktet er at bevisene kan legges frem, med mindre innhenting er gjennomført på en slik måte som strider med «*grunnleggende norske verdioppfatninger*».

Denne formuleringen brukes for første gang i nevnte avgjørelse innatt i Rt. 2002 s. 1744. Spørsmålet var om bruk av bevis fra telefonavlytting gjennomført av spanske myndigheter etter generell anmodning om bistand fra norsk politi, var lovlig i sak om varetektsfengsling i Norge. De tiltalte i saken var siktet for innførsel av sprit til Norge fra Spania. Den sentrale vurderingen dreide seg om bevisene kunne anvendes selv om telefonavlyttingen foretatt i Spania, ikke ville vært lovlig etter norsk rett på grunn av at strafferammen for det aktuelle forholdet var for lav til å tillate adgang til kommunikasjonskontroll etter norsk rett.

Kjæremålsutvalget la først til grunn at det må foreligge et særskilt grunnlag for at et bevis skal kunne nektes ført. Deretter vurderte retten om det forelå noen beskyttelsesverdig forventning om å nekte bruk av beviset. Dersom en har valgt å oppholde seg i et land som ikke har like sterke begrensninger i adgangen til kommunikasjonskontroll som vi har i Norge, var det etter

kjæremålsutvalgets syn slik at det ikke kunne oppstilles krav om at overvåkingen måtte være lovlig i norsk rett.⁶¹

Til tross for at bevisinnhentingene ikke kunne ha vært lovlig gjennomført i Norge, får prinsippet om fri bevisførsel gjennomslag. Avgjørelsen fremhever imidlertid at dette ikke gjelder ubetinget. Det vil gjelde et bevisforbud for kommunikasjonskontroll som er gjennomført i strid med «grunnleggende norske verdioppfatninger». Da kjæremålsutvalget konkluderte med at dette ikke var tilfellet, ble telefonavlyttingen fra kommunikasjonskontrollen tillat å legges frem som bevis.

I etterkant av kjennelsen sendte Riksadvokaten et brev av 20. januar 2003 med en oppsummering av gjeldende rett, hvor det ble trukket frem som øvrige vilkår at bevisene må være innhentet etter reglene som gjelder i det aktuelle landet og den tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningene som er innhentet. Det ble videre fremholdt at innhentingene heller ikke må ha karakter av å være en ren omgåelse av norsk rett. Systematisk kan dette falle inn under vilkåret om at innhentingene ikke må være gjennomført på en måte som gjør at bruken av bevisene vil være i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger.⁶² Avgjørelsene som har fulgt opp Rt. 2002 s. 1744 synes å bygge på denne tilnærmingen. Jeg kommer nærmere tilbake til vilkårene i kapittel 5.

I Rt. 2005 s. 1524 la retten til grunn samme forståelse som i kjennelsen fra 2002. Fem personer var tiltalt for innføring og oppbevaring av 6,6 kilogram amfetaminolje. Påtalemyndighetene fremla utskrifter fra kommunikasjonskontroll gjennomført av politiet i Litauen på vilkår som ikke ville vært tillatt i Norge. Bevismaterialet var avgrenset til at det kun var samtaler politiet i Litauen mente var relevante for etterforskningen i Norge som ble oversendt. I den forbindelse var anførselen i saken knyttet til at de tiltalte ikke hadde tilgang til kommunikasjonsmaterialet i Litauen i samme omfang som de ville hatt etter norsk rett. Til dette la Høyesterett til grunn i avsnitt 9 at det ville utgjort en uakseptabel sperre for internasjonalt samarbeid å pålegge utenlandske myndigheter å følge norske prosessregler. Høyesterett fastslo i avsnitt 20 at man ikke alltid må godta bevismateriale fra utlandet som er i samsvar med reglene i vedkommende land, men viste likevel til avgjørelsen i Rt. 2002 s. 1744, hvor det avgjørende var om bevisinnhentingene er «gjennomført i strid med

⁶¹ Se Rt. 2002 s. 1744 s. 1746.

⁶² Se HR-2022-1314-A avsnitt 27.

grunnleggende norske verdioppfatninger». Til dette fastslo Høyesterett at det måtte være akseptabelt etter «norske rettsoppfatninger» at materialet oversendt fra politiet i Litauen var avgrenset til bare samtaler som var av betydning for etterforskningen. Høyesterett konkluderte med at materialet fra kommunikasjonskontrollen i Litauen kunne brukes som bevis i straffesaken da dette ikke var i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger.

I de nyere avgjørelsene, er regelen formulert som «*grunnleggende norske verdier*», men som vi skal se, er vurderingstemaet i Høyesterett sammenfallende på dette punkt slik at den ulike formuleringen ikke innebærer noen forskjell fra den opprinnelige formuleringen i den autorative rettskilden fra Rt. 2002 s. 1744.

HR-2021-1336-U gjaldt bruk av informasjon fra kontroll av en kryptert kommunikasjonsplattform ved spørsmål om fengsling. Bakgrunnen var at amerikanske FBI hadde etablert en kommunikasjonsplattform for kryptert informasjon. Kommunikasjonen var overvåket, og innhenting av informasjon var rettet mot alle brukerne uavhengig av om det på forhånd forelå noen konkret mistanke om straffbare forhold. Materialet ble sendt til politiet i andre land, blant annet Norge. Lagmannsretten la til grunn at innhenting var lovlig etter amerikansk rett. I anken til Høyesterett ble ikke dette bestridt, men ble det anført at slik overvåkning ikke ville ha vært lov i Norge, og at bruken av informasjonen var i strid med grunnleggende norske verdier. Flertallet i ankeutvalget var ikke enige i det, siden brukerne av en slik plattform «i det minste må være klar over at politiet vil gå ut fra at krypteringstjenesten i stor utstrekning brukes av kriminelle nettverk, og at brukerne dermed lett kan bli gjenstand for overvåkning og etterforskning», jf. avsnitt 21. Mindretallet mente derimot at det skal "mere til for å akseptere som bevis opplysninger som stammer fra en overvåkning som er foretatt av et annet lands myndigheter og er rettet mot en person med opphold i Norge enn om personen oppholdt seg i det landet som utførte overvåkningen", og at det var feil at lagmannsretten ikke hadde vurdert dette, jf. avsnitt 31.

Ettersom flertallet mente at bruk av opplysninger fra overvåkning av slike kommunikasjonsplattformer ikke ville stride med «*grunnleggende norske verdier*», ble bevisene tillatt fremlagt.

I en nyere kjennelse, HR-2022-1314-A, tok Høyesterett stilling til om datamateriale avlest av utenlandske myndigheter fra et kryptert kommunikasjonsnettverk kunne føres som bevis i en norsk straffesak. Bakgrunnen var at nederlandsk og fransk politi med bistand fra Eurojust og

Europol hadde utviklet en teknisk løsning for å dekryptere datatrafikken i det krypterte kommunikasjonsnettverket EncroChat. Data knyttet til norske brukere ble gjort tilgjengelig for norsk politi etter at Kripos fikk tilbud om tilgang den 27. mars 2020. På grunnlag av materialet Kripos mottok, hvor flere brukere av telefonene ble identifisert, fikk Kripos tillatelse fra Oslo tingrett til kommunikasjonsavlytting av de tiltalte i saken. Lagmannsretten kom til at materialet ikke kunne ha vært innhentet på samme måten etter norsk rett, men at det var lovlig innhentet i Frankrike. Etter rettens syn innebar innhenting heller ikke en omgåelse av norsk rett, og det ville ikke stride med grunnleggende norske verdier å bruke materialet som bevis i en norsk straffesak. Ved den endelige avgjørelsen om bruk av materialet var i strid med norske verdier, fremhevet Høyesterett balanseforholdet mellom ytringsfrihet og retten til privatliv mot myndighetenes kamp mot alvorlig kriminalitet. I likhet med avgjørelsen i HR-2021-1336-U fant Høyesterett også her at det var tale om en slik krypteringsplattform som i hovedsak benyttes av kriminelle, og at brukerne av tjenesten dermed ikke hadde krav på vern. Høyesterett la med dette til grunn at det ikke var tale om en masseovervåkning og at bruk av materialet dermed ikke var i strid med norske grunnverdier.

At dataavlesningen av EncroChat ikke innebar preg av masseovervåkning ble også lagt til grunn av den tyske Høyesterettsdomstolen, *Bundesgerichtshof*, den 2. mars 2022 i en kjennelse om bruk av EncroChat-materialet i forbindelse med en tysk straffesak.⁶³ Selv om det, i tysk rett, naturlig nok ikke eksisterer noen lignende vilkår om at bruken av bevisene ikke må stride med «grunnleggende norske verdioppfatninger», inneholder rettsavgjørelsen lignende vurderingstemaer som i HR-2022-1314-A. Det ble slått fast at bruk av EncroChat-materialet kunne stride med retten til privat telekommunikasjon som er beskyttet i den tyske grunnloven (*Grundgesetz*) art. 10. Retten viste dermed til forholdsmessighetsprinsippet, som stammer fra tysk lovgivning,⁶⁴ og uttalte at prinsippet måtte ivaretas fra et konstitusjonelt synspunkt i tilknytning til spørsmålet om brudd på personvernet. Etter en grundig gjennomgang av de gjeldende begrensningene i den tyske lovgivningen, kom domstolen imidlertid til at EncroChat bevisene kunne brukes ettersom opplysningene fra dataavlesningen ble brukt for å etterforske alvorlige forbrytelser.

⁶³ Bundesgerichtshofs dom 2. mars 2022 (sak nr. 5 StR 457/21).

⁶⁴ Craig og de Búrca (2015) s. 551.

4.4.1 Oppfølging av kjennelsene

Kjennelsen inntatt i Rt. 2002 s. 1744 (Spania) er omtalt som den prinsipielle avgjørelsen i tilknytning til bruk av utenlandske bevis, der bevisopptaket ikke hadde vært lovlig etter norsk rett. Kjæremålsutvalget la til grunn at bevis som er sikret i utlandet i tråd med vedkommende lands regler kan benyttes som bevis i Norge selv om det ikke finnes hjemmel for å sikre beviset på samme måte etter norsk lov. Høyesterett kommenterte ikke det faktumet at norske myndigheter hadde anmodet om generell bistand og ikke spesifikt kommunikasjonskontroll. Det er dermed noe uklart om saken ville fått et annet resultat dersom det spesifikt hadde vært anmodet om kommunikasjonskontroll. Til dette ble det i riksadvokatens brev av 20. januar 2003 understreket:

«Kommunikasjonskontrollen må ikke ha karakter av å være ren omgåelse av de begrensninger i kontrolladgangen som gjelder i Norge i henhold til norsk lovgivning. Den avlyttingen som er gjennomført i utlandet og som ønskes benyttet som bevis, kan derfor ikke alene være basert på en anmodning om slik kontroll fra norsk påtalemyndighet (dersom det aktuelle forhold ikke gir grunnlag for tilsvarende tiltak i Norge)».⁶⁵

Direktivet tilsier at det ikke kan uttrykkelig anmodes om kommunikasjonskontroll der det ikke er hjemmel for å foreta dette etter norsk rett. Selv om det ikke uttrykkelig nevnes at det vil gjelde et bevisforbud, taler en naturlig tolkning av både den nevnte avgjørelsen og direktivet for et bevisforbud i slike situasjoner. Prinsipielt gjelder direktivet også andre former for tvangsmidler, som for eksempel romavlytting og dataavlesning.⁶⁶ I avgjørelsen var det ikke tale om et forsøk på omgåelse av norsk lovgivning ettersom det var sendt en generell anmodning om bistand. Momentet kommer imidlertid på spissen ved konkrete anmodninger. I forlengelsen av dette kan det oppstå spørsmål om det bør eksistere noen særlige krav til utformingen av en rettsanmodning for at et bevis skal kunne brukes i en straffesak. Det kan potensielt anses som kritikkverdig av norske myndigheter å ikke uttrykkelig sette rammer vi mener en utenlandsk etterforskning bør tilfredsstillende, særlig hvis det anmodes om bistand fra et land som kan antas å ta i bruk etterforskningsmetoder som er av en mer inngripende karakter enn det som er normalt og tillatt i Norge.

⁶⁵ Se Riksadvokaten (2003) s. 3.

⁶⁶ Grøstad (2020) s. 105.

Høyesterett har videre tillatt bruk av bevis som var innhentet uten rettsanmodning fra norske myndigheter, hvilket var tilfellet senest i HR-2022-1314-A. Retten la til grunn at det bare unntaksvis vil føre til at bevis ikke kan tillates ført, i de tilfellene norske myndigheter har vært en passiv mottaker av bevismaterialet, oversendt fra utenlandske myndigheter i tråd med vedkommende lands egen rett. Dette tilsier at omgåelseshensynet ikke gjør seg gjeldende for situasjoner norske myndigheter opptrer som en passiv mottaker av opplysninger fra utlandet. Det avgjørende for bevisførselen synes dermed å være om vedkommende land har sikret bevismateriale i tråd med egen rett.

Metodene som ble brukt i forbindelse med innsamling av bevis fra den krypterte telekommunikasjonstjenesten EncroChat i HR-2022-1314-A ble underlagt sikkerhetsgradering i Frankrike, og norske myndigheter har dermed ikke hatt fullt ut kjennskap til metodene for innhenting, men ut fra de opplysningene som forelå på tidspunktet for domstolsbehandlingen, la lagmannsretten til grunn at bevisene var lovlig innhentet etter fransk rett. Lagmannsretten tok utgangspunkt i TEUV art. 82 om prinsippet om gjensidig anerkjennelse av andre lands rettslige beslutninger. Det sentrale er at vilkåret må vurderes ut fra de rettslige prosessene i opprinnelseslandet. Ettersom bruken av tvangsmidlene var antatt som godtatt i Frankrike, måtte norske domstoler forutsette at inngrepet var lovlig i tråd med prinsippet i TEUV art. 82.⁶⁷

Høyesterett fastslo at det skal helt spesielle omstendigheter til for at norske domstoler skal ta stilling til om de franske reglene er fulgt. Brudd på for eksempel sentrale rettigheter etter EMK vil etter Høyesteretts syn utgjøre *«særlege grunnar som tilseier at det blir gjort nærare undersøkingar»*.⁶⁸ Grunnet sikkerhetsgraderingen i Frankrike, hadde man imidlertid ikke noen konkrete holdepunkter som tilsa dette. Gjennomgående i vurderingen av saken synes Høyesterett å bygge på presumsjonen om at Frankrike har prosessregler som springer ut av de samme verdisyn som Norge bygger sine prosessregler på. Høyesterett la til grunn at materialet var lovlig innhentet etter fransk rett og at det dermed ikke var i strid med norske grunnverdier å tillate bruk av bevismaterialet.

⁶⁷ LB-2021-164345.

⁶⁸ HR-2022-1314-A avsnitt 37.

Lovligheten av innhenting i opprinnelseslandet avhenger derfor både av landets nasjonale rett og av de kravene som stilles gjennom internasjonale regler og rettspraksis. EMK art. 6 om rettferdig rettergang setter rammer og angir minstekravene for lovgivninger, herunder også tvangsmiddelbruk. Selv om spørsmålet i utgangspunktet løses etter prinsippet i TEUV art. 82, bør det dermed også vurderes hvorvidt det foreligger en krenkelse av retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6.

Det problematiske med utgangspunktet og prinsippet i TEUV art. 82, er at lovligheten av et inngrep i utlandet kan bli gjenstand for ny domstolsbehandling i Norge. For eksempel kan det vise seg at tvangsmiddelbruken ikke var lovlig etter vedkommende lands rett. I realiteten kan dette innebære at saken må utsettes til det foreligger en klar beslutning om lovligheten i opprinnelseslandet.⁶⁹

I den franske Høyesterettsdomstolen, *Cour De Cassation*, ble det den 11. oktober 2022 avsagt kjennelse om metoden for innhenting av materialet fra EncroChat. Resultatet ble slik at saken ble henvist tilbake til anke-domstolen da det franske politiet ikke kunne legge frem tekniske anvisninger fra det ansvarlige tekniske organet som kan bekrefte at metodene var tilpasset bruken og bevisenes ekthet. Avgjørelsen innebærer i realiteten at inntil saken er behandlet på nytt i anke-domstolen ikke foreligger noen garanti for gyldigheten av EncroChat-materialet i Frankrike. Dersom det i ettertid vil vise seg at metodene var i strid med fransk rett vil lovlighetsvilkåret utviklet gjennom norsk rettspraksis i teorien kunne bli gjenstand for ny vurdering i Norge.

Spørsmålet om i hvilken grad den franske avgjørelsen gir grunnlag til å endre konklusjonen i HR-2022-1314-A om at bevisinnhenting var lovlig etter fransk rett, ble behandlet av Høyesteretts ankeutvalg den 4. november 2022. Høyesterett var i den samme oppfatning som lagmannsretten om at lovlighetsvilkåret knytter seg til selve innhenting av materialet, og ikke mot en eventuell lovpålagt verifikasjon av det.⁷⁰ Dermed legger Høyesterett til grunn sontringen mellom innhenting og den etterfølgende håndteringen av allerede innhentet materialet. Dette vil etter rettens oppfatning bare være av betydning for om materialet kan fremlegges som bevis i en fransk rettsak.

⁶⁹ Straffeprosessloven § 17.

⁷⁰ HR-2022-2125-U avsnitt 13.

Høyesterett støttet også lagmannsrettens syn om at det ikke forelå grunnlag for å tolke vilkåret om lovligheten av innhenting utvidende slik at også andre franske regler som regulerer noe annet enn innhenting av bevisene skal overholdes.⁷¹ Lagmannsretten siktet her til «rettsreglene som [...] stiller krav til utstedelse av ekthetsbevis, eller krav til utarbeidelse av tekniske veiledninger, prosedyrer for oversendelser, sikker oppbevaring, utleveringsrestriksjoner eller annet.»

Bakgrunnen for at reglene som regulerer selve håndteringen av bevismaterialet ikke skal få betydning, begrunnes av lagmannsretten slik:

«Det er norsk rettspraksis som har fastsatt prinsippet om at «innhenting» av beviset må være lovlig etter fransk rett, og at franske rettsregler om andre forhold motsetningsvis ikke har betydning for bevisfremleggelsen i Norge.»⁷²

Etter min mening kan ikke dette gjelde ubetinget. Rettsregler knyttet til andre forhold enn selve innhenting kan få betydning som rettssikkerhetsgarantier, som kan begrunne forsvarligheten av- og legitimere de inngrepene bevisinnhenting medfører. Dersom, for eksempel, et etterfølgende ekthetsbevis ikke kan utstedes i bevisets opprinnelsesland, kan dette tale for at det har funnet sted forhold ved innhenting som medfører at beviset må falle bort i vedkommende lands domstol. I tråd med allmennhetens interesse i ivaretagelsen av integriteten til den juridiske prosessen, kan dette samlet sett tale for at lovkravene til innhenting som sådan og den etterfølgende håndteringen av bevisene bør sees under ett.

Ved at man ikke får avdekket forhold som kan være gjenstand for bevisavskjæring i domstolen i landet bevismaterialet kommer fra, vil dette etter min mening, ha negative virkninger på bevismaterialets pålitelighet. Denne påliteligheten bør imidlertid være svært usikker dersom avskjæring skal være aktuelt på dette grunnlag. Dersom norske domstoler

⁷¹ HR-2022-2125-U avsnitt 14.

⁷² LB-2022-149153.

ikke får hele bildet presentert, svekker dette imidlertid bevisverdien av materialet de får fremlagt, og derfor kan bevisverdien tillegges en viss vekt i vurderingen.

På en annen side, er rettstilstanden i Norge klar på dette punkt. Hovedregelen er fri bevisførsel, hvilket tilsier at selv om et bevis er ulovlig ervervet, så vil det likevel kunne føres for retten. Momenter knyttet til et materielt riktig resultat, sakens opplysning, samt sakens alvor, vil veie tungt etter norsk rett. Torgersen argumenterer for at det ikke er grunn til en strengere bedømmelse av brudd på utenlandske regler enn på ulovlig beviserverv i norsk regi.⁷³ Hvor mye vekt den franske domstolen tillegger slike momenter vil dermed ikke være av betydning i denne sammenheng.

⁷³ Torgersen (2009) s. 465.

5 OPPSUMMERING AV VILKÅRENE

5.1 Innledning

I en situasjon der utenlandsk bevismateriale ikke kunne ha vært lovlig innhentet i Norge, må altså tre vilkår være oppfylt for å kunne benytte utenlandske bevis i en norsk straffesak:

«(i) Prova må vera innhenta etter reglane som gjeld i det aktuelle landet, (ii) den tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningane som er innhenta, og (iii) innhentinga må ikkje vera gjennomført på ein måte som gjer at bruken som prov vil vera i strid med grunnleggande norske verdiar.»⁷⁴

I det følgende vil jeg oppsummere innholdet i vilkårene i et forsøk på å klargjøre regelen for bruk av slike bevis.

5.2 Beviset må være innhentet etter reglene som gjelder i det aktuelle landet

Det første oppstilte vilkåret for bruk av bevismateriale innhentet fra utlandet er at innhenting må ha vært lovlig innhentet i vedkommende land. Høyesterett har lagt til grunn at det ikke gjelder noe krav om at bevisinnhenting fra utlandet må kunne være tilsvarende lovlig i Norge.⁷⁵

Vilkåret må ses i sammenheng med at samarbeid mellom statene er nødvendig i stadig flere straffesaker i lys av de senere årenes internasjonalisering og grenseoverskridende kriminalitet. I den anledning har Høyesterett lagt til grunn at det bør foreligge en aksept om at ulike land følger ulike prosessregler:

⁷⁴ HR-2022-1314-A avsnitt 26.

⁷⁵ Rt. 2002 s. 1744 er den grunnleggende Høyesterettsavgjørelsen om bevis innhentet på en annen måte enn foreskrevet etter norske regler. Vilkåret er senere også lagt til grunn i Rt. 2005 s. 1524, HR-2021-1336-U og HR-2022-1314-A.

*«dersom det skulle krevjast at utanlandsk politi og påtalemakt skulle følgje norske prosessreglar i straffesaker, så ville det i praksis langt på veg innebere ei sperre mot internasjonalt samarbeid ved grenseoverskridande kriminalitet. Det vil ikkje vere akseptabelt».*⁷⁶

Avgjørelsene som er vist til i avhandlingen gjaldt bruk av bevis som var sikret ved tvangsmidler, men prinsippene som er lagt til grunn av Høyesterett, vil trolig få anvendelse også ved andre former for bevisopptak, for eksempel bevisopptak av rettslige forklaringer etter andre fremgangsmåter enn det som følger av norsk lovgivning.⁷⁷

Vi har også sett Høyesterett slå fast at vilkåret retter seg mot selve innhenting av bevismaterialet, og ikke mot den etterfølgende håndteringen av materialet.⁷⁸ Det vil si at det kun er gyldigheten av bevisopptaket i utlandet som er avgjørende. Andre krav eller regler tilknyttet gyldigheten av bevismaterialet i utlandet, er etter Høyesteretts oppfatning, av underordnet betydning.

5.3 Den tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningene som er innhentet

For å kunne bruke det utenlandske bevismaterialet må den tiltalte sikres innsyn i de opplysningene som er innhentet. Dette er knyttet til muligheten for å kunne utøve kontradiksjon, som utgjør kjernen i retten til en rettferdig rettergang jf. EMK art. 6 og Grunnloven § 95.⁷⁹ En mistenkt person må ha muligheten til å imøtegå de bevisene som

⁷⁶ Se Rt. 2005 s. 1524 avsnitt 19.

⁷⁷ Grøstad (2020) s. 106.

⁷⁸ Se HR-2022-2125-U avsnitt 13.

⁷⁹ Se Aall (2015) s. 445.

fremlegges av påtalemyndighetene og politiet.⁸⁰ Utgangspunktet er at dersom tiltalte ikke er sikret innsyn, er det ingen adgang til å bruke opplysningene som bevis.

Mistenktes innsynsrett er uttrykkelig hjemlet i straffeprosessloven § 242. Denne retten er særlig viktig for bevis som er innhentet ved bruk av tvangsmidler.⁸¹ I Rt. 2002 s. 1744 ble innsyn fremstilt som en forutsetning for bruk av opplysninger fra utenlandsk kommunikasjonskontroll:

«opplysningene [må] etter utvalgets oppfatning kunne brukes som bevis i straffesak i Norge, såfremt siktede blir gitt rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet ved kommunikasjonskontroll i den aktuelle sak».⁸²

Etter Spania-kjennelsen så det ut til at det ikke var adgang til bruk av opplysninger innhentet i utlandet dersom det ikke ble gitt fullt innsyn i materialet. Det ble heller ikke vist til hvilke begrensninger som måtte aksepteres.

Høyesterett godtok likevel bruk av bevis innhentet fra telefonkontroll i Litauen i Rt. 2005 s. 1524, til tross for at norsk politi ikke mottok hele avlyttingsmaterialet grunnet litauiske personvernregler. Materiale som forsvareren ville hatt krav på innsyn i etter norske regler var dermed ikke tilgjengelig. Dette ble begrunnet med at tilbakeholdelsen av materialet ikke medførte forskjellsbehandling av påtalemyndigheten og forsvaret, samtidig som et bevisforbud ville utgjort en uakseptabel hindring for politisamarbeid hva gjelder grenseoverskridende kriminalitet.

Heller ikke i HR-2021-1336-U og HR-2022-1314-U var tiltalte gitt full tilgang til det underliggende bevismaterialet. Et enstemmig utvalg i avgjørelsen fra 2021 kom likevel til at retten ikke var forhindret fra å bygge på politiets sammenfatning uten at retten og forsvareren samtidig fikk innsyn i materialet. Dette blir nærmere omtalt i punkt 5.4.3.

⁸⁰ Se Øyen (2009) s. 285.

⁸¹ Se Kjelby (2017) s. 123.

⁸² Rt. 2002 s. 1744, s. 1747.

5.4 Innhentingen må ikke være gjennomført på en måte som gjør at bruken av bevisene vil være i strid med grunnleggende norske verdier

Bevis som er innhentet i utlandet i tråd med vedkommende lands regler kan altså benyttes som bevis i Norge selv om det ikke er hjemmel for å oppta det samme beviset etter norske regler, jf. punkt 5.2. Dette gjelder med mindre beviset er innhentet i strid med «grunnleggende norske verdioppfatninger».

5.4.1 Uttrykket «grunnleggende norske verdioppfatninger»

Det er utfordrende å fastslå meningsinnholdet i uttrykket «grunnleggende norske verdioppfatninger», og det kan vanskelig la seg fastsette ut fra en alminnelig semantisk tolkning. Ordet «grunnleggende» innebærer at det kun omfatter de viktigste og mest fundamentale verdiene. Hva som er viktigst i den straffeprosessuelle disiplinen er det ikke mulig å sette klare rammer på, men det bør være en kvalifisert terskel.

At verdioppfatningene må være *norske* betyr at det er en avgrensning mot annen nasjonal eller internasjonal lovgivning. Gjennom internasjonale forpliktelser, særlig EMK, vil verdiene norsk rett bygger på, imidlertid være sammenfallende med den felleseuropeiske rettskultur.

Ordet «verdioppfatninger» leder etter en naturlig språklig forståelse mot tanken om ideer, interesser eller idealer. Bokmålsordboka definerer ordet *verdi* som «*noe som vurderes høyt, gis høy rang*».⁸³ I en rettsstat vil moral utgjøre en sentral verdi. Strafferetten kan sies å ha en moralbærende effekt.⁸⁴ ved at man ikke skal dømme uskyldige. I dette ligger det et ønske om å gi det strafferettslige systemet autoritet og legitimitet.⁸⁵

«Grunnleggende norske verdioppfatninger» innebærer altså at det eksisterer noen ufravikelige interesser i den norske rettskulturen for bevisinnhenting til tross for at bevisinnhenting tillates i utlandet. Det er vanskelig å komme noe lenger enn dette gjennom ordlydstolkningen.

Uttrykket kan videre klassifiseres som en rettslig standard. Knoph definerer en rettslig standard som lovregler som ikke lenker avgjørelsen til «*bestemte og konkrete kriterier som kan konstateres i den ytre verden sikkert og entydig*», men som avveiningsregler som bidrar til at domstolen får «*et direktiv med på veien, idet den henviser til en målestokk som skal*

⁸³ Universitetet i Bergen og Språkrådet (2018).

⁸⁴ Se Strandbakken (2003) s. 69.

⁸⁵ Se Iversen (2008) s. 379-311.

*brukes ved pådømmelsen, og som den forutsetter dommeren kjenner og har hjelp av».*⁸⁶ Selv om Knoph reserverte rettslige standarder for lovregler, må det samme gjelde for de domstolskapede reglene. Rettslige standarder særpreges ved at rettsreglene kan endre innhold etter hvert som standarden forandrer seg.⁸⁷

Det kan dermed oppsummeres slik at en rettslig standard, ut fra en målestokk utenfor loven, henviser til normer som må benyttes for å klargjøre innholdet i loven. I denne sammenheng, vil standarden om «grunnleggende norske verdioppfatninger» tilsi at det finnes normer utenfor loven som kan aktualisere bevisforbud.

I dansk rett gjelder det en tilsvarende skranke for bruk av bevis fra utlandet. Det må ikke ha skjedd et brudd på «fundamentale danske retsprinsipper» ved bevisinnhenting.⁸⁸ Ordlyden er nokså lik «grunnleggende norske verdioppfatninger». I dansk rett betraktes «retsprinsipper» som «noget grundlæggende», brede rettsregler «som fyldes ud af domstolene».⁸⁹

5.4.2 Ordre public-forbeholdet

I juridisk teori, viser Torgersen til standarden «ordre public» som en slags analogi til «grunnleggende norske verdioppfatninger». Kjernen her er at det kun kan ses bort fra utenlandske regler som følger av en lovvalgsregel dersom regelen, eller virkningen av den, vil stride sterkt med vår sosiale eller etiske oppfatning.⁹⁰

Høyesterett i Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandlerdommen) har en lignende tilnærming:

«Et «ordre public»-forbehold er et forbehold om at den fremmede retten må vike dersom anvendelsen av fremmed rett vil føre til et resultat som strider sterkt med vår rettsfølelse».⁹¹

Forbeholdet gir etter Torgersens oppfatning, en pekepinn mot de menneskerettslige skrankene i både Grunnloven og EMK ettersom det ikke er gitt at flere av de andre hensynene som taler for bevisforbud, herunder disiplineringshensyn og lovformelighetshensyn, er gjeldende for bevisforbudsspørsmålet for bevis som er lovlig innhentet i utlandet. Det man står igjen med er

⁸⁶ Se Knoph (1939) s. 2.

⁸⁷ Se Boe (2010) s. 277.

⁸⁸ Se Jochimsen (2012) s. 385.

⁸⁹ Se Evald (2020) s. 77.

⁹⁰ Torgersen (2009) s. 459 og Gaarder og Bruzelius (1998) s. 835.

⁹¹ Se Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 37.

hensynet til domstolenes anseelse ved bevisserverv gjennomført på en støtende måte som en mulig begrunnelse for bevisforbud. Etter Torgersens syn vil dette hensynet innebære et vurderingstema som langt på vei har mye til felles med kjernen i «ordre public», ettersom gjennomslagskraften til hensynet vil være avhengig av alvorligheten til krenkelsene, og om det foreligger kvalifiserte brudd på menneskerettighetene.⁹²

Med andre ord vil bevismateriale innhentet i utlandet på andre grunnlag og gjennom andre vurderingstemaer enn det som ville vært tilfelle i Norge aksepteres så lenge metodene ikke strider mot verdier som kommer til uttrykk i menneskerettighetene. Retten til rettferdig rettergang, vernet mot tortur og retten til privatliv er eksempler på verdier som kommer til uttrykk i EMK og som er en viktig del av norske verdioppfatninger.

I den tyske Høyesterettsavgjørelsen som jeg viste til i 4.4, foretok retten en vurdering av ordre public-forbeholdet ettersom bevisene ble innhentet ved bistand fra utenlandske myndigheter. I henhold til dette ble det undersøkt om bruken av EncroChat-bevisene ville vært i strid med siktedes rettigheter etter EMK. Vurderingen synes imidlertid gjennomgående å bygge på forholdsmessighetsprinsippet. Retten la til grunn at det er en passende balanse mellom mål og virkemiddel og konkluderte med at det ikke forelå brudd på rettskrav som følger av ordre public-forbeholdet.⁹³

Den tyske avgjørelsen viser at ordre public-forbeholdet inneholder flere av de samme vurderingstemaene som Norges Høyesterett har behandlet under spørsmålet om grunnleggende norske verdioppfatninger.

Utover dette kan det være hensiktsmessig å søke etter meningsinnholdet i uttrykket ved å se hen til praksis og hvilke prinsipper som fundamentalt begrunner bevisforbudene og menneskerettighetene, og da særlig de som er nedfelt i Grunnloven og EMK.

⁹² Se Torgersen (2009) s. 460.

⁹³ Bundesgerichtshofs dom 2. mars 2022 (sak nr. 5 StR 457/21) avsnitt 32 og 77.

5.4.3 Grunnleggende hensyn og prinsipper i norske verdioppfatninger

Formuleringen benyttes som nevnt for første gang i Rt. 2002 s. 1744. Kjæremålsutvalget viste til at begrensningene for bruk av kommunikasjonskontroll er begrunnet i «hensynet til den enkeltes rett til respekt for privatlivet og personlig integritet».⁹⁴ Dette var etter rettens syn, de aktuelle hensyn som måtte avveies mot behovet for å få oppklart straffbare handlinger. Da retten fant at de siktede ikke hadde noen beskyttelsesverdig forventning om at bevisene ikke skulle tillates brukt i Norge, ble ikke disse vektlagt i avveiningsspørsmålet. Det ble heller ikke belyst noe mer konkret hva gjelder meningsinnholdet i «grunnleggende norske verdioppfatninger». Imidlertid behandlet kjæremålsutvalget disse hensynene som relevante for vurderingen av spørsmålet om grunnleggende norske verdioppfatninger, og de synes dermed å utgjøre en del av grunnleggende norske verdioppfatninger.

På samme måte, i Høyesteretts vurdering av om bruk av EncroChat-bevisene var i strid med grunnleggende norske verdier i HR-2022-1314-A, ble hensynet til ytringsfriheten og retten til privatliv fremhevet som sentrale hensyn og balansert opp mot myndighetenes kamp mot alvorlig kriminalitet. Retten fremhever at kommunikasjonstjenester på internett, herunder også krypteringstjenester, er en viktig forutsetning for både ytringsfrihet, men også for retten til privatliv.⁹⁵ Høyesterett understreker i den anledning at personvern hensyn står sterkt i Norge, og legger til grunn at masseovervåkning av borgerne for å avdekke kriminalitet lett vil være i strid med norske verdier. Forholdet til disse rettighetene, som er nedfelt i EMK art. 8 og EMK art. 10, er dermed særlig sentralt i vurderingen da disse rettigheten tilsynelatende er en del av det som skal anses som grunnleggende norske verdier.

I HR-2021-1336-U vurderte Høyesterett spørsmålet om siktedes og rettens bevistilgang, herunder retten til innsyn i grunnlagsmaterialet fra kommunikasjonskontroll.⁹⁶ Siktede anførte at lagmannsretten begikk saksbehandlingsfeil ved at anførselen om bevistilgang ikke ble tatt stilling til samt at lagmannsretten unnlot å drøfte bevistilgangen i tilknytning til EMK art. 6. Høyesterett avviste anførselen og kom til at det ikke forelå saksbehandlingsfeil da lagmannsretten hadde vurdert spørsmålet om bevisinnhenting opp mot grunnleggende norske verdioppfatninger. Ankeutvalget fastslo at EMK art. 5 og EMK art. 6 er vesentlige aspekter

⁹⁴ Se Rt. 2002 s. 1744.

⁹⁵ Se HR-2022-1314-A avsnitt 39.

⁹⁶ Se HR-2021-1336-U avsnitt 11.

av prinsippet om *equality of arms* og uttalte at disse prinsippene er «en del av grunnleggende norske rettsoppfatninger».⁹⁷

Hva gjelder anførselen om at siktede ikke fikk innsyn i grunnlagsmaterialet fra kommunikasjonskontrollen, la ankeutvalget til grunn at politiet ikke kunne legge frem materialet ved varetektsfengslingen på grunn av at FBI hadde krevd hemmelighold av sakens dokumenter. Høyesterett uttalte at det i alvorlig grad ville virket negativt på politiets etterforskningssevne i Norge hvis norsk politi ikke kunne etterkomme krav om hemmelighold fra utenlandsk politimyndighet.⁹⁸ I avsnitt 26 og 27 legger ankeutvalget til grunn at tilbakeholdelsen av grunnlagsmaterialet ikke hindret retten i å bygge på politiets fremstilling av bevismaterialet ved avgjørelsen av fengslingsspørsmålet selv om hverken retten eller forsvarer fikk bevis tilgangen. Dette kunne ha betydning for bevisverdien som kan tillegges materialet i straffesaken, men ikke i forbindelse med spørsmålet om bruken av resultatene fra kommunikasjonskontrollen. Flertallet i ankeutvalget la etter en samlet vurdering vekt på hensynet til kriminalitetsbekjempelse og konkluderte med at innsynsbegrensningen derfor ikke var i strid med retten til rettferdig rettergang i EMK art 6.⁹⁹

De ovennevnte dommene viser at sentrale straffeprosessuelle prinsipper, herunder kontradiksjonsprinsippet og partlikhetsprinsippet, *equality of arms*, som utledes av EMK art. 6 og retten til rettferdig rettergang,¹⁰⁰ er en del av grunnleggende norske verdioppfatninger. Kontradiksjonsprinsippet står sterkt som et grunnleggende prinsipp i prosessordningen. For å kunne utøve kontradiksjon er innsyn i bevismateriale grunnleggende. Utgangspunktet i straffeprosessloven § 264 første ledd er at tiltalte sikres innsyn i bevismaterialet, og det må også gjelde for bevis innhentet i utlandet. I denne retning taler avgjørelsen inntatt i Rt. 2002 s. 1744 hvor innsyn ble fremholdt som en forutsetning for bruk av opplysningene fra kommunikasjonskontrollen foretatt i utlandet. Høyesterett i HR-2021-1336-U fant imidlertid at manglende innsyn ikke var i strid med retten til rettferdig rettergang, og at innsyn derfor ikke er en forutsetning for bruk. Som nevnt i punkt 4.3.2 bedømmes sakens rettferdighet ut fra en helhetsvurdering.

⁹⁷ Se HR-2021-1336-U avsnitt 14.

⁹⁸ Se HR-2021-1336-U avsnitt 25.

⁹⁹ HR-2021-1336-U avsnitt 29.

¹⁰⁰ Se Rt. 2005 s. 513.

5.4.4 Et vern av beskyttelsesverdige interesser

I Høyesteretts vurderinger av grunnleggende norske verdioppfatninger knyttet til de ovennevnte sakene, har beskyttelsesverdien til bruken av kommunikasjonstjenestene blitt fremholdt som et sentralt moment. I HR-2021-1336-U anførte forsvareren at kommunikasjonsskontrollen bar preg av en masseovervåkning som ikke ville vært lov i Norge. Ankeutvalgets flertall bemerket at brukerne av kommunikasjonstjenesten måtte forstå at politiet ville legge til grunn at tjenesten i stor grad ble brukt til kriminell virksomhet, og at brukerne derfor kunne bli gjenstand for overvåkning.¹⁰¹ Det stred derfor ikke etter flertallets syn mot grunnleggende norske verdier å bruke opplysningene fra overvåkingen. Den dissenterende dommeren mente at det måtte tas i betraktning at personen ble overvåket av utenlandsk myndigheter mens han befant seg i Norge. Dette var et sentralt vurderingsmoment som lagmannsretten ikke vurderte, og dette innebar «*en mangel ved begrunnelsen som må lede til at lagmannsrettens kjennelse oppheves*».¹⁰² Det sentrale her er imidlertid at Høyesterett legger til grunn at man må forvente å bli overvåket i den utstrekning man benytter seg av tjenester som i stor grad brukes av kriminelle nettverk.

Dette momentet var også et sentralt tema i Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1314-A i tilknytning til tolkningen av vilkåret om grunnleggende norske verdioppfatninger. Det ble i saken tatt utgangspunkt i et skille mellom dataavlesing av selve serveren til EncroChat og de konkrete telefonene som var gjenstand for overvåkning. I lagmannsretten ble det konkludert med at innhenting skjedde fra «serveren og/eller telefonene».¹⁰³ Ettersom skjellig grunn til mistanke etter norsk rett ville vært påkrevd for denne type overvåking jf. straffeprosessloven § 216 o, samtidig som personen man foretar dataavlesing på må identifiseres i begjæring, ville overvåkingen ikke vært lovlig etter norsk rett. Situasjonen var dermed den samme som i HR-2021-1336-U ettersom inngrepet ville vært ulovlig etter norsk rett. Ankeutvalget i HR-2022-1314-A fulgte utgangspunktet om at bruk av krypterte kommunikasjonsplattformer som i all hovedsak benyttes av kriminelle, ikke har krav på vern. Konklusjonen var dermed at norske verdier heller ikke i denne sakens var et hinder for bruk av bevismaterialet.

¹⁰¹ Se HR-2021-1336-U avsnitt 21.

¹⁰² Se HR-2021-1336-U avsnitt 30 og 31.

¹⁰³ LA-2021-16345 punkt 3.

I LA-2021-84234 fremholdt lagmannsretten at vilkåret om grunnleggende norske verdioppfatninger innebærer en vurdering av beskyttelsesverdigheten av kommunikasjonstjenesten det ble gjort inngrep i, og at dette må ses i sammenheng med samfunnets krav på beskyttelse fra alvorlig kriminalitet.¹⁰⁴ Ved vurderingen må det ses hen til om tiltalte har noen beskyttelsesverdig interesse av at opplysningene avskjæres. Dette vil utgjøre en interesseavveining mellom hensynet til kriminalitetsbekjempelse og retten tiltalte har til personvern.

Selv om formuleringene er ulike i ovennevnte rettsavgjørelser, ble det samme vurderingstemaet oppstilt i Spaniakjennelsen hvor retten fant at tiltalte ikke hadde noen «beskyttelsesverdig forventning» om at man i Norge ikke skal tillate bruk av bevis fra opplysninger som er innhentet ved lovlig kommunikasjonskontroll i utlandet.

Beskyttelsesverdien er med dette et moment i den brede vurderingen av om bevis innhentet i utlandet er i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger.

¹⁰⁴ LA-2021-84234.

6 AVSLUTNING

6.1 Oppsummering

Spørsmålet om i hvilke tilfeller et bevis skal nektes ført for norsk domstol når beviset er innhentet i tråd med reglene som gjelder i det aktuelle landet, men hvor et tilsvarende beviserverv kan være i strid med norsk rett, er en problemstilling som vil få økende aktualitet i tiden som kommer.

Gjennom internasjonalisering har det strafferettslige samarbeidet mellom stater blitt et nødvendig aspekt i kampen mot kriminalitet. Avhandlingens kapittel 2 viser at utenlandske bevis finner veien til norske straffesaker enten gjennom rettsanmodninger om bistand fra norske myndigheter eller ved at bevismateriale blir utlevert på eget initiativ fra det aktuelle landet.

Analysen viser at hovedregelen om fri bevisførsel som utgangspunkt taler for at alle bevis føres, også gjelder for bevis innhentet i utlandet. Hensynet til materiell sannhet er en bærende begrunnelse, men å søke materiell sannhet til enhver pris kan bryte med andre beskyttelsesverdige hensyn. Det gjelder dermed visse begrensninger for bevisføringsadgangen for utenlandske bevis.

En rekke begrensninger og alminnelige bevisforbud er fremstilt i punkt 4.2-4.3. Interessene man forsøker å ivareta gjennom disse bevisforbudene gjør seg gjeldende uavhengig av bevisets opprinnelsesland.

Avhandlingens hovedfokus var å undersøke reglene utviklet av kjæremålsutvalget i Rt. 2002 s. 1744 om bruk av utenlandske bevis i situasjonen der beviset er lovlig innhentet etter reglene i opprinnelseslandet, men hvor det kan være i strid med norske regler å tillate bevisene ført. Gjennomgangen av rettspraksis i punkt 4.4 og oppsummeringen i kapittel 5, viser at tre vilkår må være oppfylt for bruk av slike bevis i en norsk straffesak:

- Beviset må være innhentet etter reglene som gjelder i det aktuelle landet
- Den tiltalte må ha rett til innsyn i opplysningene som er innhentet
- Innhentingen må ikke være gjennomført på en måte som gjør at bruken av beviset vil være i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger

Uttrykket «grunnleggende norske verdioppfatninger» har vært utfordrende å klarlegge, men det kan defineres som en rettslig standard som tilsier at det finnes normer utenfor loven som kan aktualisere bevisforbud. Rettspraksis viser at dersom bevisinnhenting har karakter av å være en ren omgåelse av norsk rett, vil dette være et brudd på grunnleggende norske verdioppfatninger. Høyesterett har også fastslått at masseovervåkning av borgerne for å avdekke kriminalitet lett vil være i strid med norske verdier. Utover dette, er terskelen høy, og vurderingstemaet synes å ha mye til felles med ordre public-forbeholdet ettersom gjennomslagskraften av regelen vil være avhengig av om det foreligger kvalifiserte brudd på menneskerettighetene.

Gjennomgangen av rettskildebildet viser at regelen må forstås innenfor rammen av de kravene som er etablert i menneskerettighetene. Praksis fra Strasbourg fastslår at spørsmålet om bevisforbud må bero på en avveining av interessene som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Dersom et bevis er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte kan dette reise spørsmålet om rettergangen har vært rettferdig.

Dersom et bevis er innhentet i strid med en konvensjonsartikkel, for eksempel EMK art 8, kan dette reise spørsmålet om rettergangen har vært rettferdig. I Bykov mot Russland var spørsmålet om beviset skulle vært nektet ført etter EMK art. 6. EMD la til grunn at retten til privatliv etter art. 8 var krenket, men beviset ble likevel tillatt ført ettersom det overordnede var at prosessen sett under ett utgjorde en «fair trial». Dommen viser at retten til rettferdig rettergang ikke nødvendigvis er krenket ved å tillate et ulovlig ervervet bevis. Det avgjørende er om rettssikkerheten er ivarettatt gjennom retten til forsvarer, ved at den tiltalte får muligheten til å imøtegå og utfordre bevisene gjennom krysseksaminasjon, og det omstridte bevisets betydning er tatt til betraktning. Rettighetene etter EMK art. 3, 8 og 10 er en del av det som skal anses som grunnleggende norske verdioppfatninger, og bevis innhentet ved brudd på torturforbudet i EMK art. 3 vil alltid innebære et brudd på EMK art. 6.

6.2 Rettspolitiske vurderinger

Straffeprosessutvalget har som nevnt foreslått å lovfeste en rekke bevisregler, herunder læren om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis i forslaget til ny straffeprosesslov. Utvalget skal ta en nærmere vurdering av hvilke begrensninger som bør tillegges prinsippet om fri bevisførsel. Formålet er å lovfeste gjeldende rett for å utarbeide en straffeprosesslov som sikrer «effektiv, rettssikker og tillitsvekkende behandling av straffesaker.»¹⁰⁵ Lovfestingen skal ifølge utvalget også gjelde for bevis ervervet i utlandet.

I tråd med det økende internasjonale straffesakssamarbeidet mellom stater og den teknologiske utviklingen, som klart fører til at politiet stadig får nye metoder for innhenting av bevis, er det ingen grunn til å forvente noe mindre av problemstillingen som er behandlet i denne avhandlingen. Vi er derfor etter min mening, tjent med tydeligere, og gjerne lovfestede, regler for bruk av utenlandske bevis.

Ordre public løsningen i Tyskland vil trolig by på de samme utfordringene som vi har sett i de nevnte Høyesterettsavgjørelsene ettersom det kan være vanskelig å forstå hva som vil være et kvalifisert brudd for kunne å anvende ordre public-forbeholdet og regelen om grunnleggende norske verdioppfatninger.

En kodifisering av gjeldende rett vil ha noe for seg hvor utgangspunktet fra prinsippavgjørelsen i Rt. 2002 s. 1744 er at bevis som er sikret i utlandet kan benyttes som bevis i Norge, selv om det ikke finnes hjemmel for å oppta beviset på samme måte etter norsk lov.

¹⁰⁵ NOU 2016: 24 s. 95.

7 Litteraturliste

Norske lover og forskrifter

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
Domstolloven	Lov 13. august 2015 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
Forskrift om internasjonalt straffesakssamarbeid	Forskrift 14. desember 2012 nr. 1227 om internasjonalt samarbeid i straffesaker
NUT 1969: 3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen
NOU 2016: 24	<i>Ny straffeprosesslov</i>
Ot.prp.nr. 40 (1991–92)	<i>Om lov om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker)</i>
Ot.prp. nr. 64 (1998–99)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv.
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Prop 141 L (2009-2010)	Endringer i straffeprosessloven mv.
Prop. 147 L (2012–2013)	Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon)

Rettspraksis fra Norge

Avgjørelser fra Norges Høyesterett

Rt. 1990. s. 1008

Rt. 1995 s. 610

Rt. 1996 s. 805

Rt. 1996. s. 1114

Rt. 2002. s. 1744

Rt. 2005 s. 513

Rt. 2005 s. 1353

Rt. 2009 s. 1537

HR-2021-1336-U

HR-2022-1314-A

HR-2022-2125-U

Avgjørelser fra norske lagmannsretter

LA-2002-1173

LA-2021-16345

LA-2021-84234

LB-2022-149153

Rundskriv og instruks

Riksadvokaten (2003) Bruk av kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet som bevis i Norge, brev av 20. januar 2003

Internasjonale rettskilder

EMK The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. November 1950

1959-konvensjonen European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Strasbourg 20. April 1959

Torturkonvensjonen	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York 10. desember 1984
Europol	Agreement between Norway and the European Police Office, 28. juni 2001
Eurojust	Agreement between Norway and Eurojust, Oslo, 28. april 2005

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Khan v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. mai 2000
Jalloh v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juli 2006
Ramanauskas v. Lithuania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. februar 2008
Panovits v. Cypros	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. mars 2009
Gäfgen v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. juni 2010
Bykov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14. oktober 2010
Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15. Desember 2011

Utenlandske lover

Rättegångsbalk	SFS (1942:740) [Sverige]
Retsplejeloven	Lov 1916-04-11 nr. 90 om Rettens Pleje [Danmark]
Strafprozessordnung (StpO)	Strafprozessordnung 12.09.1950 in der Fassung der Bekanntmachung von 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319) [Tyskland]

Rettsavgjørelse fra Frankrike

Cour de cassation, chambre criminelle, 11. oktober 2022 (sak nr. n° 21-85.148)

Rettsavgjørelse fra Tyskland

Bundesgerichtshofs dom 2. mars 2022 (sak nr. 5 StR 457/21)

Litteratur

- Boe (2010) Boe, Erik Magnus. *Innføring i juss, juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utg., Universitetsforlaget, 2010.
- Bruce (2015) Bruce, Ingvild. «Praktisk politi- og påtalesamarbeid i Europa», *Tidsskrift for strafferett* (2015), s. 447-468. (Sitert på Lovdata 10.10.18)
- Craig og de Búrca (2015) Craig, Paul og Gráinne De Búrca. *EU Law*. 6. utg., Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Evald (2020) Evald, Jens. *Juridisk teori, metode og videnskap*, Jurist- og økonom-, 2020.
- Grøstad (2020) Grøstad, Anne. *Internasjonalt strafferettslig samarbeid*, 1. utg., Oslo, Cappelen Damm Akademisk, 2020.
- Iversen (2008) “Beviskravsregelen i straffeloven § 34a andre led”, *Tidsskrift for strafferett* nr. 4 (2008), s. 379 flg. (Sitert fra idunn.no).
- Jochimsen (2012) Jochimsen, Jørgen. *Bevisførelse i rettsaker – oversikt over regler og afgørelser i borgerlige rettsaker, herunder i småsagsprosessen, og i straffesaker*, København: Karnov Group, 2012.

- Kjelby (2017) Kjelby, Gert Johan, "Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler I straffesaker" i *Bevis I straffesaker*, 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017.
- Knoph, Ragnar (1939) Rettslige standarder: særlig Grunnlovens § 97, Oslo: I kommisjon hos Grøndahl & søn, 1939.
- Løvlie (2014) Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, 1. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2014.
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A. «Domstolsskapt prosessrett» i *Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A Skoghøy, Toril M. Øie (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2016, s. 60-87.
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen*, Bergen: Fagbokforlaget, 2003.
- Torgersen (2009) Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo: Papinian, 2009.
- Ugelvik (2019) Ugelvik, Synnøve. *Police Cooperation and Sovereignty in the EU. Norway's Lessons for Europe*, New York: Routledge, 2019.
- Øyen (2016) Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*, Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2. utg., Fagbokforlaget, 2019.
- Aall (2015) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2015.

