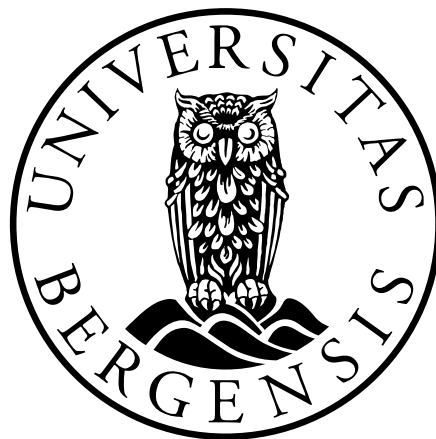


Hvilken betydning har et samtykke ved politiets bruk av tvangsmidler?

Kandidatnummer: 94

Antall ord: 13684



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING.....	3
1.2	AKTUALITET	4
1.3	AVGRENSNING	5
1.4	FREMSTILLINGEN VIDERE	5
2	GENERELT OM TVANGSMIDLER.....	7
2.1	HVA ER ET STRAFFEPROSESSUELT TVANGSMIDDEL?.....	7
2.2	ALLMENNE SKRANKER FOR BRUKEN AV TVANGSMIDLER.....	8
2.2.1	Legalitetsprinsippet.....	8
2.2.2	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	9
2.3	VILKÅR FOR BRUKEN AV TVANGSMIDLER	11
2.3.1	Inngangsvilkår.....	11
2.3.2	Mistankekravet og kriminalitetskravet.....	11
2.3.3	Kroppundersøkelse etter strpl. § 157.....	13
2.3.4	Ransaking etter strpl. §§ 192 og 195	14
2.3.5	Beslag etter strpl. § 203.....	14
2.4	FORHOLDMESSIGHET SOM OVERORDNET VILKÅR.....	15
2.4.1	Generelt om bestemmelsen i strpl. § 170a	15
2.4.2	Relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen	16
2.4.3	Tilfeller av uforholdsmessighet i mindre narkotikasaker.....	17
3	GENERELT OM SAMTYKKE.....	19
3.1	SELVBESTEMMELSESRETTEEN	20
3.2	KRAV TIL ET GYLDIG SAMTYKKE	21
4	LEGALITETSPRINSIPPET OG EMK SIN BETYDNING VED SAMTYKKE	23
4.1	EKSISTERER DET ET INNGREP DERSOM DET SAMTYKKES?.....	23
5	SAMTYKKETS BETYDNING VED TVANGSMIDDELBRUK	26
5.1	INNLEDNING.....	26
5.2	ÅPNER STRAFFEPROSESSLOVEN FOR AT SAMTYKKE KAN ERSTATTE DE MATERIELLE VILKÅRENE? 26	
5.3	HVA TILSIER REELLE HENSYN OM SAMTYKKETS BETYDNING FOR TVANGSMIDDELBRUK?.....	30
5.3.1	Selvbestemmelsesretten og hensynet til sakens oppklaring	30
5.3.2	Manglende frivillighet og indirekte press	32
5.4	SAMTYKKES BETYDNING I FORHOLDMESSIGHETSVURDERINGEN	36

5.4.1	Samtykke som moment.....	36
5.4.2	Betenkeligheter ved å vektlegge samtykke i en forholdsmessighetsvurdering	38
6	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER.....	40
	LITTERATURLISTE	42

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Politiet disponerer en rekke verktøy for å etterforske straffbare forhold. Blant annet kan politiet benytte seg av tvangsmidler for å sikre bevis eller bekrefte mistanke under etterforskningen. Bruken av tvangsmidler anses inngripende overfor den som blir utsatt for dem, ettersom det påvirker vedkommendes private sfære eller kroppslige integritet. For å unngå at påtalemyndighetene og politiet går utenfor sin kompetanse, eksisterer det derfor ulike krav som må følges. Hjemlene for å ta i bruk tvangsmidler er regulert i straffeprosessloven.¹ Aktuelle tvangsmidler som politiet ofte bruker i sin virksomhet er kroppsundersøkelse etter § 157, beslag av bevis etter § 203 og ransaking etter §§ 192 og 195.

I utgangspunktet må de materielle vilkårene i bestemmelsene være oppfylt for at politiet skal ha hjemmel for å kunne benytte seg av tvangsmidler. Situasjonen kan imidlertid tenkes å være annerledes der den mistenkte selv samtykker til tvangsmiddelbruken. Kan politiet bygge på samtykke alene, som en erstatning for manglende oppfyllelse av de materielle vilkårene? De hensynene som står bak straffeprosesslovens bestemmelser om tvangsmidler, slik som hensynet til den uskyldige borger, rettssikkerhet og å verne mot vilkårlige overgrep settes på spissen når den det gjelder samtykker.

I tillegg til at vilkårene i de enkelte bestemmelsene må være oppfylt, eksisterer det også et generelt krav om forholdsmessighet i straffeprosessloven § 170a. Denne bestemmelsen gir uttrykk for at bruken av tvangsmidler må være proporsjonal i lys av formålet som søkes oppnådd. Politiet vil kunne befinne seg i ulike situasjoner hvor de eksempelvis ønsker å ta en blod- eller urinprøve, ransake jakker eller gjennomgå telefonen til en mistenkt, men hvor dette anses som uforholdsmessig i lys av situasjonen. Et spørsmål som da kan reises er om og i hvilken grad samtykke fra den mistenkte kan avbøte på manglende proporsjonalitet ved tvangsmiddelbruken, ettersom de hensynene som begrunner forholdsmessighetskravet i langt mindre grad vil gjøre seg gjeldende.

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

En sakstype som nylig har fått økt oppmerksomhet på dagsordenen er narkotikakriminalitet.² Bruk og besittelse av mindre mengder narkotika reguleres av legemiddeloven § 24, mens tilvirkning, innførsel, oppbevaring, kjøp og salg rammes av straffeloven § 231.³ Politiets bruk av virkemidler i slike saker har vært gjenstand for debatt etter at riksadvokaten kom med klare retningslinjer gjennom et brev i 2021.⁴ Oppgavens tema omhandler samtykkets betydning for bruken av tvangsmidler generelt, men på grunn av narkotikakriminalitets aktualitet vil det brukes eksempler fra mindre narkotikasaker for å illustrere problemstillingen.

Temaet for oppgaven er altså hvilken betydning et samtykke har for adgangen til å bruke tvangsmidler, eksemplifisert gjennom mindre narkotikasaker. Jeg vil analysere både om et samtykke kan erstatte de materielle vilkårene i straffeprosessloven, og hvilken betydning samtykke har i den generelle forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a. Det rettes imidlertid også et fokus mot en generell gjennomgang av adgangen til å benytte seg av tvangsmidler, herunder hva et tvangsmiddel er, hvilke vilkår som gjelder for dem og hvilke grenser som eksisterer.

1.2 Aktualitet

Spørsmålet om samtykkes betydning har vært omdiskutert i årevis i en rettsvitenskapelig kontekst, og det er særlig drøftet i relasjon til om samtykke kan utgjøre et rettsgrunnlag for bevisinnhenting.⁵ Øyen uttalte nylig at «[v]erken loven, lovforarbeidene eller rettspraksis gir særlig veiledning når spørsmålet [om et samtykke kan fungere som hjemmel] skal bevares, og løsningen er omdiskutert».⁶ I lys av dette vil det derfor være relevant med en drøftelse av samtykkes betydning ved bruk av tvangsmidler.

² Begrepet «narkotika» er en samlebetegnelse på ulovlige rusmidler. Hva som omfattes av begrepet narkotika følger av Narkotikalistens, som angitt av Forskrift om narkotika § 4. Substansene har ikke nødvendigvis noe til felles utover at de er oppført på denne listen. Se Prop 92. L (2020-2021) s. 7 angående narkotikakriminalitet i dag.

³ Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler m.v. (legemiddeloven) og lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.). Grensen mellom oppbevaring og besittelse vil normalt være ved en til to brukerdoser, og besittelse forutsetter at stoffet er til eget bruk. Se Prop 92 L (2020-2021) s. 21.

⁴ Riksadvokaten, «Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk – relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker», 9.april 2021.

⁵ Samtykke som rettsgrunnlag er blant annet drøftet i NOU 1997: 15 punkt 4.1.6, NOU 2016: 24 punkt 14.7.3, Andenæs, Norsk straffeprosess (2009) s. 313, Øyen, Straffeprosess (2022) s. 177 og flere. Disse rettskildene vil bli gjennomgått i avhandlingen.

⁶ Øyen, «Ransaking – en oversikt over regelverket» (2022) s. 334.

I april 2021 kom Riksadvokaten med et brev om påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk i narkotikasaker.⁷ Brevet inneholder avklaringer og retningslinjer hva gjelder bruken av tvangsmidler i mindre alvorlige narkotikasaker, og anses veiledende for når diverse tvangsmiddelbruk anses proporsjonalt å benytte seg av. Problemstillingen knyttet til betydningen av et samtykke som kompetansehjemmel eller som et moment i forholdsmessighetsvurderingen ble derimot ikke kommentert nærmere, og kan fortsatt synes å være uavklart.⁸ Ettersom mindre narkotikasaker har vært mye oppe på dagsordenen, er det naturlig å bruke det som eksempel for å illustrere problemstillingen om samtykkets betydning.

1.3 Avgrensning

Å benytte seg av et straffeprosessuelt tvangsmiddel kan på mange måter minne om de faktiske handlingene som foretas av polititjenestepersoner med hjemmel i politiloven kapittel 2.⁹ Slike handlinger kan være visitasjon, innbringelse eller forvaring av gjenstander, som kan minne om ransaking, pågrepelse eller beslag etter straffeprosessloven. Inngrep etter politiloven er ikke underlagt riksadvokatens ansvarsområde, og bruken krever ikke at det iverksettes en etterforskning. I denne avhandlingen vil fokuset være rettet mot bruken av tvangsmidlene i straffeprosessloven, og det vil følgelig avgrenses mot å behandle spørsmålet om samtykkets betydning i henhold til politiloven.

Videre har bruken av tvangsmidler både materielle og formelle vilkår.¹⁰ Problemstillingen i oppgaven legger opp til en vurdering av samtykkes betydning for de materielle vilkårene, og det avgrenses følgelig mot å behandle de formelle vilkårene, altså vilkår vedrørende hvem som kan ta avgjørelsen om tvangsmiddelbruk.

1.4 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil det først gis en generell innledning til hva et straffeprosessuelt tvangsmiddel er, og de rettslige skrankene Grunnloven og menneskerettighetene setter for offentlig myndighetsutøvelse. Deretter vil jeg ta for meg vilkårene for å benytte tvangsmidler, herunder de mer generelle inngangsvilkårene så vel som de konkrete materielle vilkårene i de

⁷ Riksadvokaten (9.april 2021)

⁸ Riksadvokaten (9.april 2021) s. 7.

⁹ Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven - politil).

¹⁰ Se f.eks. Bratholm (1969) s. 325.

relevante bestemmelsene i straffeprosessloven. De aktuelle tvangsmidlene kroppsundersøkelse, beslag og hus- og personransaking vil da gjennomgå. Dette er typiske tvangsmidler som ofte blir brukt av politiet under etterforskningen av straffbare forhold, og da særlig i mindre narkotikasaker.

I kapittel 2 vil også det overordnede vilkåret om forholdsmessighet presenteres. Det vil foretas en generell gjennomgang av strpl. § 170a, med fokus også på relevante momenter i denne vurderingen. Til slutt i kapittelet vil jeg gjennomgå eksempler av uforholdsmessig tvangsmiddelbruk i mindre narkotikasaker for å legge til rette for en sammenhengende ramme, og for å lettere kunne illustrere senere hvordan et samtykke kan spille inn i vurderingen.

Denne generelle gjennomgangen av tvangsmiddelbruk i kapittel 2 er en større del av avhandlingen, og skal fungere som en introduksjon for å tilrettelegge for den videre drøftelse om samtykkets betydning.

Deretter vil samtykke som kompetansegrunnlag introduseres i kapittel 3, og det vil ses på hvordan privatpersoner har en selvbestemmelsesrett og en privat autonomi til å styre sin egen frihet i dag. Videre vil hvilke grenser som eksisterer for et samtykke og hvilke krav som stilles til et samtykke for at myndighetene skal kunne bygge på det presenteres.

I kapittel 4 vil det sees på hvilke skranker legalitetsprinsippet og menneskerettighetene setter for bruken av samtykke som hjemmel. Spørsmålet som der reises er om et samtykke fratrar tvangsmiddelbrukens karakter som inngrep.

I avhandlingens kapittel 5 vil problemstillingen om et samtykke kan erstatte de materielle vilkårene og om et samtykke kan fungere som et viktig moment i forholdsmessighetsvurderingen gjennomgå. Her vil de kryssende hensynene som gjør seg gjeldende belyses, og det vil illustreres med eksempler.

Avslutningsvis i kapittel 6 vil jeg foreta en kort oppsummering av rettstilstanden og komme med enkelte betraktninger og refleksjoner om dagens situasjon.

2 Generelt om tvangsmidler

2.1 Hva er et straffeprosessuelt tvangsmiddel?

Hva som regnes som et straffeprosessuelt tvangsmiddel har ingen legaldefinisjon, men juridiske forfattere har ulike oppfatninger av hva som ligger i uttrykket i teorien.

Definisjonene har likevel ikke noen normativ betydning, men er mer benyttet som hjelpemiddel i vurderingen av hvordan bruken av tvangsmidler skal være regulert.

Øyen har definert et tvangsmiddel som «et tiltak mot en person eller en eiendom, som har et straffeprosessuelt formål, kan gjennomføres uten personens eller eierens samtykke og er så inngripende at tiltaket krever hjemmel i lov». ¹¹ Andenæs har på sin side uttalt at uttrykket tvangsmiddel angir at det er tale om «en forholdsregel som kan gjennomføres mot vedkommendes vilje». ¹²

Det avgjørende synes å være at et tvangsmiddel er et virkemiddel som kan utføres overfor en person uten at vedkommende ønsker eller godtar det, slik at det anses som et inngrep i denne personens rettigheter. I tillegg vil et tvangsmiddel kunne fungere som et foreløpig skritt i en straffesak.

Det finnes flere ulike tvangsmidler, og disse er listet opp i straffeprosesslovens fjerde del. Blant annet kan ransaking, beslag og pågripelse nevnes. Hvilket tvangsmiddel som brukes avhenger av den spesifikke situasjonen og hvilket formål som ønskes oppnådd.

Bestemmelsene i denne delen av loven er imidlertid ikke en uttømmende regulering av når tvangsmidler kan benyttes. Det finnes andre hjemler, slik som strpl. §§ 157, 115 og § 137. Bruken av tvangsmidler skjer både på etterforskningsstadiet, under forberedelse til hovedforhandling og etter at en dom er avsagt. ¹³ I denne masteroppgaven vil imidlertid fokuset ligge på bruken av tvangsmidler på etterforskningsstadiet, og hvordan samtykke spiller inn på dette.

¹¹ Øyen, *Straffeprosess* (2022) s. 191.

¹² Andenæs (2009) s. 277.

¹³ Varetektsfengsel brukes ofte for å hindre at mistenkte unndrar seg fra forfølgning eller straffullbyrdelse, og brukes under forberedelse til hovedforhandling. Slik fengsling kan også brukes etter at dom er avsagt og frem til fullbyrdelsen av straffen, se strpl. § 171.

For å bruke tvangsmidler som påvirker en persons rettigheter, kreves det grunnlag i lov i henhold til legalitetsprinsippet, som spesifisert i Grunnloven § 113. Slik tvangsmiddelbruk kan også påvirke de rettigheter som er beskyttet i henhold til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, og som derfor må overholde de kravene som Norge er forpliktet til å følge av menneskerettighetene. Dette vil bli gjennomgått i det følgende.

2.2 Allmenne skranker for bruken av tvangsmidler

2.2.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er fastsatt i Grunnloven § 113, som angir at «[m]yndighetens inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov».¹⁴ Ordlyden tilsier altså at det eksisterer et lovkrav ved inngrep. Et inngrep kjennetegnes ofte ved at det påvirker rettssubjektene frihet, slik at vedkommende må gjøre, tåle eller unnlate noe, gjerne gjennom et påbud eller forbud.¹⁵

Legalitetsprinsippet er altså et forbud mot at offentlige myndigheter gjør inngrep i individuelle tilfeller uten hjemmel i formell lov.¹⁶ Dette vil forebygge vilkårlighet og overgrep.¹⁷ Lovkravet innebærer også et krav til klarhet og tilgjengelighet av lovhjemmelen, slik at det skal være mulig for den enkelte borger å finne og forstå hva som til enhver tid er gjeldende rett. Formålet bak er altså at borgeren skal kunne forutse sin rettsstilling, og dermed innrette seg på de reglene som gjelder.

I NOU 2004: 6 s. 43 fremholdt politimetodeutvalget at «fysiske inngrep mot person, som visitasjon, ransaking og ikke minst kroppslig undersøkelse, krever klart nok hjemmel i lov». Ettersom slike tiltak påvirker den mistenktes frihet og fysiske integritet, vil bruken av tvangsmidler anses som et inngrep som krever hjemmel i lov. Dette innebærer at dersom politiet går utenfor de hjemlene som eksisterer i straffeprosessloven, vil inngrepet stå uten hjemmel og følgelig være ulovlig. Legalitetsprinsippet setter dermed begrensninger på hva påtalemyndighetene og politiet kan benytte av tvangsmidler. Legalitetsprinsippetets betydning for samtykke ved bruken av tvangsmidler vil bli nærmere kommentert under punkt 4.

¹⁴ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – grl.)

¹⁵ Hopsnes & Solberg (2005) s. 89.

¹⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 249.

¹⁷ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 38.

2.2.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK)¹⁸ er en konvensjon som beskytter menneskerettighetene, og er gjort til norsk lov gjennom inkorporasjon ved menneskerettsloven.¹⁹ Formålet var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Dette innebærer at dersom myndighetene benytter seg av tvangsmidler, må bruken også respektere EMK sine artikler. Konvensjonen markerer altså en skranke for myndighetenes adgang til å foreta et inngrep for å bekjempe kriminalitet.²⁰

Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD) har gjennom sin praksis gitt artiklene i EMK et konkret og vidtrekkende innhold, og vilkårene som oppstilles i straffeprosessloven må tolkes i lys av hvordan domstolen har vurdert menneskerettighetene i konvensjonen. EMDs praksis vil dermed bli relevant ved fastleggelsen av hvilken betydning samtykke har for bruken av tvangsmidler.

Den aktuelle artikkelen som setter føringer på bruken av tvangsmidler er art. 8. Artikkelen angir at «[e]veryone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». Bestemmelsen verner altså om retten til privatliv, familieliv, hjemmet og korrespondanse.

En kroppsundersøkelse etter § 157, beslag etter § 203 og en ransakelse etter §§ 192 og 195 vil klart utgjøre et inngrep etter artikkel 8, ettersom de på forskjellig måte griper inn i de sidene av privatlivets sfære som er vernet. For at et inngrep skal være rettmessig oppstiller artikkel 8 andre ledd tre vilkår som må være oppfylt. Inngrepet må ha hjemmel i lov, forfølge et legitimt formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Etter bestemmelsens andre ledd må altså tvangsmiddelbruken være «in accordance with the law». Det er i utgangspunktet ikke noe formelt lovkrav som oppstilles, sedvane og internasjonal folkerett har også vært akseptert som hjemmel. Hjemmelen må derimot være tilstrekkelig klar, forutberegnelig og tilgjengelig for å unngå vilkårlighet.²¹ Bestemmelsen er tolket slik at inngrepet må oppfylle de internrettslige vilkår for å anvende tvangsmiddelet.²²

¹⁸ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

¹⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven.) § 2 nr. 1.

²⁰ Prop. 68 L (2015-2016) s. 20.

²¹ Se blant annet *Boze mot Latvia*, dom 18. mai 2017 (40927/05) avsnitt 74 og *Silver m.fl. mot Storbritannia*, dom 24. oktober 1983 (5947/72) avsnitt 87.

²² Graver (2015) s. 84.

Som nevnt over krever legalitetsprinsippet at myndighetene må ha hjemmel i lov dersom de ønsker å gjøre inngrep i borgerens rettsfære. Dette innebærer at lovkravet etter EMK i stor grad vil være overlappende med lovkravet etter Grl. § 113.

Videre er det oppstilt et formålskrav i andre ledd. Det er den offentlige interessen i at lovovertrедelser blir oppklart og forfulgt som gjør at vi har regler om tvangsmiddelbruk under etterforskning.²³ Slike tiltak har som mål å forebygge uorden, bekjempe kriminalitet og beskytte helse, alle formål som er uttrykkelig nevnt i artikkel 8 nr. 2. Eksempelvis vil bruken av tvangsmidler for å hindre og begrense konsekvenser som følge av narkotika ha til hensikt å fremme et legitimt formål.

Til slutt må også inngrepet være «necessary in a democratic society». Kravet om nødvendighet har i EMD-praksis blitt tolket til å ligge et sted mellom uomgjengelig og ønskelig.²⁴ Det må foreligge et pressende samfunnsmessig behov for inngrepet, og det må være forholdsmessighet mellom inngrep og formål. Tiltaket må videre være egnet til å oppnå det aktuelle formålet, og samfunnsinteressen må kunne overstyre individets behov for vern mot inngrep i den konkrete situasjonen.²⁵

I saken Buck mot Tyskland vurderte EMD om en ransakelse oppfylte kravet til nødvendighet.²⁶ Domstolen uttalte at av betydning for vurderingen var alvorligheten av lovbruddet, sett i sammenheng med måten ransakelsen og beslaget ble gjennomført på. I tillegg var det relevant å se på omfanget av mulige virkninger på omdømme til personen som ble ransaket.²⁷

Momentene av relevans etter artikkel 8 nr. 2 er mye de samme som etter den norske forholdsmessighetsvurderingen.²⁸ Følgelig vil vurderingen etter EMK art. 8 nr. 2 og proporsjonalitet etter strpl. § 170a i stor grad være sammenfallende. Et samtykke vil dermed ha en tilsvarende betydning i disse to vurderingene.

²³ Prop. 68 L (2015–2016) s. 24.

²⁴ Handyside mot Storbritannia, dom 7. desember 1976 (5493/72) avsnitt 48.

²⁵ Blant annet i Paradiso og Campanelli mot Italia, dom 24. januar 2017 (25358/12) avsnitt 181.

²⁶ Buck mot Tyskland, dom 28. april 2005 (41604/98).

²⁷ Buck mot Tyskland (41604/98) avsnitt 45.

²⁸ Ot.prp nr. 64 (1998-1999) s. 17.

2.3 Vilkår for bruken av tvangsmidler

2.3.1 Inngangsvilkår

For at et tvangsmiddel skal kunne benyttes, må visse materielle vilkår være oppfylt. Det eksisterer både noen generelle vilkår, men også noen konkrete materielle vilkår i de enkelte bestemmelsene. Disse vil bli gjennomgått under. Før det kan benyttes tvangsmidler, er det imidlertid noen inngangsvilkår som må være oppfylt. Det må blant annet være iverksatt en etterforskning. Når man kan starte en etterforskning er regulert i strpl. § 224, som angir at det først kan foretas når det er «rimelig grunn» til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold som kan forfølges av det offentlige.

Ordlyden «rimelig grunn» tilsier at det foreligger omstendigheter som gir tilstrekkelig oppfordring til videre undersøkelser. Det kreves derimot ikke mistanke rettet mot noen bestemt person, og bestemmelsen åpner for en skjønnsmessig vurdering av om en etterforskning skal igangsettes.²⁹ Uttrykket «foretas» er i praksis tolket antitetisk, slik at etterforskning ikke kan settes i verk med mindre det faktisk foreligger en rimelig grunn.³⁰

For å kunne starte en etterforskning må det også foreligge et legitimt formål, og strpl. § 226 angir hvilke formål som er relevante. Eksempelvis vil det å benytte seg av tvangsmidler i mindre narkotikasaker ofte oppfylle formålet om å avverge eller avklare straffbare handlinger som nevnt i bestemmelsens bokstav c. Klarhet om hva som er det konkrete formålet med et inngrep er viktig for å vurdere inngrepets forholdsmessighet, og henger tett sammen med de øvrige materielle vilkårene i bestemmelsene om tvangsmidler.

2.3.2 Mistankekravet og kriminalitetskravet

To generelle vilkår som ofte er å finne i bestemmelsene om tvangsmidler, er mistankekravet og kravet til fengselsstraff. Blant annet i bestemmelsen om kroppsundersøkelse i § 157 og ransaking etter §§ 192 og 195 kreves det en «skjellig grunn» for mistanke. Det er også lagt til grunn i norsk rett at det må foreligge skjellig grunn til mistanke for at beslag etter § 203 kan finne sted, selv om dette ikke nevnes uttrykkelig i bestemmelsen.³¹

²⁹ Keiserud m.fl. (2020) s. 994.

³⁰ Riksadvokaten (22. desember 1999) s. 5.

³¹ Keiserud m.fl. (2020) s. 807 og NOU 1997: 15 s. 60 med videre henvisninger.

En naturlig forståelse av «skjellig grunn mistenkes» tilsier at det må foreligge noen konkrete objektive holdepunkter for at noe straffbart har skjedd. I Rt. 2006 s. 582 på s. 19 uttalte Høyesterett at vilkåret om «skjellig grunn til mistanke» må forstås slik at det er et krav om sannsynlighetsovervekt, hvilket innebærer at det må være mer enn 50 % sannsynlighet for at straffbarhetsvilkårene er oppfylt. Politiet er ofte på et tidlig stadium i etterforskningen når de ønsker å benytte seg av disse tvangsmidlene, og en for høy terskel vil kunne medføre at etterforskningen blir ineffektiv.

Mistankekravet innebærer at det ikke er adgang til å bruke tvangsmidler som en ren stikkprøve, vedkommende må være mistenkt for et konkret lovbrudd.³² Dette innebærer for eksempel at politiet ikke kan ta en blodprøve eller ransake noen basert på at vedkommende er kjent for politiet, er rusmisbruker eller henger på et område hvor det ofte er rus involvert.

Ettersom adgangen til å bruke tvangsmidlene forutsetter at det foreligger en konkret mistanke om et straffbart forhold, kan det ikke foretas ransaking, kroppsundersøkelse eller beslag for andre straffbare handlinger enn det forholdet som ligger til grunn for mistanken.³³

Tilfeldighetsfunn under en ransaking kan imidlertid beslaglegges og benyttes som bevis, men formålet kan ikke i seg selv være å søke etter slike bevis.³⁴

Ransaking og kroppsundersøkelse krever også at det foreligger en mistanke om en forbrytelse som «kan medføre frihetsstraff», altså et lovbrudd som har fengselsstraff som strafferamme, ofte omtalt som kriminalitetskravet. Det vil være strafferammen i lovbestemmelsen som er avgjørende, og ikke den forventede straff i den konkrete sak.³⁵ Bruken av tvangsmidler anses såpass inngripende at det må være snakk om en relativt alvorlig kriminalitet som kan legitimere bruken. Denne avhandlingen bruker narkotikalovbrudd som eksempel på problemstillingen, og ettersom straffen for slike lovbrudd innebærer frihetsstraff, vil dette vilkåret alltid være oppfylt.³⁶

³² Keiserud m.fl. (2020) s. 639

³³ NOU 2019: 26 s. 203.

³⁴ NOU 2019: 26 s. 203.

³⁵ Bjerke (1986) s. 51 og Øyen, Straffeprosess (2022) s. 194.

³⁶ Strafferammen for brudd på legemiddelloven § 24 er fengsel inntil 6 måneder, og etter straffeloven § 231 inntil to år.

Under skal noen aktuelle tvangsmidler og de konkrete vilkårene i disse bestemmelsene gjennomgås, for å gi et generelt overblikk og sette en ramme for den videre drøftelse om samtykkets betydning.

2.3.3 Kroppsundersøkelse etter strpl. § 157

En person kan etter strpl. § 157 «underkastes kroppslig undersøkelse når det antas å være av betydning for opplysning av saken», dersom vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kan medføre frihetsstraff.

Ordlyden «kroppslig undersøkelse» angir at det kan foretas en fysisk gjennomgang på den mistenktes kropp. Eksempler på inngrep som bestemmelsen hjemler vil kunne være røntgenundersøkelse, undersøkelse av kroppens hulrom eller tilføring av brekkmiddel. De inngrepene som politiet ofte benytter i tilknytning til mindre narkotikasaker er blod- og urinprøve for å bekrefte mistanke om ruspåvirkning.

Bruken av kroppsundersøkelsen må videre «antas å være av betydning for saken». En naturlig forståelse tilsier at det kreves objektive og konkrete holdepunkter for at undersøkelsen vil resultere i noe som kan hjelpe med etterforskningen. Dette innebærer at politiet ikke kan begrunne kroppsundersøkelsen i legitime sideformål, slik som å skape ro eller ivareta sikkerheten generelt. Disse kan selvsagt benyttes for å begrunne en tvangsmiddelbruk, men ikke alene. Formålet må være tettere knyttet til det konkrete lovbruddet man står overfor.

Etter § 157 tredje ledd kan undersøkelse «[u]ten mistenktes samtykke» bare foretas etter kjennelse av retten». ³⁷ En kroppsundersøkelse krever i utgangspunktet at politiet har fått godkjennelse fra retten, men et samtykke kan likevel ha en prosessuell kompetansevirkning, slik at politiet kan utføre undersøkelsen uten kjennelsen. ³⁸ Lovgiver har imidlertid ikke tatt stilling til hvilken betydning samtykke har for de materielle vilkårene. Dette vil gjennomgås under punkt 5.

³⁷ Tilsvarende gjelder også for flere typer ransaking, se straffeprosesslovens § 197 første ledd.

³⁸ Andorsen (1992) s. 403.

2.3.4 Ransaking etter strpl. §§ 192 og 195

Straffeprosesslovens kapittel 15 hjemler tvangsmidlene hus- og personransaking. Disse blir som oftest brukt for å sikre tilgang til enten en eiendom, gjenstand, person mv, og formålet er normalt å finne bevis eller å pågripe en mistenkt.³⁹

Husransaking er regulert i § 192, og bestemmer hvor det kan ransakes eller hva det kan ransakes i. Bestemmelsen angir området som «hans bolig, rom eller oppbevaringssted». Slik ransaking omfatter ikke bare den faste bolig, men også midlertidig bopel, kontor, bil og båt.⁴⁰ Vilkåret «oppbevaringssted» omfatter andre relevante steder som den mistenkte har rådighet over, men også ransaking av datasystemer og lagringsmedier.⁴¹

Straffeprosesslovens § 195 hjemler «ransaking av hans person», hvor ordlyden tilsier at det er tale om å finne bevis på vedkommendes kropp. I forarbeidene er det uttalt at personransakelse som oftest er en undersøkelse av personens klær, vesker o.l., som kan tjene som bevis, men at det også ligger en adgang til å ransake selve kroppen til en person.⁴² Juridisk teori nevner blant annet som eksempel på kroppsvisitasjon en gjennomgang av munn eller armhule for å finne skjult narkotika.⁴³

2.3.5 Beslag etter strpl. § 203

Beslag av gjenstander er et tvangsmiddel som ofte blir benyttet under etterforskning, og strpl. 203 angir at «ting som antas å ha betydning som bevis» kan beslaglegges inntil rettskraftig dom foreligger i saken.

Ordlyden angir altså en adgang for politiet til å sette seg i besittelse av konkrete gjenstander som kan være av betydning for etterforskningen. I rettspraksis er det lagt til grunn at med «bevis» menes alt som kan kaste lys over spørsmålet om det er utvist et straffbart forhold, blant annet spørsmål rettet til hvor, hvordan og av hvem.⁴⁴ Videre må tingen «antas» å være

³⁹ Bratholm (1969) s. 337 og straffeprosessloven § 192 første ledd.

⁴⁰ Keiserud m.fl. (2020) s. 771.

⁴¹ NOU 1997: 15 s. 80.

⁴² NUT 1969: 3 s. 251.

⁴³ Bratholm (1969) s. 338.

⁴⁴ Se Rt. 2011 s. 298 avsnitt 33.

av betydning. Ordlyden tilsier at det må foreligge en viss mulighet for tingen har relevans for etterforskningen, og i rettspraksis er vilkåret tolket slik at en rimelig mulighet er nok.⁴⁵

Videre omfatter ikke politiets adgang til å foreta beslag bare legemlige gjenstander, men også elektronisk lagrede opplysninger.⁴⁶ Dette innebærer at det kan tas beslag av mobiltelefoner og annet elektroniske materiale, noe som ofte vil være relevant under etterforskning av narkotikakriminalitet. For å kunne få tilgang til innholdet kan politiet i henhold til strpl. § 199a pålegge vedkommende å gi nødvendige opplysninger, typisk gjennom å gi passord eller til å foreta en biometrisk autentisering, for eksempel avlesning av fingeravtrykk.

I noen tilfeller kan politiet ønske å undersøke en telefon eller datamaskin til en mistenkt for å avdekke annen kriminalitet. Dersom politiet eksempelvis finner en person som har narkotika på seg, så kan de ønske å avdekke opprinnelsen eller innførselen av narkotikaen. Dette har en grense til tredjemannsransaker, ettersom det blir snakk om å utforske kriminalitet som er utført av andre. Tredjemannsransaker er underlagt strengere vilkår, og det avgrenses mot å behandle problemstillingen om samtykke i tilknytning til dette.⁴⁷

2.4 Forholdsmessighet som overordnet vilkår

2.4.1 Generelt om bestemmelsen i strpl. § 170a

I tillegg til at vilkårene som finnes i de forskjellige bestemmelsene i straffeprosessloven må være oppfylt, eksisterer det også en generell regel om forholdsmessighet av inngrepet i § 170a. I de sakene der kravet til strafferammen er oppfylt, må det alltid i tillegg vurderes om forholdene i saken er av et slikt alvor at bruk av tvang kan anses forsvarlig i det konkrete tilfellet.⁴⁸

Det følger av § 170a første punktum at «[e]t tvangsmiddel kan brukes når det er tilstrekkelig grunn til det». Ordlyden tilsier at det må foreligge en nødvendighet for å benytte seg av det aktuelle tvangsmidlet.

⁴⁵ Rt. 1998 s. 1839 på s. 1840.

⁴⁶ Se NOU 2019: 26 s. 204 med henvisning til Rt. 1992 s. 904.

⁴⁷ Tredjemannsransaker er regulert i § 192 tredje ledd, og har andre vilkår enn vanlig ransaking.

⁴⁸ NOU 2019: 26 s. 202.

Vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig grunn må foretas med utgangspunkt i de straffbare forhold som gir grunnlag for å anvende tvangsmiddelet. Hva som anses nødvendig beror på formålet i den konkrete saken, og det er sammenheng mellom formålet og forholdsmessighetsvurderingen.⁴⁹

Etter bestemmelsens andre punktum kan «tvangsmidlet [...] ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep». En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen angir at det skal foretas en skjønsmessig helhetsvurdering, hvor det må foretas en avveining mellom fordelene som søkes oppnådd for å nå etterforskningsformålet, og ulempene ved det aktuelle inngrepet.

Bestemmelsen i § 170a første punktum har en selvstendig betydning ved siden av andre punktum, selv om det er en nær sammenheng mellom dem.⁵⁰ Dette innebærer at selv om tvangsmiddelet er proporsjonalt, er det ikke gitt at det er tilstrekkelig grunn å bruke det. Det må altså foretas en selvstendig vurdering av begge vilkårene.

2.4.2 Relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen

Bestemmelsen i § 170a nevner konkret hva som er relevant i en vurdering av forholdsmessighet, og angir at det blant annet beror på «sakens art». Ordlyden tilsier at det i vurderingen må sees hen til det mistenkte lovbruddets alvor. I forarbeidene til straffeprosessloven er det lagt til grunn at når handlingens alvorlighet skal vurderes, må det tas utgangspunkt i de kortsiktige og langsiktige skadevirkningene som handlingene påfører samfunnet.⁵¹

Forholdsmessighetskravet er en vag og skjønsmessig skranke, og det kan være vanskelig å utpensle noen konkrete momenter og rammer for når bruken av et tvangsmiddel oppfyller kravet. Ordlyden «forholdene ellers» angir at det er et ubegrenset antall momenter som kan spille inn i vurderingen, og at det må foretas en konkret helhetsvurdering.

Blant annet vil det være av betydning hvor sterk mistanken er mot vedkommede det ønskes å bruke tvangsmiddelet mot, hvor stor påkjenning tvangsmiddelet vil være for den som rammes,

⁴⁹ Øyen, «Ransaking – en oversikt over regelverket», 2022 s. 344.

⁵⁰ Se Andenæs (2009) s. 281 med referanse til Rt. 1986 s. 760.

⁵¹ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 25.

og hvor nødvendig det er med bruken av det konkrete middelet for oppklaring av saken.⁵² Dette er alle relevante momenter som vil utspille seg forskjellig i hver sak.

2.4.3 Tilfeller av uforholdsmessighet i mindre narkotikasaker

I det følgende skal det bli gitt noen konkrete eksempler hvor bruken av tvangsmidler i utgangspunktet er å anse som uforholdsmessig, i lys av gjennomgangen gitt over av vilkårene for bruken av tvangsmiddelet. Avhandlingen skal illustrere problemstillingen om tvangsmiddelbruk og samtykkets betydning gjennom mindre narkotikasaker, og dette vil også være fokuset i den videre fremstillingen.

Det vil i stor grad bli brukt riksadvokatens retningslinjer som utgangspunkt for hva som anses forholdsmessig når det kommer til tvangsmiddelbruk i mindre narkotikasaker. Riksadvokaten sine uttalelser har imidlertid, slik som annen forvaltningspraksis, begrenset rettskildemessig vekt, og retningslinjene er ikke en bindende rettskilde.⁵³ Til tross for dette inneholder brevet uttalelser av betydning, og både påtalemyndigheten og politiet vil i praksis måtte etterkomme riksadvokatens presiseringer og instruksjoner.

Et første eksempel er der politiet kommer over en person som virker åpenbart beruset, for eksempel ved at vedkommende har et spesielt atferdsmønster, nedsatt allmenntilstand eller endrede pupiller. Politiet mistenker at det kan være noe annet involvert enn alkohol, og ønsker å få dette bekreftet gjennom en urin- eller blodprøve. En slik kroppsundersøkelse vil som oftest anses uforholdsmessig, ettersom det er snakk om et så inngripende tiltak på den personlige sfæren, at det ikke gjør opp for tvangsmiddelbruken i lys av alvorligheten av å «bare» bruke narkotika. Dette er også angitt i riksadvokatens skriv fra 2021, hvor det uttales at kroppsundersøkelse ikke kan benyttes for å bevise ruspåvirkning alene.⁵⁴ Følgelig kan politiet i en slik situasjon i utgangspunktet ikke kreve en kroppsundersøkelse etter § 157.

Et annet ønske politiet kan ha i en slik situasjon er å ransake den mistenktes jakke, veske o.l. i håp om å finne bevis av det narkotiske stoffet, dersom personen er bekreftet beruset.

Vilkårene for ransaking i §§ 192 og 195 vil som oftest være oppfylt i slike tilfeller, ettersom det vil foreligge «skjellig grunn» i og med den berusede personen. Det kan i enkelte tilfeller

⁵² Andenæs (2009) s. 280.

⁵³ Myhrer (2003) s. 245

⁵⁴ Riksadvokaten (9.april 2021) s. 10.

anses forholdsmessig å ransake vedkommende, under forutsetning av at det gjennomføres skånsomt. Riksadvokaten uttaler derimot at dersom det ikke gjøres funn, vil det sjeldent være grunnlag for husransaking.⁵⁵ Saken vil imidlertid være annerledes dersom det er snakk om mistanke om store kvantum narkotika.

Ettersom bruken av tvangsmidler henger tett sammen med formålet som begrunner tvangsmiddelbruken, vil man sjeldent kunne bruke den antatte ruspåvirkningen som grunn for å starte en etterforskning av ervervet og besittelsen av narkotikaen. Ved mistanke om bruk vil det dermed ikke være grunnlag for å ransake eller å gjennomgå telefonen for å skaffe bevis i relasjon til ervervelse av stoffet.⁵⁶ Særlig kan en gjennomgang av mobiltelefon gi politiet et omfattende innblikk i den private kommunikasjonen, og det å gjennomgå mobiltelefonen for «sikkerhetsskyld» oppfyller nok ikke kravet til forholdsmessighet i slike situasjoner.

En annen situasjon som kan oppstå er at det gjøres funn av små mengder narkotika på en person. Politiet kan i en slik situasjon ønske å finne ut hvor vedkommende har fått tak i stoffet. Ved funnet av narkotikaen vil imidlertid det straffbare forholdet typisk være oppklart ved funnet, og det vil sjeldent være grunnlag for mistanke om noe større salgsvirksomhet. Dette innebærer at det ikke er tillatt å dra på «fisketur» for å avdekke mulige nye straffbare forhold, ettersom det neppe vil være tilstrekkelig grunn til mistanke om at vedkommende er skyldig i oppbevaring, salg eller innførsel av narkotika på bakgrunn av bruken eller besittelsen.

Overfor er det gitt noen konkrete eksempler på tilfeller hvor det vil anses uforholdsmessig for politiet å benytte diverse tvangsmidler. Ettersom det anses uforholdsmessig, vil ikke de materielle vilkårene være innfridd. Spørsmålet som da kan stilles er om et samtykke kan bøte for manglende proporsjonalitet i slike tilfeller. Om et samtykke kan erstatte forholdsmessighetskravet helt vil bli gjennomgått under punkt 5.2, mens samtykkets betydning som moment i forholdsmessighetsvurderingen drøftes under punkt 5.4.

⁵⁵ Riksadvokaten (9.april 2021) s. 11.

⁵⁶ Riksadvokaten (9.april 2021) s. 11.

3 Generelt om samtykke

3.1 Hva ligger i selvbestemmelsesretten?

Alle personer har i kraft av å være mennesker en selvbestemmelsesrett, en frihet til å handle som de selv ønsker og til å bestemme over sin egen rettsfære. En person kan altså binde opp eller innskrenke egen frihet. Dette er også bakgrunnen for at et samtykke i norsk rett anses som rettslig bindende, og det kreves en begrunnelse dersom samtykket ikke skal medføre rettsvirkninger for avgiveren.⁵⁷ Tilsvarende vil den frie partsautonomien gi rettighetshaver muligheten til å innskrenke eller utvide vernet om sine egne formuesgoder.⁵⁸

Det finnes flere eksempler på at et samtykke har betydning for borgeres rettigheter og plikter. For eksempel er samtykke nødvendig før en person kan deles på sosiale medier. Hvis noen likevel laster opp et bilde av en annen person uten deres samtykke, vil dette være en krenkelse av den selvbestemmelsesretten og personvernet som vedkommende i utgangspunktet har. Samtykke er derfor viktig for å beskytte individuelle rettigheter.

Heteronom myndighet handler om retten til å fastsette rett og plikt overfor andre, og i utgangspunktet gir ikke den frie partsautonomien og selvbestemmelsesretten grunnlag til å kunne gjøre dette. Et samtykke fra et rettssubjekt kan derimot fungere som et kompetansegrunnlag for å treffe bindende normeringer med virkning for den som har gitt samtykket. Et eksempel på dette vil typisk være en arbeidsavtale, hvor arbeidsgiveren får kompetanse og mulighet til å foreta bindende beslutninger overfor arbeidstakeren som en del av utførelsen av arbeidet.⁵⁹

Det skilles også mellom hvem man samtykker overfor. Grensene for hva som er tillatt å samtykke til vil ofte være annerledes overfor myndighetene sammenlignet med overfor en privatperson. Dette er begrunnet i det ujevne maktforholdet mellom myndighetene og den enkelte innbygger, og at privatpersonen i enkelte tilfeller kan føle seg presset til å samtykke på bakgrunn av den maktposisjon og de midlene myndighetene har.

⁵⁷ NOU 1993: 31 s. 23.

⁵⁸ Hopsnes & Solberg (2005) s. 123.

⁵⁹ Hopsnes & Solberg (2005) s. 123

Et eksempel på dette kan være en avtale om å delta i en medisinsk forskningsstudie. Man kan gi samtykke til å delta i en slik studie med en privat organisasjon eller selskap, som da blir regulert av en avtale mellom personen og organisasjonen. Dersom en offentlig etat eller regjering ønsker å bruke en persons helseinformasjon til forskning, må de derimot følge strenge lover og retningslinjer for personvern og forskningsetikk. Blant annet kreves det ofte formell godkjenning fra relevante etiske komiteer og myndigheter, for å sikre ivaretagelsen av menneskerettighetene.⁶⁰ Et annet eksempel er at man kan samtykke til å være med på en risikofylt sport, men det å samtykke til en boksekamp mot en politimann er ikke like åpenbart.

Det eksisterer også noen begrensninger for når et samtykke kan fungere som et kompetansegrunnlag. Noen goder eller rettigheter anses som så grunnleggende at det ikke kan begrenses med samtykke, og samtykke kan ikke heller tjene som hjemmel for handlinger som er klart i strid med alminnelige aksepterte moraloppfatninger.⁶¹ Blant annet kan man ikke samtykke til at andre skal ta liv, til å skjule straffbare handlinger, eller til avkall på friheten ved å akseptere fengsling.

En slik begrensning følger også av EMK. Etter EMDs praksis er det noen rettigheter det ikke kan gis avkall på, slik at et samtykke ikke kan fungere som kompetansehjemmel. I saken D.H mot Tsjekkia uttalte domstolen at “no waiver of the right not to be subjected to racial discrimination can be accepted as it would be counter to an important public interest”.⁶² Dommen illustrerer at et samtykke ikke ubegrunnet kan legges til grunn, og at det må vurderes konkret i hvert tilfelle om et samtykke er tilstrekkelig.

Ved bruk av tvangsmidler som ransaking, kroppsundersøkelse eller beslag er det derimot ikke snakk om å gjøre inngrep i såkalte uavhengelige rettsgoder, det er snakk om rettsgoder som enkeltpersoner fritt kan disponere over når de samhandler med andre privatpersoner. Imidlertid må det vurderes konkret om en borger kan samtykke til inngrep i disse rettsgodene overfor myndighetene. Dette skyldes som nevnt at grensene til hva en kan samtykke overfor myndighetene er annerledes enn privatpersoner, og at kravene til myndighetenes kompetansegrunnlag vil variere avhengig av hvilken type myndighetsutøvelse det gjelder.

⁶⁰ Ett eksempel på en slik komité er den nasjonale forskningsetiske komité for medisin og helsefag (NEM).

⁶¹ For eksempel gjelder dette avtaler i strid med kravet til «[I]oven, eller Ærbarhed» i NL 5-2-1.

⁶² D.H mot Tsjekkia, dom 7. juli 2006 (57325/00) avsnitt 203.

Spørsmålet vil dermed i stor grad være om myndighetene kan basere seg på samtykke i det aktuelle tilfellet.

3.2 Krav til et gyldig samtykke

I punkt 5 skal det vurderes om et samtykke kan erstatte de materielle vilkårene for tvangsmiddelbruk og hvilken vekt et samtykke har i en forholdsmessighetsvurdering. Det er imidlertid i norsk rett og EMD oppstilt visse overordnede krav for å kunne akseptere et samtykke som gyldig.

Blant annet har politimetodeutvalget i NOU 2004: 6 angitt noen krav som må stilles for at politiet skal kunne bruke samtykke som grunnlag for diverse politimetoder i forebyggende øyemed. Utvalget sine uttalelser om samtykkekravene anses generelle, og har overføringsverdi som alminnelige krav for at myndighetene skal kunne bygge på et samtykke.

Et samtykke kan for det første bare gis av den personen som tiltaket gjelder, eller andre som på gyldig måte har fått utledet slik kompetanse.⁶³ En person kan for eksempel ikke gi samtykke til at kompisen skal bli ransaket for å bevise sin uskyld. Det er derimot ikke oppstilt noe formkrav, og muntlige eller faktiske handlinger kan tjene som grunnlag for et samtykke på lik linje som et skriftlig.⁶⁴ Den muntlige eller faktiske handlingen må imidlertid være tilstrekkelig klar, og man kan ikke uten videre regne stillhet eller konkludent atferd som et samtykke til inngrepet.

EMD har også i sine saker oppstilt krav for at politiet skal kunne bygge på et samtykke som hjemmelsgrunnlag. I *Boze mot Latvia* uttalte domstolen at samtykke ikke var akseptert med mindre det ble gitt «in full knowledge of the facts» og «on the basis of informed consent and without constraint». Videre måtte samtykke «constitute a knowing and intelligent relinquishment of a right».⁶⁵ Det er altså et krav at den som samtykker forstår hva vedkommende samtykker til, og omfanget av dette. Et slikt krav er også oppstilt av Politimetodeutvalget, og de nevner som eksempel at politiet ikke kan gi inntrykk av et ønske om å undersøke lommer, for deretter å kle av vedkommende klærne.⁶⁶ Tvangsmiddelbruken

⁶³ Hopsnes & Solberg (2005) s. 123.

⁶⁴ I NOU 2004: 6 på s. 47 uttaler utvalget at både «muntlige eller faktiske handlinger kan tjene som samtykke til forebyggende politimetoder».

⁶⁵ *Boze mot Latvia* (40927/05) avsnitt 69.

⁶⁶ NOU 2004: 6 s. 47.

som baserer seg på et samtykke kan altså ikke rekke lenger enn de forutsetningene som det er bygget på. Dette er en viktig rettssikkerhetsgaranti for at politiet ikke går utenfor den kompetansen som er gitt, og utnytter den samtykkede parten.

Videre må samtykket kunne trekkes tilbake uten negative konsekvenser. Den mistenkte må altså ha muligheten til å ombestemme seg, slik at han kan stoppe politiet fra å gjennomføre en ransaking eller en kroppsundersøkelse, selv etter det er påbegynt. Det kan ikke være vanskeligere å trekke tilbake samtykket enn det var å gi det, slik at det er tilstrekkelig å bare si at vedkommende angret eller tilbaketrekker sitt samtykke for at politiet må stoppe.⁶⁷

Ett av de viktigste kravene som er oppstilt i norsk rett og av EMD er at samtykket må være gitt frivillig, under inntrykk av et reelt valg.⁶⁸ Dette innebærer at politiet verken kan presse eller forespeile til mistenkte at inngrepet vil bli foretatt uavhengig av ett samtykke. Det skal altså ikke foreligge en presset situasjon, og omgivelsene må medføre at samtykket er gitt fri for tvang fra politiet. Utfordringene med å avgjøre når et samtykke er gitt frivillig er en av betenkelighetene med at politiet bygger på et samtykke ved tvangsmiddelbruk, og vil bli drøftet mer inngående under punkt 5.3.2.

⁶⁷ NOU 2004: 6 s. 47.

⁶⁸ NOU 2004: 6 s. 47 og Boze mot Latvia (40927/05) avsnitt 70.

4 Legalitetsprinsippet og EMK sin betydning ved samtykke

4.1 Eksisterer det et inngrep dersom det samtykkes?

Som nevnt under punkt 2.3 og 2.4 vil både legalitetsprinsippet og EMK fungere som en skranke i vurderingen av om politiet kan benytte seg av tvangsmidler overfor et enkeltindivid. Dersom den mistenkte samtykker til tvangsmiddelbruken, kan imidlertid situasjonen stille seg annerledes.

Et eksempel kan være der politiet kommer over en person som er åpenbart beruset, og ønsker å gå gjennom telefonen for å finne ut hvor vedkommende har fått narkotikaen fra. Den mistenkte vil vise at han ikke har noe å skjule, og gir både telefon og passord til politiet slik at de kan gjennomgå telefonen. Det er klart at en gjennomgang av telefon *i utgangspunktet* vil være et inngrep i privatsfæren til vedkommende, og at det etter både legalitetsprinsippet og EMK art. 8 krever lovhjemmel. Politiet vil derimot ikke ha en lovhjemmel i dette tilfellet, siden gjennomgangen vil være åpenbart uforholdsmessig.⁶⁹ Spørsmålet er om det fortsatt kan synes å foreligge et inngrep i henhold til Grunnloven § 113 eller EMK art. 8 når vedkommende har samtykket til politiets gjennomgang av telefonen.

EMD har i flere saker behandlet et tilsvarende spørsmål. I dommen Saint-Paul mot Luxembourg var spørsmålet om en husransaking kunne anses som et inngrep etter art. 8, selv om det forelå et samtykke til ransakingen.⁷⁰

Myndighetene gjennomførte i saken en ransaking hos en avis for å finne navnet på en siktet journalist. Under ransakingen var journalisten til stede og samarbeidet med politiet. Staten argumenterte dermed med at det ikke forelå et inngrep i retten til respekt for hjemmet i art. 8, ettersom journalisten frivillig hadde samarbeidet og gitt dem de aktuelle dokumentene. Avisprodusenten mente derimot at ransakingen i seg selv utgjorde et inngrep etter art. 8, uavhengig av samtykke, og at politiet uansett hadde presset dem slik at de hadde vært tvunget til å samarbeide.

⁶⁹ Se gjennomgangen under punkt 2.4.3.

⁷⁰ Saint-Paul Luxembourg S.A. mot Luxemburg, dom 18. april 2013 (26419/10).

I avsnitt 38 uttaler domstolen at «cooperation under threat of a search cannot cancel out the interfering nature of such an act». Domstolen la altså avgjørende vekt på at politiet hadde gjort det klart overfor journalisten at de kunne ransake med makt ved samarbeidsnekt, slik at samtykket som ble gitt av journalisten ikke kunne synes å være gitt frivillig. Konklusjonen ble altså at ransakingen som ble foretatt på avisens kontor var et inngrep i selskapets rettigheter etter art. 8. Til tross for domstolens konklusjon, illustrerer dommen at et samtykke, i noen tilfeller, kan medføre at bruken av et tvangsmiddel ikke utgjør et inngrep i vedkommendes rettigheter.

EMD kom nemlig til motsatt konklusjon i saken *Posevini mot Bulgaria*.⁷¹ Saken gjaldt en etterforskning angående mistanke om forfalsking av identitetsdokumenter, og av denne grunn ble det gjennomført en ransaking hjemme hos flere personer. Under ransakingen hadde politiet gjennomgått eposten til en av de mistenkte, og ett av spørsmålene for EMD var om dette var et inngrep i retten til privatliv etter artikkel 8, ettersom vedkommende hadde samtykket til gjennomgangen.

I avsnitt 75 uttaler EMD at søkeren selv hadde gitt passordet til kontoen uten press fra politiet, noe som medførte at “the search of the first applicant’s email account was not an interference with his rights under this provision”. EMD la vekt på at politiet ikke hadde oppfordret eller lagt press på vedkommende til å samarbeide, og det at en annen mistenkt tidligere hadde vært i håndjern og varetekt anså domstolen heller ikke som indirekte press. Følgelig konkluderte domstolen med at det ikke forelå et inngrep i artikkel 8, ettersom vedkommende frivillig hadde samtykket til at politiet gikk gjennom epostkontoen. Det avgjørende for EMD i vurderingen av om et samtykke fratar tvangsmiddelbrukens karakter som inngrep synes dermed å være om samtykket er gitt frivillig, med fravær av tvang og press. Når et samtykke anses å være gitt frivillig reiser vanskelige spørsmål og grensedragninger, og vil bli kommentert nærmere under punkt 5.3.2.

Når en person samtykker til at det skjer et inngrep i vedkommendes rettigheter, vil inngrepet sjeldent kunne anses vilkårlig eller som et overgrep fra myndighetenes side. I tillegg vil det være forutberegnelig for vedkommende, og den som samtykker vil ha mulighet til å styre

⁷¹ *Posevini mot Bulgaria*, dom 19. januar 2017 (63638/14).

tvangsmiddelbrukens grenser selv. Begrunnelsen bak legalitetsprinsippet hviskes dermed ut når personen selv velger å benytte selvbestemmelsesretten sin til å påta seg en forpliktelse.⁷²

Dette er også uttalt av Politimetodeutvalget, som angir at den som «samtykker til å bli utsatt for en politimethode, vanskelig kunne sies å bli utsatt for et inngrep».⁷³ Dette har støtte i norsk rettsvitenskap, og Øyen har blant annet uttalt at «[d]et foreligger neppe et ‘inngrep’ i henhold til Grunnloven § 113 hvis den tiltaket rettes mot samtykker».⁷⁴ Et samtykke vil kunne fjerne undersøkelsens karakter av tvang, slik at det vanskelig kan argumenteres å utgjøre et inngrep i legalitetsprinsippets forstand.

Et samtykke vil altså kunne fjerne tvangsmiddelbrukens karakter som inngrep etter Grl. § 113 eller EMK. Det vil dermed i utgangspunktet ikke være problematisk at myndighetene baserer seg på et samtykke fra borgeren, ettersom verken Grl. eller EMK krever at det offentlige bygger på en lovhjemmel ved tvangsmiddelbruk når det samtykkes. Et annet spørsmålet er imidlertid om reglene om ransaking, beslag og kroppsundersøkelse i straffeprosessloven må tolkes slik at et samtykke ikke kan erstatte lovhjemmel med mindre noe annet er fastsatt i loven.

⁷² Begrunnelsen bak legalitetsprinsippet ble gjennomgått under punkt 2.4, og er blant annet å unngå vilkårlighet og overgrep, slik at en privatperson kan forutse sin rettsstilling.

⁷³ NOU 2004: 6 s. 47.

⁷⁴ Øyen, Ransaking – en oversikt over regelverket, (2022) s. 334.

5 Samtykkets betydning ved tvangsmiddelbruk

5.1 Innledning

Som gjennomgått i avhandlingen eksisterer det visse materielle vilkår for at politiet skal kunne ta i bruk et tvangsmiddel overfor en person. Det kreves blant annet skjellig grunn til mistanke overfor vedkommende, og tvangsmiddelbruken må være forholdsmessig i lys av formålet. Spørsmålet som skal bli forsøkt besvart først i det følgende er om et samtykke kan erstatte disse materielle vilkårene. Dette innebærer altså at politiet bygger ene og alene på samtykket som hjemmel, uten at de øvrige vilkårene i bestemmelsene er oppfylt. For å besvare dette skal det ses på om straffeprosessloven i det hele tatt åpner opp for at man kan bygge på et samtykke ved å gjennomgå dagens rettskildebilde. Etter dette skal de reelle hensynene som aktualiseres av spørsmålet drøftes under punkt 5.3.

Deretter skal spørsmålet knyttet til samtykke som moment i forholdsmessighetsvurderingen behandles i punkt 5.4, og i punkt 5.5 vil de reelle hensynene som både taler for og mot samtykke som moment drøftes.

5.2 Åpner straffeprosessloven for at samtykke kan erstatte de materielle vilkårene?

Samtykke er akseptert som hjemmel for tvangsmiddelbruk flere plasser i straffeprosessloven. Blant annet kan man samtykke til gransking av eiendom i § 156, til å ta blodprøve til DNA-test i § 158 annet ledd, og utlevering av beslag etter § 208. Samtykkekravet erstatter i disse tilfellene de materielle vilkårene, slik at politiet kan bygge på samtykket uten at det for eksempel foreligger skjellig grunn til mistanke. Lovgiveren har i disse bestemmelsene prioritert selvbestemmelsesretten, og funnet det hensiktsmessig å tillegge samtykke avgjørende vekt.

Det er imidlertid ikke noe slikt vilkår om samtykke i bestemmelsene om ransaking, beslag og kroppsundersøkelse. Lovgiver har dermed lagt til grunn at man kan bygge på et samtykke istedenfor de materielle vilkårene ved bruk av noen tvangsmidler, men ikke for alle. Dette kan tilsi at lovens formulering gir uttrykk for et bevisst lovgivervalg, og at meningen har vært at et samtykke ikke kan erstatte de materielle vilkårene der dette ikke uttrykkelig er nevnt i loven.

Samtidig kan det innvendes at det ikke er noe i bestemmelsene om tvangsmidlene som stenger for det heller, og ordlyden er taus. Det er dermed ikke uttrykkelig gitt at et samtykke ikke kan erstatte de materielle vilkårene.

Det er nemlig en forskjell på å ta en DNA-test som bevismiddel og å ta en urinprøve, og det å granske en eiendom mot å ransake den. Dette uttales også i forarbeidene til strpl. § 158, under vurderingen av om samtykke kan utgjøre et grunnlag for å innhente biologisk materiale.

Utvalget uttaler at «[d]et er noe ganske annet å avgi blodprøve enn å måtte tillate ransaking av sin bolig», og at formålet med bestemmelsen er noe annet enn bruken av tvangsmidler ellers, nemlig å utelukke personer fra etterforskningen som ikke har noe med saken å gjøre.⁷⁵

Tvangsmidlene anses dermed å være relativt forskjellig med ulike formål. Straffeprosessloven gir med det ikke et klart svar på spørsmålet om hvordan loven skal tolkes, og om samtykkets betydning for hjemmelsgrunnlaget.

Historisk var den vanlige lære at bruken av diverse tvangsmidler kunne skje uten hensyn til om de materielle vilkårene forelå, dersom vedkommende samtykket.⁷⁶ Blant annet argumenterer Salomonsen for dette. Han uttaler at «ransakning i alle tilfælder og uten nogen innskærkning [blir] lovlig» dersom vedkommende samtykker.⁷⁷ Han kommer imidlertid ikke med noen argumenter bak standpunktet, og uttalelsen er nesten 100 år gammel. Den kan dermed synes lite treffende ut fra dagens samfunnsforhold. Forarbeidene til den någjeldende straffeprosessloven kommenterer imidlertid verken den gamle læren eller generelt om samtykkets betydning for materielle vilkår, og det er lite som kaster lys på hva lovgiver har ment om spørsmålet. Lovgiver kan dermed ikke synes å ha tatt uttrykkelig avstand fra den eldre læren.

Det finnes heller ikke noe rettspraksis som tar standpunkt til spørsmålet om straffeprosessloven kan tolkes slik at den åpner opp for samtykke som grunnlag, noe som antas å ha sammenheng med at spørsmålet sjeldent kommer opp for domstolene. Den som samtykker har som oftest lite etterfølgende innsigelser mot tvangsmiddelbruken.

⁷⁵ NOU 1993: 31 s. 24.

⁷⁶ Keiserud m.fl. (2020) s. 641 og Bjerke (1986) s. 47.

⁷⁷ Salomonsen (1925) s. 265.

I diverse lovutredninger til andre lover er det imidlertid tatt stilling til samtykkets betydning som grunnlag for politiets tvangsmiddelbruk. Blant annet i NOU 1997: 15 på s. 74 uttaler Metodeutvalget at:

«Hovedregelen må være at samtykke ikke kan erstatte de materielle vilkår for å anvende tvangsmidler i andre tilfeller enn der hvor slik adgang følger av loven. Utvalget finner at det må gjøres unntak fra dette der det er den som tvangsmidlet retter seg mot selv ønsker det utført for å avkrefte en mulig mistanke mot seg selv.»

Utvalget mente altså at det ikke var tilstrekkelig å bygge på et samtykke ved bruken av tvangsmidler utenom de lovregulerte tilfellene. Det er likevel interessant at utvalget tenker at det kan eksistere unntak. Utvalget tok nemlig forbehold dersom en mistenkt etter eget ønske ville underlegge seg kontroll for å få avkrefte mistanken, så lenge initiativet kommer fra vedkommende selv, og ikke politiet. De avfeide dermed ikke muligheten for at det i noen tilfeller kunne være mulighet for politiet å bygge på et samtykke, men gir uttrykk for at det er et snevert anvendelsesområde.

Tilsvarende uttales av straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24 i tilknytning til utredning om ny straffeprosesslov, hvor spørsmålet var samtykkets betydning for ransaking spesielt. Der angis det at samtykke ikke burde tre i stedet for lovens situasjonsbetingelser i ransakingstilfellene. De uttaler på side 334 at «vilkårene for tvangsmiddelbruk ikke bare kaster lys over hvilke inngrep det fra lovgiverhold er ansett rimelig at borgerne utsettes for, men også peker mot hvilke inngrep påtalemyndigheten i det hele tatt bør søke å benytte».

De mener altså at lovgiver bevisst har tatt et valg om hvilke inngrep som burde være tillatt overfor borgerne, slik at et samtykke vil kunne erstatte den angitte lovgiverviljen. Loven anses som et resultat av en avveining mellom hensynet til rettsvernet for den enkelte borger på den ene siden, opp mot hensynet til sakens oppklaring og den offentlige interessen i dette på den andre siden. Dersom lovgiver hadde ment at politiet kunne bygget på et samtykke alene ved tvangsmiddelbruk, så burde dette kommet tydeligere til uttrykk i de materielle vilkårene, og ikke bare i kompetansereglene.⁷⁸ Det rettsvernet som loven i utgangspunktet etablerer vil bli lite effektivt dersom et samtykke kan erstatte vilkårene som er fastsatt i loven. Dette tilsier at loven ikke åpner opp for at politiet kan bygge på et samtykke.

⁷⁸ Bestemmelsene i straffeprosesslovens §§ 197, 198 og § 202 gjør unntak fra reglene om beslutningsmyndighet dersom det samtykkes. Se også Andenæs (2009) s. 314 om dette.

Det uttales imidlertid videre at en annen sak er at en undersøkelse kan «miste sin karakter av tvangsinngrep dersom det samtykkes, og initiativet kommer fra den berørte».⁷⁹ Utvalget skiller altså mellom situasjonene hvor den mistenkte selv tar initiativet til bruken av tvangsmiddelet, og hvor det er politiet som gjør dette. Forslaget fra utvalget om å innføre nye beføyelser for ransaking ble ikke godkjent av Stortinget, så uttalelsene har noe begrenset vekt.

Slik som de diverse utvalgene og EMD, skiller også riksadvokaten mellom situasjonene hvor den mistenkte selv krever bruken av tvangsmidler, og hvor det er politiet som tar initiativet til å få samtykke fra den mistenkte.⁸⁰ I riksadvokatens brev fra 9. april 2021 uttales det at «et samtykke etter omstendighetene kan frata en undersøkelse karakter av tvangsmiddelbruk i tilfeller der initiativet til undersøkelsene kommer fra den det er tale om å undersøke» og at «hensynet til siktedes interesse i å avkrefte den antatte eller reelle mistanken gjør seg gjeldende med en viss styrke».⁸¹ Det er naturlig å tolke uttalelsen slik at riksadvokaten også mener at myndighetene i noen tilfeller kan bruke samtykke fra borgeren som grunnlag.

I den juridiske litteraturen har flere tatt til orde for et slikt skille. Andenæs legger avgjørende vekt på at dersom det foreligger en direkte anmodning fra vedkommende om at en undersøkelse skal foretas, så bør det ikke være feil dersom politiet imøtekommer ønsket, selv om lovens vilkår ikke er oppfylt.⁸² Dette kan være begrunnet med at situasjonen kan virke mindre frivillig og mer stressende når politiet stiller spørsmålet direkte til en mistenkt, i motsetning til når mistenkte selv ber om bruken av tvangsmidler.

I hvilken grad et samtykke kan erstatte de materielle vilkårene for politiets bruk av tvangsmidler er i liten grad fastsatt av lovgiver, enten hva gjelder mistankekravet eller forholdsmessighetskravet. Det er heller ingen rettspraksis som gir veiledning til spørsmålet. Rettskildene, og da spesielt diverse forarbeidsuttalelser til andre lover, indikerer likevel at loven ikke kan tolkes slik at bruken av tvangsmidler er uttømmende regulert. Både i ulike utvalg, hos riksadvokaten og hos forskjellige juridiske teoretikere skilles det mellom situasjonene hvor det er politiet som tar initiativet, og der initiativet til tvangsmiddelbruken kommer fra den berørte. Rettskildebildet knyttet til spørsmålet består dermed hovedsakelig av rettskilder med liten rettskildemessig vekt, hvilket medfører at reelle hensyn kan være

⁷⁹ NOU 2016: 24 s. 334.

⁸⁰ Blant annet peker EMD på dette skillet i Posevini mot Bulgaria, dom 19. januar 2017 (63638/14).

⁸¹ Riksadvokaten (9.april 2021) s. 7.

⁸² Andenæs (2009) s. 313.

utslagsgivende. I det følgende skal det derfor ses på noen konkrete reelle hensyn og hvilken vei de trekker i spørsmålet om politiet kan bygge på et samtykke som hjemmel alene.

5.3 Hva tilsier reelle hensyn om samtykke som kompetansegrunnlag?

5.3.1 Selvbestemmelsesretten og hensynet til sakens oppklaring

To hensyn som taler for at politiet bør ha en adgang til å bygge på et samtykke ved tvangsmiddelbruk er hensynet til borgeres selvbestemmelsesrett, og hensynet til sakens oppklaring.

Selvbestemmelsesretten står som tidligere nevnt sterkt i norsk rett, og bør respekteres så langt det lar seg gjøre. Dette innebærer at straffeprosessen bør være positivt innstilt til borgere som ønsker å benytte seg av råderetten over kropp og eiendom til å støtte en etterforskning av straffbare handlinger. Videre knytter tvangsmiddelbruken seg til rettsgoder som den enkelte borger innenfor visse grenser fritt kan disponere over, enten det er ens egen kropp eller ulike fysiske eiendeler.⁸³ Ettersom en selv kan velge hva en gjør med egen jakke eller mobiltelefon, bør man også kunne samtykke til at politiet for eksempel gjennomgår disse når man er mistenkt. Selvbestemmelsesretten og retten til den private autonomi taler altså i retning for at man burde tolke loven slik at den åpner opp for at politiet kan bygge på et samtykke som erstatning for de materielle vilkår.

Et eksempel er dersom politiet oppdager to personer som henger i et kjent rusmiljø og som fremstår beruset. Politiet ønsker å ransake for å avkrefte mistanke, og spør om de kan få se hva de har i sekken eller i jakkelommen. Ingen av dem har noe å skjule, de har verken røykt eller bærer narkotika på seg. For å fjerne mistanken, ønsker de å la politiet gjennomføre undersøkelsen. De samtykker så til at politiet kan gjennomgå både jakken og sekken. I et slikt tilfelle virker det ganske harmløst å tillate at politiet bygger på samtykke som hjemmel.

I utgangspunktet er det positivt at personer som selv ønsker å komme seg ut av en situasjon får mulighet til å revaske seg selv. Det kan oppleves ganske ubehagelig å være mistenkt for noe man ikke har gjort, og for å unngå at det eskalerer, kan det være ønskelig å bevise sin

⁸³ Bjerke (1986) s. 48.

uskyld med en gang. Dette uttales også av utvalget i NOU 1997: 15, som angir at «[d]et å være eller føle seg mistenkt for en handling man ikke har begått innebærer en betydelig belastning [...]».⁸⁴

En situasjon hvor dette kan forekomme er når offentlige personer blir utsatt for rykter i mediene. Det kan være at det går rykter om at en kjent person enten tar narkotika eller selger narkotika. På bakgrunn av rykter og/eller anmeldelser har politiet en viss mistanke mot denne personen, men det er likevel ikke noe konkret eller tilstrekkelig for å foreta noe ytterligere bruk av tvangsmidler.⁸⁵ Et slikt offentlig rykte kan være både nedverdiggende og ødelegge ens sosiale omdømme. Hvis vedkommende selv ønsker å ta en blodprøve for å bevise at man faktisk ikke tar narkotika, eller å tillate at politiet kommer hjem til huset for å ransake, så virker det i utgangspunktet ikke særlig problematisk, men heller at det kan gjøre politiet sin jobb mer ryddig og effektiv. Det kan være frustrerende for en uskyldig borger å bli nektet en tvangsmiddelbruk som vedkommende mener vil bevise hans eller hennes uskyld.

Det er snakk om å benytte et tvangsmiddel mot én enkeltperson for å etterforske og oppklare en straffbar handling, et viktig formål bak politiets virksomhet. Et slikt inngrep vil være i det offentliges interesse, og dersom politiet får muligheten til å benytte seg av et tvangsmiddel på bakgrunn av samtykket vil etterforskningen både være enklere og mindre ressurskrevende. Hensynet til sakens oppklaring taler her for at politiet bør ha adgang til å bygge på et samtykke. Samtidig er det et viktig poeng at dersom den mistenkte faktisk ikke er i en posisjon til å gi et fritt og reelt samtykke, vil det kunne skape et rettssikkerhetsproblem og undergrave vernet om privatsfæren. Dette vil bli kommentert nærmere under punkt 5.3.2

Hensynet til at den enkelte borger skal ha mulighet til å bekrefte sin uskyld ved å bruke sin selvbestemmelsesrett taler følgelig i retning av at politiet skal kunne bygge på et samtykke, til tross for at de materielle vilkårene ellers ikke er oppfylt. Den samme retning trekker også hensynet til sakens oppklaring og effektivitet. Disse hensynene gjør seg gjeldende uavhengig av om initiativet kommer fra mistenkte selv, eller om det kommer fra politiet, og tilsier at straffeprosessloven skal tolkes slik at den åpner opp for å bygge på et samtykke.

⁸⁴ NOU 1997: 15 s. 74.

⁸⁵ Kravet til «skjellig grunn» er for eksempel ikke oppfylt, som nevnt i punkt 2.3.2.

5.3.2 Manglende frivillighet og indirekte press

Som nevnt under punkt 3.2 så er det avgjørende at samtykket som blir gitt av vedkommende er frivillig og uten press. Til tross for at det kan være en lettelse for vedkommende å fjerne mistanke gjennom å samtykke til tvangsmiddelbruk, kan det også få uheldige følger. Den mistenkte vil gjerne føle seg presset til å samtykke fordi man blir redd for konsekvensen av å si nei. Samtykket kan altså være preget av et visst påtrykk og en opplevelse av tvang, selv om det ikke foreligger en formell straffetrussel. Det er vanskelig å vite om samtykket som blir gitt da er frivillig, eller om vedkommende bare samtykker fordi man står overfor politiet. Dette tilsier at samtykke ikke skal kunne erstatte de materielle vilkårene, og at adgangen til å bygge på et samtykke er uttømmende regulert i straffeprosessloven.

Andenæs er også inne på denne tankegangen. Han skriver at «[d]et er i slike tilfeller så som så med frivilligheten. Personen står ansikt til ansikt med en representant for statsmakten. Han vil gjerne tro at om han sier nei, vil inngrepet likevel bli foretatt, og han vil naturlig tenke at det vil skape et inntrykk av at han har noe å skjule om han nekter».⁸⁶ Den mistenkte vil kunne tro at politiet har kompetanse til å gjennomføre tvangsmiddelet uavhengig av samtykket, og at spørsmålet stilles av mer formelle grunner. I realiteten vil da spørsmålet kunne skape en indirekte form for press til å samtykke.

En annen teoretiker som argumenterer i samme retning, er Andorsen. Han angir at «[u]nder slike psykologiske omstendigheter, med innslag av et klart tvangsmoment, er det heller ikke videre treffende å tale om fri(villig) rådighet over det rettsgodet fredsintegriteten representerer».⁸⁷ Han legger avgjørende vekt på at rettssikkerhetshensyn tilsier at det ikke bør være adgang for påtalemyndighetene å bygge på et samtykkegrunnlag alene, men at de materielle vilkårene også må være oppfylt.

At samtykket som blir gitt i slike situasjoner i enkelte tilfeller ikke anses frivillig er uheldig med tanke på den rettssikkerheten og det vernet straffeprosessloven i utgangspunktet oppstiller. Det vil også stride med den grunnleggende tanken i norsk rettssystem om at man ikke skal tillegge et samtykke rettslig virkning dersom det er gitt under press.

⁸⁶ Andenæs (2009) s. 314.

⁸⁷ Anderson (1992) s. 401.

Som nevnt under punkt 5.2 åpner rettskildebildet i hovedsak opp for at et samtykke kan benyttes som kompetansegrunnlag dersom det er den mistenkte selv som begjærer tvangsmiddelbruken. Det virker i utgangspunktet mindre problematisk når det er den mistenkte som tar initiativet til at det blir gjennomført en ransaking eller en kroppsundersøkelse, enn hvor det er politiet som oppfordrer til det. Det psykologiske tvangsmomentet som ligger i konfrontasjonen med politiet vil ikke foreligge i samme grad når det er vedkommende selv som tar initiativet, og et slikt initiativ kan være både en fornuftig og naturlig fremgangsmåte å fri seg fra en mulig mistanke.⁸⁸ Vedkommende får dermed mulighet til å forsvare sine interesser, noe som vil kunne være viktig for å sikre tillit til politi og påtalemyndigheten. En etterforskning skal nemlig forsøke å klarlegge bevisene som taler både imot og de som taler til fordel for en person, i samsvar med strpl. § 226 tredje ledd. Dersom vedkommende ved å samtykke til tvangsmiddelbruk får bevist sin uskyld, vil dette være klart til fordel for ham.

Samtidig kan det få negative konsekvenser også der det er vedkommende selv som ber om tvangsmiddelbruken. En situasjon hvor dette kan være problematisk er i de tilfellene hvor man har flere mistenkte personer. For eksempel har man tre personer som alle er mistenkt for befatning med narkotika, men hvor det ikke foreligger skjellig grunn til mistanke mot en konkret person. To av dem anmoder så til politiet at de kan gjennomgå mobiltelefonen deres, eller at de kan ta en blodprøve for å bevise sin uskyld. Dersom politiet etterkommer deres begjæring om beslag eller kroppsundersøkelse, vil det kunne medføre at sistemann også føler seg presset til å gjøre det samme, ettersom det kan fremstå mistenkelig om vedkommende ikke gjør det. Det man da kan stå igjen med er et ufrivillig ønske om tvangsmiddelbruk, fordi vedkommende i realiteten føler det ikke foreligger et reelt alternativ.

Situasjonene som politiet står overfor er også svært ulike, og det vil ikke alltid fremstå naturlig eller ønskelig å samtykke til tvangsmiddelbruken, selv om vedkommende ikke har noe ulovlig å skjule. Si personen som politiet møter har noe svært privat i sekken, slik som sexleketøy. Selv om vedkommende vet at det ikke er noe ulovlig i sekken, så vil situasjonen kunne oppleves som invaderende på vedkommendes privatliv. Det vil også oppleves som mer ubehagelig og inngripende å ha politiet gjennomføre sekken da, sammenlignet med om personen bare hadde en vannflaske og et par sko med seg.

⁸⁸ Andorsen (1992) s. 401.

Det samme er tilfellet om vedkommende har private meldinger eller bilder på telefonen som vedkommende ikke ønsker skal bli sett av andre. Dette vil klart kunne påvirke ønsket om å samtykke, og da ikke på bakgrunn av at vedkommende har noe straffbart å skjule, men av personlige årsaker. Dette viser at en handling kan oppfattes som mer eller mindre inngripende avhengig av situasjonen den utføres i. I tillegg vil inngrepets art kunne være av betydning for ønsket om å samtykke. Å gi et samtykke til en kroppsundersøkelse vil for eksempel bli møtt med større skepsis sammenlignet med å gi samtykke til en husransaking. Hvordan et tiltak påvirker og hvor stor belastning det utgjør for den som blir berørt, vil altså avhenge av de spesifikke omstendighetene i saken, og graden av tvang eller frivillighet må vurderes konkret i hvert tilfelle.

Et annet argument mot å tillate at politiet bygger på et samtykke er at risikoen for at politiet foretar tilfeldighetssøk vil øke. Politiet «taper» ingenting på å spørre om å bruke et tvangsmiddel dersom de tenker det er hensiktsmessig for å oppklare en sak, selv om det egentlig ikke er grunnlag for det. Dette vil kunne være problematisk av hensyn til den enkelte borger.

En sammenlignbar situasjon i tilknytning til spørsmålet om frivillighet er da Høyesterett og Straffeprosessutvalget vurderte bruken av løgndetektor i straffesaker i Rt. 1996 s. 1114. Der var spørsmålet om vedkommende som ønsket å benytte seg av løgndetektor for å bevise sin uskyld kunne gjøre dette. I utgangspunktet vil en slik test kunne være både integritet- og personlighetskrenkende. I saken var det imidlertid den siktede som hadde foranlediget testen. Siktete hevdet at ettersom det var et fullstendig fritt valg å benytte testresultatet som bevis, kunne personvernshensyn ikke tas i betraktning ved Høyesteretts vurdering. Høyesterett uttalte at denne betraktningen var «for snever når de reelle hensyn skal avveies», og la vekt på at hensynene må avveies med tanke på hvordan situasjonen blir dersom slike tester skulle tillates på et generelt grunnlag.⁸⁹

Høyesterett viser så til drøftelsen om bruken av løgndetektor i NUT 1969: 3.

Straffeprosesslovkomiteen angir der at siden en siktet ikke har plikt til å uttale seg, har man heller ikke plikt til å benytte seg av en løgndetektor. De uttaler så at dersom bruken av

⁸⁹ Rt. 1996 s. 1114 på side 1121.

løgndetektor skulle gjøres betinget av samtykke fra den som avhøres, «kan den som nekter å medvirke komme i en vanskelig stilling».⁹⁰

Høyesterett kommenterer utvalgets resonnement, og uttaler at «[d]irekte tar nok dette sikte på at det er påtalemyndigheten som ønsker testen utført, men helt generelt må det antas at dersom bruk av polygrafter tillates, vil det kunne innebære et sterkt press på en siktet til å la seg teste hva enten spørsmål om slik testing reises av politi/påtalemyndighet eller ikke.»⁹¹

Høyesterett vektla altså at uavhengig av om det er den mistenkte som tar initiativet, eller om det er påtalemyndighetene, så vil situasjonen være såpass spesiell at det er betenkelig å akseptere resultatet fra en polygrafterest som bevis. Bruken av løgndetektor er ikke obligatorisk, og det vil kunne legge et press på mistenkte personer til å ta en test for å fri seg fra mistanken, ettersom det å motsette seg kan bli ansett som et bevis for skyld. Dette anså Høyesterett som en uheldig konsekvens. Rettssikkerhetshensyn talte derfor mot å tillate slike bevis, og resultatet var at en polygrafterest ikke kunne føres. Høyesteretts resonnement ligner på de vurderingene og avveiningene som må foretas ved spørsmålet om et samtykke kan erstatte de materielle vilkårene i straffeprosessloven. Det at man åpner for å kunne samtykke til tvangsmiddelbruk gjør at man får et press til å faktisk gjøre det, selv om man reelt sett ikke må.

Et annet argument Høyesterett brukte i dommen var at det å gi en generell adgang til å føre en polygrafterest som bevis ville medføre utilfredsstillende spørsmål, og dermed skape en betydelig usikkerhet omkring bevisførselen. Å tolke straffeprosessloven slik at den åpner for at et samtykke kan erstatte de materielle vilkårene vil også kunne reise skape en usikker rettssituasjon. Hva skjer hvis noen samtykker mens de er ruset, kan man fortsatt legge all troverdighet i at personen forstår hva han egentlig samtykker til? Og hva skjer hvis vedkommende angret og trekker tilbake samtykket, men politiet allerede har funnet noe under ransakingen? Bli mistankekravet da oppfylt basert på funnet? Dette viser at dersom et samtykke tillates vil det kunne oppstå vanskelige grensdragninger og spørsmål i praksis.

Oppsummert må det altså under vurderingen av om politiet kan bygge på et samtykke alene foretas en avveining mellom hensynet til individets frihet og selvbestemmelsesrett, opp mot hensynet til kontrollerte rammer og et regelverk som beskytter borgerne mot urettmessig

⁹⁰ NUT 1969: 3 s. 189.

⁹¹ Rt. 1996 s. 1114 på side 1121.

tvangsmiddelbruk. Det at et samtykke ofte kan bære preg av å være ufrivillig og som følge av et indirekte press på grunn av politiets maktposisjon, vil kunne medføre vanskelige grensedragninger i praksis. Dette taler altså mot at politiet bør kunne bygge ene og alene på et samtykke dersom de materielle vilkårene ikke er oppfylt, med vekt på de betenkeligheter dette vil reise.

Til tross for at visse reelle hensyn taler mot en slik adgang, så er det ingen rettskilder som stenger for adgangen til politiet å bygge på et samtykke. Verken loven, forarbeidsuttalelser eller andre rettskilder har uttrykkelig lagt til grunn at det ikke skal eksistere en slik mulighet for politiet. En slik løsning har også mange gode grunner for seg. Følgelig fremstår det som at loven kan tolkes slik at politiet kan utføre tvangsmiddelbruk dersom vedkommende samtykker, selv om det i visse tilfeller foreligger en risiko for ufrivillige samtykker. En viss risiko vil imidlertid alltid eksistere når det er snakk om å samtykke overfor det offentlige, også i de tilfellene som er lovregulert i dag, slik som ved innhenting av DNA-materiale.

5.4 Samtykkes betydning for forholdsmessighetsvurderingen

5.4.1 Samtykke som moment

Over er det diskutert hvorvidt et samtykke kan erstatte de materielle vilkårene i straffeprosessloven, og det avgjørende i rettskildene synes å være om samtykket er gitt frivillig og om det er begjært av vedkommende selv.

Situasjonen som skal drøftes i det følgende er om et samtykke kan vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a, slik at et tvangsmiddelinngrep som ved fravær av samtykke ikke ville vært forholdsmessig, likevel er det som følge av samtykket. Spørsmålet er altså hvilken betydning et samtykke har i den generelle proporsjonalitetsvurderingen. Slike situasjoner kan typisk være de som gjennomgått under punkt 2.4.3.

Forholdsmessighetsbestemmelsen i § 170a angir hvilke momenter som kan tillegges vekt, hvor «sakens alvor» og «forholdene ellers» er uttrykkelig nevnt. Ordlyden gir indikasjon på at listen for momenter ikke er uttømmende, og at situasjonen som helhet kan vektlegges i proporsjonalitetsvurderingen. Lovgiver har med andre ord lagt til rette for en helhetlig

vurdering, og åpner dermed uttrykkelig for at et samtykke kan tillegges vekt på lik linje med andre relevante omstendigheter. Det som derimot er mindre klart er hvilken vekt et samtykke har i denne vurderingen, og hvordan den stiller seg opp mot andre momenter, slik som sakens art.

Det er lite kilder om samtykke som moment i forholdsmessighetsvurderingen. Vekten til et samtykke vil derimot henge tett sammen med de kravene som oppstilles til et samtykke for å kunne aksepteres som rettslig bindende.⁹² Dersom samtykket ikke er gyldig gitt, vil det ikke ha noen rettslig betydning.

Det er klart at et samtykke skal tillegges liten eller ingen vekt dersom den er gitt under press eller tvang. Dersom politiet for eksempel fremlegger spørsmålet som at de har makt til å foreta inngrepet uavhengig av samtykket, så kan ikke et samtykke fra den mistenkte bøte for manglende proporsjonalitet.⁹³ Dette ville undergrave det vernet som en forholdsmessighetsvurdering i utgangspunktet oppstiller.

I tillegg må samtykket være gitt med en klar forståelse av hva det samtykkes til, og samtykket må være konkret, altså omfatte det aktuelle tiltaket som skal gjennomføres. Dette er helt grunnleggende for at samtykke skal kunne få vekt i en forholdsmessighetsvurdering.

På samme måte som samtykkes betydning for de materielle vilkårene vil det klart ha mer vekt i en forholdsmessighetsvurdering om undersøkelsen er begjært av mistenkte selv. Dersom vedkommende ønsker å benytte seg av et mer inngripende tvangsmiddel for å fjerne mistanke, så vil det kunne veie tungt i en forholdsmessighetsvurdering. Til tross for at tvangsmiddelet, i lys av sakens alvor eller situasjon ellers ikke kan legitimeres, vil et slikt samtykke som kommer uoppfordret kunne tilsi at tvangsmiddelet blir forholdsmessig. Hvordan samtykket ble gitt er altså et relevant moment for hvilken vekt det vil kunne ha, i tillegg til situasjonen som en helhet.

Det er klart ut ifra lovens ordlyd at et samtykke kan tillegges vekt i en forholdsmessighetsvurdering. Et samtykke kan også tillegges ganske tung vekt, dersom samtykket oppfyller visse krav. Samtidig er det en del betenkeligheter ved å tillegge et

⁹² Se gjennomgangen av kravene til et samtykke under punkt 4.2.

⁹³ Slik saken var for EMD i *Boze mot Latvia* (40927/05), hvor politiet uttalte til mistenkte at de hadde hjemmel uavhengig av samtykket.

samtykke vekt i en slik vurdering, noe som kan tilsi at det ikke er rettslig adgang til å la et samtykke gjøre et ellers uforholdsmessig inngrep forholdsmessig. Disse vil bli redegjort for i det følgende.

5.4.2 Reelle hensyn om det å vektlegge samtykke i en forholdsmessighetsvurdering

Som nevnt åpner bestemmelsen i § 170a for at et samtykke kan tillegges vekt, ettersom det skal foretas en helhetsvurdering av alle relevante omstendigheter. Dette har flere gode grunner for seg, som skal bli gjennomgått under. Det reiser likevel noen betenkeligheter å tillegge et samtykke tungtveiende vekt i en forholdsmessighetsvurdering, og mange av de argumentene som ble nevnt under punkt 5.3.1 og 5.3.2 kan også gjøres gjeldende overfor denne vurderingen.

Formålet bak en proporsjonalitetsvurdering er å sørge for en balanse mellom mål og middel, slik at det ikke foretas et mer inngripende tiltak enn det som kan aksepteres i situasjonen. Dette er for å sikre rettsvernet til den mistenkte. Et samtykke vil derimot gi en indikasjon på at vedkommende synes det er greit at det blir brukt et middel som i utgangspunktet ikke er forholdsmessig. Det er flere fornuftige grunner for å la et slikt samtykke få tungtveiende vekt i en forholdsmessighetsvurdering. Blant annet kan det øke tilliten mellom borgeren og myndighetene. Når borgere blir spurt om å samtykke før tvangsmidler blir brukt, kan det bidra til at de føler seg respektert og hørt. I tillegg kan et samtykke også øke effektiviteten og kvaliteten på politiets arbeid. Dersom mistenkte gir samtykke til et ellers uforholdsmessig tvangsmiddel, kan det bidra til at politiet får tilgang til viktig informasjon eller bevis som ellers ville vært utilgjengelig. Hensynet til sakens oppklaring og til vedkommendes selvbestemmelsesrett, som nevnt i drøftelsen i punkt 5.3.1, vil også her tale for at samtykket tillegges vekt i en forholdsmessighetsvurdering.

Videre vil det være positivt å tillegge et samtykke vekt ettersom vedkommende får muligheten til å styre situasjonen slik han eller hun ønsker. Når borgerne gir samtykke til et ellers uforholdsmessig tvangsmiddel, kan det bidra til at tvangsmiddelet blir brukt på en mer kontrollert og skånsom måte, som kan redusere risikoen for skade og traumer.

Det er klart at det kan stilles tvil om frivilligheten av et samtykke i møte med politiet som nevnt under punkt 5.3.2, og at situasjonen kan frembringe et indirekte press til å si ja,

uavhengig av om det er vedkommende selv som ber om tvangsmiddelet eller om det er politiet. Dette er definitivt noe som tilsier at det kan innebære en viss risiko å tillegge samtykke vekt, også i en forholdsmessighetsvurdering.

Samtidig kan det anses mindre betenkelig å vektlegge et samtykke som et alminnelig moment, sammenlignet med det å basere seg på samtykket alene som hjemmel. Det må, uavhengig av samtykket, foretas en konkret vurdering av proporsjonaliteten, og de øvrige materielle vilkårene vil jo som oftest være oppfylt. Samtykke kommer dermed bare som et sidemoment, og anses ikke nødvendigvis avgjørende for om politiet kan benytte seg av et tvangsmiddel eller ikke. Dersom det er klart at sakens art er så lite alvorlig at et mer inngripende tvangsmiddel ikke kan rettferdiggjøres som forholdsmessig, så vil ikke nødvendigvis et samtykke kunne bøte for dette heller. Det må som nevnt fortsatt foretas en helhetsvurdering, og et samtykke vil ikke nødvendigvis skjære gjennom uavhengig av de øvrige momentene. Det blir dermed mindre betenkelig og fare for rettssikkerheten å vektlegge et samtykke i en forholdsmessighetsvurdering, til tross for at det kan foreligge en risiko for at det oppstår ufrivillige samtykker.

Det vil imidlertid være en vanskelig vurdering for politiet å foreta i praksis. Det er krevende å ta en rask og konkret vurdering av hvilke vekt et samtykke skal ha i en forholdsmessighetsvurdering når de står i en pågående situasjon på gaten. Faren for at det eksisterer et ufrivillig samtykke er ikke nødvendigvis lett å tenke på eller oppdage i en aktiv situasjon. Det kan dermed være hensiktsmessig å ikke vektlegge et samtykke i det hele tatt, slik at man unngår de faretilfellene hvor vedkommende samtykker når det egentlig ikke er ønsket. Nettopp fordi den mistenkte er i en bisarr situasjon i møte med politiet, taler gode grunner for å la proporsjonalitetsprinsippet gjelde med full tyngde uten fokus på samtykke. Den rettssikkerheten som ligger bak forholdsmessighetskravet vil stå seg best dersom et samtykke ikke vektlegges, selv om det vil kunne gå utover de borgerne som faktisk ønsker å samtykke til tvangsmiddelbruken i enkelte tilfeller.

6 Avsluttende refleksjoner

Når det gjelder adgangen til å bygge på et samtykke alene istedenfor de materielle vilkårene i straffeprosessloven, så har lovgiver ikke tatt uttrykkelig avstand for denne muligheten. De nyere rettskildene indikerer derimot at anvendelsesområdet må anses å være snevret inn de siste årene, og at det avgjørende er om det er den mistenkte selv som begjærer tvangsmiddelbruken. Samtykke som moment i en forholdsmessighetsvurdering er derimot noe loven åpner for, og som er mindre problematisk eller omdiskutert. Å vektlegge et samtykke i vurderingen kan derimot være positiv i den forstand at myndighetene tar hensyn til vedkommendes ønske om å fjerne mistanken eller å bevise sin uskyld. Ettersom det må foretas en helhetsvurdering uansett, så vil et samtykke bare fungere som et alminnelig moment, på lik linje med andre relevante omstendigheter.

Som gjennomgått over kan det synes å ha vært en historisk utvikling rundt spørsmålet om samtykkets betydning, hvor det tidligere i den juridiske litteraturen ikke ble ansett særlig problematisk at politiet bygget på et samtykke som hjemmel. At synet nå har endret seg i en mer skeptisk retning kan ha sammenheng med menneskerettighetenes inntreden de siste årene, og hvordan rettssikkerheten og vernet for den enkelte borger vektlegges i større grad i dag enn for 100 år siden. De siste tiårene har det vært betydelige endringer i samfunnet, og politiet står nå overfor nye og krevende utfordringer som følge av økt internasjonalisering og digitalisering. I takt med denne utviklingen har det også blitt et økende fokus på vernet mot misbruk av den offentlige myndighet. Dette kan være en av hovedgrunnene til at mange stiller seg skeptisk til at politiet skal kunne bygge på et samtykke ved bruk av tvangsmidler, i hvertfall i de situasjonene hvor det er politiet som spør en mistenkt om samtykke.

Det er en del betenkeligheter med å tillate samtykke som kompetansegrunnlag eller som et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Selv om et samtykke ofte forbindes med frivillighet, så er ofte situasjonen en annen når en borger står ansikt til ansikt med politi- og påtalemyndigheten. Dette er også tilfellet uavhengig av om det er politiet eller den berørte som tar initiativet til tvangsmiddelbruken. Godtar man et samtykke i slike tilfeller, vil det kunne skape en forventning om at andre også må samtykke, selv om vedkommende egentlig ikke ønsker dette.

Om et samtykke kan fungere som et kompetansegrunnlag, eller som et tungtveiende moment i en forholdsmessighetsvurdering kan altså ikke besvares med et enkelt «ja» eller «nei». Dette

vil bero på den konkrete situasjonen, og om den mistenkte står i en posisjon til å faktisk kunne gi et reelt og frivillig samtykke.

Slik situasjonen er nå er den lite forutberegnelig for den enkelte borger, og kan skape vanskelige grensesituasjoner i praksis. Dersom politiet bygger på et samtykke eller legger mye vekt på samtykke i en forholdsmessighetsvurdering i noen tilfeller, men ikke i alle, vil det kunne skape en uklar og uheldig rettssituasjon. Dagens rettstilstand anses utilfredsstillende, og kan medføre at politiet misbruker eller bruker vilkårlig den friheten som i dag synes å foreligge. I mangel på en klar rettskildesituasjon, og at diskusjonen om samtykkets betydning for tvangsmidler har vart i så mange år uten et klart svar, så burde lovgiver komme på banen dersom politiet skal kunne bygge på et samtykke som erstatning for materielle vilkår, eller som et tungtveiende moment i en forholdsmessighetsvurdering.

I årevis har det eksistert etterforskningsmetoder basert på andre kompetansegrunnlag enn hjemmel i lov, blant annet provokasjon, infiltrasjon og spaning. I dag er det blitt foreslått å lovfeste slike metoder i større grad, og dette kan tolkes som et ønske om å skape en klarhet i rettskildene for den enkelte.⁹⁴ Det er også en alminnelig utvikling i de vesteuropeiske land å lovfeste politiets metoder, av hensyn til respekt for EMK.⁹⁵ Å lovfeste en adgang for politiet til å bygge på et samtykke vil kunne bøte for mange av de uheldighetene som i dag eksisterer. Det kan blant annet bidra til å sikre rettssikkerheten og menneskerettighetene til den enkelte borger på en bedre måte. Lovgiver bør altså uttrykkelig ta stilling til innholdet og eventuelle grunnvilkår for politiets adgang til tvangsmiddelbruk ved samtykke, for å skape en klarere rettssituasjon.

⁹⁴ Se blant annet Straffeprosessutvalget i NOU 2016: 24 på s. 107 som fastslår at den «menneskerettslige – og til dels nasjonale – utviklingen i retning av et skjerpet hjemmelskrav også på straffeprosessens område tilsier at disse metodene lovfestes, om enn ikke i detalj».

⁹⁵Blant annet nevnes Finland, Storbritannia og Nederland som eksempler i NOU 2004: 6 på s. 175.

Litteraturliste

Lover

Norske Lov	Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov – NL.)
Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven- Grl.)
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven – strpl.).
Legemiddeloven	Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler m.v. (Legemiddeloven.)
Politoloven	Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (Politoloven – politil.)
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven – mnskrl.)
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (Straffeloven – strpl.)
Narkotikaforskriften	Forskrift 14. februar 2013 nr. 1999 om narkotika (narkotikaforskriften.)

Konvensjoner

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4. November 1950. Norsk tittel: Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.
-----	---

Forarbeider

NUT 1969: 3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
NOU 1993: 31	DNA-analyser i straffesaker
NOU 1997: 15	Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II
NOU 2004: 6	Mellom effektivitet og personvern: Politimetoder i forebyggende øyemed
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov
NOU 2019: 26	Rusreform – fra straff til hjelp
Ot.prp. nr. 64 (1998–1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder)
Ot.prp. nr. 60 (2004-2005)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)
Dokument 16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Prop. 68 L (2015–2016)	Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler)
Innst. 207 L (2021–2022)	Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om representantforslag om å gjennomføre rusreformen

Norsk rettspraksis

Rt. 1992 s. 1529

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1998 s. 1839

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2011 s. 298

HR-2022-731-A

HR-2022-732-A

HR-2022-733-A

Internasjonal rettspraksis

Boze mot Latvia	Dom av 18. mai 2017, saksnr. 40927/05
Buck mot Tyskland	Dom av 28. april 2005, saksnr. 41604/98
Doroz mot Polen	Dom av 29. oktober 2020, saksnr. 71205/11
Jalloh mot Tyskland	Dom av 11. juli 2006, saksnr. 54810/00
Posevini mot Bulgaria	Dom av 19. januar 2017, saksnr. 63638/14
Saint-Paul Luxembourg S.A. mot Luxembourg	Dom av 18. juli 2013, saksnr. 26419/10
Silver m.fl. mot Storbritannia	Dom 24. oktober 1983, saksnr. 5947/72

Litteratur

- Aall (2020) Aall, Jørgen. «Rettsstat og menneskerettigheter», 5. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2020.
- Andenæs (2009) Andenæs, Johs. «Norsk straffeprosess», 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Andorsen (1992) Andorsen, Kjell V. «Strafferettslig samtykke», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1992 s. 305-475.
- Bjerke m.fl. (2011) Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther. «Straffeprosessloven: Kommentartutgave», Bind II, 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Bjerke (1986) Bjerke, Hans Kristian. «Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler», 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 1986.
- Bratholm (1969) Bratholm, Anders. «Tvangsmidler i straffeprosessen», *Jussens Venner*, 1969 s. 323-351.
- NEM Forskningsetikk.no. (U.å.). NEM - Nasjonal komité for medisinsk og helsefaglig forskningsetikk. Hentet 2. mai 2023, fra <https://www.forskningsetikk.no/om-oss/komiteer-og-utvalg/nem/>.
- Fredriksen (2016) Fredriksen, Steinar. «Polititjenestepersoners og privatpersoners adgang til å benytte straffeprosessuelle tvangsmidler», *Tidsskrift for strafferett*, 2016 s. 8-34.
- Frøseth (2002) Frøseth, Anne Marie. «Grensene for samtykkets virkeområde i strafferetten og erstatningsretten», *Jussens Venner*, 2002 s. 291-313.

- Graver (2015) Graver, Hans Petter. «Alminnelig forvaltningsrett». 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Hopsnes & Solberg (2005) Hopsnes, Roald og Raymond Solberg. «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner*, 2005 s. 77-155.
- Høstmølingen (2013) Høstmølingen, Njål. «Internasjonale menneskerettigheter», 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Keiserud m.fl. (2020) Keiserud, Erik, Knut Erik Sæther og Morten Holmboe mfl., «Straffeprosessloven: kommentarutgave.» Bind II, 5. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Myhrer (2003) Myhrer, Tor-Geir. «Påtalemyndighetenes praksis som rettskilde», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2003 s. 219-245.
- Øyen (2022) Øyen, Ørnulf. «Ransaking - en oversikt over regelverket», *Jussens Venner*, 2022 s. 331-374.
- Øyen (2022) Øyen, Ørnulf. «Ransaking og rus – en kompleks diskusjon», *Jussens Venner*, 2022 s. 414-416.
- Øyen (2022) Øyen, Ørnulf. «Straffeprosess», 3. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Salomonsen (1925) Salomonsen, Olaf. «Den norske straffeproseslov med kommentar.» 2. utgave. Oslo: Forlaget av H. Aschehoug & Co (W. Nygaard), 1925.

Rapporter

- Brev fra riksadvokaten (2021) Brev fra riksadvokaten (09.04.2021) *Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk.*

- Brev fra riksadvokaten (2022) Brev fra riksadvokaten (07.04.2022) *Politiets tvangsmiddelbruk i mindre alvorlige narkotikasaker – oppfølgende undersøkelse.*
- Brev til riksadvokaten (2022) Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) (04.03.2022) *Tvangsmiddelbruk i mindre alvorlige narkotikasaker.*
- Rundskriv fra riksadvokaten (1999) Rundskriv fra riksadvokaten (22.12.1999) *Etterforskning.*