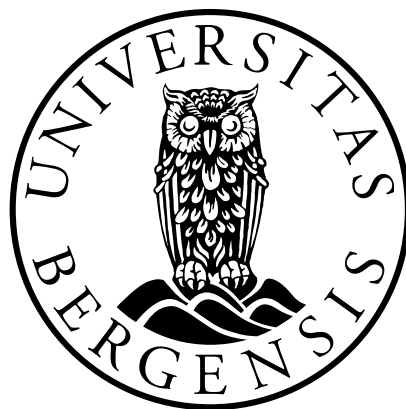


Bør bruken av utenlandske bevis i norske
straffesaker begrenses?

*Med særlig fokus på bevis som er innhentet på en
måte som strider med norsk rett*

Kandidatnummer: 108

Antall ord: 13942



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. Mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 INNLEDNING	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
1.2 Avgrensning	5
1.3 Rettskildebildet og metode.....	6
1.3.1 Metode.....	6
1.3.2 Rettskilder	6
1.3.2.1 Rettspraksis	6
1.3.2.2 Forarbeider	7
1.3.2.3 Juridisk litteratur.....	7
1.3.2.4 Internasjonal rett.....	7
1.3.2.5 Reelle hensyn.....	7
1.4 Oppgavens videre fremstilling	8
2 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	9
2.1 Prinsippet om fri bevisføring.....	9
2.2 Begrensninger i bevisføringsretten.....	10
2.2.1 Når er et bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte?.....	11
2.2.2 Rettsvirkningen av at beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet.....	12
2.3 Hensyn som begrunner bevisavskjæring.....	13
2.3.1 Hensynet til en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling	13
2.3.2 Disiplineringshensynet	14
2.3.3 Rettssikkerhetshensynet	15
3 SETTER KONSTITUSJONELLE OG FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSE SKRANKER FOR BEVISFØRINGSRETEN?	17
3.1 Innledning.....	17

3.2	Retten til privatliv.....	17
3.3	Legalitetsprinsippet	18
3.4	Retten til en rettferdig rettergang	20
4	I HVILKEN UTSTREKNING ER DET ADGANG TIL Å BRUKE UTENLANDSKE BEVIS I EN NORSK STRAFFESAK?.....	23
4.1	Bevisføringsadgangen	23
4.1.1	Beviset må være lovlig innhentet etter reglene som gjelder i det aktuelle landet 24	
4.1.2	Tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningene som er innhentet	25
4.1.3	Innhenting må ikke være gjennomført på en måte som gjør at bruken som bevis vil stride med grunnleggende norske verdioppfatninger	26
	<i>4.1.3.1 Hva ligger i begrepet grunnleggende norske verdioppfatninger?</i>	<i>26</i>
	<i>4.1.3.2 Vil en tilsvarende innhenting av bevis være lovlig etter norsk rett?</i>	<i>28</i>
	<i>4.1.3.3 Foreligger det hensyn som begrunner begrensninger i bevisføringsretten? ...</i>	<i>31</i>
	<i>4.1.3.4 Kvaliteten på Høyesteretts kjennelse.....</i>	<i>33</i>
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	41
5.1	De lege lata.....	41
5.2	De lege ferenda.....	41
	Litteraturliste.....	45

1 INNLEDNING

*«Evidence is the basis of justice:
to exclude evidence is to exclude justice».¹*

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

I dagens samfunn har organisert og alvorlig kriminalitet blitt mer grenseoverskridende. Det øker behovet for bistand fra andre lands myndigheter for å oppklare straffesaker, samt et tettere politi- og påtalesamarbeid på tvers av landegrensene.² Tradisjonelt har imidlertid strafferett og straffeprosess vært sterkt preget av nasjonale verdier og tradisjoner.³ Det følger av straffeprosessloven⁴ (heretter strpl.) § 4 at «lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat». At en stat har enerett på maktutøvelse på eget territorium følger av det grunnleggende folkerettslige prinsippet om statenes suverenitet.⁵ Prinsippet medfører som et klart utgangspunkt en begrensning i statens jurisdiksjon – det norske politiet kan ikke drive etterforskning på andre staters territorium. Norske regler gjelder følgelig ikke utenfor Norge. Hva innebærer dette, idet stater har valgt ulike løsninger eksempelvis ved innhenting av bevis?

Norsk straffeprosess er ikke til hinder for at stater kan samtykke til og bistå hverandre i etterforskning av straffesaker. Det oppstår likevel en problemstilling om hvordan bevis står seg når de er innhentet på en måte som strider med norsk rett. Dette spørsmålet oppsto i operasjon «Emma», hvor minst 1000 personer rundt omkring i Europa ble arrestert i forbindelse med en etterforskning foretatt av fransk og nederlandsk politi.⁶ Operasjon «Emma» gjaldt den europeiske kommunikasjonsplattformen EncroChat som medlemmer i flere organiserte kriminelle nettverk brukte for å planlegge og gjennomføre grove narkotikaforbrytelser og drap. Kriminelle kommuniserte gjennom de spesialbygde mobiltelefonene i tro om at ingen fulgte med på dem.⁷ Fransk og nederlandsk politi hadde imidlertid infiltrert den krypterte kommunikasjonsplattformen, noe som gjorde det mulig for

¹ Øyen (2010) s. 426; Bentham (1827) s. 490.

² Frøberg (2019) s. 219.

³ Bruce (2016) s. 447.

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

⁵ Bruce (2016) s. 447.

⁶ Hopperstad, «Operasjon Emma», VG (2021).

⁷ Hopperstad, «Operasjon Emma», VG (2021).

politiet å følge med på kommunikasjonen deres. En rekke europeiske land, deriblant norsk politi, ble invitert til å delta i den hemmelige europeiske politioperasjonen og fikk bevis mot flere kriminelle i sitt land. Måten fransk politi innhentet bevisene på var i tråd med fransk rett, men det er usikkert om politiet i Norge kunne brukt samme fremgangsmåte.⁸ Høyesterett fremhevet at fremgangsmåten fransk politi benyttet lå nært opptil hva som var lov etter norsk rett, men vurderte ikke direkte om bevisene var ulovlig ervervet.⁹ Det reiser flere spørsmål. I hvilken utstrekning kan det i norske straffesaker fremlegges bevis som er ulovlig ervervet etter norsk rett? Hvor langt kan norske myndigheter gå i bekjempelsen mot grenseoverskridende kriminalitet?

Bevis som innhentes på en måte som avviker fra norsk rett, nødvendiggjør regler om hvordan bevisene skal behandles. I Norge finnes det ikke en egen lov om samarbeid i straffesaker eller internasjonalt politiarbeid.¹⁰ Problemstillingen i denne avhandlingen er derfor når bevis som er innhentet i utlandet, hvor en tilsvarende innhenting i Norge vil stride med norsk rett, kan brukes som bevis i en norsk straffesak. Jeg vil i denne avhandlingen gi en redegjørelse for reglene om bevisføring og bevisavskjæring i det nevnte tilfellet.

1.2 Avgrensning

Emnet «bevisavskjæring» er bredt og sammensatt. Oppgaven avgrenses derfor mot bevisforbud i sivilprosessen og andre lovfestede bevisavskjæringsregler. For å belyse rettssituasjonen på best mulig måte, vil jeg likevel gi et innblikk i enkelte lovbestemmelser. Eksempelvis vil jeg trekke vekslinger til tvisteloven¹¹ (heretter tvl.) §§ 21-3 og 22-7, idet Høyesterett har lagt til grunn at bestemmelsene brukes som en kodifisering av normen som gjelder på straffeprosessens område.¹²

Oppgaven avgrenses også mot lovlig innhentet bevis som av ulike grunner likevel ikke kan føres for retten. I tillegg avgrenses oppgaven mot beviserverv fra privatpersoner. Man kan ikke utelukke at private personer kan innhente bevis på en ulovlig måte, for eksempel ved

⁸ I lagmannsretten ble det lagt til grunn at bevisene var innhentet i tråd med fransk rett, se LB-2021-164345, LB-2021-164360 og LB-2021-168568 (heretter LB-2021-168568) punkt 4.2.

⁹ Se HR-2022-1314-A avsnitt 44.

¹⁰ Bruce (2016) s. 449.

¹¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

¹² Se bl.a. HR-2021-966-A avsnitt 19 flg.

bruk av tortur – i de tilfellene reises også spørsmål om bevisavskjæring. Selv om staten har en plikt til å forhindre disse handlingene, vil det falle utenfor oppgavens tema å gå inn på.

Videre vil jeg avgrense oppgaven mot konsekvensene som oppstår når bevis som i utgangspunktet skal avskjæres, blir ført for retten. Eksempelvis adgangen til å anke på grunn av saksbehandlingsfeil i medhold av strpl. § 343 første ledd, og opphevelse av dom.

1.3 Rettskildebildet og metode

1.3.1 Metode

Ved fremstillingen av temaet og redegjørelsen av problemstillingen vil jeg anvende tradisjonell juridisk metode. Den juridiske metoden er læren om hvordan man går frem når man skal vurdere juridiske spørsmål.¹³ For å belyse den rettslige situasjonen og dens innhold, må man tolke og trekke slutninger fra tradisjonelle rettskilder, slik som lovtekst, rettspraksis, forarbeider og juridisk teori. Reglene for når bevis kan avskjæres i en straffesak er ikke lovfestet. Det medfører at man må vurdere andre relevante rettskilder for å statuere gjeldende rett.

1.3.2 Rettskilder

1.3.2.1 Rettspraksis

Reglene om bevisavskjæring er skapt av domstolene. I den forbindelse er Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjentdommen) en særlig viktig avgjørelse. De retningslinjer som ligger til grunn for bruk av bevis innhentet i utlandet har også blitt utarbeidet og utviklet av Høyesterett. I den prinsipielle avgjørelsen Rt. 2002 s. 1744 (Spaniakjennelsen) ble retningslinjene for bevisavskjæring av utenlandske bevis først utpenslet. Avgjørelsen har vært mønster for lignende tilfeller i ettertid, eksempelvis i HR-2021-1336-U (AnoM-kjennelsen) og HR-2022-1314-A (EncroChat-kjennelsen). Ved fastlegging av innholdet i gjeldende rett vil derfor tolkning av rettspraksis være avgjørende.

¹³ Eckhoff (2001) s. 15.

1.3.2.2 Forarbeider

En annen relevant rettskildefaktor er forarbeider. Ettersom det er domstolene som har utviklet reglene om bevisavskjæring, finnes det ingen lovforarbeid.¹⁴ Selv om reglene om bevisavskjæring ikke er lovfestet, finnes det redegjørelser og vurderinger av reglene i straffeprosesslovens forarbeider som kan være av interesse. Særlig interessant er NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, hvor straffeprosesslovutvalget foreslår å lovfeste prinsippet om fri bevisføring og regelen om bevisforbud ved rettsstridig innhenting av bevis. Reglene om bevisavskjæring er også behandlet i Prop. 146 L (2020-2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.) og Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven).

1.3.2.3 Juridisk litteratur

Det finnes også juridiske bøker og artikler som er relevante under redegjørelsen av problemstillingen. Særlig relevant er Anne Grøstads bok «Internasjonalt strafferettslig samarbeid» (2020) og Runar Torgersens bok «Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker» (2009).

1.3.2.4 Internasjonal rett

To særlig relevante artikler under denne problemstillingen er retten til privatliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen¹⁵ (heretter EMK) artikkel 8 og retten til en rettfærdig rettergang etter EMK artikkel 6. Norge har ratifisert og inkorporert både EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter¹⁶ (heretter SP) gjennom vedtakelsen av menneskerettsloven¹⁷ (heretter mrl.). Konvensjonene gjelder følgelig som norsk lov, jf. mrl. § 2. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD) er den autoritative fortolker av EMK. Domstolens praksis vil derfor også ha betydning under denne problemstillingen.¹⁸ En særlig interessant dom fra EMD er *Tortladze v. Georgia*.¹⁹

1.3.2.5 Reelle hensyn

¹⁴ Torgersen (2009) s. 81.

¹⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950.

¹⁶ International covenant on civil and political rights (ICCPR), New York, 16. December 1966.

¹⁷ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

¹⁸ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 12; Rt. 1997 s. 580 s. 593.

¹⁹ *Tortladze v. Georgia* [J], no. 42371/08 [2021], ECHR:2021:0318JUD004237108.

Bevisavskjæringsreglene bygger i stor grad på en interesseavveining, hvor flere interesser og verdier balanseres mot hverandre. Sentrale hensyn under denne problemstillingen er rettssikkerhets hensynet, hensynet til kontradiksjon, hensynet til kriminalitetsbekjempelse, hensynet til sakens opplysning og hensynet til en materielt riktig avgjørelse.

1.4 Oppgavens videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil jeg innledningsvis, i punkt 2, redegjøre for de rettslige utgangspunktene, herunder prinsippet om fri bevisføring (punkt 2.1), adgangen til å avskjære bevis i en straffesak (punkt 2.2) og hvilke hensyn som begrunner bevisavskjæring (punkt 2.3). I punkt 3 vil jeg så redegjøre for hvilke konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser som setter skranker i bevisføringsadgangen, og særlig hvordan adgangen til å føre bevis står i sammenheng med retten til en rettferdig rettergang (punkt 3.3).

I oppgavens hoveddel (punkt 4) klarlegger jeg i hvilken utstrekning det er adgang til å fremlegge utenlandske bevis som er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte etter norsk rett. I denne delen vil jeg identifisere vilkårene for å føre utenlandske bevis i en norsk straffesak (punkt 4.1). Deretter vil jeg se nærmere på det tredje vilkåret; grensedragningen i hva som utgjør grunnleggende norske verdioppfatninger, for å belyse hvordan norske verdier kan sette skranker i bevisføringsadgangen (punkt 4.1.3). Til slutt vil jeg vurdere kvaliteten på Høyesteretts kjennelse i EncroChat-kjennelsen (punkt 4.1.3.4).

Avslutningsvis, i punkt 5, vil jeg komme med egne betraktninger til problemstillingen. Her vil jeg først vise til de lege lata (punkt 5.1) og deretter foreta de lege ferenda-betraktninger i lys av straffeprosessutvalgets forslag til ny straffeprosesslov (punkt 5.2).

2 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

2.1 Prinsippet om fri bevisføring

I en straffesak er hovedspørsmålet om den mistenkte er skyldig i det aktuelle straffbare forholdet, og hvilken reaksjon som mulig skal idømmes.²⁰ For at retten skal ta stilling til skyldspørsmålet, må det imidlertid bringes klarhet i sakens faktum – hva er det som faktisk har skjedd? Dette gjøres ved at bevis innhentes og vurderes.²¹ En av straffeprosessens kjerneoppgave kan derfor sies å være behandling av bevis, hvor bevisreglene utgjør de rettslige rammene.²² For norsk straffeprosess' del følger utgangspunktet av strpl. § 294, hvor det heter at retten skal sørge for at saken blir «fullstendig opplyst». Retten har følgelig en plikt til å sikre at bevisførselen blir gjennomført på en måte som ikke gir grunnlag for misforståelser eller etterlater uklarheter.²³ Et overordnet mål i prosessretten er at domstolen skal komme frem til et materielt riktig resultat. For å oppnå denne målsettingen tilsier det at alle bevis som kan belyse saken, som utgangspunkt skal tillates ført.

Det alminnelige utgangspunktet i norsk prosessrett bygger derfor på prinsippet om fri bevisføring. I dette ligger det at partene i hovedsak har adgang til å føre ethvert bevis om de faktiske forholdene.²⁴ Prinsippet er lovfestet i tvl. § 21-3 (1) første punktum, hvor det heter at «[p]artene har rett til å føre de bevis de ønsker». Et lignende prinsipp er ikke lovfestet i straffeprosessloven. Det er likevel ingen tvil om at prinsippet anses som sikker rett.²⁵ Det er bl.a. uttrykkelig slått fast av Høyesterett i Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010 at «[e]tter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar».

Ørnulf Øyen har i juridisk teori hevdet at begrunnelsen for prinsippet om fri bevisføring er todelt.²⁶ Øyen fremhever for det første at det er «partene som kjenner sakens faktiske sider

²⁰ NOU 2016: 24 s. 255.

²¹ NOU 2016: 24 s. 255.

²² NOU 2016: 24 s. 255.

²³ Rt. 1998 s. 1182 på s. 1187.

²⁴ Prop. 146 L (2020-2021) s. 79.

²⁵ Prop. 146 L (2020-2021) s. 79; Straffeprosessutvalget foreslår å lovfeste prinsippet i ny straffelov, se NOU 2016: 24 s. 255 flg.

²⁶ Øyen (2022) s. 342.

best» og dermed har «et godt grunnlag for å vurdere hvilke bevis som bør føres».²⁷ Begrunnelsen til Øyen bygger på en antagelse om at det er partene som har de beste forutsetningene til å avdekke de faktiske forholdene, og dermed sikre at straffesaken blir korrekt avgjort. For det andre fremhever Øyen at «det er en målsetting at saksbehandlingen skal inngi tillit» ved at partene får «ivareta[tt] sine interesser og blir hørt».²⁸ Ettersom mennesker er forskjellige og kan se ulikt på ting, sier man ofte at det finnes to sider av samme sak. Partenes mulighet til å føre bevis til støtte for sitt synspunkt er dermed et viktig virkemiddel for å sikre at saken blir godt nok opplyst til at retten kan oppnå målsettingen om en materiell riktig avgjørelse.

For å sikre at borgernes tillit til rettspleien ikke svekkes, oppstilles det et strengt beviskrav; enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.²⁹ Bakgrunnen for det strenge beviskravet bygger på det etiske synspunktet om at det er verre at en uskyldig påføres et slikt onde som straffen representerer, enn at en skyldig går fri ved en uriktig frifinnelse.³⁰ Det er følgelig viktig at enhver tvil er fjernet før retten kommer frem til sin avgjørelse, noe som enklest kan gjøres ved at partene har mulighet til å føre ethvert relevant bevis til støtte for sin sak. Det er derfor ingen tvil om at prinsippet om fri bevisføring må gjelde som et alminnelig utgangspunkt.

Det kan stilles spørsmål om prinsippet om fri bevisføring innebærer at partene kan føre et ubegrenset antall bevis til støtte for sin sak. I det videre skal jeg gå nærmere inn på hvilke begrensninger som finnes i bevisføringsretten og hvilke hensyn som begrunner dette.

2.2 Begrensninger i bevisføringsretten

Partenes rett til å føre bevisene de ønsker til støtte for sin sak, er ikke uten begrensninger. For å sikre at saken blir tilstrekkelig opplyst, er det likevel en naturlig forutsetning at de fleste bevis tillattes ført. En slik forståelse av prinsippet medfører at det er begrensninger i retten til å føre bevis som krever begrunnelse.³¹ Dette er i tråd med Høyesterett sin tilnærming, hvor

²⁷ Øyen (2022) s. 342.

²⁸ Øyen (2022) s. 342.

²⁹ NOU 2016: 24 s. 262 flg.

³⁰ NOU 2016: 24 s. 262 flg.

³¹ Torgersen (2009) s. 22.

retten i bl.a. EncroChat-kjennelsen la til grunn at det kreves «heimel i lov eller anna særskilt grunnlag» for å nekte et bevis ført.³²

Et eksempel på begrensninger i bevisføringsretten, når det gjelder sivile saker, følger av tvl. § 22-7. Bestemmelsen fastslår at retten «i særlige tilfeller» kan «nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte». Straffeprosessloven inneholder ingen lignende lovbestemmelse. Reglene om bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte er i straffeprosessen skapt av domstolene.³³ Høyesterett har lagt til grunn at bevisavskjæringsregelen som følger av tvl. § 22-7 skal brukes som en kodifisering av normen som gjelder på straffeprosessens område.³⁴ Det innebærer at rettspraksis som omhandler sivile saker også vil være relevant i spørsmålet om grensedragninger på strafferettens område.

I tilknytning til begrepene ulovlig og utilbørlig beviserverv oppstår spørsmålet om hva det vil si at et bevis er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, og hvordan dette stiller seg i en norsk straffesak. Først vil jeg drøfte spørsmålet i forbindelse med bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte i Norge.

2.2.1 Når er et bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte?

Med *ulovlig* ervervet bevis siktes det til bevis som er innhentet i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel som har tilknytning til enten det materielle, kompetansen eller saksbehandlingen.³⁵ Et eksempel på et ulovlig ervervet bevis kan være bevis som myndighetene har ervervet gjennom kommunikasjonsavlytting, uten at det foreligger «skjellig grunn» til mistanke i tråd med strpl. § 216 a.

Hva som ligger i *utilbørlig* ervervet bevis er ikke presisert av Høyesterett. I formuleringen *utilbørlig* ligger det at bevis som er innhentet på en upassende eller urimelig måte, kan nektes ført. I eksempelvis Rt. 1991 s. 616 var spørsmålet hvorvidt et opptak som arbeidsgiveren hadde tatt i hemmelighet ved bruk av videoopptaker på arbeidsplassen, kunne brukes som bevis mot hans arbeidstaker som var tiltalt for underslag. Høyesterett uttalte på side 623 at:

³² HR-2022-1314-A avsnitt 19; Se også HR-2021-966-A avsnitt 18 flg.; Rt. 1999 s. 1269 s. 1272.

³³ Se bl.a. HR-2021-966-A avsnitt 18 flg.; Rt. 1999 s. 1269 s. 1272.

³⁴ Se HR-2021-966-A avsnitt 18.

³⁵ Øyen (2022) s. 365.

[s]elv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel.

Den upassende fremgangsmåten gjorde at Høyesterett anså at beviset kunne betraktes som et ulovlig ervervet bevis, og det ble derfor ikke tillat ført. Tilføyingen av utilbørighetsalternativet markerer følgelig at bevis som ikke er innhentet gjennom brudd på en rettsregel, også kan forbys.³⁶

2.2.2 Rettsvirkningen av at beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet

I tilfeller hvor man står overfor et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, kan det stilles spørsmål om hvilken betydning det har – i hvilke anledninger kan informasjonen som er ulovlig eller utilbørlig ervervet brukes som bevis i en norsk straffesak? Straffeprosessloven regulerer ikke problemstillingen. Straffeprosesskomiteen fremholdt under forberedelsen av loven at hovedregelen «bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen».³⁷

Høyesterett sluttet seg til denne hovedregelen i Rt. 2006 s. 582, der førstvoterende i avsnitt 18 uttalte at «[d]et klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres».

Avgjørelsen har vært styrende for lignede spørsmål i ettertid. I eksempelvis HR-2022-2420-A var spørsmålet om bevis som ble innhentet ved ulovlig ransaking skulle avskjæres. I saken hadde politiet stanset en person som var mistenkt for kjøring i ruspåvirket tilstand.

Vedkommende opplyste at han brukte cannabis som smertestillende middel, og politibetjenten besluttet derfor å ransake personens bopel. Politibetjenten hadde imidlertid ikke myndighet til å treffe beslutningen i den situasjonen som forelå. Lagmannsretten fant at straffeprosesslovens vilkår ikke var oppfylt og at beviset derfor ikke kunne føres for retten.³⁸ Høyesterett la til grunn at beviset var ulovlig ervervet, og stilte spørsmålet om beviset skulle tillates ført til tross for feilen. Innledningsvis henviste førstvoterende til 2006-dommen som fremholder det klare utgangspunktet at eventuelle feil ikke er til hinder for føring av bevis. Høyesterett understrekte så at adgangen til å føre slike bevis må gjøres «ut fra en bred avveining, der både

³⁶ Øyen (2022) s. 365.

³⁷ NUT 1969: 3 s. 197; Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 139.

³⁸ Se LB-2022-22335-2.

prinsipielle hensyn og forholdende i den konkrete sak må tas i betraktning, jf. HR-2021-966-A avsnitt 21».³⁹ I vurderingen av om beviset skulle tillates ført utpenslet Høyesterett ulike momenter av betydning i en helhetsvurdering: «grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset», betydningen det har at «den som satt med beviset, pliktet å utlevere dette», om føring av beviset vil oppleves som en «fortsatt rettskrenkelse» og «hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaring av saken».⁴⁰ I dommen tillot Høyesterett beviset ført idet føringen ikke innebar en ny krenkelse av siktedes rettigheter.

Rettspraksis illustrerer følgelig at avskjæring av et ulovlig ervervet bevis må vurderes konkret i den enkelte sak. Ettersom utgangspunktet er fri bevisføring og rettens hovedmål er en materielt riktig avgjørelse, vil hensynet til sakens opplysning veie tungt for å hindre at uskyldige straffedømmes. Hvilke hensyn begrunner så begrensningene i bevisføringsadgangen?

2.3 Hensyn som begrunner bevisavskjæring

2.3.1 Hensynet til en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling

Prinsippet om fri bevisførsel henger tett sammen med hensynet til sakens opplysning – at saken er tilstrekkelig opplyst er en forutsetning for at retten skal kunne ta stilling til tvistes spørsmålet og forhindre at uskyldige dømmes. Dersom saken ikke blir fullstendig opplyst i samsvar med strpl. § 294, medfører det en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av dommen, jf. strpl. § 343 første ledd. Hensynet til sakens opplysning taler følgelig mot bevisavskjæring. Hensynet må likevel ses i sammenheng med hva som er praktisk mulig og økonomisk forsvarlig, sett i lys av sakens alvor, betydningen for tiltalte og virkningene av en utsettelse.⁴¹ Et siktemål i straffeprosessen er at prosessen skal være hurtig og kostnadseffektiv.⁴² Ved å sikre en *hurtig* saksbehandling reduserer det belastningen for siktede og fornærmede, i tillegg til at det kan få betydning for påliteligheten av bevisene.⁴³ En *kostnadseffektiv* saksbehandling kan også virke tillitsskapende og betryggende.⁴⁴

³⁹ HR-2022-2420-A avsnitt 20.

⁴⁰ HR-2022-2420-A avsnitt 20; Se også HR-2021-966-A avsnitt 24; Rt. 1999 s. 1269 s. 1272.

⁴¹ Se Rt. 2008 s. 1350 avsnitt 15.

⁴² Øyen (2013) s. 199.

⁴³ Øyen (2013) s. 199.

⁴⁴ Øyen (2013) s. 199.

I norsk straffeprosess er det gjort unntak fra utgangspunktet om fri bevisføring bl.a. i strpl. §§ 292 og 293, som henholdsvis stiller krav til at bevisene må være relevante og nødvendige for å oppklare straffesaken. Begrunnelsen bak unntakene bygger følgelig på effektivitets- og kostandshensyn. I forarbeidene presiseres det at dersom et bevis ikke rent faktisk er aktuelt i saken ut fra den dommen som skal avsies, vil beviset kunne avskjæres.⁴⁵ Eksempelvis kan det tenkes at Peder Ås er siktet for grovt tyveri etter straffeloven⁴⁶ (heretter strl.) § 233.

Påtalemyndigheten har tre bevis som viser at Ås er gjerningspersonen; bevis 1 er videoovervåkingskamera, bevis 2 er seks vitner som kan bekrefte at han befant seg på stedet og bevis 3 er kommunikasjonsbevis fra telefonen hans, hvor han i detalj forteller om planen. I utgangspunktet, under forutsetningen om at alle bevisene var lovlig ervervet, vil påtalemyndigheten ha adgang til å føre alle de tre bevisene, jf. prinsippet om fri bevisføring. På en annen side, dersom vint nr. 5 og nr. 6 ikke har noe ytterligere å tilføre saken, tilsier hensynet til en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling at disse vitneforklaringene avskjæres. De fire første vitnene vil følgelig være tilstrekkelige til å kunne bevise utover enhver rimelig tvil at Ås er gjerningspersonen. Hensynet til sakens opplysning er imidlertid ikke bare viktig i relasjon til skyldspørsmålet, men også i relasjon til straffeutmålingen og valg av straffereaksjon. I realiteten ville det derfor kunne tenkes at påtalemyndigheten begjærte at noen av vitnene frafalt, og at øvrig bevis heller blir fremlagt effektivt ved dokumentasjon. Kommunikasjonsbeviset vil eksempelvis ikke blitt avskåret av hensyn til effektivitet, da det ville hatt betydning for straffeutmålingen – i hvor stor grad Ås hadde planlagt tyveriet kan påvirke hvilken straff han får og hvor lang straffen skal være.

Hensynet til en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling gjør seg særlig gjeldende i de tilfellene hvor bevisets verdi er liten eller hvis saksbehandlingen blir uforholdsmessig kostandsfull eller lang.

2.3.2 Disiplineringshensynet

For å kunne bekjempe kriminalitet er bevisene et viktig virkemiddel. Er bevisene ulovlig eller utilbørlig ervervet, innebærer det at myndighetene har handlet på en rettstridig måte ved innhenting av bevis. Det kan virke disiplinerende på myndighetene å avskjære disse bevisene i en straffesak – i et slikt tilfelle får ikke myndighetene mulighet til å føre bevisene

⁴⁵ Prop. 146 L (2020-2021) s. 182.

⁴⁶ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

de ønsker til støtte for sin sak. Det vil bl.a. kunne føre til at politiet blir nøyere med å overholde lovens vilkår ved en senere anledning.⁴⁷ For å sikre at siktede får en rettferdig rettergang og at hans rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt, er det viktig at myndighetene handler i tråd med kravene som stilles til etterforskningen.

Tradisjonelt har hensynet til disiplin ikke vært særlig tungtveiende, idet straffeprosessen ikke handler om å forfølge myndighetenes feil.⁴⁸ Straffeprosesslovkomiteen uttalte i NUT 1969: 3 s. 197 at:

[det ikke lar seg] gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. [...] Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken.

I forslaget til ny straffeprosesslov fremhevet Straffeprosesslovutvalget at «gjeldende praksis bør endres i retning av at også disiplineringshensyn tillegges en viss vekt ved vurderingen av om et rettsstridig ervervet bevis bør tillates benyttet».⁴⁹ Komiteen begrunnet dette blant annet med at «[b]evisforbud kan bidra til å avbøte krenkelser og således understøtte tillitsforholdet mellom stat og borger».⁵⁰ Forslaget har imidlertid ikke blitt gjenstand for ny lovgivning. Holdningen har likevel gitt inspirasjon til Høyesterett i ettertid. I eksempelvis HR-2022-2420-A avsnitt 29 fremhevet Høyesterett at det «ikke er utelukket å legge vekt på dette hensynet, som er et uttrykk for at strafforfølgning må skje på en måte som er rettsstaten verdig». Dette er i tråd med idealet om en lovformelig prosess, som taler for bevisavskjæring der beviset er innhentet i strid med rettsreglene.⁵¹ I dag taler derfor disiplinensynet for bevisavskjæring, og argumentet må tillegges mer vekt enn tidligere i bevisavskjæringsvurderingen.

2.3.3 Rettssikkerhetshensynet

Når myndighetene skal innhente bevis mot borgerne sine, innebærer dette at de gjør et inngrep i borgernes rettigheter. Ved slike inngrep stilles det krav til at det gjøres innenfor

⁴⁷ Lagmannsrettens begrunnelse for å avskjære et bevis i LB-2022-22335-2 bygde på disiplinensynet, men det ble avskåret av Høyesterett i HR-2022-2420-A avsnitt 26 flg.

⁴⁸ NOU 2016: 24 s. 273.

⁴⁹ NOU 2016: 24 s. 273.

⁵⁰ NOU 2016: 24 s. 273.

⁵¹ NOU 2016: 24 s. 273.

forsvarlige rammer.⁵² Det innebærer for eksempel at myndighetene ikke kan bruke tortur som middel for å skaffe bevis mot Peder Ås i eksempelet over – målet om å oppnå materiell sannhet kan følgelig ikke gjelde for enhver pris.⁵³

Med uttrykket *rettssikkerhet* siktes det til «sikkerhet for at konstatering av straffansvar bygger på korrekt faktum og juss».⁵⁴ Dette er i tråd med målsettingen om at retten skal komme frem til et materielt riktig resultat. For å hindre at uskyldige idømmes straff, er det viktig med en skånsom, respektfull og inkluderende prosess.⁵⁵ Et forbud mot eksempelvis å bruke bevis som er fremskaffet ved bruk av tortur eller annen umenneskelig behandling kan begrunnes «ut fra omtanke for den som måtte utsettes for slik grusomhet».⁵⁶ Det er følgelig et absolutt forbud mot bruk av tortur i Norge, jf. Grunnloven⁵⁷ (heretter grl.) § 93 annet ledd. Tortur kan påføre mennesket både alvorlige fysiske og psykiske skader. Det å bruke informasjon fremskaffet ved tortur kan følgelig oppleves som traumatiserende og krenkende for den mistenkte. Informasjon fremskaffet ved bruk av tortur kan heller ikke ses på som sikker informasjon, idet bruk av tortur kan føre til falske tilståelser og usannheter - det kan ikke ses bort ifra at den som blir torturert tilstår for å slippe unna grusomheten. Adgangen til å avskjære bevis i tilfeller hvor siktedes rettssikkerhet er truet, vil være med på å skape tillit til domstolene og norske myndigheter.

⁵² Se punkt 3 om konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser.

⁵³ Aarli (2015) s. 86.

⁵⁴ NOU 2016: 24 s. 145.

⁵⁵ NOU 2016: 24 s. 147.

⁵⁶ NOU 2016: 24 s. 266.

⁵⁷ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

3 SETTER KONSTITUSJONELLE OG FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSESKRANKER FOR BEVISFØRINGSRETTE

3.1 Innledning

Det følger av GrL. § 92 at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Med *menneskerettigheter* menes rettigheter som alle mennesker har uavhengig av alder, kjønn, nasjonalitet, livssyn eller hvor i verden de bor.⁵⁸ Det at staten plikter å *respektere* og *sikre* disse rettighetene er et uttrykk for statens sikringsplikt – staten har som oppgave å beskytte sine borgere fra inngrep i deres rettigheter og sikre at borgernes mest grunnleggende behov er i behold.⁵⁹

For å kunne idømme straff kreves det at påtalemyndigheten fører bevis for at gjerningspersonen utover enhver rimelig tvil har handlet i tråd med tiltalegrunnlaget. Ved innhenting av bevis må derfor myndighetenes inngrep i privates rettigheter ikke bryte med de konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelsene myndighetene er underlagt, herunder Grunnlovens kapittel E og eksempelvis EMK og SP. Bevisreglene henger særlig tett sammen med retten til privatliv og rettferdig rettergang. Hvordan setter disse rettighetene skranker i bevisføringen?

3.2 Retten til privatliv

Ifølge GrL. § 102 første ledd første punktum har enhver «rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon». Privatlivsvernet er inspirert av EMK artikkel 8, og må derfor «forstås i lys av og suppleres med» denne.⁶⁰ Grunnlovfesting av

⁵⁸ Strand (2022).

⁵⁹ Aarli (2021) punkt 1.

⁶⁰ Dok. 16 (2011-2012) s. 175.

privatlivsvernet ble gjort for å fremheve det rettslige utgangspunktet om å ivareta disse verdiene i norsk rett.⁶¹

Hva som ligger i uttrykket «privatliv» er ikke uttømmende definert. EMD har imidlertid fremhevet i avgjørelsen *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*⁶² at begrepet må tolkes vidt. I avgjørelsens § 117 uttalte EMD at retten til privatliv omfatter «the sphere of personal autonomy in which everyone can freely pursue the development and fulfilment of his or her personality and to establish and develop relationships with other persons and the outside world». Retten til privatliv handler følgelig om å ivareta personlig integritet og selvbestemmelsesrett. Det innebærer eksempelvis at ingen uten videre kan lytte til telefonsamtalene dine, lese tekstmeldingene dine eller snoke i tingene dine.

Etter sin ordlyd fremstår Grl. § 102 som absolutt – dvs. at ingen kan gjøre inngrep i rettigheten. Det er imidlertid lagt til grunn i rettspraksis at inngrep kan finne sted.⁶³ Dette er i tråd med utformingen av vernet etter EMK artikkel 8, hvor det i artikkelens annet ledd heter at inngrep kan forekomme når dette er i samsvar med loven («in accordance with the law») og er nødvendig i et demokratisk samfunn («necessary in a democratic society») av hensyn til eksempelvis å forebygge uorden eller kriminalitet («prevention of disorder or crime»). Artikkelen oppstiller følgelig tre kumulative vilkår for når statens myndigheter kan gripe inn i retten til privatliv. I det følgende vil jeg se på hva som ligger i kravet til lovhjemmel.

3.3 Legalitetsprinsippet

Det følger av Grl. § 113 at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Bestemmelsen gir uttrykk for legalitetsprinsippet – når myndighetene skal ta i bruk tvangsmidler som griper inn i borgernes menneskerettigheter, kreves det hjemmel i lov.⁶⁴ Prinsippet utgjør følgelig et virkemiddel i individets beskyttelse mot statsmakten, noe som skaper tillit til rettssystemet. For eksempel vil kommunikasjonskontroll utgjøre et inngrep i individets rett til privatliv, hvor det kreves at norske myndigheter har hjemmel i lov når de skal foreta etterforskningsskrittene.

⁶¹ Dok. 16 (2011-2012) s. 175.

⁶² *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* [J], no. 302/02 [2010], ECHR:2010:0610JUD000030202.

⁶³ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

⁶⁴ Se Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 24.

I EMK er legalitetsprinsippet uttrykt på forskjellige måter. I artikkel 2 heter det for eksempel at myndighetsinngrepet skal være «lawful», i artikkel 5 heter det at inngrepet skal være «in accordance with a procedure prescribed by law» og i artikkel 8 heter det at inngrepet skal være «in accordance with the law». Til tross for forskjellig ordlyd i de ulike artiklene, skal de tolkes likt.⁶⁵

Det kan her bemerkes at lovkravet etter Grunnloven synes å være strengere enn det som følger av EMK, idet bare formell lov vil aksepteres som grunnlag i Norge. Konvensjonens lovkrav er, til forskjell fra det norske lovkravet, mer autonomt.⁶⁶ Etter EMK er det ikke avgjørende om loven bygger på en formell lov eller ulovfestet rett.⁶⁷ Bakgrunnen for dette er at ulike konvensjonsstater har ulike lovsystemer. Det skilles hovedsakelig mellom civil law- og common law-systemer. Forskjellen mellom de to lovsystemene er at den anerkjente rettskilden i common law-statene i stor grad bygger på uskrevne regler, mens i civil law-statene bygger den anerkjente rettskilden på formell lov.⁶⁸ I den videre drøftelsen må kravet til lovhjemmel forstås i lys av den norske uttrykksmåten – det stilles krav til hjemmel i formell lov.

Bakgrunnen for at det oppstilles et legalitetsprinsipp er av hensyn til maktfordeling og forutberegnelighet.⁶⁹ I hensynet til *maktfordeling* ligger det at den utøvende og dømmende makt må ha klarsignal fra den lovgivende makten for at de kan utøve myndighet.⁷⁰ I hensynet til *forutberegnelighet* ligger det at enhver skal kunne skaffe seg et inntrykk av hvilke rettsregler som gjelder, i tillegg til at rettsreglene skal være så presist angitt at man kan innrette sin atferd etter dem.⁷¹ Ved å sikre forutberegneligheten sikrer det også hensynet til rettssikkerheten – den mistenkte må ha en reell mulighet til å forutse konsekvensene av å handle rettsstridig, slik at han kan handle annerledes og unngå å utsette seg for inngrep fra staten. For eksempel kan enhver forutse at grov og organisert oppbevaring eller innføring av stoffer som anses som narkotika, kan medføre telefonavlytting.⁷²

⁶⁵ Aall (2022) s. 130.

⁶⁶ Aall (2022) s. 131.

⁶⁷ Aall (2022) s. 131.

⁶⁸ Gisle (2023).

⁶⁹ Aall (2022) s. 131.

⁷⁰ Aall (2022) s. 131.

⁷¹ Aall (2022) s. 131.

⁷² Se strpl. § 216 a første ledd bokstav b, jf. strl. § 232, jf. § 231.

Det er påtalemyndigheten sitt ansvar at straffeforfølgning «skjer i samsvar med lov og instruks», jf. påtaleinstruksen⁷³ § 7-5. Av dette følger det at etterforskningen – inkludert innhenting av bevis – skal være lovformelig. Det vil si at etterforskningen skal være i overensstemmelse med legalitetsprinsippet og de øvrige rettslige rammer for etterforskningen. Når myndighetene skal innhente bevis mot en mistenkt, må det følgelig gjøres på en måte som samsvarer med retten til privatliv. I HR-2022-2420-A-dommen var spørsmålet om bevis som ble innhentet ved ransaking av boligen til en mann, mistenkt for å ha kjørt i ruspåvirket tilstand, kunne føres for retten. Retten til å ransake noens bolig kan ifølge strpl. § 192 første ledd gjøres når noen «med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff». Lagmannsretten kom til at det ikke forelå noen skjellig grunn til mistanke for at føreren oppbevarte narkotika i hjemmet.⁷⁴ Høyesterett la også til grunn i avsnitt 18 at innhenting var ulovlig, idet påtalemyndigheten var enig med lagmannsretten om at bevisene var ulovlig ervervet. Ransakingen ble altså ikke utført i tråd med strpl. § 192 første ledd. Den manglende hjemmelen medførte at myndighetenes bevisinnhenting krenket førerens rett til privatliv etter EMK artikkel 8. Høyesterett besluttet likevel at beviset kunne føres for retten, idet det ikke forelå «særlige grunner» for avskjæring av beviset.⁷⁵ Det reiser spørsmål om hvordan et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis står seg i forhold til konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser. Hvilken stats rett må myndighetene overholde ved innhenting av bevis, i de tilfellene hvor bevis er innhentet i utlandet? Disse spørsmålene går jeg nærmere inn på under avhandlingens punkt 4.

3.4 Retten til en rettferdig rettergang

I tillegg til at innhenting av bevis kan gripe inn i borgernes rett til privatliv, kan føring av et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis etter omstendighetene også krenke siktedes rett til en rettferdig rettergang. Retten til en rettferdig rettergang er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti som er lovfestet i Grl. § 95, hvor det heter at «[r]ettergangen skal være rettferdig». Ved utformingen av Grl. § 95, synes Grunnlovgiverne å inspirere seg av EMK artikkel 6 som statuerer at «everyone is entitled to a fair (..) hearing». Bestemmelsene er

⁷³ Forskrift av 28. Juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten.

⁷⁴ Se LB-2022-22335-2.

⁷⁵ HR-2022-2420-A avsnitt 35.

relativt like, og ifølge forarbeidene vil derfor både nasjonal og internasjonal praksis være av betydning ved tolkningen av grunnlovsbestemmelsen.⁷⁶

Det overordnede målet etter begge bestemmelsene er at rettergangen skal være *rettferdig*. Hva ligger egentlig i rettferdighets-kravet? Ifølge Jørgen Aall er kjernen i kravet at partene «har krav på en *effektiv og likestilt* adgang til å *fremme og underbygge sitt syn på saken og til å imøtegå motpartens*».⁷⁷ I formuleringen ligger det en forutsetning om partslikhet og kontradiksjon - tiltalte skal kunne fremstille egen sak ved egen bevisførsel samt å få innsyn i det som anføres mot en, og å komme med innsigelser mot motpartens fremstillinger. Dette er i tråd med målsettingen om et materielt riktig resultat og prinsippet om fri bevisføring.

Når det gjelder adgangen til å føre bevis, vil imidlertid Grl. § 95, i likhet med EMK artikkel 6, sette visse grenser. For det første vil det å føre et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kunne frarøve rettergangen dens rettferdighet. Hvis påtalemyndigheten for eksempel har brukt tortur eller annen umenneskelig behandling for å skaffe bevis til støtte for sin sak, vil ikke fremgangsmåten kun være i strid med Grl. § 93 annet ledd som skal sikre retten til frihet fra tortur. Føring av beviset i en straffesak vil også stride med kravet til en rettferdig rettergang oppstilt i Grl. § 95, og må derfor avskjæres.

Det å bruke et bevis som er innhentet i strid med tiltaltes menneskerettigheter vil ikke nødvendigvis medføre en overtredelse av retten til en rettferdig rettergang. Dette fremhevet EMD i *Tortladze v. Georgia*-saken, som gjaldt ransaking av et konsulat ved mistanke om befatning med narkotika. EMD uttalte i § 69 at «no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material». I spørsmålet om beviset kunne føres til tross for at det ble innhentet i strid med artikkel 8 om retten til privatliv, fremhevet EMD at vurderingen må foretas konkret i den enkelte sak. I vurderingen så EMD særlig på bevisets kvalitet («quality of the evidence») og om beviset var upålitelig («unreliable»).⁷⁸ Dommen illustrerer her at utgangspunktet er fri bevisføring, og spørsmålet om bevisavskjæring beror på en helhetsvurdering.

For det andre, har domstolene en plikt til å sikre at også selve *prosessen* samlet sett er rettferdig. I EMK artikkel 6 tredje ledd er det oppstilt noen minimumsrettigheter, som ifølge

⁷⁶ Dok. 16 (2011-2012) s. 122; Se også Innst. 186 S (2013-2014) s. 20, der det vises til Lønnings-utvalgets vurderinger i Dok. 16 (2011-2012); Se også Rt. 2014 s. 1045.

⁷⁷ Aall (2021) punkt 3.2.

⁷⁸ *Tortladze v. Georgia* § 69.

*Gäfgen v. Germany*⁷⁹ utgjør særlige aspekter ved retten til en rettferdig rettergang («fair trial»)⁸⁰. Rettferdighetskravet kan følgelig tjene som grunnlag for å slå ned på en prosess hvor totalinntrykket ikke anses betryggende.⁸¹ Dette er i samsvar med øvrig EMDs praksis, hvor spørsmålet om avskjæringen av et bevis beror på om tiltalte vil få en rettferdig rettergang. I eksempelvis *Öcalan v. Turkey*⁸² uttalte domstolen i § 140 at «as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent». Uttalelsen illustrerer at likestilling forutsetter at det oppnås en rettferdig balanse mellom partene. Skal beviset tillates ført må det følgelig gjøres ut fra en vurdering om bevisets betydning og retten til likebehandling mellom mistenkte og påtalemyndigheten. Hvordan retten til en rettferdig rettergang stiller seg ved bruk av ulovlig ervervede bevis i en straffesak, kommer jeg tilbake til under punkt 4.1.3.

⁷⁹ *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05 [2010], ECHR:2010:0601JUD002297805.

⁸⁰ *Gäfgen v. Germany* § 169.

⁸¹ Aall (2021) punkt 3.2.

⁸² *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99 [2005], ECHR:2005:0512JUD004622199.

4 I HVILKEN UTSTREKNING ER DET ADGANG TIL Å BRUKE UTENLANDSKE BEVIS I EN NORSK STRAFFESAK?

4.1 Bevisføringsadgangen

Tilgangen til å bruke informasjon innhentet i utlandet som bevis i en norsk straffesak skaper en rekke utfordringer for den norske rettspleien, idet stater har valgt ulike løsninger ved innhenting av bevis. Det er ikke nødvendigvis gitt at bevis som er innhentet på andre vilkår enn det som følger av norsk rett, skal tillates å brukes i en norsk straffesak.⁸³ I den forbindelse oppstår problemstillingen om når bevis som er innhentet i utlandet, hvor en tilsvarende innhenting i Norge vil stride med norsk rett, kan brukes som bevis i en norsk straffesak.

Problemstillingen har vært oppe i Høyesterett ved flere anledninger. I Spaniakjennelsen oppstilte Høyesterett retningslinjer for bevisføringsadgangen av utenlandske bevis. Saken gjaldt en nordmann som under sitt opphold i Spania ble avlyttet av spansk politi på bakgrunn av mistanke om medvirkning til spritsmugling. Den straffbare handlingen ville imidlertid ikke gitt grunnlag for avlytting i Norge, da den straffbare handlingen ikke kunne «medføre straff av fengsel i 10 år eller mer» som kreves etter strpl. § 216 a. Det innebærer at beviset ville vært ulovlig ervervet etter norsk rett. I spørsmålet om beviset likevel kunne brukes i en norsk straffesak, fremhevet kjæremålsutvalget at det ikke stilles krav til at informasjonen er innhentet i samsvar med norske rettsregler, såfremt det er i tråd med vedkommende lands rett. I tillegg understrekte kjæremålsutvalget at den siktede i saken skal gis «rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet ved kommunikasjonskontroll i den aktuelle sak» og at metoden for å innhente bevisene «ikke er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger».⁸⁴ Avgjørelsen har i ettertid vært styrende for lignende problemstillinger,

⁸³ Frøberg (2019) s. 219.

⁸⁴ Rt. 2002 s. 1744 på s. 1747.

eksempelvis Anom-kjennelsen og EncroChat-kjennelsen, hvor Høyesterett, i begge sakene, viser til Spaniakjennelsen og utgangspunktet om fri bevisføring.

Rettspraksis illustrerer her at etterforskningsmateriale fra utlandet etter omstendighetene *kan* brukes som bevis i en norsk straffesak, til tross for at bevisene ikke ville vært lovlig innhentet etter norsk rett. Hva ligger så i de tre kravene som Høyesterett oppstilte i Spaniakjennelsen?

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

Grenseoverskridende kriminalitet har, som nevnt under punkt 1.1, ført til at behovet for bistand fra andre lands myndigheter ved innhenting av bevis, har økt. Det reiser spørsmålet om forholdet mellom norsk og utenlandsk rett. Hvilke lands rett må myndighetene handle i samsvar med, sett i lys av legalitetsprinsippet? I Rt. 2005 s. 1524 (Litauenkjennelsen) uttalte Høyesterett i avsnitt 19 at «dersom det skulle krevjast at utanlandsk politi og påtalemyndighet skulle følge norske prosessreglar i straffesaker, så ville det i praksis langt på veg innebære ei sperre mot internasjonalt samarbeid ved grenseoverskridande kriminalitet». Uttalelsen indikerer at utenlandske myndigheter skal følge retten i sitt eget land, og ikke Norges, ved innhenting av bevis.

Justisdepartementet har også fremhevet at et rettslig samarbeid i straffesaker krever at stater har gjensidig tillit til hverandre, og at stater anerkjenner avgjørelser som er truffet av rettsinstanser i andre land.⁸⁵ Det innebærer at norske domstoler må akseptere at utenlandske myndigheter har andre fremgangsmåter og andre prosessregler enn det vi har i Norge.⁸⁶ Det kan svekke et rettslig samarbeid å kreve at utenlandske myndigheter følger norsk lov.

Legalitetsprinsippet er ikke til hinder for at myndighetene følger sin egen stats rett ved innhenting av bevis. Prinsippet om fri bevisføring må derfor som utgangspunkt også gjelde for utenlandske bevis som er innhentet i tråd med reglene i det aktuelle landet, selv om innhenting av bevis ikke er i tråd med norsk rett.

Når utenlandske myndigheter har innhentet bevis i tråd med reglene som gjelder i det aktuelle landet, blir ikke hensynene som taler for bevisavskjæring, nevnt i punkt 2.3, satt på spissen. Hensynet til disiplin vil eksempelvis ikke kunne brukes som argument for bevisavskjæring,

⁸⁵ Rundskriv G 19/2001 s. 38.

⁸⁶ Rt. 2002 s. 1744; Rt. 2005 s. 1524.

idet myndighetene ikke har gjort noe rettsstridig. Det grunnleggende formålet med å disiplinere myndighetene er følgelig å hindre en uønsket adferd. Utenlandske myndigheter som har innhentet bevis i tråd med rettsreglene i sitt land, er ikke en uønsket adferd man ønsker å sanksjonere. Det vil svekke et internasjonalt samarbeid dersom norske domstoler skal disiplinere utenlandske myndigheter fordi de har handlet i tråd med sin rett. Et lovlig innhentet bevis etter reglene som gjelder i det aktuelle landet må derfor som utgangspunkt tillates ført.

Hvordan stiller imidlertid et bevis seg i en norsk straffesak dersom beviset verken er innhentet i tråd med norske rettsregler eller rettsreglene i den andre staten? Spørsmålet om beviset skal tillates ført i et slikt tilfelle, beror på den samme vurderingen som om beviset er ulovlig ervervet i Norge.⁸⁷ Som nevnt under punkt 2.2.2, beror rettsvirkningen av at bevis er ulovlig eller utilbørlig ervervet på en konkret vurdering av den enkelte sak. Ved denne vurderingen vil for eksempel disiplineringshensynet få større betydning, idet utenlandske myndigheter har handlet rettsstridig.

4.1.2 Tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningene som er innhentet

For å sikre grunnleggende prinsipper i straffeprosessen, samt beskytte rettssikkerheten til borgerne, er innsynsretten av stor betydning.⁸⁸ Etter norsk rett følger innsynsretten på etterforskningsstadiet av strpl. § 242, hvor det heter at «[m]istenkte» skal «gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter». Retten til innsyn må suppleres med retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6, hvor det stilles krav til at partene i prosessen skal være likestilte («equality of arms») og at prosessen skal være kontradiktorisk («adversarial procedure»)⁸⁹.

Hva som ligger i innsynskravet, ble problematisert i Litauenkjennelsen. I saken hadde Litauens myndigheter foretatt kommunikasjonskontroll av fem personer som var mistenkt for innføring og oppbevaring av narkotiske stoffer. Når bevisene ble sendt til norsk politi var adgangen til bevisene avgrenset slik at bare samtaler av betydning for etterforskningen ble tatt med. I avsnitt 16 fremhever Høyesterett at etter de norske reglene hadde mistenkte krav på innsyn i mer av materialet fra kommunikasjonskontrollen. Det oppsto derfor et spørsmål om

⁸⁷ Lagt til grunn av Høyesterett i HR-2022-1314-A avsnitt 31.

⁸⁸ Prop. 147 L (2012-2013) s. 25.

⁸⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 29.

beviset måtte avskjæres, idet tiltalte ikke fikk mer innsyn i materialet. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at reglene om personvern i Litauen var grunnen til at andre samtaler, som de mente var uten betydning for etterforskningen, ble holdt tilbake. Ifølge Høyesterett kunne ikke disse reglene danne grunnlag for å avskjære et bevis i en norsk straffesak.⁹⁰ Høyesterett godtok beviset ført, idet tiltalte hadde fått «innsyn i alt materiale som påtalemakta har, og som er det som utgjør saksdokumenta».⁹¹ Påtalemyndigheten og tiltalte hadde følgelig fått tilgang til de samme bevisene, og begge parter måtte klare seg med den begrensede informasjonen de hadde fått tilsendt. Kjæremålsutvalget anså derfor ikke hensynet til likebehandling som krenket.

Utgangspunktet er følgelig at tiltalte, på lik linje med påtalemyndigheten, har rett til innsyn i sakens dokumenter. Dette er i samsvar med retten til en rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK artikkel 6. Litauenkjennelsen illustrerer at i de tilfellene hvor innsynsretten er begrenset på grunn av det andre landets rett, er det ikke til hinder for at beviset føres i en norsk straffesak, så lenge hensynet til kontradiksjon og partslikhet er i behold.

4.1.3 Innhentingen må ikke være gjennomført på en måte som gjør at bruken som bevis vil stride med grunnleggende norske verdioppfatninger

4.1.3.1 Hva ligger i begrepet grunnleggende norske verdioppfatninger?

Når det gjelder spørsmålet om begrensninger i bruken av bevis, har norske myndigheter et «selvstendig ansvar for å påse at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier er ivaretatt».⁹²

Norske domstoler har, i bl.a. Spaniakjennelsen og EncroChat-kjennelsen, stilt krav til at bevis innhentet i utlandet ikke må være gjort på en måte som strider med grunnleggende norske verdioppfatninger. Hva som utgjør grunnleggende norske verdioppfatninger, gir imidlertid Høyesterett lite veiledning om.

Med begrepet *grunnleggende verdier* menes interesser og hensyn som anses som bærebjelker i prosessretten. Med begrepet *norske* fremheves det at det er interessene her i landet som skal sikres, ikke interesser som generelt er viktige i hele verden. Begrepet, grunnleggende norske verdioppfatninger, synes følgelig å utgjøre en rettslig standard på lik linje med eksempelvis

⁹⁰ Rt. 2005 s. 1524 avsnitt 14.

⁹¹ Rt. 2005 s. 1524 avsnitt 17.

⁹² NOU 2016: 24 s. 351.

begrepene «utilbørlig» og «urimelig» – det fremstår som et samlebegrep for de viktigste interessene som den norske rettspleien bygger på. Hva er så de viktigste verdiene i den norske straffeprosessen? Et overordnet mål i straffeprosessen er, som nevnt under punkt 2 og 3, å ivareta rettssikkerheten til tiltalte samt å sikre at tiltales rettigheter er i behold fra etterforskningsstadiet til domfellelse.⁹³

Yttergrensene på hva som utgjør grunnleggende norske verdioppfatninger er neppe tvilsomt. I et tilfelle hvor et land innhenter bevis mot en norsk statsborger ved bruk av tortur eller annen umenneskelig behandling, er det klart at beviset ikke kan brukes i en norsk straffesak. Ikke bare er Norge folkerettslig forpliktet til å avstå fra å bruke bevisene,⁹⁴ men også våre moralske og etiske verdier tilsier at beviset skal avskjæres – tiltaltes rettssikkerhet er i et slikt tilfelle truet. Som nevnt under punkt 3 har den norske stat en plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene, jf. GrL. § 92. Menneskerettighetene synes derfor å skape yttergrensene for hva som utgjør *grunnleggende norske verdioppfatninger*.

Hvilke andre grunnleggende verdioppfatninger kan det så sies at norsk rett bygger på? I spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis som er innhentet i Norge skal avskjæres, må man ta utgangspunkt i de hensynene som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken.⁹⁵ Mye tyder på at også hva som utgjør *grunnleggende norske verdioppfatninger*, er et spørsmål som må vurderes fra en sak til sak-basis.⁹⁶ Til illustrasjon vises det til EncroChat-kjennelsen. I saken hadde Kripós fått tilgang til datamateriale som fransk politi hadde avlest fra en kryptert kommunikasjonsplattform i operasjon «Emma». Kripós ønsket å bruke dette materialet som bevis i flere norske straffesaker. Høyesterett la til grunn at den foretatte dataavlesningen var lovlig etter fransk rett.⁹⁷ I spørsmålet om bevisene kunne føres i en norsk straffesak tok Høyesterett utgangspunkt i prinsippet om fri bevisføring og understreket at det er bevisavskjæring som krever et særskilt rettsgrunnlag. Et slikt særskilt grunnlag bygde på de domstolskapte reglene om ulovlig og utilbørlig ervervet bevis. Høyesterett måtte derfor først ta stilling til om bevisinnhenting var i tråd med strpl. § 216 o, som gir rett til kommunikasjonskontroll ved dataavlesning. Høyesterett fremhevet at ordlyden i bestemmelsen lå nært opp til saken, men holdt det åpent om innhenting ville vært tillatt

⁹³ NOU 2016: 24 s. 133 flg.

⁹⁴ Å bruke et slik bevis i en norsk straffesak vil krenke tiltaltes rett til en rettfærdig rettergang etter EMK artikkel 6.

⁹⁵ Se punkt 2.2.2.

⁹⁶ Holmboe (2022) s. 141; Sunde (2021) s. 210.

⁹⁷ HR-2022-1314-A avsnitt 38.

etter bestemmelsen.⁹⁸ I spørsmålet om de utenlandske bevisene måtte avskjæres viste Høyesterett til de tre vilkårene som ble oppstilt i Spaniakjennelsen – beviset må være lovlig innhentet etter reglene som gjeldet i det aktuelle landet, tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningene som er innhentet og at innhentingen ikke må være gjennomført på en måte som gjør at bruken som bevis vil stride med grunnleggende norske verdioppfatninger.⁹⁹ Høyesterett fant at alle de tre vilkårene var oppfylt, og tillot derfor bevisene ført i de norske straffesakene.

I det følgende vil jeg først vurdere om en tilsvarende innhenting av bevis vil være lovlig etter norsk rett (punkt 4.1.3.2). Besvares spørsmålet bekreftende, skal beviset følgelig tillates ført. Dernest, under forutsetningen at spørsmålet ikke besvares bekreftende, vurderes det om det finnes grunnlag for å begrense bruken av bevisene i de norske straffesakene (punkt 4.1.3.3).

4.1.3.2 Vil en tilsvarende innhenting av bevis være lovlig etter norsk rett?

I spørsmålet om det vil stride med grunnleggende norske verdioppfatninger å føre et bevis som er innhentet i utlandet, må det først tas stilling til om en tilsvarende innhenting av bevis vil være lovlig etter norsk rett. Dersom norske myndigheter kan innhente bevis på samme vilkår som utenlandske myndigheter, har ikke myndighetene handlet rettsstridig ved innhentingen av bevis. I et slikt tilfelle er det ikke i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger å tillate beviset ført, idet beviset ikke kan karakteriseres som ulovlig. Man faller dermed tilbake på utgangspunktet om fri bevisføring.

Ser man på EncroChat-kjennelsen som illustrasjon, må man følgelig først vurdere om norske myndigheter kan innhente bevis mot norske borgere på samme vilkår som fransk politi gjorde i operasjon «Emma». Vil en tilsvarende innhenting av bevis være lovlig etter norsk rett?

Fransk politi hadde i operasjon «Emma» innhentet bevis mot brukerne ved å dekryptere og avlese datatrafikken fra den krypterte kommunikasjonsplattformen EncroChat. Høyesterett la til grunn at bevisene var lovlig innhentet etter fransk rett.¹⁰⁰ For at norske myndigheter skal kunne foreta dataavlesning i tråd med norsk rett, krever strpl. § 216 o at noen med «skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling» som «kan medføre straff av

⁹⁸ HR-2022-1314-A avsnitt 44.

⁹⁹ Se Rt. 2002 s. 1744 på s. 1747.

¹⁰⁰ HR-2022-1314-A avsnitt 38.

fengsel i 10 år eller mer» eller eksempelvis grov narkotikaovertrødelse etter strl. «§ 232», jf. bokstav a og b.

Det er på det rene at kravet til strafferammen i dette tilfellet er oppfylt. I saken var A, B og C tiltalt for brudd på strl. § 232 annet ledd første straffalternativ, jf. § 231, jf. § 15 som gir grunnlag for fengsel «inntil 15 år».¹⁰¹ Spørsmålet er dermed om det foreligger «skjellig grunn» til mistanke for at A, B og C hadde begått eller forsøkt å begå den mistenkte handlingen, jf. strpl. § 216 o.

Ordlyden «skjellig grunn» sikter til en mistanke som er godt begrunnet. I spørsmålet om hvor begrunnet mistanken må være, har Høyesterett slått fast et krav om sannsynlighetsovervekt – dvs. at det må være mer sannsynlig at vilkårene for straffansvar er oppfylt enn at de ikke er det.¹⁰² Dersom det foreligger «skjellig grunn» til mistanke, følger det av bestemmelsens fjerde ledd at avlesning bare gjelder «bestemte datasystemer» og «kommunikasjons[tjenester]» som «den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke». Ordlyden «bestemte» sikter til spesifikke ting. I formuleringen følger det av forarbeidene at det ligger et krav om identifikasjon av datasystemet som skal avleses, hvor «[a]ngivelsen må være så spesifikk som mulig for å unngå tvil om hvilke objekter som tillates avlest».¹⁰³

Bestemmelsen avgrensner følgelig mot masseovervåkning – altså overvåkning av et stort antall mennesker på samme tid. Det er likevel ikke til hinder for at en mistanke kan knytte seg til flere personer. Dersom det er tilfellet kan avlesningen av et datasystem gjelde alle disse personene, jf. ordlyden «noen». En slik forståelse har støtte i forarbeidene, hvor det presiseres at avlesning kan gjelde flere telefoner og servere i en lukket nettverkløsning gitt at hver av de mistenkes for å ha begått en straffbar handling.¹⁰⁴ Det innebærer at norske myndigheter, i medhold av strpl. § 216 o, kan avlese flere telefoner og servere, men at hvert enkelt kommunikasjonsverktøy som myndighetene ønsker å avlese må identifiseres, samt at det må foreligge skjellig grunn til mistanke for hver enkelt person det gjelder.

EncroChat er en avgrenset, kryptert kommunikasjonsplattform. Fransk politi hadde mistanke om at tjenestetilbyderen, EncroChat, medvirket til grove narkotikaovertrødelse.¹⁰⁵ Metoden

¹⁰¹ HR-2022-1314-A avsnitt 3.

¹⁰² HR-2019-2282-U avsnitt 11 og 12.

¹⁰³ Prop. 68 L (2015-2016) s. 270.

¹⁰⁴ Prop. 68 L (2015-2016) s. 270.

¹⁰⁵ HR-2022-1314-A avsnitt 6.

fransk politi brukte for å avlese EncroChat var ved å installere en programvare på serveren som fremsto som en oppdatering av programvaren på EncroChat-telefonene. Dette muliggjorde det å omgå kryptert data slik som tekstemelinger, notater og kontaktlister. Spørsmålet om bevisene er innhentet i tråd med strpl. § 216 o beror derfor på om bevismaterialene ble innhentet fra EncroChat-serveren i Frankrike og/eller EncroChat-brukernes telefoner i Norge.

Høyesterett tok ikke direkte stilling til spørsmålet. I avsnitt 41 viste Høyesterett til et vedtak fra den tyske høyesterett for sivile saker og straffesaker (Bundesgerichtshof)¹⁰⁶ som konkluderte med at det ikke er tale om masseovervåkning, men at «når alt kom til alt gjaldt mistanke mot alle brukarane, sjå særleg avsnitt 37». Høyesterett sluttet seg til dette, og understreket i avsnitt 44 at strpl. § 216 o «har opna for datainnhenting i situasjonar som i alle fall etter ordlyden ligg nære opp til det me står overfor i saka her».

Tingretten og lagmannsretten fant derimot at metoden fransk politi benyttet i dataavlesningen ikke ga noen entydig informasjon om hvor dataene ble hentet fra.¹⁰⁷ Tingretten konkluderte med at bevisene ble innhentet fra både telefonene og serveren, og at kravet til skjellig grunn til mistanke mot den enkelte telefonbrukeren i strpl. § 216 o derfor ikke var oppfylt.¹⁰⁸ I likhet med tingretten konkluderte lagmannsretten med at «det virker noe mer sannsynlig at datamaterialet ble hentet på serveren og/eller telefonene enn at materialet utelukkende ble hentet fra serveren».¹⁰⁹

Det fremstår som uvisst hvor bevisene ble innhentet fra. Metoden fransk politi brukte for å avlese EncroChat gir, som lagmannsretten fremhever, «ingen entydig informasjon».¹¹⁰ Lagmannsretten synes å ha en grundigere og mer nyansert drøftelse av spørsmålet enn Høyesterett, som ikke tok direkte stilling til det. I punkt 3 viser lagmannsretten blant annet til Berlins ankeinstans (Kammergericht Berlin) sin avgjørelse fra 30. august 2021,¹¹¹ der forholdene peker på at etterforskningsmaterialet «ble hentet ikke bare fra serveren, men også

¹⁰⁶ Bundesgerichtshof 2. mars 2022, sak 5 StR 457/21.

¹⁰⁷ Se TOSL-2021-30329-1 punkt 4.4; LB-2021-168568 punkt 3; I utgangspunktet har underrettspraksis begrenset rettskildemessig vekt. Hvordan tingrettsdommere og lagmannsrettsdommere tar stilling til rettsspørsmålet kan likevel være av interesse når man skal tolke en rettsregel.

¹⁰⁸ Se TOSL-2021-30329-1 punkt 4.4.

¹⁰⁹ LB-2021-168568 punkt 3.

¹¹⁰ LB-2021-168568 punkt 3.

¹¹¹ Kammergericht Berlin 30. august 2021.

fra telefonene». I tillegg vises det til Liverpool Crown Court og Court of Appeal,¹¹² hvor de engelske domstolene kom til at «kommunikasjonen ble hentet ut direkte fra telefonene, og ikke fra serveren».¹¹³ Videre i punkt 3, fremhever lagmannsretten at Kripos foretok en undersøkelse i etterkant av tingrettens kjennelse, hvor heller ikke de kunne konkludere med hvor bevisene ble innhentet fra.¹¹⁴

På bakgrunn av det overnevnte synes bevismaterialene å bli innhentet fra EncroChat-serveren i Frankrike og/eller EncroChat-brukernes telefoner i Norge. Ettersom fransk politi sitt primære formål var å etterforske EncroChat som tjenestetilbyder, altså ikke de enkelte brukerne av tjenesten, tyder det på at det ikke forelå skjellig grunn til mistanke mot hver enkelt bruker. Kravet til skjellig grunn til mistanke i medhold av strpl. § 216 o er følgelig ikke oppfylt dersom bevismaterialene stammer fra EncroChat-brukernes telefoner.¹¹⁵ Innhenting av bevis synes imidlertid å være nært opp til hva som kreves etter strpl. § 216 o, slik Høyesterett også fremhevet i avsnitt 44. På den annen side strekker avlesningen av materialet seg lenger enn det som tillattes etter bestemmelsen, noe som innebærer at beviset etter norsk rett kan karakteriseres som ulovlig.

I den videre vurderingen forutsettes det at bevisene ble innhentet i strid med strpl. § 216 o. Bevisene karakteriseres dermed som ulovlig ervervet etter norsk rett. Spørsmålet som da oppstår, er rettsvirkningen av at beviset er ulovlig ervervet – skal bevisene tillates ført i norske straffesaker?

4.1.3.3 Foreligger det hensyn som begrunner begrensninger i bevisføringsretten?

I EncroChat-kjennelsen påpekte Høyesterett i avsnitt 19 at det er begrensninger i bevisføringsretten som krever begrunnelse. I spørsmålet om hvilke hensyn som står mot hverandre i den aktuelle saken, fremhevet Høyesterett i avsnitt 39 at:

omsynet til ytringsfridomen og retten til privatliv [må] balanserast mot styresmaktene kamp mot alvorleg kriminalitet. På den eine sida står personvernomsyn generelt sterkt som verdi i Noreg. Masseovervaking av borgarane for å avdekke kriminalitet vil lett

¹¹² Liverpool Crown Court 4. januar 2021, anket til Court of Appeal of England and Wales 5. februar 2021, sak nr. EWCA Crim 128 (2021).

¹¹³ LB-2021-168568 punkt 3.

¹¹⁴ Rapport 17. november 2021 (dok 13,05,27).

¹¹⁵ Sml. HR-2022-1314-A avsnitt 6.

vera i strid med norske verdiar. På hi sida står omsynet til oppklaring av alvorleg kriminalitet.

Under avveiningen av hvilke hensyn som var mest tungtveiende fremholdt Høyesterett at en viktig forutsetning for ytringsfriheten og retten til privatliv er muligheten for konfidensiell kommunikasjon.¹¹⁶ Høyesterett viste i den forbindelse til FN sin resolusjon 68/167 *The right to privacy in the digitale age*¹¹⁷ og EUs resolusjon om kryptering av 24. november 2020 13084/1/20,¹¹⁸ som understreker et behov for å beskytte kryptert kommunikasjon.¹¹⁹ Høyesterett fremhevet så at man «ikkje har krav på vern» dersom man gjør «bruk av ein kryptert kommunikasjonsplattform som i all hovudsak blir nytta av kriminelle».¹²⁰ Høyesterett understrekte i den forbindelse at man må være klar over «moglegheita for overvakning og etterforskning» når man velger å ta i bruk en slik tjeneste, og det derfor «gjennomgåande ikkje [vil] vera i strid med norsk rettskjensle å bruke materiale innhenta på denne måten som prov i ei straffesak».¹²¹ Det innebærer at retten til ytringsfrihet og privatliv må vike for styremaktenes kamp mot alvorlig kriminalitet.

Videre i vurderingen om det strider med grunnleggjende norske verdioppfatningar å føre bevisene, så Høyesterett til hvor likt det straffeprosessuelle verdisynet er i Frankrike og Norge. Høyesterett uttalte i avsnitt 43 at «[p]rovforbodet for materiale innhenta av utanlandsk styresmakt er som nemnt særleg aktuelt der innhentinga er gjort av statar som har ein straffeprosess som byggjer på eit anna verdisyn enn vårt. Det gjeld openbart ikkje Frankrike».

Landenes straffeprosessuelle verdisyn utgjør følgelig et tungtveiende moment i spørsmålet om bevisavskjæring. Hvor nært opptil ordlyden i norsk rett fremgangsmåten utenlandske myndigheter har brukt, har også stor betydning. Høyesterett fremhevet i den forbindelse at det «[u]nder alle omstende veg [...] tungt» at fremgangsmåten til det franske politiet «ligg nære opp» ordlyden i strpl. § 216 o.¹²² Høyesterett illustrerer her at desto større likhet det er i de to

¹¹⁶ HR-2022-1314-A avsnitt 39.

¹¹⁷ UN General Assembly, «The right to privacy in the digital age: resolution / adopted by the General Assembly», General Assembly 2014.

¹¹⁸ Council of the European Union, «Council Resolution on Encryption, Security through encryption and security despite encryption», 2020.

¹¹⁹ HR-2022-1314-A avsnitt 39.

¹²⁰ HR-2022-1314 avsnitt 42.

¹²¹ HR-2022-1314-A avsnitt 42.

¹²² HR-2022-1314-A avsnitt 35.

statenes verdisyn og ved fremgangsmåte under etterforskningen, desto mer skal til for at bevisene kan avskjæres.

Et siste moment Høyesterett vektla i bevisavskjæringsdrøftelsen, er «kompetanse-shopping».¹²³ I etterkant av Spaniakjennelsen understrekte Riksadvokaten at kommunikasjonskontroll ikke må «ha karakter av å være en ren omgåelse av de begrensninger i kontrolladgangen som gjelder i Norge i henhold til norsk lovgivning».¹²⁴ Uttalelsen understreker at norske myndigheter *ikke* må anmode andre land om etterforskningsskritt som ikke har hjemmel i norsk lov som en omgåelse av norsk lovgivning. Riksadvokaten synes å oppstille omgåelseskravet som et eget vilkår i spørsmålet om utenlandske bevis skal tillates ført. Høyesterett understrekte derimot i EncroChat-kjennelsen at vilkåret faller inn under kravet til grunnleggende norske verdioppfatninger, «der rolla til dei norske styresmaktene er relevant».¹²⁵ Høyesterett fremhever i avsnitt 29 at «[s]lik «kompetanse-shopping» vil lett vera eit omstende som gjer at innhentinga og bruken av prova er i strid med grunnleggande norske verdier».

«Kompetanse-shopping» utgjør følgelig et tungtveiende moment i vurderingen av om det strider med grunnleggende norske verdier å føre bevis innhentet fra utlandet. Når det gjelder Kripos sin rolle i etterforskningen, fant lagmannsretten at det ikke var holdepunkter for å si at norske myndigheter tok aktiv del i etterforskningen sammen med utenlandsk politi.¹²⁶ Høyesterett hadde ikke kompetanse til å prøve denne vurderingen, og fremhevet i avsnitt 45 at Kripos kun hadde vært en «passiv mottaker» av materialet. Det forelå dermed ingen omgåelse av de norske rettsreglene etter Høyesterett sitt syn.

På bakgrunn av momentene over kom Høyesterett enstemmig til at det ikke var i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger å føre bevisene i norske straffesaker.¹²⁷

4.1.3.4 Kvaliteten på Høyesteretts kjennelse

¹²³ HR-2022-1314-A avsnitt 27 og 29.

¹²⁴ Riksadvokatens sak nr. Ra 03-11 632.4.

¹²⁵ HR-2022-1314-A avsnitt 27.

¹²⁶ LB-2021-168568 punkt 4.3.

¹²⁷ HR-2022-1314-A avsnitt 47.

Høyesterett bygger sin konklusjon på mange relevante og aktuelle momenter. Begrunnelsen for hvorfor det ikke var i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger å føre bevisene i en norsk straffesak, synes imidlertid ikke å være helt overbevisende på alle punkter.

Det er utvilsomt at utgangspunktet er fri bevisføring, og at hensynet til sakens opplysning veier tungt. Det kreves derfor sterke holdepunkter for å avskjære et bevis som er lovlig innhentet i utlandet, selv om det ville vært innhentet i strid med norsk rett dersom beviset hadde vært innhentet i Norge. Høyesteretts argument om at bevisavskjæring er særlig aktuelt der det straffeprosessuelle verdisynet er ulikt i de to gjeldende landene, ligger i kjernen av vurderingen. Som nevnt under punkt, 4.1.3.1 synes vilkåret – grunnleggende norske verdioppfatninger – å utgjøre en rettslig standard som bygger på at bevis ikke må være innhentet på en måte som er i strid med viktige interesser i den norske strafferettspleien. Dersom landet hvor beviset er innhentet, har det samme straffeprosessuelle verdisynet som Norge, kan det vanskelig argumenteres for at det er i strid med norske verdioppfatninger å bruke beviset som er innhentet i tråd med det aktuelle landets rett.

Høyesterett konkluderer uten noe nærmere vurdering at det er åpenbart at Frankrike ikke har et annet straffeprosessuelt verdisyn enn Norge.¹²⁸ Det at Høyesterett ikke presiserer hvilke straffeprosessuelle verdier fransk rett bygger på, medfører at argumentet mister noe av sin tyngde. Det ville følgelig vært en fordel om Høyesterett gikk lenger i å beskrive hvor likt det straffeprosessuelle verdisynet må være for at det ikke skal stride med grunnleggende norske verdioppfatninger å føre beviset i en norsk straffesak. Et eksempel på et land som har et annet straffeprosessuelt verdisyn enn Norge, er Russland. I Russland tyder mye på at myndighetene bruker tortur som middel for å oppklare straffesaker ved å skaffe raske tilståelser.¹²⁹ Det å akseptere bruk av bevis som er innhentet av russiske myndigheter, i norske straffesaker, kan derfor vanskelig aksepteres. I Norge bygger straffeprosessen på målsettingen om at rettergangen skal være rettferdig og at tortur ikke skal brukes som et virkemiddel for å oppklare straffesaker – for å sikre tilliten til norske myndigheter må følgelig borgernes rettssikkerhet være i behold.¹³⁰ Frankrike har i likhet med Norge både ratifisert og inkorporert EMK. Menneskerettighetene, særlig retten til en rettferdig rettergang, står derfor sentralt også i fransk rett. Norge og Frankrike bygger følgelig på et likt straffeprosessuelt verdisyn, slik

¹²⁸ HR-2022-1314-A avsnitt 43.

¹²⁹ Amnesty International, «Tortur: - Kommer du fra helvete?» (2012); Vestreng, «Russisk offiser forteller om tortur av ukrainske menn», Dagsavisen (2023).

¹³⁰ NOU 2016: 24 s. 133 flg.

Høyesterett fremhever. Hvor likt det straffeprosessuelle verdisynet burde være før det taler for bevisavskjæring, fremstår imidlertid uklart.

I tillegg til det straffeprosessuelle verdisynet, utgjør også likheten ved de enkelte prosessreglene et særlig relevant moment i vurderingen – jo nærmere fremgangsmåten ligger ordlyden i norsk rett, jo enklere er det å akseptere beviset ført. I denne vurderingen synes imidlertid Høyesterett å være noe kort. I avsnitt 35 fremheves det at Høyesterett ikke fant det «nødvendig å ta stilling til den nærare rekkjevidda av § 216 o og den hypotetiske bruken av føresegna i dette tilfellet», men at det «ser ut til å vera omfatta av ordlyden» idet det ikke er tale om masseovervåkning. Som nevnt under punkt 4.1.3.2 har det stor betydning om en tilsvarende innhenting av bevis vil vært lovlig etter norsk rett, nettopp fordi beviset ikke vil karakteriseres som ulovlig dersom det er tilfellet. Å foreta denne vurderingen fremstår derfor som svært viktig. Det kunne derfor vært en fordel om Høyesterett utdypet dette i større grad. Det kan for eksempel tenkes at beviset innhentet i HR-2022-2420-A, som gjaldt ransaking av boligen til en mann mistenkt for å kjøre i ruspåvirket tilstand, stammet fra utenlandske myndigheter. Gitt at politibetjenten i det innhentende landet handlet i tråd med sin stats gjeldende rett, vil det eneste som skiller innhenting fra en lovlig innhenting i norsk rett være at det er feil myndighet som tok beslutningen om etterforskningskrittet. Selv om beviset er rettsstridig innhentet etter norsk rett, fremstår det som lite krenkende overfor den mistenkte at beviset føres i en norsk straffesak – vedkommende blir ikke krenket av om det er domstolen eller politiet som har beslutningsmyndigheten. Det å nekte et bevis ført i et slikt tilfelle vil uthule et internasjonalt samarbeid. Dersom rettsstridigheten på den annen side ligger i at kravene for innhenting av bevis ikke er oppfylt, eksempelvis slik som i EncroChat-kjennelsen, at det synes å mangle «skjellig grunn» til mistanke i medhold av strpl. § 216 o, taler det derimot i større grad for begrensning i bevisføringsadgangen. I et slikt tilfelle har myndighetene gjort et større inngrep i retten til privatliv, et inngrep som kan oppleves svært krenkende for den mistenkte. Når det er begrensninger i bevisføringsretten som krever begrunnelse, kreves det følgelig sterkere holdepunkter for avskjæring, jo mindre forseelse ved innhenting av bevis er. Dette er noe Høyesterett i større grad kunne fått frem i drøftelsen sin, for å underbygge sitt synspunkt at bevisene skal tillates ført i norske straffesaker.

Et annet moment som Høyesterett viser til, og som må sies å ligge helt i kjernen av vurderingen, er «kompetanse-shopping». Når bevis blir innhentet i utlandet av utenlandske myndigheter, må det følgelig skilles mellom bevis som er innhentet med og uten anmodning

fra norske myndigheter. Utgangspunktet etter norsk rett følger av domstolloven¹³¹ (heretter dl.) § 47, hvor det heter at norske myndigheter kan søke utenlandske myndigheter om bistand i bevisopptak. Ved straffesaker kan påtalemyndigheten ifølge utleveringsloven¹³² § 23 b, jf. dl. § 27 tredje ledd anmode utenlandske myndigheter om «bistand til bevisopptak». Dette innebærer at påtalemyndigheten kan anmode utenlandske myndigheter om bistand til gjennomføring av ulike typer etterforskningskritt for å oppklare et straffbart forhold, eksempelvis bruk av tvangsmidler.¹³³ Det er på det rene at norske myndigheter kan anmode andre stater om å utføre etterforskningskritt som norske myndigheter etter norsk rett ville ha grunnlag til å utføre, jf. også legalitetsprinsippet.¹³⁴ I EncroChat-kjennelsen ble Kripos tilbudt tilgang til etterforskningsmaterialet – Kripos var altså bare en passiv mottaker av informasjonen innhentet av franske myndigheter.¹³⁵ Idet norske myndigheter er en passiv mottaker av bevis blir følgelig ikke de grunnleggende hensynene som straffeprosessen bygger på, undergravet ved å takke ja til bevisene.

Selv om Kripos ikke tok aktiv del i etterforskningen, kan det likevel stilles spørsmål om Kripos burde foretatt en bredere vurdering av hva det å få tilsendt bevisene innebærer. Er det i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger å akseptere bevis innhentet på en måte som strider med norske regler, selv om man ikke har anmodet det? Når det først er innhentet bevis, følger det av dl. § 48 siste ledd at «[b]evisopptak i utlandet betraktes som feilfrie» når reglene i vedkommende stat er fulgt. Bestemmelsen stadfester det grunnleggende prinsippet om at bevissikring etter andre regler må aksepteres, ettersom stater kun følger sine regler, jf. også prinsippet om staters suverenitet.¹³⁶

I Spaniakjennelsen hadde norske myndigheter anmodet Spania om generell etterforskningsbistand.¹³⁷ Spanske myndigheter hadde så foretatt en form for kommunikasjonsavlytting som norske myndigheter ikke kunne foretatt i medhold av strpl. § 216 a. Kjæremålsutvalget illustrerer i sin drøftelse at selv om det ikke kan forventes at alle stater opererer likt, skal likevel ikke det faktum at stater har ulike prosessregler være til hinder for at stater kan bistå hverandre i oppklaringen av straffesaker.¹³⁸ Det er følgelig ingen

¹³¹ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene.

¹³² Lov 13. juni 1975 nr. 39 om utlevering av lovbrytere.

¹³³ NOU 2016: 24 s. 350.

¹³⁴ Grøstad (2020) s. 40.

¹³⁵ HR-2022-1314-A avsnitt 45.

¹³⁶ Grøstad (2020) s. 104.

¹³⁷ Grøstad (2020) s. 104 til 105.

¹³⁸ NOU 2016: 24 s. 350.

forventing om at utenlandske myndigheter skal forholde seg til den norske straffeprosessloven.¹³⁹ Forarbeider og rettspraksis illustrerer her at en generell anmodning fra norske myndigheter, hvor utenlandske myndigheter handler i tråd med sin stats rett, ikke nødvendigvis gir grunnlag for avskjæring av bevis i en norsk straffesak. Det vil si at det heller ikke på generell basis gir grunnlag for avskjæring av bevis at norske myndigheter aksepterer bevis som er innhentet på en måte som avviker fra norsk rett.

Enhver fravikelse av norske prosessregler kan imidlertid ikke godtas. Det kan stilles spørsmål om hvordan resultatet hadde blitt i Spaniakjennelsen dersom norske myndigheter hadde anmodet om den *spesifikke* kontrollen, i stedet for den generelle.¹⁴⁰ Høyesterett tok ikke stilling til spørsmålet. Dersom norske myndigheter hadde anmodet det spanske politiet om den spesifikke kommunikasjonskontrollen med kunnskap om at de ikke kunne skaffet beviset på denne måten her i landet, vil det tilsa en ren omgåelse av de norske rettsreglene. En slik omgåelse av reglene fører til at straffeprosessens grunnsyn og prinsipper undergraves. For eksempel vil tilliten til rettssystemet reduseres, og norske rettsregler vil miste sin betydning. Når norske myndigheter skal ta i bruk tvangsmidler, kreves det følgelig hjemmel i lov, jf. GrL § 113. Som en konsekvens av legalitetsprinsippet, er det neppe tvil om at norske myndigheter *bare* kan anmode utenlandske myndigheter om bruk av tvangsmidler dersom det er *hjemmel i norsk rett* til å gjennomføre bruken. Hvorfor ha regler som regulerer norske myndigheters etterforskningskritt, dersom norske myndigheter uansett kan unngå disse ved å anmode utlandet om hjelp, uten at det gir konsekvenser?

Ut ifra det overnevnte konkluderes det med at «kompetanse-shopping» er et viktig argument i vurderingen av om det er i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger å føre et bevis. Det må imidlertid skilles mellom bevis innhentet i utlandet uten oppfordring fra norske myndigheter eller med en generell anmodning om bistand, og anmodning om innhenting av bevis på en måte som mangler hjemmel i norsk rett. De to førstnevnte tilfellene er *ikke* til hinder for at bevisene kan brukes i en norsk rettsak. Selv om Kripos ikke tok aktiv del av etterforskningen i operasjon «Emma», kan det likevel stilles spørsmål om myndigheten burde foretatt en bredere vurdering av hva det innebærer å få tilsendt bevisene. Ettersom det fremstår usikkert om en tilsvarende innhenting av bevis ville vært i tråd med norsk rett, kunne

¹³⁹ NOU 2016: 24 s. 350.

¹⁴⁰ Grøstad (2020) s. 105.

Kripos eksempelvis gått via en domstol for å få godkjenning for kommunikasjonskontrollen eller foretatt egne etterforskningskritt.

Et siste argument som Høyesterett legger stor vekt på, er at de som benytter seg av en kryptert kommunikasjonsplattform, som i all hovedsak brukes av kriminelle, ikke har krav på vern. Argumentet i seg selv synes å skape betenkeligheter. Hvem mister sitt vern – alle som benytter plattformen eller bare de som bruker den til noe kriminelt? Bevisreglene skal, som nevnt under punkt 3.2, være forutberegnelige. Er det forutberegnelig å miste sitt vern fordi man bruker et kryptert kommunikasjonsverktøy som i all hovedsak brukes av kriminelle? Når det gjelder norske myndigheters mulighet til å ta i bruk tvangsmidler, vil innrettelseshensynet følgelig måtte vike til fordel for maktfordelings- og kontrollhensynet.¹⁴¹ Eksempelvis ved telefonavlytting, så kan ikke loven utformes på en måte som gjør at den som skal avlyttes blir varslet før avlyttingen finner sted.¹⁴² Dersom det var tilfellet, kunne den mistenkte innrette seg og endre handlemåten sin, slik at han ikke lenger kunne blitt tatt.

Påtalemyndighetene har likevel et regelverk å forholde seg til ved utføringen av etterforskningen. Det stilles strenge krav ved bruk av tvangsmidler i etterforskningsøyemed, idet de fleste skjulte tvangsmidler krever skjellig grunn til mistanke om at en straffbar handling har eller kommer til å finne sted.¹⁴³ Private personer har eksempelvis rett til privatliv, som statuert i punkt 3.1. I retten til privatliv ligger det følgelig et vern mot overvåkning fra myndighetene, med mindre tre kumulative vilkår er oppfylt – det må foreligge lovhjemmel, det må være nødvendig i et demokratisk samfunn og det må forfølge et legitimt formål.¹⁴⁴ Private personer som benytter en kryptert kommunikasjonsplattform av ikke-kriminell karakter, har følgelig en beskyttelsesverdig forventning om at staten ikke gjør inngrep i deres ytringsfrihet eller rett til privatliv. Muligheten for konfidensiell kommunikasjon er følgelig en viktig forutsetning for disse to rettighetene.¹⁴⁵

Det kan stilles spørsmål om den beskyttelsesverdige forventningen stiller seg annerledes dersom det er kjent at kommunikasjonsplattformen i all hovedsak brukes av kriminelle eller dersom man selv benytter den til noe kriminelt. I AnoM-kjennelsen hadde amerikanske FBI etablert en kommunikasjonsplattform for kryptert informasjon, som de overvåket. FBI

¹⁴¹ Aall (2022) s. 132.

¹⁴² Aall (2022) s. 132.

¹⁴³ Prop. 68 L (2015-2016) s. 171.

¹⁴⁴ Se EMK artikkel 8 annet ledd.

¹⁴⁵ Se HR-2022-1314-A avsnitt 39; TOSL-2021-30329-1 punkt 4.4.

innhentet så informasjon mot alle brukerne. Dette ble gjort uavhengig av om det på forhånd forelå en mistanke om straffbare forhold. Materialet ble sendt til politiet i andre land, heriblant Norge. Flertallet i ankeutvalget mente at brukere av en slik plattform «i det minste må være klar over at politiet vil gå ut fra at krypteringstjenesten i stor utstrekning brukes av kriminelle nettverk, og at brukerne dermed lett kan bli gjenstand for overvåkning og etterforskning».¹⁴⁶ I Spaniakjennelsen fremhevet kjæremålsutvalget på s. 1747 at:

[d]ersom man har valgt å ta opphold i et land som ikke har like sterke begrensninger i adgangen til kommunikasjonskontroll som det vi har, kan man etter kjæremålsutvalgets mening ikke ha noen beskyttelsesverdige forventning om at man i Norge ikke skal tillate brukt som bevis opplysninger som er innhentet ved lovlig kommunikasjonskontroll i vedkommende land.

AnoM-kjennelsen og EncroChat-kjennelsen skiller seg fra Spaniakjennelsen ved at de mistenkte oppholdt seg i Norge når FBI og fransk politi innhentet bevis ved kommunikasjonskontroll. Mindretallet i AnoM-kjennelsen synes å støtte seg til synspunktet i Spaniakjennelsen, hvor det fremheves at det skal «mere til for å akseptere som bevis opplysninger som stammer fra en overvåkning som er foretatt av et annet lands myndigheter og er rettet mot en person med opphold i Norge enn om personen oppholdt seg i det landet som utførte overvåkingen».¹⁴⁷ Mindretallet argumenterte følgelig for at man har en beskyttelsesverdige forventning om at bevisene som innhentes når man oppholder seg i Norge, skjer i tråd med norsk lov. Kjæremålsutvalget i Spaniakjennelsen illustrerer på den annen side at dersom man drar ut fra Norge, må den beskyttelsesverdige forventningen ses i lys av det besøkende landets rett. Det innebærer at man som norsk statsborger i Norge kan forvente at myndigheter ikke foretar tvangsmidler mot en dersom det ikke foreligger skjellig grunn til mistanke i tråd med strpl. § 216 o. Overført til EncroChat-kjennelsen har følgelig brukerne av kommunikasjonsplattformen en beskyttelsesverdige forventning om at bevis mot dem innhentes i tråd med norsk rett – dvs. at myndighetene forut for etterforskningen faktisk har skjellig grunn til mistanke for at A, B og C har gjort eller skal gjøre noe straffbart, i medhold av strpl. § 216 o.

¹⁴⁶ HR-2021-1336-U avsnitt 21.

¹⁴⁷ HR-2021-1336-U avsnitt 31.

På en annen side, dersom man har valgt å bruke en plattform som i all hovedsak er brukt av kriminelle, er det utvilsomt forutberegnelig at myndighetene vil forsøke å innhente bevis gjennom kontroll av plattformen. Spørsmål som da oppstår, er imidlertid hvor kjent det må være at kriminelle bruker denne plattformen. Det at det er mange som bruker kommunikasjonsplattformen, holder ikke som argument for å tillate beviset ført. Høyesterett kunne med fordel gått mer inn på de ulike hensynene de oppstiller innledningsvis – ytringsfriheten og retten til privatliv mot kriminalitetsbekjempelse – og med fordel foretatt en mer nyansert drøftelse av hvor inngripende dekrypteringen og avlesningen er for de enkelte brukerne.

Som påpekt ovenfor synes Høyesterett å ha varierende overbevisning i begrunnelsen sin. Momentene som hensyn til privatliv og ytringsfrihet balansert mot hensynet til kriminalbekjempelse, «kompetanse-shopping», landenes straffeprosessuelle verdisyn og hvor nært opptil ordlyden fremgangsmåten ligger, synes å være gode argumenter i vurderingen av om det er i strid med grunnleggende norske verdier å føre bevisene. Utgangspunktet er, som nevnt under punkt 2.2, at det er begrensninger i bevisføringsadgangen som krever begrunnelse. Alle hensyn tatt i betraktning synes Høyesterett sitt resultat, at bevisene skal tillates ført i de norske straffesakene, å være riktig, idet det ikke forelå noen særlige grunner til å avskjære bevisene. Høyesterett sin drøftelse kunne imidlertid med fordel vært litt mer nyansert.

EncroChat-kjennelsen illustrerer at hva som faktisk utgjør grunnleggende norske verdioppfatninger, beror på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i det aktuelle tilfellet. Kjennelsen gir likevel noen føringer på hvilke momenter som har betydning i vurderingen. Hva er den beste måten å sikre rettssikkerheten til enkeltpersoner i tilfeller av utenlandsk beviservervelse? Er endringer i lovverket nødvendig?

5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

5.1 De lege lata

Det kan vanskelig oppstilles retningslinjer i hvilken utstrekning bevis innhentet i utlandet kan brukes i norsk rett. Hva som utgjør en grunnleggende norsk verdioppfatning må følgelig vurderes fra en sak til sak basis, som nevnt under punkt 4.1.3.1. De straffeprosessuelle bestemmelsene er laget for å anvendes på saker med varierende alvorlighetsgrad – det kan være alt fra smugling av narkotiske stoffer til planlegging og gjennomføring av drap. Det er derfor vanskelig å si noe om hvilke grenser som skal gjelde for bevisføringen. Som nevnt under punkt 2.1 er det rettslige utgangspunktet fri bevisføring og hensynet til sakens opplysning veier følgelig tungt. EncroChat-kjennelsen gir imidlertid noen føringer på hvilke momenter som kan ha betydning i vurderingen. Særlig aktuelle er «kompetanse-shopping»-argumentet, landenes straffeprosessuelle verdisyn og hvor nært opptil ordlyden i norsk rett fremgangsmåten ligger.

Det kan så stilles spørsmål om dette gjelder for alle typer bevis. AnoM-kjennelsen, EncroChat-kjennelsen, Spaniakjennelsen og riksadvokatens brev gjelder alle direkte kommunikasjonskontroll. Det kan imidlertid vanskelig sies at noe annet skal gjelde for annen beviservervelse. Retningslinjene synes å være teknologinøytrale. Det er ikke noen tungtveiende hensyn som tilsier at det burde gjøres en forskjell ved bruk av de ulike kommunikasjonskontrollmekanismene.

5.2 De lege ferenda

Straffeprosesskomiteen kom i 2016 med et lovforslag til ny straffeprosesslov i NOU 2016: 24. I lovtkastet foreslo utvalget å lovfeste et eget kapittel med alminnelige bevisregler i straffeprosessloven, lignende kapittel 21 i tvisteloven.¹⁴⁸ I NOU'en på s. 39 foreslo utvalget å lovfeste unntaket fra bevisføringsadgangen ved rettsstridig beviserverv i § 8-5:

¹⁴⁸ NOU 2016: 24 s. 256.

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

det rettsstridige beviserervets grovhet,
om bruken av bevis vil krenke beskyttelsesverdige interesser, og
om det er reagert mot beviserervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser.

Forslaget til lovfesting ved rettsstridige ervervede bevis synes å gjelde både bevis innhentet i Norge og i utlandet.¹⁴⁹ Lovforslaget innebærer at bevisavskjæring av utenlandske bevis skal følge den generelle bevisavskjæringsregelen som nevnt under punkt 2.2, og ikke bygge på de spesifikke kriteriene som Høyesterett oppstilte i Spaniakjennelsen og videreførte i EncroChat-kjennelsen. Det reiser spørsmålet om hvordan utfallet ville vært i EncroChat-kjennelsen, dersom Høyesterett hadde brukte den generelle bevisavskjæringsregelen i stedet for den spesielle.

Retningslinjene fra Spaniakjennelsen, som har vært mønster for senere avgjørelser, bygger på tre ganske absolutte vilkår. De to første vilkårene gir lite rom for skjønnsmessige vurderinger. Når det gjelder kravet til grunnleggende norske verdioppfatninger, åpner det imidlertid opp for en helhetsvurdering hvor omgåelseshensynet («kompetanse-shopping») står sentralt. Den generelle bevisavskjæringsnormen som er foreslått lovfestet, åpner derimot i større grad opp for en bredere helhetsvurdering hvor også andre hensyn, som ikke ses på som grunnleggende norske verdioppfatninger, kan få større plass. I EncroChat-kjennelsen innebærer eksempelvis en anvendelse av den generelle normen at Høyesterett i større grad kunne sett hen til prinsipper bak masseovervåkning av borgerne, samt de mer spesifikke hensynene som begrunner bevisforbud, nevnt i punkt 2.3.

Hensynet til privatliv ville imidlertid hatt samme betydning uavhengig av om Høyesterett hadde brukt den generelle bevisavskjæringsnormen eller den spesifikke oppstilt av Høyesterett. Det samme gjelder «kompetanse-shopping» momentet, som Høyesterett fremhevet i EncroChat-kjennelsen. Utvalget fremhevet i NOU'en at det er norske myndigheters ansvar å påse at «grunnleggende rettssikkerhetsgarantier er ivaretatt ved

¹⁴⁹ NOU 2016: 24 s. 577.

gjennomføringen av en anmodning om bistand», slik at dersom «det i lys av norske prosessregler hefter feil ved beviservervet som tilsier bevisforbud», så kan ikke det at «beviset er innhentet med bistand fra utenlandsk myndighet» gi en annen løsning.¹⁵⁰

Når det gjelder hensynet til disiplin, kan det på en annen side få ulikt utslag ved de to normene. I utgangspunktet, etter den spesielle regelen, oppstår det ikke et disiplinsspørsmål, idet myndighetene ikke har gjort noe rettsstridig. Ved den generelle regelen vil disiplineringshensynet derimot åpne opp for en vurdering av om Kripos burde handlet annerledes. Kan Kripos disiplineres for å takke ja til etterforskningsmaterialet uten å foreta noen nærmere undersøkelser av hvordan innhenting av bevis stiller seg i forhold til norsk rett? Ved å følge den generelle normen medfører det at disiplineringshensynet kommer mer på spissen, noe som er i tråd med hensynets mer fremtredende plass i dagens samfunn. Om det medfører at resultatet ville blitt annerledes dersom Høyesterett hadde vurdert bevisavskjæring etter den generelle normen i stedet for den spesifikke, er imidlertid usikkert.

Forslaget til ny straffeprosesslov, som utvalget fastslo i NOU 2016: 24, ble ikke fulgt opp av Justis- og beredskapsdepartementet. De lege lata er det derfor Høyesteretts føringer i Spaniakjennelsen som per dags dato er de sentrale. Bevis som innhentes på en måte som avviker fra norsk rett, nødvendiggjør imidlertid regler om hvordan bevisene skal behandles. En lovfesting av bevisreglene vil derfor være hensiktsmessig ved at reglene blir retts teknisk enkle. Lovfesting av en generell bevisavskjæringsnorm som skal gjelde både beviserverv fra Norge og utlandet synes imidlertid å være uheldig. Bestemmelsen som utvalget foreslo å lovfeste har eksempelvis motsatt fortegn enn det allerede gjeldende utgangspunktet som er utviklet av rettspraksis. Som nevnt under punkt 2.2.3 er utgangspunktet at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal føres til tross feilen, og at det er bevisavskjæringen som skal begrunnes. Ordlyden i § 8-5 indikerer at utgangspunktet er bevisforbud dersom det kan begrunnes. Dette er en uheldig formulering av det allerede gjeldende og allmenne kjente utgangspunktet. Formuleringen er heller ikke i harmoni med tvl. § 22-7, som Høyesterett har statuert fungerer som en kodifisering av gjeldende rett på strafferettens område.

Det er følgelig usikkert om lovforslaget vil gjøre store endringer i norsk rett. Det er også usikkert hvordan det ville ha påvirket resultatet i EncroChat-kjennelse, dersom Høyesterett hadde brukt den generelle normen som vurderingsgrunnlag. Det kan likevel stilles spørsmål

¹⁵⁰ NOU 2016: 24 s. 351.

om det er den generelle normen egner seg best ved utenlandske bevis, eller om det er den spesifikke. Det at utvalget i NOU'en forsømmer å kommentere Spaniakjennelsen og ikke nærmere vurderer hvordan en lovfesting vil påvirke internasjonalt samarbeid, gjør det vanskelig å akseptere lovforslaget. Retningslinjene som Høyesterett utviklet i 2002 og har videreført helt frem til 2022, utgjør derfor de gjeldende føringene i vurderingen. I spørsmålet om når bevis som er innhentet i utlandet, hvor en tilsvarende innhenting i Norge vil stride med norsk rett, kan brukes som bevis i en norsk straffesak, vil en lovfesting av føringene utviklet i rettspraksis være hensiktsmessig.

Litteraturliste

Norske lover og forskrifter

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.).
Domstolloven	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (dl.).
Utleveringsloven	Lov 13. juni 1975 nr. 39 om utlevering av lovbrytere (utlevl.).
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.).
Påtaleinstruksen	Forskrift av 28. Juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).
Menneskerettsloven	Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.).
Straffeloven	Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (strl.).
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvl.).

Internasjonale konvensjoner

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).
SP	International covenant on civil and political rights (ICCPR), New York, 16. December 1966. (Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter).

Norske lovforarbeider, stortingsdokument og rundskriv

NUT 1969: 3	NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteen: Komiteen til revisjon av straffeprosessloven.
Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)	Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven).
Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)	Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Rundskriv G 19/2001	Det kongelige justis- og politidepartementet (2001) Internasjonalt rettslig samarbeid i straffesaker – gjensidig hjelp i straffesaker og utlevering av lovbrytere. Rundskriv G 19/2001.
Ra 03-11 TGM/mw 632.4	Riksadvokaten. (2003) Bruk av kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet som bevis i Norge. Brev av 20.01.2003 til statsadvokatembetene, politidistriktene, kriminalpolitisen og politihøgskolen. Referanse: Ra 03-11 TGM/mw 632.4.
Dokument 16 (2011-2012)	Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap. Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
Prop. 147 L (2012-2013)	Prop. 147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon).
Innst. 186 S (2013-2014)	Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Prop. 68 L (2015-2016)	Prop. 68 L (2015-2016) Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler).
NOU 2016: 24	NOU 2016: 24. (2016) Ny straffeprosesslov.
Prop. 146 L (2020-2021)	Prop. 146 L (2020-2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.).

Rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Norges Høyesterett

Rt. 1990 s. 1008 A.

Rt. 1991 s. 616 A.

Rt. 1997 s. 580 A.

Rt. 1998 s. 1182 A.

Rt. 1999 s. 1269 A (Verksbetjentdommen).

Rt. 2002 s. 1744 U (Spaniakjennelsen).

Rt. 2005 s. 1524 A (Litauenkjennelsen).

Rt. 2006 s. 582 A.

Rt. 2008 s. 1350 A.

Rt. 2014 s. 1045 A.

Rt. 2014 s. 1105 A.

HR-2019-2282-U.

HR-2021-966-A (Mobiltelefondommen).

HR-2021-1336-U (AnoM-kjennelsen).

HR-2022-1314-A (EncroChat-kjennelsen).

HR-2022-2420-A.

Avgjørelser fra Norges underrettspraksis

TOSL-2021-30329-1.

LB-2021-164345, LB-2021-164360 og LB-2021-168568.

LB-2022-22335-2.

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Öcalan v. Turkey [GC], no. 46221/99 [2005], ECHR:2005:0512JUD004622199.

Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05 [2010], ECHR:2010:0601JUD002297805.

Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia [J], no. 302/02 [2010],
ECHR:2010:0610JUD000030202.

Tortladze v. Georgia [J], no. 42371/08 [2021], ECHR:2021:0318JUD004237108.

Avgjørelser fra engelsk rett

Liverpool Crown Court 4. januar 2021, anket til Court of Appeal of England and Wales 5. februar 2021, sak nr. EWCA Crim 128 (2021).

Avgjørelser fra tysk rett

Kammergericht Berlin 30. august 2021, referert til i LB-2021-164345, LB-2021-164360 og LB-2021-168568.

Bundesgerichtshof 2. mars 2022, sak 5 StR 457/21.

Litteratur

Bøker

- Aall (2022) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 1: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter*, 1. utg., Fagbokforlaget 2022.
- Aall (2021) Aall, Jørgen, «§ 95», i *Grunnloven: Historisk kommentarutgave*, Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), Universitetsforlaget 2021 s. 985-996.
- Aarli (2021) Aarli, Ragna, «§ 92», i *Grunnloven: Historisk kommentarutgave*, Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), Universitetsforlaget 2021 s. 897–908.
- Aarli (2015) Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebenes, *Bevis i straffesaker: Utvalgte emner*, 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2015.
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*. 2. utg., M.H. Andenæs 2009.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001.
- Frøberg (2023) Frøberg, Thomas, mfl., *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, § 4 og § 192, Karnov (lest 04. mai 2023).
- Grøstad (2020) Grøstad, Anne, *Internasjonalt strafferettslig samarbeid*, 1. utg., Cappelen Damm AS 2020.
- Haugland (2023) Haugland, Geir Sunde, *Norsk Lovkommentar: Straffeprosessloven*, § 192, §§ 216 a og 216 o, § 242, Rettsdata.no (lest 04. mai 2023).

- Keiserud (2023) Erik Keiserud mfl., *Straffeprosessloven. Lovkommentar*, § 4, § 192, §§ 216 a og 216 o, § 242 og § 294, Juridika (lest 04. mai 2023).
- Torgersen (2009) Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 1. utg., Lobo Media AS 2009.
- Øyen (2022) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 3. utg., Fagbokforlaget 2022.

Fagartikler og nyhetsartikler

- Amnesty International, «Tortur: - Kommer du fra helvete?» (2012) Amnesty International, «Tortur: - Kommer du fra helvete?» (2012), Amnesty International, «Tortur: - Kommer du fra helvete?», Amnesty, 26. juni 2012, <https://amnesty.no/tortur-kommer-du-fra-helvete>, (lest 04. mai 2023).
- Bentham (1827) Bentham, Jeremy, «Rationale of Judicial Evidence: Specifically applied to English Practice», 1827.
- Bruce (2016) Bruce, Ingvild, «Praktisk politi- og påtalesamarbeid i Europa», *Tidsskrift for strafferett* 2016, s. 447-468.
- Council of the European Union (2020) Council of the European Union, «Council Resolution on Encryption, Security through encryption and security despite encryption», 2020.
- Frøberg (2019) Frøberg, Thomas og Synnøve Ugelvik, «Utenlandske bevis som kan være innhentet ved bruk av tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling: Når er bevisavskjæring påkrevd av hensyn til EMK art. 6?», *Straff og frihet: til vern om den liberale rettsstat* 2019, s. 219-233.
- Holmboe (2022) Holmboe, Morten, «Utvalgte høyesterettsavgjørelser i straffeprosess 2021», *Tidsskrift for strafferett* 2022, s. 139-158.

- Hopperstad, «Operasjon Emma», VG (2021) Hopperstad, Morten S., Rolf Widerøe, Kenneth Lauveng og Fredrik Solstad, «Operasjon Emma», VG, 27. Februar 2021. <https://www.vg.no/nyheter/i/2dmrwa/operasjon-emma>, (lest 04. mai 2023).
- Rapport 17. november 2021 Kripos, rapport 17. november 2021 (dok 13,05,27), referert til i LB-2021-164345, LB-2021-164360 og LB-2021-168568.
- Sunde (2021) Sunde, Inger Marie, «Norske verdioppfatninger og kriminelles forventninger som skranker for bruk av bevis fremskaffet av utenlandsk politi», *Tidsskrift for strafferett* 2021, s. 207-210.
- UN. General Assembly (2014) UN. General Assembly, «The right to privacy in the digital age: resolution / adopted by the General Assembly», General Assembly 2014.
- Vestreng, «Russisk offiser forteller om tortur av ukrainske menn», Dagsavisen (2023) Vestreng, Tom, «Russisk offiser forteller om tortur av ukrainske menn», Dagsavisen, 03. Februar 2023. <https://www.dagsavisen.no/nyheter/verden/2023/02/03/russisk-offiser-forteller-om-tortur-av-ukrainske-menn/>, (lest 04. mars 2023).
- Øyen (2010) Øyen, Ørnulf, «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?», *Lov og rett* 2010, s. 423-439.
- Øyen (2013) Øyen, Ørnulf, «Rettens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker – sett i lys av målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling», *Tidsskrift for strafferett* 2013, s. 199-236.

- Gisle (2023) Gisle, Jon, «civil law» i Store norske leksikon, 12. januar 2023, https://snl.no/civil_law, (lest 04. mai 2023).
- Strand (2022) Strand, Vibeke Blaker, «menneskerettigheter» i Store norske leksikon, 22. desember 2022, <https://snl.no/menneskerettigheter>, (lest 04. mai 2023).