



NORGES HØYESTERETT

Den 29. april 2022 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Indreberg, Bergh og Steinsvik i

HR-2022-866-U, (sak nr. 22-045469STR-HRET), straffesak, anke over kjennelse:

A (advokat Aurora Lindeland Geelmuyden)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Marit Formo
politiadvokat Lene Hammersland)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder spørsmål om et politiavhør skal avskjæres som bevis på grunn av at siktede ikke ble tilstrekkelig informert om sin rett til å la seg bistå av forsvarer under avhøret.
- (2) Grunnlaget for tiltalen mot A er i korte trekk at han via chattetjenester på internett har medvirket til at det ble begått seksuelle overgrep mot mindreårige på Filippinene i tidsrommet 2012 til 2015, og har besittet fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn eller fremstillinger som seksualiserer barn.
- (3) A ble pågrepet på X lufthavn torsdag 22. mars 2018 cirka kl. 15.50. Han skulle da reise til Filippinene. I bilen fra X til politihuset i Y, i tidsrommet fra kl. 16.03 til kl. 16.43, ble det foretatt et første avhør av ham uten forsvarer til stede. Underveis i det andre avhøret senere samme dag, fikk A oppnevnt forsvarer jf. straffeprosessloven § 98 første ledd.
- (4) Ved Oslo tingretts dom 23. mars 2021 ble A dømt i samsvar med tiltalen til fengsel i 13 år. Han ble også dømt til å betale oppreisning til flere fornærmede.
- (5) A har anket til Borgarting lagmannsrett, og hans anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet er henvist til behandling. Ankeforhandlingen er berammet til 9. mai 2022.
- (6) Tiltalte ved sin nye forsvarer har begjært det første avhøret av tiltalte avskåret som bevis for lagmannsretten, fordi han ikke på tilfredsstillende vis ble opplyst om eller ga avkall på sin rett til å ha forsvarer tilstede.

- (7) Borgarting lagmannsrett avsa 3. mars 2022, etter skriftlig behandling, kjennelse med slik slutning:
- «Lydfil og politirapport fra avhør 22. mars 2018 kan benyttes som bevis under ankeforhandlingen i samsvar med straffeprosessloven § 290.»
- (8) Lagmannsretten understreket at siktede ikke på noe tidspunkt ble nektet å ha forsvarer til stede, men kom til at han ikke fikk tilstrekkelig tydelig informasjon om retten til å ha forsvarer under det første avhøret, og heller ikke utvetydig ga avkall på retten. Lagmannsretten konkluderte imidlertid med at føring av beviset ikke vil være i strid med retten til rettferdig rettergang, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 og Grunnloven § 95, og at avhøret kan benyttes som bevis etter de norske reglene om avskjæring av ulovlig ervervede bevis.
- (9) A har anket til Høyesterett. Det er anført at føring av avhøret som bevis er i strid med retten til rettferdig rettergang jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Lagmannsretten har ikke konkret vurdert kravet etter Den europeiske menneskerettsdomstols (EMDs) praksis om at det må foreligge «compelling reasons» for å gjøre unntak fra retten til forsvarer. Fravær av slike tvingende grunner medfører at det skal mer til for å konkludere med at prosessen som helhet har vært rettferdig. Kravet om «compelling reasons» er ikke begrenset til tilfeller der siktede er nektet forsvarer.
- (10) Selvinkrimineringsvernet omfatter ikke kun tilståelser eller direkte inkriminerende uttalelser. Tiltaltes generelle troverdighet er helt avgjørende for skyldspørsmålet. Det er uklart hvilken betydning lagmannsretten mener at det har at feil ved avhøret først ble påpekt under saksforberedelsene til ankeforhandlingen. En tiltalt skal ikke lastes for forsvarerens eventuelle feil. Lagmannsretten skulle lagt mer vekt på at feilen var bevisst fra politiets side. Videre er det anført at avhøret skulle vært avskåret etter den norske læren om ulovlig ervervet bevis. Når det først er konstatert brudd ved tilblivelsen av et avhør, vil dette som regel tilsi at bruk av avhøret som bevis er en fortsettelse av rettskrenkelsen. Lagmannsretten har ikke vektlagt at beviset i liten grad har betydning for sakens opplysning, og at det da skal mindre til for å nekte det ført. Det forelå «særlige grunner» som tilsa at politiet skulle ha oppnevnt forsvarer på eget initiativ, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd, jf. påtaleinstruksen § 8-1a, og det må også vurderes om tiltalte skulle fått oppnevnt forsvarer etter § 98. Det er lagt ned følgende påstand:
- «Avhøret av 22. mars 2018 kl. 16:03 (dok 07,02 og tilhørende lydfil) og gjengivelse derfra i tingrettens dom avskjæres som bevis i saken.»
- (11) *Påtalemyndigheten* har anført at A ble tilstrekkelig informert om sin rett til forsvarer, og ga et informert avkall på retten. Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at avhører var bevisst vag. Lagmannsretten har tatt riktig rettslig utgangspunkt for helhetsvurderingen etter EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Kriteriet «compelling reasons» jf. EMDs praksis gjelder kun tilfeller der rett til forsvarer nektes. A ga ikke informasjon i sitt første avhør som har vesentlig betydning for hans situasjon, og føring av beviset er dermed ikke i strid med selvinkrimineringsvernet. At manglende forsvarer ble et tema først i forbindelse med saksforberedelser til lagmannsretten, kan være et element i helhetsvurderingen. Videre slutter påtalemyndigheten seg til lagmannsrettens redegjørelse for reglene for bevisavskjæring av ulovlig ervervet bevis. Det forhold at avhøret ble gjennomlest med forsvarer til stede, må tillegges vekt ved vurderingen av hvorvidt føring av beviset vil innebære en fortsatt krenkelse.

Det er feil at brudd ved tilblivelsen av et avhør som regel vil tilsi at føring vil innebære en krenkelse. Det er ikke grunnlag for anførselen om at det skal mindre til for å avskjære et mindre sentralt bevis. At vilkårene for oppnevning av forsvarer etter § 100 andre ledd kan ha vært tilstede, innebærer ikke at politiet automatisk hadde en plikt til å besørge oppnevning av forsvarer. Det er lagt ned følgende påstand:

«Anken forkastes.»

- (12) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at lagmannsretten har avsagt kjennelsen som første instans. De begrensingene i ankeutvalgets kompetanse som følger av straffeprosessloven § 388 første ledd, får derfor ikke anvendelse.
- (13) Lagmannsretten har avgjort spørsmålet om bevisavskjæring under henvisning til straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. Etter denne bestemmelsen kan det «holdes rettsmøte under saksforberedelsen» blant annet for å behandle spørsmål om å «avskjære bevisførsel under hovedforhandlingen». Det må anses klart at bestemmelsen ikke gir adgang til skriftlig behandling av spørsmål om bevisavskjæring. I Prop. 146 L (2020-2021) side 61 heter det om dette:
- «Det er også utelukket med skriftlig behandling av spørsmål om bevisavskjæring etter første ledd bokstav c, se Ot.prp. nr.66 (2001–2002) punkt 8.4.3 side 85, HR-1990-1455-S og Ørnulf Øyen, ‘Rettens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker’, kapittel 4 i boken: ‘Bevis i straffesaker. Utvalgte emner’, Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), Gyldendal 2015 side 184-185. Se også Keiserud m.fl.: Straffeprosessloven kommentarutgave bind II (5. utgave, Oslo 2020) side 1130 (‘Keiserud m.fl., Straffeprosessloven, 2020’), hvor det gis uttrykk for at dette ‘neppe er en god regel’.»
- (14) Etter forslag i proposisjonen er straffeprosessloven § 272 vesentlig endret ved lov 18. juni 2021 nr. 122, som trer i kraft 1. juli 2022. Endringene medfører at retten vil ha en vid adgang til å treffe avgjørelser under saksforberedelsen uten at det er krav om forutgående rettsmøte. Dette vil også omfatte avgjørelser om bevisavskjæring.
- (15) I og med at lovendringen foreløpig ikke er satt i kraft, er det en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten har avgjort bevisavskjæringsspørsmålet uten forutgående muntlig forhandling. Anken omfatter imidlertid ikke lagmannsrettens saksbehandling, og ankeutvalget er kommet til at det ikke er grunn til å oppheve avgjørelsen utenom anken, jf. straffeprosessloven § 385 tredje ledd andre punktum. Lagmannsretten har foretatt en grundig og forsvarlig behandling, bygd på skriftlige innlegg fra partene, og det er ikke holdepunkter for at feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold.
- (16) Ved avgjørelsen av om beviset skal nektes ført i denne saken, har ankeutvalget delt seg i et flertall og et mindretall.
- (17) Flertallet, *dommerne Indreberg og Bergh*, er kommet til at anken fører fram.
- (18) Det følger av straffeprosessloven § 94 første ledd at siktede har rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken, og at han skal gjøres kjent med dette. Det første spørsmålet i saken er om A ved det første avhøret, som altså skjedde i en bil umiddelbart etter pågripelsen, i tilstrekkelig grad ble gjort kjent med retten til bistand av forsvarer.

- (19) Lagmannsrettens kjennelse inneholder en utførlig beskrivelse av de innledende delene av avhøret, som også omfattet informasjon om siktedes rettigheter, herunder en transkribering av lydopptaket fra de mest relevante delene.
- (20) Det er på det rene at siktede i bilen ble informert om at han hadde rett til å ha forsvarer til stede under avhør, og om at han ikke hadde plikt til å forklare seg. Han ga også uttrykk for at han forsto dette. Lagmannsretten konkluderer likevel med at siktede ikke fikk tilstrekkelig *tydelig* informasjon om retten til å la seg bistå av forsvarer.
- (21) Lagmannsretten uttaler i denne sammenheng blant annet:
- «Lagmannsretten understreker at det ikke er ulovlig å foreta et avhør umiddelbart etter pågripelse, og under omstendigheter som redegjort for over. Men både tidspunktet, situasjonen, stedet for avhøret, og avhørernes innledning til avhøret om hva som nå ‘skal’ skje, skaper en klar forventning og et ikke ubetydelig press om at tiltalte nå skal forklare seg. Under slike omstendigheter må det stilles strenge krav til innholdet og måten siktedes rettigheter formidles på, og tydelig dokumentasjon for at siktede faktisk har forstått innholdet. Denne konteksten vil også ha betydning for de krav som må stilles til klarheten og utvetydigheten til et avkall på retten til å la seg bistå av forsvarer.»
- (22) Flertallet slutter seg til dette. Når det gjelder den konkrete vurderingen er det sentrale, slik også lagmannsretten fremhever, at det ikke på et tidlig stadium ble gjort tilstrekkelig klart at samtalen i bilen faktisk var et avhør, og at retten til forsvarer dermed også gjaldt for denne samtalen. Informasjonen om rett til forsvarer fremsto mer som en generell informasjon om rettighetene som siktet, uten direkte tilknytning til den samtalen som ble gjennomført i bilen. Videre burde siktede også fått tydeligere beskjed om at politi og påtalemyndighet var pliktig til å bistå med å oppnevne forsvarer, dersom tiltalte ønsket det, og at det offentlige ville dekke kostnadene knyttet til dette, jf. straffeprosessloven § 100 andre ledd.
- (23) Etter dette er flertallet enig med lagmannsretten i at avhøret i bilen innebar et brudd med siktedes rettigheter etter straffeprosessloven ved at han ikke på riktig måte ble gjort kjent med retten til å la seg bistå ved forsvarer. Avhøret må da anses som et bevis som er skaffet til veie på en utilbørlig måte.
- (24) Etter straffeprosessloven er utgangspunktet at tiltalte skal forklare seg umiddelbart for den dømmende rett. Lovens § 290 gir likevel hjemmel for å tillate at en tidligere politiforklaring kan leses opp dersom det foreligger motstrid mellom den forklaringen og forklaringen som tiltalte avgir for retten. Spørsmålet i dette tilfellet er om feilen ved avhøret må føre til at det må avskjæres som bevis selv om vilkårene i § 290 for øvrig skulle være oppfylt.
- (25) Retten kan nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte. Hovedregelen er likevel at beviset skal tillates ført, jf. HR-2021-966-A avsnitt 21. Det fremheves samme sted at spørsmålet om avskjæring må avgjøres ut fra en bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. I avsnitt 24 pekes det på at momenter i vurderingen blant annet er grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset, om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse, hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken. Anvendelsen av regelen om bevisavskjæring må holdes opp mot målet om å fremme sakens opplysning og

sikre en riktig avgjørelse. Reglene om bevisavskjæring må dessuten ses i lys av retten til en rettfærdig rettergang jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95, jf. HR-2018-1909-A avsnitt 30.

- (26) Ved den konkrete vurderingen viser flertallet til at retten til forsvarer på ethvert trinn i saken er en sentral rettighet for å sikre siktedes rettssikkerhet. Det fremhever også at saken beviset ønskes ført i, er en meget alvorlig straffesak. Videre er dette et tilfelle hvor føring av beviset vil medføre at rettskrenkelsen fortsetter.
- (27) Avhøret inneholder ikke noen form for tilståelse, og det kan i det hele tatt være usikkert hvilken bevismessig betydning avhøret kan ha. Hensynet til sakens opplysning taler da ikke i vesentlig grad mot bevisavskjæring.
- (28) Lagmannsretten har benyttet at avhøret uansett har begrenset bevisverdi, som et argument i motsatt retning – for at det bør tillates ført. Ankeutvalgets flertall er ikke enig i en slik synsvinkel. Det kan som påpekt, etter omstendighetene, være et moment som taler for å tillate et ulovlig bevis ført, at dette kan være nødvendig for å sikre en riktig avgjørelse. Men det kan også, beroende på omstendighetene, være utelukket å tillate et ulovlig bevis dersom det er det eneste eller et helt sentralt bevis. Det må uansett skje en konkret vurdering. Når det som her er slik at beviset antas å ha begrenset bevismessig betydning, må hensynet til å unngå å fortsette krenkelsen være avgjørende.
- (29) Lagmannsretten har i sin avgjørelse videre vist til at retten til forsvarer ikke er absolutt, og at tiltalte ikke er nektet å bli bistått av forsvarer. Etter flertallets syn blir det ikke riktig å foreta en slik relativisering. Hvis man, slik også lagmannsretten har gjort, kommer til at siktede har avgitt forklaring uten at han har fått tilstrekkelig informasjon om retten til forsvarer, er det skjedd en krenkelse som vil bli fortsatt om avhøret tillates brukt som bevis.
- (30) Flertallet konkluderer etter dette med at avhøret avskjæres som bevis.
- (31) Ankeutvalgets mindretall – *dommer Steinsvik* – er kommet til samme resultat som lagmannsretten.
- (32) Etter mindretallets syn vil en opplesning av politiforklaringen – innenfor rammene av straffeprosessloven § 290 – ikke være i strid med EMK artikkel 6, Grunnloven § 95 eller reglene om avskjæring av bevis som er skaffet til veie på en ulovlig eller utilbørlig måte.
- (33) Vedrørende forholdet til EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95 er mindretallet enig i den begrunnelse lagmannsretten har gitt.
- (34) Når det gjelder spørsmålet om beviset skal avskjæres etter *reglene om ulovlig ervervet bevis*, slutter mindretallet seg til de rettslige utgangspunktene som flertallet har redegjort for. Som klargjort i avgjørelsen i HR-2021-966-A må spørsmålet om avskjæring av bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, bero på en bred avveining. Sentrale momenter er grovheten av den krenkelse som er begått ved innhenting, om føring av beviset innebærer en fortsatt krenkelse, sakens alvor og bevisets betydning for oppklaring av saken.
- (35) Siktelsen gjelder en meget alvorlig straffesak og det må stilles strenge krav til at siktedes prosessuelle rettigheter overholdes på ethvert stadium. Mindretallet mener at det på enkelte punkter er grunnlag for å reise kritikk mot gjennomføringen av den innledende fasen av

avhøret, men kan ikke se at avhøret ble gjennomført direkte i strid med straffeprosessloven § 94 eller påtaleinstruksens regler om politiavhør i § 8-1 til § 8-4.

- (36) Det fremgår av lydopptaket fra avhøret at siktede klart og tydelig ble gjort kjent med retten til å forholde seg taus. Han ble også gjort kjent med innholdet i siktelsen og fikk kopi av denne til gjennomlesning før selve avhøret starter. Han fikk anledning til å stille spørsmål til siktelsen, noe han også benyttet seg av. Siktede ble også gjort kjent med at det ble foretatt lydopptak, og at avhøret skulle skrives ut i ettertid. Han møtte også senere for gjennomlesning og vedtakelse av avhøret sammen med sin da oppnevnte forsvarer.
- (37) Siktede fikk også – før selve avhøret om forholdene i siktelsen starter – informasjon om retten til å la seg bistå av forsvarer på ethvert trinn av saken. Som lagmannsretten har gjengitt i kjennelsen, opplyser avhører, om lag fem minutter etter at lydopptaket er startet, at «du [har] rett til en forsvarer om du ønsker å ha en forsvarer tilstede under avhør eller andre deler av saka, så har du rett på det». Etter noe ytterligere dialog om siktedes rettigheter, spør avhører om siktede har forstått «de tingene jeg nå har sagt». Avhører ber også «for å være helt sikker» siktede om å «si tilbake til meg de rettighetene du nå har fått». Av lagmannsrettens transkripsjon fremgår det at siktede til dette svarer følgende:
- «Jeg har fått rettighet om at jeg kan be om forsvarer, eller advokat tilstede. Og at jeg ikke kan bli dømt for det jeg sier, men hvis jeg lyver og sier noe om andre så er det straffbart.»
- (38) Fordi siktede ikke nevner selve taushetsretten, gjentar avhører denne.
- (39) Mindretallet er enig i at det er grunnlag for å rette en viss kritikk mot måten siktede gjøres kjent med retten til å la seg bistå av forsvarer. Avhører burde i den situasjonen siktede befant seg i, ha gjort det helt tydelig at retten til å ha forsvarer tilstede også omfattet det avhøret som nå skulle gjennomføres, i politiets bil rett etter pågripelsen. Og slik informasjon kunne enkelt ha vært gitt. Mindretallet er enig i at den informasjonen siktede ble gitt, var «vag», men uten at dette fremstår som «bevisst» fra avhørers side. Den manglende tydeliggjøringen innebærer imidlertid etter mindretallets syn at det ikke kan legges til grunn at siktede ga et informert avkall på retten til å ha forsvarer til stede.
- (40) Rekkefølgen i den innledende fasen, der avhører først beskriver hvordan avhøret vil bli gjennomført og hva som «skal skje», kunne også med fordel også ha vært en annen, og slik at rettighetene ble tydeliggjort aller først for å unngå forklaringspress i form av forventninger om at siktede forklarer seg.
- (41) At avhører samlet bruker en del tid på den innledende fasen, der også siktedes rettigheter er tema, finner mindretallet imidlertid ikke grunn til å kritisere. Tvert imot gir dette siktede tid til å områ seg i en vanskelig situasjon, før forholdene i siktelsen blir tema.
- (42) Selv om det kan reises kritikk mot enkeltpunkter i innledningen av avhøret, ble siktede etter mindretallets syn ikke utsatt for noen *grov krenkelse* av sine prosessuelle rettigheter i forbindelse med avhøret. Alvoret i krenkelsen må ses i lys av at siktede fikk klar og tydelig informasjon om selve taushetsretten, som er den sentrale interessen retten til å ha forsvarer til stede, skal beskytte. Mindretallet legger til grunn at forklaringen fra siktede ble gitt frivillig, og at det var realitet i det. Det er ut fra dette også vanskelig å se noen direkte sammenheng mellom forklaringen og manglene ved informasjonen om retten til forsvarerbistand.

- (43) I den samlede avveiningen er det et moment om føringen av beviset vil innebære en *fortsatt rettskrenkelse*. Etter mindretallets syn må det ha betydning for vekten av dette momentet at siktede, sammen med sin senere oppnevnte forsvarer, møtte til gjennomlesning av avhøret og vedtok dette som sin forklaring.
- (44) Idet beviset kun kan anvendes innenfor rammene av straffeprosessloven § 290, i praksis til konfrontasjon under siktedes forklaring i retten, er det på forhånd vanskelig å ha noen sikker formening om hvilken *betydning beviset har for sakens opplysning*. Etter mindretallets syn er betydningen av dette momentet heller ikke opplagt i en situasjon der det ikke er snakk om noen alvorlig krenkelse av siktedes rettigheter, og beviset samtidig i utgangspunktet ikke fremstår som betydningsfullt med sikte på opplysning av saken. Etter mindretallets syn gir ikke denne situasjonen i seg selv god grunn til å utvide unntakene fra hovedregelen om at beviset kan føres.
- (45) Ved den samlede avveiningen av momentene er mindretallet kommet til at det ikke er grunn til å nekte at forklaringen – innenfor rammen av straffeprosessloven § 290 – føres som bevis.
- (46) Ut fra flertallets begrunnelse blir konklusjonen at avhøret avskjæres som bevis under ankeforhandlingen.
- (47) Avgjørelsen er truffet under dissens.

S L U T N I N G

Første avhør av A 22. mars 2018 tillates ikke ført som bevis under ankeforhandlingen i lagmannsretten.

Espen Bergh
(sign.)

Hilde Indreberg
(sign.)

Kine Steinsvik
(sign.)