

**Avskjæring av utilbørlig ervervet bevis
i medhold av tvisteloven § 22-7**

Kandidatnummer: 677

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17 111 ord

03.12.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Generelt	1
1.2	Tema	2
1.3	Avgrensninger	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>UTILBØRLIG BEVISERVERV</u>	<u>4</u>
3.1	Begrepet « <i>utilbørlig</i> »	4
3.2	Ulovlighet eller utilbørlighet	6
3.3	Overvåkning og kontroll	7
3.3.1	Generelt	7
3.3.2	Videoovervåkning	8
3.3.3	Internettbruk og systemadministrasjon	9
3.3.4	Innsyn i e-post	10
3.3.5	Opptak av samtaler	11
3.3.6	Kontroll i medhold av arbeidsmiljøloven § 9-1	12
3.3.7	Kjent overvåkning	13
3.4	Kasuistikk	14
3.4.1	Generelt	14
3.4.2	Straffbare handlinger	15
3.4.3	Brudd på Grunnloven	16
3.4.4	Brudd på menneskerettigheter	16
3.4.5	Brudd på taushetsplikt	18
3.4.6	Det alminnelige personvernet	20
3.4.7	Brudd på instruks	21

3.4.8	Prinsipper	23
3.4.9	Formålet med beviservervet	25
3.5	Utenlandske bevis	26
<u>4</u>	<u>AVVEININGEN AV OM BEVISET SKAL AVSKJÆRES</u>	<u>27</u>
4.1	Totalbedømmelsen	27
4.2	Grensen mellom avskjæring i medhold av EMK artikkel 6 (1) og tvl. § 22-7	29
4.3	Presumsjon for avskjæring eller føring	30
4.4	Hensyn bak § 22-7	32
4.4.1	Generelt	32
4.4.2	Rettsikkerhet	34
4.4.3	Personvern	34
4.5	Momenter i avveiningen av om et bevis skal avskjæres	35
4.5.1	Generelt	35
4.5.2	Sakens opplysning	36
4.5.3	Ytterligere krenkelse	37
4.5.4	Bevisverdi	41
4.5.5	Sakens viktighet eller alvorlighet og materielt riktig avgjørelse	42
4.5.6	Krenkelsens art og grovhet	44
4.5.7	Preventive hensyn	47
4.5.8	Den alminnelige rettsbevissthet	48
4.5.9	Opplysningene kan skaffes på annen måte	49
4.5.10	Domstolenes autoritet og anseelse	51
<u>5</u>	<u>AVLEDEDE BEVIS</u>	<u>52</u>
<u>6</u>	<u>KILDER</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Generelt

Fri bevisførsel er et sentralt prinsipp i norsk sivilprosess. Prinsippet innebærer at partene i en sivil sak har rett til å føre et hvilket som helst bevis, jf. tvl. § 21-3 første ledd.

Begrunnelsen er at man antar at fri adgang til å føre bevis vil være best egnet for å finne frem til den materielle sannhet.¹ Det gjøres imidlertid unntak fra dette utgangspunktet dersom andre beskyttelsesverdige interesser veier tyngre enn hensynet til sakens opplysning. Ett av unntakene fra prinsippet om fri bevisførsel, er bestemmelsen nedfelt i tvisteloven § 22-7, som innebærer at retten i særlige tilfeller kan avskjære utilbørlig fremskaffede bevis. Regelen var tidligere ulovfestet, men er nå kodifisert i den nye tvisteloven, og er betegnet som «[e]t prinsipielt viktig bevisforbud».²

Tvl. § 22-7 er systematisk og innholdsmessig en del av sivilprosessens bevisforbudsregler. Det betyr at partene ikke selv avgjør om de kan føre eller fremskaffe de bevis § 22-7 omhandler.³ Bestemmelsen gjelder på alle trinn i saken, også i forlikrådet.⁴ Forbudet i § 22-7 er imidlertid av relativ art, slik at retten har kompetanse til å avgjøre om ulovlig ervervede bevis kan føres eller ikke. Avgjørelsen om å avskjære utilbørlig ervervede bevis gjøres i form av kjennelse, jf. tvl. § 19-1 annet ledd d). Dersom retten har tillatt føring av et bevis som skulle vært avskåret etter § 22-7, er dette en saksbehandlingsfeil som kan ankes, jf. tvl. §§ 29-2 første ledd og 29-3 første ledd. Dette medfører at avgjørelsen oppheves hvis feilen «*kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket*», jf. § 29-21 første ledd.

¹ Strandbakken (2003) side 173-174.

² Bugge Nordén/Bårdsen (2008) side 72.

³ Schei m.fl. (2007) side 1047-1048.

⁴ Schei m.fl. (2007) side 256-257.

1.2 Tema

Oppgavens tema er det materielle innholdet i tvl. § 22-7. Dette dreier seg om i hvilke situasjoner retten kan avskjære utilbørlig ervervede bevis med hjemmel i bestemmelsen. Vurderingstemaet i § 22-7 består av en totrinnsvurdering med et grunnvilkår og en totalbedømmelse. Grunnvilkåret går ut på å avgjøre om et bevis er «*skaffet til veie på utilbørlig måte*». Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for å nekte føring av et bevis. Dersom retten finner at beviset er fremskaffet på utilbørlig måte, må den foreta en totalvurdering der en rekke momenter veies mot hverandre for å avgjøre om beviset bør nektes ført eller likevel tillates. I den videre fremstillingen vil jeg derfor fokusere på når beviserverv er skjedd på «*utilbørlig måte*» (se punkt 3), og deretter i hvilken utstrekning slike bevis skal nektes ført (se punkt 4).

1.3 Avgrensninger

Fremstillingen fokuserer på gjeldende rett. Jeg vil derfor ikke behandle den historiske utviklingen av den ulovfestede regelen om utilbørlig ervervede bevis, med mindre dette er egnet til å tydeliggjøre innholdet i dagens rettsstilstand. Siden fremstillingen skal gjøre rede for det materielle innhold i § 22-7, vil heller ikke den prosessuelle fremgangsmåten for anvendelse av bestemmelsen vies nevneverdig plass.

Jeg vil heller ikke gå dypere inn på hva «*skaffet til veie*» isolert sett innebærer. Dette omfatter i prinsippet alle måter å innhente eller fremstille et bevis på. Dessuten vil jeg i vurderingen av hva et utilbørlig erverv betyr komme inn på forskjellige måter å skaffe til veie bevis på som har betydning for analysen av bestemmelsens innhold.

2 Rettskilder og metode

Før introduksjonen av tvisteloven, var det forutsatt at avskjæring av ulovlig ervervede bevis måtte skje med utgangspunkt i regler utformet gjennom samspill av rettspraksis og teori.⁵ Tvl. § 22-7 er nå rettskilden som er fremste bærer av regelen. Selv om § 22-7 danner det primære rettsgrunnlaget for avskjæringsregelen, vil tidligere rettspraksis bidra til å presisere eller klarlegge regelens innhold. I Rt. 2007 side 920 avsnitt 53-55 trekkes også forarbeidene til tvisteloven inn. Det har dermed skjedd en viss gjensidig påvirkning mellom rettspraksis og lovgivningsarbeidet med ny tvistelov. Det er heller ingen tvil om at reelle hensyn har hatt stor betydning i utformingen av regelen. Dette gjelder særlig i relasjon til hvilke momenter som skal brukes i avveiningsomgangen.⁶ Hvilke reelle hensyn det gjelder og deres innflytelse, kommer jeg tilbake til.

Avskjæringsreglene for ulovlig ervervede bevis er i all hovedsak fellesprosessuelle. Praksis fra straffeprosessen er derfor relevant i tilknytning til klargjøring av innholdet i tvl. § 22-7.⁷ Ser man på Høyesteretts rettskildebruk, benyttes argumenter fra straffeprosessuelle saker i sivile saker, og omvendt. En slik kryssbruk av rettskildefaktorer kan forsvares fordi det er klart fordelaktig med innholdsmessig konsekvens på dette punktet innenfor prosessretten.⁸ Selv om enkelte problemstillinger kan være spesielle innenfor en av prosessgrenene (for eksempel politietterforskning), og det er ulik vektning av det materielle sannhetsprinsippet i de ulike prosessene, er det neppe tilstrekkelig tungtveiende argumenter for å ha ulike regler. En annen sak er at argumenter utledet fra straffeprosessen kan ha mindre vekt i sivile saker.⁹

⁵ NOU 2001: 32 side 960, Schei m.fl. (2007) side 1096, Hov (2007)a side 309 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 20.

⁶ Bjørnvik/Selfors (2000) side 30.

⁷ Schei m.fl. (2007) side 1096.

⁸ Falkanger (1999) side 101-102.

⁹ Bjørnvik/Selfors (2000) side 21.

I utgangspunktet er lovfestingen av bevisforbudet kun ment som en kodifisering av gjeldende rett.¹⁰ Hov er likevel kritisk til om man kan slå seg til ro med at den tidligere rettsstilstanden er videreført. Han mener at en ny lovtekst uansett vil gi regelen et annet rettslig grunnlag enn tidligere. Den nye lovteksten i tvl. § 22-7 vil både gi regelen en annen hjemmel enn tidligere, og den vil også sette begrensninger.¹¹ Det er litt uklart hva Hov mener med kritikken. Det kan omfatte at loven som rettskildefaktor har en annen vekt enn de som tidligere ga grunnlag for regelen, eller at man kunne utlede et annet innhold i bevisforbudet på bakgrunn av ordlyden i § 22-7.

Ser man på Hovs etterfølgende vurdering, er det hovedsakelig betydningen av ordet «*kan*» som han mener skaper tvil om innholdet i § 22-7. Hvorvidt ordlyden endrer den regelen som tidligere var ulovfestet, vil jeg komme tilbake til.¹² Dette innebærer at jeg vil behandle hvorvidt en naturlig tolkning av bestemmelsens ordlyd samsvarer med innholdet i den tidligere ulovfestede regelen slik det er kommet til uttrykk i rettspraksis og andre rettskildefaktorer.

3 Utilbørlig beviserverv

3.1 Begrepet «*utilbørlig*»

Grunnvilkåret for å avskjære bevis med grunnlag i tvl. § 22-7, er at beviset er fremstilt eller innhentet på en «*utilbørlig måte*». Hva som menes med uttrykket «*utilbørlig*» beror på en tolkning, og vil innebære en skjønnsmessig vurdering. Språklig sett er det imidlertid på det rene at man står overfor en sterk fordømmelse av handlingsmåten bak beviservervelsen. Begrepet «*utilbørlig*» må forstås slik at det uttrykker en større grad av bebreidelse enn om

¹⁰ NOU 2001: 32 side 961, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 457 og 459, og Mæland (2006) side 159.

¹¹ Hov (2007)a side 309.

¹² Skoghøy (2008) behandler «*de prinsipielt og praktisk viktigste endringene i sivilprosessen som den nye loven inneholder*» (side 12), og regner formodentlig ikke § 22-7 for å være blant disse.

noe er «urimelig». ¹³ Det betyr at de utilbørlige måtene å skaffe til veie bevis på, er klart kritikkverdige.

Utilbørlighetsstandarden er en rettslig standard. Dette innebærer at vurderingen alltid vil ha et visst dynamisk element. Innholdet kan variere med tiden, ettersom tidsånden og samfunnets moralske normer endrer seg. ¹⁴ Selv om tolkningsresultatet beror på et visst skjønn, har det gjennom rettspraksis utkrystallisert seg relativt klare retningslinjer og objektive holdepunkter for hva som kategoriseres som utilbørlig. Det er ikke fritt opp til rettsanvenderen å avgjøre ut fra sin egen overbevisning hva som er utilbørlig. Det man må kartlegge gjennom analyse av rettskildefaktorene, er hva rettsordenen anser som uakseptable beviserverv. ¹⁵

Før kodifiseringen av regelen i tvisteloven var det vanlig å tale om «*læren om ulovlig ervervede bevis*». Ordet utilbørlig er valgt fremfor ulovlig for å understreke at det ikke er et vilkår at handlingen er straffbar eller strider mot en lovfestet regel. ¹⁶ Utilbørlighetsbegrepet er vidt nok til å ramme både ulovlige og andre kritikkverdige måter å fremskaffe bevis på. ¹⁷ Dette betyr at krav om ulovlighet eller utilbørlighet er alternative inngangsvilkår. ¹⁸ Vurderingstemaet reiser et bredt spekter av problemstillinger, alt fra brudd på instruksjoner til torturlignende tilfeller. Et ytterpunkt i norsk rett er saken omhandlet i Rt. 1948 side 46, hvor politiet skremte en person til å avgi informasjon ved å utføre handlinger som hadde «*en terroraksjons preg*». Det ble blant annet gitt inntrykk av at personen skulle likvideres.

¹³ Andenæs (1997) side 19-20.

¹⁴ Bjørnvik/Selfors (2000) side 26.

¹⁵ Schei m.fl. (2007) side 1098.

¹⁶ NOU 2001: 32 side 961.

¹⁷ Selve terminologien er ikke det mest interessante, det som er viktig er hva rettsordenen ikke aksepterer. For øvrig benyttes ordet «*kritikkverdig*» i Rt. 2003 side 549, Rt. 2003 side 1814 og Andenæs (2000) side 268. I Rt. 2002 side 1500 benyttes begrepet «*uakseptabel*». Hov (1999) side 230 taler om bevis «*ervert på ulovlig eller illojal måte*».

¹⁸ Rt. 2003 side 1266 avsnitt 20 og Schei m.fl. (2007) side 1099. Jeg vil imidlertid bruke «ulovlig» og «utilbørlig» om hverandre i fremstillingen for å variere språkbruken.

Et spørsmål som melder seg er om et bevis kan være fremskaffet gjennom brudd på en lovfestet regel, men likevel ikke er fremskaffet på en «*utilbørlig måte*». For eksempel synes det unaturlig etter en alminnelig språklig fortolkning å kategorisere et beviservert som utilbørlig dersom det dreier seg om et viktig bevis og lovbruddet er bagatellmessig.¹⁹ Tvistemålsutvalgets utredning synes å støtte opp om at ikke ethvert ulovlig ervert blir ansett som utilbørlig. I utredningen uttales at «*det ikke [vil] bli ansett utilbørlig om beviset er opptatt ved krenkelse av rent formelle regler som ikke har hatt betydning for bevisverdien. Dette illustreres av avgjørelsen i Rt. 1992 s. 698*».²⁰

På den annen side ser vi også i Rt. 1992 side 698 at avgjørelsen om beviset skulle føres, ble avgjort ved en interesseavveining. I senere avgjørelser etter at Tvistemålsutvalgets utredning ble fremmet, ser vi dessuten at man bruker begrepet «*ulovlig*» på en generell måte slik at det rammer alle former for ulovlighet, se Rt. 2003 side 1266 avsnitt 20, Rt. 2004 side 1366 avsnitt 13, og Rt. 2006 side 582. På bakgrunn av at § 22-7 skal innebære en videreføring av den tidligere ulovfestede bevisforbudsregelen, synes det derfor mest riktig å konkludere med at bevisforbudet rammer alle brudd på lovfestede regler selv om de ikke umiddelbart fremstår som utilbørlige.²¹ Også beviservertelse i strid med forskrift gitt med hjemmel i lov faller inn under ulovlighetsbegrepet.²²

3.2 Ulovlighet eller utilbørlighet

I det følgende vil jeg redegjøre for en del typetilfeller som kan illustrere når man har overskredet grensen for hva som er akseptabel beviservertelse. Jeg synes ikke det er hensiktsmessig å foreta en fremstillingsmessig sontring mellom «*ulovlighet*» og «*utilbørlighet*». Disse to alternative grunnvilkårene vil ofte supplere hverandre, og i enkelte

¹⁹ I denne retning, se Hov (2007)a side 309.

²⁰ NOU 2001: 32 side 961.

²¹ I denne retning, se Schei m.fl. (2007) side 1098-1099.

²² Bjørnvik/Selfors (2000) side 21.

situasjoner er det vanskelig å avgjøre om situasjonen dekkes av det ene eller det andre vilkår. Begrepet «utilbørlig» er benyttet fra lovgivers side for å fange opp alle former for kritikkverdige erverv, jf. punkt 3.1. En del teoretikere bruker også ordet «ulovlig» om alle former for uakseptable fremskaffelser, selv de som ikke strider mot positive lovbestemmelser. Det mest sentrale er imidlertid selvfølgelig å kartlegge hvilke beviserverv som faller inn under betegnelsen «*utilbørlig måte*».

Jeg har i den videre fremstilling valgt å dele opp i to hoveddeler når jeg skal gjøre rede for hvilke ervervs måter som anses som utilbørlige. For det første har jeg en del om overvåkning og kontroll. Dernest har jeg en del der jeg ser på enkeltsituasjoner som det er vanskelig å sortere logisk under én kategori. Jeg har vektlagt å trekke frem ulike situasjoner for å vise mangfoldet i utilbørlighetsbegrepet. Eksemplene utgjør ingen uttømmende liste, men er de praktisk sett mest aktuelle tilfeller. Det er selvfølgelig slik at forhold som ennå ikke er behandlet og ansett som utilbørlige i rettspraksis, kan bli det senere. Det kan for eksempel være tilfelle i situasjoner der beviserverv skjer gjennom uærlighet eller manglende åpenhet.²³

3.3 Overvåkning og kontroll

3.3.1 Generelt

Bevis samlet inn gjennom overvåkning og kontroll kan lett tenkes å bli ansett ulovlig ervervet, siden de ofte vil krenke viktige personvernshensyn. Det kan være hensiktsmessig å sondre mellom kontroll og overvåkning. Kontroll dreier seg om å samle informasjon for å finne ut om handlinger er i samsvar med juridiske og sosiale normer, for eksempel gjennom stikkprøver.²⁴ Med overvåkning menes at noen foretar vedvarende eller systematisk innsamling av opplysninger om andre personer.²⁵ Dette kan skje på mange måter, for

²³ Bjørnvik/Selfors (2000) side 26. Slike situasjoner vil antagelig også bli regnet som «*illojale og støtende*», jf. Rt. 1997 side 795.

²⁴ Wiese Schartum/Bygrave (2004) side 59.

²⁵ Wiese Schartum/Bygrave (2004) side 60.

eksempel med videokamera, telefonavlytting eller menneskelig tilstedeværelse. Det er imidlertid ingen klar grense mellom kontroll og overvåkning. Felles for disse aktivitetene er at de behandler viktige personopplysninger, ofte uten at de som undersøkes vet om informasjonsinnhenting. Opplysningene vil derfor ofte oppleves som ømfintlige for personene som kontrolleres eller overvåkes. I rettspraksis ser vi også at de fleste sakene om utilbørlig beviservervelse som er kommet opp i Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg dreier seg om opplysninger ervervet gjennom slike tiltak.²⁶

3.3.2 Videoovervåkning

Videoovervåkning med det formål å drive personovervåkning reguleres av personopplysningsloven kapittel VII, med tilhørende straffesanksjoner nedfelt i §§ 46-49. Forutsetningen er imidlertid at opplysningene lagres i elektronisk form eller at materialet er lagret som et personregister, jf. § 2 nr. 3. Det kan tenkes at slik overvåkning vil bli ansett ulovlig, for eksempel om det ikke foreligger et «*særskilt behov*», jf. § 38, eller om overvåkningen ikke er varslet, jf. § 40.

Utenfor personopplysningslovens virkeområde vil det ulovfestede, alminnelige personvernet spille en rolle. Mye av innholdet i personopplysningsloven ble først utformet som en kodifisering av deler av det ulovfestede personvernet, og på enkelte områder er nok det ulovfestede personvernet mer vidtgående enn lovreguleringene.²⁷ I Rt. 1991 side 616 uttalte retten at skjult videoovervåkning var «*et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel*». Det er flere eksempler på at denne oppfatningen er videreført, jf. Rt. 2001 side 668 og Rt. 2004 side 878. Det er ingen eksempler fra Høyesterett hvor hemmelig videoovervåkning er ansett som en akseptabel form for beviservervelse. I RG 2002 side 162 ble imidlertid video fra et skjult kamera ansett som «*et inngrep i personvernet som må tåles i et rettssamfunn*». Lagmannsretten la vekt på at overvåkningen var motivert av en konkret mistanke, og

²⁶ Schei m.fl. (2007) side 1099, som betegner både kontroll- og overvåkningsaktivitet som «*overvåkning*».

²⁷ Wiese Schartum/Bygrave (2004) side 256.

skjedde målrettet og avgrenset i tid og rom. Det var dessuten akseptert av de ansatte at andre kameraer kunne brukes i arbeidslokalet. Etter en proporsjonalitetsvurdering tillot derfor retten at beviset ble ført.

3.3.3 Internettbruk og systemadministrasjon

Dersom noen bryter elektroniske sperringer for å trenge inn på andres datamaskiner og overvåke internettbruken, kan dette rammes av hackerbestemmelsen i strl. § 145 annet ledd. Det vil klart også innebære bevisinnhenting på utilbørlig måte. Overvåking av ansattes internettbruk kan imidlertid være lovlig, og reguleres av personopplysningsloven § 8, jf. § 2 nr. 1, fordi man da vil behandle personopplysninger.

Undersøkelser av de ansattes internettbruk ble godtatt i Rt. 2001 side 1589. Etter vedvarende kapasitetsproblemer med internettilkoblingen, fikk IT-sjefen i selskapet utskrift av brannmursloggen for å sjekke hvem som belastet nettet, samt en utskrift som viste hvilke musikkfiler som var lagret på harddiskene. Arbeidsgiveren ville legge frem bevis i form av utskrift av harddiskene – en katalog som viste hvilke musikkfiler som var lagret der – og utskrifter av brannmurloggen som viste nedlastingsaktiviteten fra arbeidsgiverens PC-er en tilfeldig dag. Dette ble ansett lovlig fordi det var administrasjon av systemet, jf. personregisterlovens hovedforskrift § 2-20. Høyesterett mente det forelå et legitimt behov for å undersøke internettbruken. Det var tale om et tiltagende problem, og det var heller ingen begrensninger i lovverket på å legge frem beviset.²⁸

Høyesterett aksepterte også i Rt. 2005 side 518 at en arbeidsgiver gjennomførte søk for å finne ut om de ansatte hadde besøkt nettsider med pornografisk innhold eller plasserte slikt materiale i datasystemet. I denne saken hadde to ansatte i ConocoPhillips blitt avskjediget etter nedlasting av pornografisk materiale og bruk av slike nettsider gjennom arbeidsgivers dataanlegg. Retten drøftet om undersøkelsene som avdekket pornografien var i tråd med

²⁸ Denne forskriften tilsvarer omtrent bestemmelsen om aktivitetslogg i den nåværende personopplysningsforskriften § 7-11, se Schei m.fl. (2007) side 1103.

personopplysningsloven § 8 f). Her vektla Høyesterett at undersøkelsen var målrettet mot en aktivitet som klart stred mot interne regler, og som var saklig begrunnet i en reell sikkerhetsfare.²⁹ Pornografien kunne nemlig inneholde virus. Søket etter pornografisk materiale var derfor lovlig, og dessuten i tråd med personopplysningsforskriften § 7-11.

Det er imidlertid grenser for hvor langt man kan gå i kontroll av ansattes internettbruk. Grensen er skissert i RG 2004 side 347. Oslo kommune, ved Gravferdsetaten, hadde sagt opp en person, og ville legge frem bevis for misbruk av kommunens datautstyr. Kommunen kopierte harddisken på en PC den hadde stilt til disposisjon for arbeidstager, og tok stikkprøver. I saken ville kommunen legge frem tre filoversikter som dokumenterte at filmer med pornografisk innhold var lagret på datamaskinen. Dette var i strid med personopplysningsloven § 8, jf. § 11. Kommunen påviste intet behov for administrasjon av systemet, og det var i motsetning til saken i Rt. 2001 side 1589 ikke utarbeidet interne retningslinjer for bruk av datautstyret. Krenkelsens karakter ble styrket av at programmet som ble undersøkt var et internettprogram registrert av arbeidstageren, og det fremgikk tydelig av filene at de var av rent privat karakter. Bevisinnhentingene var dermed skjedd på utilbørlig måte. Beviset ble imidlertid tillatt ført etter interesseavveiningen.

3.3.4 Innsyn i e-post

Innsyn i ansattes e-post er behandlet i Rt. 2002 side 1500. Her vurderte Høyesteretts kjæremålsutvalg om elektronisk post sendt av arbeidstager gjennom arbeidsgivers e-postordning kunne fremlegges uten samtykke fra arbeidstageren. Det var mistanke om at arbeidstageren var i ferd med å bygge opp konkurrerende virksomhet, og derfor burde avskjediges. Kjæremålsutvalget aksepterte fremleggelse av «*virksomhetsrelatert*» e-post tillatt etter personopplysningsloven § 8 f), siden arbeidsgiverens ønske om å lese disse var regnet som en «*berettiget interesse*» – og dermed ikke utilbørlig.

²⁹ Dommens avsnitt 58.

Kjæremålsutvalget henviser i Rt. 2002 side 1500 til Datatilsynets hjemmeside, hvor det fremgår at arbeidsgiver ikke kan lese e-post arbeidstageren mottar som privatperson. Kjæremålsutvalget uttaler imidlertid ikke tydelig selv hva som er gjeldende rett. Vi har ingen klare avgjørelser fra Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg som avgjør spørsmålet om arbeidsgivers rett til å lese privat e-post. Man må imidlertid tolke RG 1993 side 77 slik at dette krenker det ulovfestede, alminnelige personvern. En må for øvrig ta i betraktning at dommen er avsagt i en underinstans, og av den grunn har beskjeden vekt. Administrerende direktør hadde gått inn på arbeidstagers private brukerområde i bedriftens e-postsystem, noe retten fordømte sterkt. Det ble uttalt at *«det å gå inn på ansattes private fil på dataanlegget, uten at den ansatte på forhånd blir gjort oppmerksom på det [...] må regnes som en krenkelse av de krav på beskyttelse av privat informasjon som arbeidstaker må ha overfor arbeidsgiver»*.

På den annen side gjaldt ikke RG 1993 side 77 direkte e-post man sendte eller mottok, men at direktøren sjekket et notat som lå på den ansattes systemområde. Notatet får dermed muligens en mer privat karakter enn e-post, i form mer som en dagbok.³⁰ Dermed bør man vise varsomhet med å legge for mye i saken. Men bare det at man *«går inn på de ansattes 'private' område på dataanlegget»* var ifølge herredsretten et inngrep i den personlige integritet, ifølge dommen. Gode grunner taler derfor for at lesing av privat e-post bør regnes som en krenkelse av det alminnelige personvern.³¹

3.3.5 Opptak av samtaler

Hemmelige opptak eller avlytting av andre menneskers samtaler, er forbudt i henhold til strl. § 145a, og vil følgelig bli regnet som utilbørlig ervervede bevis. Skjulte opptak av samtaler en selv deltar i, er i utgangspunktet ikke forbudt. Men slike opptak kan bli regnet som *«illojale og støtende»*, og dermed utilbørlig fremskaffet, jf. Rt. 1997 side 795. Det finnes imidlertid eksempel på at domstolene har akseptert skjulte opptak av

³⁰ Bing (2002) side 109.

³¹ Synspunktet har også støtte i NOU 2004: 5 side 436.

telefonsamtaler. I RG 2005 side 998 ringte en advokat til en klient for å få ham til å trekke tilbake et ærekrenkende utsagn overfor en avis. Advokaten var pågående og den som oppsøkte situasjonen, og klienten tok opp samtalen først litt ut i samtalen. Det kan virke som om klienten lagret samtalen nærmest som et forsvar, for å dokumentere hendelsen senere. Dette ble ikke ansett utilbørlig.

Personopplysningsloven regulerer i utgangspunktet ikke analoge opptak av samtaler. Loven kan likevel komme til anvendelse dersom opplysningene håndteres på en slik måte at dette blir regnet som «*annen behandling av personopplysninger*» med tanke på systematisering i et register slik at disse opplysningene kan finnes igjen, se personopplysningsloven § 3 første ledd b), jf. § 2 nr. 3. Spørsmålet kan illustreres med avgjørelsen PVN-2005-1 fra Personvernemnda. Her var problemstillingen om fem kassettopptak et advokatfirma hadde tatt opp fra samtaler med en motpart kunne regnes som et «*personregister*», jf. § 2 nr. 3. Personvernemnda besvarte dette negativt, siden det ikke var laget et velordnet register i tillegg som gjorde det lettere å finne igjen opplysninger om personen. Dersom opptakene var sortert på en slik måte at de kunne blitt kategorisert som et register, ville slike opptak bli regnet som utilbørlige hvis de for eksempel ikke tilfredsstiller kravene om å ivareta en «*berettiget interesse*», jf. personopplysningsloven § 8 f).

3.3.6 Kontroll i medhold av arbeidsmiljøloven § 9-1

I medhold av arbeidsmiljøloven § 9-1 er det gitt adgang til å kontrollere arbeidstageren dersom virkemidlene i kontrollen har «*saklig grunn i virksomhetens forhold*» og ikke utgjør en «*uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren*». Det oppstilles altså to vilkår. For det første oppstilles et saklighetskrav. Dette kravet skal verne arbeidstagere mot vilkårlige inngrep i personlige forhold. Her må man både se på selve virksomhetens aktiviteter og saklighet ut fra arbeidstagernes rolle. Tiltaket må også være egnet til å fremme formålet med undersøkelsen.³² For det andre inneholder bestemmelsen et forholdsmessighets-kriterium. Dette skal sette grenser hvor langt man kan gå i å kontrollere, ved at man veier

³² Rygh Monsen/Lenth (2006) side 342.

arbeidstagers personvern opp mot arbeidstagerens interesse i å gjennomføre tiltaket.³³ Man skal beskytte personlig integritet og sørge for at tiltaket ikke er for inngripende.

Kontrolltiltakene man kan sette i gang vil være av svært forskjellig art, fra tidsregistrering til veskekontroll og ulike former for overvåkning.

Noen nyere avgjørelser kan illustrere grensen mellom akseptabelt og utilbørlig erverv. En sak der kontrollen ble regnet som uforholdsmessig belastende, finnes i RG 2007 side 56. Bedriften ville avdekke en ulovlig sykemelding, og fikk i den forbindelse en vektor til å kjøpe reparasjonstjenester av den angivelig syke arbeidstageren. Dette hadde et provokasjonstilsnitt, og skjedde i arbeidstagerens hjem, uten at andre tiltak ble benyttet først. Beviset ble heller ikke tillatt ført etter den etterfølgende avveiningsrunden.³⁴ I RG 2007 side 855 ble en annen kontroll imidlertid ansett lovlig i henhold til § 9-1. Tine Midt-Norge iverksatte spaning av en ansatt man mistenkte for underslag. Arbeidsgiverens kontrollører fotograferte arbeidstager utenfor hans bolig. Kontrolltiltaket avdekket at arbeidstageren lastet varer fra jobbens distribusjonsbil og inn i hans bolig. Kontrollen ble akseptert i henhold til § 9-1, fordi man hadde konkrete mistanker og tips om ulovlig aktivitet, og inngrepet var ikke uforholdsmessig siden man vanskelig kunne oppdaget ulovligheten på annen måte. Retten tillot derfor at kontrollørene kunne vitne i saken, og at fotografiene fra kontrollene kunne føres som bevis.

3.3.7 Kjent overvåkning

Dersom en part er gjort oppmerksom på at han blir overvåket, må man gå ut fra at overvåkingen ikke er utilbørlig. I Rt. 1990 side 1008 kom Høyesterett frem til at bevisfremleggelse av et fotografi fra en fotoboks måtte tillates for å påvise at heleri og bilbrukstyveri var skjedd. Selv om fotoboksen var satt opp for å avdekke fartsoverskridelser, krenket man ikke domfeltes personvern, siden man «ved skilting blir

³³ NOU 2004: 5 side 413.

³⁴ Aml. § 9-1 var ikke trådt i kraft på tidspunktet da kontrollen skjedde, men bestemmelsen kodifiserer den ulovfestede regelen som gjaldt på det aktuelle tidspunktet.

varslet om at veien er overvåket ved automatisk trafikkontroll». Dermed hadde den domfelte situasjonen under kontroll og kunne selv unngått å bli fotografert. Rt. 2004 side 1366 gjaldt en sak hvor far i en barnefordelingssak gjennomførte opptak av telefonsamtaler han hadde med barnas mor. Moren var gjort kjent med at telefonopptakene skjedde. Høyesteretts kjæremålsutvalg påpekte også at faren heller ikke trengte nevne dette for hver gang de pratet sammen, fordi han hadde sagt at opptak ville skje fremover, og «[d]et kan da ikke kreves at far hver gang skal underrette mor om lydopptak».

Det kan imidlertid skje at en konkret bruk av overvåking er utilbørlig selv om den er meddelt og den annen part har samtykket. Bakgrunnen er da at overvåkingen kan være i klar strid med forutsetningen for ordningen, jf. Rt. 1991 side 616. I denne saken hadde arbeidsgiver opplyst om filmovervåking av kasseområdet og de ansatte aksepterte det. Men de ansatte ble fortalt at dette var for at de selv skulle kunne følge med når de var på spiserommet, ikke at det ble aktivt brukt for å overvåke de ansatte i den hensikt å avdekke underslag. Slike opptak kan derfor ikke legges frem for eksempel i en senere avskjedssak uten å bli regnet som utilbørlige.

3.4 Kasuistikk

3.4.1 Generelt

Selv om de fleste saker om uakseptable beviserverv som er behandlet i domstolene har dreid seg om overvåking eller kontrolltiltak, favner grunnvilkåret svært vidt.

Problemstillingene knyttet til hvorvidt et bevis er frembrakt på utilbørlig måte eller ikke, vil omfatte alt fra brudd på formelle regler som regulerer fremgangsmåten ved sikring av bevis til materielle regler som setter grenser for den alminnelige handlefrihet. For å gjøre rede for bredden i hva slags typetilfeller § 22-7 kan komme til anvendelse på, vil jeg derfor benytte en kasuistisk fremstilling som kan vise hvor ulike tilfeller av bevisfremskaffelse som faller inn under bestemmelsen. Dette vil formodentlig tydeliggjøre hvor grensen mellom lovlige og utilbørlige beviserverv går, samt øke forståelsen av bestemmelsens innhold generelt.

3.4.2 Straffbare handlinger

De klareste situasjonene av ulovlighet er nok der en part har utført en straffbar gjerning for å tilegne seg et bevis, for eksempel gjennom tyveri, jf. strl. § 257, eller brevbrudd, jf. strl. § 145 første ledd. Det er imidlertid ikke noe krav om at gjerningen er straffbar for at beviset skal anses som utilbørlig ervervet. Man kan lett tenke seg tilfeller der en utilregnelig person har begått handlingen, og dermed kun oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebed. Det uttales i Rt. 1991 side 616 at det er irrelevant om en part «*subjektivt har ment å handle lovlig*», og vurderingen «*av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt*».

Selv om en handling som isolert sett er straffbar er utført for å fremskaffe et bevis, kan handlingen likevel bli ansett som rettmessig basert på nødrettsbetraktninger i medhold av strl. § 47, jf. Rt. 1991 side 616, på side 623. Hensynene som taler for å benytte den ulovlige bevisinnhentingen må veies opp mot interessene som ble krenket ved ervervet. Dersom det foreligger nødrett, blir straffbare eller ulovlige handlinger akseptable, noe som også må gjelde i sivile saker.³⁵ Det kan på den annen side være usikkert om nødrettstilfeller slår likt ut både i straffesaker og sivile saker. Det kan tenkes at den straffbare handling som skjedde i forbindelse med beviservervet blir behandlet i en straffesak, og den aktuelle handlingen blir funnet rettmessig, siden det som reddes er «*særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes*». Men når man vurderer den samme beviservervet i en senere sivil sak, for eksempel et erstatningssøksmål, er det ikke sikkert utfallet av nødrettsvurderingen blir det samme. Her er det fullt mulig at retten kommer frem til at det ikke foreligger tilstrekkelig interesseovervekt til å anse handlingen rettmessig.³⁶

³⁵ Bjørnvik/Selfors (2000) side 22.

³⁶ Bjørnvik/Selfors (2000) side 22.

3.4.3 Brudd på Grunnloven

Ulovlighetskriteriet er ikke forbeholdt kun formelle lover vedtatt i henhold til Grl. §§ 76-79. Også i Grunnloven finnes bestemmelser som kan overtres ved beviserverv. For eksempel fastlegger § 96 annet ledd en skranke mot brutale avhørsmetoder («*Pinligt Forhør*»). Dette gjelder ikke bare for politiets virksomhet, men i prinsippet også for informasjonsinnhenting utført av andre offentlige organer.³⁷ Videre setter § 102 forbud mot «*Hus-Inkvisitioner*» bortsett fra i «*kriminelle Tilfælde*». Bestemmelsen er nok mest relevant for politi og påtalemyndighet. Men også i mer alvorlige lovbrudd som kontrolleres av andre offentlige organer kan § 102 komme til anvendelse.³⁸ Dette kan gjelde for eksempel Konkurransetilsynet, som foretar undersøkelser med hjemmel i konkurranseloven § 25.³⁹ Bestemmelsen gir grunnlag for å undersøke boliger og beslaglegge gjenstander for å sikre bevis ved brudd på konkurransereglene.

3.4.4 Brudd på menneskerettigheter

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (FN SP) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) har fått en sentral rolle i norsk rett gjennom inkorporasjon i menneskerettsloven. Lovens § 3 slår fast at de nevnte konvensjonene skal gå foran annen lovgivning dersom det oppstår motstrid. Også i prosessrettens lovgivning er de gitt forrang, se tvl. § 1-2 og strpl. § 4. Bevis er dermed ervervet på en utilbørlig måte dersom fremskaffelsen bryter med bestemmelser i for eksempel EMK. Dette kan blant annet gjelde informasjon som er fremtvunget gjennom tortur, jf. EMK artikkel 3, eller ved å krenke privatlivet, jf. EMK artikkel 8 og Rt. 2006 side 582.

Utviklingen i Den europeiske menneskerettighetsdomstolens autonome tolkning har dessuten medført at sivilprosessuelle saker som behandler en rekke administrativt ilagte sanksjoner kan omfatte spørsmål om det foreligger «*criminal charge*» i henhold til EMK

³⁷ Dette er mest et teoretisk spørsmål, siden slike metoder nærmest forutsetter adgang til frihetsberøvelse.

³⁸ Fliflet (2005) side 438.

³⁹ Stub (2008) side 258.

artikkel 6 (1), uavhengig av hvordan nasjonal lovgivning definerer begrepet straff. Dette beror på hva som etter de såkalte *Engel*-kriteriene regnes som straff. På bakgrunn av saken *Engel med flere mot Nederland* er det tre alternative kriterier for om noe skal regnes som straff i EMKs forstand: Nasjonal klassifisering av reaksjonen, reaksjonens karakter og innhold, og bestemmelsens karakter og formål. Selv om visse forvaltningsmessige sanksjoner ikke anses som straff etter norsk rett, har blant annet tilleggsskatt i medhold av ligningsloven § 10-2 nr.1, jf. § 10-4 nr.1 (se Rt. 2000 side 996), tvungen institusjonsplassering etter barnevernloven § 4-24 (se Rt. 2003 side 1827) og nektelse av dagpenger etter sysselsettingsloven § 36 (se Rt. 2003 side 264) vært straff i henhold til konvensjonens klassifiseringskriterier.

Selv om enkelte saker som omfatter spørsmål om straff i EMKs forstand behandles i sivilprosessens former, vil likevel en straffeprosessuell rettssikkerhetsgaranti som selvinkrimineringsforbudet gjøre seg gjeldende. Selvinkrimineringsforbudet kan utledes av kravet om «*fair trial*» i EMK artikkel 6 (1), og innebærer at ingen skal tvinges til å bidra med opplysninger som kan brukes til egen domfellelse i en sak om straff. Bevis ervervet i strid med selvinkrimineringsforbudet i EMK artikkel 6 (1), vil derfor være skaffet til veie på utilbørlig måte i henhold til § 22-7. For at selvinkrimineringsforbudet skal kunne sette grenser for opplysningsplikten, må saken ha kommet så langt at straffanklage («*criminal charge*») foreligger ved at straffanklagen er aktualisert.

Det kan være vanskelig å avgjøre presist når straffesiktelse foreligger i konvensjonens forstand, men utgangspunktet må være tidspunktet parten blir forhåndsvarslet om et mulig sanksjonsvedtak.⁴⁰ Dette betyr at § 22-7 ikke kommer til anvendelse når saken bare er på kontroll- eller forvaltningsstadiet, slik situasjonen vil være når man kun snakker om selvangivelsesplikt.⁴¹ I noen tilfeller vil imidlertid vernet mot selvinkriminering inntre tidligere, på kontrollstadiet. Dette gjelder i «rene» sanksjonssaker, hvor undersøkelser ikke

⁴⁰ NOU 2003: 15 side 99.

⁴¹ Schei m.fl. (2007) side 1053.

dreier seg om tilsyn med videre formål, men om å avsløre mulige lovbrudd.⁴² Det er videre ikke i strid med selvinkrimineringsvernet å ha en straffesanksjonert opplysningsplikt, så lenge det ikke dreier seg om opplysninger vedrørende forhold som kan innebære en «*criminal charge*».⁴³

Selvinkrimineringsforbudet kan også krenkes ved at man i en sanksjonssak bruker fremtvungne opplysninger fra en privat part relatert til en tidligere forvaltningsmessig sak. I slike tilfeller ligger imidlertid det utilbørlige kun i anvendelsen av beviset, ikke i fremskaffelsen, og slike tilfeller rammes derfor ikke av tvl. § 22-7.⁴⁴

3.4.5 Brudd på taushetsplikt

Taushetsplikt vil i mange tilfeller være lovregulert, og bevisfremskaffelse gjennom brudd på en slik plikt vil bli regnet som et utilbørlig erverv. Dette er eksplisitt nevnt i Rt. 1997 side 1778, der opplysninger som kom frem gjennom brudd på taushetsplikt fra en ansatt på et sykehus ble regnet som ulovlig frembrakt. En rekke bevis fremskaffet gjennom å bryte taushetsplikten vil bli nektet ført i medhold av tvl. §§ 22-3 første ledd og 22-5 første ledd. Men det kan tenkes flere tilfeller der brudd på taushetsplikt ikke vil rammes av § 22-5. For eksempel vil det være situasjonen der de taushetsbelagte opplysningene ikke kommer direkte fra personkretsen som er nevnt i § 22-5, men fra personer som har fått vite om informasjonen gjennom brudd på taushetsplikt. I slike situasjoner vil beviservervet bli regnet som utilbørlig i medhold av § tvl. 22-7.⁴⁵ Hvor langt man kan trekke bevisforbudet for å ramme mer avledede bevis fra en uakseptabel bevisfremskaffelse behandles i punkt 5.

Også andre brudd på taushetsplikt enn dem som nevnes i § 22-5 kan innebære utilbørlig beviserverv i medhold av § 22-7. I Rt. 2007 side 920 ønsket selskapet Scancem å legge

⁴² NOU 2003: 15 side 99.

⁴³ NOU 2003: 15 side 103.

⁴⁴ Schei m.fl. (2007) side 1053 og 1110.

⁴⁵ Schei m.fl. (2007) side 1084.

frem dokumenter det hadde innhentet gjennom å bruke et privat etterforskningsfirma. Etterforskerne hadde utgitt seg for å være andre personer, og fikk derfor lurt banker til å gi ut kontoutskrifter og andre dokumenter, noe som bryter mot taushetsplikten i bankvesenet. Bevisfremskaffelsen ble regnet som utilbørlig. Man må gå ut fra at beviserverv som skjer ved brudd på taushetsplikt i annen privat virksomhet også vil bli regnet som ulovlig.⁴⁶

Unntak fra taushetsplikten kan være hjemlet i lov, jf. for eksempel sosialtjenesteloven § 8-8a annet ledd, helsepersonelloven § 33 og barnevernloven § 6-4 annet og tredje ledd. I slike tilfeller vil de taushetsbelagte opplysningene være ervervet på en lovlig måte. Dette betyr at blant annet barnevernet ved en rettssak om omsorgsovertagelse vil kunne gjøre rede for informasjon det har fått fra helsepersonell.⁴⁷ Fritak fra taushetsplikt kan i ekstraordinære tilfeller også bygge på nødrett i medhold av strl. § 47 eller sedvanebasert nødrett. Nødrettsbetraktninger vil da medføre at opplysninger fremskaffet gjennom brudd på taushetsplikt blir ansett som et beviserverv som ikke skjer på «*utilbørlig måte*».

Interesseavveiningen som skal foretas når man vurderer om det foreligger nødrett, vil formodentlig lettere gå i favør av nødrett dersom man står overfor tilfeller der man har anmeldelsesplikt i medhold av strl. §§ 139 eller 387 første ledd nr. 2. Disse kan da trekkes inn og begrunne at bruddet på taushetsplikt bør anses rettmessig ut fra nødrettsbetraktninger.⁴⁸

Det er usikkert om et tilfelle som det man finner i Rt. 2000 side 1139 vil bli rammet av tvl. § 22-7. Her sendte en advokat ved et uhell over et dokument til motparten. Dokumentet inneholdt opplysninger som var undergitt taushetsplikt siden det var korrespondanse mellom advokaten og hans klient.⁴⁹ Høyesterett antok at fremleggelse av dokumentet ville stride mot lovgrunnen for tvml. § 205, og dermed kunne avskjæres. Det er imidlertid ikke

⁴⁶ Schei m.fl. (2007) side 1109.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) side 37 og 60. I slike tilfeller vil heller ikke tvl. § 22-5 forby bruk av slike bevis i en rettssak.

⁴⁸ Schei m.fl. (2007) side 1107.

⁴⁹ Straffeloven § 144.

klart om et slikt bevis vil avskjæres i medhold av tvl. § 22-5, som avløser tvml. § 205.⁵⁰ Det avgjørende for om situasjonen fanges opp av tvl. § 22-7 må være om bevisfremskaffelsen bryter med rettsordenens adferdsnormer. Det kritikkverdige ligger ikke hos den som erverver dokumentet, men hos avsenderen som ikke har tilstrekkelig kontroll over hvem opplysningene meddeles. Ordlyden i § 22-7 krever på den annen side ikke at den som erverver beviset handler utilbørlig, bare at selve fremskaffelsen skjer på en uakseptabel måte. Selv om advokaten ikke mente å bryte taushetsplikten, er det objektivt sett skjedd et brudd på taushetsplikten ved at fortrolige opplysninger er spredd videre. Dette kan være nok til at beviset er ervervet på en ulovlig måte.⁵¹ Etter min mening taler derfor gode grunner for at også situasjoner som den man så i Rt. 2000 side 1139 omfattes av tvl. § 22-7.

3.4.6 Det alminnelige personvernet

Norsk rett operer med et ulovfestet, alminnelig personvern som eksisterer ved siden av lovfestede personvernregler. Dette personvernet ble første gang slått uttrykkelig fast i Rt. 1952 side 1217, hvor visning av en film som formodentlig ville skape ubehagelig oppmerksomhet rundt en virkelig person som ble fremstilt der ble stoppet. Høyesterett konstaterte at det «*finnes et alminnelig rettsvern for personligheten*». Det er usikkert hvor mye som skal til for å krenke dette rettsvernet, men av dommen fremgår det at det må bero på en interesseavveining mellom den påstått krenkede parts interesser og den som foretar handlingen.⁵² Hvilke momenter som er relevante og hvor mye de skal vektes er imidlertid uklart. Det er nok imidlertid på det rene at ytringsfriheten vil telle mer etter dagens rettstilstand.⁵³

⁵⁰ Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) side 36-37 og Schei m.fl. (2007) side 1085.

⁵¹ Se punkt 3.4.1 og Rt. 1991 side 616 på side 620.

⁵² Dommens side 1220.

⁵³ Wiese Schartum/Bygrave (2004) side 253.

Det ulovfeste personvernet utkrystalliserer muligens prinsipper som er anvendbare i all kommunikasjon av personopplysninger, og kan dermed supplere vanlige lovfestede reguleringer.⁵⁴ Det følger av rettspraksis at krenkelse av det alminnelige personvernet må karakteriseres som utilbørlig. I Rt. 1991 side 616 filmet arbeidsgiveren en ansatt han mistenkte for underslag, og siden kameraet var skjult, utgjorde *«fremgangsmåten [...] et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel»*. Dette var tilstrekkelig til å kategorisere beviservervet som ulovlig. Dette er fulgt opp i senere rettspraksis, jf. for eksempel Rt. 2001 side 668 og Rt. 2004 side 878.

3.4.7 Brudd på instruks

I utgangspunktet er instruks i form av direktiver eller retningslinjer for hvordan et organ eller en tjenestemann skal forholde seg et internt anliggende. Unntaksvis kan imidlertid overtredelse av instruks medføre andre virkninger, for eksempel at et vedtak blir ugyldig.⁵⁵ Spørsmålet blir dermed om pliktbrudd på en instruks kan gjøre et beviserverv *«utilbørlig»* i den betydning som brukes i § 22-7.

I Rt. 1979 side 1021 berørte Høyesterett spørsmålet om brudd på den tidligere påtaleinstruksen⁵⁶ skulle få samme betydning som bevisfremskaffelse i strid med positive lovbestemmelser. Her kan det synes som om Høyesterett lar spørsmålet stå åpent. I den aktuelle saken var uansett ikke bestemmelsen i påtaleinstruksen brutt, og Høyesterett uttalte derfor at det *«ikke [var] nødvendig å gå inn på spørsmålet om et brudd på de her omhandlede instruksbestemmelser bør få samme virkning som når lovbestemmelser av tilsvarende innhold er satt til side»*. Men Høyesterett viste likevel til lagmannsrettens syn om at *«selv om politiet skulle ha handlet i strid med instruksen, og det derfor må sies å foreligge et «ulovlig» ervervet bevis, avhenger det av en konkret vurdering om beviset skal*

⁵⁴ Bing (2002) side 111.

⁵⁵ Eckhoff/Smith (2003) side 131-137.

⁵⁶ Den tidligere påtaleinstruksen var fastsatt ved kronprinsregentens resolusjon av 14. desember 1934.

tillates ført eller ikke». Det kan derfor argumenteres for at Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens synspunkt om at brudd på instruks kan medføre at beviset er innhentet på utilbørlig måte.⁵⁷

Det er vanskelig å si noe generelt om brudd på en instruks vil anses som *«utilbørlig»*. Instruks kan ha så vidt forskjellig innhold, som saksbehandling, skjønnsutøvelse eller hva en avgjørelse skal gå ut på. Man må nok blant annet ta i betraktning instruksens art og innhold.⁵⁸ For eksempel taler gode grunner for at det ikke er riktig å anse et beviserverv som utilbørlig dersom beviset innhentes i strid med instruks om lovtolkning. Det er ikke instruks som er avgjørende for vedtakets gyldighet. Det er loven selv som avgjør gyldigheten.⁵⁹ Domstolene skal forholde seg til loven, og de kan da komme frem til at instruks bygger på en uriktig tolkning av loven. Dette skjedde i en kjennelse inntatt i Rt. 1990 side 1008. Her drøftet Høyesterett om man skulle ta hensyn til en intern instruks om at fotografier tatt gjennom automatisk trafikkovervåking ikke måtte benyttes til andre formål enn de var innhentet for. Høyesterett fremholdt at det *«ikke [forelå] noe holdepunkt for at Stortinget har sluttet seg til»* en slik forståelse av loven.

Ser man imidlertid på påtaleinstruksens tilblivelsesmåte og betydning, er det i alle fall sannsynlig at bevisfremskaffelse i strid med denne kan rammes av § 22-7.⁶⁰ Instruks er nemlig gitt med hjemmel i strpl. § 62, og vedtatt ved kongelig resolusjon. Påtaleinstruks inneholder dessuten regler om hvordan visse oppgaver bør utføres og en rekke andre regler som skal sikre en betryggende saksbehandling. Det er antatt at brudd på slike instruks som skal utfylle og supplere lovfestede saksbehandlingsregler i enkelte tilfeller kan føre til ugyldighet.⁶¹ Påtaleinstruksens regler om fremgangsmåter ved beviserverv kan få

⁵⁷ Bjørnvik/Selfors (2000) side 23.

⁵⁸ Bratholm (1959) side 112.

⁵⁹ Eckhoff/Smith (2003) side 132.

⁶⁰ Bjørnvik/Selfors (2000) side 24 og Bratholm (1959) side 112.

⁶¹ Hov (2007)a side 50 og Eckhoff/Smith (2003) side 132.

betydning også i sivilprosessen, siden politirapporter kan legges frem som bevis i senere sivile saker, jf. Rt. 2004 side 461.

Det kan reises som en problemstilling om en instruks må ha hjemmel i lov for at et brudd på instruks kan innebære en utilbørlig bevisinnhenting. Spørsmålet er berørt i Rt. 1990 side 1008. Justisdepartementet hadde gitt en intern instruks, uten hjemmel i lov, om at fotografier fra fotobokser ikke måtte benyttes som bevis til andre formål enn de er innhentet for. Dette ble ikke akseptert av Høyesterett, som pekte på at begrensninger i prinsippet om fri bevisførsel i slike tilfeller «*må lovreguleres, etter en nærmere vurdering og utredning*». Man kan tolke kjennelsen slik at en instruks må ha tilstrekkelig trinnhøyde for å kunne rokke ved den frie bevisføring, gjennom hjemmel i lov eller regler med minst tilsvarende trinnhøyde.⁶² Dette må bety at dersom det blir motstrid mellom regelen om fri bevisførsel og begrensninger i bruk av bevis som for eksempel er gitt ved en instruks med hjemmel i en administrativ forskrift, vil prinsippet om fri bevisførsel gå først på grunn av *lex superior*-prinsippet. På bakgrunn av Rt. 1990 side 1008 er det nok derfor på det rene at instruks må forankres i en regel med rang på høyde med lovregler for å kunne klassifisere brudd på en instruks som «*utilbørlig*» beviserverv.

3.4.8 Prinsipper

Ordet «prinsipp» har ofte et uklart meningsinnhold, og kan være alt fra viktige rettsregler til navn på sentrale verdier. I denne sammenhengen brukes ordet for å betegne kriterier utviklet gjennom rettspraksis som beviservervelsen må holde seg innenfor.⁶³

En bevisfremskaffelse kan stride mot legalitetsprinsippet. I Rt. 1936 side 204 ble det avgjort at en politimester ikke kunne pålegge en kvinne å gjennomgå legeundersøkelser for å avdekke en ulovlig abort så lenge det ikke fantes positive lovhjemler for dette. Denne måten å fremskaffe bevis på ville derfor bli regnet som ulovlig. Brudd på

⁶² Schei m.fl. (2007) side 1049.

⁶³ Aall (1995) side 312.

legalitetsprinsippet kan også få aktualitet i sivile saker, for eksempel i saker hvor sivile kontroll- og tilsynsorganer har gått for langt i sine undersøkelser. Kravet til lovhjemmel som oppstilles gjennom legalitetsprinsippet har imidlertid et relativt preg, og vil variere blant annet etter hvilket område man snakker om, hvor tyngende inngrepet er, og inngrepets art, jf. Rt. 1995 side 530.

Rt. 1997 side 795 kan oppfattes slik at Høyesterett fastla retningslinjer for redelig opptreden. I en tvist om samværsrett foretok moren hemmelige opptak av telefonsamtaler hun hadde med barnas far og barna. Dette var ikke straffbart, men Høyesterett mente likevel den ulovfestede adgangen til å avskjære bevis kunne ramme morens fremgangsmåte, siden «[s]like hemmelige lydbåndopptak [ofte vil] være både illojale og støtende». Det ble ikke eksplisitt uttrykt hva slags hjemmelsgrunnlag det ble bygget på. Men det ble understreket at en part må «ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter». Dette kan tolkes slik at det bygges på personvernprinsipper.⁶⁴ Det tas hensyn til hvordan man skal verne om personlige opplysninger. Man kan også tolke formuleringen som at Høyesterett setter opp en standard for hva som er akseptable beviserverv.⁶⁵ Dette kan sees i sammenheng med målet om å verne parter mot visse handlinger. Hvilke handlinger som går inn under en slik utilbørighetsstandard vil måtte avgjøres i den konkrete saken. I denne standarden vil det være mulig å legge til grunn moralske vurderinger. Men det må være de rådende moralsyn i samfunnet som setter standarden, ikke rettsanvenderens subjektive oppfatning av rett og galt.⁶⁶

Enkelte rettigheter er så grunnleggende i en demokratisk rettsstat at Høyesterett vil kunne erklære bevis som ulovlige selv om det ikke skulle finnes lovhjemmel som forbyr dem. I Rt. 1983 side 1004 ble abortlovens rettmessighet drøftet. Førstvoterende uttalte at det finnes «rettsprinsipper som vil kunne anses overordnet den positive lovgivning». Dette kan

⁶⁴ Schei m.fl. (2007) side 1101.

⁶⁵ Bjørnvik/Selfors (2000) side 24.

⁶⁶ Bjørnvik/Selfors (2000) side 24.

synes som en lite aktuell problemstilling i sivile saker, men det kan tenkes ved bevis i form av tilståelser fremkalt ved grov tortur utført av en annen stats myndigheter som aksepterer slike fremgangsmåter, for eksempel i forbindelse med utvisningssaker på grunn av forbindelser med terrorisme, jf. utlendingsloven § 29 første ledd d) og e).

3.4.9 Formålet med beviservervet

Det kan være at et bevis er av en slik art at det kan brukes til et annet formål enn beviset opprinnelig er innhentet for. Problemstillingen blir da om bruk av bevis til annet enn fremskaffelsesformålet kan gjøre at beviset er innhentet på «*utilbørlig måte*».

I Rt. 1990 side 1008 behandlet Høyesterett spørsmålet om overskuddsinformasjon i form av fotografi fra en fotoboks kunne brukes som bevis for andre straffbare forhold enn det forhold som ga grunnlag for metodebruken, noe Høyesterett bekreftet med henvisning til prinsippet om fri bevisførsel. Høyesterett fremholdt at i dette tilfellet måtte bruksbegrensninger av fotografiet lovreguleres. Beviset var derfor ervervet på en akseptabel måte selv om det ble brukt til noe annet enn det var ervervet for.

Når det gjelder andre opplysninger enn overskuddsinformasjon, kan man slå fast at innhentingsformålet også generelt ikke er til hinder for bruk til annet formål, om det ikke finnes særskilt hjemmel for å nekte føring. Dette ble fastslått i Rt. 1991 side 1018, hvor spørsmålet var om lovlig telefonavlytting utført for etterforskningsarbeidet kunne fremlegges også under hovedforhandlingen. Førstvoterende påpekte at det måtte være adgang til å legge frem bevis under hovedforhandlingen så lenge beviset var lovlig innhentet. Heller ikke her medførte altså bruk av bevis til annet formål enn innhentingsformålet at beviset var ervervet på ulovlig måte. Høyesterett fremholdt etter en tolkning av loven at den ikke kunne forstås slik at den begrenset bruk av bevis, og at det må foreligge «*klare holdepunkter i loven eller dens forarbeider for at det ikke skulle være adgang til å fremlegge materiale fra telefonavlyttingen som bevis under hovedforhandlingen*». Disse synspunktene er lagt til grunn i senere avgjørelser, jf. Rt. 2007

side 1409, og må gjelde også for sivilprosessens vedkommende.⁶⁷ Bevis som brukes til annet formål enn det var innhentet for kan noen ganger bli avskåret på ulovfestet grunnlag begrunnet i tungtveiende personvern hensyn. Det kritikkverdige ligger da imidlertid ikke i fremskaffelsen av beviset, kun i anvendelsen.⁶⁸

3.5 Utenlandske bevis

Det kan oppstå situasjoner der en part vil legge frem et bevis for norske domstoler som er tilegnet i utlandet ved midler som ville blitt regnet som utilbørlige i Norge. Spørsmålet er behandlet i to kjennelser fra Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg. I Rt. 2002 side 1744 ble bevis fra en spansk telefonavlytting tillatt brukt i en norsk sak. Vilkårene for å kunne bruke slike bevis, var for det første at metoden var tillatt i det land beviset ble ervervet i. For det annet må metoden ikke stride mot «*grunnleggende norske verdioppfatninger*». Dette synet ble videreført i Rt. 2005 side 1524, som gjaldt kommunikasjonskontroll i Litauen.

Det er noe uklart hva de grunnleggende norske verdioppfatningene går ut på, men i Rt. 2005 side 1524 ble det lagt vekt på at beviset var «*innhenta på forsvarleg grunnlag*».⁶⁹ Det er usikkert hva Høyesterett la i denne uttalelsen. Men at rettergangen må være forsvarlig, er et overordnet prinsipp i norsk sivilprosess. Rettssaken må etter en helhetsvurdering være betryggende.⁷⁰ Høyesterett vektla også at overvåkingen ikke måtte være for omfattende, ved at kommunikasjonskontrollen måtte være avgrenset.⁷¹ I Rt. 2002 side 1744 påpekte Høyesteretts kjæremålsutvalg at begrensninger i bruk av utenlandske bevis måtte «*avgjøres ut fra en bredere vurdering*». Med henvisning til forarbeidene, viser kjæremålsutvalget til at begrensninger i bruk av kommunikasjonskontroll er begrunnet i

⁶⁷ Schei m.fl. (2007) side 1050 og Skoghøy (2001) side 657.

⁶⁸ NOU 2001: 32 side 962 og Aall (2002) side 965.

⁶⁹ Kjennelsens avsnitt 22.

⁷⁰ Mæland (2006) side 27.

⁷¹ Kjennelsens avsnitt 21.

«hensynet til den enkeltes rett til respekt for privatlivet og personlig integritet». Disse hensynene må veies opp mot behovet for å oppklare kriminalitet. At et land har en videre adgang enn Norge til å benytte overvåkning gir ikke den som overvåkes automatisk en «beskyttelsesverdig forventning».⁷²

Slik jeg forstår uttalelsene samlet i de to avgjørelsene, ser det ut til at «*grunnleggende norske verdioppfatninger*» i denne sammenheng innebærer at man skal sørge for at bevisinnhenting ikke i uforholdsmessig grad krenker privatlivets fred og retten til en betryggende rettergang. Dermed har verdioppfatningene nære forbindelser til hensynene som begrunner bevisforbudet i § 22-7, se punkt 4.4. Dersom hensynene til kriminalitetsbekjempelse er tillagt for stor vekt på bekostning av privatliv og forsvarlig rettergang, vil det utenlandske bevis være innhentet på en utilbørlig måte.

4 Avveiningen av om beviset skal avskjæres

4.1 Totalbedømmelsen

Tidligere var det noe uklart om avskjæringsspørsmålet når det gjelder utilbørlig ervervede bevis innebar en en- eller toleddet vurdering.⁷³ Dette ble avklart i Rt. 2003 side 1266, hvor det var feil at lagmannsretten hadde gått rett på interesseavveiningen uten først å drøfte om beviservervet var skjedd på utilbørlig måte. Det er ikke vanntette skott mellom de to vurderingstemaene. Begrunnelsen for at et bevis er tilegnet gjennom en ulovlig handlemåte og hvor grov krenkelsen var, er også momenter i helhetsvurderingen om beviset skal tillates ført eller ikke, jf. Rt. 2003 s. 1266.⁷⁴

⁷² Mæland (2006) side 159 ser ut til å mene at det avgjørende er om man har en «*beskyttelsesverdig interesse*» i at det utenlandske beviset avskjæres.

⁷³ Hov (1999) side 230-232 opererer ikke med noen klar oppdeling av vurderingstemaene, men fokuserer mest på typetilfeller av bevis.

⁷⁴ Kjennelsens avsnitt 20.

I tvl. § 22-7 er det klart forutsatt at utilbørlig ervervede bevis ikke automatisk avskjæres. Dette kommer til uttrykk ved at retten «*kan i særlige tilfeller nekte føring*» av slike bevis. Det er imidlertid ikke nærmere klargjort i lovteksten når retten kan avskjære beviset. Vurderingstemaet er dermed i utgangspunktet ganske åpent. Heller ikke formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1 gir noen nevneverdig veiledning for hvordan skjønnet skal utøves.⁷⁵

Det følger imidlertid av fast rettspraksis at avgjørelsen om et utilbørlig bevis skal avskjæres eller ikke, må bero på en skjønnsmessig avveining hvor en rekke momenter veies mot hverandre. Allerede i Rt. 1991 side 616 ble det uttalt at «*ved denne bedømmelse legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak*». Hvorvidt beviset nektes ført må altså vurderes ut fra om de hensynene som begrunner regelen krenkes. At retten «*kan*» avskjære beviset innebærer i denne sammenheng at hensynene § 22-7 bygger på må være tilstrekkelig tungtveiende for å nekte føring i den enkelte saken.⁷⁶

Når § 22-7 fastslår at avskjæring kun kan skje «*i særlige tilfeller*», markerer dette bare at man står overfor et særskilt unntak fra prinsippet om fri bevisførsel, med et «*forholdsvis snevert anvendelsesområde*».⁷⁷ Dette innebærer ikke at man kun kan nekte beviset ført dersom tilfellet er «*særlig*», i betydningen sært eller spesielt.⁷⁸ Det er heller ikke meningen at formuleringen skal regulere avveiningsvurderingen eller påpeke at man unntaksvis kan avskjære dersom inngangsvilkåret er oppfylt.⁷⁹ Formuleringen må sees på bakgrunn av at man lenge unnlot å lovfeste avskjæringsregelen fordi man regnet med at den ville få liten praktisk betydning.⁸⁰

⁷⁵ Schei m.fl. (2007) side 1107.

⁷⁶ NOU 2001: 32 side 961. Se også punkt 4.4.

⁷⁷ NOU 2001: 32 side 961.

⁷⁸ Hov (2007)a side 309.

⁷⁹ Schei m.fl. (2007) side 1098.

⁸⁰ Ot.prp.nr.35 (1978-1979) side 139 og Andenæs (2000) side 268-269.

Siden domstolene må gjennomføre en sammensatt avveining av om beviset kan nektes ført, er den gitt et visst handlingsrom i avgjørelsen. Men domstolene er ikke gitt anledning til å velge fritt hvordan de vil vekte momentene i helhetsvurderingen. Rettspraksis og andre rettskildefaktorer har utformet retningslinjer for hvilke momenter som har størst betydning for skjønnet.⁸¹ Selv om ordlyden i § 22-7 er at retten «*kan*» nekte bevisføring, har den noen ganger også plikt til å avskjære beviset.⁸² Momentene i avveiningsvurderingen kan veie så tungt i favør av å nekte føring av beviset at dette må gjøres. En part kan derfor anke kjennelsen om bevis tillates eller nektes ført etter § 22-7 på grunn av rettsanvendelsen, og få full overprøving, jf. § 29-3 første ledd. Anke over kjennelsen er ikke begrenset i henhold til § 29-3 annet ledd, siden man ikke står overfor et «*skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling*». Reelle hensyn taler også i favør av full overprøvingsadgang i slike tilfeller.⁸³

4.2 Grensen mellom avskjæring i medhold av EMK artikkel 6 (1) og tvl. § 22-7

Bruk av ulovlig eller utilbørlig fremskaffet bevis kan også krenke retten til en rettfærdig rettergang i henhold til EMK artikkel 6 (1). Her må man etter en helhetsvurdering avgjøre om det er «*fair*» å bruke slike bevis. EMD har berørt problemstillingen i flere avgjørelser. I saken *Schenk mot Sveits* hadde Pierre Schenk hyret en leiemorder for å ta livet av ektefellen. Ulovlig opptak fra en telefonsamtale bekreftet dette. EMD tillot føring av beviset, og la vekt på om den ulovlige ervervelsen hadde betydning for bevisverdien, samt at de involverte hadde fått adgang til kontradiksjon for å ivareta egne interesser. Telefonopptaket var dessuten ikke det eneste beviset. EMD viste også til at håndtering av ulovlig fremstilte bevis er «*primarily a matter for regulation under national law*».⁸⁴

⁸¹ Schei m.fl. (2007) side 1104.

⁸² Hov (2007)a side 309.

⁸³ Schei m.fl. (2007) side 1112.

⁸⁴ Dommens avsnitt 46.

Synspunktene er fulgt opp i saken *Khan mot Storbritannia*, hvor politiet hadde utført romavlytting i en narkotikasak uten tilstrekkelig lovhjemmel. Dette krenket retten til privatliv, jf. EMK artikkel 8. Etter å ha kommet frem til at saken som helhet var «fair», aksepterte imidlertid EMD at beviset ble ført.⁸⁵ I medhold av tvl. § 22-7 ville antagelig norske domstoler kommet til motsatt resultat.⁸⁶ Også i denne saken påpekte man at det hovedsakelig er et nasjonalt anliggende å regulere bruk av bevis.⁸⁷ Det kan også vises til saken *P.G. og J.H. mot Storbritannia*, som viderefører disse synspunktene.⁸⁸

Når Høyesterett har behandlet saker hvor avskjæring etter EMK artikkel 6 (1) har blitt drøftet, har det ikke skjedd at retten har avskåret i større grad enn etter interne rettsregler, se for eksempel Rt. 1992 side 698 og Rt. 2007 side 920. Oppsummert ser det dermed ut til at regelen som kan utledes av § 22-7 er mer restriktiv når det gjelder å tillate bevis enn det konkurrerende regelsett i EMK artikkel 6 (1). Kravet til rettferdig rettergang i henhold til EMK artikkel 6 (1) får derfor liten selvstendig betydning i denne sammenheng.⁸⁹

4.3 Presumsjon for avskjæring eller føring

Som tidligere nevnt, er hovedregelen at partene kan føre alle bevis de ønsker, jf. tvl. § 21-3 første ledd. Det kan likevel stilles spørsmål ved om dette utgangspunktet blir modifisert dersom beviset er ulovlig fremskaffet.⁹⁰ Problemstillingen er dermed om man kan oppstille en presumsjon for om utilbørlig ervervede bevis avskjæres eller blir tillatt ført, før man går

⁸⁵ Dommens avsnitt 40.

⁸⁶ NOU 2001: 32 side 962.

⁸⁷ Dommens avsnitt 34.

⁸⁸ Dommens avsnitt 76.

⁸⁹ NOU 2001: 32 side 961-962.

⁹⁰ Da straffeprosesslovkomiteen skulle oppsummere gjeldende rett, ble det poengtert at «[h]ovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen [...]». Komiteen presiserer at det kan hende at «lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regler tilsier det motsatte» eller at det kan «anføres andre grunner til fordel for avskjæring», men det opereres med en presumsjon for å akseptere føring, se Innstilling 1969 side 197.

over på avveiningsrunden. Bjørnvik/Selfors vurderer om det er en hovedregel for om ulovlig ervervede bevis skal avskjæres eller ikke, og mener det finnes en presumsjon for bevisavskjæring i tilfeller der man står overfor integritetskrenkninger og når bevisføring innebærer en ytterligere krenkelse.⁹¹ Slik jeg ser det vil det være riktig at slike ulovlig ervervede bevis normalt vil bli avskåret, men dette vil gjelde etter at man har foretatt en konkret avveiningsvurdering. Hvorvidt et bevis for eksempel vil utgjøre en fortsatt eller gjentatt krenkelse, er jo et moment man trekker inn i helhetsbedømmelsen etter å ha konstatert at beviset er fremskaffet på en uakseptabel måte.

Nyere rettskildefaktorer underbygger etter mitt skjønn en slik oppfatning. Tar man utgangspunkt i ordlyden i § 22-7, er det tydelig at det er nektelse av bevisføring som krever begrunnelse. Retten er gitt kompetanse til å nekte beviset ført, ikke til å tillate føring av bevis. Det er altså føring som må være det normale. Forarbeidene påpeker også at § 22-7 er en unntaksregel, og at dersom man skal forby beviset, må det være fordi det finnes hensyn som er «*tilstrekkelig tungtveiende til at prinsippet om fri bevisføring må vike*».⁹²

I Rt. 2006 side 582 er følgende uttalt: «*Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres*». Det er imidlertid uklart om man med formuleringen «*innhenting*» mener alle former for ulovlig beviservervelse, eller om det dreier seg om en mer fysisk innhenting som innebærer brudd på formelle saksbehandlingsregler.⁹³ Man kan imidlertid finne uttalelser i andre avgjørelser fra Høyesterett som støtter opp om at man må gå ut ifra at beviset kan føres. I Rt. 2003 side 549 konstaterte Høyesterett at det hadde skjedd et brudd på siktedes rettigheter. Deretter påpekte førstvoterende i avsnitt 17 at «*utgangspunktet er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken*». Også i 2003 side 1814 nevnte Høyesterett først at utilbørlig ervervede bevis etter en særskilt vurdering kan avskjæres, men det ble presisert at «*utgangspunktet etter norsk rett er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken*».

⁹¹ Bjørnvik/Selfors (2000) side 39-40.

⁹² NOU 2001: 32 side 961.

⁹³ Schei m.fl. (2007) side 1110.

Hovedregelen etter norsk rett er derfor at man kan føre alle bevis, selv om de er fremskaffet på en ulovlig måte.⁹⁴ En annen sak er at beviservervets art vil tilsi at beviset i de fleste tilfeller avskjæres, men dette skjer først i den konkrete helhetsvurderingen, noe jeg vil komme inn på under behandling av momentene i avveiningsprosessen.⁹⁵

4.4 Hensyn bak § 22-7

4.4.1 Generelt

Den tidligere ulovfestede regelen tvl. § 22-7 kodifiserer ble ansett som en begrensning «*i bevisføringsadgangen begrunnet i tungtveiende personvern hensyn og i det generelle hensynet til en forsvarlig rettergang*».⁹⁶ Dette er reelle hensyn som anses for å være allment aksepterte, og som tillegges stor vekt i norsk rett.⁹⁷ Disse verdiopfatningene er også videreført som de underliggende hensynene som begrunner § 22-7.

I Tvistemålsutvalgets utredning ble det eksplisitt uttrykt at avskjæring grunnet utilbørlig bevisfremskaffelse, krever at «*føring av beviset vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn*».⁹⁸ At det er hensyn til personvern eller rettssikkerhet som skal vektlegges, er også fulgt opp i Rt. 2004 side 1366.⁹⁹ Her henviste Høyesteretts kjæremålsutvalg til både Rt. 1991 side 616 og Rt. 1997 side 795 for å understreke at det også i disse avgjørelsene er spor av at rettssikkerhets- og

⁹⁴ Strandbakken (2003) side 173.

⁹⁵ Se Schei m.fl. (2007) side 1107-1110 for hvilke typetilfeller hvor man normalt vil avskjære etter helhetsvurderingen.

⁹⁶ Schei (1998) side 647.

⁹⁷ Echhoff/Helgesen (2001) side 394-395.

⁹⁸ NOU 2001: 32 side 961.

⁹⁹ Kjennelsens avsnitt 13.

personvernshensyn har betydning, selv om det ikke uttrykkelig nevnes. Uttalelsen i Rt. 2004 side 1366 er dessuten gitt tilslutning i Rt. 2007 side 920.¹⁰⁰

I henhold til odelstingsproposisjonen må det i avveiningen tas hensyn til «*tungtveiende rettssikkerhetshensyn, herunder personvernshensyn*».¹⁰¹ Det er imidlertid ingen andre rettskildedefaktorer som fastslår at personvern er en del av rettssikkerhetshensynet i regelen, kanskje med unntak av Rt. 2007 side 920, som gjengir avsnittet i odelstingsproposisjonen. Kjennelsen nevner likevel samtidig formuleringen i NOU 2001: 32, hvor det er fremholdt at dette er to ulike hensyn.¹⁰² Man kan imidlertid sortere personvern under rettssikkerhetshensyn om man operer med et materielt rettssikkerhetsbegrep. Den materielle rettssikkerheten dreier seg blant annet om krav til innholdet i avgjørelsene, som for eksempel at de skal verne om privatlivets fred.¹⁰³

Det var opprinnelig foreslått å nedfelle i § 22-7 at avskjæring kan gjøres «*dersom føring av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn*».¹⁰⁴ Dette ble fjernet før behandlingen i Stortinget. I odelstingsproposisjonen åpnes det nemlig for at også andre hensyn kan spille en rolle. Det uttales der at det kan «*være at føring av beviset ikke nødvendigvis vil føre til krenkelse av tungtveiende rettssikkerhetshensyn. Men det kan være at beviset er ervervet på en slik måte at retten av den grunn ikke bør tillate bevis ført, for eksempel hvis det er framskaffet ved en alvorlig st[r]affbar handling som er foretatt i den hensikt*».¹⁰⁵ Det kan stilles spørsmål ved denne uttalelsen. Den bryter med en relativt tydelig rettspraksis, og eksempelet er heller ikke overbevisende. Dersom beviset er ervervet gjennom straffbare handlinger, er det nettopp rettssikkerhetshensyn som taler for å avskjære beviset. Det vil jo da være innhentet på en uforsvarlig måte som ikke er i tråd med

¹⁰⁰ Kjennelsens avsnitt 53.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 459.

¹⁰² Kjennelsens avsnitt 55.

¹⁰³ Eckhoff/Smith (2003) side 52.

¹⁰⁴ Se lovutkastets § 25-7, NOU 2001: 32 side 62.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 459.

de vanlige spillereglene i rettergangen. I det følgende tar jeg derfor utgangspunkt i rettspraksis og legger til grunn at bevisforbudet i § 22-7 skal ivareta rettssikkerhet og personvern. Dette får imidlertid neppe noen avgjørende betydning for forståelsen av regelen.

4.4.2 Rettssikkerhet

Begrepet rettssikkerhet er noe uklart og kan anvendes på ulike måter. Kjernen i begrepet er imidlertid at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling og at vilkårlige offentlige inngrep overfor enkeltmennesker skal unngås.¹⁰⁶ Forarbeidene definerer rettssikkerhet som at den enkelte kan få sine rettsvister løst forsvarlig av uavhengige og nøytrale avgjørelsesorganer.¹⁰⁷ For å ivareta rettssikkerheten, er det avgjørende at man har visse mekanismer i rettsapparatet som kan sørge for at målsettingene realiseres. Dette gjøres ved at man har såkalte rettssikkerhetsgarantier, som er knipper av virkemidler som står til partenes disposisjon for å fremme riktige avgjørelser. I praksis innebærer det at det stilles minimumskrav til saksgangen for å praktisere rettssikkerhet. Odelstingsproposisjonen bak tvisteloven uttaler at det må stilles visse krav til rettssikkerhet i sivile saker gjennom nøytralitet i prosessen, faglig kompetanse, kontradiksjon, begrunnelser, forsvarlig og effektiv saksbehandling, samt streben etter å følge gjeldende rett.¹⁰⁸

4.4.3 Personvern

Allerede i Rt. 1991 side 616 påpekte Høyesterett at «*vesentlige personvern hensyn [taler] for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebragt på denne måte*». Men verken i rettspraksis eller tvistelovens forarbeider finner man noen klar definisjon av hva personvern går ut på. Generelt sett regner man personvernbegrepet som en samlebetegnelse for en rekke interesser knyttet til å beskytte personopplysninger, begrunnet i ideelle (ikke-

¹⁰⁶ Strandbakken (2003) side 74.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 35.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 75.

økonomiske) verdier.¹⁰⁹ Det er mulig å splitte opp personvernet i tre ulike perspektiver, som illustrerer ulike aspekter ved behovet for en beskyttelse av privatlivets fred.¹¹⁰ For det første skal personvern hensyn sørge for at man ivaretar vern om personlig integritet, som innebærer at individer skal ha adgang til å få være i fred, og ha kontroll over opplysninger om seg selv. For det andre skal man beskytte personinformasjon for å hindre maktforhold, ved å stoppe spredning av opplysninger som kan gi noen personer makt over andre mennesker. For det tredje er det et beslutningsfokusert personvernperspektiv, som går ut på at opplysninger som danner grunnlag for beslutninger skal behandles forsvarlig og ikke misbrukes. De tre forståelsene er imidlertid ikke isolerte typer av personvern, men beskrivelser for å fremstille begrepets sammensatte innhold. Det sentrale med personvern hensynet er derfor at en rekke måter å erverve bevis på kan krenke forskjellige sider av en persons private sfære, og at dette bør unngås.

4.5 Momenter i avveiningen av om et bevis skal avskjæres

4.5.1 Generelt

Avveiningen av om et bevis skal avskjæres innebærer at en rekke momenter veies mot hverandre. Momentene er utformet med tanke på å ivareta flere hensyn, som formodentlig også kan gi veiledning ved utforming av nye momenter som kommer til med tiden. Det er fremholdt at momentene hovedsakelig bygger på reelle hensyn og sivilprosessuelle grunnprinsipper.¹¹¹ I nyere rettskilder har det klarere utkrystallisert seg hva slags overveielser momentene er basert på. Det sentrale er om hensynene som begrunner bevisforbudet gjør seg gjeldende på en så tungtveiende måte at prosessuelle prinsipper som fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse må vike.¹¹²

¹⁰⁹ NOU 1997: 19 side 16-17.

¹¹⁰ NOU 1997: 19 side 17-21.

¹¹¹ Bjørnvik/Selfors (2000) side 30.

¹¹² NOU 2001: 32 side 961 og Schei m.fl. (2007) side 1104.

Hvilke momenter som spiller inn i selve avveiningsrunden om bevis kan nektes ført, er i hovedsak utpenslet gjennom rettspraksis. Selv om mange momenter kan trekkes inn i helhetsbedømmelsen, er det likevel ikke slik at alle momenter veier like mye. Etter å ha tolket rettskildefaktorene finner man at noen momenter teller mer enn andre. Momentenes vekt vil dessuten også variere med saksforholdene og hvor sterkt andre momenter gjør seg gjeldende, noe som vil behandles i fremstillingen videre. Det må også nevnes at listen med momenter vanskelig kan bli uttømmende. Nye momenter som ivaretar hensynene vil kunne komme til med tiden, noe rettspraksis viser – og de momenter som allerede er kommet til uttrykk i rettspraksis vil kunne forandres ettersom samfunnets moraloppfatninger endres.¹¹³

4.5.2 Sakens opplysning

Hensynet til å få en god og tilstrekkelig opplysning av saken, er en sentral målsetting i vår rettergangsordning, og kommer til uttrykk blant annet gjennom tvl. §§ 21-3 første ledd og 21-4 første ledd. Ved at saken opplyses best mulig, vil det bli lettere å få et forsvarlig faktisk grunnlag for å treffe en riktig avgjørelse. Vektlegging av sakens opplysning er følgelig et argument mot å avskjære utilbørlig fremskaffede bevis. Dette momentet er i følge forarbeidene et moment som teller særlig,¹¹⁴ noe som bekrefter linjen man har lagt seg på i rettspraksis. I den grunnleggende avgjørelsen Rt. 1991 side 616 påpekte Høyesterett at blant argumentene mot å avskjære ulovlige bevis «*står særlig hensynet til sakens opplysning*».

Hensynet til sakens opplysning vil i det vesentlige være et argument for å tillate føring av bevis. I Rt. 1997 side 795 ser det på den annen side ut til at man også tar hensyn til om beviset inneholder «*vesentlige opplysninger*». Dette kan forstås slik at dersom beviset ikke bidrar til sakens opplysning, kan det være et argument mot bevisføring. Det er imidlertid neppe noe absolutt krav om at beviset må inneholde avgjørende eller sentrale opplysninger

¹¹³ Bjørnvik/Selfors (2000) side 30.

¹¹⁴ NOU 2001: 32 side 961 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 459.

for å tillate det ført.¹¹⁵ Men det kan tas med i vurderingen om det forhold som er gjenstand for bevisførsel er viktig for sakens opplysning. Hensynet til sakens opplysning vil få ulik vekt avhengig av om beviset skal godtgjøre et tema som er mer eller mindre sentralt for å komme frem til en riktig avgjørelse.¹¹⁶ Sett i lys av retten til å føre hvilke bevis man ønsker og målet om best mulig belysning av saken, bør man likevel være varsom med å avskjære selv om beviset kan være noe perifert. I slike tilfeller kan man ta hensyn til dette i bevisvurderingen, jf. § 21-2. Man kan også argumentere for at perifere bevis uansett vil ha liten betydning for saken, og da gjør det heller ingen skade om det føres.¹¹⁷

4.5.3 Ytterligere krenkelse

I saker der føring av et utilbørlig ervervet bevis vil medføre en gjentatt, fortsatt eller forsterket krenkelse, er hovedregelen at beviset ikke kan benyttes.¹¹⁸ Dette momentet er viktig for å få en hensiktsmessig og virksom beskyttelse av interessene man vil verne. Forarbeidene «*fremhever spesielt*» dette momentet,¹¹⁹ og det er en rekke avgjørelser fra Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg som understreker momentets vekt.¹²⁰ Enkelte fremstillinger behandler hensynet til å unngå ytterligere krenkelse som så særegent at det skilles ut fra de andre momentene. Begrunnelsen for dette er at man antar at det trekker i så klar retning av bevisforbud.¹²¹ På den annen side opererer ikke forarbeidene med en slik sondring, og annen teori poengterer kun at man står overfor et viktig moment.¹²² Rent fremstillingsmessig kan jeg ikke se at det er behov for å skille momentet ut fra behandlingen av de andre. I Rt. 1999 side 1269 ble det uttalt at dersom føring av bevis vil

¹¹⁵ Bjørnvik/Selfors (2000) side 31.

¹¹⁶ Schei m.fl. (2007) side 1106.

¹¹⁷ Schei m.fl. (2007) side 1106.

¹¹⁸ Hov side 310 (2007)a og Skoghøy (2001) side 655.

¹¹⁹ NOU 2001: 32 side 961.

¹²⁰ Rt. 1991 side 616, Rt. 1999 side 1269, Rt. 2003 side 549, Rt. 2004 side 858, Rt. 2006 side 582 og Rt. 2007 side 920.

¹²¹ Hov (2007)a side 310 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 26.

¹²² Schei m.fl. (2007) side 1105 og Mæland (2006) side 159.

representere en ytterligere krenkelse, «*må beviset normalt nektes ført*». At beviset «*normalt*» vil bli avskåret, må bety at det i helt spesielle saker fremdeles er en åpning for å føre beviset, selv om det vil gjenta eller fortsette krenkelsen. Det er imidlertid på det rene at momentet er meget tungtveiende, men det kan likevel ikke utelukkes at en interesseavveining i en konkret sak vil føre til at beviset tillates ført.¹²³

Det er vanskelig å ha noen klar definisjon av hva som innebærer en ytterligere krenkelse. I utgangspunktet er det naturlig å ta utgangspunkt i om selve krenkelsen gjentas eller forsterkes. Dette vil typisk gjelde situasjoner hvor en part ulovlig har fått tak i opplysninger som motparten kan nekte å forklare seg om, for eksempel opplysninger tilegnet gjennom brudd på selvinkrimineringsforbudet. Her ser man altså objektivt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, uavhengig av hva en part må mene eller føle.¹²⁴

På den annen side er det rettskildemessig belegg for også å ta hensyn til hvordan den angivelig krenkede part ville oppleve situasjonen om beviset tillates ført. I Rt. 1991 side 616 fremhevet Høyesterett at bevisføring «*vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket [min uth.]*».¹²⁵ Her ser det ut til at Høyesterett mente det er relevant at den som ble filmet ville føle seg krenket om man tillot beviset ført.¹²⁶ Tvistemålsutvalget formulerer problemstillingen til å dreie seg om bevisføring «*vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet [min uth.]*».¹²⁷ Dette er en noe uklar angivelse av hvem som vil oppfatte krenkelsen, om det er etter den alminnelige rettsbevissthet eller av den part som er implisert. Men det må

¹²³ Bjørnvik/Selfors (2000) side 27.

¹²⁴ Se i denne retning Rt. 1999 side 1269, Rt. 2003 side 549, Rt. 2004 side 858, Rt. 2006 side 582, og Hov (2007)a side 310.

¹²⁵ RG 2000 side 664 er enda tydeligere, hvor det uttales at «*for den som overvåkes, vil det lett bli oppfattet som en ny krenkelse om beviset føres*».

¹²⁶ Bjørnvik/Selfors (2000) side 33, som for øvrig mener at hvordan man opplever den gjentatte krenkelsen hører inn under et moment kalt «*Hensynet til den rettsbruddet rammer*».

¹²⁷ NOU 2001: 32 side 961 og Schei m.fl. (2007) side 1105.

formodentlig gjelde den part som ble krenket ved bevisfremskaffelsen, siden man ellers ville kategorisert det under den allmenne rettsfølelse. Vektlegging av hva en part måtte føle, kan imidlertid ikke ta utgangspunkt i den enkelte sak, men vurderes mer generelt. Man kan ikke gi en part et dårligere rettsvern hvis vedkommende er mer følelsesmessig robust enn gjennomsnittet. Vektlegging av den enkelte parts følelsesliv kunne også gjort at føring av nærmest ethvert ulovlig fremskaffet bevis ble ansett som en ytterligere krenkelse.¹²⁸

Antagelig er det vanskelig å operere med klare skiller mellom en «objektiv» eller «subjektiv» krenkelse om man tillater bevisføring. I Rt. 2007 side 920 ser det ut til at det ble foretatt en helhetsvurdering der flere elementer inngår. Det vurderes i denne kjennelsen om bevisføring vil få «*karakter av ny krenkelse*» overfor en part. Om bevisbruken vil få karakter av ytterligere krenkelse, finner man frem til etter å ha sammenholdt hvor grovt beviservervelsen krenket partens rettigheter, ervervelsens art – for eksempel om det var integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler –, og om opplysningene ville blitt rammet av tvistelovens bevisforbudsregler.¹²⁹

Videre synes det unaturlig å karakterisere det som en ytterligere krenkelse om man vil legge frem bevis man ellers ville hatt anledning til å kreve fremlagt. Om man har ervervet opplysninger på en ulovlig måte, men ellers kunne forlangt å få lagt dem frem, er jo krenkelsen kommet ved ervervet – ikke ved bevisføringen. Dette synspunkt har støtte i Rt. 2006 side 582, hvor Høyesterett fremholdt at det ikke var en ytterligere krenkelse å tillate bevisføring gjennom fremleggelse av en pistol selv om den ble oppdaget gjennom en ulovlig ransakelse. Vanligvis ville politiet nemlig hatt rett til å ransake bilen om de kjente til de faktiske forholdene. Ulovligheten skjedde dermed bare ved beviservervelsen, siden mistanken ikke var sterk nok i ervervssituasjonen.

Isolert sett er det en gjentatt krenkelse om noen gjennom ulovlige midler har fått tak i opplysninger om for eksempel forretningshemmeligheter, og retten tillater dem brukt i en

¹²⁸ Bjørnvik/Selfors (2000) side 27.

¹²⁹ Kjennelsens avsnitt 56-57.

sak, jf. § 22-10. Bestemmelsen skal hindre en videre utbredelse av slike opplysninger,¹³⁰ noe som kan skje om man tillater bevisføring. Men om man avgjør at saken skal prosederes for lukkede dører og pålegger de fremmøtte en taushetsplikt, jf. § 22-12 første og annet ledd eller domstolloven §§ 125 og 128, kan man argumentere for at det ikke skjer en gjentatt krenkelse, siden man unngår spredning av opplysningene i offentligheten.¹³¹ Det må imidlertid være tilfeller der man ikke kan unngå en ytterligere krenkelse selv med lukkede dører og taushetsplikt. En kan tenke seg at noen har fått fatt i opplysninger for eksempel i en sykejournal, som ville være forbudt å føre som bevis i medhold av § 22-5 første ledd om legen selv ga vitneforklaring om dem. Dette bevisforbudet skal beskytte svært private opplysninger og tillitsforhold mellom klient og yrkesutøver,¹³² og kan dermed ikke fremlegges for retten uten å krenke personvernet. Fremleggelse kan dessuten stride mot noe av formålet med taushetsplikt i slike forhold. Man skal kunne stole på at betroelser til for eksempel en lege ikke skal kunne brukes som bevis mot en senere. Dette vil ikke kunne avhjelpes med lukkede dører og taushetsplikt.¹³³

Et annet komplisert spørsmål er om det vil være en gjentatt krenkelse om utilbørlig ervervede bevis som normalt krenker rett til hemmelighold fremlegges, og opplysningene beviset inneholder allerede er blitt godt kjent i offentligheten i forkant av saken.¹³⁴ Det er naturlig å tro at man ikke vil stå overfor en gjentatt krenkelse i slike tilfeller i for eksempel saker om hemmelighold av forretningshemmeligheter, siden det er et vilkår for å få bevisfritak etter § 22-10 at forholdene ikke er kjent, slik at det fortsatt har betydning å holde informasjonen hemmelig.¹³⁵ Det er usikkert om dette vil gjelde alle typer opplysninger. Det kan tenkes at enkelte typer bevis har opplysninger som er så private at det uansett vil være en ytterligere krenkelse om man fører beviset, selv om informasjonen

¹³⁰ Schei m.fl. (2007) side 1123.

¹³¹ Bjørnvik/Selfors (2000) side 28.

¹³² Hov (2007)a side 302-303.

¹³³ Bjørnvik/Selfors (2000) side 28-29.

¹³⁴ Bjørnvik/Selfors (2000) side 28 fremholder at man ikke får en gjentatt krenkelse i slike tilfeller.

¹³⁵ Schei m.fl. (2007) side 1123.

er gjort kjent for eksempel gjennom media. Hensynet til personvernet kan tale for en slik løsning. Det er naturlig å tenke seg at dette blant annet vil gjelde opplysninger om klienter fra rapporter utarbeidet av psykologer.

4.5.4 Bevisverdi

Med bevisets verdi menes hvor godt beviset gjenspeiler virkeligheten, altså om det gir korrekte opplysninger om faktum. Problemstillinger knyttet til bevisverdi kan dreie seg om både bevisets art eller beskaffenhet. I tvl. § 21-7 annet ledd b) er det hjemmel for å nekte føring av bevis som har liten eller ingen bevisverdi.¹³⁶ Det som er relevant i forbindelse med § 22-7, er imidlertid «*om overtredelsen har betydning for bevisverdien*».¹³⁷ Det dreier seg om måten beviset er fremskaffet på gjør at beviset er lite å stole på. Det ser ut til at momentet har en sentral rolle i avveiningsrunden.¹³⁸

Det er åpenbart at en ulovlig fremskaffelse kan svekke bevisverdien, for eksempel om man har truet noen til å tilstå noe vedkommende ellers ikke ville tilstå. Men hva slags betydning overtredelsen vil ha for bevisverdien, vil også variere etter hva slags rettskrenkelse vi står overfor.¹³⁹ Skjult overvåking kan for eksempel svekke bevisverdien i en sak. I Rt. 1997 side 795 ble det vektlagt at telefonopptak gjort uten å varsle samtaleparten lett kan tilrettelegges slik at kun én bestemt versjon av saken kom frem, og da ville opptaket «*neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi*». Andre situasjoner er hvor man lurer eller manipulerer opplysninger ut av andre. I Rt. 1994

¹³⁶ Grensen mellom bevisverdimentet og tvl. § 21-7 annet ledd b) er ikke klar. § 21-7 annet ledd b) avløser blant annet tvml. § 189 første ledd nr. 3 og «*representerer i noen grad en utvidelse [når det gjelder adgang til avskjæring] i forhold til det som*» fulgte av bestemmelsen i tvistemålsloven, jf. NOU 2001: 32 side 949. Man antok at tvml. § 189 første ledd nr. 3 ga en snevrere adgang til avskjæring av verdiløse bevis enn hva den ulovfestede avskjæringsregelen § 22-7 kodifiserer, jf. Bjørnvik/Selfors (2000) side 32.

¹³⁷ NOU 2001: 32 side 961.

¹³⁸ Momentet er fremhevet i formuleringen av hvilke momenter som har betydning i Rt. 2003 side 549 avsnitt 17. Det er dessuten benyttet som moment i Rt. 1992 side 698 og Rt. 1997 side 795.

¹³⁹ Schei m.fl. (2007) side 1105.

side 1139 ga en person ut opplysninger gjennom en forklaring til politiet, i bytte mot et løfte om at opplysningene ikke ville bli brukt alene som bakgrunnsinformasjon om saken. Dette hadde politibetjentene ikke anledning til, og Høyesterett var derfor tvilende til riktigheten av opplysningene når de ble frembrakt gjennom en slik måte.

Dersom det ulovlige middelet som er benyttet for å tilegne seg beviset ikke kan ha påvirket beviset, må det antas at beviset har et autentisk innhold og normal bevisverdi. Selv om beviset er frembrakt på en måte som kan ha innvirket på beviset, vil beviset likevel kunne ha ordinær verdi etter at man har fått eller hadde mulighet til å bestride og imøtegå bevisets riktighet, jf. Rt. 2003 side 1814.¹⁴⁰ Dokumenter som ble fremskaffet gjennom bruk av falsk identitet ble i Rt. 2007 side 920 tillatt ført, siden motparten kunne etterprøve dokumentenes ekthet og føre motbevis for å svekke troverdigheten av dem.

Momentet om bevisverdi er imidlertid ikke helt entydig, og kan bli nedtonet i møte med andre momenter. Det er ikke gitt at en høy bevisverdi taler for å tillate bevis ført, og omvendt. Dersom beviset har liten verdi, gjør det nettopp ingen skade å akseptere at beviset føres dersom man er klar over ulovligheten bak det. I Rt. 1994 side 1139 la man liten vekt på at fremskaffelsesmåten kunne svekke riktigheten. Høyesterett påpekte at dette var «*et forhold som retten kan ta i betraktning ved sin bevisbedømmelse*». Hvis beviset har en høy bevisverdi, kan dette også trekke i retning av bevisavskjæring i tilfeller med gjentatt krenkelse ved å tillate beviset ført. Dersom beviset har en høy troverdighet vil nemlig graden av fortsatt eller gjentatt krenkelse kunne forsterkes, særlig i saker med integritetskrenkelser – som for eksempel i selvinkrimineringsaker.¹⁴¹

4.5.5 Sakens viktighet eller alvorlighet og materielt riktig avgjørelse

Tvistelovens regler er i stor grad utformet for å fremme materielt riktige avgjørelser. Et moment som teller særlig i forbindelse med spørsmålet om bevisavskjæring, er «*den*

¹⁴⁰ Kjennelsens avsnitt 23.

¹⁴¹ Schei m.fl. (2007) side 1106.

*betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse».*¹⁴² Det må ses hen til hvor alvorlig eller viktig saken er, jf. Rt. 1999 side 1269. Sakens viktighet og alvorlighet henger følgelig nært sammen med hensynet til å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Denne betydningen vil imidlertid veies opp mot andre hensyn, som proporsjonalitet mellom sakens omfang og prosessøkonomi, likebehandling av partene og rettssikkerhet.¹⁴³

Hva som gjør en sak viktig er det forøvrig vanskelig å gi et enkelt og klart svar på, og må vurderes basert på de konkrete forholdene og hvor sterkt andre hensyn gjør seg gjeldende. Et kriterium som kan indikere sakers viktighet, er skillet mellom saker med fri rådighet over sakens gjenstand og saker der partene har begrenset rådighet. I Rt. 1997 side 795 uttales at «*det [er] av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig*» i indispositive saker. I saker med begrenset rådighet, gjør samfunnsmessige hensyn seg gjeldende. Dette gjelder for eksempel umyndiggjøringsaker og nedstammingsaker. Retten har både rett og plikt til å supplere bevisførselen i slike saker for å sikre forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, jf. tvl. § 21-3 annet ledd. Derfor vil det materielle sannhetsprinsippet få større gjennomslag.¹⁴⁴ Begrensninger i indispositive saker varierer imidlertid fra fullstendig indispositivitet til saker med bare noen få indispositive momenter. Det er derfor en relativ grense mellom saker med og uten fri rådighet,¹⁴⁵ og det er rimelig å anta at hensynet til materielt riktig resultat vil være sterkere desto mindre rådighet man har over sakens gjenstand.

Ikke alle indispositive saker gjelder sentrale samfunnshensyn. For eksempel vil partene mangle fri rådighet i en tvist om ugyldigheten av gjeld på noen hundrelapper oppstått ved veddemål, jf. strl.ikrl. § 12. Saker med fri rådighet kan også være mer eller mindre viktige. Retten har i utgangspunktet ingen plikt til å supplere partenes bevisføring i slike saker, men det er mulig at dette kan følge av rettens alminnelige veiledningsplikt i § 11-5 annet til

¹⁴² NOU 2001: 32 side 961 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 459.

¹⁴³ NOU 2001: 32 side 454 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 31.

¹⁴⁴ Bjørnvik/Selfors (2000) side 32.

¹⁴⁵ Hov (2007)b side 242.

syvende ledd, særlig i saker av stor velferdsmessig betydning.¹⁴⁶ Hvis saker gjelder betraktelige økonomiske beløp, vil hensynet til materiell riktighet kunne tale for å bruke selv utilbørlig ervervede bevis. Det samme må gjelde saker som angår sentrale verdier. Det vil være svært viktig å få et materielt riktig resultat om man for eksempel forsøker å bevise at omfattende menneskerettighetsbrudd er funnet sted.¹⁴⁷

Med en saks alvorlighet, menes også hva slags grad av klandreverdige handlinger saken omhandler. I Rt. 1992 side 698 uttales det at «[h]ensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold». Dette vil selvfølgelig også spille en rolle i sivilprosessen, hvor man for eksempel vil bevise at tyveri er skjedd før en oppsigelse, eller at vold mot barn førte til sak om omsorgsovertagelse. Ved formuesforbrytelser må det dreie seg om svært store beløp før et utilbørlig middel kan forsvares. I Rt. 1991 side 616 kunne ikke underslag på cirka kroner 70 000,- veie opp for krenkelsen av personvernet. Heller ikke i Rt. 2001 side 668 var underslaget tilstrekkelig alvorlig nok. Men selv bevis i form av hemmelige båndopptak og skjult kameraovervåkning kan antagelig legges frem om de avdekker alvorlig omsorgssvikt eller overgrep mot barn, grove voldshandlinger eller seksuelt misbruk.¹⁴⁸

4.5.6 Krenkelsens art og grovhet

Det at et bevis er skaffet til veie på en ulovlig eller utilbørlig måte, er i seg selv et moment i interesseavveiningen. Forarbeidene nevner at argumentene for å tillate beviset ført, «*må veies opp med det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler*».¹⁴⁹ Dette viser sammenhengen mellom de to vurderingstemaene i § 22-7. Under dette momentet, må man vurdere hva slags rettsbrudd det er tale om, samt hvor alvorlig og omfangsrikt det er.

¹⁴⁶ Schei m.fl. (2007) side 999 og Hov (2007)b side 292-293.

¹⁴⁷ Bjørnvik/Selfors (2000) side 32.

¹⁴⁸ NOU 2001: 32 side 961, Schei m.fl. (2007) side 1108 og Strandbakken (2003) side 186.

¹⁴⁹ NOU 2001: 32 side 961.

Desto grovere beviservervet var, desto tyngre vil argumentene for avskjæring veie.¹⁵⁰ Opplysninger fremskaffet gjennom temmelig uskyldig lureri vil derfor mer sannsynlig kunne føres enn bevis man har truet ut av motparten. Dette betyr også at det lettere kan tenkes at bevis ervervet ved grovt tyveri, jf. strl. § 258, avskjæres enn bevis tilegnet gjennom simpelt tyveri, jf. strl. § 257. Når strafferetten klassifiserer forskjellige tyverier på denne måten, gjennom ulike strafferammer, er det naturlig at dette også får betydning i sivilprosessen.¹⁵¹ Subjektive forhold hos den handlende kan også spille inn i grovhetsvurderingen. I Rt. 1992 side 698 vektla Høyesteretts kjæremålsutvalg at prosessuelle regler «*bevisst ble satt til side*».

Grovhetsvurderingen går ikke bare ut på at det ses hen til hva slags rettsbrudd en står overfor, men også at den som rammes av krenkelsen presumptivt følte at dette var belastende. I Rt. 2001 side 668 ble det lagt vekt på at skjult overvåking «*måtte opplevast som sterkt krenkende*» når dette ble avdekket. Men ikke enhver følelse av å bli krenket kan tillegges vekt. Nesten alle rettskrenkelser kan kjennes som en belastning. I Høyesteretts argumentasjon ser det ut til at man «objektiviserer» hva motparten må ha følt ved den krenkende beviservervelsen. Det vil si at man antar at en person må ha opplevd hendelsen som krenkende ut fra de objektive forholdene i saken. Verken i Rt. 1991 side 616 og Rt. 2001 side 668 ble det lagt vekt på hva den enkelte arbeidstager må ha følt i den spesifikke saken, men det ble fokusert på hva «*en arbeidstager*» typisk må kunne tåle.

I en rekke avgjørelser kan man se at det vektlegges hva slags type krenkelse man står overfor. Det har stor betydning om beviservervet bryter med formelle innhentingsregler eller om det er inngripende krenkelser av legemlig integritet.¹⁵² Allerede i Rt. 1991 side 616 var det et vektig argument mot bevisfremleggelse at krenkelsen gjaldt «*en alvorlig integritetskrenkelse*». Høyesterett fremholdt i avveiningsvurderingen at avskjæring «*må*

¹⁵⁰ Se blant annet Rt. 1999 side 1269, på side 1272.

¹⁵¹ Bjørnvik/Selfors (2000) side 34.

¹⁵² NOU 2001: 32 side 961, Schei m.fl. (2007) side 1104-1105 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 40.

være hovedregelen for slike bevisstilbud som denne sak gjelder». Inngrep i privatlivet er blitt slått hardt ned på senere, blant annet i Rt. 1997 side 795 og Rt. 2001 side 668.¹⁵³ Det ser imidlertid ut til at man også skiller mellom forskjellige typer av inngrep i personvernet. I rettspraksis er det en tendens til at Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg har sett mildere på overvåkning av ansattes internettbruk enn for eksempel videoovervåkning. Dette kan skyldes at overvåkingen av internettbruk vanligvis er mer selektiv og pleier å være begrunnet i en legitim interesse i å unngå trusler mot datautstyrets sikkerhetssystem.¹⁵⁴

Mer bagatellmessige overtredelser av saksbehandlingsregler vil normalt ikke få betydning for muligheten til å føre beviset. I Rt. 2003 side 1814 ble det vektlagt om man i interesseavveiningen stod overfor en mindre grov krenkelse av en straffeprosessuell rettighet. Her drøftet Høyesterett om bevis kunne føres dersom politiet bare hadde forsømt å gjøre en mistenkt oppmerksom på retten til å forholde seg taus i medhold av strpl. § 232, uten at dette krenket selvinkrimineringsforbudet. Dersom kontradiksjon ellers er ivaretatt i saken, må man gå ut fra at «*hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut*», jf. Rt. 2003 side 1814. Motsatt vil grove brudd på saksbehandlingsregler eller andre regler som skal beskytte en siktet ved bevissikring medføre at beviset som hovedregel må avskjæres.¹⁵⁵ Selvinkrimineringsforbudet er ansett som «*et grunnleggende rettsstatsprinsipp*»,¹⁵⁶ og brudd på dette i saksbehandlingen må normalt føre til at beviset avskjæres. Dette kan være en aktuell problemstilling i situasjoner der forvaltningen krever å få inn opplysninger med tanke på en sanksjonssak.

Det er også mer nærliggende å avskjære hvis bevisfremskaffelsen gjør anstøt mot interesser slik at den blir regnet som utilbørlig enn når vi snakker om rent formell lovstridighet. Ved

¹⁵³ I Rt. 2007 side 920 ble det fremholdt at det talte for bevisfremleggelse at rettsbruddet ikke kunne karakteriseres som en alvorlig integritetskrenkelse.

¹⁵⁴ Schei m.fl. (2007) side 1103-1104 og 1108.

¹⁵⁵ Schei m.fl. (2007) side 1109.

¹⁵⁶ Rt. 2003 side 1814 avsnitt 19.

krenkelser som betegnes som utilbørlige står vi ofte overfor sterkt klanderverdige forhold, mens i situasjoner med formelle regler kommer det også en mer kvalitativ vurdering av lovbruddets alvorlighet og personlig bebreidelse.¹⁵⁷

4.5.7 Preventive hensyn

At avskjæring kan forhindre eller forebygge kritikkverdige handlinger for å sikre bevis er et sentralt moment.¹⁵⁸ Domstolene skal sikre en betryggende rettergang, og må derfor både i den enkelte sak og mer generelt etterstrebe forsvarlig behandling av og fra de impliserte, samt ta avstand fra hensynsløs fremferd overfor parter. Avskjæring av utilbørlig fremskaffede bevis vil dermed sende ut signaler om at bruk av ulovlige midler vil bli slått ned på. Dette kan igjen avholde private parter eller offentlige tjenestemenn fra nettopp slike handlinger. I den grunnleggende kjennelsen inntatt i Rt. 1991 side 616 ble det fremhevet at «[å]pner man for fremleggelse i disse tilfellene, vil det imidlertid medføre risiko for en mer utstrakt bruk av hemmelige opptak i andre tilfelle [...]». Det var derfor viktig å «motvirke denne form for krenkelser».

En rekke senere avgjørelser trekker inn momentet,¹⁵⁹ men vekten av det ser ut til å variere med de konkrete omstendighetene i den enkelte sak. I Rt. 2006 side 582 fremhevet Høyesteretts kjæremålsutvalg at de preventive hensyn ikke spiller en så stor rolle når det er tale om brudd på formelle fremgangsmåter, og i den aktuelle saken vil man hatt adgang til å gjennomføre ransaking om man var mer kjent med de faktiske forholdene.¹⁶⁰ Dersom saken derimot dreier seg om personverninngrep eller gjentatt krenkelse, vil rettsbruddets grovhet tilsi at preventive hensyn taler i favør av å nekte beviset ført, jf. Rt. 2007 side 920.¹⁶¹ Det er

¹⁵⁷ Schei m.fl. (2007) side 1105.

¹⁵⁸ NOU 2001: 32 side 961.

¹⁵⁹ Rt. 1997 side 795, Rt. 2001 side 698 og Rt. 2004 side 878.

¹⁶⁰ Kjennelsens avsnitt 24.

¹⁶¹ Kjennelsens avsnitt 57.

også i noen situasjoner mulig å fremme preventive hensyn på annen måte enn ved bevisavskjæring, for eksempel ved disiplinære reaksjoner, jf. Rt. 1992 side 698.

4.5.8 Den alminnelige rettsbevissthet

Noen avgjørelser trekker frem som et moment at bevisførsel vil virke «støtende». Det presiseres ikke hvem som oppfatter føring av beviset som støtende, men det er rimelig å tolke formuleringen dit hen at det tenkes på retts- eller moralfølelser i samfunnet. Med andre ord vises det til den alminnelige rettsbevissthet.¹⁶² I de tilfellene Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg har trukket inn momentet, er det benyttet for å begrunne avskjæring av bevis som er frembrakt gjennom integritetskrenkelse eller brudd på formelt reglement.¹⁶³ Forarbeidene kategoriserer også momentet som at det generelt vil tale mot å føre bevis.¹⁶⁴ Dette gjelder nok særlig dersom bevisinnhenting er skjedd ved vold og overgrep. Det kan imidlertid også være støtende å nekte bevisførsel, for eksempel der beviset avdekker alvorlige lovbrudd eller spesielle forhold rundt skikkethet i saker om samværsrett.¹⁶⁵ Momentet kan derfor tale i ulik retning.

Momentet er problematisk å anvende, fordi det generelt er vanskelig å vite hva som er støtende for allmennheten. Det kan være komplisert å kartlegge hva slags formening landets innbyggere har om spesielle spørsmål, eller om folk flest i det hele tatt har reflektert rundt problemstillingen. Ofte kan den enkelte rettsanvender ende opp med å støtte det resultat en selv mener er fornuftig, for så å mene at det er dette det brede lag i befolkningen ville ment var riktig.¹⁶⁶ Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg har generelt lagt stor vekt på personvern, også for dem som angivelig begår ulovligheter. Kanskje er dette et

¹⁶² Schei m.fl. (2007) side 1105 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 35.

¹⁶³ Rt. 1991 side 616, Rt. 1992 side 698 og Rt. 1994 side 1139.

¹⁶⁴ NOU 2001: 32 side 961.

¹⁶⁵ Schei m.fl. (2007) side 1105 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 36.

¹⁶⁶ Eckhoff/Helgesen (2001) side 281-282.

hensyn spesielt jurister vektlegger, mens folk flest heller ville ment det var støtende ikke å tillate beviset ført når det ellers ville avdekket klanderverdig eller straffbar opptreden.¹⁶⁷

Hvorvidt den alminnelige rettsbevissthet taler for å tillate beviset ført eller ikke, vil bero på forholdene i den enkelte sak. At momentet er såpass uklart og trukket frem i få avgjørelser, bidrar til å svekke momentets vekt. I en avveining mot sentrale momenter som sakens opplysning, hensynet til den materielle sannhet eller prevensjon, der disse trekker i en annen retning, vil antagelig den allmenne rettsfølelse tape. Momentet får derfor mest betydning som et tilleggsargument i den ene eller andre retning.¹⁶⁸

4.5.9 Opplysningene kan skaffes på annen måte

Det er flere måter å få frem opplysninger på i en rettssak. Ofte er opplysningene knyttet til bestemte bevis. Dersom disse bevisene er ervervet på en utilbørlig måte, vil et moment være om det var mulig å fremskaffe opplysningene på en annen måte.¹⁶⁹ Momentet har for øvrig flere sider mot tvl. § 21-7 annet ledd c), som gjelder de tilfellene hvor retten finner det nødvendig å føre et bevis på annen måte. Dette kan være aktuelt når beviservervet ikke har skjedd på en betryggende måte, men ikke så alvorlig at § 22-7 kommer til anvendelse.¹⁷⁰ Et grensetilfelle er Rt. 1987 side 548 hvor en mann la frem lydopptak fra en samtale som skulle bevise at barna ikke var redd ham, uten at barna visste at opptak ble gjort. Beviset måtte legges frem på en annen måte, og kunne kanskje også blitt avskåret i medhold av § 22-7.¹⁷¹

¹⁶⁷ Strandbakken (2003) side 186-187 og 210.

¹⁶⁸ Bjørnvik/Selfors (2000) side 36. Momentet fikk imidlertid stor betydning i Rt. 1994 side 1139, men er ikke vist til i senere avgjørelser fra Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg.

¹⁶⁹ NOU 2001: 32 side 961.

¹⁷⁰ NOU 2001: 32 side 949.

¹⁷¹ TvL. § 21-7 annet ledd c) har en mer praktisk funksjon enn § 22-7. Bestemmelsen kommer hovedsakelig til anvendelse når et bevis er «mellomledd», og man kan få tak i primærkilden. Dette kan for eksempel være tilfelle hvis A forteller hva B har sagt, eller man legger frem en kopi av et dokument i stedet for originalen, jf. Schei m.fl. (2007) side 1015-1016.

Når det gjelder momentets innhold, vil man blant annet trekke inn om vedkommende som er krenket var forpliktet til å forklare seg eller overlevere beviset, jf. Rt. 1999 side 1269. Tvl. § 21-5 pålegger personer å forklare seg eller fremlegge bevis hvis de kan være bevis i en rettssak, med begrensningene som følger av reglene om bevisfritak og bevisforbud. I saker uten fri rådighet kan man tvangsfullbyrde overfor en av partene, jf. § 26-8 annet ledd, og man kan tvinge det gjennom hos enhver annen enn partene i dispositive saker, jf. første ledd.

Dersom personen som satt med beviset hadde plikt til å legge frem beviset, taler det isolert sett for at beviset bør føres.¹⁷² Beviservervelsen får da i utgangspunktet ikke en så graverende karakter, siden det kun er formelle fremgangsmåter som er brutt, og den som sitter med beviset har derfor ikke en så beskyttelsesverdig interesse i at beviset nektes ført. Dette er imidlertid ikke entydig. Mothensyn som vil spille inn er at man samtidig har brutt med rettsordenens spilleregler.¹⁷³ Rett til å benytte slike bevis ville lett kunnet oppmuntre til ulovlig virksomhet, spesielt om man kan vinne i en viktig sak, og ulemper og omkostninger knyttet til det ulovlige beviservervet er lave.¹⁷⁴ Uansett vil tvl. §§ 21-5 og 26-8 sørge for at uvillige personer likevel legger frem bevis. Manglende oppfyllelsesvilje kan dessuten tillegges betydning i bevisvurderingen, jf. § 21-2. Endelig kan det gjennom forelegg bestemmes at bevisfremleggelse er en så nødvendig prosesshandling at det vil bety fravær i saken om bevis ikke fremlegges, jf. § 16-7.

Nødvendigheten av å bruke ulovlige midler for å få tak i opplysningene vil også komme inn i vurderingen. I Rt. 1997 side 795 trakk Høyesterett frem at det taler i favør av å tillate beviset ført om det «*inneholder [...] vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte*». Høyesterett vektlegger altså her at det må dreie seg om opplysninger av en viss betydning. I Rt. 2007 side 920 understreket Høyesteretts

¹⁷² Aall (2002) side 964 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 36.

¹⁷³ Bjørnvik/Selfors (2000) side 36.

¹⁷⁴ Hov (2007)a side 310.

kjæremålsutvalg at man «*neppe ville hatt mulighet for å fremskaffe dokumentene på annen måte*» enn å bruke falsk identitet for å få noen til å utlevere og uttale seg om opplysningene. Her spilte for øvrig hensynet til sakens opplysning også inn. Kjæremålsutvalget trakk dessuten inn at preventive hensyn ikke talte for avskjæring.¹⁷⁵ Tvetydigheten i momentet, og den generelle vekten av de øvrige momenter, vil nok svekke vekten. Momentet spiller derfor en mer underordnet rolle.¹⁷⁶

4.5.10 Domstolenes autoritet og anseelse

Ethvert rettssystem er avhengig av legitimitet i befolkningen. Dersom folkets tillit til domstolene skal opprettholdes, må det være et visst inntrykk av at domstolene behandler partene rettferdig og at saksgangen er forsvarlig. Dette beror imidlertid ikke på at man hele tiden kommer frem til avgjørelser som innholdsmessig er i tråd med hva folk flest mener, men at publikum og impliserte opplever at domstolene legger et grundig og kritisk arbeid ned i selve prosessen. Enkelte teoretikere mener derfor at hensynet til domstolenes autoritet og uavhengige stilling må trekkes med i avveiningsdrøftelsen.¹⁷⁷

I vurderingen av om domstolenes stilling styrkes eller svekkes ved en eventuell bevisavskjæring, vil man ofte se dette i lys av de andre momentene i helhetsvurderingen. Dersom hensyn til personvern og preventive tiltak vektlegges for å forhindre kritikkverdig beviserverv fra offentlige myndighetspersoners side, kan et bevisforbud samtidig forsterke rettsapparatets renommé som kritiske og uavhengige statsmakter.¹⁷⁸ Momentet taler imidlertid ikke entydig for bevisavskjæring. Det kan også være situasjoner der bevisførsel bør tillates av hensyn til domstolenes troverdighet. Et nærliggende eksempel er om det ulovlig ervervede beviset har god bevisverdi, og man vil tillate det for å få alle bevis på

¹⁷⁵ Kjennelsens avsnitt 57.

¹⁷⁶ NOU 2001: 32 side 961 og Schei m.fl. (2007) side 1106.

¹⁷⁷ Schei m.fl. (2007) side 1105, Aall (2002) side 963 og Bjørnvik/Selfors (2000) side 36-37. Schei m.fl. (2007) behandler imidlertid dette hensynet under momentet om den alminnelige rettsbevissthet.

¹⁷⁸ Aall (2002) side 963.

bordet. Da vil nemlig sjansen for å treffe en materielt riktig avgjørelse være størst. Dermed blir domstolene ansett som grundige og villige til å konkludere med det best mulige grunnlaget.¹⁷⁹ En annen situasjon som taler for å tillate beviset ført, er dersom en saksøker vinner frem om beviset nektes benyttet, og vedkommende ikke vil gjøre det ellers. Domstolene kan ved slike bevisforbud oppleves som lite sannhetssøkende, noe som kan svekke tilliten folk har til dem.¹⁸⁰

Høyesterett har så langt ikke brukt hensynet til domstolenes anseelse som et selvstendig moment i helhetsvurderingen. Jeg har heller ikke lyktes med å finne underrettsdommer som benytter dette momentet. Det er derfor usikkert om momentet har dekning i gjeldende rett. På den annen side er det sannsynlig at hensynet til domstolenes autoritet er et relevant moment ved avskjæring av ulovlig ervervede bevis i henhold til EMK artikkel 6. Momentet kan sannsynlig brukes når man vurderer om det er «*fair*» å la slike bevis bli ført.¹⁸¹ Rettsutviklingen de siste årene når det gjelder bruk av ulovlige bevis, har vært påvirket av EMK,¹⁸² og det er derfor tenkelig at momentet etter hvert kommer inn i avveiningen etter inspirasjon fra EMK artikkel 6.¹⁸³

5 Avledede bevis

Et spørsmål som melder seg ved anvendelsen av bevisforbudet etter § 22-7, er om bestemmelsen også rammer bevis som indirekte eller mer avledet erverves som følge av den ulovlige bevisfremskaffelsen. Problemstillingen er berørt i Rt. 1997 side 1778, hvor Høyesterett vurderte om bevis som ble oppdaget som følge av brudd på lovbestemt taushetsplikt kunne føres. Bevisene som direkte ble fremskaffet gjennom brudd på

¹⁷⁹ Bjørnvik/Selfors (2000) side 36.

¹⁸⁰ Bjørnvik/Selfors (2000) side 36.

¹⁸¹ Aall (1995) side 305.

¹⁸² Aall (2002) side 962-963 og Schei (1998) side 647.

¹⁸³ Aall (2002) side 966.

taushetsplikten måtte avskjæres, men bevisene man senere fremskaffet ble ikke umiddelbart rammet av noen «dominoeffekt». Høyesterett påpekte eksplisitt at dersom utilbørlig ervervede bevis medfører at andre bevis oppdages, kan det ikke «*ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses ulovlig ervervet*».

I Rt. 2006 side 582 behandlet Høyesterett spørsmålet om en ulovlig ransakelse fikk betydning for politibetjentenes mulighet til å forklare seg for retten. Her uttalte Høyesterett at dersom politiet var avskåret fra å kunne forklare seg i saken, medførte ikke dette at retten ikke skulle mottatt den tiltaltes uforbeholdne tilståelse.¹⁸⁴ Det er dermed sikker rett at man i Norge ikke praktiserer noen doktrine om automatisk avskjæring av «frukten fra det forgiftede tre».¹⁸⁵

Det er imidlertid en grense for hvor nær sammenheng det kan være mellom de avledede bevisene og det ulovlig fremskaffede bevis før ulovligheten «smitter over» og kan føre til at også andre enn de direkte utilbørlig ervervede bevisene kan bli satt ut av betraktning i medhold av § 22-7. Høyesterett drøftet spørsmålet i Rt. 2001 side 668. Etter først å ha svart benektende på spørsmålet om man kunne føre et skjult videoopptak av en ansatt som angivelig forsynte seg av penger fra tippekassen, gikk Høyesterett inn på spørsmålet om man kunne legge frem en etterfølgende avhørsrapport med innrømmelse av forholdet. Til dette ble det bemerket at man ikke uten videre kunne bruke rapporten som bevis dersom den ulovlige filmen var en del av grunnlaget for avhøret og tilståelsen. Hvorvidt man må nekte føring av rapporten ville bero på om det var nødvendig for å oppnå en effektiv avskjæring av filmopptaket.

Rt. 2001 side 668 har vært tolket slik at man i vurderingen av om avskjæring bør finne sted, bruker preventive hensyn. Man avskjærer for å disiplinere de som prøver å omgå bevisforbudet, for eksempel ved å bruke senere avhørsrapporter.¹⁸⁶ Det mest sentrale for

¹⁸⁴ Kjennelsens avsnitt 26.

¹⁸⁵ Strandbakken (2003) side 210.

¹⁸⁶ Strandbakken (2003) side 210.

vurderingen er imidlertid begrunnelsene som ligger bak vedtagelsen av § 22-7. Det vil si om det er påkrevd å gjøre unntak fra prinsippet om fri bevisføring for å få effektivt og formålsrettet gjennomslag for hensynene til personvern og rettssikkerhet som bestemmelsen ivaretar.¹⁸⁷

Akkurat hvor grensen for rekkevidden til § 22-7 går, er ikke klarlagt i rettspraksis. Et eksempel på en situasjon der man helt klart vil avskjære bevis, er tilfeller hvor det ulovlig ervervede bevis kun fremlegges på en annen måte.¹⁸⁸ I henhold til Rt. 1997 side 1778 vil dette være tilfeller der man typisk bare henviser til en ulovlig fremskaffet forklaring. Et annet eksempel kan være dersom man avskar funnene i Rt. 2006 side 582, og man i stedet ville legge frem avhøret av politimennene.¹⁸⁹ Andre nærliggende situasjoner som tilsier avskjæring, er om man kopierer en utilbørlig ervervet journal og vil legge frem fotokopien, eller om man ønsker at et vitne som har lest den samme journalen forklarer seg om innholdet i den.¹⁹⁰ Det kan derimot ikke være naturlig å avskjære bevis som uansett ville blitt oppdaget på lovlig måte uavhengig av den utilbørlige handlingen, siden hensynet til å unngå omgåelse av bevisforbudet da ikke vil være like viktig.

¹⁸⁷ Schei m.fl. (2007) side 1111.

¹⁸⁸ Schei m.fl. (2007) side 1111.

¹⁸⁹ Schei m.fl. (2007) side 1111.

¹⁹⁰ Andenæs (2000) side 269-270.

6 Kilder

Lovgivning

Gjeldende

- | | |
|------|---|
| 1814 | Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven – Grl.) av 17. mai 1814. |
| 1902 | Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven – strl.) av 22. mai 1902 nr. 10. |
| 1902 | Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (straffelovens ikrafttredelseslov – strl.ikrl.) av 22.mai 1902 nr. 11. |
| 1915 | Lov om domstolene (domstolloven – dl.) av 13.august 1915 nr. 5. |
| 1980 | Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven – lignl.) av 13.juni 1980 nr. 24. |
| 1981 | Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.) av 22.mai 1981 nr. 25. |
| 1988 | Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven – utlendl.) av 24.juni nr. 64. |
| 1991 | Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven – sotjl.) av 13.desember 1991 nr. 13. |
| 1992 | Lov om barneverntjenester (barnevernloven – bvl.) av 17.juli 1992 nr. 100. |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.) av 21.mai 1999 nr. 30. |
| 1999 | Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven – hlspl.) av 2.juli 1999 nr. 64. |
| 2000 | Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven – popplyl.) av 14.april 2000 nr. 31. |
| 2004 | Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaks-sammenslutninger (konkurranseloven – krll.) av 5.mars 2004 nr. 12. |

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.) av 17.juni 2005 nr. 62.

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.) av 17.juni 2005 nr. 90.

Opphevede

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven – tvml.) av 13.august 1915 nr. 6.

1947 Lov om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven – ssl.) av 1947 27.juni nr. 9.

1978 Lov om personregistre m.m. (personregisterloven – pregl.) av 9.juni 1978 nr. 48.

Forskrifter m.v.

Gjeldende

1985 Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) av 28. juni 1985 nr. 1679.

2000 Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften) av 15.desember 2000 nr. 1265.

Opphevede

1934 Regler om påtalemyndigheten (påtaleinstruksen). Fastsatt ved kronprinsregentens resolusjon av 14. desember 1934.

1979 Forskrifter i medhold av lov om personregistre m.m. (personregisterforskriften) av 21.desember 1979 nr. 22.

Forarbeider

Betenkninger

Innstilling 1969 Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra
Straffeprosesslovkomitéen (1969).

NOU-er (Norges offentlige utredninger)

NOU 1997: 19 Er bedre personvern – forslag til lov om behandling av
personopplysninger.
NOU 2001: 32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
NOU 2003: 15 Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem
med mindre bruk av straff.
NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og
vekst.

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).
Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister
(tvisteloven).
Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i
straffeprosessloven og andre lover)

Rettspraksis

Avgjørelser fra Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg

Rt. 1936 side 204
Rt. 1948 side 46
Rt. 1952 side 1217
Rt. 1979 side 1021
Rt. 1983 side 1004
Rt. 1987 side 548
Rt. 1990 side 1008
Rt. 1991 side 616
Rt. 1991 side 1018
Rt. 1992 side 698

Rt. 1994 side 1139
Rt. 1995 side 530
Rt. 1997 side 795
Rt. 1997 side 1778
Rt. 1999 side 1269
Rt. 2000 side 996
Rt. 2000 side 1139
Rt. 2001 side 668
Rt. 2001 side 1589
Rt. 2002 side 1500
Rt. 2002 side 1744
Rt. 2003 side 264
Rt. 2003 side 1827
Rt. 2003 side 1266
Rt. 2003 side 1814
Rt. 2004 side 461
Rt. 2004 side 878
Rt. 2004 side 1366
Rt. 2005 side 518
Rt. 2005 side 1524
Rt. 2006 side 582
Rt. 2007 side 920
Rt. 2007 side 1409

Avgjørelser fra lagmannsrettene

RG 2000 side 664
RG 2002 side 162
RG 2004 side 347
RG 2005 side 998
RG 2007 side 56

RG 2007 side 855

Avgjørelser fra tingrettene, byrettene eller herredsrettene

RG 1993 side 77

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

Engel med flere mot Nederland	EMD, Strasbourg, 8.juli 1976.
Khan mot Storbritannia	EMD, Strasbourg, 12.mai 2000.
P.G. og J.H. mot Storbritannia	EMD, Strasbourg, 25.september 2001.
Schenk mot Sveits	EMD, Strasbourg, 12.juli 1988.

Nemndspraksis

Personvernnemnda

PVN-2005-1. http://www.personvernnemnda.no/vedtak/2005_1.htm [Sitert 15.november 2008].

Internasjonale konvensjoner

FN SP	De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter.
EMK	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994.

Litteratur

Aall, Jørgen. *Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis. I: Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13.juli 2002.* Oslo, Universitetsforlaget, 2002, side 957-966.

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess*. Oslo, Universitetsforlaget, 1995.

Andenæs, Johannes. *Norsk straffeprosess. Bind I*. 3.utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2000.

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 1.utg. Oslo, 1997.

Bing, Jon. *Det ulovfestede personvern relatert til en kommunikasjonsmodell. I: Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13.juli 2002*. Oslo, Universitetsforlaget, 2002, side 97-111.

Bjørnvik/Selfors

Bjørnvik, Arve Martin og Rolf Fridtjof Selfors. *Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål*. I: Jussens Venner. Årg. 2000, side 19-40.

Bratholm, Anders. *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 1959, side 109-132.

Bugge Nordén/Bårdsen

Bugge Nordén, Dag og Arnfinn Bårdsen. *På talefot med tvisteloven*. I: Jussens venner. Årg. 2008, side 1-90.

Eckhoff/Helgesen

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. ved Helgesen, Jan Erik. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

Eckhoff/Smith

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 7. utg. ved Smith, Eivind. Oslo, Universitetsforlaget, 2003.

Falkanger, Aage Thor. *God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*. Oslo, Universitetsforlaget, 1999.

Fliflet, Arne. *Grunnloven kommentarutgave*. Oslo, Universitetsforlaget, 2005.

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*. 1.utg. Oslo, Papinian AS, 1999.

Hov, Jo. [a] *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*. 2.utg. Oslo, Papinian AS, 2007.

Hov, Jo. [b] *Rettergang III. Sivilprosess*. 2.utg. Oslo, Papinian AS, 2007.

Mæland, John Henry. *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*. Bergen, Justian AS, 2006.

Rygh Monsen/Lenth

Rygh Monsen, Katrine og Claude A. Lenth. I: Jakhelln, Henning og Helga Aune. *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 2.utg. Oslo, N.W. DAMM & SØN AS, 2006, side 335-379.

Schei, Tore. *Tvistemålsloven. Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13.august nr. 6. 1915 med kommentarer*. 2.utg. Oslo, Tano Aschehoug, 1998.

Schei m.fl.

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H. P. Reusch og Toril M. Øie. *Tvisteloven. Kommentaarutgave*. Oslo, Universitetsforlaget, 2007.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2.utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Nytt i ny tvistelov*. Oslo, Universitetsforlaget, 2008.

Stub, Marius. *Når Grunnloven overses*. I: Lov og rett. Årg. 2008, side 257-258.

Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen. In dubio pro reo*. Bergen, Fagbokforlaget, 2003.

Wiese Schartum/Bygrave

Wiese Schartum, Dag og Lee A. Bygrave. *Personvern i informasjonssamfunnet. En innføring i vern av personopplysninger*. Bergen, Fagbokforlaget, 2004.