

# **Bevisavskjæring på bakgrunn av ulovfestet rett i straffesaker**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 518  
Leveringsfrist: 25.11.2009

Til sammen 17 234 ord

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema – avgrensning	2
1.2	Grunnprinsipper og overordnede hensyn i straffeprosessen	3
1.3	Rettskilder	8
1.4	Tolkning av rettskilder og særlig av EMK	13
<b><u>2</u></b>	<b><u>LÆREN OM DE ULOVLIGE ERVERVEDE BEVIS</u></b>	<b><u>15</u></b>
2.1	Generelt om de ulovlig ervervede bevis	15
2.2	Begrepsavklaring	16
2.2.1	Dreining av ordlyden fra ”ulovlig” til ”utilbørlig”	17
2.3	Når foreligger et ulovlig ervervet bevis	18
2.3.1	Beviservervet strider mot formell lovgivning og instruks	18
2.3.2	Beviservervelsen strider mot legalitetsprinsippet	20
2.3.3	Beviservervelsen strider mot grunnleggende prinsipper	20
2.4	Overordnede hensyn knyttet til avskjæringsvurderingen	22
2.4.1	Det materielle sannhets prinsipp	22
2.4.2	Hensynet til å motvirke uønsket atferd – prevensjonshensynet	24
2.4.3	Hensynet til den alminnelige rettsfølelse	26
2.5	Vurderingstema knyttet til om bevis skal avskjæres	27
2.5.1	Fortsettelse av det knyttet ervervelsen	29
2.5.2	Interesseavveiningen og tilhørende momenter	30
2.6	Oppsummering av bevisavskjæring etter intern rett	37
<b><u>3</u></b>	<b><u>DE KONVENSJONSSTRIDIGE BEVIS</u></b>	<b><u>38</u></b>

<b>3.1</b>	<b>Rettslig grunnlag</b>	<b>38</b>
<b>3.2</b>	<b>Typetilfeller</b>	<b>39</b>
<b>3.3</b>	<b>Generelle vurderingsmomenter for EMD</b>	<b>39</b>
3.3.1	Kontradiksjon	40
3.3.2	Bevisverdien – påliteligheten	41
3.3.3	Ervervs måten	42
3.3.4	Forbrytelsens alvor	43
3.3.5	Et eller flere bevis	44
<b>3.4</b>	<b>Hovedskiller i vurderingen</b>	<b>44</b>
<b>3.5</b>	<b>Artikkel 3 – forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling</b>	<b>45</b>
<b>3.6</b>	<b>Krenkelse av selvinkrimineringsvernet</b>	<b>48</b>
<b>3.7</b>	<b>Artikkel 8 – retten til respekt for privatliv og familieliv</b>	<b>51</b>
<b>3.8</b>	<b>Oppsummering av konvensjonspraksis</b>	<b>55</b>
<b>4</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>56</u></b>

## 1 Innledning

Straffeprosessens kjerne er saksbehandlingsreglene når straff skal idømmes. Innbefattet i disse reglene er reglene om bevisføringen. Hovedformålet til straffeprosessen vil derfor være å realisere straffeansvaret for idømte lovbrudd.<sup>1</sup> Prosessretten vil således stå i et tjenende forhold til den materielle retten eller som Andenæs har uttalt det: ”Straffeprosessen er en slags forlengelse av strafferetten.”<sup>2</sup>

For å kunne bringe på det rene om straffeansvar skal gjøres gjeldende må det reelle hendelsesforløpet kunne fastsettes. For å kunne realisere dette formål vil en vektlegging av sakens rette opplysning stå sentralt og som kan anses som et sannhetsideal og tilsier fri bevisføring og som vil tale mot et forbud mot bevisføring.<sup>3</sup> Å få straffet de skyldige vil være en side av sannhetsidealet samt å unngå uriktige domfellelser på den andre side vil være med på å legge sterke føringer på prosessretten. Det overordnede hensyn vil være å få avsagt flest mulige riktige dommer, men dette ideal er av mer underordnet betydning sett i forhold til at man i det lengste skal søke å unngå at uskyldige dømmes til straff. Tankegangen er her at det er bedre om ti skyldige blir frikjent enn at en blir feilaktig straffedømt. Av hensyn til dette har det gitt seg utslag i flere straffeprosessuelle grunnprinsipper som for eksempel uskyldpresumsjonen som skal sikre at all rimelig og forstandig tvil skal komme tiltalte til gode.

I norsk straffeprosess kan spørsmålet om bevisavskjæring tas opp under saksforberedelsen jfr. Straffeprosessloven (strpl)<sup>4</sup> §272 (1) bokstav c) eller utsette spørsmålet til hovedforhandlingen jfr. strpl § 272 (3), eller det kan reises i forbindelse med ved anke over

---

<sup>1</sup> Strandbakken, Uskyldpresumsjonen s 167-170.

<sup>2</sup> Andenæs, Norske straffeprosess I s. 8.

<sup>3</sup> Torgersen s23.

<sup>4</sup> Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22 mai. Nr. 25. 1981

saksbehandlingen. Det vil av prosessøkonomiske og menneskelige årsaker være det mest praktiske å reise dette spørsmål under selve saksforberedelsen. Dette vil særlig være tilfellet hvis saken står og faller på et omtvistet bevis slik at for eksempel påtalemyndigheten på et tidlig tidspunkt kan avgjøre om det foreligger tilstrekkelig grunnlag å basere sin sak på dette bevis.

## 1.1 Tema – avgrensning

Temaet for denne oppgaven er avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag i straffesaker. Det vil bli foretatt en gjennomgang av gjeldende rett på bakgrunn av de mest sentrale dommer avsagt av Høyesterett og EMD.

Temaet bevisavskjæring er et omfattende tema og som har relevans for alle juridiske områder da domstolen skal legge til grunn enten det som den finner mest sannsynlig eller som den finner er bevist utover enhver og forstandig tvil basert på de foreliggende bevis i saken. Av denne grunn vil oppgaven rette seg mot noen av de spørsmål som knytter seg til straffesaker og da særlig den ulovfestede adgangen domstolene har til å avskjære bevis på generelt grunnlag.

Det er nære forbindelseslinjer mellom sivilprosess og straffeprosess og en del avgjørelser som direkte gjelder sivile forhold vil også kunne være relevante for straffesaker. Det vil derfor også bli henvist til sivile saker der disse kan sies å ha relevans i oppgaven.

Reglene om bevisavskjæring er for det vesentlige er et ulovfestet område som er utviklet med Høyesterett i spissen og er supplert med viktige rettslige avgjørelser avsagt av EMD. Avskjæringstemaet vil bli diskutert under den tradisjonelle tilnærmingen ”læren ulovlig ervervet bevis”. Innholdet i denne læren vil bli først presentert og søkt redegjort for innholdet etter intern rett og deretter vil det bli gjennomgått gjeldende rett i henhold EMK.

Det vil altså være de straffeprosessuelle spørsmål som er temaet for oppgaven. I forbindelse med ervervelse av ulovlig bevis kan det oppstå andre spørsmål utover

saksbehandlingsspørsmålene. Innhenting av bevis kan i enkelte tilfeller stride mot straffebestemmelser knyttet til selve ervervet. Det vil for eksempel kunne stride mot straffeloven<sup>5</sup> (strl.) § 228 når en tilståelse er frembrakt med vold og i den hensikt å anvende en slik tilståelse i en senere straffesak. De strafferettslige aspekter vil ikke bli behandlet utover spørsmålet om beviset skal kunne anvendes.

Videre vil bevisføringen i private straffesaker knyttet til saker knyttet til ærekrenkelser ikke bli behandlet selv om enkelte av de samme vurderingsmomenter også vil kunne være relevante i slike saker. Det vil heller ikke bli behandlet de alminnelige erstatningsmessige spørsmål knyttet til ervervet. Det vil også bli avgrenset mot de disiplinære følger et ulovlig erverv kan få for de tjenestemenn som erverver kritikkverdige beviser.

## 1.2 Grunnprinsipper og overordnede hensyn i straffeprosessen

Grunnprinsippene legger sterke føringer på hele straffeprosessen for at den skal kunne utføre sine oppgaver. Et rettslig prinsipp har blitt definert som ”normer som er så generelle i sitt saksinnhold, og som brukes til å bedømme både normer og handlinger”<sup>6</sup>. Eller de kan anses som generelle og vage normer som ofte vil være på et helt fundamentalt nivå, altså helt elementære grunnrettigheter.<sup>7</sup>

De enkelte prinsipper er mer eller mindre konsekvent gjennomført i straffeprosessloven og vil kunne være viktige argumenter og hensyn som skal vurderes når spørsmålet om bevisavskjæring melder seg. Et eksempel på gjennomslagskraften til et prinsipp kan være hensynet til kontradiksjon som skal sikre anklagedes rett til å ta til motmæle og som for øvrig er lovfestet i straffeprosessloven<sup>8</sup> (strpl.) § 92 (1) 2. punktum som også er en del av kravet til en ”rettferdig rettergang” som er forankret i Den europeiske

---

<sup>5</sup> Alminnelig borgerlig Straffelov av 22.mai. Nr. 10 1902

<sup>6</sup> Graver 2007 s. 35.

<sup>7</sup> Torgersen s.21

<sup>8</sup> Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22 mai. Nr. 25. 1981

menneskerettskonvensjon<sup>9</sup> (EMK) artikkel 6. Til tross for denne positive lovhjemlingen har Norge flere ganger blitt dømt av EMD for brudd på kontradiksjon blant annet i Botten-saken<sup>10</sup>. Her skulle klageren i følge EMD ha hatt anledning til å være til stede samt å kunne få fremføre sin argumentasjon i tilknytning til straffespørsmålet når Høyesterett hadde full kompetanse til å behandle saken. Kontradiksjonsregelen var her en sterkere norm som slo ut de positive lovhjemler og som viser at de rettslige prinsipper vil kunne ha en avgjørende betydning for utfallet av saken.<sup>11</sup>

Det muligens mest sentrale prinsippet og det som norsk straffeprosess styres etter er det som omtales som det materielle sannhetsprinsipp. Det sentrale vil her være at straffedommer i særlig grad skal være materielt sett riktige med den konsekvens at man i det lengste skal søke å unngå at uskyldige blir dømt. I forlengelsen av dette prinsipp har retten selv en selvstendig oppgave til å ”våke over at saken blir fullstendig belyst” som er lovfestet i strpl. § 294. Hensynet til det materielle sannhetsprinsipp taler i utgangspunktet for å kunne føre alle typer av bevis uavhengig av deres ervervs måte med begrunnelse av at sannheten i større utstrekning blir avdekket enn hvis det oppstilles formelle og rigide regler for hvordan bevis skal erverves for å kunne bli presentert i en hovedforhandling. Mer om prinsippet under punkt 2.4.1

I vår rettsorden er det et grunnleggende prinsipp at partene har adgang til å føre de bevis som partene ønsker for å få sin sak tilstrekkelig belyst. Dette er hovedregelen om fri bevisførsel og er å anse som et sentralt prinsipp nedfelt i ulovfestet rett gjennom en rekke dommer avsagt av Høyesterett jfr. for eksempel Rt. 1990 s. 1008 der det uttales på side 1010:

*”Etter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar”.*

---

<sup>9</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

<sup>10</sup> Botten v. Norway application no 16206/90

<sup>11</sup> Robberstad s. 7

Det vil her være hensynet til sakens opplysning og et riktig resultat som leder til en formodning om fri bevisførsel. For å kunne nekte et eller flere bevis ført må det foreligge særskilt rettskildemessig dekning for dette. Høyesterett har uttalt at dette er den store hovedregel ved en rekke anledninger. I Rt. 2002 s 1744 ble det uttalt:

*”Det følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse at partene som utgangspunkt kan føre de bevis de ønsker. For at et bevis skal kunne nektes ført, må det foreligge særskilt grunnlag for det.”*

Hensynene knyttet til den frie bevisførsel taler for å føre alle bevis uavhengig av ervervs måte.

Prinsippet knyttet til fri bevisførsel gjelder imidlertid ikke uten unntak. Lovgiver har foretatt visse lovbestemte innskrenkninger i adgangen til å føre de bevis som partene ønsker i straffeprosessloven jfr. strpl. § 119. Her kan ikke retten motta vitneplikt som stammer fra visse yrkesgrupper vedrørende opplysninger som tiltalte har meddelt disse i egenskap av sin stilling. Høyesterett har også trukket konsekvens av at det gjelder visse begrensninger som ikke er lovfestet. I Rt. 1996 s. 1114 uttales det:

*”Som lagmannsretten tar jeg utgangspunkt i prinsippet om fri bevisførsel, at partene har anledning til å føre de bevis de ønsker i saken”.*

Prinsippet om at tiltalte skal presumeres uskyldig inntil det motsatt er bevist er en bærebjelke i norsk straffeprosess. Innholdet i dette prinsippet er at all rimelig og forstandig tvil skal komme tiltalte til gode har røtter tilbake til romerretten der prinsippet gikk under betegnelsen ”in dubio pro reo”. Prinsippet er for øvrig kommet til uttrykk i EMK art. 6.2 og FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art 14.2<sup>12</sup> (SP). Innholdet i dette

---

<sup>12</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights



prinsipp har flere sider der bevisbyrderegelen er den mest sentrale. Det vil være det offentlige gjennom påtalemyndigheten som har ansvaret for å sikre tilstrekkelige beviser for et saksforhold ovenfor domstolen, for at den skal kunne straffedømme.

Prinsippet som verner mistenkte mot selvinkriminering er et sentralt prinsipp som sikrer at tiltalte ikke plikter å bidra til egen domfellelse. Innbakt i dette prinsipp ligger retten til å forholde seg taus ovenfor politi eller domstol samt at det ikke foreligger noen plikt til å fremskaffe bevis som taler til hans ugunst. Prinsippet regnes for å være en sentral rettssikkerhetsgaranti som kan være et sterkt moment som kan tale for å avskjære bevis jfr for eksempel Rt. 1999 s 1269 det ble uttalt på side 1272-1273:

*” I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset. Jeg er på dette grunnlag kommet til at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, skulle ha vært avskåret”*

Dommen illustrerer at bevis som er anskaffet i strid med dette prinsipp vil være et viktig argument som kan tilsi avskjæring.

Retten er ikke bundet i sin vektvurdering av de forelagte beviser slik man hadde i tidligere tider. Et eksempel på bundet bevisbedømmelse er den nå opphevede NL 1-13-1<sup>13</sup> der det var fastslått at det kun var to typer bevis som ble ansett som fullverdige; to øyenvitner og erkjennelse.<sup>14</sup> I dag er alle bevismidler likestilte og det avgjørende er etter en helhetlig bevisvurdering om retten finner om skyldspørsmålet er bevist utover enhver rimelig tvil jfr uskyldpresumpsjonen når den skal vektlegge de relevante bevis i saken. Prinsippet om fri

---

<sup>13</sup> Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15 april 1687

<sup>14</sup> Se Robberstad s.241.

bevisbedømmelse er ikke lovfestet i straffeprosessloven da dette ble ansett som en selvfølgelighet i forarbeidene til straffeprosessloven og det var av den grunn ikke nødvendig med en lovfesting av prinsippet<sup>15</sup>. Prinsippet om fri bevisbedømmelse blir også lagt til grunn i en rekke saker avsagt av Høyesterett jfr. for eksempel Rt. 1998 s 1384 der det uttales på side 1386:

*” Slike bestemmelser fremstår som innhugg i det materielle sannhetsprinsipp - også kalt offisialprinsippet - som de fleste staters strafferettspleie som utgangspunkt bygger på, og som innebærer at det ikke blir lagt bånd på rettens adgang til å avsi en slik dom som den finner riktig ut fra bevisførselen.”*

Hensynet til den frie bevisbedømmelse tilsier at alle bevis skal føres selv om det er usikkerhet knyttet til bevisene da retten kan ta disse forhold i betraktning i sin vekting av bevisene.

Prinsippet om kontradiksjon er et bærende prinsipp i straffeprosessen og står i en særstilling.<sup>16</sup> Kjernen i dette prinsipp er at den anklagede skal kunne ta til motmæle ovenfor sin anklager herunder at siktede har rett til å gjøre seg kjent med anklagematerialet og retten til forsvarer. Kontradiksjonens hensikt er kunne sikre et effektivt forsvar. Dette prinsipp er også på generelt grunnlag lovfestet i norsk straffeprosesslov i § 92 (1) 2.punktum og vil være et relevant moment om et bevis skal avskjæres når en rettergang kan sies å ha vært i stridende med kontradiksjonsprinsippet.

Videre er prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet viktige prinsipper som har nær sammenheng til bevisbedømmelsen. Disse prinsipper skal være med på å sikre et best mulig avgjørelsesgrunnlag for domstolen da bevisene skal føres direkte for den dømmende rett og prosessen skal være muntlig der de aktuelle vitner og andre bevismidler i alt i det vesentlige skal avgis i muntlig form. Dette innebærer at bevis en part ønsker å påberope

---

<sup>15</sup> Innst. 1969 s. 197

<sup>16</sup> Robberstad

under hovedforhandling seg skal forelegges umiddelbart for den dømmende rett og i størst mulig utstrekning i muntlig form som skal være med sikre best mulig avgjørelsesgrunnlag da domstolen får en umiddelbar reaksjon fra vitner. Dette vil være et hensyn som kan tale mot bevisavskjæring da domstolen kan vektlegge de bevis som er omtvistet i sin frie bevisbedømmelse.

### 1.3 Rettskilder

Det nærmere regelinnhold knyttet til bevisavskjæringsadgangen er i stor grad overlatt til domstolene av lovgiver.<sup>17</sup> Skranker for denne kompetanse vil være Grunnloven<sup>18</sup>, overenskomst med fremmed stat og formell lovgivning.

Grunnloven vil i enkelte tilfeller kunne bidra som tolkningsfaktor. De bestemmelser som vil kunne ha størst praktisk interesse i spørsmål knyttet til omtvistede bevis vil kunne være torturbestemmelsen i § 96 2.punktum som fastslår at ingen skal utsettes for tortur og vil eksempelvis kunne ha relevans når en tilståelse er frembragt med tvang eller lignende. Men for alle praktiske formål må denne bestemmelse i dag tolkes og anvendes i lys av EMK artikkel 3 som forbyr tortur, umenneskelig behandling og nedverdiggende behandling.<sup>19</sup>

En annen relevant bestemmelse i Grunnloven er §102 som setter forbud mot ulovlig husransaking med mindre det kan kobles til noe kriminelt. Denne bestemmelsen sørger for at den enkelte borger skal slippe at noen av statens organer uten noen bestemt mistanke trenger seg inn i borgernes boliger for å bringe på det rene om noe ulovlig forgår eller har foregått der<sup>20</sup>. Denne bestemmelsen sikrer borgerne et visst minimum av personvern. Denne bestemmelse må nå i likhet med Grl. § 96 tolkes og anvendes sammen med våre

---

<sup>17</sup> Innstilling s 197.

<sup>18</sup> Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814

<sup>19</sup> Norsk lovkommentar, 2005, Bind 1 s..

<sup>20</sup> Castberg II s292-293

folkerettslige forpliktelser der artiklene i EMK art. 8 og SP art. 17 som verner respekten for hjem og privatliv,<sup>21</sup> der hovedvekten vil ligge på EMK.

Legalitetsprinsippet vil kunne være en relevant skranke for den frie bevisførsel i mer ekstreme tilfeller. Dette prinsipp sikrer at ingen skal risikere å bli utsatt for inngripende tiltak av myndighetene uten at tiltaket er hjemlet i lov. Det vil være av særlig relevans i tilknytning til politiets etterforskningsmetoder der borgerne skal slippe å bli utsatt for inngrep under etterforskningen som etter sin karakter krever hjemmel i lov. Dette vil være tilfellet når innhenting av bevis er av så inngripende karakter at det krever et rettslig grunnlag jfr. for eksempel Rt.1936 s 204, se nærmere om dommen under punkt 2.3.2.

Som lovkilde vil straffeprosessloven være den mest sentrale for spørsmålet om bevis skal avskjæres. Det er her lovfestet at enkelte av bevismidlene er av en slik karakter at disse ikke skal kunne føres for retten. Et lovfestet eksempel på at retten ikke kan ta i mot bevis er når bevisførselen er knyttet til det som omtales som den ”kallsmessige taushetsplikt” i strpl. § 119. Her er det satt en skranke av lovgiver for domstolenes anledning til å motta vitnemål fra for eksempel siktedes lege, advokat eller en prest som angår taushetsbelagte opplysninger. Bevisførsel som legger opp til et slikt vitnemål skal avskjæres av retten ex officio.

Av andre lover som kan tjene som tolkningskilde for spørsmålet om bevis skal avskjæres men som ikke direkte angår straffesaker kan nevnes er tvistemålsloven<sup>22</sup> (tvI). TvI. er av nyere dato og flere av de lovfestede regler i kapittel 25 som omhandler bevisforbud og bevisfritak i sivile saker er å anse som en kodifisering av utviklet rettspraksis på strafferettens område<sup>23</sup>. Videre har tvisteloven på generelt grunnlag lovfestet adgangen for domstolen til å avskjære bevis som er ervervet på en ”utilbørlig måte” i ”særlige tilfeller”

---

<sup>21</sup> Norsk lovkommentar 2005.

<sup>22</sup> Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17 juni. Nr. 90.

<sup>23</sup> NOU 2001: 32 Bind B s. 960 venstre spalte flg.

jfr. § 22-7. I forarbeidene<sup>24</sup> peker utvalget på at forutsetningene for en generell regelutforming gir et ”vesentlig bedre grunnlag” nå enn da arbeidet med straffeprosessloven ble foretatt. Det kan antas at rettsutviklingen etter denne regelen også vil kunne få betydning for straffeprosessens adgang til å avskjære ulovlig ervervede bevis.

Lovforarbeider er etter norsk lovgivningsteknisk mønster å anse som en relevant rettskilde. Tanken etter tradisjonell tolkningstradisjon er å søke å kunne avdekke lovgiverviljen i størst mulig utstrekning. Men reglene om ulovlig ervervet bevis er utviklet på ulovfestet grunnlag er dette på grunn av lovgivers manglende vilje til å lovregulere bevisforbudsspørsmålet.<sup>25</sup> Det vil i en slik situasjon være naturlig å vektlegge disse forarbeider i samme grad som når lovgiver gir utfyllende merknader på et område.<sup>26</sup> Den mest sentrale betydningen som disse forarbeider gir vil nok være at disse gir en aksept fra lovgiver for at rettsutviklingen foretatt av domstolene med Høyesterett i spissen i samspill med juridisk teori. Av forarbeider som har tatt stilling til spørsmålet om bevisavskjæring er Innstilling fra Straffeprosesslovkomitéen av 1969, Ot.prp. nr. 35 (1978-79), Inst. O. nr. 37 (1980-81) og Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) og vil være av sentral betydning for spørsmålet om bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis.

Forarbeidene til tvisteloven kan være av interesse for spørsmålet om bevisavskjæring i straffesaker siden flere regler er å anse som en kodifisering av ulovfestet rett fra strafferetten, og vil kunne bidra til en vekselvirkning mellom de to ulike prosessformene. De aktuelle dokumenter er NOU 2001:32 (Bind A og B), Ot.prp. nr. 51. (2004-2005) og Innst.O. nr. 110 (2004-2005).

Påtaleinstruksen<sup>27</sup> gjelder ordningen av påtalemyndigheten i forbindelse med straffesaker. Påtaleinstruksen er beregnet for å være en intern arbeidsinstruks for påtalemyndigheten,

---

<sup>24</sup> NOU 2001: 32 Bind B s960-961

<sup>25</sup> Innstilling s 197.

<sup>26</sup> Torgersen s. 81

<sup>27</sup> Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

men vil kunne være en tolkningsfaktor ved fastleggelsen av gjeldene rett når spørsmålet om bevisavskjæring melder seg jfr. Rt-2003-549. Her var spørsmålet om det som fremkom under samtale mellom politi og siktede umiddelbart etter pågripelsen og før han var gjort kjent med sine rettigheter i strpl. §232 og påtaleinstruksen § 8-1, § 8-4 og § 8-11 kunne brukes som bevis. Høyesterett uttalte i avsnitt (15):

*”Jeg bemerker at straffeprosessloven og påtaleinstruksens bestemmelser om siktedes rettigheter ved avhør ikke er til hinder for at politibetjentene under og etter pågripelsen har samtaler med siktede. Slike samtaler må imidlertid ikke på noe tidspunkt gå over i et avhør uten at den siktede uoppfordret og tydelig gjøres oppmerksom på rettighetene etter straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen § 8-1, og eventuelt § 8-4.”*

Rettspraksis og da særlig Høyesteretts praksis vil på dette området være den mest sentrale rettskildedefaktor siden lovgiver ikke har villet trekke opp klare regler på området, men har overlatt den konkrete regelutforming til juridisk teori og rettspraksis.<sup>28</sup> Det er særlig i de senere år som Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet om bevisavskjæring med Rt. 1991 s. 616 som den grunnleggende dommen og regnes som det første egentlige prejudikat for en regel om avskjæring av omtvistede bevis fra rettens side. Før dette tidspunkt forelå det ikke noen praksis av nevneverdig grad og spørsmålet var generelt lite utredet.<sup>29</sup> Dette tilsier at eldre praksis må tolkes i lys av den nyere rettsutvikling som har funnet sted i bevisavskjæringsspørsmålet.

Juridisk teori er generelt ikke å anse for å være en autorativ rettskilde, men vil ofte ha en systematiserende og argumenterende effekt. Når spørsmålet om bevisavskjæring skal avgjøres er spørsmålet som nevnt ovenfor sammen med rettspraksis overlatt til juridisk teori. Dette taler for at argumenter som er reist innen juridisk teori vil vektlegges i betydelig grad av Høyesterett og at rettsutviklingen vil bestå i et vekselspill mellom juridisk teori og rettspraksis. Dette er det også lagt til grunn i flere saker avsagt av

---

<sup>28</sup> Innstilling fra straffeprosesskomiteen av 1981 på side 197.

<sup>29</sup>Se NOU 2001:32 s. 960.

Høyesterett, jfr. for eksempel Rt. 1996 s 1114 der det henvises til juridisk teori. Saken gjaldt her om det var adgang til å føre resultater fra en løgndetektor som bevis og det ble uttalt på side 1120:

*” I dag er slike etterforskningsmidler ikke aktuelle, og vel heller ikke i umiddelbar fremtid.<sup>30</sup> Se for øvrig Bratholm i Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap 1965 1 flg.”*

De reelle hensyn er en mangeartet argumentgruppe som vil kunne knyttes til en rekke ulike verdioppfatninger. Den tradisjonelle tilnærmingen til de reelle hensyn vil være hensynet til godheten av tolkningsresultatet.<sup>31</sup> Reglene om bevisavskjæring vil kunne beskrives som en åpen avveiningsnorm der de reelle hensyn vil kunne spille en fremtredende rolle når de mer fremtredende autorative kilder mangler.<sup>32</sup> De viktigste reelle hensyn i denne forbindelse vil nok være hensynet til sakens opplysning på den ene siden og de hovedhensyn som kan begrunne forbud mot bevisføring på den andre.

Av folkerettslige kilder er det først og fremst Den europeiske menneskerettskonvensjon med tilhørende praksis der Den europeiske menneskerettsdomstolen håndhever og presiserer konvensjonen som har størst interesse for spørsmålet. Det er siktedes rettigheter etter denne konvensjonen som har spilt størst praktisk rolle i straffeprosessen fordi disse reglene er inkorporert i intern rett samt at disse reglene med tilhørende praksis er gitt forrang ved en eventuell motstrid for norske regler gjennom straffeprosessloven § 4 og menneskerettsloven<sup>33</sup> (mr) §§ 2 og 3.

Av andre folkerettslige forpliktelser som kan ha relevans i spørsmålet om bevisforbud er FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 som i likhet med EMK

---

<sup>30</sup> Se for øvrig Bratholm i Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap 1965 1 flg.

<sup>31</sup> Se Eckhoff

<sup>32</sup> Se Torgersen s 83.

<sup>33</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21 mai. Nr. 30 1999

artikkel 6 stiller krav til en "fair" rettergang og er også sikret forrang ovenfor norsk intern rett ved en eventuell motstrid jfr. nr § 3 og strpl. § 4. Selv om det i utgangspunktet kunne tenkes at denne konvensjonen vil kunne få samme betydning som EMK har praksis imidlertid vist at denne konvensjonens rolle i bevisforbudsspørsmålet har vært nokså beskjeden. Det vil særlig være artikkel 7 som verner mistenkte mot tortur som har interesse i spørsmålet om bevisavskjæring.

Utenlandsk rett og særlig retten utenfor Norden har ikke vært ofret den store interessen når norske rettsspørsmål skal løses selv om det forekommer jfr. for eksempel Rt. 1952 s 1217, der det ble henvist til både dansk, sveitsisk og amerikansk rett.<sup>34</sup> Men vekten som stammer fra disse rettskilder vil ha liten eller ingen vekt jfr. Rt. 1996 s. 1114 der det uttales: "Jeg går ikke nærmere inn på praksis i andre land. særlig rettskildemessig vekt vil denne praksisen ikke kunne ha". I spørsmålet til bevisforbud inntok Straffeprosesslovkomiteen en nokså lunken holdning til prevensjonshensynet i Norge der det ble uttalt: "hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt en så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt".<sup>35</sup> Se nærmere om prevensjonshensynet under punkt 2.4.2. Det er imidlertid grunn til å anta at løsninger fra utlandet på dette området vil kunne få økt betydning da problemstillingen av det å avskjære bevis er av en relativt nyere dato og vil kunne være argumenterbærere for hvordan problemet hos oss.<sup>36</sup>

#### 1.4 Tolkning av rettskilder og særlig av EMK

De relevante interne rettskilder tolkes på dette området som ellers i jussen i samsvar med vanlig juridisk metode som er utviklet over tid selv om det finnes visse variasjoner innenfor de enkelte juridiske disipliner. På strafferettens område vil lovkravet som er fastsatt i Grl. § 96 1. punktum legge strengere føringer på tolkningen av de enkelte straffebud enn i spørsmål knyttet til straffeprosessuelle spørsmål da det her ikke er et spørsmål om

---

<sup>34</sup> Eckhoff, Torstein: rettskildelære, oslo 2005.

<sup>35</sup> Innst. 1969 s 197.

<sup>36</sup> Echoffl, Thorstein rettskildelære s. 284.



straffeskyld selv om spørsmålet vil kunne få like vidttrekkende konsekvenser i saker der det kun foreligger ett bevis og dette er omtvistet.

EMK er ansett for å være en folkerettslig tekst og Wien-konvensjonen<sup>37</sup> trekker opp rammer for tolkningen av folkerettslige traktater. Norge har riktignok ikke ratifisert denne konvensjonen, men Wien-konvensjonen er å anse som en kodifisering av folkerettslig sedvane og legger følgelig bindinger for tolkning av traktater også for Norges vedkommende. Av særlig relevans knyttet til tolkningen av traktater fremgår det av Wien-konvensjonens artikkel 31-33 der det fastslås at utgangpunktet for tolkningen er den alminnelige språklige forståelse av ordlyden i originalspråket og sett i lys av den enkelte konvensjons sammenheng og formål. For EMK er originalspråkene engelsk og fransk og skal gis forrang foran andre oversettelsesspråk ved en eventuell motstrid.

Når de enkelte ord og uttrykk som er angitt i konvensjonens skal gis et nærmere regelinnhold er dette et ansvar som primært er tillagt Den europeiske menneskerettsdomstol i samsvar med deres juridiske metode. Det er således denne domstol som skal sørge for rettsutviklingen av konvensjonen. Dette er også uttalt av Høyesterett i plenum i saken inntatt i Rt. 2000 s.996 på side 1007 der førstvoterende uttaler:

*”... selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser”.*

Denne avgjørelsen tilsier at Høyesterett vil være tilbakeholdne med å innfortolke nye regler knyttet til bevisavskjæring tolket i lys av menneskerettighetene. Høyesteretts rettskapende virksomhet vil med dette primært forholde seg til de interne rettskilder og EMDs praksis etter hvert som denne utvikles.

---

<sup>37</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties

EMD har avsagt flere avgjørelser som er knyttet til bevis og bevisavskjæring som skal gis gjennomslagskraft i norsk rett og ved motstrid gis forrang jfr mrl. § 3.

## **2 Læren om de ulovlige ervervede bevis**

### **2.1 Generelt om de ulovlig ervervede bevis**

Når spørsmålet om bevis skal kunne avskjæres i straffesaker melder seg blir spørsmålet tradisjonelt sett behandlet under det som omtales som ”læren om de ulovlige ervervede bevis”. Innholdet til denne lære vil i all hovedsak avhenge av Høyesteretts rettsskapende virksomhet på området. Grunnlovens §§ 96 og 102 og EMK med tilhørende avgjørelser avsagt av EMD innenfor liknende saksforhold vil kunne sette skranker for Høyesteretts videre utvikling av denne lære.

Hvilke bevis som det er tale om å anvende i straffesaker vil i all hovedsak være innhentet av politi og påtalemyndighet og vil knytte seg til de ordinære og ekstraordinære etterforskningsmetoder. Til de ordinære bevismidler hører for eksempel vitneavhør, siktedes forklaring under avhør, ulike typer av realbevis som kan være ulike gjenstander som inneholder diverse informasjon eller det kan være selve menneskekroppen der man gransker skadelidt etter for eksempel en voldtekt. Til de mer ekstraordinære etterforskningsmetodene tilhører disse i all hovedsak de etterforskningsskritt som foretas uten at mistenkte er klar over at de blir foretatt og vil foregå i det skjulte og vil for eksempel omfatte hemmelig telefonavlytting, teknisk sporing og skjult fjernsynsovervåking.

Det vil unntaksvis også kunne være omtvistede bevismidler som er innhentet av private slik Rt-1991-616 viser. Her hadde en arbeidsgiver uten arbeidstakers kunnskap satt opp et kamera i et forsøk på å avdekke mistanke om underslag.

## 2.2 Begrepsavklaring

Hvilket konkret innhold som ”ulovlig” tilsiktes å skulle ha er det ikke tatt stilling til av lovgiver. I forarbeidene til straffeprosessloven er det uttalt: ”Utkastet tar ikke standpunkt til spørsmålet om adgangen til å bruke bevis som er skaffet under tilsidesettelse av lovens regler”.<sup>38</sup> Denne uttalelsen gir en henvisning til at det er det lovstridige det her er snakk om og dette støttes også av en alminnelig språklig forståelse av uttrykket.

I juridisk teori<sup>39</sup> tolkes uttrykket et ulovlig ervervet bevis for det første til å omfatte de straffbare fremgangsmåter og som således vil kunne stride mot grunnlov, formell lov og konvensjon. Dette vil eksempelvis være tilfellet kunne når tortur benyttes for å fremkalle en tilståelse og vil stride mot grl.§96 og EMK art. 3 samt generelle straffebud som for eksempel strl. § 228 flg. om legemskrenkelser § 222 om tvang. Og videre vil det kunne omhandle tilfeller som er lov-, grunnlovs- eller konvensjonsstridige, men som ikke vil være straffbare på grunn av der de subjektive vilkår for straff ikke er oppfylt. Og endelig vil det kunne omfatte erverv som strider mot ulovfestet rett som er utviklet med Høyesterett i spissen.

Når det er snakk om at det er den lovstridige ulovlighet som skal være gjenstand for vurdering oppstår det naturlige spørsmålet om det kun er ulovlig innhentet bevis i strid med formell lov som skal avskjæres eller om også bevismidler innhentet i strid med trinnlavere rettsnormer og rettslige prinsipper også skal kunne avskjæres. Av interesse knyttet til førstnevnte problemstilling melder spørsmålet seg om bevis innhentet i strid med påtaleinstruksen skal regnes som ulovlig da det som ovenfor nevnt er en instruks og dens rettslige karakter har vært omtvistet.<sup>40</sup> Dette diskuteres nærmere i punkt 2.3.1.

Det kan reises spørsmål omkring knyttet til selve ervervelsen av de aktuelle bevisene. Det vanlige er at bevis i forbindelse med en straffesak blir ervervet av politiet under

---

<sup>38</sup> Innstillingen s 197.

<sup>39</sup> Aall, s. 304

<sup>40</sup> Se også Hov, rettergang I s 49.

etterforskningsstadiet med den konkrete saken for øye. Et spørsmål som har reist seg i praksis er om den ervervede informasjon skal kunne benyttes ved andre saker enn det som var formålet med innhenting spørsmål om såkalt overskuddsinformasjon. Dette spørsmålet ble reist i Rt. 1990 s 1008 der saken dreide seg om et fotografi som var innhentet lovlig i forbindelse med en automatisk trafikkovervåkning også kunne brukes som bevis for at andre straffbare forhold var begått som ikke var trafikkrelaterte. Det ble her forgjeves anført av domfelte i saksbehandlingsanken at bruken av denne informasjon krevde hjemmel i lov. Dette ble tilbakevist av Høyesterett under henvisning til prinsippet om fri bevisførsel og hensynet til sakens opplysning og forkastet dermed anken.

### 2.2.1 Dreining av ordlyden fra "ulovlig" til "utilbørlig"

Det har som inntil nylig vært vanlig å behandle spørsmålet om bevisavskjæring under spørsmålet om de ulovlig ervervede bevis. Nyere praksis vitner at det har blitt gjort en dreining i dette spørsmål til også å omfatte andre ervervs måter enn de ulovlige. Det har i en rekke dommer blitt presisert og særlig i de saker det har spørsmål som er knyttet av personvern. I Rt. 1991 s 616 mente Høyesterett at det kunne være diskutabelt om det hemmelige videoopptak kunne anses for å ramme positive lovhjemler. Men det som imidlertid var klart at en slik fremgangsmåte måtte ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet måtte anses som "uakseptable".

Denne språkbruk er senere gjentatt av Høyesterett. I Rt. 1997 s 795 der saken dreide seg om en tvist angående farens samværsrett. Moren til barna hadde her tatt opp samtaler faren hadde med barna uten farens vitende. Moren ønsket å fremlegge utskrift av disse samtaler som bevis. På side 796 blir det uttalt:

*"Straffeloven § 145a setter straff for den som ved lydbånd hemmelig gjør opptak av telefonsamtale mellom andre. A hadde foreldreansvaret og omsorgen for de to mindreårige døtrene da lydbåndopptaket fant sted, og hun gjorde seg neppe skyldig i noen straffbar overtredelse av bestemmelsen. Den ulovfestete adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min oppfatning rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til*

*veie ved en straffbar handling. Slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både illojale og støtende.” [Min utheving].*

I Rt. 2007 s. 920 er begge uttrykkene ”ulovlig” og ”utilbørlig” brukt for å beskrive det samme fenomenet, altså det rettsstridige erverv.<sup>41</sup>

Også i nyere lovgivning synes også språkbruken i å gå mot at det er de utilbørlige bevis fremfor de ulovlige bevis som skal være gjenstand for vurdering. I tvl. § 22-7 som er en bevisavskjæringshjemmel på generelt grunnlag er språkbruken ”utilbørlig” fremfor ”ulovlig” benyttet. I forarbeidene til tvl. er begrunnelsen for dette at det etter rettspraksis ikke er avgjørende om beviset er ervervet i strid med en lovregel og det vises til Rt.1991 s 616<sup>42</sup>.

Det vil videre i oppgaven bli benyttet ordet ”ulovlig” i den betydning at dette omfatter både brudd på formell lov og beviserverv i strid med ulovfestede rettsnormer da dette er et innarbeidet begrep.

## 2.3 Når foreligger et ulovlig ervervet bevis

### 2.3.1 Beviservervet strider mot formell lovgivning og instruks

Juridisk teori<sup>43</sup> anser at det klareste tilfellet hvor bevis er ulovlig ervervet er når disse er innhentet i strid med straffebestemmelser i formell lov enten dette er straffeloven eller straffesanksjonerte normer i spesiallover. Men straffbarhet vil ikke være å anse som et vilkår for at et bevis skal anses som ulovlig ervervet. Det vil da være tilfellet at ervervet rammes av ordlyden uten at handlingen kan betraktes som straffbar slik saken Rt. 1991 s 616 der det blant annet var et spørsmål om arbeidsgiver fremgangsmåten ved beviservervelsen hadde overtrådt arbeidsmiljøloven § 12 nr. 1 og § 19. Høyesterett kom

---

<sup>41</sup> Torgersen, runar, 2009.

<sup>42</sup> NOU 2001:32 B side 961 venstre spalte

<sup>43</sup> Bjørnvik/Selfors, Avskjæring av ulovlig bevis i tvistemål s 21.

under tvil til at ervervelsen hadde skjedd i strid med loven og ulovlig, men begrunnet det endelige domsresultatet på et annet grunnlag. Det ble uttalt på side 620 i anledning lovtolkningen:

*”Jeg nevner allerede her at bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant.”*

Arbeidsgiver påberopte seg for øvrig villfarelse knyttet til ervervelsen.

Juridisk teori har reist spørsmålet om bevis som er innhentet i strid med instruks skal anses som ulovlig. Det blir hevdet at spørsmålet ikke kan svares generelt, men vil avhenge blant av instruksens innhold og art<sup>44</sup>. Den meste sentrale instruks knyttet til beviserverv vil være påtaleinstruks som regulerer viktige hensyn for hvordan etterforskningen skal utføres. Som et utgangspunkt vil beviserverv i strid med påtaleinstruks anses som ulovlig ervervet, men dette må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Spørsmålet om brudd på instruks skal medføre avskjæring har vært opp for Høyesterett ved et par anledninger. I Rt. 1998 s. 21 var spørsmålet om det kunne benyttes lasermålinger i forbindelse med en trafikk kontroll og som var innhentet i strid med instruks for trafikk målinger kunne anvendes som bevis i saken. På side 25 uttales det:

*”Selv om det foreligger et instruksbrudd, innebærer ikke dette at målingen må settes til side hvis det kan utelukkes at det instruksstridige forhold har hatt betydning for måleresultatet. Det betyr heller ikke at enhver usikkerhet som er knyttet til et måleresultat, uansett hvor ubetydelig den måtte være, medfører at målingen skal forkastes. Men ved vurderingen av hvilken usikkerhet som kan aksepteres, må det tillegges vesentlig vekt at de begrensninger*

---

<sup>44</sup> Anders Bratholm, Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1959, s.112

*som instruksen fastsetter for bruk av slike apparater, må anses som rettssikkerhetsgarantier og at instruksbrudd som ikke er bagatellmessige, normalt bør føre til at målingen ikke kan benyttes.”*

### 2.3.2 Beviservervelsen strider mot legalitetsprinsippet

Reglene for etterforskningen er lite detaljregulert i Norge noe som gir påtalemyndigheten relativt vidt spillerom når bevis skal anskaffes. Det finnes likevel skranker for denne myndighet. Enkelte inngrep kan bedømmes som så inngripende at de må anses for å stride mot legalitetsprinsippet og krever følgelig hjemmel i lov for å foretas. Juridisk teori anfører at dette ervervet i strid med legalitetsprinsippet må anses som rettstridig.<sup>45</sup> Dette spørsmål var oppe i saken inntatt i Rt. 1936 s. 204. Her var saken at politiet ønsket å skaffe til veie bevis for en ulovlig utført abort ved å pålegge en kvinne en legeundersøkelse. Dette var det etter Kjæremålsutvalgets mening ikke adgang for politiet til å foreta til seg uten hjemmel i lov. Denne dommen illustrerer at hensynet til sakens opplysning og den frie bevisførsel må vike til fordel for ervervs måter som krever hjemmel i lov for å foreta.

I Rt. 1984 s 1076 uttales det i et obiter dictum:

*”I og for seg er det klart at enkelte etterforskningsskritt representerer et slikt inngrep ovenfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves hjemmel i lov.”*

Her hadde politiet trådt inn i en mistenkets telefonkontakt med en narkotikaleverandør fra utlandet og avtalt narkotikalevering i Norge. Politiets fremgangsmåte ble etter en helhetsvurdering ansett som forsvarlig og tiltalte ble domfelt.

### 2.3.3 Beviservervelsen strider mot grunnleggende prinsipper

Rettspraksis har vist at beviservervet ikke bare trenger å stride mot formell lov eller legalitetsprinsippet for å kunne avskjæres. Beviservervet kan også stride mot det som blir

---

<sup>45</sup> Aall, 1995, s 311.

ansett som ulovfestete prinsipper som er utviklet av Høyesterett. Juridisk teori<sup>46</sup> argumenterer for at når et beviserverv er anskaffet i strid med disse prinsipper vil dette være å anse som rettsstridig og følgelig skal det omstridte bevis avskjæres eller i hvert fall vektlegges i avskjæringsvurderingen. Det blir videre argumentert for at slik må det være da det i vurderingen av disse prinsipper alltid være snakk om en tilsidesettelse av fundamentale krav til etterforskningen.<sup>47</sup>

Dette spørsmål har vært reist i praksis og gjennombruddet for disse prinsipper ble avsagt i prinsippavgjørelsen Rt. 1991 s. 616 og som forøvrig regnes som det fremste prejudikat for avskjæring av bevis etter ulovfestete prinsipper.<sup>48</sup> Her var saksforholdet at en arbeidsgiver hadde mistanke om at en arbeidstaker bedrev underslag i form av å ikke registrere alle transaksjoner i kasseapparatet og tok disse penger til engen vinning. I denne forbindelse ble det foretatt video-opptak for å skaffe bevis for ugjerningen og uten at arbeidstakeren var klar over dette som bekreftet mistanken. Det ble først vurdert på side 623 argumentert for selve det rettslige grunnlaget for spørsmålet om det skulle vurdere spørsmålet under den tradisjonelle vinkelen om de ulovlig ervervede bevis eller om det skulle oppstilles et nytt prinsipp for avskjæring av bevis og Høyesterett uttalte:

*”I denne situasjon bør domstolene etter min mening ikke henge seg for sterkt opp i den språkbruk som ligger i den tradisjonelle spørsmålsstillingen om det er adgang til å føre et ulovlig ervervet bevis. Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn”.*

Her ble det ansett som tilstrekkelig at fremgangsmåten ved ervervelsen av beviset kunne stride mot ulovfestede prinsipper som i dette tilfellet var det ulovfestede personvern hensyn.

---

<sup>46</sup> Aall, 1995 s 312.

<sup>47</sup> Aall,s 312.

<sup>48</sup> Se også Nou 2001:32 s 961.



Det vil etter være klart at bevis som er innhentet i strid med lov, legalitetsprinsippet eller ulovfestede prinsipper som er utviklet av Høyesterett vil kunne bli ansett som ulovlig eller utilbørlig ervervet.

## 2.4 Overordnede hensyn knyttet til avskjæringsvurderingen

### 2.4.1 Det materielle sannhets prinsipp

”Materiell sannhet” benyttes gjerne som et stikkord for det som faktisk har skjedd og er det som norsk straffeprosess bygger på. Motsetningen til den materielle sannhet og som det amerikanske rettssystem bygger på er den prosessuelle sannhet, og som refererer seg til faktumet som etableres gjennom prosessuelle regler og som kan begrense domstolen tilgang til det materielt sanne saksforholdet. Dette innebærer at domstolen skal bygge på det som er å anse som en prosessuell sannhet selv om det kan være en risiko for at det ikke samsvarer med det som faktisk har skjedd. Det er i det Amerikanske rettssystem som følge av det prosessuelle prinsipp også opprettet flere regler knyttet til selve reglene for bevis (U.S. Federal Rules of Evidence (FRE)) enn det som er vanlig sammenliknet med rettssystemer som benytter seg av det materielle sannhetsprinsipp. Prinsippet er lovfestet i strpl. § 294 med følgende ordlyd; ”retten skal på embetets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst.” Innholdet til denne bestemmelse har Høyesterett beskrevet slik i Rt. 1998 s. 1182 på s. 1187:

*” I dette ligger også en plikt til å sørge for at bevisførselen blir gjennomført på en måte som så langt det er mulig, ikke etterlater uklarheter eller gir grunn til misforståelse.”*

Hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat gir en naturlig formodning om fri bevisføringsadgang.<sup>49</sup> Det vil etter dette prinsipp tilsi at partene skal kunne få føre tilstrekkelige bevis for å få saken opplyst. Begrensninger i denne adgangen krever et

---

<sup>49</sup> Torgersen s 22.

særskilt rettskildemessig grunnlag og dette er uttalt av Høyesterett i flere saker jfr. for eksempel Rt. 2002 s. 1744 der Kjæremålsutvalget på side 1746 uttaler:

*” Det følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse at partene som utgangspunkt kan føre de bevis de ønsker. For at et bevis skal kunne nektes ført, må det foreligge særskilt grunnlag for det.”*

Et eksempel på et slikt lovfestet grunnlag er strpl. § 292 der domstolen er gitt kompetanse til å avskjære bevis i tilståelsessaker som den for eksempel anser som tilstrekkelig bevis jfr. §292 (2) bokstav b).

Hvis man anser fri bevisføring som en hovedregel kan dette prinsipp ses på som et utgangspunkt jfr. Rt. 2003 s. 549 i avsnitt (17):

*”Jeg bemerker at utgangspunktet er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken for argumentasjonen og en sammenfatning av de sterke hensyn som gjør seg gjeldende for å tillate all relevant bevisføring. Av sterke reelle hensyn som ligger bak hensynet til fri bevisføring kan sies å være at sakens rette opplysning og som vil kunne tale mot bevisforbud. Hensynet til aktørenes følelse av at de har fått lagt frem saken sin i den bredde som er ønskelig vil være et annet sterkt hensyn som gjør seg gjeldende og taler mot bevisforbud”.*

I rettspraksis tillegges prinsippet knyttet til den materielle sannhet adskillig vekt. I Rt. 2003 s. 1814 uttales det i avsnitt (24):

*” Min konklusjon blir etter dette at hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut, og blir underlagt prinsippet om fri bevisbedømmelse, og at As interesse i at beviset ikke tillates, ikke er så tungtveiende at dette bør fravikes.”*

Det vil ofte være dette hensynet som begrunner bevisførsel til tross for at ervervet kan klassifiseres som ulovlig.

#### 2.4.2 Hensynet til å motvirke uønsket atferd – prevensjonshensynet

Et hensyn som kan tale for bevisforbud og dermed kan gjøre et innhugg i prinsippet om fri bevisførsel er prevensjonshensynet og vil kunne stå som et overordnet prinsipp i avveiningen om ulovlige bevis skal kunne føres til tross for feilaktig fremgangsmåte. Prevensjonshensynet sikter til at bevisavskjæring bør benyttes i større utstrekning ved ervervelse av ulovlige bevis i den hensikt at dette skal kunne ha en oppdragene effekt ovenfor beviserverver. Dette vil kunne være med på å sikre at myndighetene og andre i større grad vil benytte seg av en fremgangsmåte som samsvarer med gjeldende regelverk når man vet at det er en risiko for at de fremskaffede bevisene avskjæres av retten.<sup>50</sup>

Hensynet til å motvirke uønsket adferd knyttet til beviserverv er det inntatt en noe tilbaketrukket holdning til i forarbeidene til straffeprosessloven. Det blir argumentert for at hensynet til å disiplinere den ulovlige beviserverver med bevisavskjæring som reaksjon ikke er å anse som et viktig argument i Norge og at slike overtredelser heller bør motarbeides på en annen måte enn gjennom bevisforbud.<sup>51</sup> Det blir her gitt et uttrykk for at prevensjonshensynet er noe som angår amerikanske forhold i større grad enn her i Norge med begrunnelse av at det under slike omstendigheter kan tenkes at et bevis som er avgjørende for saken blir avvist, altså med begrunnelse til det materielle sannhets prinsipp. Spørsmålet om å disiplinere den ulovlige beviserverver har vært oppe for Høyesterett i flere saker.

I Rt. 1992 s 698 tok Kjæremålsutvalget opp spørsmålet om det var adgang til å føre et bevis som stammet fra en husransaking uten at huseier var blitt informert og dermed i strid med dagjeldende regler. Det ble uttalt på side 705:

---

<sup>50</sup> Aall 1995 s 300.

<sup>51</sup> Innst. 1969 s 197.

*”Dette må etter kjæremålsutvalgets syn være utgangspunktet også i tilfeller da den fremgangsmåte som er benyttet, ikke bare kan være gjenstand for disiplinære forholdsregler, men også for straffansvar.”*

Her ble det vist til forarbeidene<sup>52</sup> og gitt uttrykk for disiplineringshensyn burde motvirkes med andre reaksjoner enn bevisforbud.

I saken Rt. 1992 s 1088 som gjaldt spørsmål om politiprovokasjon ble det lagt til grunn på side 1091:

*”Jeg finner grunn til å tilføye at det kan være vanskelig generelt å angi i hvilke tilfeller etterforskning med provokasjonstilsnitt får den virkning at de fremprovoserte handlinger skal ansees som ikke straffbare. Ønsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn, men det kan være usikkert hvilken rekkevidde det her vil ha”.*

Her ble disiplineringshensynet ansett som et viktig hensyn men beviset ble likevel tillatt ført til tross for denne erkjennelsen.

En sak der disiplineringshensyn er tillagt adskillig mer vekt en de ovennevnte er Rt. 2001 s. 1476. Saken her gjaldt en hastighetsovertredelse der måleresultatet var frembrakt med laserfartsmåler. Det forelå flere brudd på instruksene som gjaldt for bruk av denne type fartsmåler og disiplineringshensynet ble tillagt vekt på side 1480 der det uttales:

*”Av hensyn til påliteligheten av fartsmålinger med laserapparater er det viktig at de krav som instruksene og brukerveiledningen stiller, blir overholdt. For at disse ikke skal bli undergravd i praksis, må brudd som ikke kan anses som bagatellmessige, tillegges konsekvenser.”*

---

<sup>52</sup> Innst. 1969 s 197.

Hensynet til prevensjon har i praksis vist at dette er av relevans også for private beviserververe. I Rt. 1991 s. 616 der det var et spørsmål om å anvende et ulovlig anskaffet videoopptak av en arbeidsgiver. Beviset ble her avskjært på grunnlag av ”vesentlige personvern hensyn”, men det ble uttalt på side 623:

*”Etter min mening taler vesentlige personvern hensyn for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebragt på denne måte. Ved en slik holdning vil domstolene motvirke denne form for krenkelser.”*

Her er det direkte uttalt at domstolen ønsker å motvirke at slike krenkelser skal skje i fremtiden og for den private beviserverver i saken her ble prevensjonshensynet vektlagt og beviset ble avskåret.

Juridisk teori anfører at disiplineringshensyn vil være et viktig moment når vurderingen av bevisforbud ikke knytter seg til om bevisføringen vil utgjøre en fortsatt krenkelse. Det blir videre argumentert for at hvis det oppdages systematiske lovovertridelser knyttet til politiets etterforskningsmetoder som vanskelig kan reageres med straff eller andre reaksjoner så bør avskjæring av bevis foretas av domstolen.<sup>53</sup>

#### 2.4.3 Hensynet til den alminnelige rettsfølelse

Av hensynet til den alminnelige rettsfølelse og tilliten til domstolene kan det tilsi at ulovlig ervervede bevis ikke skal kunne. Dette momentet er tillagt vekt i forarbeidene til straffeprosessloven der det uttales:

*”Det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f.eks. at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler.”<sup>54</sup>*

---

<sup>53</sup> Torgersen s ?.

<sup>54</sup> Innst. 1969 s. 197

I praksis har dette også blitt lagt til grunn i Rt. 1994 s. 1139 der det uttales på side 1141:

*”Jeg finner det som utgangspunkt vanskelig å akseptere at politiforklaringer som er avgitt under ”et løfte om amnesti”, skal kunne kreves opplest etter straffeprosessloven § 290.”*

Det vil også kunne virke støtende ovenfor den alminnelige rettsfølelse om en lovovertreder som har gjort seg skyldig i svært alvorlige forbrytelser skal kunne gå fri på grunn av formelle og rigide bevisregler og at den materielle sannhet av den grunn ikke kommer frem.

## 2.5 Vurderingstema knyttet til om bevis skal avskjæres

Selv om et bevis blir ansett som ulovlig ervervet er ikke dette i seg selv tilstrekkelig begrunnelse for avskjæring. Selve spørsmålet om avskjæring har av Høyesterett blitt ansett som en to-ledds prosess der det første spørsmålet er om et bevis er ulovlig ervervet og i så fall om dette skal tillates ført for retten til tross for denne ulovligheten. Dette er uttalt i Rt. 1991 s 616 på side 618 der det sies:

*”... skal video-opptaket kunne nektes brukt som bevis, må det være fordi det må anses som tilveiebrakt på ulovlig måte, og sakens første spørsmål blir således om vi står ovenfor et ulovlig ervervet bevis. Hvis så er tilfelle blir det neste spørsmål om beviset likevel skulle tillates ført”.*

For at bevis skal kunne avskjæres er det ikke tilstrekkelig at det er ulovlig ervervet som ovenfor nevnt. Dette har sammenheng med at materielle sannhetsgrunnsetning betones sterkt innenfor vårt prosesssystem. Tradisjonen i Norge har vært å være liberal på dette punktet under henvisning til den frie bevisførsel, men samtidig å tillegge den vekt det ulovlige bevis fortjener sett i lys av ulovligheten i bevisbedømmelsen. Tatt dette i betraktning har juridisk teori<sup>55</sup> oppstilt tre tenkelige løsninger i behandlingen som følge av at bevis er ulovlig ervervet. Man kan for det første tenke seg at ethvert ulovlig bevis alltid

---

<sup>55</sup> Jørgen all, anders bratholm.

skal avskjæres uten nærmere vurdering, eller at det er fritt frem og at alle bevis uansett ervervs måte skal kunne fremlegges eller at bevisføring kan tillates ført til tross for den ulovlighet som hefter ved ervervlsen. De to førstnevnte posisjonene blir ansett som sterke da det her er snakk om enten-eller løsninger og der det skal legges til grunn en vurdering omtales som en mellomposisjon og taler for at spørsmålet om bevisavskjæring ikke skal løses etter noen fast regel.<sup>56</sup> Forarbeidene til straffeprosessloven skisserer også denne løsning der det uttales:

*”... det lar seg ikke å gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis”<sup>57</sup>*

Høyesterett har klart inntatt den samme posisjon i Rt. 2006 s 582 der saken dreide seg om avskjæring av bevis som var foretatt på grunnlag av en ulovlig ransaking og det ble uttalt: ”det klare utgangspunkt i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres” (avsnitt 22). Uttalelsen her viser at norsk rett ikke har inntatt noen sterk posisjon som automatisk vil føre til avskjæring av bevis selv om det hefter visse mangler ved selve innhenting. Av andre saker som har vært oppe for Høyesterett har det vært fremholdt at det må foretas en ”bred avveining” (Rt. 2003 s 1266) eller en ”interesseavveining” jfr. For eksempel Rt. 2002 s. 1500 eller at det skal foretas en ”konkret helhetsvurdering” som det ble fastslått i Rt. 2000 s 1345 på side 1348.

Det som etter vil Høyesteretts praksis vil være gjenstand for vurdering er en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfellet selv om ordbruken varierer. Det vil særlig være to viktige hensyn stå sterkt mot hverandre der det særlig er hensynet til den anklagedes rett til en rettferdig rettergang på den ene siden og hensynet til at rettsavgjørelser skal være riktige materielt sett og utgangspunktet for bevisførselen som er at partene kan føre de relevante bevis som partene ønsker. Et unntak fra dette prinsipp krever særlig begrunnelse.<sup>58</sup> Hvilke

---

<sup>56</sup> Torgersen s 97.

<sup>57</sup> Inst. 1969 s 197.

<sup>58</sup> Torgersen s 102.

unntak dette eventuelt kan sies å omfatte vil være temaet videre for oppgaven, altså hvilke momenter som Høyesterett har valgt å vektlegge i sin vurdering av spørsmålet.

### 2.5.1 Fortsettelse av det knyttet ervervet

Rettspraksis og juridisk teori anser at et sentralt moment i helhetsvurderingen vil være om selve bevisføringen vil kunne representere en krenkelse av samme karakter som fant sted ved selve beviservervet. Selve språkbruken som Høyesterett har benyttet seg av i dette spørsmål er ”gjenntatt krenkelse”, ”fortsatt krenkelse” eller ”fornyet krenkelse”. Den språklige forståelsen av de forskjellige uttrykksmåter må sies å kunne henviser til situasjoner som er av relativt likeartet karakter. Juridisk teori<sup>59</sup> anfører at det må være bevisforbud når føringen vil representere en fortsettelse av det aktuelle rettsbruddet.

I Rt 1991 s 616 på side 623 blir det uttalt: ”Det vil virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt, og det vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket”

Spørsmål som knytter seg til om brudd på taushetsplikten innebærer en fortsatt krenkelse ved bevisføringen var oppe i saken inntatt i Rt. 1997 s 1778 der saken dreide seg om voldtekt av en samboer. Forklaringene hadde blitt ervervet som følge av brudd på helsepersonells taushetsplikt. Høyesterett uttalte:

*”Jeg er enig med lagmannsretten i at bruddet på taushetsplikten ikke kan ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses ulovlig ervervet. For domstolene reguleres spørsmålet om taushetsplikt for sykehusets leger og annet personale av straffeprosessloven § 119. Det følger av bestemmelsen at retten ikke må ta imot forklaring om noe som er betrodd disse uten samtykke fra den som har krav på hemmelighold. Som allerede nevnt, må de bevis som er en direkte følge av et brudd på taushetsplikt i et slikt tilfelle avskjæres. Bestemmelsen i § 119 rekker ikke videre. Den rammer således ikke de bevis - vitneforklaringer m v - som senere ble ervervet i denne saken. Det kan riktignok ikke helt*

---

<sup>59</sup> Andenæs, norsk straffeprosess I s 269-273.



*utelukkes at bevisene på annet særlig grunnlag må avskjæres. Men som lagmannsretten, mener jeg at det ikke var grunnlag for å nekte bevisene ført i den foreliggende sak, og jeg kan i det vesentlige også slutte meg til lagmannsrettens begrunnelse. I dette tilfellet ble politiet umiddelbart kjent med saken. Hvorvidt politiet på annen måte ville ha blitt kjent med forholdet, kan etter mitt syn ikke være avgjørende, og dette ville også være et vanskelig bevisetema. Hensynet til vern av taushetsplikten er viktig, men dette hensyn ivaretas - som lagmannsretten også har pekt på - av bestemmelsene i straffeloven. Jeg viser til straffeloven § 121 og § 144.”*

I Rt. 1999 s 1269 fikk gjentakelseskriteriet en sentral betydning. Saken her gjaldt en fengselsbetjent som var mistenkt for å ha bistått en fange med å rømme fra fengselet. Under etterforskningen ble det benyttet en innsatt fange som politiagent i håp om å få fengselsbetjenten til å avsløre seg med hjelp av mikrofon og båndopptaker. Høyesterett uttalte på side 1272: Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Av dette kan det utledes at når man står ovenfor bevis som innebærer en fortsatt krenkelse av det opprinnelige rettsbrudd vil dette være et særlig sterkt argument som overstiger prinsippet om den materielle sannhet og skal avskjæres i de aller fleste tilfeller. Videre i oppgaven vil det drøftes hvilke momenter som vektlegges av Høyesterett når spørsmålet ikke knytter seg til spørsmålet om fortsatt krenkelse av det samme rettsbrudd og som dermed vil inngå i interesseavveiningen.

### 2.5.2 Interesseavveiningen og tilhørende momenter

I juridisk teori blir det sondret mellom ulike grupper ulovlighet som skal tillegges betydning i spørsmålet.<sup>60</sup> På generelt grunnlag anføres at den må sondres etter en sannsynlighetsvurdering om ulovligheten har påvirket bevisets kvalitet eller ikke. Videre

---

<sup>60</sup> Andenæs s241flg, finn nyere utgave.

må det vektlegges om det vil krenke noen beskyttelsesverdig interesse om beviset tillates ført, videre vil en vurdering av hvor alvorlig ulovligheten er kunne spille en rolle i vurderingen, grovheten til forbrytelsen og endelig om beviset er til gunst eller skade for tiltalte. Rettspraksis har definert hvilke av disse momentene som vil kunne anses av å være av relevant og hovedsiktemålet vil være om bevisføringen skal kunne foretas til tross for den ulovlige ervervs måte i et forsøk på å avdekke den materielle sannhet. De mest relevante momenter vil bli gjennomgått i det følgende.

#### 2.5.2.1 Krenkelsens grovhet knyttet til beviservervelsen

Grovheten til krenkelsen forbundet med å skaffe beviset vil være et sentralt moment i vurderingen. Alvorlighetsgraden vil kunne spenne over et vidt felt, alt fra tortur i den hensikt i å oppnå en tilståelse til overtredelse av mindre graverende forhold som for eksempel en ulovlig ransaking uten at ”skjellig grunn til mistanke” jfr. Strpl § 171 flg. foreligger. Hvordan de ulike krenkelser skal vektlegges i den enkelte sak vil kunne være et spørsmål om hvilke interesser som blir ansett krenket.<sup>61</sup> Det vil her kunne dreie seg om krenkelser i form ulike varianter eksempelvis overtredelse av straffesanksjonerte normbrudd, ulike typer i knyttet til selve tvangsmiddelbruken av at straffesanksjonerte normbrudd har blitt begått. De ulike hensyn vil kunne spille inn i denne vurdering som tilsier at dess grovere rettsbruddet er dess sterkere virker hensynet til prevensjon inn og den materielle sannhetsgrunnsetningen vil nedbetones.

Kriteriet har flere sider knyttet til seg. Det vil i denne vurderingen være relevant om det ulovlige erverv kan knyttes til en forsettelig eller en uaktsom handling utført av politiet. Det vil videre kunne være et relevant moment hvilken interesse som rettsbruddet krenker. Og endelig vil det være relevant hvilke regler som er overtrådt.

#### 2.5.2.2 Forsettelig eller uaktsom krenkelse

Det antas i juridisk teori at domstolene i større grad aksepterer bevis som det hefter feil med hvis denne feilen har sitt opphav i en uaktsomhet ervervs måte enn ved en forsettelig handling. Dette vil være av hensynet til prevensjon som kan spille inn når det kan sies at

---

<sup>61</sup> Toregersen s 135.

politiet har spekulert i en tvilsom beviservervelse at det raskere vil føre til avskjæring enn ved den uaktsomme handling eller ved en unnskyldelig villfarelse.<sup>62</sup> I Rt. 1992 s 698 på side 706 kom retten til at politiet og påtalemyndighet bevisst hadde tilsidesatt straffeprosessens regler om ransaking og at dette ville kunne tale mot anvendelsen av det ervervede beviset. Men beviset ble tillatt ført da det ikke kunne antas at det regelbrudd som hadde skjedd kunne sies å ha innvirket på de bevis som saken gjaldt. Her ble det altså gitt anledning til å føre beviset til tross for at politi og påtalemyndighet forsettelig hadde overtrådt gjeldende regler om ransaking. Det ble vurdert at andre hensyn skulle veie tyngre slik som forbrytelsens grovhet.

### 2.5.2.3 Hvilke regler er overtrådt

Det har vært hevdet i juridisk teori det vil ha relevans om beviservervet har medført at det har skjedd et materielt inngrep eller om det kun er snakk om en overtredelse av lovens formforskrifter. Særlig hvis beviset har vært ervervet på bakgrunn av en straffbar handling. Det antas at det er en vesentlig forskjell mellom å beslaglegge et bevis som loven helt utelukker som eksempelvis vil kunne være en tiltaltes legejournal enn bevis som politiet kunne ha skaffet seg på lovlig måte bare riktig fremgangsmåte hadde blitt benyttet. Det blir imidlertid anført at Høyesterett ikke har satt til side et bevis med begrunnelse av at det strider mot formell lov.<sup>63</sup>

Juridisk teori<sup>64</sup> anfører videre at dette er nesten riktig og viser til Rt. 1999 s 1269. Her ble var bevisførselen å anse som stridende mot blant annet strpl. § 232 som knytter seg til tiltaltes rett til å forholde seg taus. Bevisene ble ikke tillatt ført da de ble ansett for å virket bestemmende på dommens innhold ble lagmannsrettens dom opphevet.

Brudd på formell lov vil ikke være en nødvendig betingelse for å avskjære et ulovlig ervervet bevis og andre momenter vil kunne være relevante, men det vil være et strekt argument for avskjæring særlig ved de straffbare erverv.

---

<sup>62</sup> Bratholm s 118-119.

<sup>63</sup> Bratholm s 119, Aall 312 og 314

<sup>64</sup> Torgersen, s 156.

#### 2.5.2.4 Forbrytelsens grovhet

Selve alvorlighetsgraden knyttet til tiltaltes lovbrudd har blitt ansett som et vesentlig moment i vurderingen av juridisk teori<sup>65</sup> og rettspraksis. Det er antatt at behovet for å straffe øker etter hvert som grovheten til de handlinger som er utført øker. Det antas at i de mer bagatellmessige saker melder ikke hensynet til bevisføring i like stor grad som ved de alvorlige. I Rt.1992 s 698 der saken dreide seg om spionasje som tradisjonelt sett har blitt regnet som særlig grov forbrytelse uttalte Høyesterett på side 706 at graden av forbrytelsens grovhet vil være et moment av "vesentlig betydning". Dette har antakeligvis sammenheng med at statens interesse i å straffe øker etter hvert som alvorlighetsgraden i den påståtte forbrytelsen øker. Juridisk teori<sup>66</sup> begrunner et slikt standpunkt med at hvis det er fare for at siktede vil antas å begå nye farlige forbrytelser hvis ikke han tas hånd om, altså at målet helliger middelet i motsetning til at det samme regler skal gjelde for alle straffbare lovbrudd.

Av andre saker som bevis ikke har blitt tillatt ført og som ikke er å anse som bagatellmessige lovbrudd er dommene som er inntatt i Rt. 1991 s 616 og Rt. 1999 s. 1269 som gjaldt henholdsvis underslag og bistand til rømning. I denne vurderingen som Høyesterett foretok ble det ikke lagt avgjørende vekt på lovbruddets alvorlighetsgrad.

#### 2.5.2.5 Bevisets kvalitet – pålitelighet

Juridisk teori og rettspraksis har trukket frem selve verdien som det ulovlige beviset representerer. For de lovlige bevis vil en usikker bevisverdi inngå i den frie bevisbedømmelsen og vil således ikke representere noe problem utover de

---

<sup>65</sup> Bratholm s 131 jfr. s 116, Aall s314

<sup>66</sup> Se Torgersen s 176 og Bratholm (ulovlig fremskaffet bevis).

prosessøkonomiske. Når bevis ikke kan anses som lovlig ervervet vil dette kunne være med på å svekke bevisets pålitelighet.<sup>67</sup>

Påliteligheten til selve beviset har Høyesterett har ansett som et relevant moment i vurderingen om beviset skal tillates ført. I Rt. 2004 s 858 uttales det i avsnitt 18:

*”Dersom beviset er blitt til på en ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite å stole på...”*

Det har også blitt vektlagt i hvilken utstrekning det har vært mulig å imøtegå påliteligheten til bevisføringen av tiltalte. I Rt. 2003 s. 1814 avsnitt 23:

*”Når man ikke står overfor en situasjon som i saken fra 1999, men hvor feilen utelukkende består i at politiet før avhøret ikke har gjort den mistenkte oppmerksom på at vedkommende ikke har forklaringsplikt, må det etter min mening ....., legges avgjørende vekt på om den siktede, i dette tilfellet A; på ethvert trinn av saken har fått anledning til å bestride og føre motbevis vedrørende riktigheten av det aktuelle beviset. Saken her dreide seg om uttalelser som var avgitt av mistenkte uten at ham var blitt gjort kjent med sin rett til å ikke forklare seg.”*

#### 2.5.2.6 Et eller flere bevis

Det vil kunne ha stor betydning om det omtvistede bevis er det eneste bevis i saken eller om det er flere bevis. Det er åpenbart når saken står og faller på et bevis som er ulovlig ervervet øker risikoen for feilaktige avgjørelser. Hensynet til sakens opplysning vil tale med økt styrke for at beviset skal forbys under rettergangen dess større betydning beviset antas å ha.

---

<sup>67</sup> Aall s314, strandbakken uskyldpresumsjonen s 183-184, Andenæs norsk straffeprosess I s 269.

Juridisk teori<sup>68</sup> antar at det er mindre betenkelig å avskjære et ulovlig ervervet bevis når dette antas å ha liten betydning for sakens utfall enn når et bevis er helt avgjørende for sakens utfall.

I rettspraksis er momentet vektlagt i en rekke dommer. I Rt. 1992 s. 698 uttales det på side 706:

*”Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart.”*

#### 2.5.2.7 Hvem er det som har ervervet beviset

Det blir anført i teorien at det vil kunne ha betydning for hvem det er som har anskaffet beviset og vil ha nær sammenheng med hensynet til prevensjon av ulovlige ervervs måter utført av det offentlige. Aall beskriver situasjonen slik på side 316:

*”det er et naturlig utgangspunkt at domstolenes ansvar for å motvirke denne form for krenkelser må gjøre seg gjeldende med særlig styrke når offentlige myndigheter står bak.”*

#### 2.5.2.8 Er beviset til gunst eller til ugunst for tiltalte

Det strenge beviskrav som straffeprosessen legger opp til gjennom favor definisjon prinsippet bygger på den antakelse at den siktede ikke har de samme midler til rådighet i straffeprosessen som påtalemyndigheten har. Prosessen blir ofte omtalt som ”rått parti” til fordel for det offentlige. Det blir i denne forbindelse gitt tiltalte visse fordeler som skal være med på å balansere dette styrkeforholdet.

Selv om det kan argumenteres for at siktedes adgang til å føre bevis i noen utstrekning kan være større når de omtvistede bevis er til hans fordel vil dette bare være et moment i vurderingen. I Rt. 1996 s. 1114 hadde mistenkte i saken tilstått å ha brent ned huset sitt for å kunne kreve forsikringspenger under avhør. Han gjorde senere gjeldende at han følte seg

---

<sup>68</sup> Bratholm, s 120-121

presset til å tilstå. Han ønsket senere å styrke sin troverdighet ved å foreta en løgndetektortest. Her ble beviset avskåret på ulovfestet grunnlag til tross for at det ikke ble ansett som ulovlig. Det ble uttalt på side 1118-1119:

*” Etter min mening kan det imidlertid helt unntaksvis tenkes at det - på ulovfestet grunnlag - også må nektes ført bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte, og selv når det er siktede som ønsker å føre det. Men det er åpenbart at det må meget sterke og tungtveiende hensyn til for en slik nektelse, og disse hensyn må være sterkere jo svakere forankring eller tilknytning en nektelse vil ha til straffeprosesslovens regler vurdert ut fra reglernes ordlyd og i lys av lovforarbeidene. De hensyn som kan tenkes å bære en slik nektelse, må være tungtveiende generelle rettsikkerhets- eller personvern hensyn som mer enn oppveier de rettsikkerhetsmessige betenkeligheter ved å nekte den aktuelle type bevis ført.”*

#### 2.5.2.9 Tidspunktet for avskjæringsspørsmålet

Juridisk teori<sup>69</sup> har reist spørsmålet om hvorvidt tidspunktet for når spørsmålet om bevisavskjæring kan anses relevant i vurderingen. Tidspunktet for bevisavskjæring kan som ovenfor nevnt bli reist i forkant for eller under hovedforhandlingen eller eventuelt i behandlingen av ankesaken. Rettspraksis synes imidlertid ikke å ha vektlagt dette moment i særlig utstrekning. En dom som angikk en sivil sak og er inntatt i Rt 2004 s. 1366 uttales det at lagmannsrett bør ha den samme tilgang til bevis som underinstansen med mindre særlige hensyn skulle tilsi noe annet. Her ble døren holdt åpen for at det kunne inntre situasjoner der når spørsmålet ble reist kunne ha relevans. I straffesaker derimot der det i større utstrekning er ønske om materielt sett riktige dommer vil dette hensyn neppe

---

<sup>69</sup> Aall, rettergang om menn s 315, bratholm s 121.

tillegges noen avgjørende vekt. Men det kan nok tenkes at det i mer bagatellmessige saker vil kunne tillegges mer vekt enn i de mer alvorlige sakene der konsekvensen av en uriktig dom ikke vil kunne få det helt katastrofale utkom.

#### 2.5.2.10 De smittede bevis – ”dominoeffekten”

Om føringen av et bevis som er avledet fra et annet opprinnelig ulovlig bevis skal kunne tillates ført eller om det skal anses å ha en ”dominoeffekt” på de øvrige bevis er et spørsmål som har vært opp for Høyesterett. I Rt. 1997 s. 1778 der saken gjaldt fornærmedes politiforklaring der hun hadde anklaget sin samboer for voldtekt. Politiet hadde fått kjennskap til saken gjennom en ansatt ved et sykehus som hun var blitt fraktet til. Ingen formelt politiavhør hadde blitt foretatt på sykehuset, men dette ble gjort på lensmannskontoret dagen etter. Da hun var å betrakte som nærstående i saken skulle hun ha blitt gjort oppmerksom på at hun hadde rett til ikke å forklare seg i henhold til retten som er foreskrevet i strpl. §122 jfr. § 235 hvilket hun ikke ble. Hun ble på nyt avhørt seks uker senere og der var da et spørsmål om denne feilen ved det opprinnelige avhøret var å anse som reparert. Høyesterett gjengir fra lagmannsretten på side 1781:

*” Jeg er enig med lagmannsretten i at bruddet på taushetsplikten ikke kan ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses ulovlig ervervet”*

Det ble her ikke tillagt vekt at det opprinnelige omtvistede bevis skulle ha konsekvens for de øvrige selv om dette var det vesentlige bevis.

## 2.6 Oppsummering av bevisavskjæring etter intern rett

Når spørsmålet om bevisavskjæring melder seg må det foretas en konkret helhetsvurdering av om de ulovlige bevisene skal tillates ført. Det vil særlig være sentralt i vurderingen av om bevisførselen vil representere en fortsatt krenkelse som også er fastslått av Høyesterett i en rekke dommer og støttes av juridisk teori. Foruten dette sentrale momentet som står i en særstilling vil mangeartete momenter som ovenfor nevnt kunne tillegges vekt som alt i det vesentlige vil måtte vurderes opp mot hensynet til sakens materielle sannhet.



### 3 De konvensjonsstridige bevis

#### 3.1 Rettslig grunnlag

Spørsmålet om og i hvilken utstrekning føring av de ulovlige ervervede bevis skal tillates ført må primært finne sin løsning innenfor det enkelte lands interne prosessrett. Selv om dette er tilfellet har spørsmålet om avskjæring av bevis vært stilt ovenfor EMD ved flere anledninger og som vil kunne ha relevans for norsk straffeprosess. Det er ingen bestemmelser i EMK som direkte regulerer adgangen til å avskjære bevis, men enkelte fremgangsmåter har vist seg å være i konflikt med prinsippet om ”rettferdig rettergang” i art. 6 og som vil være gjenstand for vurderingen om bevis skal avskjæres eller ikke. Dette ble fastslått av EMD i Schenk-saken<sup>70</sup> der det uttales:

*”while art. 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk`s trial as a whole was fair.”*

Som det her fremgår vil domstolen etter en helhetsvurdering kunne vurdere om de ulovlig ervervede bevis skal kunne føres under hensynet til ”rettferdig rettergang” i artikkel 6

Lignende formuleringer som bekrefter at EMK ikke oppstiller generelle regler for hvordan ulovlige bevis skal håndteres er gjentatt i en rekke andre dommer som for eksempel i P.J og J.H. saken<sup>71</sup> der det uttales i avsnitt 76:

*”The Court reiterates that its duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention.*

---

<sup>70</sup> Judgment Schenk v. Switzerland Application no. 10862/84.

<sup>71</sup> Judgment P.G and J.H v. The United Kingdom Application no. 44787/98

*In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law (see Schenk v. Switzerland, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46, and, for a more recent example in a different context, Teixeira de Castro v. Portugal, judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1462, § 34). It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the alleged “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found”.*

### 3.2 Typetilfeller

Typetilfellene om bevis er ulovlig ervervet etter EMK vil være om ervervet strider utelukkende med nasjonal rett, om det kan sies at det har skjedd utelukkende i strid med konvensjonens bestemmelser eller om det har foregått erverv i strid med både nasjonal rett og konvensjonens bestemmelser.

### 3.3 Generelle vurderingsmomenter for EMD

Det som vil være gjenstand for vurdering når saken står for EMD er om de ulovlig ervervede bevis har resultert i at rettergangen kan betraktes som ”unfair” etter art. 6. Inne i denne vurdering har EMD ansett flere momenter som relevante. Og i det følgende vil de mest sentrale momentene bli drøftet.

### 3.3.1 Kontradiksjon

Om retten til kontradiksjon generelt under hele rettergangen kan sies å ha vært ivarettat er et moment som EMD vektlegger i sin vurdering av om rettergangen kan sies å ha vært ”fair”. Innholdet vil være om tiltalte har hatt mulighet til å føre alle de relevante bevis – herunder relevante vitner samt retten til å krysseksaminere aktoratets vitner.<sup>72</sup> Dette ble blant annet vektlagt i Schenk-saken der det ble uttalt i avsnitt 47:

*” Moreover, counsel for the applicant could have examined Mr. Pauty - who had been summoned as a witness - during the trial at the Rolle Criminal Court “*

I nær sammenheng med hensynet til kontradiksjon er om tiltalte kan sies å ha hatt tilstrekkelig mulighet til å bestride ektheten av beviset og bruken av det og er ansett som et relevant moment av EMD. Det blir uttalt i Jalloh-saken<sup>73</sup> i avsnitt 96:

*”In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had to whether the rights of the defence have been respected. It must be examined in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use”.*

Det vil også være sentralt om de nasjonale domstoler har hatt adgang til å avskjære de omtvistede bevis hvis denne føring vil kunne sies å stride mot en ”fair” rettergang. Dette ble lagt til grunn i blant annet Kahn-saken<sup>74</sup> der det uttales i avsnitt 38:

*“With specific reference to the admission of the contested tape recording, the Court notes that, as in the Schenk case, the applicant had ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording. He did not challenge its authenticity, but challenged its use at the voir dire and again before the Court of Appeal and the House of Lords. The Court notes that at each level of jurisdiction the domestic courts assessed the*

---

<sup>72</sup> Jebens 324.

<sup>73</sup> Judgment (plenary) Jalloh v. Germany Application no. 54810/00

<sup>74</sup> Judgment Khan v. The United Kingdom Application 35394/97

*effect of admission of the evidence on the fairness of the trial by reference to section 78 of PACE, and the courts discussed, amongst other matters, the non-statutory basis for the surveillance. The fact that the applicant was at each step unsuccessful makes no difference.”*

Og uttaler videre i avsnitt 39:

*” The Court would add that it is clear that, had the domestic courts been of the view that the admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness, they would have had a discretion to exclude it...”*

I saken P.G. og J.H. mot Storbritannia blir det presisert ytterligere og det uttales i avsnitt 79:

*” Furthermore, as in Schenk and Khan, the present applicants had ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recordings. They did not challenge their authenticity, but challenged their use at the voir dire at which the trial judge assessed the effect of admitting the evidence on the fairness of the trial.”*

### 3.3.2 Bevisverdien – påliteligheten

Hvis beviset i større utstrekning kan anses som pålitelig vil dette kunne være et moment som taler til fordel for å føre beviset og ingen krenkelse av artikkel 6 foreligger. I Kahn-saken I avsnitt 37 var dette et sentralt moment der det ble uttalt:

*“In the present circumstances, where the tape recording was acknowledged to be very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker.”*

Her ble det lagt til grunn at beviset kunne tillates ført under henvisning til at beviset ble ansett som et sterkt bevis og at det ikke var noen risiko for at innholdet ikke skulle være å være korrekt.

Dette er også lagt til grunn i Jalloh-saken der det uttales i avsnitt 96:

*”While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker...”*

I Kahn-saken i avsnitt 37 ble momentet vurdert slik:

*”The Court next notes that the contested material in the present case was in effect the only evidence against the applicant and that the applicant's plea of guilty was tendered only on the basis of the judge's ruling that the evidence should be admitted. However, the relevance of the existence of evidence other than the contested matter depends on the circumstances of the case.”*

Det vil være i denne forbindelse være sentralt om bevispåliteligheten er påvirket av ulovligheter knyttet til beviservervelsen i vurderingen av om rettergangen kan sies å ha vært ”fair” etter art. 6. Det gir god mening at det vil være i strid med den rettfærdige rettergang å benytte seg av beviserverv som er å anse som usikkert på grunn av regelbrudd knyttet til anskaffelsen. Det kan virke som urimelig å utsette tiltalte for en økt risiko for en feilaktig vurdering av bevisene når disse stammer fra rettsstridige forhold knyttet til etterforskningen.<sup>75</sup>

### 3.3.3 Ervervsmåten

EMD har i likhet med norske domstoler ansett at selve ervervsmåten av beviset vil kunne være relevant i om dette skal kunne føres. Hvis ervervsmåten kan sies å stride mot de mer grunnleggende rettighetens som konvensjonen beskytter som for eksempel i strid med

---

<sup>75</sup> Torgersen s 175.

artikkel 3 vil det raskere kunne bli konstatert brudd på en rettferdig rettergang i artikkel 6. I Kahn-saken blir det uttalt i avsnitt 34:

*”The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.”*

### 3.3.4 Forbrytelsens alvor

Etter intern rett er alvorligheten til den utførte forbrytelsen ansett som et relevant moment som tilsier å la det materielle sannhetsprinsipp spille en mer fremtredende rolle i de alvorlige saker enn i de saker som mer bagatellmessige. EMD synes ikke å vektlegge dette forhold i like stor grad som norske domstoler. Momentet ble likevel trukket frem i Allan-saken<sup>76</sup> i avsnitt 107 ble det uttalt:

*”Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence at issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully. However, public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention.”*

Her ble hensynet til statens interesse i å straffeforfølge og tiltalens alvor fremholdt som relevant i vurderingen av om de ervervede bevis var å anse ervervet i strid med artikkel 3 og artikkel 6.

---

<sup>76</sup> Judgment Allan v. The United Kingdom Application no. 48539/99

### 3.3.5 Et eller flere bevis

I vurderingen av om rettergangen kan sies å ha vært "fair" blir det ansett som relevant om det omtvistede bevis er det eneste i saken eller om dette er det er flere bevis som underbygger tiltalen. Det ble i Schenk-saken I avsnitt 48 uttalt:

*"The Court also attaches weight to the fact that the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based."*

Momentet har også blitt gjentatt i senere saker blant annet i Kahn-saken, men her er momentet sterkt nedbetont. Det sies i avsnitt 37:

*"...the relevance of the existence of evidence other than the contested matter depends on the circumstances of the case. In the present circumstances, where the tape recording was acknowledged to be very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker."*

Det kan etter praksis av EMD synes som om det omstridte vil kunne være et relevant moment i vurderingen, men betydningen av at det kun foreligger ett bevis som er omtvistet synes beskjeden.<sup>77</sup>

## 3.4 Hovedskiller i vurderingen

EMDs praksis har vist at vurderingen av omtvistede bevis gjerne faller innenfor fire hovedkategorier og som vil kunne falle annerledes ut i tilknytning til om tiltalte kan sies å ha fått en "fair" rettergang i samsvar med artikkel 6.

Den første hovedkategori er når beviserverv kan sies å stride mot art. 3 som knytter seg til beviserverv som kan sies å stride mot tortur, den umenneskelige eller nedverdiggende behandling. Spørsmålet for hvor strekt slike konvensjonsstridige ervervs måter har blitt vurdert i praksis av EMD kommenteres nedenfor i punkt 3.5.

---

<sup>77</sup> Torgersen s 330.

Et annet hovedskille vil være de beviserverv som vil kunne anses å kunne stride mot selvinkrimineringsforbudet som har blitt innfortolket i art. 6 nr. 1 av EMD. Det sentrale i denne kategorien vil være at tiltalte ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse. Innholdet til beviserverv som kan sies å stride mot dette sentrale prinsipp vil bli kommentert nedenfor under punkt 3.6.

Et tredje skille går på de situasjoner der beviserverv har blitt foretatt i strid med de nasjonale regler eller for øvrige i strid med art 8 som sikrer den enkelte borger har krav på at myndighetene respekterer den enkeltes privatliv og familieliv. I artikkel 8 nr. 2 er det imidlertid gjort unntak fra denne retten som sørger for at myndighetene kan gjøre inngrep når dette gjøres i samsvar med intern lovgivning samt at det skal være aktverdige grunner. det som er av mest relevans for bevisforbudsspørsmålet vil være av hensyn til ”for the prevention of disorder or crime”. Spørsmålet vil her være om eventuelle brudd på denne bestemmelse vil anses for å være i strid med en ”fair” rettergang og kommenteres nedenfor i punkt 3.6.

Den siste kategorien vil omfatte de øvrige bestemmelsene i konvensjonen. Dette er her snakk om beviserverv som har vært lite oppe for EMD og vil følgelig ikke bli kommentert videre i oppgaven.

### 3.5 Artikkel 3 – forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling

Artikkel 3 sikrer at mistenkte ikke skal utsettes for en behandling som kan sies å være tortur, umenneskelig eller uverdiggende behandling og vil således regnes som en så grunnleggende rettighet at de fleste rettsstater søker å unngå eller i alle fall burde søke å unngå brudd skulle man tro de fleste ville mene.

Kjerneområdet vil her være at mistenkte ikke skal utsettes for tvungen selvinkriminering enten dette stammer fra fysisk eller psykisk press. Press som er utøvd for å få siktede til å forklare seg vil bli ansett som et klart tilfelle av brudd på konvensjonen og vil for øvrig være straffbar og vil ikke levne særlig tvil om forklaringer som er fremtvungent på en måte



som kvalifiserer til artikkel 3 vil bli avskåret på internrettslig grunnlag.<sup>78</sup> Dette har da heller ikke vært noe stort problem i Norge. Rettspraksis fra Høyesterett viser at det kun er en dom som kan sies å stride med dette prinsippet.

I Rt 1948 s 48 ble de som var mistenkt for overlagt drap dratt ut av sine celler og fraktet til drapsstedet. Selve stedet som de ble fraktet til hadde blitt gjenskapt i et forsøk på at forholdene skulle være mest mulig like som de var under drapet i et forsøk på å skape en ”sterk følelse av uhygge og utrygghet” som det heter på side 47. To av de mistenkte ble fraktet til dette sted under disse forutsetninger og disse brøt da sammen og tilsto drapet. Den siste mistenkte var det ikke nødvendig å frakte til stedet da også ham tilsto senere på natten i fengselet. Meningen med dette var antakeligvis å få de mistenkte til å tro at de skulle likvideres selv om dette ikke fremgår av avgjørelsen.<sup>79</sup> Videre ble politiforklaringene opptatt utover natten. Høyesterett kom frem til at det ikke forelå saksbehandlingsfeil og de tiltalte ble dømt og to av dem til lovens strengeste straff som var døden på den tiden. Denne avgjørelsen må leses i sammenheng med de spesielle omstendigheter som rådet i Norge etter krigen i forbindelse med krigsoppgjøret og er således ikke tenkelig at liknende tilstander vil oppstå i nærmeste fremtid.

Selv om Norge i nyere tid ikke kan sies at det bedrives beviserverv som kan være i strid med tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling vil det likevel på grunnlag av EMDs rettsskapende virksomhet på området kunne ha relevans da EMK er en dynamisk konvensjon og vil således kunne omfatte stadig nye situasjoner. Praksis fra menneskerettighetsdomstolen har da også vist at andre konvensjonsparter bryter dette forbudet ganske hyppig. Praksis viser at EMD har en litt forskjellig tilnærming til bestemmelsen når den skal vurdere om saken kan sies å ha vært gjenstand for en ”rettferdig rettergang.”

---

<sup>78</sup> Toregersen, s 210.

<sup>79</sup> Aall, rettergang og menneskerettigheter s 315.

Domstolen skiller mellom de mer kvalifiserte overtrampene som omhandler de rene torturtilfeller på den ene siden og de situasjoner som kan sies å være umenneskelig eller uverdigg behandling på den andre. Tortur forbeholdes for de mest alvorlige tilfeller av mishandling mens den uverdige behandlingen vil være den nedre grense for brudd på artikkel 3 og således vil den umenneskelige behandling kunne sies å havne i en mellomstilling.<sup>80</sup>

Sondringen har betydning i den grad hvis det kan konstateres konvensjonsbrudd i form av tortur vil dette alltid medføre at rettergangen sett under ett har vært ”unfair”. Dette syn kom ble fremlagt i Jalloh-saken (avsnitt 105) der det ble uttalt:

*“incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of facts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterized as torture – should never be relied on as proof of the legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of the Article 3 of the Convention sought to proscribe”.*

I saken her ble mistenkte observert av politiet at mistenkte tok to poser ut av munnen og ble overgitt til en annen mot betaling. Politiet mistenkte at disse posene inneholdt narkotika og de gikk bort til mistenkte. Mens dette ble gjort ble en pose som fortsatt var i munnen hans svelget og politiet fant følgelig ikke narkotika på ham. Det ble da besluttet at han skulle fraktes til det lokale sykehuset og bli gitt brekkemiddel i et forsøk på å gjendrive det tapte bevismaterialet. Selv prosedyren for hvordan dette ble gjort var at politimennene holdt ham nede mens legen stakk en slange opp nesen hans og brekkemiddelet ble innført på den måten og ble i tillegg utsatt for ytterligere et legemiddel som skulle fremskynde prosessen. Som et resultat av denne prosessen ble en mindre mengde kokain gjendrevet og mistenkte ble således straffedømt på grunnlag av dette bevis. I vurderingen ble anskaffelsesmåten av beviset ikke ansett som tortur og dermed var den direkte adgangen til avskjæring avskåret i

---

<sup>80</sup> Torgersen, 212.

forhold til om rettergangen sett under et var å betrakte som ”fair”. Men retten fant at forholdet var å betrakte som umenneskelig og nedverdiggende og kom til den konklusjon at ervervsmåten hadde krenket artikkel 3.

EMD uttalte:

*“... it cannot be excluded that on the facts of a particular use of evidence obtained by intentional acts of ill-treatment not amounting to torture will render the trial against the victim unfair irrespective of the seriousness of the offence allegedly committed, the weight attached to the evidence and the opportunities which the victim had to challenge its admission and use at his trial”.*

### 3.6 Krenkelse av selvinkrimineringsvernet

En annen hovedkategori som de ulovlige bevis vurderes under er vernet av mistenktes rett til å ikke inkriminere seg selv. Dette vern vil grovt sett innebærer at siktede ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse herunder retten til å ikke forklare seg samt retten og til å forholde seg taus. Etter internrettslige regler følger dette av strpl § 123 der den alminnelige vitneplikten ikke gjelder for opplysninger som kan være selvinkriminerende og det vil etter dagens situasjon være EMK som vil være den sentrale rettskildefaktoren og dette vern vil nå måtte vurderes med utgangspunkt i praksis fra EMD.<sup>81</sup>

Retten til å ikke inkriminere seg selv fremkommer ikke direkte av ordlyden i EMK artikkel 6 nr. 1, men er innfortolket gjennom praksis av EMD.<sup>82</sup> Det vil dermed inngå som et relevant moment i vurderingen av om rettergangen sett under ett kan sies å ha vært ”fair”. Praksis har også vist at dette kan være et selvstendig prinsipp som kan overtres i seg selv noe Funke-saken<sup>83</sup> er et eksempel på. Her hadde landets nasjonale myndigheter ved hjelp

---

<sup>81</sup> Torgersen s 239.

<sup>82</sup> Se blant annet: Jebens s 407, Strandbakken s 195, Van Dijk s 592.

av dagbøter pålagt mistenkte å utlevere dokumenter som kunne inkriminere seg selv. Ileggelsen av disse dagbøter ble i seg selv ble ansett for å være konvensjonsstridig. Vernet mot selvinkriminering anses som en helt grunnleggende rettighet og EMD har fastslått at dette vern utgjør selve kjernen i innholdet til en rettferdig rettergang.

Dette ble fastslått i Allan-saken der det uttales i avsnitt (44):

*”As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has reiterated that these are generally recognized international standards which lie at the heart of a fair procedure.”*

I følge denne uttalelsen kan sies at retten til å forholde seg taus er sterkt knyttet til uskyldpresumsjonen og vernet mot selvinkriminering er sterkt knyttet til at bevisbyrden påhviler myndighetene, noe som for øvrig også avspeiler gjeldende norsk straffeprosessrett.

I vurderingen av om et ervervet bevis kan sies å stride mot selvinkrimineringsprinsippet vil i all hovedsak inngå i en helhetsvurdering i det enkelte tilfellet av om rettergangen kan sies å ha vært ”fair” sett under ett. Det sentrale i denne vurderingen vil være i hvilken form for påvirkning som myndighetene står i regi av som kan sies å gå utover det akseptable.<sup>84</sup> Et eksempel på at myndighetene gikk utover det som kan anses som akseptabelt ved sin bevisinnhenting er Allan-dommen.

Klageren var her fengslet sammen med en annen i tilknytning med en ranssak. Mens disse var fengslet kom det til politiets kunnskap at klageren hadde vært involvert i en drapssak. Det ble derfor iverksatt hemmelig avlytting av fengselscellen og senere ble en politiinformant plassert i cellen. Bevisene stammet fra samtale med politiinformanten som dels dreide seg om opptak og dels om informantens forklaring. Av særlig betydning var klagers innrømmelser ovenfor informanten at han hadde oppholdt seg på åstedet for drapet. Det ble her ansett at både opptakene av samtalen med informanten og hans

---

<sup>83</sup> Funke v. Switzerland Application no. 10828/84

<sup>84</sup> Torgersen s 277.

forklaring krenket forbudet mot selvinkriminasjon. EMD viste her til at de generelle utgangspunkter og formålet med bestemmelsen var å gi siktede et vern mot ”improper compulsion by the authorities” for å hindre ”miscarriages of justice” samt å sikre formålet med artikkel 6. Det ble videre forutsatt at bevisbyrden påhviler myndighetene og som skal skje uten ”coercion or oppression in defiance of the will of the accused”.

Ikke enhver form for påvirkning fra myndighetenes side vil krenke forbudet mot selvinkriminering. I saken Wood<sup>85</sup> var det i forbindelse med etterforskningen av en rekke ran og tyverier som hadde viste seg vanskelige å oppklare ble det lagt en plan for en skjult operasjon. De som var mistenkte i saken skulle anholdes i grupper og plasseres i avlyttede fengselsceller i håp om at disse skulle avsløre seg. Disse arrestasjonene var lovlige, men gjaldt andre forhold. Fremgangsmåten ved avhørene var slik at de mistenkte ble tatt ut av gruppen en om gangen med sikte på å få samtalene mellom de arresterte i gang slik at de kunne avsløre seg. Politiet klarte på denne bakgrunn å sikre seg inkriminerende uttalelser som gjaldt ulike ran og våpenovertredelser og Wood ble dømt til 8 års fengsel som var andre overtredelser enn de han var arrestert for.

Det ble uttalt av EMD:

*”the court does not find any element of coercion or oppression inducing the applicants to break their silence as occurred in Allan v. United Kingdom.”*

Det sentrale i denne dommen var her at ikke enhver form for påvirkning fra myndighetene kan sies å være uakseptabelt og fremgangsmåten stred dermed ikke med retten til en ”fair” rettergang.

Det vil etter dette kunne tale for at de mer grove brudd på vernet om selvinkriminering vil det fort kunne bli konstatert brudd på retten til en ”fair” rettergang med den konsekvens av

---

<sup>85</sup> Wood v. The United Kingdom Application no. 47441/99.

beviset ikke tillates ført for retten. Det vil ellers som nevnt bero på en konkret helhetsvurdering der flere av de ovennevnte momenter vil trekkes inn.

### 3.7 Artikkel 8 – retten til respekt for privatliv og familieliv

Den tredje hovedkategori som EMD vurderer de ulovlig ervervede bevis under er artikkel 8. EMK artikkel 8 krever hjemmel i lov for at det skal kunne gjøres inngrep i denne vernede rettigheten. Det vil derfor særlig være politiets etterforskningsmetoder som er av interesse i relasjon til artikkel 8.<sup>86</sup>

Artikkel 8 nr. 1 verner om retten til privatlivet, familielivet, hjemmet og korrespondansen. EMD har foreløpig ikke skilt disse begrepene fra hverandre, men har oppstilt en mer avgrenset vernet privatsfære. I vurderingen av hva som omfattes av retten til respekt for privatlivet utover det som foregår i en persons innerste sfære, uttalte EMD i P.G. og J.H. mot Storbritannia avsnitt 57 blant annet:

*“There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned by measures effected outside a person's home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor.”*

*Vernet av privatsfæren er ikke å anses som en absolutt rettighet. I art. 8 nr. 2 et det åpnet for at det kan gjøres inngrep i denne rettighet på visse vilkår. Det kan gjøres inngrep hvis dette forfølger et relevant formål og bekjempelse av kriminalitet er et av disse formålene såfremt inngrepene holder seg innenfor rammer som kan sies å være rimelige og tilstrekkelig klart avgrenset. Kravet om at inngrepet må kunne forankres i lov sikter ikke*

---

<sup>86</sup> Torgersen s 323.

*bare til formell lov men vil også omfatte ulovfestede regler i en viss utstrekning såfremt disse kan sies å være etablert, tilgjengelige og at de er presise nok.<sup>87</sup>*

*Det kan her skilles mellom bevisererv som stammer fra private og de som stammer fra myndighetene da statene i begrenset grad er ansvarlig for borgernes atferd. Bevisererv som stammer fra private i strid med internrettslige regler vil ikke i seg selv krenke konvensjonen, men hvis påtalemyndigheten gjør bruk av slike ulovlige ervervede bevis vil det kunne reise spørsmål om rettergangen har vært å anse som rettferdig. I Schenk-saken hadde påtalemyndigheten gjort bruk opptak som var foretatt av en privatperson. Da spørsmålet om opptaket var gjort på initiativ av myndighetene og dermed at artikkel 8 kunne sies å være krenket uteble denne vurderingen på grunnlag av at klager ikke hadde uttømt de nasjonale rettsmidler.<sup>88</sup>*

*Konvensjonen vil derimot være å anse som krenket hvis det er myndighetene som bryter de internrettslige regler som verner privatlivets fred, og inngrepet kan således ikke være i tråd med art. 8 nr. 2 der inngrepet må være foretatt "in accordance with the law". Det foreligger få avgjørelser som krenker både nasjonal rett og art. 8 nr. 2. Et eksempel på at både de internrettslige regler og artikkel 8 er krenket er saken Heglas mot Tsjekkia.<sup>89</sup> Det vil bare når den aktuelle etterforskningsmetoden ikke griper inn i den vernede privatsfære etter artikkel 8 nr. 1 at man kan tenke seg utelukkende nasjonal lovstrid<sup>90</sup>*

*Den mer vanlige varianten og som det finnes flest eksempler på i henhold til EMDs praksis er når bevisererv ikke strider mot nasjonal rett men som like fullt blir ansett for å ha krenket konvensjonen. Kahn-saken kan i denne sammenheng være illustrerende. Her gjaldt saken om bevisererv i form av ulovlig romavlytting som for øvrig stred både mot nasjonal*

---

<sup>87</sup> Van dijk mfl, theory and practice of the ECHR s 336-339.

<sup>88</sup> Torgersen s 325

<sup>89</sup> Heglas v. Czech Republic application no 5935/02

<sup>90</sup> Torgersen s. 325

*rett og konvensjonens artikkel 8 nr. 2 der det oppstiles et krav til hjemmel i lov eller andre ulovfestede prinsipper kunne føres.*

*P.G. og J.H. var romavlytting gjennomført uten uttrykkelig hjemmel og ble ansett for å krenke art 8, men da dette bevis ikke ble ansett som vesentlig for domfellelse forelå det derfor ikke krenkelse av art 6 og rettergangen ble betraktet som "fair".*

*Juridisk teori<sup>91</sup> anfører at når bevis som er anskaffet i strid med artikkel 8 kan dette tilsi at beviset skal settes til side. Men det anlegges også synet vil ikke dette krenke retten til en rettferdig rettergang i artikkel 6 da de bevismidlene det er snakk om å anvende som oftest vil kunne skaffes på lovlig måte. Den ulovligheten som knytter seg til ervervet vil sjelden ha påvirket bevisets kvalitet. Det blir videre fremholdt at selv om det ikke er adgang til å innhente slike bevis vil hensynet til bevisets pålitelighet isolert sett tale mot avskjæring.*

*Dette syn bekreftes for øvrig etter praksis fra EMD som har gitt uttrykk for et restriktivt syn på om bevis ervervet enten i strid med intern lovgivning eller mangel på hjemmel etter EMK artikkel 8 nr. 2 skal avskjæres.*

*I avvisningsavgjørelsen Wood mot Storbritannia er det uttalt:*

*"The court would observe that the use at trial of material obtained without a proper legal basis or through unlawful means will not generally, without more, of itself offend the standard of fairness imposed by Article 6 § 1 where proper procedural safeguards are in place and the nature and source of the material is not tainted, for example, by any oppression, coercion or entrapment which would render reliance on it unfair in the determination of a criminal charge... . The obtaining of such information is rather a matter which calls into play the Contracting State's responsibility under article 8 to secure the right to respect for private life in due form."*

---

<sup>91</sup>Se blant annet Aall s 307.



Saken gjaldt om det var i strid med artikkel 6 å gjøre bruk bevis som ble foretatt i en fengselscelle i form av hemmelig avlytting mellom medsiktede som var mistenkt for en serie ran og våpenlovbrudd. Avlyttingen var lovlig etter nasjonal rett, men lovgivningen var utilstrekkelig og det ble ansett som stridende mot artikkel 8.

Det sentrale i vurderingen etter artikkel 8 er om en krenkelse av beviservervet sett under ett kan sies å ha krenket hensynet til rettferdig rettergang i artikkel 6 viser en enstemmig praksis. Hvilke momenter som kan tenkes å ha relevant i denne vurderingen vil primært rette seg mot at inngripende etterforskningsmetoder kan sies å komme i konflikt med vernet av privatsfæren og vil være de generelle som nevnt ovenfor.

Konklusjon av EMDs praksis har vært å tillate bevisføring til tross for at beviset er ulovlig ervervet. Den enstemmige praksis<sup>92</sup> viser at selv om bevis er å anse ervervet i strid med artikkel 8 har EMD ikke ansett bruken av slike bevis blitt ansett som ”unfair” etter artikkel 6.

Det hevdes<sup>93</sup> at vurderingen av om rettergangen har vært ”fair” kan falle annerledes ut i mindre alvorlige saker samt at det særlig er avlyttingstilfeller som så langt er blitt behandlet av EMD og at man av den grunn ikke kan se bort fra at andre tilfeller vil kunne få et annerledes utfall. Aall<sup>94</sup> argumenterer for artikkel 8 og artikkel 6.2 vil måtte føre til at de blir anvendt i realkonkurrens når beviset vil ”forsterke den skade som er voldt ved anskaffelsen.”

---

<sup>92</sup> jfr. for eksempel Schenk, P.G. og J.H. og Allan

<sup>93</sup> Torgersen s. 336

<sup>94</sup> Aall s. 308

### 3.8 Oppsummering av konvensjonspraksis

I henhold til praksis av EMD vil det måtte vurderes konkret etter en helhetsvurdering om det i det enkelte tilfellet skal være tale om å avskjære bevis. Det vil i denne forbindelse være snakk om å anvende de ovennevnte momenter i denne vurderingen. Selv om vil måtte vurderes konkret er det visse grunntrekk som kan spores av praksis når spørsmålet om bevisavskjæring melder seg. Hvis det gjelder bevis som kan sies å være i strid med de mer grovere tilfeller omhandlet i artikkel 3 vil det etter EMDs praksis raskt kunne tale for bevisavskjæring. Det samme vil gjelde beviservert som blir ansett for å stride mot selvinkrimineringsvernet og vil raskt kunne bli ansett for å stride mot den rettferdige rettergang etter artikkel 6. Når det gjelder beviservert som strider mot artikkel 8 har foreløpig EMD ikke konstatert brudd på prinsippet om en "fair" rettergang i henhold til artikkel 6. Praksis tyder på at terskelen for å avskjære bevis omtvistede bevis på dette grunnlag er høy og vil fortsette å være høy i overskuelig fremtid.

## 4 Litteraturliste

### Juridisk litteratur

Aall, Jørgen: Rettergang og menneskerettigheter, Bergen 1995.

Andenæs, Johs.: Norsk straffeprosess, Bind I, Oslo 2000.

Eckhoff, Torstein: Rettskildelære, 5 utg. Oslo 2001.

Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo", Bergen 2003

Jebens, Sverre Erik: Menneskerettigheter i straffeprosessen, Oslo 2004.

Van Dijk mfl.: Theory Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition Antwerpen – Oxford 2006

Hov, Jo, Rettergang I (Papinian AS 2007).

Robberstad, Anne: Sivilprosess, Oslo 2009

Torgersen, Runar: Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker – oslo 2009

### Juridiske artikler

Bratholm, Anders: Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1959, s 109.

Bjørnvik og Selfors: Avskjæring av ulovlig bevis i tvistemål, Jussens Venner, 2000, s 19.

Aall, Jørgen: Høyesterett som prosessrettsskaper – særlig på området for utilbørlige bevis, Festskrift til Carsten Smith, Rettsteori og rettsliv, Oslo 2002, side 957.

### Offentlige publikasjoner

Innstilling fra straffeprosesslovskomiteén av 1969 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker.

Ot.prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).

Innst. O. nr. 37 (1980-81) Innstilling fra justiskomiteén om lov om rettergangsmåten i straffesaker.

Ot.prp. nr.64 (1998-1999) Om lov om endinger i straffeprosessloven og straffeloven m v  
(etterforskningsmetoder)

Nou 2001: 32 Bind A og B, Rett på sak

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Innst.O. nr 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og  
rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

#### Masteroppgaver

Bardo, Turid: Bruk av ulovlig ervervede bevis i sivile saker Universitetet i Tromsø,  
særavhandling Tromsø 1999 nr. 99.

Tybring-Gjedde, Kari: Ulovfestet bevisavskjæring i norske straffesaker, Hovedoppgave  
Universitetet i Oslo, Juridisk fakultet, Oslo 2006.

#### Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1936 s. 204

Rt. 1948 s. 46

Rt. 1952 s. 1217

Rt. 1984 s. 1076

Rt. 1990 s, 1008

Rt. 1992 s. 698

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1994 s. 610

Rr. 1994 s. 1139

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1997 s. 1778

Rt. 1998 s. 21

Rt. 1998 s. 1384

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2000 s. 1345  
Rr. 2001 s. 1476  
Rt. 2002 s. 1500  
Rt. 2002 s. 1744  
Rt. 2003 s. 549  
Rt. 2003 s. 1266  
Rt. 2003 s. 1814  
Rt. 2004 s. 858  
Rt. 2004 s. 1366  
Rt. 2006 s. 582  
Rt. 2007 s. 920  
Rt. 2008 s. 1659

**Avgjørelser av EMD:**

Funke v. France	A No 10828/84
Schenk v. Switzerland	A No 10862/84
Botten v. Norway	A No 16206/90
Khan v. the United Kingdom	A No 35394/97
P.G. and J.H. v. the United Kingdom	A No 44787/98
Allan v. the United Kingdom	A No 48539/99
Jalloh v. Germany	A No 54810/00
Heglas v. Czech Republic	A No 5935/02
Wood v. Great Britannia	A No 23414/02