

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis

Kandidatnummer: 604

Leveringsfrist: 25.04.13

Antall ord: 17.742



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Presentasjon av emnet og problemstilling .....	1
1.2	Definisjoner og presiseringer.....	2
1.3	Avgrensning.....	2
1.4	Rettskilder.....	4
<b>2</b>	<b>ULOVLIG ELLER UTILBØRLIG BEVISERVERV .....</b>	<b>7</b>
2.1	Hva ligger nærmere i kriteriene ulovlig eller utilbørlig beviserverv .....	7
2.2	Kan det oppstilles øvrige vilkår.....	12
2.3	Beviskrav .....	13
<b>3</b>	<b>I HVILKEN UTSTREKNING KAN ET ULOVLIG ELLER UTILBØRLIG ERVERVET BEVIS FØRES FOR DOMSTOLENE.....</b>	<b>15</b>
3.1	De tre tilnærminger til spørsmålet.....	15
3.2	Nærmere om vurderingen.....	16
3.3	Vilkår.....	17
3.4	Prinsipielle hensyn.....	20
3.4.1	Upålitelig bevis .....	20
3.4.2	Svekke tillitten til politi, påtalemyndighet og rettsvesen .....	23
3.4.3	Hensynet til sakens opplysning .....	24
3.4.4	Prevensjonshensynet .....	25
3.4.5	Effektivitetshensynet .....	28
3.5	Konkrete hensyn .....	29
3.5.1	Bevisverdien.....	29
3.5.2	Hensynet til beslektede bestemmelser .....	30
3.5.3	Pliktet vedkommende å forklare seg eller å utlevere beviset .....	31
3.5.4	Hvor alvorlig og viktig er saken.....	32

3.5.5	Betydning av hvilken rettsnorm som er overtrådt ved ervervet .....	34
3.5.6	Skyldhensynet .....	36
3.5.7	Beviset hadde vært lovlig innhentet om politiet hadde hatt kunnskap om de faktiske omstendigheter .....	38
3.5.8	Innen rimelig tid.....	39
3.5.9	Om beviset er til siktedes gunst eller ugunst.....	41
3.6	Sammenfatning .....	41
3.7	Problemstillingen om avledede bevis .....	42
3.7.1	Unntak .....	45
3.7.2	Sammenfatning .....	47
<b>4</b>	<b>FORTSATT ELLER GJENTATT KRENKELSE.....</b>	<b>49</b>
4.1	Innledning .....	49
4.2	Kan man operere med en regel om at fortsatt eller gjentatt krenkelse fører til avskjæring.....	50
4.3	Hva ligger det i at føring av beviset vil innebære en fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet .....	52
4.3.1	Sammenfatning .....	55
<b>5</b>	<b>DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONEN .....</b>	<b>56</b>
5.1	I hvilken utstrekning medfører EMK bevisforbud .....	56
<b>6</b>	<b>TYPETILFELLER.....</b>	<b>59</b>
6.1	Innledning .....	59
6.2	De aktuelle typetilfeller .....	59
6.2.1	Løfter, trusler eller tvang i en avhørssituasjon.....	59
6.2.2	Ulovlig ransakning .....	60
6.2.3	Ulovlig eller utilbørlig video og lydopptak.....	62
6.2.4	Særlig om bevisføring som krenker tiltaltes rett til å forholde seg taus.....	66
<b>7</b>	<b>KILDER .....</b>	<b>69</b>

7.1	Litteraturliste .....	69
7.2	Norske lover .....	70
7.3	Norske forarbeider .....	70
7.3.1	NOU og betenknings .....	70
7.3.2	Odelstingsproposisjoner .....	71
7.3.3	Innstilinger til Odelstinget.....	71
7.4	Rettsavgjørelser .....	71
7.4.1	Publiserte avgjørelser .....	71
7.4.2	Upubliserte avgjørelser .....	73
7.5	Artikler.....	73
7.6	Nettdokumenter .....	74
7.7	Master/hovedoppgaver .....	74

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av emnet og problemstilling

Utgangspunkt for oppgaven kan tas i et eksempel hentet fra norsk rettspraksis. En politibil observerer under sin patrulje i Oslo en firmabil med logoen «*X Farvehandel*». Politibetjentene valgte å stoppe bilen for å foreta en ransakning, da de hadde kunnskap om at personer som var tilknyttet ransmiljøet var ansatt i det aktuelle firma. Ransakningen resulterte i funn av en ladd pistol, og en rekke patroner. En av personene i bilen innrømmet at pistolen og patronene tilhørte ham, og det ble rettet tiltale mot vedkommende for brudd på våpenloven. Det viste seg at politibetjentene ikke hadde tilstrekkelig hjemmel til å ransake personene og bilen. Dette fordi vilkåret om skjellig grunn til mistanke ikke forelå, jfr. straffeprosesslovens §§ 192 og 195. Det oppstod for Høyesterett spørsmål om de bevis som hadde sin opprinnelse i den ulovlige ransakningen kunne føres. De bevis det var tale om, var vitneforklaringer fra politibetjentene om de funn som ble gjort, og tiltaltes egen tilståelse.<sup>1</sup> Hvis bevisene tillattes ført, vil vedkommende bli funnet skyldig i brudd på våpenloven. Hvis bevisene derimot nektes ført, vil det innebære at påtalemyndigheten i mangel på øvrige bevis må se seg nødt til å trekke tiltalen. Dette vil ha som konsekvens at tiltalte går fri. Skulle påtalemyndigheten allikevel velge å opprettholde tiltalen, må vedkommende frifinnes da det ikke finnes øvrige bevis som kan bevise skyld etter tiltalen. En frifinnelse vil være riktig ut fra det foreliggende bevismateriale. Ut fra den rene sannhet vil imidlertid en frifinnelse utvilsomt være uriktig.<sup>2</sup>

Eksempelet over viser hvilke konsekvenser og betydning en eventuell begrensning i bevisføringsadgangen kan ha.

---

<sup>1</sup> Tiltalte tilstod på bakgrunn av de funn polititjenestemennene gjorde ved den ulovlige ransakningen.

<sup>2</sup> Les om materiell og formell sannhet i Robberstad (2009) s. 12.

Oppgavens tema er bevisavskjæring på grunnlag av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis og reiser to sentrale problemstillinger. For det første blir det et spørsmål om hva som menes med at et bevis er ulovlig eller utilbørlig ervervet. For det andre blir det et spørsmål i hvilken utstrekning et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan føres for domstolene.

## **1.2 Definisjoner og presiseringer**

Med bevisavskjæring menes at påtalemyndigheten i et tilfelle hvor de ønsker å føre det ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, etter avgjørelse fra domstolen er avskåret fra å føre dette.

I denne oppgave vil spørsmålet om bevisavskjæring, spørsmålet om begrensninger i adgangen til bevisføring og spørsmålet om bevisforbud bli brukt om hverandre, uten at det er ment noen realitetsforskjell.

## **1.3 Avgrensning**

Oppgaven vil behandle de tilfeller hvor et bevis er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte, og spørsmålet blir hvilken betydning dette skal ha for føringsadgangen av beviset. Det vil dermed bli avgrenset mot ulovlig politiprovokasjon. Ulovlig politiprovokasjon foreligger når politiet fremkaller en ellers straffbar handling som ikke ville blitt begått.<sup>3</sup> Foreligger dette vilkår, skal vedkommende som begikk handlingen som følge av politiets påvirkning, frifinnes. Ulovlig politiprovokasjon er dermed en straff-frihetsgrunn som medfører frifinnelse på lik linje med nødrett og nødverge, og har således lite å gjøre med spørsmålet om et bevis skal kunne tillates ført eller ikke.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Se Rt. 1998 s. 407 (410) og Eskeland (2006) s. 260.

<sup>4</sup> Se straffelovens §§ 47-48.

Videre vil oppgaven bli avgrenset mot de spesielle regler i straffeprosessloven som legger begrensninger på bevisføringsadgangen.<sup>5</sup>

Det er bevisavskjæring i straffeprosessen som er temaet for denne oppgaven. Det betyr at bevisavskjæring i sivilprosessen som utgangspunkt ikke vil bli drøftet. Relevante rettskilder innenfor sivilprosessen som kan belyse bevisavskjæringsspørsmålet i straffeprosessen, vil imidlertid bli behandlet. Spørsmålet om bevisforbud skal etter de to prosessformer vurderes etter samme prinsipper. Men det er viktig å understreke at avveiningen kan tenkes å falle annerledes ut på straffeprosessens område på grunn av de særlige hensyn som der gjør seg gjeldende. Et viktig hensyn er blant annet at uriktige domfellelser anses som verre enn uriktige frifinnelser.<sup>6</sup> Det vil derfor vanskelig tenkes at bevis i tiltaltes favør skal bli nektet ført.<sup>7</sup> Videre vil allmennhetens interesse i å få et korrekt resultat generelt være større i straffesaker enn sivilsaker.<sup>8</sup> Dette vil kunne ha betydning for avgjørelsen av spørsmålet. Et annet særtrekk som kan tenkes å ha betydning ved avveiningen, er at oppgaven med å fremskaffe bevis i straffeprosessen er tillagt påtalemyndigheten.<sup>9</sup> I sivile saker derimot er det er opp til sakens parter å innhente bevis.<sup>10</sup>

Selv om utgangspunktet for oppgaven er bevisavskjæring på straffeprosessens område, vil jeg enkelte steder behandle interessante bevisavskjæringsspørsmål innenfor sivilprosessen. Hvor dette er tilfelle, vil fremgå av sammenhengen.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Se bla Straffeprosessloven §§ 292, 292a, 134 og 117 til 120.

<sup>6</sup> Dette følger av prinsippet om at enhver rimelig tvil vedrørende skyldspørsmålet skal komme tiltalte til gode.

<sup>7</sup> Dette blir grundigere behandlet under punkt 3.5.9.

<sup>8</sup> Se her Øyen (2010) s. 427. Som Øyen påpeker vil imidlertid allmennhetens interesse i et korrekt resultat også være stor i indispositive saker.

<sup>9</sup> Se Torgersen (2009) s. 62.

<sup>10</sup> Se Torgersen (2009) s. 62.

<sup>11</sup> Se særlig punkt 6.2.3.

De tilfeller som blir behandlet er når polititjenestemenn under en pågående etterforskning innhenter et bevis på en ulovlig eller utilbørlig måte. Dette blir omtalt som utenrettslig beviserverv. Det vil dermed bli avgrenset mot rettslig beviserverv. Dette vil si de tilfeller hvor domstolen skaffer til veie beviser på en ulovlig eller utilbørlig måte. Sistnevnte er imidlertid svært lite praktisk.<sup>12</sup>

Det praktiske tilfelle vil være at påtalemyndigheten under hovedforhandlingen ønsker å føre beviset for retten for å bevise skyld etter tiltalen.<sup>13</sup> Det er denne situasjon som behandles i denne oppgave. Det må imidlertid understrekes at spørsmålet kan tenkes å oppstå på et tidligere stadiet av saken. Dette vil for eksempel være når påtalemyndigheten ønsker å fremlegge et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis for å bevise at vilkårene for varetektsfengsling foreligger, jfr. straffeprosesslovens § 184 (2).

Hovedvekten av oppgaven vil dermed bli konsentrert om når polititjenestemenn under en pågående etterforskning, innhenter et bevis på en ulovlig eller utilbørlig måte med tanke på en fremtidig straffesak, og påtalemyndigheten ønsker å føre dette for avgjørelse av skyldspørsmålet.

#### **1.4 Rettskilder**

I hvilken utstrekning et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan føres for domstolene har ikke vært gjenstand for lovregulering. Det finnes riktignok spesielle bestemmelser i straffeprosessloven som legger begrensninger på bevisføringsadgangen, men disse faller utenfor oppgavens tema.<sup>14</sup> Dette betyr at autoritative rettskilder som lov og lovforarbeider vil være av begrenset betydning når regelen skal fastsettes. Det må imidlertid understrekes

---

<sup>12</sup> Se Bratholm (1969) s. 111.

<sup>13</sup> Se straffeprosessloven § 305.

<sup>14</sup> Se punkt 1.3.



at selv om det ikke finnes bestemmelser i grunnlov og formell-lov som direkte regulerer spørsmålet, så vil slike bestemmelser kunne ha vekt som tolkningsfaktorer ved avgjørelsen.<sup>15</sup> Det følger av forarbeidene at lovgiver har overlatt den nærmere løsning av spørsmålet til rettspraksis og juridisk teori;

*«En lovregulering av disse spørsmål er imidlertid vanskelig, og vil belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne betydning problemet har hos oss. Man er derfor blitt stående ved å overlate løsningen til teori og praksis på samme måte som hittil»* (min utheving).<sup>16</sup>

Det finnes riktignok spredte uttalelser i forarbeidene til straffeprosessloven som vil ha vekt ved avgjørelsen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet beviset kan føres. Sentrale forarbeider i denne henseende er Innstilling fra Straffeprosesslovkomiteen av 1969, Ot. Prp. Nr. 35 (1978-1979), Innst. O. Nr. 37 (1980-1981) og Ot. Prp. Nr. 64 (1998-1999). Den viktigste funksjonen forarbeidene har er imidlertid at det blir gitt et klart mandat til rettsutvikling på ulovfestet grunnlag.<sup>17</sup>

Det forutsettes i forarbeidene at bevisforbudsspørsmålet skal løses i samspill mellom rettspraksis og juridisk teori. Denne forutsetning, kombinert med det faktum at spørsmålet ikke løst er i lov eller lovforarbeider, tilsier at juridisk teori kan få stor betydning ved avgjørelsen. Et eksempel hvor domstolene viser til juridisk teori er Rt. 1992 s. 698 «Treholt II», hvor det på side 706 blir uttalt;

---

<sup>15</sup> Se for eksempel Rt. 2000 s. 1345 og Rt. 2009 s. 1526.

<sup>16</sup> Se her Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197. Dette er senere er fulgt opp i Ot. Prop. Nr. 35 (1978-1979) s. 139.

<sup>17</sup> Se Torgersen (2009) s. 81.

*«Rettspraksis og teori etter straffeprosessloven av 1887 har derfor fremdeles interesse. Betydningen av at beviset er ervervet på ulovlig måte er bla. behandlet av Bratholm i en artikkel i TjR-1959-109 og av Andenæs i Straffeprosessen i førsteinstans (1962) side 336 følgende».*

Etter rettspraksis skal spørsmålet om bevisforbud på straffe- og sivil –prosessens område avgjøres etter samme prinsipper. Den generelle bevisforbudsregel i tvistelovens § 22-7 er ment å være en kodifisering av gjeldende rett.<sup>18</sup> Selv om den konkrete avveining kan tenkes å falle annerledes ut på straffeprosessens område<sup>19</sup>, vil rettspraksis og forarbeider på sivilprosessens område ha relevans ved avgjørelsen. Se her Rt. 1999 s. 1269 hvor det blir vist til en sivilprosessuell kjennelse inntatt i Rt. 1997 s. 795.<sup>20</sup> Relevante forarbeider fra sivilprosessens område er NOU 2001: 32A, NOU 2001: 32B og Ot. Prp. Nr. 51 (2004-2005).

Straffeprosessloven gjelder med de begrensninger som er anerkjent av folkeretten, eller som følger av overenskomst med fremmedstat, jfr. straffeprosesslovens § 4. Av menneskerettslovens § 3 er de konvensjoner som nevnt i § 2 gitt en semikonstitusjonell status. Dette betyr at at disse bestemmelser ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. I forbindelse med spørsmålet om bevisforbud vil det særlig være den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK) som er særlig aktuell. Som vi imidlertid skal se har den europeiske menneskerettighets domstolen (heretter EMD) tolket konvensjonen slik at den som den store hovedregel ikke griper inn i statenes regler om bevisføring.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Se NOU 2001:32B.

<sup>19</sup> Se punkt 1.3.

<sup>20</sup> Se Torgersen (2009) s. 81.

<sup>21</sup> Se punkt 5.1.

På bakgrunn av det overstående følger det at rettspraksis vil være den sentrale rettskildedefaktor. Utfordringen består dermed i stor grad å fastslå hvilke hensyn som domstolene har tillagt særlig vekt ved avveiningen.

## **2 Ulovlig eller utilbørlig beviservert**

### **2.1 Hva ligger nærmere i kriteriene ulovlig eller utilbørlig beviservert**

Det første spørsmål er hva som menes med at et bevis er «*ulovlig ervert*». Ut fra en alminnelig språklig forståelse av ordlyden innebærer det at ervertshandlingen må ha vært i strid med en positiv lovregel. Et beviservert foretatt i strid med generelle bestemmelser som anses som rettslig bindende, vil således være ulovlig ervert.<sup>22</sup> Den typiske situasjon vil være at vilkårene for å utøve det aktuelle tvangsmiddel ikke forelå når polititjenestemennene ervert beviset. I de fleste tilfeller vil ervertshandlingen da være omfattet av et straffebed.<sup>23</sup>

Videre blir det et spørsmål om det er en nødvendig betingelse at ervert er foretatt i strid med en positiv lovregel, eller om det er tilstrekkelig at ervert er i strid med en ulovfestet rettsnorm. I Rt. 1991 s. 616 «*Gatekjøkken kjennelsen*» var saken den at arbeidsgiver mistenkte en av de ansatte for å begå underslag. I den forbindelse foretok arbeidsgiver hemmelige videoopptak, og det oppstod for Høyesterett spørsmål om opptakene kunne føres som bevis. Førstvoterende uttaler på side 620-623;

---

<sup>22</sup> Se Eckhoff (2001) s. 39

<sup>23</sup> Se samme synspunkt i Ot. Prop. Nr. 64 (1998-1999) s. 16.

*«Når jeg nevner dette innledningsvis, er det fordi saken etter min mening har perspektiver ut over en tolkning av enkeltstående lovbestemmelser, noe jeg kommer tilbake til. (...) Imidlertid anser jeg ikke lovtolkningsspørsmålene umiddelbart avgjørende, og her knytter jeg tråden til det jeg tidligere har sagt om sakens perspektiver. (...) Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelig video-opptak på arbeidsplasser rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis»* (Min uthevning).

Det er nærliggende å forstå førstvoterendes uttalelse som at bevis ervervet med hemmelig videoopptak på en arbeidsplass, vil være i strid med en ulovfestet rettsnorm. Et erverv vil således være ulovlig ervervet, selv om det ikke skulle rammes av en positiv lovregel.<sup>24</sup>

I Rt. 1997 s. 795 «*Samværssaken*» gjaldt saken en tvist om samværrett. Mor hadde i denne forbindelse tatt hemmelig lydopptak av telefonsamtaler som faren hadde hatt med barna. Høyesterett besluttet beviset avskåret selv om moren ikke hadde gjort seg skyldig i overtredelse av positive lovregler.

Det legges etter dette til grunn at begrepet «*ulovlig ervervet bevis*» omfatter både de tilfeller hvor det foreligger brudd på en positiv lovregel og ulovfestet rett.

For at bevisavskjæring skal skje, har Høyesterett i nyere tid understreket at det kreves at beviset enten er «*ulovlig eller utilbørlig ervervet*».<sup>25</sup> Spørsmålet er hva som menes med at et bevis er «*utilbørlig ervervet*». Det sentrale for den kommende drøftelsen er om

---

<sup>24</sup> Se Torgersen (2009) s. 9.

<sup>25</sup> Se bla. Rt. 2003 s. 1266 (20) og Rt. 2011 s. 1324 (33).

utilbørlighetstermen forutsetter rettsstrid, eller om den også omfatter tilfeller der ervervet er kritikkverdig uten å være ulovlig. Torgersen er av den oppfatning at utilbørlighetstermen forutsetter rettsstrid, og at den benyttes for å klargjøre at det ikke stilles krav til at beviservervet er foretatt i strid med formell lov.<sup>26</sup> Øyen er av den oppfatning det ikke er behov for en skarp avgrensning av utilbørlighetsbegrepet, og at utilbørlighetsbegrepet må først og fremst ses på som et terminologisk virkemiddel.<sup>27</sup> Av nyere rettspraksis kan nevnes Rt. 2011 s. 1324 som var en forsikringsbedragerisak. Spørsmålet var om det forelå en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten hadde tillatt bevisføring av et hemmelig videoopptak. På avsnitt trettitre blir uttalt;

*«Ankeutvalget bemerker at det ikke er ulovlig å ta opp samtaler man selv deltar i, jfr. straffeloven § 145a første ledd nr. 2 og Rt. 1981 s. 377. Ut fra mer allmenne moralbetraktninger vil det imidlertid normalt fremstå som illojalt eller utilbørlig å gjøre slike opptak uten samtalepartens vitende. Adgangen til å kreve bevis avskåret rekker lenger enn til å gjelde bevis som er anskaffet på ulovlig vis, jfr. Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1997 s. 795».*

Domspremissene taler om at opptaket «ikke var ulovlig», og at «adgangen til å kreve bevis avskåret rekker lenger enn til å gjelde bevis som er anskaffet på ulovlig vis». Det lar seg imidlertid ikke fastslå om Høyesterett var av den oppfatning at ervervshandlingen ikke var ulovlig i betydning at ervervet ikke stred mot en positiv lovregel. Videre taler førstvoterende om at bevis kan bli ansett som illojale eller utilbørlige på bakgrunn av allmenne moralbetraktninger. Hvis allmenne moralbetraktninger er avgjørende for om et bevis er å anses som utilbørlig ervervet, så syntes det nærliggende å konkludere med at beviserverv som er lovlige, men kritikkverdige, kan avskjæres etter samme vurdering. Et slikt syn støttes også av at Høyesterett i Rt. 2003 s. 1814 avsnitt sytten taler om «kritikkverdige erverv», i stedet for utilbørlige erverv.

---

<sup>26</sup> Se Torgersen (2009) s. 8. Torgersen uttrykker imidlertid noe tvil vedrørende sitt standpunkt, se s. 11.

<sup>27</sup> Se Øyen (2010) s. 425.

I Rt. 2009 s. 1526 «*B Gjengen dommen*» gjaldt saken forsøk på drap som ledd i et oppgjør mellom rivaliserende kriminelle gjenger. Saken var den at en prest skulle fungere som meglingsmann mellom fornærmede og mistenkte. Problemet var imidlertid at fornærmede hadde tatt opptak av den fortrolige samtalen. Tvisten gjaldt spørsmålet om det hemmelig lydopptak skulle tillattes ført. I avsnitt tjueåtte blir det uttalt;

*«I Rt. 1991 s. 616 ble et videoopptak avskåret fordi det var fremskaffet på ulovlig måte. Det er ikke omtvistet at opptaket I gjorde, ikke er ulovlig i den forstand at det er straffbart. (...) Av Rt. 1997 s. 795 følger det imidlertid at adgangen til å avskjære bevis også gjelder der beviset er skaffet på en lovlig, men likevel utilbørlig måte»* (Min utheving).

Når førstvoterende taler om at opptaket «*ikke er ulovlig i den forstand at det er straffbart*», syntes det å forutsette at handlingen var i strid med en rettsregel selv om den ikke var straffbar. Når det ikke fremgår at ervervet var i strid med annen lovgivning, så er det nærliggende å forstå uttalelsen slik at ervervet forutsettes å være i strid med en ulovfestet rettsnorm.

Høyesterett uttaler i avgjørelsene overfor at adgangen til å avskjære bevis også gjelder i de tilfeller hvor beviset er «*lovlig innhentet*». I denne sammenheng blir det vist til Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1997 s. 795.<sup>28</sup> De to sistnevnte avgjørelsene er imidlertid forstått slik at beviservervene ikke var ulovlig i den forstand at de stred mot en positiv lovregel, men at de var ulovlige fordi bevisene var ervervet i strid med en ulovfestet rettsnorm. Ut fra en slik betraktning kan det se ut til at Høyesterett benytter seg av ulovlighetskriteriet i de tilfeller hvor ervervet krenker en positiv lovregel. På den andre siden er utilbørlighetstermen forbeholdt de tilfeller hvor det foreligger brudd på en ulovfestet ervervsnorm.

---

<sup>28</sup> Uttalelsene er riktignok ikke konsekvente. I Rt. 2011 s. 1324 (33) sies det at avskjæringsreglene rekker lenger til å gjelde bevis som er ulovlig ervervet. I denne sammenheng vises det til Rt. 1991 s. 616. I Rt. 2009 s. 1526 (28) er imidlertid Rt. 1991 s. 616 forstått slik at ervervet var ulovlig.

Videre kan nevnes Tvistelovens § 22-7 hvor det heter;

*«Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte».*

Torgersen benytter forarbeidene til bestemmelsen som et argument for at bevisavskjæring for lovlige, men kritikkverdige erverv, ikke skal vurderes på samme måte som i de tilfeller hvor ervervet er i strid med en rettslig norm.<sup>29</sup> I forarbeidene heter det at;

*«Paragrafen kodifiserer en ulovfestet regel om rettens adgang til i særlige tilfeller å avskjære bevis som er ervervet på en **ulovlig måte**»* (Min uthevning).<sup>30</sup>

Forarbeidene ser ut til å forutsette at utilbørlighetstermen forutsetter rettsstrid når den understreker at bestemmelsen kun får anvendelse i tilfeller hvor ervervet er ulovlig.<sup>31</sup>

Jeg er enig med Torgersen i at det ikke kan fastlås med sikkerhet hvorvidt Høyesterett har åpnet for samme vurdering i tilfeller hvor ervervet er kritikkverdig, men lovlig. Ut fra de rettskilder som foreligger, så taler allikevel gode grunner for å følge Torgersens standpunkt om at utilbørlighetstermen forutsetter rettsstrid.<sup>32</sup> Det legges etter dette til grunn at utilbørlighetstermen omfatter de tilfeller hvor ervervet strider mot ulovfestet rett.

---

<sup>29</sup> Se Torgersen (2009) s. 11

<sup>30</sup> Se Ot. Prp. Nr. 51 (2004-2005) s. 459. Se også NOU 2001:32B s. 961 andre avsnitt; *«Utvalget tar med den regel som er formulert i § 25-7 sikte på å videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger».*

<sup>31</sup> Se også Rt. 2003 s. 1814 (17) hvor man skiller mellom bevis som har kommet til på lovstridig og kritikkverdig måte.

<sup>32</sup> Se Torgersen (2009) s. 8-11.

## 2.2 Kan det oppstilles øvrige vilkår

I punkt 2.1 er det redegjort for hva som nærmere menes med kriteriene ulovlig eller utilbørlig erverv. Her er det spørsmål om det kan oppstilles andre krav enn at ervervet må ha vært i strid med en rettslig norm.

Et spørsmål er om det er et vilkår at vedkommende polititjenestemann som ervervet beviset, må ha vært kjent med at ervervshandlingen var ulovlig. I Rt. 1991 s. 616 «*Gatekjøkken kjennelsen*» blir det på side 620 uttalt;<sup>33</sup>

*«Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant».*

Om vedkommende tjenestemann var i rettsvillfarelse med tanke på handlingens ulovlighet, er således irrelevant for om handlingen kan karakteriseres som ulovlig.<sup>34</sup> Videre sies det på samme sted;

*«Jeg nevner allerede her at bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt».*

Ved krenkelse av et straffebed vil det dermed ikke være noe vilkår at de øvrige straffbarhetsvilkårene er oppfylt, som for eksempel at vedkommende har utvist tilstrekkelig skyld.<sup>35</sup> Det er tilstrekkelig at loven objektivt sett er overtrådt.

Videre er det ikke noe vilkår om at beviset er skaffet til veie ved en straffbarhandling. Se her samværssaken som er inntatt i Rt. 1997 s. 795 «*Samværssaken*» hvor det uttales,<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Se faktum beskrivelse på side 5.

<sup>34</sup> Se straffeloven § 57.

<sup>35</sup> Dette vil imidlertid være et hensyn ved den avveining som skal foretas, jfr. pkt. 4.4.6.



*«Den ulovfestede adgangen til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min oppfatning rekke lenger enn til å bare omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling».*

Etter dette legges det til grunn at det vil være tilstrekkelig at et bevis er innhentet i strid med en rettsregel for det skal anses som ulovlig eller utilbørlig ervervet.

### **2.3 Beviskrav**

Spørsmålet er hvilken bevisbyrderregel som skal legges til grunn med tanke på om ervervet av beviset var ulovlig eller utilbørlig. I det følgende vil spørsmålet om et bevis er ulovlig ervervet, bli brukt som en samlebetegnelse for de to kriterier. Det kan tenkes tilfeller hvor det er tvil om de faktiske omstendigheter omkring ervervet, og spørsmålet blir da hvilket beviskrav retten skal legge til grunn med tanke på om det har skjedd en ulovlighet eller ikke.

Det kan særlig tenkes to løsninger. Den ene løsning går ut på at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Hvis det foreligger rimelig tvil om omstendighetene rundt ervervet, skal disse komme tiltalte til gode slik at det har den konsekvens at et bevis blir ansett som ulovlig ervervet.

Den andre løsning går ut på at retten skal legge til grunn det saksforhold som den etter samlet vurdering finner mest sannsynlig. Hvis retten finner at det mest sannsynlig at det ikke ble begått noen ulovlighet ved ervervet av beviset, skal den legge dette til grunn.

Spørsmålet må nå anses løst i rettspraksis, og utgangspunkt kan tas i Rt. 1994 s. 1139. Saken her var at A var siktet for forsettlig drap. A hadde i avhør knyttet til drapsetter-

---

<sup>36</sup> Se faktum beskrivelse på side 6.

forskningen kommet med opplysninger som gav grunn til å ta ut tiltale for kjøp og salg av hasj. A var derimot av den oppfatning at opplysningene var avgitt under løfte om at disse kun ville bli brukt i drapsetterforskningen og ikke skulle gi grunnlag for ny tiltale. Herredsretten uttalte følgende, som gjengitt i Rt. 1994 s. 1139 side 1140;

*«(...) er derimot av den oppfatning at det hersker adskillig usikkerhet om hva som fra de ulike politifolkene ble sagt til tiltalte ved avhøret om mulighetene for amnesti, og at denne tvilen må komme tiltalte til gode».*

Høyesterett var ikke enig i underrettens rettsanvendelse og uttaler på side 1141;

*«Jeg er kommet til at herredsrettens flertall har anvendt en uriktig bevisbyrderegel når den har tatt stilling til anførselen om at A var gitt et løfte om «amnesti», og jeg finner at herredsrettens dom med hovedforhandling derfor må bli å oppheve».*

Videre konkluderer Høyesterett på side 1142 med at;

*«Det er her tale om en prosessuell avgjørelse, og spørsmålet er om det bevis skal avskjæres fordi det eventuelt vil fremtre som støtende å benytte det. **I et slikt tilfelle mener jeg at retten må legge til grunn det saksforhold som den etter den samlet vurdering finner mest sannsynlig**» (Min uthevning).*

Etter dette kan vi legge til grunn at retten i en sak hvor det er tvil om et bevis er ulovlig ervervet, skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn.

### **3 I hvilken utstrekning kan et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis føres for domstolene**

#### **3.1 De tre tilnærminger til spørsmålet**

I tråd med Bratholms syn kan man tenke seg tre prinsipielle holdninger til spørsmålet.<sup>37</sup>

Den første tilnærming er at et ulovlig ervervet bevis alltid kan føres med den begrunnelse at det overordnede hensyn med en rettsprosess er at domstolene kommer til et materielt riktig resultat. For at dette overordnede hensyn skal ivaretas, så er det nødvendig at domstolene kan ta i betraktning alle relevante bevis tilknyttet saken.

Den andre tilnærmingen er at et ulovlig ervervet bevis aldri kan føres, med den begrunnelse at det vil være støtende om politi, påtalemyndighet, og domstolene skal kunne benytte seg av bevis fremskaffet på en ulovlig måte for å forfølge ulovlige handlinger.

Den tredje og siste tilnærming er basert på en mellomposisjon ved at det beror på omstendighetene i den konkrete sak om et bevis skal tillates ført eller ikke.

---

<sup>37</sup> Bratholm (1959) s. 115.

### 3.2 Nærmere om vurderingen

I hvilken utstrekning et bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet skal tillattes ført, har ikke vært gjenstand for lovregulering. I forarbeidene til straffeprosesslovens er følgende uttalt;

*«Etter komiteens mening lar det seg ikke gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. (...) Hovedregel bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte. Om dette er tilfelle vil imidlertid ofte kunne stille seg tvilsomt. 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. En lovregulering av disse spørsmål er imidlertid vanskelig, og ville belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss. Man er derfor blitt stående ved å overlate løsningen til teori og praksis på samme måte som hittil».*<sup>38</sup>

Forarbeidene uttaler at et ulovlig ervervet bevis som «hovedregel» kan føres, men åpner for bevisavskjæring i de tilfeller hvor «lovgrunnen tilsier det motsatte», eller det vil være «støtende» å benytte seg av beviset når det er innhentet i strid med gjeldende regler. Selv om forarbeidene fastsetter en presumsjon for fribevisførsel også for ulovlig ervervede bevis, så er det forutsatt at den nærmere løsning av spørsmålet skal løses i rettspraksis og juridisk teori.<sup>39</sup> Denne forutsetning er fulgt opp i Ot. Prop. Nr. 35 (1978-1979) side 139.

---

<sup>38</sup> Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197

<sup>39</sup> At det er en presumsjon for fribevisføring også for ulovlige og utilbørlige ervervede bevis, kommer også til uttrykk i forarbeidene til tvistelovens § 22-7; «At det dreier seg om en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde er markert i innledningsvis ved at bestemmelsene kun kommer til anvendelse i særlige tilfeller».

Utfordringen blir dermed i stor grad å analysere rettspraksis for å fastslå i hvilken utstrekning et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan føres.

### 3.3 Vilkår

Etter rettspraksis er det formulert som et grunnvilkår at beviset enten må være ulovlig eller utilbørlig ervervet for at avskjæring skal skje.<sup>40</sup> I Rt. 2003 s. 1266 kommer dette klart frem. Saken gjaldt en tvist om oppsigelse i en arbeidssak og om bevis innhentet fra en bærbar pc skulle tillattes ført. I avsnitt tjue blir det uttalt;

*«Ved avgjørelsen av bevisføring eller avskjæring på et slikt grunnlag, må retten derfor i utgangspunkt vurdere og ta stilling til **grunnvilkåret for eventuell bevisavskjæring, nemlig om det foreligger et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis**»* (Min uthevning).

Ulovlighet som grunnvilkår kommer også til uttrykk i Rt. 2000 s. 1345. Spørsmålet var om politiet hadde benyttet seg av ulovlige etterforskningsmetoder ved at etterforskeren hadde hatt to samtaler med to innringere til domfeltes beslaglagte telefon. Førstvoterende uttaler på side 1347 uttaler;

*«Det sentrale spørsmål saksbehandlingsanken reiser, er om de opplysninger som politiet fikk ved å besvare to henvendelser til domfeltes beslaglagte mobiltelefon, er å anses som ulovlig ervervede bevis».*

Den handling begått av polititjenestemenn som førte til ervervet av beviset, må dermed ha vært ulovlig eller utilbørlig for at et bevis skal kunne nektes ført.

---

<sup>40</sup> Som vi har sett i punkt 2.1 forutsetter også utilbørlighetsvilkåret rettsstrid.

Hvis grunnvilkåret er oppfylt, skal det foretas en interesseavveining vedrørende spørsmålet om beviset kan føres. Ved den interesseavveining som skal foretas, er det viktig å være oppmerksom på at forarbeidene og rettspraksis fastsetter en hovedregel om fri bevisføring også for bevis som er ulovlig ervervet. Dette er treffende beskrevet i Rt. 2006 s. 582. Politiet hadde foretatt en ulovlig ransakning og det oppstod for domstolene spørsmål om hvilken betydning ulovligheten skulle ha for de bevis som var fremkalt som følge av ulovligheten. I avsnitt sytten uttales;

*«Det klare utgangspunkt i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres».*

At det skal foretas en interesseavveining ved den nærmere avgjørelse av om beviset skal kunne føres, er kommet til uttrykk i Rt. 1992 s. 698 «*Treholt II*». Saken gjaldt en begjæring om gjenopptagelse av en straffesak hvor tiltalte var idømt tjue års fengsel for overtredelse av straffeloven § 90 m.fl. Førstvoterende uttaler nederst på side 705;

*«Det må således etter utvalgets syn foretas en avveining av hensyn for og imot at pengebeviset kan tillattes brukt som bevis ved domstolsbehandlingen av straffesaken».*

Samme synspunkt er lagt til grunn i LH 2003-20703. Her gjaldt saken en arbeidstvist i forbindelse med en avskjedigelse. Spørsmålet var om et video-opptaket skulle avskjæres som bevis. I kjennelsens side 2 uttales det;

*«Prinsippet om fri bevisførsel begrenses imidlertid av de ulovfestede regler om avskjæring av bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, og som etter en bred helhetsvurdering av så vel de prinsipielle som konkrete hensyn, heller ikke bør tillattes ført».*<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Se også samme synspunkt i Rt. 2006 s. 582 (24) og Rt. 1999 s. 1269 (1272).

Bevisavskjæring på bakgrunn av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal i sivil- og straffe –prosessen vurderes etter samme prinsipper. I forarbeidene til tvisteloven uttales det at;

*«Hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter en bred vurdering (...)».*<sup>42</sup>

Etter rettskildene skal man ved den interesseavveining som skal foretas legge vekt på de prinsipielle og konkrete hensyn i den enkelte sak.<sup>43</sup> Hvilke hensyn som hører inn under hvilken kategori, kan være en smakssak. Det sentrale må være at de momenter som er kommet til uttrykk i rettspraksis, vil være relevante ved avskjæringsvurderingen. Utfordringen blir dermed i stor grad å foreta en analyse av rettspraksis for å fastslå hvilke momenter som er vektlagt, og hvilke som er særlig fremtredende ved vurderingen. De hensyn som er gjengitt nedenfor er imidlertid ikke uttømmende angitt. Det følger av Rt. 1999 s. 1269 hvor det på side 1272 heter at ved;<sup>44</sup>

*«Ved denne avveiningen må det **blant annet** legges vekt på (...)»* (Min uthevning).

I de tilfeller hvor hensynene har sin opprinnelse i juridisk teori, så vil dette fremgå av sammenhengen.

---

<sup>42</sup> Se NOU 2001:32B s. 961.

<sup>43</sup> Se Rt. 1991 s. 616 (623), Rt, 2003 s. 1266 (20) og NOU 2001:32B s. 961.

<sup>44</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

## 3.4 Prinsipielle hensyn

### 3.4.1 Upålitelig bevis

Et hensyn som taler for bevisforbud er hvis beviset må anses som upålitelig, eller dens bevisverdi er svekket på grunn av ervervs måten. Disse tilfellene blir i det følgende omtalt som upålitelig bevis. At dette er et relevant moment ved vurderingen er kommet til uttrykk i en rekke avgjørelser.<sup>45</sup> Se her bla. Rt. 1997 s. 795 «*Samværsaken*» hvor først-voterende på side 796 uttaler;<sup>46</sup>

*«I tillegg kommer at det alene vil være den av partene som har forestått opptakene som har hånd om dette materiale. Sammen med de muligheter for tilretteleggelse av situasjonen som her lett vil foreligge (...).»*

I Rt. 2009 s. 1526 «*B Gjengen dommen*» avsnitt trettien, kommer hensynet særlig frem når det gjaldt spørsmålet om påtalemyndigheten kunne føre bevis i form av hemmelige lydopptak;<sup>47</sup>

*«Videre kan den som gjør opptaket, styre samtalen for sine formål, slik at opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten. Det er dessuten mulig å forfalske/manipulere opptakene, noe som gjør det betenkelig å akseptere avspilling av slike hemmelige opptak.»*

De nevnte rettsavgjørelser omhandler imidlertid tilfeller av private beviserverv. Men hensynet må også ha relevans hvor det er polititjenestemenn som innhenter et bevis på en ulovlig måte og beviset etter en konkret vurdering må anses som upålitelig. Det må

---

<sup>45</sup> Se blant annet Rt. 2003 s. 549 avsnitt sytten.

<sup>46</sup> Se faktum beskrivelse på side 6.

<sup>47</sup> Se faktum beskrivelse på side 7.



imidlertid bemerkes at det kan tenkes forskjeller mellom disse tilfellene. Tanken er da den at i de tilfeller det blir foretatt private beviserhverv, så vil som oftest den som foretar ervervet ha en direkte interesse i saken. En polititjenestemann vil derimot ha en objektiv rolle. Formål er kun å undersøke om det foreligger et straffbartforhold.

Problemstillingen ble også berørt i Rt. 1992 s. 698 «*Treholt II*».<sup>48</sup> Dette var en gjenopptakelse sak hvor tiltalte tidligere var funnet skyldig i spionasje. Politiet hadde foretatt en ulovlig ransakning, og spørsmålet var hvilken betydning dette skulle ha. På side 706 ble det uttalt;

*«Utvalget finner at det må legges til grunn at tilsidesettelse av regelverket **ikke har hatt innvirkning på de bevis det her gjelder**»* (min uthevning).

Andenæs er også av den oppfatning at hensynet til upålitelighet er et relevant hensyn ved avveiningen;

*«Man må ved drøftelsen av problemet analysere de forskjellige grupper av tilfelle og se på hvilken betydning ulovligheten har hatt. Undertiden fører den til at beviset er lite til å stole på»* (min uthevning).<sup>49</sup>

Det er dermed klart at bevis som er å anses som upålitelige, taler for bevisavskjæring. I utgangspunktet skulle man tro at et slikt moment ville ha betydelig vekt ved avgjørelsen. Spørsmålet er om ikke prinsippet om fri bevisvurdering modifierer dette utgangspunkt. I Rt. 1994 s. 1139 er det uttalt på side 1141;<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Se også Rt. 2003 s. 549 (17); «*Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite til å stole på (...)*».

<sup>49</sup> Se Andenæs (1984) s. 235.

<sup>50</sup> Se faktum beskrivelse på side 11.

*«For det første kan det reises tvil om riktigheten av en forklaring når den er frem-satt på en slik måte. Dette er imidlertid et forhold som retten kan ta i betraktning ved be-visbedømmelsen»* (min uthevning).

I Rt. 1996 s. 1114 «Løgndetektor kjennelsen» ønsket tiltalte ønsket å føre resultatet fra en løgndetektor som bevis for sin uskyld. Vedkommende var tiltalt for å ha tent på sitt eget bolighus for å få utbetalt en forsikringssum. Kjennelsen omhandler imidlertid ikke at et bevis er ulovlig ervervet, men premissene må ha overføringsverdi vedrørende spørsmålet om hvilken vekt upålitelighetshensynet skal ha ved avveiningen. Førstvoterende uttaler på side 119;

*«Herredsretten nektet som nevnt beviset først og fremst fordi den fant at polygrafes-ter var for upålitelige til å kunne aksepteres som bevismiddel. Jeg kan ikke se at dette er en holdbar begrunnelse, og har som tidligere nevnt ikke funnet grunn til å gå inn på spørsmå-let om påliteligheten av slike tester. At det hefter usikkerhet ved bevismiddelets beviskraft, gir etter norsk rett ikke grunnlag for å nekte beviset ført»* (min uthevning).

Spørsmålet er om man på bakgrunn av disse rettsavgjørelser kan skille mellom to forskjellige situasjoner. Det kan på den ene siden skilles mellom det tilfelle hvor det fore-ligger omstendigheter omkring ervervet av beviset som gjør det betenkelig å tillatte det ført. Tanken er da at feilen(e) kan ha hatt innvirkning på de bevis det gjelder, og beviset av den grunn må anses som upålitelig. På den andre siden kan man ha et tilfelle hvor det ikke foreligger omstendigheter omkring ervervet som gjør det betenkelig å tillatte beviset ført, men at bevismiddelet kraft av ulike årsaker er ansett som usikker. Det var det sistnevnte som var begrunnelsen til herredsretten i Løgndetektordommen. I begge tilfeller vil prinsip-pet om fri bevisbedømmelse gjelde, men basert på nevnte rettsavgjørelse så trekker den i

retning av at upålitelighetshensynet kun vil ha vekt som et argument for bevisavskjæring i de tilfeller hvor det foreligger særlige omstendigheter knyttet til ervervet.<sup>51</sup>

### 3.4.2 Svekke tillitten til politi, påtalemyndighet og rettsvesen

Bratholm er i sin artikkel inne på dette hensyn når han taler om at føring av ulovlig ervervede bevis kan ha «*uheldige allmennpreventive virkninger*» for den enkelte lovovertreder ved at vedkommende reagerer negativt ved overgrep fra politiets side.<sup>52</sup> Tanken kan også generaliseres ved at føring av ulovlige bevis vil svekke tillitten til politi, påtalemyndighet og rettsvesen blant befolkningen som helhet. Dette hensyn er kommet til uttrykk i en rekke høyesterettsavgjørelser ved at det vil virke «*støtende*» om bevis fremskaffet på en slik måte blir tillatt brukt.<sup>53</sup> Dette hensyn kommer klart frem i Rt. 1992 s. 698 «*Treholt II*», hvor førstvoterende uttaler på side 705;<sup>54</sup>

*«Motforestillingene mot fremleggelse av opplysninger fra en ransakning som er gjennomført uten varsel, selv om varsel var mulig, knytter seg således ikke først og fremst til bevisverdien, men til at det vil virke støtende om rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved brudd på gjeldende regler»* (Min uthevning).

Dette hensyn har også kommet til uttrykk i forarbeidene hvor det heter at;

---

<sup>51</sup> Resultatene fra løgndetektoren ble imidlertid nektet ført, men ikke med den begrunnelse at bevismiddelets kraft var ansett som usikker.

<sup>52</sup> Se Bratholm (1959) s. 117.

<sup>53</sup> Se bla. Rt. 1991 s. 616 (623) og Rt. 1994 s. 1139 (1141).

<sup>54</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

«Det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, for eksempel **at det vil være støtende** at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler» (min uthevning).<sup>55</sup>

### 3.4.3 Hensynet til sakens opplysning

For at domstolene skal komme til et materielt riktig resultat, så vil domstolene være avhengig av å ta alle bevis i betraktning. Det er derfor treffende når Bentham uttaler;

«*Evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice*».<sup>56</sup>

Hensynet til sakens opplysning og den materielle sannhet er det overordnede og sentrale hensyn ved vurderingen om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan føres eller ikke. At det sentrale er at saken blir best mulig opplyst følger av straffeprosesslovens § 294 og prinsippet om fri bevisførsel. Av rettspraksis kan nevnes en rekke avgjørelser. Se blant annet Rt. 2007 s. 920. Et firma hadde tatt ut stevning med krav om erstatning mot en tidligere ansatt. Den ansatte skulle ifølge firmaet ha beholdt penger som skulle ha vært overført til andre personer. Selv om dette gjaldt en erstatningssak i sivilprosessen, må tilsvarende prinsipper få anvendelse for bevisavskjæringsvurderingen i straffeprosessen. Det ble her vist til forarbeidene til tvisteloven;

«*For å tillatte beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse*».<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197. Se også NOU 2001:32B s. 961.

<sup>56</sup> Øyen (2010) s. 426 og Bentham (1827).

<sup>57</sup> Se Rt. 2007 s. 920 (55) og NOU 2001:32B s. 961.

I Rt. 2003 s. 1814 var saken den at A var siktet for promillekjøring. Spørsmålet i saken var om det forelå brudd på selvinkrimineringsprinsippet, og i tilfelle hvilken betydning dette skulle ha. I avsnitt tjuefire blir det uttalt;

*«Min konklusjon blir etter dette at hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut».*

I Rt. 1994 s. 1262 som var en narkotika sak, var spørsmålet om utskrift fra en telefonsamtale kunne legges frem som bevis. Det uttales på side 1263 at;

*«Det sentrale er at saken blir best mulig opplyst».*

Av det foreliggende rettskildemateriale kan man konkludere med at hensynet til sakens opplysning er et viktig argument for å tillate føring av ulovlig ervervede bevis. Dette taler for at selv bevis som er innhentet på en ulovlig måte av politiet, bør kunne føres. De andre hensyn må være av en slik karakter og tyngde for at hensynet til sakens opplysning skal vike.

#### 3.4.4 Prevensjonshensynet

Det sentrale her er at bevisforbud i de tilfeller hvor polititjenestemenn har ervervet et aktuelt bevis ulovlig, vil ha en oppdragende og preventivt effekt. Dette vil igjen ha den konsekvens at tjenestemennene i fremtiden vil anstrenge seg for å overholde reglene i forbindelse med beviserverv. Spesielt kan dette tenke seg i saker hvor tiltalte går fri som følge av ulovligheter begått ved ervervet. At prevensjonshensynet er et relevant hensyn ved avveiningen, er slått fast i en rekke høyesterettsavgjørelser. I forarbeidene til tvisteloven er det slått fast som et relevant moment ved vurderingen at;

*«Bevisavskjæring vil kunne virke preventivt».*<sup>58</sup>

I Rt. 1991 s. 616 «*Gatekjøkken kjennelsen*» hadde arbeidsgiver hadde satt opp et hemmelig kamera på arbeidsplassen. Opptaket viste at en av de ansatte hadde begått under-slag, og det oppstod spørsmål om opptaket kunne føres for domstolen. På side 623 uttales det;

*«Ved en slik holdning vil domstolene motvirke denne form for krenkelser».*<sup>59</sup>

Prevensjonshensynet kommer også til uttrykk i Rt. 1992 s. 1088. A og B var i denne sak domfelt for narkotikaforbrytelser. De tiltalte gjorde imidlertid gjeldende at politiet hadde benyttet seg av ulovlige etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt. På side 1091 blir det uttalt;

*«Ønsket om å motvirke uakseptable etterforskningsmetoder vil være et viktig hensyn, men det kan være usikkert hvilken rekkevidde det her vil ha».*

I utgangspunktet skulle man tro at prevensjonshensynet ville ha en betydelig vekt ved avgjørelsen om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført. Dette hensyn er imidlertid nedtonet i forarbeidene til straffeprosessloven hvor det heter;

*«Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. **Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære for-***

---

<sup>58</sup> NOU 2001:32B s. 961.

<sup>59</sup> Se også Rt. 2001 s. 668 s. 671 og LH-2003-20703 hvor det i sistnevnte kjennelse side 4 uttales; «*En restriktiv holdning fra domstolene vil motvirke denne form for krenkelser*».

*holdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaringen av saken» (min utheving).<sup>60</sup>*

Samme synspunkt er lagt til grunn i Rt. 1997 s. 1778. Tiltalte var domfelt for voldtekt av sin samboer. Problemet var imidlertid at politiet hadde fått kjennskap til saken som følge av brudd på taushetsplikt fra en av sykepleierne på sykehuset. Høyesterett henviser på side 1780 til lagmannsrettens begrunnelse;

*«Hensynet til den som krenkes ved brudd på taushetsplikt bør ivaretas gjennom eventuelle strafferettslige reaksjoner mot den som har brutt sin taushetsplikt, og ikke ved at påtalemyndigheten i praksis avskjæres fra å fremme straffesak».<sup>61</sup>*

Den generelle holdning er altså at selv om et bevis er ulovlig innhentet, så bør ikke konsekvensen være at påtalemyndigheten skal være avskåret fra å føre beviset. Hensynet til den som krenkes bør ivaretas igjennom alternative reaksjoner.

Ut ifra det foreliggende rettskildemateriale kan man konkludere med at preven sjonshensynet er et relevant moment i bevisavskjæringsvurderingen, men at den tillegges begrenset vekt fordi alternative tiltak forutsettes å være tilstrekkelige.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om ikke hensynet er gitt en for begrenset vekt av avveiningen. Forutsetningen i forarbeidene og rettspraksis er at straffeansvar og administrative og disiplinære forholdsregler skal være konsekvensen for ulovligheter som begås ved erverv av et bevis. Tanken er at disse reaksjoner anses som mer hensiktsmessige enn å avskjære et bevis som kan være avgjørende for saken. Spørsmålet er om preven sjonshensynet bør ha større vekt i mangel på slike tiltak. Etter å ha vært i kontakt med politihøgskolen og

---

<sup>60</sup> Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker s. 197.

<sup>61</sup> Se også Rt. 1992 s. 698 (705) hvor reaksjon i form av straffeansvar anses som en mer hensiktsmessig reaksjon enn bevisavskjæring.

spesialenheten, så har jeg konkludert med at det ikke finnes rapporter eller register som er direkte knyttet opp mot ulovligheter begått av politiet ved innhenting av bevis. Det finnes allikevel noe statistikk i form av spesialenhetens årsrapport som omhandler alle former for anmeldelser mot politi og påtalemyndigheten.<sup>62</sup> I 2012 ble det inngitt totalt 1247 anmeldelser, hvorav 55 % utgjorde anmeldelser mot polititjenestemenn. Spesialenheten henlegger statistikksett mellom 30 % og 40 % av antall anmeldelser uten etterforskning. I 2012 resulterte 3 % av alle anmeldelser med forelegg eller tiltale. Det er imidlertid vanskelig å trekke noen sikre konklusjoner ut fra dette materiale. Den høye henleggelsesprosenten og de få reaksjoner kan forklares ut fra at mange anmeldelser er åpenbare grunnløse, eller foretatt i den hensikt å sabotere politiets arbeid.<sup>63</sup>

Jeg antar i samsvar med Torgersens synspunkt at gode grunner taler for begrense vekten til de uttalelser som fremkommer av forarbeidene hvis det skulle vise seg at administrative eller disiplinære reaksjoner ikke inntreer som konsekvens som følge av ulovligheter begått ved ervervet.<sup>64</sup> Hvis den forutsetning som forarbeidene hviler på ikke inntreer, så er tankegangen at bevisforbud kan fungere som et effektivt og eneste virkemiddel til å motvirke lovstridige handlinger begått av polititjenestemenn.

### 3.4.5 Effektivitetshensynet

Et hensyn som taler for bevisforbud er hensynet til vernet av de interesser som er krenket ved ervervet. Tankegangen er her at en sanksjon i form av bevisforbud vil bidra til beskyttelse av de interesser som den krenkede norm hviler på. Vekten av dette hensyn vil variere i styrke etter hvilke interesser som blir krenket ved ervervet.

---

<sup>62</sup> <http://spesialenheten.no/%C3%85rsrapportstatistikk/tabid/5845/language/nb-NO/Default.aspx>

<sup>63</sup> Statistikken fra spesialenheten omhandler ikke de tilfeller hvor det blir ilagt disiplinære reaksjoner internt i politiet.

<sup>64</sup> Se Torgersen (2009) s. 179.



## 3.5 Konkrete hensyn

### 3.5.1 Bevisverdien

Jo viktigere et bevis er for oppklaring av saken, desto mer skal det til for at bevisforbud skal inntre. Motsatt blir det enklere statuert bevisforbud for bevis med lav bevisverdi. At et slikt moment er relevant ved vurderingen, er kommet til uttrykk i Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» hvor førstvoterende uttaler i dommens side 1272;<sup>65</sup>

*«Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på (...) bevisverdien av beviset».*

Motsetningsvis ble det i Rt. 1997 s. 795 «*Samværssaken*» på kjennelsens side 796 uttalt;<sup>66</sup>

*«(...) vil en adgang til slik bevisførsel regelmessig neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi».*

I samme kjennelse ble det allikevel tatt forbehold mot de tilfeller hvor båndopptaket kunne inneholde så viktig informasjon om forhold som ellers ikke kunne ha blitt belyst, at båndopptaket kunne tenkes ført.<sup>67</sup> I denne sak ble det altså benyttet som et argument for bevisavskjæring at beviset var av underordnet betydning for sakens opplysning.

Hvilken vekt dette hensyn i et konkret tilfelle skal gis, beror på hvor viktig det aktuelle bevis kan sies å være for oppklaring av saken. Er beviset avgjørende for å komme

---

<sup>65</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

<sup>66</sup> Se faktum beskrivelse på side 6.

<sup>67</sup> Se Rt. 1997 s. 795 (796) og som er senere fulgt opp i Rt. 2004 s. 1366 (13).

frem til et materielt riktig resultat, vil hensynet ha betydelig vekt ved avskjærings spørsmålet.

### 3.5.2 Hensynet til beslektede bestemmelser

Det kan i en konkret sak foreligge bestemmelser som ikke får anvendelse, men som ligger nært opptil den situasjon som foreligger slik at hensynene vil ha vekt ved avveiningen. Jo sterkere tilknytningen er til den situasjon som er lovregulert, desto større vekt vil lovbestemmelsen ha som argument kilde.

Det er mange eksempler i rettspraksis på at Høyesterett viser til bestemmelser i lovgivningen for å hente støtte for sin konklusjon ved avveiningen.

I Rt. 2009 s. 1526 «*B Gjengen dommen*» gjaldt saken tiltale for drapsforsøk. I et forsøk på å forsonne gjengene skulle en prest megle mellom partene. Problemet var at en av partene i strid med forutsetningene for møte hadde tatt med en båndopptaker, og spørsmålet var om dette bevis kunne avspilles. Det var anført at slik bevisføring ville være i strid med straffeprosesslovens § 119. Høyesterett var ikke enig i dette og påpekte at taushetsplikten etter bestemmelsen kun gjaldt presten. Dette betydde allikevel ikke at bestemmelsen var uinteressant for avveiningen. Høyesterett uttalte i avsnitt trettien;

*«Det at presten var tilstede og selv understreket at samtalen var underlagt taushetsplikt, forsterket preget av fortrolighet, slik at selv om forholdet ikke rammes av straffeprosessloven § 119, har hensynene bak bestemmelsen innvirkning på avveiningen»* (min utheving).

Høyesterett brukte med andre ord bestemmelsen som et argument for å nekte beviset ført. Et annet eksempel er hentet fra Rt. 2000 s. 1345. En person var tiltalt og dømt for salg og oppbevaring av heroin. Det var anført at hoved-etterforskeren hadde benyttet seg av ulovlige etterforskningsmetoder ved at han hadde hatt to samtaler med to innringere til

domfeltes beslaglagte mobiltelefon. Høyesterett var ikke enig i dette og uttalte på side 1348-1349;

*«I så måte har situasjonen likhetstrekk med den som foreligger når politiet lovlig beslaglegger privat korrespondanse og deretter leser denne. Jeg viser i denne forbindelse også til det unntak fra forbudet mot beslag av dokumenter som det knytter seg taushetsplikt m. m til, som er gitt i straffeprosessloven § 204 annet ledds 1. punktum (...). Jeg viser for så vidt til hva jeg tidligere har sagt om likhetspunktene med den etablerte adgang til beslag også av privat korrespondanse og dokumenter med sensitivt innhold».*

Høyesterett benyttet seg altså av beslagsbestemmelsene som et argument imot bevisavskjæring.<sup>68</sup>

### 3.5.3 Pliktet vedkommende å forklare seg eller å utlevere beviset

Det er i rettspraksis lagt vekt på om den som satt med beviset og som ble utsatt for ulovligheten, pliktet å forklare seg eller pliktet å utlevere dette.<sup>69</sup> Hvis dette er tilfelle, så taler det for at beviset tillattes ført selv om ervervshandlingen var ulovlig. Det vil her være tale om bevis som politiet rettmessig kunne ha fått tilgang til eller rettmessig kunne fått vedkommende til å forklare seg om.

I forarbeidene til tvisteloven hvor det redegjøres for argumentasjonsmønsteret i rettspraksis, heter det blant annet at det skal legges vekt på om det ville ha vært mulig å skaffe opplysningene på en annen måte.<sup>70</sup> Hvis det ikke hadde vært mulig å fremskaffe opplysningene på en annen måte, så taler dette for at beviset kan føres. Spørsmålet er hvor-

---

<sup>68</sup> Se også Rt. 2011 s. 1324 (36).

<sup>69</sup> Se bla. Rt. 1999 s. 1269 (1272).

<sup>70</sup> Se NOU 2001: 32 s. 961.

dan dette hensyn står seg i straffeprosessen. Den vanligste situasjon hvor polititjenestemenn innhenter et bevis, er når de benytter seg av tvangsmidler i medhold av straffeprosessloven. Tvangsmidlene er satt til vern for bestemte interesser. Det kan vanskelig tenkes at brudd på vilkårene for å utøve tvangsmidler, når dette var den eneste måten å få tilgang til beviset på, skal tale for at beviset skal tillattes føres. I de tilfeller hvor vilkårene for å utøve et aktuelt tvangsmiddel ikke foreligger, vil som oftest handlingen krenke et straffebud. Jeg har ikke funnet rettsavgjørelser på straffeprosessens område som inneholder slike premisser, og det er nærliggende å tro at dette hensyn har begrenset vekt på straffeprosessens område.

#### 3.5.4 Hvor alvorlig og viktig er saken

Det er fastslått i rettspraksis at det har betydning hvor alvorlig eller viktig saken er. Hensynet til sakens opplysning gjør seg gjeldende i større grad i de tilfeller hvor det er tale om alvorlig og samfunnsskadelig kriminalitet. Ut fra en slik tilnærming taler mye for å tillatte bevisføring i alvorlige saker selv om beviset er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Motsatt vil det tale for bevisavskjæring i saker av mindre alvorlig karakter. I Rt. 2009 s. 1526 «*B Gjengen dommen*» kan det synes som om hensynet i kombinasjon med hensynet til sakens opplysning ble tillagt avgjørende vekt ved avgjørelsen om å tillatte avspilling av et lydopptak;<sup>71</sup>

*«På den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende».*<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Se faktum beskrive på side 7.

<sup>72</sup> Se avsnitt 32 i dommen.

Samme prinsipp er kommet til uttrykk i Rt. 1992 s. 698 «Treholt II» hvor en rekke bevis var fremskaffet som følge av politiets ulovlige ransakning. Førstvoterende uttaler på side 706;<sup>73</sup>

*«Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillattes ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. 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».*

En rettsavgjørelse av nyere tid er en kjennelse av Hålogaland lagmannsrett hvor saken gjaldt tiltale for seksuellomgang med barn under 16 år. Fornærmede hadde innhentet bevis med en «spionpenn» som viste lyd og bilde. Det oppstod for retten spørsmål om dette bevis skulle avskjæres eller ikke;

*«I nåværende sak er det spørsmål om seksuelle overgrep mot et barn under 16 år, om misbruk av avhengighets- eller tillitsforhold som også strekker seg utover fornærmedes 16 årsdag. Dette er gitt betydning i den interesseavveining som ankeutvalget gir anvisning på».*<sup>74</sup>

Rt. 2009 s. 1526 «B Gjengen dommen» og kjennelsen av Hålogalands lagmannsrett gjaldt imidlertid private beviserverv. Hensynet må imidlertid ha tilsvarende vekt i de tilfeller hvor det er polititjenestemenn som står for ervervet. Det sentrale er hvilken karakter og grad av alvorlighet saken har, ikke hvem som har stått for innhenting av beviset.

Hensynet har også kommet til uttrykk hos Andenæs som uttaler at;

---

<sup>73</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

<sup>74</sup> Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 22. oktober 2012 side 4.

*«Også grovheten av den forbrytelse saken gjelder kan være av betydning».*<sup>75</sup>

Av det foreliggende rettskildemateriale kan man konkludere med at hensynet vil ha betydelig gjennomslagskraft i den interesseavveining som skal foretas når tiltalen gjelder alvorlige forbrytelser. Etter mitt skjønn skal det meget til om domstolene i en foreliggende sak av alvorlig karakter kommer til at et bevis av sentral betydning for skyldspørsmålet ikke kan føres.

### 3.5.5 Betydning av hvilken rettsnorm som er overtrådt ved ervervet

Det kan argumenteres for at hvis den handling som polititjenestemenn begår ved ervervet krenker viktige rettsnormer, så taler dette med styrke for bevisavskjæring. Ved krenkelse av lovregler vil det særlig være straffelovens bestemmelser som er aktuelle. Dette fordi den typiske situasjon vil være at politiet ved innhenting av et bevis ikke har hatt tilstrekkelig hjemmel fordi vilkårene for å utøve tvangsmidler ikke forelå på handlingstidspunktet.<sup>76</sup> At dette er et relevant moment ved vurderingen, kommer til uttrykk i blant annet forarbeidene til tvisteloven hvor det heter at;

*«Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er (...)».*<sup>77</sup>

Det må være på det rene at en krenkelse vil være av mer graverende art hvis den krenkede norm verner særlige interesser.

I Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*», uttaler Høyesterett på side 1272 at retten til å forholde seg taus;<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Se Andenæs (1984) s. 235.

<sup>76</sup> Se samme synspunkt i Ot. Prop. Nr. 64 (1998-1999) s. 16.

<sup>77</sup> Se NOU 2001:32B s. 961.

«(...) er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess».

Det er nærliggende å forstå premissene på side 1271-1272 at bruddet på dette grunnleggende prinsipp var av særlig betydning for konklusjonen om avskjæring av beviset.<sup>79</sup>

At brudd på viktige normer og interesser er et relevant hensyn kommer også klart til uttrykk i Rt. 2001 s. 668, som riktignok gjaldt et privat beviserverv. En arbeidstaker var avskjediget fra sin stilling, og vedkommende gikk til sak for å få kjent avskjedigelsen ugyldig. I denne forbindelse ønsket arbeidsgiver å fremlegge et videoopptak som viste at arbeidstakeren begikk underslag. På kjennelsens side 671 blir det uttalt;<sup>80</sup>

«Det er i denne saka tala om ei **alvorleg integritetskrenking**. Målretta, hemmeleg videoovervaking på arbeidsplassen vil av ein arbeidstakar måtte opplevast som sterkt krenkande» (Min utheving).

Samme synspunkt er kommet til uttrykk i EMDs avgjørelse Gäfgen v. Germany.<sup>81</sup> Domstolen kom her til at det ikke vil være adgang til å føre bevis som er fremskaffet ved brudd på EMK artikkel 3. Dette fordi en slik bevisføring vil være i strid med kravet til «rettferdig rettergang». Artikkel 3 inneholder et forbud mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling. Dommen må forstås slik at konklusjonen om bevisforbud var sterkt begrunnet i hvilken rettsnorm som var krenket ved ervervet av beviset.

---

<sup>78</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

<sup>79</sup> Se i denne sammenheng også Rt. 2003 s. 549 (17).

<sup>80</sup> Se også Rt. 1991 s. 616 (623) hvor førstvoterende uttaler; «I den foreliggende sak dreier det seg, som allerede flere ganger fremhevet, om en alvorlig integritetskrenkelse (...)».

<sup>81</sup> Se faktum beskrivelse under punkt 3.7.1.

Av dette kan man konkludere med at den krenkede norms karakter vil være et relevant og viktig argument ved den interesseavveining som skal foretas. Bratholm er av den oppfatning at overtredelser som rammes av straffelovens bestemmelser som utgangspunkt må anses som mer graverende enn overtredelser som ikke har strafferettslig vern. I samsvar med Bratholms syn bør det understrekes at dette kun er et utgangspunkt, og at det ved avveiningen ikke bør legges avgjørende vekt på et slikt skille da andre interesser kan være av minst like viktig karakter.<sup>82</sup>

Bratholm argumenterer videre for at det bør ha betydning for avveiningen om det er tale om en formell eller materiell feil.<sup>83</sup> Tanken er da at brudd på formelle feil ikke bør tillegges særlig vekt når det forelå materielle hjemmel for innhenting av beviset.

### 3.5.6 Skyldhensynet

I rettspraksis er det slått fast at graden av skyld kan være et relevant hensyn ved den interesseavveining som skal foretas. Hvis polititjenestemennene ervervet beviset i god tro med tanke på lovligheten av den handling som førte til ervervet, så taler dette for at beviset bør tillattes ført. Motsatt taler det for bevisavskjæring hvis politiet forsettlig overtrer en lovbestemmelse. At skyld hensynet kan tenkes å tillegges betydning er kommet til uttrykk i Bratholms artikkel hvor han uttaler;

*«For det første bør det tillegges betydning hvor graverende den ulovlige fremgangsmåte er, om handlingen er forsettlig eller uaktsom eller kanskje beror på en helt unnskyldelig villfarelse».*<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Se Bratholm (1959) s. 119.

<sup>83</sup> Se Bratholm (1959) s. 119. Se også Rt. 1992 s. 698 hvor overtredelsen nettopp bestod i en slik formell feil.

<sup>84</sup> Se Bratholm (1959) s. 118-119. Se også Andenæs (1984) s. 235.



Samme synspunkt er kommet til uttrykk i rettspraksis. I Rt. 1999 s. 1269 «*Verkestedsbetjentdommen*» heter det at;<sup>85</sup>

*«Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet».*

Grovheten av en krenkelse må etter mitt skjønn avgjøres ut i fra den krenkede norms karakter- det vil si hvor viktig og grunnleggende den krenkende regel kan sies å være<sup>86</sup>, fremgangsmåten ved ervervet, og hvilken grad av skyld som ble utvist ved ervervet av beviset. I den nevnte sak så var det tale om målrettet bruk av hemmelig lydopptak foretatt i den hensikt i å forlede siktede til å forklare seg.

Samme synspunkt er lagt til grunn i Rt. 1994 s. 1139 og Rt. 1992 s. 698 hvor førstvoterende i førstnevnte kjennelse side 1141 taler om;<sup>87</sup>

*«(...) en grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede».*

I Rt. 1992 s. 698 «*Treholt II*» ble det uttalt på side 706;

*«Mot bruk av bevismateriale taler først og fremst at gjeldende regler om ransaking bevisst ble satt til side av påtalemyndigheten og politiet»* (min uthevning).

Etter dette blir det lagt til grunn at graden av skyld hos vedkommende polititjenestemann som ervervet beviset, er et relevant moment i den avveining som skal foretas. Det vil således være av betydning om det er tale om en forsettlig handling eller om vedkom-

---

<sup>85</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

<sup>86</sup> Se punkt 3.5.5

<sup>87</sup> Se faktum beskrivelse på henholdsvis side 11 og 16.

mende har utvist grov uaktsomhet. Dette vil tale mot at beviset kan føres. Motsatt vil lavere skyldgrader som simpel uaktsomhet tale for føringsadgang av beviset.

Videre vil det i tråd med Bratholms synspunkt være av betydning hvilken fremgangsmåte som ble benyttet under ervervet. I den grad det er brukt vold, trusler eller lignende rettet mot vedkommende person, så vil dette være et viktig argument mot bevisføring, i motsetning til når ulovligheten har vært rettet mot et fysisk objekt.<sup>88</sup> Andenæs tillegger det også betydning om inngrepet er rettet mot siktedes legeme eller om inngrepet er rettet mot et tinglig bevismiddel.<sup>89</sup>

### 3.5.7 Beviset hadde vært lovlig innhentet om politiet hadde hatt kunnskap om de faktiske omstendigheter

Utgangspunktet for dette hensyn kan tas i Rt. 2006 s. 582.<sup>90</sup> I avsnitt tjuetre og tjuetrefire blir det uttalt;

*«Hadde politiet vært kjent med de faktiske forhold eller hatt et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke, ville det ha vært materiell hjemmel for å gjennomføre ransakningen. (...) Og i vår sak ville som nevnt politiet hatt materiell hjemmel for ransakning dersom det var kjent med pistolen og ammunisjonen eller i alle fall hadde et faktisk grunnlag for skjellig grunn til mistanke».*

Hensynet kan se ut til å basere seg på at et bevis bør tillattes ført hvis alle faktiske forhold tatt i betraktning viste seg at politiet hadde hatt hjemmel. Argumentasjonen må kunne betegnes som noe spesiell. De tilfeller hvor problemstillingen om bevisavskjæring

---

<sup>88</sup> Se Bratholm (1959) s. 118-119.

<sup>89</sup> Se Andenæs (1984) s. 236.

<sup>90</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

blir satt på spissen, vil nettopp være i de situasjoner hvor politiet har funnet noe av interesse uten at vilkårene for å utøve tvangsmidler var oppfylt.

Torgersen tar i relasjon til uttalelsen utgangspunkt i at Høyesterett skiller mellom tilfeller hvor politiet benytter metoder hvor de uansett ikke hadde hatt hjemmel, og metoder som har hjemmel i lovgivningen uten at et materielt vilkår er oppfylt.<sup>91</sup> Etter kjennelsen er det altså er relevant avveiningsmoment om det i lovgivningen er åpent for det aktuelle inngrep eller ikke.

Har polititjenestemenn innhentet et bevis med en metode som lovgivningen under enhver omstendighet ikke åpner for, taler dette for avskjæring. Det interessante med Rt. 2006 s. 582 er at hensynet blir brukt som et moment for å tillatte bevisføring når lovgivningen under visse vilkår har åpnet for en slik metode, selv om vilkårene ikke forelå på handlingstidspunktet. Ut fra domspremissene kan det se ut til at hensynet var gitt betydelig vekt ved avveiningen.

### 3.5.8 Innen rimelig tid

Hensynet til rimelig tid er nevnt i noen få rettsavgjørelser som et relevant moment ved den avveining som skal foretas. Hensynet bygger videre på det prinsipp om at en innsigelse kan bli prekludert fordi den er for sent fremsatt. Bratholm har anført at det kan være av betydning når det reises innsigelser mot et ulovlig ervervet bevis.<sup>92</sup> Tanken er da den at jo lenger tid en siktet venter med å fremsette innsigelser, desto mer skal til for at innsigelsen blir tatt til følge.

---

<sup>91</sup> Se Torgersen (2009) s. 163.

<sup>92</sup> Se Bratholm (1959) s. 121-22.

At tidspunktet for innsigelsen kan ha betydning har kommet til uttrykk i Rt. 1997 s. 795 «*Samværssaken*», hvor førstvoterende på side 796 og 797 uttaler følgende;<sup>93</sup>

*«(...) at utskriften fra samtalen i 1991, kreves fremlagt som bevis først nå, til tross for at saken har versert for retten siden 1994».*

I denne sak hadde moren hatt utskriften fra lydopptaket siden 1991. Saken kom opp for domstolene i 1994, og ikke før i 1997 ble beviset ønsket ført. Kjennelsen berører ikke direkte at påtalemyndigheten på et sent tidspunkt i saksgangen ønsker å føre et ulovlig ervervet bevis. Den regulerer heller ikke at siktede fremsetter innsigelser sent i saksgangen. Det syntes allikevel nærliggende at hensynet bør gis betydning også i slike tilfeller.

Etter dette legges det til grunn at det kan tillegges betydning på hvilket tidspunkt i saksgangen siktede kommer med innsigelser mot det ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Videre vil det være av betydning om påtalemyndigheten på et tidlig eller sent tidspunkt i saken ønsker å føre et slikt bevis.

På bakgrunn av de få rettsavgjørelser som vektlegger hensynet, må det kunne slutes at hensynet har nokså begrenset vekt ved avveiningen. I kjennelsen som nevnt overfor har hensynet snarere karakter som et tilleggsmoment enn som et sentralt hensyn ved vurderingen.

---

<sup>93</sup> Se faktum beskrivelse på side 6.

### 3.5.9 Om beviset er til siktedes gunst eller ugunst

Ved avveiningen om de bevis som er ervervet av polititjenestemenn skal tillates ført er det i teorien lagt vekt på om det ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis kan sies å være til gunst eller ugunst for siktede. Bratholm uttaler at det vanskelig kan tenkes at bevis som er i favør siktede, blir avskåret med den konsekvens at vedkommende blir funnet skyldig i en straffbar handling.<sup>94</sup> Torgersen inntar samme holdning.<sup>95</sup> Som den store hovedregel må bevisavskjæringstilfellene på grunnlag av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis være forbeholdt de tilfeller hvor beviset vil være til ugunst for siktede.<sup>96</sup> At en person skulle bli funnet skyldig i en straffbarhandling som følge av begrensninger i adgangen til bevisføringen, vil være utenkelig i norsk straffeprosess, og jeg har ikke funnet rettspraksis hvor dette har vært tilfelle.

## 3.6 Sammenfatning

Om et ulovlig ervervet bevis skal tillattes ført, beror på en helhetsvurdering hvor de hensyn som er redegjort for i punkt 3 er relevante. Det må imidlertid understrekes at de hensyn som er fremkommet ikke er uttømmende regulert. At andre hensyn også kan tenkes å være relevante følger for så vidt av at det skal foretas en helhetsvurdering, og har blant annet kommet til uttrykk i Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» side 1272.

Spørsmålet videre er hvilke momenter som etter rettspraksis er å anses som særlig fremtredende ved vurderingen. De enkelte momenters vekt er i den grad det er mulig rede-

---

<sup>94</sup> Se Bratholm (1989) s. 110. Se også Andenæs (1987) s. 235; «*Endelig kan det spille en rolle om det er tale om bevis til skade eller til gunst for tiltalte*».

<sup>95</sup> Se Torgersen (2009) s. 178.

<sup>96</sup> Se imidlertid Rt. 1996 s. 1114, men her var det ikke tale om bevisforbud på grunnlag av ulovlig eller krittikverdig beviserverv innhentet av en polititjenestemann.

gjort for under det enkelte hensyn. Ut ifra det foreliggende rettskildemateriale er hensynet til sakens opplysning det overordnede hensyn. Hensynet til hvor alvorlig og viktig saken er, sammenholdt med bevisverdien til det aktuelle ulovlige erverv, spiller også en betydelig rolle ved avveiningen. Om det i bestemte tilfeller kan oppstilles en presumsjon for eller imot bevisforbud, vil jeg komme nærmere inn på i punkt 6.

### **3.7 Problemstillingen om avledede bevis**

Spørsmålet er hvilken betydning det skal ha for lovlige beviserverv som er fremskaffet som en følge av et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. Tilfelle er da at primær beviset er besluttet avskåret. Spørsmålet er i rettspraksis og teori formulert som et spørsmål om domino og smitte – effekt inntre.<sup>97</sup>

Det kan særlig tenkes to løsninger. Det ene løsning går ut på at bevis som er ervervet som en følge av et ulovlig ervervet bevis, må nektes i samme utstrekning som primær beviset. Dette kan begrunnes i preventive hensyn og omgåelsesbetraktninger. Det ikke er ønskelig at politiet skal kunne benytte seg av bevis som står i en nær tilknytning til det ulovlige erverv.

Det andre løsning går ut på at bevis som er avledet fra primær ervervet, bør kunne føres da dette isolert sett er et lovlig erverv. Hensynet til et materielt riktig resultat taler med styrke for at slike bevis bør kunne føres.

Andenæs ser ut til å ha en restriktiv holdning i forhold til spørsmålet om avledede bevis bør nektes ført i samme utstrekning som primærervervet;

---

<sup>97</sup> Se bla. Rt. 1997 s. 1778 (1780) og Strandbakken (2003) s. 185.

*«En annen sak er at den ulovlige avlytting kan ha ført politiet på spor etter vitner eller andre bevismidler som det kan bruke. Denne bevisførsel blir ikke ulovlig fordi om selve avlyttingen var ulovlig».*<sup>98</sup>

Spørsmålet om avledede bevis skal tillattes ført, beror på hvordan rettspraksis har stilt seg til spørsmålet. Utgangspunktet kan tas i Rt. 1994 s. 1010. Saken gjaldt her A som var ansatt som terminalleder ved en hovedflystasjon. Da vedkommende ankom flyplassen, ble han stoppet av militærpolitiet som avholdt en promillekontroll. Da testen viste seg å være positiv, kontaktet militærpolitiet lensmannen som tok vedkommende med til en blodprøvekontroll. Kontrollen fra militærpolitiet kan ha vært i strid med gjeldende regler. Spørsmålet var hvilke konsekvenser dette skulle få for senere ervervet bevis som var fremskaffet som en følge av den påståtte ulovlige promillekontrollen. Tvisten knyttet seg til bevis i form av blodprøveresultatet i regi av lensmannen og hans vitneforklaring. Høyesterett uttaler følgende på side 1011;

*«Utvalget Leser lagmannsrettens kjennelse slik at eventuelle feil ved militærpolitiets myndighetsutøvelse da det ble tatt utåndingsprøver, ikke kan føre til at den senere blodprøve som ble tatt på regulær måte etter foranledning av det vanlige politiet, skal avskjæres som bevis. Det samme gjelder lensmannsbetjentens vitneprov. Utvalget er enig i denne lovtolkningen».*

I Rt. 1997 s. 1778 var en mann var dømt for voldtekt av sin samboer. Problemstillingen var at de bevis som politiet hadde ervervet, var avledet fra at en av de ansatte på sykehuset hadde brutt taushetsplikten sin. Det var på det rene at politiet ikke ville ha blitt kjent med saken hvis den ansatte ikke hadde varslet politiet. Spørsmålet var dermed om de bevis som ble ervervet som en følge av bruddet på taushetsplikten, måtte avskjæres. Førstvoterende uttaler på side 1781;

---

<sup>98</sup> Se Andenæs (1984) s. 238.

*«Jeg er enig med lagmannsretten i at bruddet på taushetsplikten ikke kan ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses som ulovlig ervervet. (...) Som allerede nevnt må de bevis som er en direkte følge av brudd på taushetsplikt i et slikt tilfelle avskjæres. Bestemmelsen i § 119 rekker ikke videre. Den rammer således ikke de bevis- vitneforklaringer mv.- som senere ble ervervet i denne saken».*

Høyesterett slutter seg i Rt. 1997 s. 1778 til lagmannsrettens begrunnelse. Av begrunnelsen fremgår det at hensynet til sakens alvor og sakens opplysning var av stor betydning for resultatet. Hvis de avledede bevis hadde blitt avskåret, ville dette medføre at påtalemyndigheten ikke hadde hatt tilstrekkelige bevis til å domfelle tiltalte.

I Rt. 2006 s. 582 gjaldt saken en ulovlig ransakning av en bil hvor føreren var i ulovlig besittelse av et ladd våpen. Saken var altså slik at mistankekravet ikke var oppfylt, og det var uomtvistet at ransakningen var ulovlig. Det sentrale i denne sammenheng er følgende uttalelse fra førstvoterende i avsnitt tjueseks;

*«Jeg tilføyer at selv om politibetjentene hadde vært avskåret fra å forklare seg, kunne det ikke medføre at retten ikke skulle ha mottatt A`s uforbeholdne tilståelse, jfr. Rt. 1997 s. 795».*

Saken i lagmannsretten var en tilståelsesdom hvor det aktuelle bevis var As egen forklaring. A anket blant annet over saksbehandlingen fordi han var av den oppfatning at tilståelsen skulle ha vært avskåret som bevis. Dette fordi tilståelsen var fremkalt som en følge av den ulovlige ransakningen.

Rettsavgjørelsene som nå er gjennomgått, viser en svært restriktiv holdning fra domstolene til å godta bevisavskjæring på grunnlag av avledede bevis.<sup>99</sup> Hovedregelen må såle-

---

<sup>99</sup> Les nærmere om avledet bevis i Strandbakken (2003) s. 185 og Torgersen (2009) s. 179-194.



des være at feil ved innhenting av primærbeviset ikke er til hinder for at avledede bevis kan føres.

### 3.7.1 Unntak

Kan tenkes unntak fra hovedregelen om at avledede bevis kan føres?

Utgangspunktet for drøftelsen kan tas i Rt. 2001 s. 668. Saken gjaldt her en arbeidstaker som hadde gått til sak for å få avskjedigelsen kjent ugyldig. Spørsmålet var om bevis i form av hemmelig videoopptak kunne fremlegges for domstolen. Det hemmelige opptaket ble nektet ført, og det sentrale i forhold til problemstillingen om avledede bevis blir uttalt på kjennelsens side 671-672;

*«I orskurden av 25. august 2000 la lagmannsretten vekt på at kjæreparten kunne føre bevis på ein alternativ måte, nemleg gjennom framlegging av ein avhøyrssrapport datert 13 desember 1999 som inneheld ei vedgåing fra kjærmotparten. **Utvalet finn grunn til å peike på at i den grad den ulovlege innhentinga av videoopptak var ein del av grunnlaget for avhøyet og vedgåinga, er det ikke uten vidare slik at rapporten- eller vitneprov om innhaldet i avhøyet- kan nyttast som bevis. Omsynet til effektiv avskjering av videobevis kan føre til at også bevis som byggjer på dette må nektast førte. Om videoopptaket var ein del av grunnlaget for det som kom fram i avhøyet, må lagmannsretten eventuelt ta standpunkt til i den vidare saksgangen» (min uthevning).***

Kjæremålsutvalget tar ikke konkret stilling til om de aktuelle bevis som hadde sin opprinnelse i videobeviset må avskjæres. Uttalelsen viser derimot at den holder døren åpen for at avskjæring kan skje på bakgrunn av effektivitetsbetraktninger. Tanken er da at hvis bevis som har sin opprinnelse i videoopptaket tillattes ført, så kan konsekvensene av bevis-

avskjæring for primærbeviset i realiteten bli ikke-eksisterende da man som Strandbakken uttaler det kan høste «*frukten fra det forgiftede tre*». <sup>100</sup>

Det hadde vært av interesse hvilken konklusjon lagmannsretten hadde kommet til hvis avhøret hadde blitt sett på som avledet fra videoopptaket. Dette får vi imidlertid ikke svar på da det etter Høyesteretts kjennelse ble inngått forlik i lagmannsretten. <sup>101</sup>

Et annet utgangspunkt kan tas i Gäfgen saken. <sup>102</sup> Saken gjaldt her jusstudenten Magnus Gäfgen. Den 27ende september 2002 kidnappet han og myrdet 11 år gamle Jakob Von Metzler ved kvelning. Metzler var sønn av en kjent tysk bankfamilie, og Gäfgen skrev etter drapet et notat til familien hvor han krevde en million euro i løsepenger for sønnen. Gäfgen ble etter overleveringen av løsepengene arrestert og avhørt. Han nektet imidlertid å oppgi hvor Metzler befant seg. Politiet som på dette tidspunkt ikke visste at Metzler var drept, bestemte seg for å benytte seg av ekstraordinære metoder for å finne gutten. Politimester Daschner instruerte betjenten til å “*threaten the applicant with considerable physical pain, and if necessary, to subject him to such pain in order to make him reveal the boy*”. <sup>103</sup> Av domspremissene følger det at betjentene “*threatened the applicant with subjection to considerable pain at the hands of a person specially trained for such purposes if he did not disclose the child`s whereabouts*”. <sup>104</sup> Det var på det rene at dette ikke var tomme trusler, da en lege var kalt inn for å holde tilsyn med det inngrep som skulle utføres. Videre anførte Gäfgen at han var blitt truet med at han skulle bli låst inn i samme celle som «*two huge black men who would sexually abuse him*». <sup>105</sup> I tillegg til den psykiske mishandlingen var det på det rene at Gäfgen var utsatt for lettere fysisk vold. På bakgrunn av dette viste

---

<sup>100</sup> Se Strandbakken (2003) s. 210.

<sup>101</sup> Dette ble slått fast etter å ha vært i kontakt med Gulating lagmannsrett.

<sup>102</sup> Case of Gäfgen v. Germany.

<sup>103</sup> Se domspremissenes avsnitt 15.

<sup>104</sup> Se domspremissenes avsnitt 15.

<sup>105</sup> Se domspremissenes avsnitt 15.

Gäfgen politiet hvor liket av Metzler lå. Tilståelsene og forklaringene ble i tysk rett avskåret som bevis. På den andre siden ble de reelle bevismidler tillatt ført. Som en konsekvens av at de reelle bevismidler ble tillatt ført, valgte Gäfgen å innrømme straffeskyld. Gäfgen ble av domstolene dømt til livsvarig fengsel.

Gäfgen anket dommen til EMD. Han fikk medhold i at det forelå brudd på EMK artikkel 3, fordi den behandling som han hadde fått i avhørene var å karakteriseres som «umenneskelig». Gäfgen påstod videre at forelå brudd på kravet til «*fair trial*», jfr. EMK artikkel 6. Forklaringene og tilståelsene ble som nevnt avskåret som bevis av tyskedomstoler. Gäfgens argumentasjon gikk ut på at bevisføring av de reelle bevismidler som var avledet fra det ulovlige avhøret, var i strid med kravet til «*rettferdig rettergang*». EMD konkluderte med at bevis som er fremkalt som en direkte eller indirekte følge av brudd på artikkel 3 vil medføre krenkelse av artikkel 6.<sup>106</sup> Gäfgen fikk imidlertid ikke medhold i påstanden om at det forelå brudd på artikkel 6. Dette fordi de avledede bevis ikke ble vektlagt ved avgjørelsen av skyldspørsmålet.

På bakgrunn av den status EMK er gitt i norsk rett, må det legges til grunn at det ikke vil være adgang til å fremlegge bevis som er innhentet som en direkte eller indirekte følge av brudd på konvensjonens artikkel 3.

### 3.7.2 Sammenfatning

De avgjørelser som nå er gjennomgått, gjelder tiltaler og krenkelser av forskjellig karakter. Ut fra de foreliggende rettskilder kan man konkludere med at feil ved primærbeviset ikke er til hinder for at avledede bevis kan føres. Hensynet til sakens opplysning ser ut til å være det avgjørende argument for at slike bevis blir tillatt ført. Et forbehold må muligens tas på bakgrunn av Rt. 2001 s. 668. Kjæremålsutvalget påpekte her at hensynet til effektiv

---

<sup>106</sup> Se her Øyen (2010) s. 428 som inntar samme holdning.

avskjæring kan tilsi at bevis som bygger på det ulovlige ervervede bevis må nektes ført. I Rt. 2001 s. 668 gjaldt tvisten fremleggelse av et hemmelig videoopptak. Slike bevis er gjentatte ganger i rettspraksis omtalt som en «*alvorlig integritetskrenking*».<sup>107</sup> Det kan være slik at i den grad det er tale om alvorlige integritets krenkelser og brudd på viktige normer, så vil domstolene være mer tilbøyelig til å statuere bevisforbud også for bevis som er avledet fra primær ervervet. En slik tilnærming samsvarer også med *Gäfgen v. Germany*. Det ble her lagt til grunn at det ikke vil være adgang til å føre bevis som er en direkte eller fjern følge av brudd på EMK artikkel 3.<sup>108</sup> Dette fordi en slik bevisføring innebærer en krenkelse av kravet til «*fair trial*» i EMK artikkel 6.

Det er naturlig at domstolene viser en restriktiv holdning mot at avledede bevis skal nektes i samme utstrekning som primær ervervet. En regel om at avledede bevis gis samme virkning som primærervervet, kan innebære at et straffbart forhold ikke kan forfølges. Dette vil skje i de tilfeller hvor primærbeviset er nektet ført, og de øvrige bevis er fremkalt som en følge av primærbeviset. På den andre siden tilsier en effektiv håndhevelse av avskjæringsreglene for at også slike bevis bør nektes ført. Sistnevnte hensyn bør gjøres gjeldende med atskillig tyngde i den grad det er tale om brudd på grunnleggende normer.

---

<sup>107</sup> Se Rt. 2001 s. 668 (671) og Rt. 1991 s. 616 (623).

<sup>108</sup> Se her Øyen (2010) s. 428 som inntar samme holdning.

## 4 Fortsatt eller gjentatt krenkelse

### 4.1 Innledning

Utgangspunktet kan tas i Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» hvor førstvoterende på side 1272 uttaler;<sup>109</sup>

*«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillattes ført må det blant annet legges vekt på om føringen av beviset vil innebære en gjentakelse eller en fortsettelse av det rettsbrudd som skjedde 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 det bero på en interesseavveining**» (min uthevning).*

Ut ifra domspremissene skal det først foretas en vurdering av om føring av beviset vil innebære en fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet. Hvis dette ikke er tilfelle så skal man skal løse bevisforbudsspørsmålet etter interesseavveiningen som nevnt i punkt 3.

Læren om fortsatt eller gjentatt krenkelse behandles i denne oppgaven etter redegjørelsen for den interesseavveining som skal foretas. Årsaken til dette er at det hersker en viss usikkerhet om man kan operere med en presumsjon om at føring av bevis som vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse skal avskjæres.

Det som skal behandles i det følgende er for det første spørsmålet om man kan operere med en presumsjon om at fortsatt eller gjentatt krenkelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet medfører avskjæring. Alternativt kan det tenkes at fortsatt eller gjentatt krite-

---

<sup>109</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

riet kun skal inngå som et moment i den helhetsvurdering som skal foretas. For det andre blir det et spørsmål om hva som ligger i at føring av beviset vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet.

#### **4.2 Kan man operere med en regel om at fortsatt eller gjentatt krenkelse fører til avskjæring**

I Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedbetjentdommen*» legges det opp til at bevisavskjæringsvurderingen skal foretas i to trinn;

1. Hvis føring av beviset innebærer en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet, skal beviset «*normalt*» nektes ført.
2. Hvis føring av beviset ikke innebærer en fortsatt eller gjentatt krenkelse, skal man ved spørsmålet om beviset skal kunne føres foreta en interesseavveining.

Etter Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedbetjentdommen*» fremstår det som rimelig klart at det først skal vurderes om føringen vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av den krenkelse som skjedde ved ervervet. I teorien har det imidlertid på bakgrunn av senere rettsavgjørelser vært diskutert om dette standpunkt kan opprettholdes.<sup>110</sup> I Rt. 2003 s. 549 var en person domfelt for narkotikaforbrytelser. Domfelte hadde imidlertid ikke blitt gjort oppmerksom på sine rettigheter etter straffeprosesslovens § 232. Spørsmålet var hvilken betydning brudd på selvinkrimineringsvernet skulle ha. I avsnitt sytten uttales det;

---

<sup>110</sup> Se Torgersen (2009) s. 137-139.

«Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite til å stole på eller hvor føring av beviset krenker beskyttelsesverdige interesser **eller representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet** (...)» (min uthevning).

Samme formulering er benyttet i Rt. 2004 s. 858 avsnitt sytten.

Ut fra de to sistnevnte avgjørelser skal læren om fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet, kun inngå som et av mange hensyn i den helhetsvurdering som skal foretas. Læren skal således ikke være et selvstendig grunnlag for bevisforbud.<sup>111</sup> En slik tilnærming til bevisavskjærings vurderingen blir imidlertid vanskeliggjort på bakgrunn av Rt. 2006 s. 582.<sup>112</sup> Førstvoterende uttaler i avsnitt tjueto;

«En treffende oppsummering av rettstilstanden er etter min mening gitt i Rt. 1999 s. 1269 (...)».

Det vil etter disse rettsavgjørelser være uklart om man kan operere med en presumsjon for avskjæring i tilfeller hvor beviset representerer en fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet. Gode grunner taler imidlertid for å legge avgjørende vekt på dommen av Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» som var enstemmig og som satt opp en klar og tydelig formulering for hvordan vurderingen skal foretas. Domspremissene er videre fulgt opp i Rt. 2006 s. 582.

I Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» fremgår det at bevisforbud «*normalt*» må være konsekvensen i de tilfeller hvor føring av et bevis vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse. Dette gir uttrykk for en vektregel i favør avskjæring. Det er derimot ingen unntaksfri regel om at slike bevis må avskjæres. Hvis sterke grunner taler for at beviset

---

<sup>111</sup> Se Torgersen (2009) s. 139.

<sup>112</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.

bør føres, så har domstolene adgang til å fravike hovedregelen om avskjæring. Dette vil være typisk i de tilfeller hvor sakens viktighet, eller sakens alvor tilsier det. På samme måte er det naturlig å gjøre unntak fra presumsjonen hvis krenkelsen må sies å være av mindre inngripende karakter slik at avskjæring ikke bør være konsekvensen selv om føring skulle innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse.<sup>113</sup>

#### **4.3 Hva ligger det i at føring av beviset vil innebære en fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet**

. I denne delen oppgaven vurderes hva som ligger i at føringen av beviset vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse.

En tilnærming som kan anføres er at føring av et bevis som er ervervet ulovlig, alltid vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse. Tanken er da at en føring av et ulovlig ervervet bevis vil ha så sterk tilknytning til ervervshandlingen at føring må anses som en fortsettelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet. Hvis en slik forståelse hadde vært gjeldende rett, så ville alle bevis som var ulovlig ervervet bli avskåret, og den interesseavveining som skal foretas ville ha vært overflødig.

Det finnes ikke rettspraksis som klargjør hva som menes med fortsatt eller gjentatt krenkelse. De rettsavgjørelser som foreligger er kun av konstaterende karakter. Se her for eksempel Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» hvor det blant annet blir uttalt på side 1273;<sup>114</sup>

*«(...) vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset».*

---

<sup>113</sup> Se Torgersen (2009) s. 148.

<sup>114</sup> Se faktum beskrivelse på side 16.



Konstaterende er også Rt. 2006 s. 582 avsnitt tjuetre;<sup>115</sup>

*«Jeg kan ikke se at det ville innebære noen gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som skjedde ved ransakningen».*

Videre blir det uttalt;

*«Hadde politiet vært kjent med de faktiske forhold eller hatt et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke, ville det ha vært materiell hjemmel for å gjennomføre ransakningen».*

Denne begrunnelse kan ikke sies å ha noen form for relevans for vurderingen av om vitneforklaringene fra politibetjentene representerte en fortsettelse eller gjentakelse av den ulovlige ransakning. Begrunnelsen må snarere anses som et hensyn under den interesseavveining som foretas.<sup>116</sup>

I juridisk teori nevner Andenæs en del tilfeller hvor han mener bevisavskjæring bør være konsekvensen. Andenæs begrunner dette med at føring av beviset vil innebære en fortsettelse av den krenkelse som ble begått. Andenæs uttaler således at bruk av en sykejournal ikke kan benyttes i bevisføringen fordi det vil være en fortsettelse av krenkelsen av taushetsplikten.<sup>117</sup> Videre konkluderer Andenæs med at bevisavskjæring må være konsekvensen i de tilfeller uttaler hvor en som har taushetsplikt, har gitt opplysninger i strid med dette.<sup>118</sup> Det sentrale i denne sammenheng er hva Andenæs konkret mener med at føring av

---

<sup>115</sup> Se faktum beskrivelse på side 16. Se også Torgersen (2009) s. 145 som har et kritisk syn på domspremisene.

<sup>116</sup> Se punkt 3.5.7.

<sup>117</sup> Se Andenæs (1984) s. 235.

<sup>118</sup> Se Andenæs (1984) s. 235.

et bevis vil innebære en fortsettelse av den krenkelse som har skjedd. Av interesse her er følgende uttalelse;

*«Man kan ikke si at skaden allerede er skjedd ved forklaringen. Å bruke den som bevis under hovedforhandlingen ville bety å gi den forrådde betroelse en ytterligere utbredelse».*<sup>119</sup>

Torgersen tar i relasjon til spørsmålet om hva som konkret menes med gjentatt eller fortsatt krenkelse følgende standpunkt;

*«Vurderingen av om føringen av et ulovlig ervervet bevis innebærer en gjentatt krenkelse, kan imidlertid vanskelig tenkes å skje på en annen måte enn ved en **sammenligning av interesser som vernes av den krenkende ervervsnorm på den ene side og de interesser som vil bli krenket ved bevisføringen på den annen**. Det er således avgjørende hvordan man nærmere skal fastlegge de interesser som er vernet av skankene for beviserververvsnormene- og de interesser som kan krenkes ved bevisføringen»* (min uthevning).<sup>120</sup>

Dette synspunkt er i samsvar med Andenæs sitt syn. Det er nærliggende å forstå Andenæs sin uttalelse som at en bevisføring på nytt vil krenke de interesser som er satt til vern for taushetsplikten, og at avskjæring av den grunn bør skje. Torgersen henter også støtte for sitt syn i straffeprosesslovens forarbeider hvor det er fastslått;

*«Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, **med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte**»* (min uthevning).<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Se Andenæs (1984) s. 235-236.

<sup>120</sup> Se Torgersen (2009) s. 142.

<sup>121</sup> Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

Tanken er at hver lovregel hviler på bestemte interesser og hensyn. Hvis de interesser som blir krenket ved ervervet av beviset kan sies å bli krenket på nytt ved en eventuell bevisføring, så skal slike bevis som hovedregel nektes ført.

#### 4.3.1 Sammenfatning

På bakgrunn av det relativt begrensede rettskildemateriale er det vanskelig å si noe konkret om når en bevisføring på nytt vil krenke de interesser som ble krenket ved ervervet av beviset. De rettsavgjørelser hvor problemstillingen har vært diskutert er som nevnt konkluderende i stedet for forklarende. Videre vil det være vanskelig å si når lovgrunnen for en regel tilsier at beviset ikke bør kunne føres.<sup>122</sup> For det første er det et spørsmål hvilken interesse den aktuelle lovregel tar sikte på å beskytte. For det andre vil en lovregel ofte beskytte flere interesser. Når det gjelder bestemmelsene om ransakning så tar de primært sikte på å beskytte den fysiske integritet, men reglene har også en side mot å beskytte privatlivet.<sup>123</sup> Likevel blir slike bevis i stor utstrekning tillatt ført. Andenæs argumenterer for at ulovlig avlytting og lydopptak ikke bør kunne føres fordi det innebærer en fortsettelse av den ulovlige utspionering av privatlivet som selve opptaket betegner.<sup>124</sup> Jeg er enig i Andenæs sin tilnærming i forhold til at slik bevisføring vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse. Rettsavgjørelsene inntatt i Rt. 1991 s. 616 «*Gatekjøkken kjennelsen*», Rt. 1997 s. 795 «*Samværssaken*» og Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» er eksempler på avskjæring av slike bevis. Det finnes imidlertid rettsavgjørelser som gjør unntak fra denne tilnærming. Se nedenfor i punkt 6. Etter mitt skjønn etterlater fortsettelse eller gjentakelse kriteriet slik det er forstått i rettspraksis flere spørsmål enn svar.

---

<sup>122</sup> Se innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

<sup>123</sup> Se Torgersen (2009) s. 144, hvor dette blir belyst.

<sup>124</sup> Se Andenæs (1984) s. 238.

Slik kriteriet er formulert i rettspraksis, så vil det uansett være av vesentlig interesse å avklare om føring av et bevis vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse. Fordi hovedregelen gir uttrykk for en vektregel i favør avskjæring.

## 5 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

### 5.1 I hvilken utstrekning medfører EMK bevisforbud

Det sentrale for drøftelsen er i hvilken grad brudd på bestemmelser i EMK medfører bevisforbud. Nedenfor vil det kort redegjøres for dette spørsmål. Konvensjonens bestemmelser skal i tilfelle motstrid gis forrang på bekostning av andre bestemmelser, jfr. Mskrl. § 3 og Strpl. § 4.

EMD har uttalt at konvensjonen som hovedregel ikke legger begrensninger på bevisføringens adgang. Dette er treffende uttalt i *Kahn v. United Kingdom* avsnitt 34;

*«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»* (min uthevning).

Bevisforbud etter EMK har i hovedsak blitt vurdert etter artikkel 6. Artikkel 6 legger ikke begrensninger for politiets adgang til å innhente informasjon, men den regulerer i hvilken utstrekning et bevis som er innhentet ulovlig kan fremlegges under rettergangen.<sup>125</sup> Det må imidlertid understrekes at EMD ikke konkret tar stilling til om et bevis kan føres

---

<sup>125</sup> Se NOU 2004: 6 s. 40.

eller ikke. EMDs prøving begrenser seg til en overordnet «*fairness*» vurdering, jfr. EMK artikkel 6.<sup>126</sup> Dette blir uttalt i *Gäfgen v. Germany* avsnitt 182;

*«It is, therefore, not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence- for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law- may be admissible. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair»* (min utheving).<sup>127</sup>

Av *Gäfgen v. Germany* følger det at skal foretas en helhetsvurdering hvorvidt rettergangen som helhet har vært «*fair*». Spørsmålet blir da hvilke hensyn som EMD har vektlagt ved avgjørelsen av om føring av et ulovlig ervervet bevis vil innebære en krenkelse av kravet til «*rettferdig rettergang*». I avgjørelsen redegjør EMD for tidligere domspraksis, og hvilke hensyn som vil være sentrale ved avgjørelsen. På avsnitt 163-165 uttales følgende;

*«This involves an examination of the unlawfulness in question, where the violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (...). In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had as to whether the rights of the defence have been respected. In particular, it must be examined whether the applicant was given an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, as must the circumstances it was obtained and whether these circumstances in cast doubts on its reliability or accuracy. 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 its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker (...). In this connection, the Court further attaches weight to*

---

<sup>126</sup> Se Torgersen (2009) s. 76.

<sup>127</sup> Se også *Jalloh v. Germany*.

*whether the evidence in question was or was not decisive for the outcome of the proceedings”.*

I følge domspremissene skal det altså vektlegges hva slags rettsnorm som er brutt ved ervervet, og hvor grov krenkelsen er. Videre vil det være av betydning om en av konvensjons bestemmelser er krenket. I *Gäfgen v. Germany* var disse hensyn gitt betydelig vekt.

Videre vil det være et viktig hensyn om forsvaret har vært gitt mulighet til å rette innvendinger mot opptaket. Dette innebærer at forsvaret må være gitt mulighet til å bestride at opptaket er ekte, og til å kunne motsette seg at beviset blir fremlagt for domstolene. Videre må det vektlegges om forsvaret har vært gitt mulighet til innhente egen ekspertise for å uttale seg om opptaket autentisitet.<sup>128</sup> I tillegg må siktede være gitt rett til å imøtegå betydningen av beviset.<sup>129</sup>

Videre må det tas i betraktning om beviset er å anses som upålitelig. Særlig sentralt her vil være under hvilke omstendigheter beviset er ervervet på.

Videre vil beviset betydning tillegges vekt. I den grad beviset var av avgjørende betydning, så vil dette trekke i retning av at rettergangen var «*unfair*». Det må imidlertid at dette kun er et moment ved den helhetsvurdering som skal foretas. Det vil derfor ikke i seg selv være avgjørende at beviset er av sentralt betydning.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Se Torgersen (2009) s. 329.

<sup>129</sup> Se *Khan v. United Kingdom* avsnitt 35 og Torgersen (2009) s. 329.

<sup>130</sup> Dette til motsetning i tilfeller hvor det er tale om å lese opp politiforklaringer og denne forklaring er et vesentlig bevis.

## 6 Typetilfeller

### 6.1 Innledning

Spørsmålet er om det på bakgrunn av rettskildene er mulig å sette opp typetilfeller for når ulovlig ervervede bevis blir tillatt ført, eventuelt når slike bevis blir avskåret. Det må imidlertid understrekes at de tilfeller som nevnt nedenfor kun er å anses som en presumsjon, og må anvendes med forsiktighet fordi de konkrete forhold i den enkelte sak kan fravike disse utgangspunkt.

### 6.2 De aktuelle typetilfeller

#### 6.2.1 Løfter, trusler eller tvang i en avhørssituasjon

I Rt. 1994 s. 1139 var den tiltalte tidligere var siktet i en henlagt drapssak. I avhør i forbindelse med drapssaken hadde tiltalte forklart seg om sin befatning med narkotiske stoffer. Tiltalte var av den oppfatning at opplysningene vedrørende narkotikaen ikke kunne benyttes som grunnlag for å ta ut tiltale fordi disse var gitt under den forutsetning at disse kun skulle kunne brukes i den pågående etterforskningen omkring drapssaken. Det interessante er at førstvoterende på side 1141 uttalte følgende;

*«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».*

Hvis skulle vise seg at det var gitt et slikt løfte, ville dette ha vært i strid med straffeprosesslovens § 232 (2), jfr. § 92 (2). Strandbakken tar i relasjon til dommen det standpunkt at det ikke vil være adgang til bevisføring for tilståelser fremskaffet gjennom tvang

og uriktige løfter.<sup>131</sup> Uttalelsen til førstvoterende omhandler imidlertid bare bevisføring omkring avhør hvor det er gitt løfte om «*amnesti*». Når det gjelder tvang, taler gode grunner for å følge Strandbakken sitt standpunkt.<sup>132</sup> Tilsvarende må gjelde for tilståelse fremskaffet ved trusler.<sup>133</sup> Disse syn samsvarer med hva som EMD la til grunn i *Gäfgen v. Germany*. Når det gjelder «*uriktige løfter*» så kan de tilfeller som kan oppstå være svært forskjellige, og konklusjonen vil derfor avhenge av hva slags løfter som er avgitt. Er det avgitt løfte om amnesti, så virker rettstilstanden klarlagt i medhold av Rt. 1994 s. 1139, selv om uttalelsen er et obiter dictum.

### 6.2.2 Ulovlig ransakning

Andenæs er av den oppfatning at et bevis som er fremskaffet som en følge av en ulovlig ransakning, må tillattes ført. Det er nærliggende å forstå Andenæs sitt standpunkt begrunnet i at føring ikke vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse av det rettsbrudd som skjedde ved ervervet.<sup>134</sup>

Holdningen i rettspraksis er at bevis fremskaffet som en følge av en ulovlig ransakning i stor utstrekning tillattes ført. Et utgangspunkt kan tas i Rt. 2006 s. 582, hvor en ransakning av et kjøretøy endte med funn av pistol og patroner. Problemet var at mistankekravet ikke var oppfylt, og spørsmålet var hvilken konsekvens dette skulle ha.<sup>135</sup> I et obiter dictum konkluderer Høyesterett med at føring av bevis i form av forklaringer fra polititje-

---

<sup>131</sup> Se Strandbakken (2003) s. 184.

<sup>132</sup> Inn under tvang må medregnes bruk av sjokkmetoder. Se Andenæs (1984) s. 237.

<sup>133</sup> Se også Andenæs (1984) s. 237 som syntes å ha samme tilnærming.

<sup>134</sup> Se Andenæs (1984) s. 236.

<sup>135</sup> Se straffeprosesslovens §§ 192 og 195.



nestemennene ikke vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse, og at beviset heller ikke kunne ha vært avskåret på grunnlag av den helhetsvurdering som skal foretas.<sup>136</sup>

En annen form for ulovlig ransakning ble vurdert i Rt. 1992 s. 698 «Treholt II», hvor spørsmålet var om en byråsjef som i 1985 ble idømt fengsel i 20 år for overtredelse av straffelovens § 90 m.fl., skulle få gjenopptatt sin sak. Her var det ikke gitt varsel om ransakningen slik dagjeldende krevde. Selv om ransakningen var ulovlig, konkluderte retten etter en konkret interesseavveining med at det ikke var en feil at lagmannsretten tillot bevisene fra ransakningen ført. På bakgrunn av kjennelsen er det vanskelig å se at brudd på formelle regler i forbindelse med en ransakning kan tenkes å føre til begrensninger i føringsadgangen av beviset.

På bakgrunn av disse rettsavgjørelser er jeg enig med Torgersen at det;

*«(...) synes å være et nokså begrenset rom for bevisforbud som følge av ulovlig ransakning (...).»<sup>137</sup>*

Etter dette må det kunne oppstilles som en presumsjon for at bevis som er ervervet som en følge av ulovlig ransakning i stor utstrekning vil bli tillatt ført.

---

<sup>136</sup> Se kjennelsens avsnitt tjuetre og tjuefire.

<sup>137</sup> Se Torgersen (2009) s. 351.

### 6.2.3 Ulovlig eller utilbørlig video og lydopptak

Andenæs tar som nevnt det standpunkt at et ulovlig lydopptak ikke kan føres for retten fordi det vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse.<sup>138</sup> Ut ifra Andenæs sin begrunnelse er det nærliggende å anta at han hadde tatt samme standpunkt når det gjelder ulovlig videoopptak.

De fleste av de rettsavgjørelser som er behandlet nedenfor, omhandler tilfeller av private beviserverv. Hovedvekten i denne del av oppgaven vil konsentrere seg om noen særlige typetilfeller av private beviserverv som har stått sentralt i rettspraksis. Selv om det i stor grad er tale om private beviserverv, vil premissene også kunne tenkes å ha vekt i de tilfeller hvor politiet innhenter et bevis på en slik ulovlig måte.

I Rt. 1991 s. 616 «*Gatekjøkken kjennelsen*», Rt. 1997 s. 795 «*Samværssaken*» og Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» gjaldt sakene spørsmål om hemmelig video- og lyd -opptak kunne føres for retten. Høyesterett avviste slik bevisførsel i alle sakene.

På bakgrunn av disse rettsavgjørelsene som alle avskjærer slike bevis, kunne det ha vært nærliggende å konkludere med at bevis innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte med hemmelig kamera eller lydopptak, ikke kan føres som bevis for domstolene.

Spørsmålet er imidlertid om dette standpunkt kan opprettholdes. I LH 2012-111361 ble en tidligere rektor og lærer dømt for seksuell omgang med en jente under 16 år, samt for misbruk av stilling og avhengighetsforhold ved å ha skaffet seg seksuell omgang med fornærmede. Det interessante i denne sammenheng er at bevis ervervet ved bruk av en «*spionpenn*», som tok opp lyd og bilde, ble tillatt ført for retten ved avgjørelse av skyld-

---

<sup>138</sup> Se Andenæs (1984) s. 238.

spørsmålet.<sup>139</sup> Spørsmålet angående bevisføringen ble avgjort ved kjennelse før hovedforhandlingen.<sup>140</sup> Det følger av begrunnelsen at grunnvilkåret om at beviset var ervervet på en utilbørlig måte var oppfylt. Beviset ble allikevel tillatt ført på grunnlag av den interesseavveining som ble foretatt. Det interessante i denne sammenheng er at lagmannsretten enstemmig uttaler;

*«I nåværende sak er det spørsmål om seksuelle overgrep mot et barn under 16 år, om misbruk av avhengighets- eller tillitsforhold som også strekker seg ut over fornærmedes 16 årsdag. Dette er gitt betydning i den interesseavveining som ankeutvalget gir anvisning på, og lagmannsretten finner at hensynet til et materielt riktig resultat i denne saken må oppveie tiltaltes interesse i beskyttelse av sin private interessesfære».*

Av begrunnelsen følger det altså at grovheten av den krenkelse som er påstått begått, er av stor betydning om et bevis ervervet ved utilbørlig lyd- eller videoopptak skal tillattes ført. Kjennelsen ble påanket til Høyesterett, men ble enstemmig nektet fremmet av ankeutvalget.<sup>141</sup> Samme synspunkt er lagt til grunn i Rt. 2009 s. 1526 «*B-Gjengen dommen*».<sup>142</sup> På dommens avsnitt trettito går det fram at det var tale om en meget alvorlig kriminell handling, og at dette var av avgjørende betydning for at det utilbørlige lydopptaket ble tillatt ført.

I Rt. 1997 s. 795 «*Samværssaken*» blir det uttalt at selv om et bevis er ervervet på en utilbørlig måte med et lydopptak, kan situasjonen være slik at lydopptaket inneholder vesentlige opplysninger som ikke kan belyses på annen måte enn ved bevisføring. I slike tilfeller vil lydopptaket allikevel kunne føres.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Se dommens side 7.

<sup>140</sup> Se Hålogalands lagmannsrettskjennelse av 22 oktober 2012.

<sup>141</sup> Se HR-2013-65-U

<sup>142</sup> Se faktum beskrivelse på side 7.

<sup>143</sup> Se kjennelsens side 796 og Rt. 2004 s. 1366 (13) hvor dette synspunkt er fulgt opp.

I Rt. 2004 s. 1366 gjaldt saken en barnefordelingstvist hvor spørsmålet var om far kunne fremlegge opptak av samtaler mellom mor og barn som bevis. Det interessante i denne avgjørelse uttales i avsnitt fjorten;

*«Utvalget bemerker at lydopptak av telefonsamtaler som en person selv deltar i normalt ikke vil være utilbørlig når det er gjort kjent for vedkommende at slike opptak vil finne sted. Ved vurderingen om lydopptakene av telefonsamtalene i dette tilfellet er skaffet til veie på utilbørlig måte, må legges til grunn at mor var kjent med at opptak ville finne sted. Det kan ikke kreves at far hver gang skal underrette mor om lydopptak. Utvalget er etter dette kommet til at lydopptakene ikke kan nektes ført som bevis».*

Samme synspunkt er lagt til grunn i LH-2003-20703. Her ble et videoopptak tillatt ført, med den begrunnelse at vedkommende var gjort oppmerksom på at han ble filmet.

### 6.2.3.1 Sammenfatning

Etter disse rettsavgjørelser kan man konkludere med at det ikke eksisterer noen generell regel om at lydopptak eller filmopptak som er ulovlig eller utilbørlig ervervet, skal avskjæres som bevis. På bakgrunn av foreliggende rettskildemateriale kan man imidlertid operere med en hovedregel om at ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis med hemmelig videoopptak på en arbeidsplass, som utgangspunkt skal avskjæres. Dette er blant annet slått fast i Rt. 1991 s. 616 «*Gatekjøkken kjennelsen*», Rt. 2001 s. 668 og LH-2003-20703, hvor det i sistnevnte kjennelse side 3 heter;<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> Se motsetningsvis RG-2002-162. I avgjørelsene som nevnt var det arbeidsgiver som hadde foretatt opptakene.

*«Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at sakens omfang og karakter gir grunn til å fravike hovedregelen om at et hemmelig opptak av denne type ikke bør legges frem i en arbeidstvist» (min uthevning).*

For det andre kan man operere med en presumsjon om at ulovlig eller utilbørlig bevis ervervet med hemmelig båndopptaker ikke kan fremlegges når opptaket er mellom den ene av foreldrene og deres barn.<sup>145</sup> I avgjørelsene som nevnt var det en av foreldrene som foretok opptakene. I disse saker er det allikevel tatt et forbehold om at lydopptaket kan inneholde så viktige opplysninger at beviset av den grunn bør tillattes ført. For det andre er det av betydning om den part som mener seg krenket, har vært kjent med at opptak vil finne sted. I slike tilfeller vil ikke grunnvilkåret om utilbørlig ervervet bevis være oppfylt.

I slike saker som nevnt gjør særlige hensyn seg gjeldende. Ved videoovervåkning av en arbeidsplass over lengre tid får hensynet til den personlige integritet stor tyngde. I samværssaker i familieforhold gjør også særlige hensyn seg gjeldende imot en slik bevisføring, slik at domstolene derfor har ønsket å motvirke en slik aktivitet.<sup>146</sup>

For det tredje kan det slås fast at grovheten av den krenkelse som vedkommende er tiltalt for, er et viktig moment for å tillatte bevisføring av lyd og videoopptak når disse er ulovlig eller utilbørlig ervervet.

---

<sup>145</sup> Se her Rt. 1997 s. 795 og LH-2003-20703.

<sup>146</sup> Se Rt. 2011 s. 1324.

#### 6.2.4 Særlig om bevisføring som krenker tiltaltes rett til å forholde seg taus

I Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» var en verksbetjent var mistenkt for å ha hjulpet en fange med å rømme. En rekke tvangsmidler ble besluttet foretatt mot verksbetjenten, uten at politiet fikk tilstrekkelige beviser til å ta ut formell tiltale. Ni måneder etter at verksbetjenten ble løslatt fra varetektsfengsling inngikk politiet samarbeid med en annen innsatt og utstyrte vedkommende med en båndopptaker. I samtalen mellom verksbetjenten og den innsatte innrømte verksbetjenten å ha hjulpet til med den tidligere rømningen. Det ble for Høyesterett et spørsmål om båndopptaket og forklaringer rundt dette kunne fremlegges som bevis ved tiltale av den første rømning. Høyesterett besvarte dette benektende med henvisning til at det ville innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse av siktedes rett til å forholde seg taus.<sup>147</sup>

Etter Rt. 1999 s. 1269 «*Verkstedsbetjentdommen*» kan det virke som at bevis ervervet med lydopptak som innebærer en krenkelse av mistenktes rett til å forholde seg taus, vil bli avskåret som bevis. Dette fordi føring av beviset vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse. De bevis som ble avskåret, var lydopptak og forklaringer fra polititjenestemennene omkring dette. Spørsmålet er hvordan den nærmere grense skal trekkes. Straffeprosesslovens § 232 (1) gjelder kun når mistenkte befinner seg i en avhørssituasjon slik at det ikke vil bli konstatert bevisforbud for opptak med selvinkriminerende uttalelser utenfor en avhørssituasjon.<sup>148</sup> Kjernen i selvinkrimineringsforbudet er altså at mistenkte i en avhørssituasjon ikke skal tvinges til å forklare seg.<sup>149</sup> Den umiddelbare oppfatning kan være at man i dommen av 1999 befinner seg utenfor hva som i alminnelighet kan kalles en avhørssituasjon. Det er viktig å understreke at det var politiet som utstyrte den innsatte med en bånd-

---

<sup>147</sup> Se straffeprosesslovens § 232 (1) og den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 (1) hvor dette er innfortolket i kravet til «*fair trial*».

<sup>148</sup> Se i denne sammenheng straffeprosesslovens § 216a og § 216l hvor opptak eller avlytting utenfor en avhørssituasjon ikke vil krenke selvinkrimineringsforbudet.

<sup>149</sup> Se Strandbakken (2003) s. 202. Strandbakken er for øvrig kritisk til dommen.

opptaker, hvor hensikten var å stille den mistenkte selvinkriminerende spørsmål i håp om å forlede ham slik at tilstrekkelige bevis ble sikret. Spørsmålenes karakter bygger også opp under at slike tilfeller må anses som avhør i lovens forstand. Hensikten var ikke å avklare om det forelå et straffbart forhold, men å tilveiebringe tilstrekkelige bevis for en straffbar handling som var begått.<sup>150</sup> Strandbakken tolker dommen dithen at Høyesterett la avgjørende vekt på den aktive rollen polititjenestemannen hadde spilt.<sup>151</sup> Strandbakkens standpunkt støttes av domspremissene i Rt. 2003 s. 1814. Her var saken at to polititjenestemenn hadde hatt en samtale med en mann mistenkt for promillekjøring. Problemet var at vedkommende ikke hadde blitt gjort oppmerksom på sin rett til å forholde seg taus. Det oppstod for Høyesterett for det første et spørsmål om samtalene med mistenkte var et avhør i lovens forstand. For det andre var det et spørsmål hvilken betydning en eventuell feil skulle ha. I avsnitt tjueto og tjuetre argumenterer førstvoterende for at nåværende sak var meget annerledes fra det saksforhold som forelå i 1999 saken;

*«Her skiller vår sak seg klart fra saken fra 1999 hvor det var gjennomført ransaking og beslag, og hvor det dreide seg om utradisjonelle etterforskningskritt ved bruk av skjult mikrofon og båndopptaker. Når man ikke står overfor en situasjon som i saken fra 1999 (...)».*

Etter den interesseavveining som skal foretas, konkluderte Høyesterett med at beviset uansett ville ha blitt tillatt ført. Forskjellen i avgjørelsen fra 2003 og dommen fra 1999 syntes å være hvilken aktivitet og rolle de aktuelle polititjenestemenn har hatt. Det vil være av betydning om hele arrangementet har hatt til hensikt å forlede mistenkte til å forklare seg og dermed omgå hans vern mot selvinkriminering, eller om feilen kan anses som mer unnskyldelig. De konkrete forskjeller var at saken fra 2003 dreide det seg om en rutinekontroll, i motsetning til saken fra 1999 hvor vedkommende hadde vært under lengre etterforskning og hvor tvangsmidler var benyttet. Videre var polititjenestemennene i saken fra

---

<sup>150</sup> Se Rt. 2003 s. 1814 og skillet mellom innledende samtaler, oppklarende samtaler og avhør.

<sup>151</sup> Se Strandbakken (2003) s. 197.

2003 uniformert slik at tiltalte visste at det var politiet han var i samtale med. Det forelå derfor ingen forsøk på å omgå reglene til siktedes vern, og det forelå heller intet arrangement som hadde til hensikt å forlede vedkommende. Feilen bestod utelukkende i at polititjenestemennene i den situasjon som hadde oppstått, ikke hadde gitt tiltalte informasjon om sin rett til å forholde seg taus.

Etter dette må det fremstå som rimelig klart at man ikke kan operere med en regel om at brudd på selvinkrimineringsvernet alltid vil medføre bevisforbud. Bevisforbud vil imidlertid mest sannsynlig inntre i de tilfeller hvor man kan si at det foreligger et avhør i lovens forstand, og hvor man iscenesetter et arrangement som har til hensikt å forlede vedkommende til å forklare seg og dermed unngå å gi han de prosessuelle rettigheter han har krav på.



## 7 Kilder

### 7.1 Litteraturliste

Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess, Bind I. Oslo, 1984.

Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess. Bind II, 3. utgave. Oslo, 2000.

Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess. 4. utgave ved Tor Geir Myhre. Oslo, 2009.

Andenæs, Johs. Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. Oslo, 2008.

Andenæs, Mads Henry. Rettskildelære. Bergen, 1997.

Bentham, Jeremy. Rationale of Judicial Evidence, volum IV, London, 1827.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Eskeland, Ståle. Strafferett. 2. utgave. Oslo, 2006.

Mathisen, Thomas. Retten i samfunnet. En innføring i retts sosiologi. 5. utgave. Oslo, 2005.

Robberstad, Anne. Sivilprosess. Bergen, 2009.

Strandbakken, Asbjørn. Uskyldpresumsjonen. Bergen, 2003.

Torgersen, Runar. Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker. 1. utgave. Oslo, 2009.

## 7.2 Norske lover

1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
1961	Lov om skytevåpen og ammunisjon m.v. (våpenloven) av 9. juni 1961 nr. 1.
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

## 7.3 Norske forarbeider

### 7.3.1 NOU og betenkninger

NUT-1969-3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesskomiteen. Oslo, 1969.
NOU 2001:32A	Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
NOU 2001:32B	Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
NOU 2004:6	Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed.

### 7.3.2 Odelstingsproposisjoner

Ot. Prp. Nr. 35 (1978-1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).
Ot. Prp. Nr. 64 (1998-1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v).
Ot. Prp. Nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

### 7.3.3 Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. Nr. 37 (1980-1981)	Innstilling fra Justiskomiteen om lov om rettergangsmåten i straffesaker.
------------------------------	---

## 7.4 Rettsavgjørelser

### 7.4.1 Publiserte avgjørelser

#### Høyesteretts avgjørelser:

Rt. 1981 s. 673.

Rt. 1982 s. 8.

Rt. 1991 s. 616.

Rt. 1992 s. 698.

Rt. 1992 s. 1088.

Rt. 1994 s. 610.  
Rt. 1994 s. 1010.  
Rt. 1994 s. 1139.  
Rt. 1994 s. 1262.  
Rt. 1995 s. 1453.  
Rt. 1996 s. 1114.  
Rt. 1997 s. 795.  
Rt. 1997 s. 1192.  
Rt. 1997 s. 1778.  
Rt. 1998 s. 407.  
Rt. 1999 s. 1269.  
Rt. 2000 s. 1345.  
Rt. 2001 s. 668.  
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. 2009 s. 1526.  
Rt. 2011 s. 1324.  
HR 2013-65-U.

Lagmannsrettsavgjørelser:

LH-2012-111361.  
LH-2003-20703.  
LG-2001-1719.

### Avgjørelser fra EMD:

Case of Gäfgen v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. Juni 2010.
Jalloh v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. July 2006.
Kahn v. United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. May 2000.

#### 7.4.2 Upubliserte avgjørelser

### Lagmannsrettsavgjørelser

Hålogaland lagmannsrettskjennelse av 22 oktober 2012.

## **7.5 Artikler**

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

Torgersen, Runar. Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides? I: dog Fred er ej det Bedste...: festskrift til Carl August Fleischer. 2006, s. 533 – (FEST-2006-caf-533).

Øyen, Ørnulf. I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte? I: Lov og Rett. 2010, s. 423-438.

## **7.6 Nettdokumenter**

Årsrapport 2012 fra spesialenheten;

<http://spesialenheten.no/%C3%85rsrapportstatistikk/tabid/5845/language/nb-NO/Default.aspx>

## **7.7 Master/hovedoppgaver**

Saur, Hanne; Bevisavskjæring i straffesaker på grunnlag av ulovlig ervervede bevis. Universitetet i Tromsø, 1999. Masteroppgave.

Torgersen, Runar; Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker. Universitetet i Oslo, 2008. Doktoravhandling.