

UiO • Det juridiske fakultet

Avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis

Skriv inn eventuell undertittel her

Kandidatnummer: 596

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17123



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Avgrensninger.....	1
1.3	Rettskilder	2
2	PRINSIPPET OM FRI BEVISFØRSEL OG UNNTAK	4
3	LÆREN OM ULOVFESTET BEVISA VSKJÆRING	6
3.1	Ulovlig eller utilbørlig beviservert	8
3.1.1	Når foreligger et bevis ervert på ulovlig måte	16
3.1.2	I hvilken utstrekning skal ulovlig ervertede bevis avskjæres?	17
3.1.3	Prinsipielle hensyn for og imot bevisavskjæring.....	19
3.1.3.1	Hensynet til sakens opplysning.....	19
3.1.3.2	Bevisverdien.....	20
3.1.3.3	Plikter vedkommende å forklare seg eller å utlevere beviset.....	21
3.1.3.4	Sakens alvorlighet og viktighet.....	22
3.1.3.5	Hensynet til den rettsbruddet rammer	23
3.1.3.6	Arten og omfanget av den krenkelse som ble begått ved ervertet ..	23
3.1.3.7	Preventive hensyn	24
3.1.3.8	Hensynet til den alminnelige rettsfølelse	25
3.1.3.9	Hensynet til domstolenes autoritet og anseelse.....	25
3.2	Betydningen av at et bevis er tilveiebragt på ulovlig måte	26
3.3	Typetilfeller av ulovlig ervertede bevis	28
3.3.1	Ulovlig ransaking	28
3.3.2	Forbudet mot selvinkriminering	29
3.3.3	Videoovervåking	32
3.3.4	Løgndetektor.....	33
3.3.5	Hemmelige opptak av samtaler	35
3.3.6	Tilståelse frembrakt ved løfter, trusler eller tvang i en avhørssituasjon.....	35
3.4	Utgangspunktet for avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag	37
3.4.1	Skal et ulovlig ervertet bevis alltid nektes ført?	38

3.5	Gjentatt eller fortsatt krenkelse	39
3.5.1	Innledning	39
3.5.2	Hva menes med at føring av beviset vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet.....	40
3.5.3	Kan man oppstille en absolutt regel om at gjentatt eller fortsatt krenkelse fører til avskjæring?	42
3.5.4	Hva relaterer gjentakelsesmomentet seg til?	44
3.5.5	Subjektiv eller objektiv vurdering?	46
3.5.6	Sammenfatning	46
4	SKAL BEVISA VSKJÆRING SKJE EX OFFICIO	47
5	REPARASJON AV ULOVLIGE BEVIS	49
6	FORHOLDET TIL DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONEN	49
6.1	Når skal ulovlig ervervede bevis avskjæres etter EMK.....	49
7	ER DET BEHOV FOR NY LOVGIVNING?	51
8	LITTERATURLISTE	53
8.1	Litteratur	53
8.2	Kapittel i bok og del av en redigert bok.....	53
8.3	Norske lover.....	54
8.4	Norske forarbeider	54
8.4.1	NOU og betenkninger.....	54
8.4.2	Odelstingsproposisjoner	55
8.5	Rettsavgjørelser.....	55
8.5.1	Avgjørelser fra Norges Høyesterett.....	55
8.5.2	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).....	56
8.6	Artikler.....	56
8.7	Masteroppgave.....	57

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Oppgavens tema er avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. Reglene om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis utgjør et unntak fra prinsippet om fri bevisføring. Det er unntakene og ikke hovedregelen som skal begrunnes i norsk rett.¹ Det er altså dette unntaket som ulovfestet bevisavskjæring utgjør, skal belyses i denne oppgaven.

Spørsmålet om bevisavskjæring kan ha stor praktisk betydning. For eksempel kan en tenke seg at en domfellelse skal avgjøres på grunnlag av ett eneste bevis, hvor forsvareren krever at dette beviset må nektes ført.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven drøfter de konsekvensene av at bevis er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte, dvs. hvilken betydning dette skal ha for bevisføringsadgangen. Jeg behandler ikke ulovlig politiprovokasjon. Ulovlig politiprovokasjon foreligger når politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.² Hvis dette vilkåret foreligger skal resultatet være frifinnelse, jfr. Rt. 1998 s. 407 på side 410. Den ulovlige politiprovokasjon blir derfor betraktet som en straffefrihetsgrunn. Dette resulterer i frifinnelse på samme måte som nødrett og nødverge.³ Politiprovokasjon er et klart frifinnelsesgrunnlag og spørsmålet om adgangen til å føre bevis blir uaktuelt.

Jeg behandler i denne oppgaven ikke de spesielle regler i straffeprosessloven som legger begrensninger på bevisføringsadgangen.⁴

¹ Rt. 2002 s. 1744 og Torgersen (2009) s. 22.

² Se bl.a. Andenæs (2009) s. 259-260.

³ Straffeloven §§ 47-48.

⁴ Se bl.a. Straffeprosessloven §§ 118 og 134.

Jeg vil heller ikke gi noe uttømmende behandling av bevisavskjæringsreglene i sivilprosessen. Imidlertid vil en del rettskilder innenfor sivilprosessen påvirke forståelsen av bevisavskjæringssspørsmålet i straffeprosessen og dette vil bli behandlet. Det er de samme prinsipper som ligger til grunn for vurderingen av bevisforbudsspørsmålet i de to prosessformene. Vekten av de forskjellige momenter i avveiningen kan imidlertid bli annerledes på straffeprosessens område særlig på grunn av at tvil skal komme tiltalte til gode og på grunn av selvinkrimineringsprinsippet.

I det alt vesentlig behandler oppgaven saker der politiet erverver bevis på en ulovlig eller utilbørlig måte for å føre dette for retten. Det kan også være private aktører i en sivilsak som har innhentet bevis på en ulovlig eller utilbørlig måte for å føre dette for retten, f.eks. i samværsaker.

1.3 Rettskilder

Spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan tillates ført for domstolene er ikke lovregulert. De spesielle bestemmelser i straffeprosessloven som legger begrensninger på bevisføringsadgangen, faller utenfor oppgavens tema.⁵ Dette innebærer at rettskilder som lov og forarbeider vil gi liten veiledning for fastsetting av reglene. Selv om avskjæringssspørsmålet ikke er lovregulert, så vil formelle lovbestemmelser kunne tillegges vekt som tolkningsfaktorer ved avgjørelsen. Av forarbeidene til straffeprosessloven går det frem at løsningen av spørsmålet fortsatt bør overlates til teori og praksis. Den sier: *”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”*.⁶

Sentrale forarbeider til Straffeprosessloven er Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteen av 1969 og Ot.prp.nr.35 (1978-1979). Den viktigste betydning-

⁵ Se punkt 1.2.

⁶ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197. Uttalelsen fikk oppslutning hos justisdepartementet i Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 139.

en av forarbeidene er at de gir et klart mandat til rettsutvikling på ulovfestet grunnlag.⁷ Av forarbeidene fremgår det at bevisforbudsspørsmålet skal løses på grunnlag av praksis og teori. Dette kombinert med det faktum at spørsmålet ikke er regulert i lov eller lovforarbeider, medfører at juridisk teori kan få stor betydning ved avgjørelsen. Et eksempel på dette er Rt. 1992 s. 698 «Treholt-sake», hvor Kjæremålsutvalget uttaler på side 704: *”Rettspraksis og teori etter straffeprosessloven av 1887 har derfor fremdeles interesse. Betydningen av at bevis er ervervet på ulovlig måte er bl.a. behandlet av Bratholm i en artikkel i TfR-1959-109 og av Andenæs i Straffeprosessen i første instans (1962) side 336 flg”*.

Spørsmålet om bevisforbud på straffe- og sivilprosessens område skal vurderes etter samme prinsipper. Bevisforbudsregelen i tvistelovens § 22-7 er en kodifisering av gjeldende rett.⁸ Som nevnt tidligere kan avveining tenkes å bli annerledes i straffeprosessens område, men rettspraksis og forarbeidene på sivilprosessens område vil kunne ha betydning ved avgjørelsen.⁹ Relevante forarbeider er NOU 2001:32A, NOU 2001:32B og Ot.prp.nr.51 (2004-2005).

Straffeprosesslovens § 4 fastlegger at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten og overenskomst med fremmed stat. Menneskerettsloven § 2 angir hvilke konvensjoner som har status som norsk lov. Menneskerettsloven § 3 gir disse konvensjonene forrang fremfor norsk lov ved motstrid. Konvensjonene har således en semikonstitusjonell status. Det vil særlig være den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) (artikler 3 og 6) som er aktuelle i forbindelse med spørsmålet om bevisforbud. Også FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter kan ha betydning. EMK regulerer ikke statenes regler om bevisføring og bevisvurdering. Dette er klart uttalt av EMD se f.eks. Allan v. The United Kingdom avsnitt 42.¹⁰

Selv om juridisk teori vil være en viktig rettskilde ved bevisavskjæringsspørsmål vil rettspraksis være den sentrale rettskildefaktor. Det viktige blir å finne frem til hvilke hensyn som domstolene har lagt særlig vekt på ved avveiningen.

⁷ Torgersen (2009) s. 81.

⁸ NOU 2001: 32B

⁹ Torgersen (2009) s. 81.

¹⁰ Se også Torgersen (2009) s. 76.

2 Prinsippet om fri bevisførsel og unntak

Prinsippet går ut på at partene i utgangspunktet kan føre alle bevis vedrører saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i straffeprosessloven, men hovedregelen er likevel klar, jfr. Rt. 1990 s. 1008 på side 1010. Dette gjelder som hovedregel også om beviset er tilveiebrakt på ulovlig måte.¹¹ Av forarbeidene til straffeprosessloven går det frem at en lovregulering av prinsippet ville anses som overflødig.¹² Hovedregelen er altså at det skal være fri adgang til bevisførsel i straffesaker. Forutsetningen er imidlertid at beviset er ført under hovedforhandlingen. Dette følger av straffeprosessloven § 305 som sier: *”Bare de bevis som er ført under hovedforhandlingen skal tas betraktning ved avgjørelsen av hva som er bevist”*.

Etter rettspraksis og juridisk teori bygger norsk prosesslovgivning på prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse.¹³ Bedømmelsen av hvilken vekt et bevis skal ha i den konkrete sak hører under den dømmende rett å ta stilling til ved den frie bevisbedømmelse, jfr. Rt. 1996 s. 1114 på side 1119. Men det er ikke ensbetydende med at beviset legges til grunn selv om det fremlegges, jfr. Rt. 2004 s. 461 avsnitt 38. Derfor kan vi si at tilstanden i vår rett er at det ikke kun er fri bevisførsel, men også fri bevisbedømmelse.

Prinsippet om fri bevisførsel gjelder imidlertid ikke uten begrensninger. Visse unntak må oppstilles på ulovfestet grunnlag. Det følger av Rt. 2002 s. 1744 på side 1746 at det må foreligge særskilt grunnlag for at et bevis skal kunne nektes ført med henvisning til Rt. 1990 s. 1008. Når utgangspunktet er fri bevisførsel, er det begrensninger i bevisføringen som krever en begrunnelse.¹⁴ Noen unntak følger av uttrykkelige lovbestemmelser, f. eks. straffeprosessloven § 118, som dreier seg om lovbestemt taushetsplikt og § 134, som begrenser adgangen til å føre bevis om tiltaltes eller vitnesandel.

I sivile saker kommer prinsippet om fri bevisførsel til uttrykk i tvisteloven § 21-3(1) 1. punktum. Bestemmelsen sier at *”partene har rett til å føre de bevis de ønsker”*. Dette kneset-

¹¹ Strandbakken (2003) s. 173.

¹² Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

¹³ Rt. 1981 s. 377 på side 378 og Andenæs (2009) s. 168.

¹⁴ Torgersen (2009) s. 22.

ter prinsippet om fri bevisføring som innebærer at partene har rett til å føre de bevis de ønsker, med mindre det finnes særlige hjemmel for noe annet. Prinsippet er et direkte utslag av plikten hver av partene har til å fremskaffe de bevis som er nødvendige for å underbygge det faktum partene anfører. Prinsippet er begrunnet i hensynet til rettens nøytralitet. Imidlertid gjelder ikke prinsippet om fri bevisførsel uten unntak, jfr. tvl. § 21-3(1) 2. punktum. Adgangen til bevisførsel er begrenset både ut fra hensynet til å beskytte andre viktige interesser, og ut fra proporsjonalitetshensyn, se for eksempel tvl. §§ 21-7 og 21-8.¹⁵

Hovedbegrunnelsen for prinsippet om fri bevisførsel er at det skal bidra til å oppfylle det materielle sannhetsprinsipp, at det gjelder å komme frem til materielt riktige avgjørelser. Det skal altså bidra til å sikre en tillitsvekkende rettergang.¹⁶ Det materielle sannhetsprinsipp er et av straffeprosessens grunnprinsipper, og målsetning er at domstolene skal avsi så materielt riktige avgjørelser som mulig på grunnlag av alle bevisene i saken. Dette sannhetsidealet er et argument for at man skal kunne føre bevis som er tilveiebrakt på ulovlig måte.

Begrunnelsen for prinsippet om fri bevisbedømmelse er at det antas at hensynet til å få frem det riktige faktum best ivaretas når dommeren ikke er bundet til lovregler som angir de ulike bevismidlenes vekt og gjennomslag.¹⁷ Den frie bevisbedømmelse bygger på at det enkelte bevismidlet skal danne grunnlag for dommerens overbevisning.¹⁸ Etter forarbeidene ville en lovfesting av prinsippet være overflødig.¹⁹

Det følger av det alminnelige prinsipp i straffeprosessloven § 294 at *”retten skal på embetes vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst”*.²⁰ Dette innebærer at retten har en selvstendig plikt til å sørge for at saken blir fullt opplyst.²¹ Har den forsømt sin plikt, er det en saksbehandlingsfeil som kan føre til at dommen blir oppheves hvis den blir påanket.²² Av lov-

¹⁵ Reusch med assistanse av Kine Steinvik (2014) note 1077.

¹⁶ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) s. 107.

¹⁷ Strandbakken (2003) s. 61.

¹⁸ Strandbakken (2003) s. 61.

¹⁹ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

²⁰ Andenæs (2009) s. 222.

²¹ Se bl.a. Rt. 1988 s. 254 på side 256.

²² Andenæs (2009) s. 398 og bl.a. Rt. 1988 s. 254 på side 256.

kommentaren til bestemmelsen fremgår det at en fullstendig opplysning er nærmest uoppnåelig i de fleste saker. Meningen er at retten skal sørge for at saken er så godt opplyst som mulig, etter hva som er rimelig og praktisk og økonomisk forsvarlig i betraktning av sakens alvor, dens betydning for tiltalte og det tidstap en utsettelse vil innebære.²³

3 Læren om ulovfestet bevisavskjæring

Ulovlige bevis kan oppstå ved feil fra tiltaltes side, fra påtalemyndighetens side eller domstolens side. For eksempel kan tiltalte begå innbrudd eller foreta ulovlig avlytting for å fremskaffe bevis for sin uskyld. Politiet kan unnlate å gjøre tiltalte oppmerksom på at han ikke har plikt til å forklare seg eller de kan foreta ransaking uten rettens kjennelse. Eller domstolen kan unnlate å gjøre nærstående vitne oppmerksom på at vedkommende ikke har plikt til å forklare seg eller begå andre saksbehandlingsfeil som kan medføre at dommen blir opphevet. Slike feil som er nevnt ovenfor reiser spørsmål om beviset må avskjæres eller om det allikevel er adgang til å føre det.

Spørsmålet om avskjæringen kan bli tatt opp underhovedforhandling. En av partene kan hevde et bevis er ulovlig fremskaffet og derfor kreve det avskåret. Retten må ta standpunkt til om beviset er ulovlig og om det skal avskjæres eller ikke. Rettens avgjørelse vil naturligvis kunne ankes. Den part som er misfornøyd vil kunne kreve dommen opphevet med den begrunnelse at det foreligger en feil i rettens saksbehandling. Selv om spørsmålet måtte bli oversett under hovedforhandlingene kan dommen i ettertid bli anket med den begrunnelse at det foreligger en feil i saksbehandlingen.

Det kan tenkes at et ulovlig ervervet bevis er lite til å stole på. Dette behøver ikke å tilsi at det skal avskjæres, men det vil da bli tillagt liten vekt i retten. Føring av et ulovlig fremskaffet bevis kan krenke beskyttelsesverdige interesser. Det må da vurderes hvor alvorlig krenkelsen er. Graden av ulovligheten kan også være et moment. Det vil også være av betydning hvor grov forbrytelse saken dreier seg om.

²³ Finstad (2014) note 2227.

Spørsmålet om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres beror på et konkret skjønn fra domstolens side hvor den trekker inn de momentene som er nevnt. Mange mener det ville vært en fordel at det fantes klare regler for når et ulovlig bevis skal avskjæres, men dette har altså lovgiver ikke gått inn for.²⁴

Dette følger blant annet av Rt. 1994 s. 1139 hvor Høyesterett uttaler på side 1141: *”Det må ved denne bedømmelse legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak”*. Spørsmålet vil bli mer utførlig behandlet i punkt 3.1.3.

I Rt. 1991 s. 616 gjaldt spørsmål om et videoopptak som arbeidsgiveren hadde tatt opp i hemmelighet på arbeidsplassen, kunne legges frem som bevis. Ved vurdering av bevisforbudsspørsmålet tok Høyesterett ikke utgangspunktet i at beviset var fremskaffet i strid med positiv lovregel. Førstvoterende uttalte: *”Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive bestemmelser, 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”*.

Imidlertid anfører førstvoterende: *”Som kjent er det ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført. Spørsmålet er ikke lovregulert, men i forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse, se særlig Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197. Det må ved denne bedømmelse legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak”*.

Førstvoterende begrunnet bevisforbud på følgende måte: *”I den foreliggende sak dreier seg, [...], om en alvorlig integritetskrenkelse. Å ha blitt utsatt for hemmelige video-overvåking på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende. Etter min mening taler vesentlige personvern hensyn for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebrakt på denne måten. Ved en slik holdning vil domstolene motvirke denne form for krenkelse. Det vil videre kunne virke støtende om bevis som er tilveiebrakt på denne måten blir tillatt brukt, og det vil*

²⁴ Se Andenæs (2009) s. 240-241 og Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket". I tillegg til at retten anser beviset som en alvorlig integritetskrenkelse, legges det vekt på at en nektelse av å fremføre beviset kan forhindre denne type personkrenkelse i fremtiden.

I Rt. 1999 s. 1269 gjald spørsmålet om forklaringen som politiet ved utradisjonelle etterforskningsmetode har lurt siktede til å avgi, skulle tillates benyttet som bevis. Høyesterett drøftet først om beviset var innhentet på lovlig eller ulovlig måte. Selv om aktor hevdet at etterforskningen hadde en bredere begrunnelse enn å fremskaffe bevis mot A, anså Høyesterett det bevis etterforskningsmetoden fremskaffet mot A som ulovlig da han skulle vært gjort oppmerksom på sine rettigheter til å forholde seg taus. Førstvoterende uttalte følgende: *"Slik forholdene ligger an i vår sak, kan det ikke være tvilsomt at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, må anses å inngå som ledd i den strafferettslige etterforskning som var iverksatt mot A. Videre uttales det: "Jeg er etter dette kommet til at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, er ulovlig ervervet [...]"*

3.1 Ulovlig eller utilbørlig beviserverv

Det sentrale spørsmålet er hva som menes med ulovlig beviserverv? Med uttrykket ulovlig beviserverv menes ikke bare erverv i strid med formell lov. Det avgjørende er om en ervervs-handling har skjedd i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel.²⁵ Også beviserverv foretatt i strid med forskrifter, påtaleinstruksen og legalitetsprinsippet mv. må anses som ulovlig beviserverv.²⁶ Det kan ikke være tvil om at slike rettskilder kan tjene som rettsgrunnlag for beviservervsnormer. Uttrykket lov dekker "alle generelle bestemmelser som er rettslig bindende".²⁷ Jørgen Aall henviser til at Høyesterett har etablert enkelte rammer som etter forskningen må holde seg innenfor. Er etterforskning i strid med dette mener han det kan være grunn til å regne som rettsstridig. Han mener at etterforskning i strid med de prinsipper som Høyesterett har etablert kan gi grunnlag for bevisforbud.²⁸ Det foreligger også ulovlig bevi-

²⁵ Torgersen (2009) s. 7.

²⁶ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 21-26.

²⁷ Eckhoff (2001) s.39.

²⁸ Aall (1995) s. 312.

serverv når beviservervet er i strid med konstaterbare, men ulovfestede og eventuelt usanksjonnerte forbud.²⁹ Et typisk tilfelle vil være når politiet brukte tvangsmidler for å fremskaffe bevisene uten at vilkårene for dette forelå.

En og samme handling kan være lovlig i en sammenheng, og ulovlig i en annen.³⁰ Et eksempel fremgår av Rt. 1998 s. 407. Politiet brukte anonyme utenlandske agenter for å bringe tilbake det stjalne Munch-maleriet. Planleggingen var mangelfull og kontrollen begrenset. For å redde bildet ble fremgangsmåten ansett som lovlig. Fremgangsmåten ble imidlertid ikke betraktet som en lovlig etterforskningsmetode, og det er dette som må legges til grunn ved vurderingen av spørsmålet om bevisavskjæringen.³¹

Beviservervsnormer definerer grensene for lovlig beviserverv. Pliktnormer, for eksempel plikten til å informere siktede om retten til ikke å forklare seg i avhør, begrenser friheten til å innhente bevis. Kompetansenormer åpner for å gjøre unntak fra generelle forbud gjennom tillatelser, f. eks. rettens tillatelse til å ransake uten at den mistenkte varsles. Beviservervsnormer kan således både begrense og utvide bevisinnhentingstilgangen.³²

Også andre normer enn pliktnormer kan være hindringer for lovlig beviserverv. Det gjelder, f. eks. lovfestet taushetsplikt og det generelle legalitetsprinsippet.³³

Som nevnt tidligere er det en nødvendig betingelse for at beviset skal kunne avskjæres at ervervet er foretatt i strid med en positiv lovregel eller at beviservervet er i strid med en ulovfestet rettsnorm. I den forbindelse vises det til det som er sitert fra Rt. 1991 s. 616 foran. Det fremgår her at selv om videoovervåkingen sannsynligvis ikke rammes av et positivt forbud, så anser retten at det rammes av en ulovfestet rettsnorm.

I Rt. 1997 s. 795 gjaldt tvist om samværsrett, hvor moren i hemmelighet tok opp telefonsamtaler som faren hadde med barna. Far visste ingenting om lydopptak av samtale. Kjennelsen

²⁹ Torgersen (2009) s. 7.

³⁰ Torgersen (2009) s. 8.

³¹ Torgersen (2009) s. 8.

³² Torgersen (2009) s. 6.

³³ Torgersen (2009) s. 6.

gjaldt spørsmålet om å nekte bevisførsel i søksmål om daglig omsorg for barn. Moren hadde foreldreansvaret og omsorgen for de to mindreårige døtrene da lydbåndopptaket fant sted. Moren mente at lydopptaket kunne belyse hvorfor hun hadde så sterke betenkeligheter med å la barna få være sammen med sin far. Høyesterett kom frem til at et hemmelig lydopptak som moren hadde gjort, måtte avskjæres som bevis selv om det sannsynligvis ikke forelå noe brudd på strl. § 145a.

Som begrunnelse for bevisavskjæringen uttalte førstvoterende følgende: *”Den ulovfestede adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min mening rekke lengre enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling. Slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både illojalt og støtende”*. Videre uttalte førstvoterende: *”En adgang til å legge frem lydbånd/utskrift basert på hemmelige opptak i denne type saker, ville kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene – med barna som mer eller mindre intetanende aktører – som det er grunn til å motvirke”*. Her tar Høyesterett på seg en oppdragerrolle og ønsker at dommen skal motvirker uønsket aktivitet.

Imidlertid anfører førstvoterende: *”I saker om foreldreansvar og omsorg for barn hvor retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, er det av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig. Det kan ikke ses bort fra at hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike”*. Uttalelsen åpner altså for at hemmelige lydopptak kan anvendes som bevis, men bare dersom det ikke er mulig å få saken tilstrekkelig opplyst på annen måte.³⁴ I den foreliggende sak ble opptakene ikke tillatt ført som bevis, og jeg er av den oppfatning at det skal meget til for å la slike bevis fremføres i retten.

Kunne retten komme til et annet resultat dersom opptaket hadde et annet innhold? Vurderingen vil konkret bero på omstendighetene i saken og de prinsipielle hensyn som gjør seg gjeldende. Dersom opptaket hadde et annet innhold, kunne retten tillate beviset ført om de hensyn som inngår i vurderingen taler for det selv om det er ervervet på en utilbørlig måte etter en konkret helhetsvurdering.

³⁴ Uttalelsene er senere fulgt opp i Rt. 2004 s. 1366 avsnitt 13.

Blant annet i Rt. 2003 s. 1266 har Høyesterett stilt som vilkår at beviset enten er ulovlig eller utilbørlig ervervet for at avskjæring skal kunne skje.³⁵ Spørsmålet som reises er hva som menes med at et bevis er ”utilbørlig ervervet”. Ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden innebærer det at det har blitt foretatt en kvalifisert kritikkverdig handling ved beviserverv. Begrepet er svært skjønnsmessig. Innholdet i begrepet kan endres over tid og med samfunnsutviklingen. Det vil si at begrepet er en rettslig standard som vil forandrer seg. Det som er utilbørlig i dag behøver ikke å være utilbørlig i morgen, eller omvendt.

Uttrykket utilbørlig benyttes i en del sammenhenger om forhold ved beviserverv som kan medføre bevisforbud etter de ulovfestede reglene som tradisjonelt knyttes til uttrykket ulovlig ervervet bevis. I høyesterettspraksis angående bevisforbudsspørsmål er uttrykket brukt i litt ulike sammenhenger i en straffesak og fire sivile saker. Avgjørelsene fra 2003 og 2004 viser dessuten til Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1997 s. 795 i forbindelse med uttrykksmåten, selv om utilbørlig ikke er brukt i disse avgjørelsene.³⁶

Torgersen har den oppfatning at uttrykket utilbørlig innebærer en alvorlig fare for misforståelse, ved at det er uklart om det forutsetter brudd på en rettslig ervervsnorm eller om det er tale om en karakteristikk av et i prinsippet lovlig – dvs. ikke rettsstrid – beviserverv.³⁷

Med henvisning til Rt. 2007 s. 920 og Rt. 2002 s. 1500 reiser Torgersen spørsmålet om Høyesterett bruker begrepene ”utilbørlig” og ”ulovlig” om hverandre eller synonymt.³⁸ Jeg tror ikke dette er tilfelle. Det vil kunne foreligge ulike grader av utilbørlighet. Det kan tenkes at milde former for utilbørlighet ikke anses å være i strid med ulovfestede normer for beviserverv, mens grove former for utilbørlighet er i strid med slike normer. I det siste tilfellet er beviset altså ulovlig ervervet, ikke fordi det er i strid med formell lov men som følge av ulovfestede rettsregler. Når Torgersen sier³⁹ at det ser ut til at uttrykkene ”utilbørlig” og ”ulovlig” brukes om hverandre i enkelte dommer, er nok ikke dette korrekt. Det er snarere slik at retten

³⁵ Se også Rt. 2004 s. 1366 avsnitt 13.

³⁶ Torgersen (2009) s. 8.

³⁷ Torgersen (2009) s. 9.

³⁸ Torgersen (2009) s. 10.

³⁹ Torgersen (2009) s. 10.

har vurdert utilbørligheten og betrakter den som ulovlig og deretter bruker uttrykket ulovlig om beviservervet.

I de to sivile sakene i Rt. 2003 s. 1266 og Rt. 2004 s. 1366 fremholder Høyesterett det som et grunnvilkår for bevisforbud at det må foreligge et ”ulovlig eller utilbørlig” ervervet bevis. Et beviserverv kan være ulovlig fordi fremskaffelsen strider mot en lovregel. Det kan også være ulovlig fordi fremskaffelsen strider mot en ulovfestet regel. Hvis et bevis er utilbørlig fremskaffet er det ikke uten videre gitt at det er ulovlig. Dette må vurderes ut fra tidligere rettspraksis og graden av utilbørlighet.

Torgersen gir uttrykk for at han ikke ønsker å bruke begrepet utilbørlig på grunn av den uklarhet det innebærer med sikte på å vurdere om ervervet er i strid med en rettslig ervervsnorm – lovfestet eller ulovfestet.⁴⁰ Som nevnt ovenfor brukes imidlertid begrepet av Høyesterett. Dets manglende presisjonsnivå kan sies å gi retten en ønsket grad av fleksibilitet og mulighet for å tilpasse rettspraksis til samfunnsutviklingen.

I tvisteloven er begrepet ”utilbørlig” anvendt i § 22-7 som lyder: ”Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte”. Regelen som nå er lovfestet bygger i følge forarbeidene på rettspraksis.⁴¹ Av forarbeidene fremgår det at: ”Paragrafen kodifiserer en ulovfestet regel om rettens adgang til i særlige tilfeller å avskjære bevis som er ervervet på ulovlig måte”.⁴² Det forhold at denne rettspraksis nå er lovfest kan imidlertid ikke sies å ha skapt større klarhet. Noen tilsvarende er ikke tatt inn i straffeprosessloven.

Men selv om det ikke er meningen å endre gjeldende rett, vil en ny lovtekst likevel gi reglen et annet rettslig grunnlag enn før. Lovteksten vil nå både gi regelen en hjemmel den ikke hadde tidligere, og den vil også sette begrensninger.⁴³

⁴⁰ Torgersen (2009) s. 11.

⁴¹ NOU 2001:32B s. 961. I andre avsnitt fremgår det: ”Utvalget tar med den regel som er formulert i § 25-7 sikte på å videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger”.

⁴² Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 459 og NOU 2001:32B s. 961 andre avsnitt.

⁴³ Hov (2010) s. 1108.

Av lovkommentaren til tvistloven § 22-7 går det frem at vilkåret utilbørlig ikke innebærer at det må konstateres brudd på en klar lovregel, det er tilstrekkelig at beviset er skaffet til veie på en måte som må karakteriseres som illojal og støtende, jfr. Rt. 1997 s. 795. I Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 459 er det uttalt at det normalt vil være tungtveiende rettssikkerhetshensyn, herunder personvernens hensyn, som tilsier at beviset ikke tillates ført, eller at beviset er fremskaffet ved en straffbar handling foretatt i den hensikt å fremskaffe beviset. Hensynene som tilsier bevisavskjæring må avveies i en bred helhetsvurdering mot sakens opplysning og det materielle sannhetsprinsipp, se Rt. 2013 s. 1282. Det vil ha sentral betydning om tillatelse til å føre beviset vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse. Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville ha vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte, jfr. NOU 2001:32B s. 961.⁴⁴

Torgersen synes å mene at bevisavskjæringen for lovlige, kritikkverdige beviserverv, ikke skal vurderes på samme måte som i de tilfeller hvor ervervet er i strid med en ulovfestet rettsnorm.⁴⁵ Jeg synes Torgersens utsagn skaper uklarhet. Er et bevis fremskaffet på en sterk kritikkverdig – eller utilbørlig – måte så kan det være ulovlig etter rettspraksis eller etter den aktuelle domstols vurdering og er da i strid med en ulovfestet rettsnorm. Det vil si at beviset er ulovlig.

I følge Øyen er det ikke behov for en skarp avgrensning av begrepet «utilbørlig», eventuelt begrepet «kritikkverdig». Bruken av disse ordene i rettspraksis må først og fremst ses på som et terminologisk virkemiddel, for å markere at et bevisforbud kan foreligge selv om beviset ikke er fremskaffet gjennom brudd på en lovregel, og selv om det er usikkert om en ulovfestet rettsregel ble brutt i forbindelse med beviservervet.⁴⁶

Fra rettspraksis av nyere tid kan nevnes Rt. 2011 s. 1324 som gjaldt en forsikringsbedragerisak. Spørsmålet er om det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten å tillate føring av et

⁴⁴ Reusch med assistanse av Kine Steinvik (2014) note 1163.

⁴⁵ Torgersen (2009) s. 10-11

⁴⁶ Øyen (2010) s. 425.

videoopptak av en samtale som bevis. På avsnitt 33 bemerker Høyesteretts ankeutvalget: *"Det er ikke er ulovlig å ta opp samtaler man selv deltar i, jf. straffeloven § 145a første ledd nr. 2 og Rt-1981-377. Ut fra mer allmenne moraloppfatninger 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, jf. Rt-1991-616 og Rt-1997-795". Videre bemerker Ankeutvalget: "Det vil bero på en interesseavveining om beviser som er ervervet på illojalt eller utilbørlig vis skal tillates ført, jf. Andenæs: Norsk straffeprosess, 4 utgave ved Tor-geir Myhrer, side 242".*

I domspremissene heter det at opptaket *"ikke er ulovlig"*, og at *"adgangen til å kreve bevis avskåret rekker lenger enn til å gjelde bevis som er anskaffet på ulovlig vis"*. Høyesterett var av den oppfatning at beviservervet ikke var ulovlig i den betydning at ervervet ikke stred mot en positiv lovregel. Videre bemerker Høyesterett at beviset kan fremstå som illojalt eller utilbørlig ut fra allmenne moralbetraktninger. Dersom allmenne moralbetraktninger er tungtveiende for å anse beviserverv som ulovlig på ulovfestet grunnlag, taler gode grunner for at beviset kan avskjæres.

I Rt. 2004 s. 1366 gjaldt saken blant annet spørsmålet om å nekte bevisførsel ved hjelp av lydopptak i en barnefordelingssak. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at lydopptakene ikke kunne nektes ført som bevis hvor det måtte legges til grunn at ankende part, mor i barnefordelingssak, var gjort kjent med at opptak ville finne sted. Det kunne da ikke kreves at far hver gang skulle underrette mor om lydopptak.

Innledningsvis bemerker kjæremålsutvalget: *"Bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte, kan i særlige tilfeller nektes ført, når føringen av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende hensyn til personvernet eller rettssikkerheten, jf. Høyesteretts avgjørelser i Rt-1991-616 og Rt-1997-795"*.

Videre bemerker Kjæremålsutvalget: *"Grunnvilkåret er at det må foreligge et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, jf. Rt-2003-1266 avsnitt 20. I tillegg må hensynet til personvern eller rettssikkerhet være tilstrekkelig tungtveiende til at prinsippet om fri bevisføring må vike"*.

Imidlertid anfører Kjæremålsutvalget: *I saker om foreldreansvar og omsorg for barn, hvor retten har ansvar for opplysning av saken, kan ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis inneholde så vesentlige opplysninger om forhold som ikke kan belyses på annen måte, at beviset må tillates ført, jf. Rt-1997-795*".

Som begrunnelsen for å tillate lydopptakene ført som bevis bemerker Kjæremålsutvalget: *"[...] 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 av om lydopptakene av telefonsamtalene i dette tilfellet er skaffet til veie på utilbørlig måte, må legges til grunn at mor var gjort kjent med at opptak ville finne sted. Det kan da 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*".

Høyesterett var av den oppfatning at ervervshandlingen ikke var utilbørlig i betydningen at ervervet ikke stred mot en rettsnorm og heller ikke stred mot en positiv lovregel.

I Rt. 2009 s. 1526 "B-gjengen dommen" gjaldt saken om overlagt drapsforsøk som et ledd i rivaliseringen mellom to kriminelle gjenger. Under en forsoningssamtale i fengslet mellom fornærmede og tiltalte med presten til stede, hadde fornærmede tatt opptak av den konfidensielle samtalen. Spørsmålet er om det var en saksbehandlingsfeil at lydopptakene av samtalen ble avspilt for lagmannsretten. I avsnitt 28 uttaler førstvoterende: *"Det har gjennom rettspraksis utviklet seg regler for bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak*".

Videre uttaler førstvoterende: *"I Rt-1991-616 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. Straffeloven § 145a rammer bare opptak av samtaler man ikke selv deltar i. Av Rt-1997-795 følger det imidlertid at adgangen til å avskjære bevis også gjelder der beviset er skaffet på en lovlig, men likevel utilbørlig måte*".

Førstvoterende uttaler at opptaket *"ikke er ulovlig i den forstand at det er straffbart*". Dette innebærer at et beviserverv kan være i strid med en rettsnorm selv om det ikke er straffbart.

I avgjørelsene ovenfor uttaler Høyesterett at adgangen til å avskjære bevis også kan gjelde i de tilfeller hvor innhenting av beviset ikke er i strid med loven. I denne forbindelse vises det til Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1997 s. 795.⁴⁷ De kjennelsene må forstås slik at beviservervene ikke var ulovlig ved at de stred mot en positiv lovregel, men at de var ulovlige fordi ervervene stred mot en ulovfestet rettsnorm.

Jeg synes at både i teori og rettspraksis er det en noe inkonsekvent språkbruk. F.eks. sies det i Rt. 1997 s. 795 at: ”Beviset skaffet på en lovlig, men likevel utilbørlig måte”. Men er beviset skaffet på en utilbørlig måte, så er det ulovlig. Det kan ikke være tvil om at begrepet ulovlig dekker både det som er i strid med positiv rett og i strid med ulovfestet rett. Og det som er ulovlig, kan ikke være lovlig. Jeg stusser også over Torgersens formulering at ”utilbørlighetstermen forutsetter rettsstrid”.⁴⁸ Det er vel snarere slik at utilbørlighetstermen kan medføre rettsstrid.

3.1.1 Når foreligger et bevis ervervet på ulovlig måte

Vi kan si at ervervet er i strid med formell lov og forskrift når de objektive vilkårene i bestemmelsen er overtrådt. I Rt. 1991 s. 616 ble det reist spørsmålet blant annet om beviservervet var i strid med straffeloven § 145a. Bestemmelsen rammer kun opptak av samtaler hvor vedkommende selv ikke deltar. Hvorvidt de objektive vilkårene var overtrådt uttalte Høyesterett følgende: ”[...] bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om bestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant”. Høyesteretts uttalelse innebærer at det i forhold til spørsmålet om beviset skal anses ulovlig, ikke stilles krav om at det er begått en straffbar handling ved ervervelsen av beviset. I kjennelsen fant Høyesterett at denne bestemmelsen ikke kommer til anvendelse, fordi den rammer kun lydopptak, mens saken dreiet seg om et

⁴⁷ Uttalelsene er noe sprikende. I Rt. 2011 s. 1324 avsnitt 33 uttales det at avskjæringsadgangen rekker lenger enn til å gjelde bevis som er ervervet på ulovlig måte, det vises bl.a. til Rt. 1991 s. 616. I Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 er imidlertid Rt. 1991 s. 616 oppfattet slik at beviset var fremskaffet på ulovlig måte.

⁴⁸ Torgersen (2009) s. 8-11.

videoopptak. Lyddelen av opptaket kunne imidlertid falle inn under bestemmelsen. Med henvisning til personregisterloven og arbeidsmiljøloven ble beviset besluttet avskåret.

Et bevis vil anses å være ulovlig ervervet dersom det er i strid med annen formell lovgivning, for eksempel arbeidsmiljøloven eller EMK. Også bevis som er ervervet i strid med påtaleinstruksen vil anses ulovlig ervervet.⁴⁹ Spørsmålet ble drøftet i Rt. 1979 s. 1021. En 18 år gammel gutt ble funnet skyldig for fortsettlig drap. Domfeltes anke over saksbehandlingen gjaldt at vergen ikke fikk anledning til å være tilstede under et politiavhør der domfelte tilsto drapet, jfr. påtaleinstruksen § 10 (6) 2. punktum. Høyesterett kom til at politiet ikke hadde handlet i strid med påtaleinstruksen. Det er således i denne saken ikke behov for å drøfte hvilken virkning et brudd på instruksens bestemmelser bør ha. Høyesterett påpeker likevel at lagmannsretten ikke vurderte om det forelå et ulovlig ervervet bevis. Men selv om så skulle være tilfelle, så vil lagmannsretten foreta en konkret vurdering av om beviset kan tillate føret.⁵⁰

Det skal forøvrig nevnes at overtredelse av påtaleinstruksen må vurderes på lik linje med overtredelse av formell lov siden instruksen er hjemlet i lov. Endelig skal det bemerkes at de bestemmelsene i påtaleinstruksen det her er snakk om er nå tatt inn i straffeprosessloven.

3.1.2 I hvilken utstrekning skal ulovlig ervervede bevis avskjæres?

Spørsmålet er ikke lovregulert i straffeprosessloven. Under forberedelsen av straffeprosessloven ble det vurdert å lovregulere i hvilken utstrekning ulovlig ervervet bevis skulle tillates benyttet. Det ble imidlertid funnet vanskelig å utforme nærmere lovregler om dette, og spørsmålet ble derfor overlatt til domstolene å løse.⁵¹

Ved behandling av den foreliggende problemstilling er det naturlig å ta utgangspunkt i rettspraksis. Rt. 1992 s. 698 «Treholt-kjennelsen» inneholder momenter det skal ta hensyn til ved

⁴⁹ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 22 og 24.

⁵⁰ Se Side 1023 i kjennelsen.

⁵¹ Se bl.a. Rt. 1999 s. 1269 på side 1272 og Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197 og Ot.prp.nr.35 (1978-79) s. 139.

vurderingen av spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for bruken av et ulovlig ervervet bevis. Kjennelsen gjelder gjenopptakelse av Treholt-saken. Et argument for gjenopptakelse var at det hadde blitt foretatt en ulovlig ransaking. Anførselen førte ikke frem. Byråsjef Treholt ble i lagmannsretten dømt for spionasje. Det ble foretatt en hemmelig ransaking av Treholts hjem, hvor det ble tatt bilde av en tykk bunke dollarsedler som også ble talt opp. Dett var i strid med dagjeldende lovs regler som krevde varsel til siktede og innkalling av vitne. Selv om det i dag i særlig alvorlige saker er anledning til å foreta ransaking uten å varsle den mistenkte, jfr. strpl § 200a, ville ransakingen også i dag vært ulovlig siden det ikke forelå noen rettslig kjennelse. Fotografiene og politimennenes forklaringer ble brukt som bevis under hovedforhandlingen.

Kjæremålsutvalget siterer fra straffeprosesslovkomiteen: *”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”*. Kjæremålsutvalget siterer videre: *”Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte”*.⁵²

Imidlertid anfører Kjæremålsutvalget: *”Motforestillingene mot fremleggelse av opplysninger fra en ransaking som er gjennomført uten varsel, selv om varsling 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 [...]”*.⁵³ Straffeprosesslovkomiteen mener imidlertid at mulig brudd fra politiets side på regel for beviserverv best motvirkes ved disiplinære tiltak og ikke ved bevisavskjæring. I Treholt-kjennelsen bemerker Kjæremålsutvalget: *”Det må således etter utvalgets syn foretas en avveining av hensyn for og imot at pengebeviset kan tillates brukt som bevis ved domstolsbehandling av straffesaken”*. Domspremissene forstås slik at om et ulovlig innhentet bevis kan tillates ført, beror på en konkret helhetsvurdering av de prinsipielle hensyn i den sak det dreier seg om.

Når påtalemyndigheten bevisst tilsidesetter gjeldende regler for å fremskaffe bevis, skal det tungtveiende grunner til for å akseptere at beviset føres.

⁵² Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

⁵³ Dette støttes bl.a. av Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

I Treholt-kjennelsen blir det også vist til EMDs praksis. Med henvisning til den sentrale dommen Schenk v. Switzerland avsagt 12. juli 1988 bemerker Kjæremålsutvalget: *”Kjæremålsutvalget kan ikke se at det er i strid med EMK artikkel 6 at bevis som er ervervet ved en ulovlig eller straffbar fremgangsmåte, etter en nærmere vurdering blir tillatt ført”*. Schenk var funnet skyldig for drap på sin eks-kone. Spørsmålet her var om fremleggelsen av en ulovlig fremskaffet kassetinnspilling var i strid med kravet til rettferdig rettergang. EMD kom til at tiltalte ikke var fratatt sin rett til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Retten ga uttrykk for at den ikke kunne ta konkret standpunkt til om et bevis skulle tillates ført eller ikke. Dette reguleres av det enkelte lands regler. Den kunne bare ta standpunkt til om rettergangen totalt sett var ”fair”. Retten la vekt på at Schenk hadde fått full anledning til å forsvare seg, herunder til å utfordre innspillingens bevisverdi og riktigheten av innholdet. Fra domstolens side var det også lagt vekt på at det øvrige bevismateriale talte for domfellelse.⁵⁴

3.1.3 Prinsipielle hensyn for og imot bevisavskjæring

Etter norsk rett skal spørsmålet om bevisavskjæring avgjøres etter en konkret bedømmelse.⁵⁵ I det følgende behandles de prinsipielle hensyn som påvirker bevisavskjæringsvurderingen. Hvert enkelt moment vil inngå i den helhetsvurderingen som må foretas av om et ulovlig innhentet bevis skal avskjæres eller ikke. En uttømmende angivelse av momentene er ikke mulig. I takt med at samfunnets verdinormer utvikles og endres vil nye hensyn oppstå med tiden.

3.1.3.1 Hensynet til sakens opplysning

Å sikre at domstolene får et best mulig grunnlag for å treffe materielt riktige avgjørelser, er en grunnleggende målsetting for vår rettergangsordning. Følgelig vil hensynet til sakens opplysning vil være det bærende argument mot å avskjære ulovlig ervervede bevis. En nektelse av føring av bevis vil kunne innebære at retten treffer sin avgjørelse på mangelfullt eller i verste

⁵⁴ Se avsnitt 46-48 i avgjørelsen.

⁵⁵ Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s.197 og bl.a. Rt. 1991 s. 616 på side 623.

fall på uriktig grunnlag”.⁵⁶ I Rt. 1997 s. 795 uttaler førstvoterende på side 796: *”Det ikke kan ses bort fra at hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike”*. Uttrykkene ”vesentlige opplysninger” og ”ikke mulig å få belyst på annen måte”, er nok ikke absolutte vilkår for at beviset skal tillates ført. Hensynet til sakens opplysning vil få varierende vekt alt etter hvilken bevisverdi det konkrete bevis kan tillegges. Hensynet til sakens opplysning vil også for øvrig få varierende vekt, avhengig av hvilke øvrige momenter det skal tas hensyn til og hvilke styrke de har.⁵⁷

3.1.3.2 Bevisverdien

Bevisverdien vil spille en rolle for hvilken vekt hensynet til sakens opplysning får. Et bevis med lav bevisverdi kan lettere tenkes avskåret enn et bevis med høy bevisverdi”.⁵⁸ At bevisverdien av beviset er et relevant moment i avskjæringsvurderingen, fremgår blant annet av Rt. 1999 s. 1269 hvor førstvoterende på side 1272 uttaler: *”Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på [...] bevisverdien av beviset”*.

Tilsvarende blir det fremhevet i Rt. 1997 s. 795 på side 796: *”[...] vil en adgang til slik bevisførsel regelmessig neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi”*. Avgjørelsene av Menneskerettighetsdomstolen Schenk mot Sveits og Wischnewski mot Tyskland trekker i retning av at bevis som er innhentet på ulovlig måte, kan tilføre opplysninger av særlig verdi og derfor kan tillates ført. Imidlertid åpner for så vidt også Høyesterett i Rt. 1997 s. 795 på side 796 for at ulovlige bevis som inneholder så vesentlige opplysninger at de bør tillates ført.⁵⁹

⁵⁶ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 30.

⁵⁷ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 31.

⁵⁸ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 32.

⁵⁹ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 33.

3.1.3.3 Plikter vedkommende å forklare seg eller å utlevere beviset

Av Rt. 1999 s. 1269 fremgår det at ved vurdering av om et ulovlig ervervet bevis kan fremlegges, skal det legges vekt på om den som satt med beviset plikter å forklare seg eller utlevere dette. Hvis dette er tilfelle, trekker det i retning av at beviset skal tillates ført selv om det er ulovlig ervervet.

Det er sikker rett at den siktede verken har plikt til å forklare seg eller utlevere bevis som vedkommende har i sin besittelse.

Det kan tenkes en situasjon der politiet sitter med bevis som er ervervet på en ulovlig måte og at disse bevisene også kunne vært tilveiebrakt på en lovlig måte. I en slik situasjon taler mye for at bevisene til tillates ført.

Spørsmålet om fremleggelsesplikt i sivile saker reguleres av tvisteloven §§ 26-5 og 21-5. Hovedregelen er at enhver plikter å stille reelle bevis eller dokumentbevis til rådighet for retten, som han «har hånd om» eller som han «kan skaffe til veie». Plikten til å legge frem bevis gjelder enhver. Den er ikke begrenset til partene i saken eller innkalte vitner. Tredjemann kan således pålegges å fremlegge dokumenter eller gjenstander. Dette gjelder også offentlige myndigheter, herunder domstolene.⁶⁰

I Tvistemålsutvalgets utredning er det fremholdt at «hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning».⁶¹ Momenter som i følge utredningen kan tale mot føring av bevis vil blant annet være at beviset er fremskaffet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæringen kan virke preventivt, at bevisføring vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse, at det kan dreie seg om en integritetskrenkelse og om det ville være mulig å fremskaffe opplysningen på annen måte.⁶² Dersom det

⁶⁰ Hov (2009) s. 1076-1077.

⁶¹ Se NOU 2001:32B s. 961 og bl.a. Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 41.

⁶² NOU 2001: 32B s. 961.

ikke hadde vært mulig å innhente opplysningene på annen måte, så vil dette argumentere for at beviset kan føres.

Lignende hensyn gjør seg gjeldende i bevisavskjæringsspørsmålet i straffeprosessen. Straffeprosessen regulerer adgangen til å anvende tvangsmidler for å innhente bevis. Tvangsmidlene skal ivareta bestemte interesser og hensyn. I noen tilfeller bruker politiet tvangsmidler i strid med straffeprosessloven ved ervervelse av bevis, slik som i Treholt-saken. Det kan argumenteres for brudd på vilkårene for anvendelse av tvangsmidler, når dette var den eneste måten å få tilgang til beviset på, ut fra blant annet hensynet til sakens opplysning, sakens alvorlighet og betydningen det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Men i andre tilfeller hvor vilkårene for å anvende de aktuelle tvangsmidlene ikke er oppfylt, vil en slik ervervshandling være i strid med formelle lovregler for tvangsmidlene og avskjæringen vil lettere finne sted.

3.1.3.4 Sakens alvorlighet og viktighet

Etter rettspraksis har sakens alvorlighet og viktighet betydning for om et ulovlig ervervet bevis skal føres eller ikke. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold.⁶³ Dette taler for å tillate føring av et bevis som er tilveiebragt på en ulovlig eller utilbørlig måte i alvorlige straffesaker. I Rt. 1992 s. 698 hvor det uttales på side 706: *”Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates 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”*.

Andenæs gir uttrykk for det samme når han fremhever: *”Også grovheten av den forbrytelse saken gjelder kan være av betydning”*.⁶⁴

⁶³ Rt. 1992 s. 698 på side 706.

⁶⁴ Andenæs (1984) s. 235.

Hvor alvorlig eller viktig saken er, vil alltid være gjenstand for en konkret vurdering.⁶⁵ Dess mer alvorlig retten vurderer saken, dess viktigere er det for den å få saken best mulig opplyst og dess mer uheldig er en feil avgjørelse.

3.1.3.5 Hensynet til den rettsbruddet rammer

Hensynet til den rettsbruddet rammer, vil i de fleste tilfeller kunne trekke i retning av avskjæring. I Rt. 1991 s. 616 på s. 623 vil fremleggelse av et ulovlig ervervet bevis, ”kunne oppfattes som en ny krenkelse”. Derfor vil den krenkede part i slike tilfeller kunne kjenne seg krenket på ny, dersom beviset blir tillatt ført”.⁶⁶

I kjennelsen bemerker Høyesterett: ”Å ha blitt utsatt for hemmelig video-overvåkning på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende. Etter min mening taler vesentlige personvern hensyn for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebragt på denne måte”. Selv om et beviserverv innebærer brudd på personvernet er det ikke uten videre klart at beviset skal avskjæres. Nok en gang er det tale om en helhetsvurdering der hensynt til den rettsbruddet rammer inngår som bare ett av flere momenter.⁶⁷

3.1.3.6 Arten og omfanget av den krenkelse som ble begått ved ervervet

Hvor stor vekt hensynet til den rettsbruddet rammer skal få, vil blant annet bero på arten og omfanget av den krenkelsen som ble begått ved ervervet.⁶⁸ Det fremgår blant annet av Rt. 1999 s. 1269. I dommen uttaler førstvoterende på side 1272: ”Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset [...]”. Avskjæringen kan lettere tenkes hvor ervervet krenker sentrale interesser som person-

⁶⁵ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 32.

⁶⁶ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 33.

⁶⁷ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 33.

⁶⁸ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 34.

vern hensyn eller legemlig integritet, enn hvor det er mindre beskyttelsesverdige interesser som er krenket.⁶⁹

Dersom det ved ervervet er begått en straffbar handling, kan den strafferettslige betegnelsen og strafferammen variere etter omfanget eller grovheten av overtredelsen av den straffbare handlingen. Dette kan også få betydning for spørsmålet om beviset skal tillates ført eller ikke.⁷⁰

3.1.3.7 Preventive hensyn

I følge Aall vil en "tilsidesettelse av bevis som er innhentet på ulovlig måte kunne ha en oppdragende effekt overfor de myndigheter som står for fremskaffelsen, særlig politiet".⁷¹ Dersom retten avskjærer slike bevis vil den kunne bidra til å motvirke ulovlig og utilbørlig adferd. Det er domstolens oppgave å forhindre brudd på gjeldende rettsregler, og videre å ta avstanden fra utilbørlig aktivitet i sin alminnelighet, f.eks. når politiet har fremskaffet bevis i strid med formelle regler for ransaking.⁷²

I Rt. 2006 s. 582 uttaler Høyesterett: "Avskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking". Uttalelsen viser at prevensjonsbetraktninger vil være ett moment i vurdering av om ulovlig fremskaffet bevis skal avskjæres eller ikke. Vurderingen vil bero på omstendighetene i saken, og det vil være av stor betydning hvilken ulovlig eller utilbørlig adferd en står overfor.⁷³

⁶⁹ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 34.

⁷⁰ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 34.

⁷¹ Aall (1995) s. 300.

⁷² Bjørnvik og Selfors (2000) s. 34.

⁷³ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 34.

3.1.3.8 Hensynet til den alminnelige rettsfølelse

Det er ikke lett å fastslå hva folk flest mener om ulovlig ervervet bevis skal avskjæres eller ikke. Men det er klart at hensynet til den alminnelige rettsfølelse vil være et relevant moment i vurderingen av om ulovlig ervervet bevis skal avskjæres eller ikke.⁷⁴ Det kan tenkes at den foreliggende sak er av så grov karakter at det å nekte beviset ført, vil kunne virke støtende på allmennhetens rettsfølelse. Motsetningsvis vil den etterforskningsmetoden som er valgt ved innhentelse av beviset kan være så graverende, at det vil stride mot den alminnelige rettsfølelsen dersom beviset tillates ført, f. eks. dersom politiet har oppnådd en tilståelse ved bruk av vold eller trusler.⁷⁵

Dersom bevisverdien av beviset er høy og at saken er av alvorlig karakter vil, f.eks. hensynet til sakens opplysning og det materielle sannhetsprinsipp tale for å tillate beviset først. Men i de tilfeller hvor det er grove overtredelser vil preventive hensyn tale for bevisforbud. Etter dette vil hensynet til den alminnelige rettsfølelse bare kunne få betydning som tilleggsargument. Hvorvidt hensynet til den alminnelige rettsfølelsen er et argument for eller mot avskjæring av ulovlig ervervet bevis vil derfor bero på omstendighetene i den konkrete sak.⁷⁶

3.1.3.9 Hensynet til domstolenes autoritet og anseelse

Domstolenes autoritet og anseelse er avhengig av folks tillitt til rettsapparatet. For at domstolene skal kunne få tillit, må avgjørelser som treffes i stor utstrekning være korrekte, og prosessen sett under et er rettfærdig overfor de involverte parter i en rettstvist. Hensynet til domstolenes anseelse vil derfor av denne grunn være et relevant moment.⁷⁷

⁷⁴ Dette støttes av Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197 og bl.a. Rt. 1994 s. 1139. Se også Bjørnvik og Selfors (2000) s. 36.

⁷⁵ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 36.

⁷⁶ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 36.

⁷⁷ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 36.

Hvorvidt hensynet vil tale for og eller mot bevisavskjæring vil blant annet bro på bevisverdien til det aktuelle beviset, hvor graverende det ulovlige ved fremgangsmåten eller ervervlsen har vært, og eller om tillatelse til føring av beviset vil føre til at rettergangen fremstår som urettferdig overfor noen av parter i saken.⁷⁸

Selv om det ulovlig ervervet beviset er pålitelig, og det gir grunnlag for å treffe et materielt riktig avgjørelse, kan den fremgangsmåten som er blitt benyttet likevel være uakseptabel eller graverende at rettergangen vil bli oppfattet som lite betryggende og lite rettferdig om beviset tillates ført. I slike tilfeller kan hensynet til domstolenes anseelse tale for avskjæring av det ulovlig fremskaffet beviset.⁷⁹

Dersom retten ikke tar avstand fra ulovlige forhold vil dette kunne undergrave dens autoritet og anseelse ved å tillate føring av ulovlig ervervet bevis.⁸⁰

Avslutningsvis vil jeg bemerke at hvorvidt et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres eller ikke, vil bero på en avveining av de nevnte prinsipielle hensyn i den konkrete sak. I avveiningen må det blant annet legges vekt på hensynet til sakens opplysning, sakens alvor og ikke minst hensynet til den rettsbruddet rammer. Jo alvorlig en forbrytelse er, desto mer vil hensynet til sakens opplysning gjøre seg gjeldende og viktigere er det å komme til en materiell riktig avgjørelse. Dermed vil ikke hensynet til den rettsbruddet rammer være et avgjørende argument for avskjæringen av et ulovlig ervervet bevis, men kun som ett moment i den helhetsvurderingen som skal foretas.

3.2 Betydningen av at et bevis er tilveiebragt på ulovlig måte

Ingen av våre prosesslover inneholder noen uttrykkelig regel om hva som skal være følgen av at et bevis er ervervet på ulovlig måte.⁸¹ Det følger av rettspraksis at ved denne bedømmelsen

⁷⁸ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 36.

⁷⁹ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 36.

⁸⁰ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 37.

⁸¹ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 26.

må det legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak, jfr. Rt.1991 s. 616 på side 623. I forarbeidene til straffeprosessloven er det forutsatt at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse.⁸²

I den sentrale rettsavgjørelsen i Rt. 1992 s. 698 bemerker Kjæremålsutvalget på side 704: *”Betydningen av at bevis er ervervet på ulovlig måte er bl.a. behandlet av Bratholm i en artikkel i TfR-1959-109 og av Andenæs i Straffeprosessen i første instans (1962) side 336 flg. Andenæs fremhever at det ikke kan gis noe generelt svar på spørsmålet om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført. Det må foretas en analyse av de enkelte tilfelle og vurderes hvilken reell betydning ulovligheten har hatt. Som eksempel på tilfelle hvor beviset bør tillates ført, nevner Andenæs en situasjon hvor et hjemmebrentapparat, et mordvåpen eller et parti kokain er beslaglagt ved en ulovlig ransaking”.*

I Rt. 1999 s. 1269 (som jeg også har referert til i andre sammenhenger) uttaler førstvoterende på side 1272: *”Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining [...]”.*

Hvorvidt et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres eller ikke, vil bero på en konkret helhetsvurdering av de prinsipielle hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak.

⁸² Se bl.a. Rt. 1994 s. 1139 på side 1141 og Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

3.3 Typetilfeller av ulovlig ervervede bevis

3.3.1 Ulovlig ransaking

Straffeprosessloven § 197 fastlegger forutsetningene for at en ransaking skal være lovlig. Hovedregelen er at det skal foreligge en rettslig kjennelse, med mindre en eventuell forsinkelse innebærer risiko for at viktige bevis forspilles.

I teorien anfører Andenæs at bevis som er innhentet ved en ulovlig ransaking ofte bør tillates ført. Andenæs sier: *”En ulovlig ransaking kan føre til beslagleggelse av et reelt bevismiddel, f.eks. et heimebrenningsapparat, et mordvåpen eller et parti kokain. Her kan eieren ikke forlange beviset satt ut av betraktning med den begrunnelse at det ikke ville være blitt funnet uten den ulovlige ransaking. Bevisverdien er den samme uansett om de formelle forskrifter er fulgt eller ikke. Den forutgående ulovlighet gjør ikke den etterfølgende beslagleggelse og bruk av beviset ulovlig”*.⁸³ Det heter i strpl. § 203 at *”ting som antas å ha betydning som bevis, kan beslaglegges inntil rettskraftig dom foreligger i saken”*. Dette må antas å gjelde selv om beviset er fremskaffet ved ulovlig ransaking, muligens med den modifikasjon at beviset skal tilbakeleveres dersom det ikke tillates ført.

Rettspraksis er at bevis som er innhentet ved en ulovlig ransaking i stor utstrekning skal tillates ført. Et eksempel på dette finnes i Rt. 2006 s. 582, hvor en ransaking av bil ledet til funn av pistol og patroner. Høyesterett kom frem til at stansing av bilen var lovlig etter vegtrafikkloven § 10. Siden kravet til mistanke ikke var oppfylt, var ransakingen i strid med straffeprosessloven. Etter straffeprosesslovens §§ 192 og 195 skal det foreligge skjellig grunn til mistanke om at det er begått en kriminellhandling som grunnlag for ransaking. I denne saken forelå ingen skjellig grunn til mistanke og det beviset som ble fremskaffet gjennom ransaking var således ulovlig ervervet. Til tross for dette mente Høyesterett at beviset kunne føres ut fra en interesseavveining.⁸⁴

⁸³ Se Andenæs (1994) s. 243. og bl.a. Rt. 1992 s. 698 på side 702-706.

⁸⁴ Kjennelsens avsnitt 22 og 24.

I avsnitt 23 fremgår det i tillegg at Høyesterett ikke anser fremleggelse av beviset *”ville innebære noen gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som skjedde ved ransakingen [...]”*.

I «Treholt-kjennelsen» av Rt. 1992 s. 698 ble også ulovlig ransaking drøftet. Som nevnt i pkt. 3.1.2 ble den ulovlige ransakingen påberopt av Treholts forsvarere som grunnlag for gjenopptakelse av saken. Som argumentet mot å tillate pengebeviset ført bemerker Kjæremålsutvalget: *”Mot bruk av bevismaterialet taler først og fremst at gjeldende regler om ransaking bevisst ble satt til side av påtalemyndigheten og politiet. Bestemmelsene om varsel til den ransakingen foretas hos, skal vareta rettssikkerheten for den enkelte”*. Kjæremålsutvalget sier videre: *”Utvalget finner at det må legges til grunn at tilsidesettelse av regelverket ikke har hatt innvirkning på de bevis det er her gjelder”*.

Kjæremålsutvalget tillott beviset ført og begrunnet kjennelsen på følgende måte: *”Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få avklart”*. Det ble også bemerket at ”pengebeviset” bare var ett av flere bevis som ble påberopt fra påtalemyndighetens side. Det ble ført en rekke vitner og fremlagt omfattende dokumentbevis under hovedforhandlingen.⁸⁵ I avgjørelsen ble forbrytelsens alvorlighet, og hensynet til sakens opplysning tillagt stor vekt. Etter denne kjennelsen og rettspraksis for øvrig kan det konstateres at det skal mye til for brudd på formelle regler for ransakingen fører til at et bevis ikke kan føres.

3.3.2 Forbudet mot selvinkriminering

Hovedregelen i norsk straffeprosess er at den som er mistenkt for en straffbar handling ikke har noe forklaringsplikt.⁸⁶ Dette følger av strpl. § 232 første ledd at *”før det foretas avhør av mistenkte, skal han gjøres kjent med hva saken gjelder, og at han ikke har plikt til å forklare seg”*. Spørsmålet blir da om bevis som er fremskaffet i strid med denne lovregelen skal medføre bevisforbud?

⁸⁵ Rt. 1992 s. 698 på side 706.

⁸⁶ Se bl.a. Rt. 1999 s. 1269 på side 1271.

Selvinkrimineringsforbud betyr at den som er mistenkt eller siktet for en kriminell handling ikke har plikt til å bidra til sin egen domfellelse ved for eksempel å avgi en forklaring eller gi tilgang til andre bevis som kan være nødvendig for en senere domfellelse.

Problemstillingen er drøftet i Rt. 1999 s. 1269. Saken gjaldt domfellelse av en fengselsbetjent som skulle ha hjulpet en fange til å rømme. Som bevis hadde påtalemyndigheten benyttet en forklaring opptatt ved bruk av skjult mikrofon og båndopptaker. Spørsmålet var om forklaringen som politiet ved utradisjonelle etterforskningsmetoder har lurt siktede til å avgi, skulle tillates benyttet som bevis. Beviset ble ansett for å være ulovlig ervervet fordi det var i strid med strpl. § 232(1) og selvinkrimineringsforbudet som er innfortolket EMK artikkel 6.

Innledningsvis uttaler førstvoterende: *”Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å holde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffelse. Dette prinsipp er blant annet kommet eksplisitt til uttrykk i FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g”*. Videre fremhever førstvoterende: *”Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen inneholder ikke noe tilsvarende uttrykkelig forbud mot såkalt «selvinkriminering», men etter sikker praksis må et slikt forbud anses innebygd i kravet om rettferdig rettergang i denne konvensjonens artikkel 6 nr. 1”*.

Som begrunnelse for bevisavskjæringen fremholdt Høyesterett at påtalemyndigheten hadde fått tilgang til bevisene ved at politiet ikke respekterte den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess.⁸⁷ Som begrunnelse for bevisforbud uttaler førstvoterende: *”[...] om beviset skulle tillates ført, vil etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset”*. I følge Høyesterett skulle beviset vært avskåret. Dermed ble lagmannsrettens dom opphevet.

I Rt. 2003 s. 1814 kom Høyesterett til et annet resultat enn den forannevnte dommen. I denne saken hadde to polititjenestemenn en samtale med den tiltalte som var mistenkt for promillekjøring uten at den tiltalte ble gjort oppmerksom på sine straffeprosessuelle rettigheter etter

⁸⁷ Rt. 1999 s. 1269 på side 1272.

straffeprosesslovens § 232. Spørsmålet var om samtalen som fant sted kunne fremlegges som bevis. Høyesterett mente at samtalen ikke skulle avskjæres som bevis blant annet fordi den ikke kunne anses som et avhør. I avsnitt 15 uttaler førstvoterende: *"Mitt standpunkt er – slik jeg ser det – i samsvar med rettspraksis, som bygger på at det må skilles mellom innledende samtale og avhør, jf. Rt-2003-549"*. Videre fremhever førstvoterende i avsnitt 22: *"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"*. Uttalelsen må forstås slik at saksforholdet som forelå i 1999 var annerledes enn den foreliggende saken.

Verken ordene *"avhør"* eller *"innledende samtale"* er definer i straffeprosessloven. Uttrykket *innledende samtale* er ikke en gang nevnt i straffeprosessloven. Etter en alminnelig språklig forståelse må ordet *"avhør"* betyr at det stilles spørsmål fra politiets side om hva som faktisk har funnet sted.

Det sies seg selv at når mistenkte satt bak rattet og det luktet alkohol av ham så forelå det mistanke om at tiltalte hadde promillekjørt. Ut fra dette stilte politiet konkrete spørsmål om tiltalte hadde drukket alkohol og om han hadde kjørt bilen. Jeg finner det vanskelig å oppfatte dette som noe annet enn et avhør, selv om det fant sted i uformelle omgivelse. Jeg viser til denne sammenheng til Rt. 2003 s. 549 avsnitt 15 som sier at det ikke er til noe hinder for at politibetjentene under og etter en pågrepelse har samtaler med siktede. Slike samtaler må imidlertid ikke på noe tidspunkt gå over i avhør uten at den siktede uoppfordret og tydelig gjøres oppmerksom på sine rettigheter til å nekte å forklare seg. Tiltalte skulle således vært gjort oppmerksom på sin rett til å nekte å forklare seg. Introduksjonen av begrepet *"innledende samtale"* virket i denne sammenheng på meg som en tåke leggings-manøver. Hadde de snakket om været eller felles bekjent kunne begrepet vært på sin plass.

På bakgrunn av ovenstående mener jeg samtalen skulle vært avskåret som bevis da fremleggelse bryter med selvinkrimineringsprinsippet.

Selv om hensynet til den materielle sannhet og prinsippet om fri bevisbedømmelse er tungtveiende grunner for å tillate beviset ført etter en helhetsvurdering⁸⁸, mener jeg bruddet på selvinkrimineringsprinsippet er så eklatant at beviset må avskjæres.

3.3.3 Videoovervåking

Den sentrale avgjørelsen om bruk av skjult kameraopptak er Rt. 1991 s. 616. For at de ansatte skulle kunne følge med i ekspedisjonslokalet fra pauserommet, hadde innehaveren av et gatekjøkken installert et kamera som overførte bilde til en skjerm på de ansattes pauserom. Det var altså ikke noe hemmelig kamera, bare det aktuelle opptaket var hemmelig. Opptaket dokumenterte uregelmessigheter i pengehåndteringen i kassen. Høyesterett tok ikke stilling til om beviservervet var i strid med noen positive lovbestemmelser. Retten mente imidlertid at det uansett forelå brudd på en beviservervsnorm.⁸⁹ Den uttalte at opptaket *”medførte et slikt inngrep i den personlige integritet at det ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabelt”*.⁹⁰

Et moment som Høyesterett la vekt på var at det *”å ha blitt utsatt for hemmelig videoovervåking på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende”*. Videre la Høyesterett vekt på behovet for å motvirke denne typen overvåking, og at det ville *”kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt, og at bevisføringen vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket”*.⁹¹ Det vil si at Høyesterett ønsket at avgjørelsen skulle ha en disiplinerende virkning.

⁸⁸ Se kjennelsens avsnitt 24.

⁸⁹ Det samme mener Torgersen (2009) s. 402.

⁹⁰ Rt. 1991 s. 616 s. 623.

⁹¹ Rt. 1991 s. 616 s. 623 og Torgersen (2009) s. 402.

3.3.4 Løgn-detektor

En løgn-detektor avdekker psykiske og kroppslige reaksjoner som testpersonen ikke har kontroll over. Norsk straffeprosess har intet forbud mot bruk av løgn-detektor, men det forutsettes at løgn-detektor ikke vil bli tatt i bruk. Det åpnes for at løgn-detektor kan bli tillatt dersom den lar seg brukes på en tilstrekkelig betryggende.⁹²

loven forbyr bruk av ”midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse”, jfr. strpl. § 92(2) 2. punktum. Det vil si at bruk av hypnose og medikamenter som «sannhetsserum» er forbudt. Loven forbyr bruk av slike midler selv om siktede ber om å bli stilt på prøve i håp om å kunne styrke troverdigheten av sin forklaring.⁹³ Et moment i denne sammenheng vil være at de som ikke gir et samtykke vil kunne bli stilt i dårlig lys. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden innebærer det at bestemmelsen ikke regulerer spørsmålet om bruk av løgn-detektor.

I en prinsipiell avgjørelse i Rt. 1996 s. 1114 var spørsmål om polygraf-test kan brukes som bevis drøftet. Høyesterett kom til at gjeldende rett ikke gir adgang til bruk av løgn-detektortest. Dette er også fulgt opp i senere avgjørelser blant annet i Rt. 1997 s.1145. Dermed må dette forstås som en hovedregel.

Tiltalte hadde på eget initiativ latt en professor ved Universitet i Trondheim utføre en løgn-detektortest på seg selv. Professoren hadde det nødvendige utstyr og kunnskap i emnet. Tiltalte ønsket å underbygge sin troverdighet i forbindelse med en straffesak. Testen ble gjennomført uten at påtalemyndigheten var involvert. Lagmannsretten godtok føring av beviset, men denne avgjørelse ble opphevet av Høyesterett. Høyesterett bemerket at prinsippet om fri bevisføring ikke gjelder uten begrensninger. Bevis kan nektes ført på ulovfestet grunnlag når sterke reelle hensyn som generelle rettssikkerhets eller personvern hensyn tilsier dette. Det var personvern hensyn som var avgjørende når polygraf-test ble avvist.

⁹² Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 189.

⁹³ Andenæs (2009) s. 173 med henvisning til Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 189.

Høyesterett begrunnet bevisforbudet som følger: *”Når imidlertid den lovgivningsmessige forankring for et bevisforbud vedrørende polygraftester, som man tross alt har i bestemmelsen, også ses i lys av de sterke reelle hensyn som tilsier nektelse av beviset, må det etter min mening samlet sett være avgjørende”*. Denne uttalelsen fra Høyesterett utmerker seg ikke med sin klarhet, og det er tvilsomt om straffeprosessloven § 92(2) 2. punktum hjemler forbud mot løgndetektor. Som nevnt foran har lovgiver villet holde spørsmålet åpent.

Videre uttaler Høyesterett: *”Polygraftest innebærer en invadering av personligheten til undersøkelsespersonen, jeg finner det lite tvilsomt at mange vil oppleve slike undersøkelser som integritets og personlighetskrenkende. Dette kan også gjelde for personer som uttaler seg sannferdig. [...]. De reelle hensyn må vurderes i lys av situasjonen slik den vil være om polygraftester tillates og er tatt i bruk som bevismiddel”*. Høyesterett henviser deretter til straffeprosesslovkomiteen som uttaler: *”Skulle det bli alminnelig å bruke et slikt middel under etterforskning, kan den som nekter å medvirke komme i en vanskelig stilling”*. Til dette bemerker Høyesterett: *”Direkte tar nok dette sikte på at det er påtalemyndigheten som ønsker testen utført, men helt generelt må det antas at dersom bruk av polygraftester tillates, vil det kunne innebære et sterkt press på en siktet til å la seg teste hva enten spørsmål om slik testing reises av politi/påtalemyndighet eller ikke”*.

Videre går det frem av kjennelsen at før polygraftester bør tillates ført som bevis, er det et åpenbart behov for å lovregulere dette. I kjennelsen sies det: *”Lovgiver bør blant annet ta stilling til i hvilke situasjoner polygraftester skal tillates som bevis, om det skal gjelde både for siktede og vitner, eventuelt for hvilke grupper vitner. Det bør videre gis regler blant annet om hvordan testene skal gjennomføres, om testpersonen skal ha adgang til nekte testen framlagt etter at den er utført”*. Den siterte uttalelsen forstås som en henstilling fra domstolen til lovgiver om å utarbeide regler som regulerer bruken av polygraftest som bevis, dersom polygraftest skal tillates.

Avslutningsvis uttaler Høyesterett: *”[...] et bevismiddel basert på undersøkelser som etter sitt formål innebærer en invadering av personligheten hos testpersonen, noe som klart vil kunne føles krenkede. Sterke personvern hensyn tilsier at det ikke åpnes for slik bevisførsel. Disse*

hensynene må, når de ses sammen med straffeprosessloven § 92 (2). 2 punktum og forarbeidene til bestemmelsen, være avgjørende for at slike bevis ikke tillates ført”.

3.3.5 Hemmelige opptak av samtaler

Bevisforbud som følge av hemmelige opptak av samtaler har vært oppe i flere sivile saker, blant annet i Rt. 1997 s. 795. Denne sentrale rettsavgjørelsen gjaldt tvist om samværsrett med barn, som er referert i punkt. 3.1. Begrunnelsen for bevisforbudet var at retten fant ervervet illojalt og støtende, selv om det ikke var straffbart. Pålitelighetshensyn var også en del av Høyesteretts begrunnelse og viste til at det bare den parten som har foretatt opptakene vil ha kontroll med bevismaterialet, og uttalte: *”Sammen med de muligheter for tilretteleggelse av situasjonen som her lett vil foreligge vil en adgang til slik bevisførsel regelmessig neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi*”.⁹⁴ Høyesterett oppstiller imidlertid ikke noe absolutt forbud mot bruk av denne typen bevis. I saker om foreldreansvar og omsorg for barn har retten et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Slike saker har likehetstrekk med straffesaker, jfr. strpl. § 294. Høyesterett fremholder på denne bakgrunn at det er viktig at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig. Det kan *”ikke ses bort fra at hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på en annen måte, at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike*”.⁹⁵ Dette kan særlig bli aktuelt i alvorlige saker som f.eks. overgrep.

3.3.6 Tilståelse frembrakt ved løfter, trusler eller tvang i en avhørssituasjon

Et eksempel hentet fra rettspraksis er inntatt i Rt. 1994 s. 1139. I narkotikasak motsatte tiltalte seg at man skulle lese opp det han hadde forklart som siktet i en senere henlagt drapssak om sin befatning med narkotika. Han hevdet at disse opplysningene var gitt som bakgrunnsstoff i drapssaken og mot løfte om at opplysningene ellers ikke skulle brukes. Dermed reises det

⁹⁴ Rt. 1997 s. 795 på side 796.

⁹⁵ Rt. 1997 s. 795 på side 796.

spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil at herredsretten nektet opplesning av domfeltes politiforklaring. Hvorvidt et slikt bevis skal tillates ført, må avgjøres ut fra en konkret bedømmelse.

Innledningsvis bemerker førstvoterende: *”Det vil være strid med straffeprosessloven § 92 annet ledd dersom den som avhøres av politiet får et løfte om at det ikke vil bli reagert strafferettslig overfor ham for forhold han forklarer seg om i avhøret. Legger man til grunn det som A hevder ble sagt til han under avhøret [...], vil hans politiforklaring være et ulovlig ervervet bevis i forhold til narkotikasaken. Imidlertid anfører førstvoterende: ”Det er imidlertid ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført. Spørsmålet er ikke regulert i straffeprosessloven, men i forarbeidene er det forutsatt at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse, se særlig Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197 og kjennelsen i Rt-1991-616 på side 623. I nevnte avgjørelsen er det fremhevet at man må legge vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak”.*

Førstvoterende fremhever at det er to betraktningmåter som kan tale for å nekte opplesning av en politiforklaring som lider av en slik prosessuell feil: *”For det første kan det reises tvil om riktigheten av en forklaring når den er fremkalt på en slik måte. Dette er imidlertid et forhold som retten kan ta i betraktning ved sin bevisbedømmelse. For det andre – og det mest sentrale synspunkt – kan det fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede, som det her vil være tale om”.*

Det er interessant at førstvoterende bemerker på side 1141: *”Jeg finner det som utgangspunkt vanskelig å akseptere at politiforklaringer som er avgitt under ”et løfte om amnesti”, skal kunne kreves opplest etter straffeprosessloven § 290”.* Uttalelsen innebærer at det generelt er vanskelig å akseptere opplesning av politiforklaringer hvor det er avgitt løfte om ”amnesti” under avhør.

Det ville være i strid med straffeprosesslovens § 92(2) dersom et slikt løfte var gitt. Strandbakken har det standpunkt at det ikke vil være adgang til å fremlegge bevis for tilståelsen fremskaffet gjennom tvang og uriktige løfter, f. eks. gjennom opplesning av forklaringer som

er et resultat av dette.⁹⁶ Tilsvarende må gjelde for tilståelsen når politiet har oppnådd dette ved trusler.⁹⁷ Strandbakkens standpunkt er i overensstemmelse med det som EMD la til grunn i *Gäfgen v. Germany*. ”Uriktige løfter” kan være av svært forskjellige, og hvorvidt bevis fremskaffet på denne måten skal avskjæres eller ikke, vil stor grad bero på hva slags løfter som er avgitt. Av den ovenfor siterte kjennelse Rt. 1994 s. 1139 synes det å fremgå at bevis som er ervervet ved løfte om amnesti skal avskjæres.

3.4 Utgangspunktet for avskjæring av bevis på ulovfestet grunnlag

Det klare utgangspunktet i norsk rett ved avgjørelse av avskjæringsspørsmålet har vært at et ulovlig fremskaffet bevis ikke kan legges frem dersom bruken av det vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av rettskrenkelse overfor den annen part.⁹⁸ Denne rettsregelen er lagt til grunn i Rt. 1999 s.1269 hvor Høyesterett uttaler på side 1272: *”I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført”*. Beviset ble ansett som ulovlig ervervet fordi det var i strid med selvinkrimineringsprinsippet. Saken er referert i punkt 3.3.2. Denne retten til ikke å avgi forklaring vil bli krenket på nytt dersom beviset tillates ført. Konklusjonen er derfor at slike bevis skal avskjæres.

Når politiet har benyttet ulovlige midler, f. eks. skjult lydopptak, er det to hensyn som kan tale for avskjæring av slike bevis. For det første kan det være grunn til å se med skepsis på riktigheten av tilståelsen som er fremskaffet på denne måten. Til dette kan imidlertid anføres at utgangspunktet hos oss er partenes rett til fri bevisføring, og at måten tilståelsen er fremkalt på, er noe som retten kan ta i betraktning ved sin bevisbedømmelse.⁹⁹ For det andre kan det fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en grov tilsidesettelse av

⁹⁶ Strandbakken (2003) s. 184.

⁹⁷ Andenæs (1984) s. 237.

⁹⁸ Hov (2010) s. 1109.

⁹⁹ Andenæs (2009) s. 244.

gjeldende regler som er til vern for siktede.¹⁰⁰ En avskjæring av beviset, vil være en tydelig måte å gi beskjed om at slike etterforskningsmetoder ikke er akseptable.¹⁰¹

3.4.1 Skal et ulovlig ervervet bevis alltid nektes ført?

I følge rettspraksis og juridisk teori er det ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført.¹⁰² Verken de lege ferende eller de lege lata er det noen opplagt sak at bevis ervervet på ulovlig eller illojalt måte skal nektes ført.¹⁰³ Avskjæring kan virke urimelig når det ikke er særlig sterke argumenter mot fremskaffelsen av beviset og beviset er viktig, f.eks. der politiet under en uhjemlet ransaking finner et mordvåpen. I slike og tilsvarende tilfeller er det ikke utenkelig at beviset blir tillat ført. Treholt-saken er et eksempel på at man tillater et ulovlig ervervet bevis ført. En slik løsning kan imidlertid være en oppfordring til å bruke tvilsomme metoder under etterforskningen, men dette kan motvirkes gjennom disiplinære tiltak. Av straffeprosesslovkomiteen fremgår det: *”Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken”*.¹⁰⁴

I Rt. 1994 s. 1139 uttaler Høyesterett på side 1141: *”Det er imidlertid ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført. Spørsmålet er ikke regulert i straffeprosessloven, men i forarbeidene er det forutsatt at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse, se særlig Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197 og kjennelsen i Rt-1991-616 på side 623. I nevnte avgjørelse er det fremhevet at man må legge vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak”*. Hvorvidt et ulovlig fremskaffet bevis kan tillates ført beror derfor på en konkret helhetsvurdering av de prinsipielle hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak.

¹⁰⁰ Se bl.a. Rt. 1994 s. 1139 på side 1141.

¹⁰¹ Andenæs (2009) s. 244.

¹⁰² Se bl.a. Rt. 1994 s. 1139 og Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

¹⁰³ Hov (2010) s. 1108.

¹⁰⁴ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

Ovenfor nevnte standpunkt støttes også av EMK, jfr. EMDs dom Schenk v. Switzerland, avsagt 12. Juli 1988. Denne sentrale dommen er tidligere nevnt under pkt. 3.1.2.

I Rt. 2006 s. 582 går Høyesterett enda lenger i å tillate føring av ulovlig ervervet bevis. Den uttaler i avsnitt 22: *”Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres. I Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197 andre spalte uttales det at hovedregelen «bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte». Dette fikk tilslutning i Ot.prp.nr.35 (1978-1979) side 139”.*

Dette innebærer at prinsippet om fri bevisførsel gjelder selv om beviset er innhentet på ulovlig måte.¹⁰⁵ Det å nekte beviset ført krever en begrunnelse¹⁰⁶, mens det å tillate beviset ført krever ikke noen begrunnelse.

3.5 Gjentatt eller fortsatt krenkelse

3.5.1 Innledning

Jeg tar utgangspunkt i Rt. 1999 s. 1269 «fengselsbetjentdommen» hvor førstvoterende uttaler på side 1272: *”Ved vurdering av om et ulovlig bevis skal tillates ført må det blant annet legges vekt på om føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må det bero på en interesseavveining [...]”.*

Domspremissene tilsier at det skal vurderes om føring av beviset vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet. Dersom det legges til grunn at bevisføring vil innebære en gjentatt krenkelse, skal beviset ”normalt” nektes ført. Da skal det sterke grunner til for å tillate beviset ført. Imidlertid kan det tenkes at beviset i unntakstil-

¹⁰⁵ Strandbakken (2003) s. 173.

¹⁰⁶ Se bl.a. Rt. 2002 s. 1744 på side 1746.

feller også i slike situasjoner kan tillates ført. Dersom bevisføringen ikke vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse, kreves det ikke like sterke grunner for å tillate det ført. I begge tilfeller så skal bevisforbudsspørsmålet avgjøres etter en interesseavveining.¹⁰⁷

Det skilles i rettspraksis og teori mellom situasjoner der fremleggelsen vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av den rettskrenkelse som ble begått ved ervervet, og situasjoner der dette ikke er tilfelle.¹⁰⁸ Kildematerialet peker nokså klart i retning av at beviset skal avskjære der det innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse.

I den videre fremstilling vil det bli drøftet hva som menes med at føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som skjedd ved ervervet. Videre vil det bli drøftet om man kan oppstille en absolutt regel om at en gjentatt eller fortsatt krenkelse av det rettsbrudd som er skjedd ved ervervet skal medføre bevisavskjæring. Det kan tenkes at gjentatt eller fortsatt krenkelse kun er et moment som det skal tas hensyn til i den helhetsvurdering som må foretas.

3.5.2 Hva menes med at føring av beviset vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet

Rettspraksis gir ingen holdepunkter for hvordan begrepet gjentatt eller fortsatt krenkelse skal forstås. Retten slår kun fast at det foreligger gjentakelse eller fortsettelse uten å gjøre nærmere rede for disse begrepene. For eksempel i Rt. 1999 s.1269 «fengselsbetjentdommen» hvor det uttales på side 1273: *”[...] om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte sees på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset”*. Tilsvarende fremgår det av Rt. 2006 s. 582 hvor det i avsnitt 23 uttaler: *”Jeg kan ikke se at det ville innebære noen gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som skjedde ved ransakingen [...]”*.

¹⁰⁷ Torgersen (2009) s. 149

¹⁰⁸ Se Rt. 1999 s. 1269 (1272) og bl.a. Andenæs (1994) s. 243.

Andenæs gir noen eksempler der han mener det er nokså klart at bevisavskjæring skal finne sted. Eksempelene dreier seg om brudd på lovfestet taushetsplikt for leger og prester og anvendelsene av disse bevisene i retten vil være et gjentatt lovbrudd, dvs. en gjentatt krenkelse. Andenæs sier: *”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”*.¹⁰⁹ Det kan også nevnes at dersom politiet har beslaglagt en sykejournal, vil legen kunne få rettens kjennelse for at den skal tilbakeleveres. Dermed blir den faktisk avskåret som bevis.¹¹⁰

Torgersen er av den oppfatning at fortsatt eller gjentatt krenkelse særlig kan gjøre seg gjeldende når beviservervet innebærer brudd på personvernet, noe som er jo i tråd med hva Andenæs mener. Men det er ikke gitt at selv om beviservervet innebærer brudd på personvernet, så vil bruken av det innebære en fortsatt krenkelse. Det kan for eksempel tenkes at det ved ulovlig avlytting fremkommer viktig informasjon for opplysning av saken, men lite informasjon av personlig karakter.¹¹¹

I følge Skoghøy vil det innebære en fortsatt krenkelse dersom det ved ulovlig bevisinnhenting har fremkommet opplysninger som den tiltalte har rett til å nekte å forklare seg om.¹¹²

For å underbygge sitt syn henviser Torgersen til forarbeidene til straffeprosessloven, der det fremgår: *”Hovedregel bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte”*.¹¹³ Når man sier at hovedregelen i norsk rett er fri bevisførsel også for ulovlig ervervet bevis er det vanligvis basert på denne uttalelsen.

Hver lovregel skal ivareta bestemte interesser og hensyn. Innebærer bevisføringen at disse interesser og hensyn blir krenket på nytt, skal beviset som hovedregel nektes ført.

¹⁰⁹ Andenæs (1984) s. 235.

¹¹⁰ Andenæs (1984) s. 235.

¹¹¹ Torgersen (2009) s. 142-143.

¹¹² Skoghøy (2001) s. 655.

¹¹³ Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

Jeg oppfatter det slik at det er en nyanse mellom synspunktene fra Andenæs og Torgersen i dette spørsmålet. Torgersen mener det skal mere til for å avskjære et bevis enn det Andenæs gjør. Eller sagt på en annen måte Andenæs går lenger i å beskytte den tiltaltes interesser.

3.5.3 Kan man oppstille en absolutt regel om at gjentatt eller fortsatt krenkelse fører til avskjæring?

Når Høyesterett bruker ordet ”normalt” i uttalelsen fra Rt. 1999 s. 1269, innebærer det at Høyesterett gir uttrykk for at regelen om avskjæring ikke er absolutt.¹¹⁴ Dette fremgår på side 1272 hvor Høyesterett uttaler: *”I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført”*. I følge Torgersen må det ”først tas stilling til om det foreligger et ulovlig beviserverv. Bare da oppstår rimeligvis spørsmål om bevisforbud som følger av ulovlig beviserverv. Svarer man ja på dette spørsmålet, må det tas stilling til om bevisføringen vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse. Et bekræftende svar leder ”normalt”, men altså ikke nødvendigvis, til bevisforbud. Da skal det meget tungtveiende grunner til for at beviset skal kunne føres. Kommer man til at bevisføring ikke vil innebære fortsatt eller gjentatt krenkelse, må bevisforbudsspørsmålet løses etter en bred interesseavveining”.¹¹⁵ Den nevnte dommen tilsier at bevisavskjæringsvurderingen skal foretas i to trinn. Først må det vurderes om beviservervet er ulovlig deretter om det allikevel kan føres.

En absolutt regel om bevisavskjæring ved gjentatt eller fortsatt krenkelse ville innebære at det ikke blir foretatt noen interesseavveining. Det ville innebære en risiko for feil avgjørelser i alvorlige saker.

I Rt. 2003 s. 549 hadde den domfelte i en narkotikasak ikke blitt gjort kjent med sine straffeprosessuelle rettigheter etter straffeprosesslovens § 232. Høyesterett uttalte følgende i avsnitt 17: *”Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite å stole på eller hvor føring av beviset krenker beskyttelses-*

¹¹⁴ Bjørnvik og Selfors (2000) s. 27.

¹¹⁵ Torgersen (2009) s. 140.

verdige interesser eller representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, jf. særlig Rt-1991-616 og Rt-1999-1269". En lignende formulering fremgår av Rt. 2004 s. 858 avsnitt 18.

I avsnitt 18 i Rt. 2003 s. 549 tar Høyesterett ikke stilling til om beviset skulle vært avskåret. Den nøyer seg med å si at det var en åpenbar feil ved lagmannsrettens saksbehandling når den ikke ga en begrunnelse for hvorfor den tillot beviset ført. Imidlertid påpeker Høyesterett i avsnitt 21 de opplysninger som domfelte ga under avhøret ikke hadde noen betydning for lagmannsrettens avgjørelse av skyldspørsmålet.

I avsnitt 22 sier Høyesterett at bevisføringen, enten den skulle vært avskåret eller ikke (min tilføyelse), ikke innebærer at den domfelte har fått en urettferdig rettergang.

Som det fremgår av de to forannevnte avgjørelsene er rettsregelen om gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått ved ervervet, bare ett moment som kan medføre bevisforbud i den konkret helhetsvurdering som skal foretas.¹¹⁶

Den siterte uttalelsen som er nevnt ovenfor fra Rt. 1999 s. 1269, er gjengitt av Høyesterett i Rt. 2006 s. 582, og omtalt som en *"treffende oppsummering av rettstilstanden er etter min mening gitt i Rt. 1999 s. 1269 [...]"*. Avgjørelsen i 2006 gjaldt et tilfelle av ulovlig ransaking som avdekket ulovlig besittelse av skytevåpen og er nokså forskjellig fra saken fra 1999.¹¹⁷ Dette innebærer at uttalelsen om rettstilstanden ikke er begrenset til saker som dreier seg om brudd på selvinkrimineringsprinsippet, men gjelder mer generelt for adgangen til å føre ulovlig ervervet bevis.

Det synes klart man etter disse rettsavgjørelsene ikke kan sette opp en absolutt regel for bevisavskjæring i tilfeller hvor beviset representerer en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet. Når Høyesterett enstemmig i Rt. 1999 s. 1269 uttaler at det normalt skal avskjæres, må det meget tungtveiende grunner til for at det skal kunne føres.

¹¹⁶ Torgersen (2009) s. 139.

¹¹⁷ Torgersen (2009) s. 139.

I tillegg gir Høyesterett uttrykk for hvilke momenter det skal tas hensyn til ved vurderingen av om beviset kan føres i andre situasjoner enn gjentatt eller fortsatt krenkelse. De momenter som nevnes er grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om vedkommende pliktet å forklare seg eller utlevere beviset, alvorligheten av saken og bevisverdien. Retningslinjene som er formulert her er senere fulgt opp i Rt. 2006 s. 582.

Jeg vil konkludere med å si at det ikke finnes en absolutt regel om avskjæring av bevis som representerer en gjentatt eller fortsatt krenkelse. Å tillate et slikt bevis ført kan særlig være aktuelt i svært alvorlige eller viktige saker. Er krenkelsen av mindre inngripende karakter vil dette også kunne tale for å tillate beviset ført når andre avveiningsmomenter tilsier at beviset skal kunne føres.¹¹⁸

3.5.4 Hva relaterer gjentakelsesmomentet seg til?

Det sentrale vurderingstemaet i Rt. 1999 s. 1269 var om *”føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset”*. Det er ikke så enkelt å forstå hva slags krenkelser det her tas sikte på. I følge Torgersen kan ”rettsbruddet” forstås som en overtredelse av en rettslig norm – ved ulovlig beviserverv overtredelsen av en beviservervsnorm. Bevisføringen i seg selv kan imidlertid vanskelig tenkes å være en handling direkte i strid med den ervervsnormen som er krenket. I så fall vil jo realiteten være at vi står overfor en norm som også regulerer bevisføringsadgangen uttrykkelig, dvs. et bevisforbud.¹¹⁹

Vurderingstemaet må snarere være slik som Torgersen fremholder *”om de interesser den krenkede ervervsnormen som er satt til vern for, også krenkes ved bevisføringen”*. En slik fortolkning er forenelig med en av de hovedbegrunnelser som har blitt fremsatt for bevisforbud for ulovlig ervervet bevis, nemlig direkte vern av de interessene som en krenket ervervsnorm tar sikte på å beskytte.¹²⁰ Aall knytter avskjæringsvurderingen også til disiplineringss-

¹¹⁸ Torgersen (2009) s. 148.

¹¹⁹ Torgersen (2009) s. 140.

¹²⁰ Torgersen (2009) s. 140.

hensynet og hensynet til domstolenes anseelse. Han sier: ”Hensynet til forebygging mot denne typen handlinger og hensynet til domstolens anseelse gjør seg gjeldende med enda større styrke hvor rettens anvendelse av beviset vil forsterke den skade som ble forvoldt allerede ved anskaffelsen”.¹²¹ Min personlige mening er at det bør også tas hensyn til de momenter Aall nevner. Domstolene har i hovedsak fokusert på den krenkede part, selv om dette bare er ett, men kanskje det viktigste, moment i den konkrete helhetsvurdering som må foretas.

Et klart eksempel på de interesser den krenkede ervervsnormen som er satt til vern for, også krenkes ved bevisføringen vil være et ulovlig lydopptak av en mistenkt persons private samtaler eller telefonsamtaler. Straffeloven § 145a setter straff for et slikt opptak hvor vedkommende ikke selv deltar i. Andenæs mener at en bevisførsel av denne art bør avskjæres. Å spille opptaket i retten ville kanskje være et effektivt bevis. Men en slik bruk av opptaket ville virke som en fortsettelse av den ulovlige utspionering av privatlivet som selve opptaket innebærer.¹²² Imidlertid understreker Andenæs at man kan ikke likestille et slikt opptak med beslagleggelse og bruk av et reelt bevismiddel som man har funnet ved en ulovlig ransaking.¹²³ Derfor er det grunn til å holde avlyttingstilfellene og ulovlig ransaking fra hverandre. I følge Torgersen kan det være liten tvil om at ransakingsreglene har en side til vern av privatsfæren, herunder interessen i å beherske informasjon om huslige forhold. Denne interessen vil utvilsomt kunne bli krenket ved en ulovlig ransaking. Men det er ikke dermed gitt at føringen av bevisene som er fruktene av ransakingen krenker de samme interessene. Dette synes nokså klart dersom resultatet av ransakingen er beslag av ”reelle” bevismidler, f.eks. identifiserbare tyvegods med tiltaltes fingeravtrykk.¹²⁴

Torgersen sier at synspunktene om at ulovlig ransaking ikke kan medføre bevisforbud, er riktignok i hovedsak begrunnet i andre forhold enn at ulovligheten ikke vil medføre en gjentatt krenkelse.¹²⁵ Andenæs gir uttrykk for at selv om ransakingen er ulovlig, er ikke bruk av bevis som er fremskaffet ved ransakingen nødvendigvis ulovlig.¹²⁶

¹²¹ Aall (1995) s. 308.

¹²² Andenæs (1984) s. 238.

¹²³ Andenæs (2009) s. 244.

¹²⁴ Torgersen (2009) s. 143.

¹²⁵ Torgersen (2009) s. 144.

¹²⁶ Se pkt. 3.3.1.

Selv om den ulovlige ransakingen kan være et brudd på privatlivets fred, behøver ikke fremskaffelsen av en bevisgjenstand være det. Annerledes kan det stille seg ved ulovlig avlytting. En avspilling av opptaket i retten kan lett bli oppfattet som en gjentatt eller fortsatt krenkelse.

3.5.5 Subjektiv eller objektiv vurdering?

I følge Torgersen må vurderingstemaet være objektiv, og slik er det også formulert i den sentrale avgjørelsen i Rt. 1999 s. 1269. Der knytter Høyesterett vurderingen til om bevisføringen ”vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet”.¹²⁷

Torgersen har den oppfatning at ved vurderingen om beviset skal tillates ført, gir det liten mening å bygge på den krenkedes subjektive følelser.¹²⁸ Heller ikke uttalelsene i rettspraksis tilsier at vurderingen skal være subjektiv.¹²⁹ Da beviset ble fremskaffet vil den krenkedes subjektive oppfatning være et moment i vurderingen av bevisets lovlighet. Hvorvidt en føring av beviset representerer en gjentatt krenkelse må imidlertid bero på en objektiv vurdering av om de interessene som er krenket ved beviserverv også vil bli krenket ved bevisføringen.¹³⁰ Ett eksempel her er at de personverninteresser som ble brutt ved en ulovlig ransaking, ikke nødvendigvis blir brutt når en beslaglagt gjenstand fra ransakingen blir fremlagt som bevis.

3.5.6 Sammenfatning

Det er vanskelig å gi noe klare regler for når en bevisføring nok en gang vil krenke de interessene som ble krenket ved beviservervet. Rettsavgjørelsene hvor problemstillingen er aktuell, konstaterer at gjentakelse foreligger uten å gi noen nærmere begrunnelse. Bestemmelsene om ransaking tar hovedsakelig sikte på å beskytte den fysiske integritet og privatlivets fred. Bevis fremskaffet på en slik måte blir ofte likevel tillat ført, fordi de ikke representerer en

¹²⁷ Torgersen (2009) s. 141-142.

¹²⁸ Torgersen (2009) s. 141.

¹²⁹ Rt. 1999 s. 1269 på side 1272.

¹³⁰ Torgersen (2009) s. 141.

gjentatt krenkelse. Jeg er enig med Andenæs når han anfører at ulovlige lydopptak vanligvis ikke bør kunne føres som bevis, da det normalt vil representere en gjentatt eller fortsatt krenkelse.

Min personlige oppfatning er at Høyesterett ikke gir en presis beskrivelse av hva som ligger i begrepet ”gjentatt eller fortsatt krenkelse”. Det er derfor vanskelig å vite hva Høyesterett legger i begrepet selv om dette er benyttet i en rekke rettsavgjørelser.

4 Skil bevisavskjæring skje ex officio

Som nevnt tidligere skal spørsmålet om bevisavskjæring avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Domstolene kan avskjære bevis på eget initiativ dersom hensynet til en rettfærdig rettergang tilsier det.

I innstillingen s. 197 er Straffeprosesslovkomiteen inne på spørsmålet om avskjæring av ulovlig ervervet bevis, men finner ikke å burde foreslå noen lovregulering her. Den mener at løsningen fortsatt bør overlates til teori og praksis. Departementet har overveid spørsmålet, spesielt om loven burde gi en alminnelig hjemmel for retten til å avskjære ulovlig ervervet bevis. Man antar imidlertid at det på det nåværende tidspunkt ikke bør foretas noen lovregulering av dette spørsmålet.¹³¹ Straffeprosesslovkomiteen uttaler på andre spalte: *”Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regler tilsier det motsatte”*. Samme regel kom blant annet til uttrykk i Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

Ettersom hovedregelen i norsk rett er fri bevisførsel, er det begrensninger i bevisføringen som krever en begrunnelse.¹³² Begrunnelse kan utledes fra ulovfestet grunnlag. Det følger av Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17 at retten kan nekte beviset ført dersom det er fremskaffet på ulovlig eller kritikkverdig måte, eller beviset er lite å stole på eller hvor føringen av beviset krenker

¹³¹ Departementet sluttet seg til Straffeprosesslovkomiteen. Se Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 139.

¹³² Torgersen (2009) s. 22.

beskyttelsesverdige interesser eller representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet. Det kan imidlertid anføres at det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres.¹³³ Det må imidlertid alltid fortsatt foretas en interesseavveining. Dersom den straffbare handlingen er av usedvanlig grov karakter, skal det mye til for at beviset avskjæres.

Som tidligere nevnt er det et alminnelig prinsipp at *”retten skal på embetes vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst”*, jfr. strpl. § 294 (1) 1. punktum. Meningen er at retten skal sørge for at saken er så godt opplyst som mulig, etter hva som er rimelig og praktisk mulig og økonomisk forsvarlig i betraktning av sakens alvor, dens betydning for tiltalte og det tidspunktet en utsettelse vil innebære. I noen tilfeller må retten avskjære innhentelse av et nytt bevis ved ikke å utsette saken, selv om beviset kunne lede til at saken blir bedre belyst.¹³⁴

I Rt. 2009 s. 1526 ”B-gjengen dommen” ble det lagt avgjørende vekt på hensynet til sakens alvor og hensynet til sakens opplysning ved avgjørelsen om å tillate avspillingen av utilbørlig fremskaffet lydopptak. Saken er referert i punkt 3.1. I dommen fremhever førstvoterende: *”Om et utilbørlig frembrakt bevis skal avskjæres, beror på en avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse, jf. NOU 2001:32B side 961 «Rett på sak»”*. Videre bemerker førstvoterende: *”I avveining av om opptakene likevel skal føres som bevis, vil jeg peke på at det er illojalt å gjøre bruk av opptak fra en samtale som var forutsatt å være konfidensiell”*. Som begrunnelse for avspilling av lydopptaket uttaler førstvoterende: *”På den annen side står vi overfor en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende”*. Sakens alvorlige karakter veier altså tyngre enn det forhold at det var illojalt å avspille opptaket.

Hvorvidt domstolen kan avskjære et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis på eget initiativ, vil bero på en avveining av de prinsipielle hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak, som er redegjort i punkt. 3.1.3. Ettersom spørsmålet ikke er lovregulert blir det således overlatt til domstolen å avgjøre etter en konkret helhetsvurdering.

¹³³ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

¹³⁴ Finstad (2014) note 2227.

5 **Reparasjon av ulovlige bevis**

Dette spørsmålet vil særlig være aktuelt i forbindelse med forklaringer fra tiltalte eller vitneprov. Det kan tenkes at tiltalte ikke har fått opplyst at han kan nekte å forklare seg eller at nærstående ikke har fått opplyst dette. Spørsmålet som da reiser seg er om dette kan repareres ved at det foretas et nytt avhør eller avgis en ny vitneforklaring etter at vedkommende har mottatt informasjon om at han ikke plikter å avgi forklaring eller vitneprov.

Det foreligger ikke mye rettskildemateriale i norsk rett om dette spørsmålet. Det foreligger en Høyesterettsdom av Rt. 1997 s. 1778 som berører spørsmålet. En nærstående ble i en voldtektssak ikke informert om at han kunne nekte å avgi vitneprov. Både lagmannsretten og høyesterett kom til at feilen kunne repareres ved at det ble holdt et nytt avhør. Retten stilte ingen krav om at vitnet burde ha blitt fortalt at den første forklaringen ikke kunne brukes i retten.

I amerikansk og tysk rett ser det ut til at det stilles strenge krav til at tiltalte eller vitnet skal gis en kvalifisert belæring dersom forklaring eller vitneprov nummer to skal kunne anvendes som bevis.¹³⁵

6 **Forholdet til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen**

6.1 **Når skal ulovlig ervervede bevis avskjæres etter EMK**

Ved behandlingen av spørsmålet er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i EMD-praksis. Det som skal drøftes er når brudd på bestemmelser i EMK medføre bevisforbud.

Etter menneskerettsloven § 3 og straffeprosessloven § 4 skal det i tilfelle motstrid gis forrang for EMK.

¹³⁵ Torgersen (2009) s. 184-188.

EMD er av den oppfatning at EMK ikke regulerer statenes regler om bevisføring. Dette bekreftes i Schenk v. Switzerland avsnitt 46: *”While article 6 (art.6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law”*.

EMK artikkel 3 setter forbud mot innhenting av bevis ved tortur og lignende. Selvinkrimineringsprinsippet blir innfortolket i artikkel 6. Blir bevis innhentet i strid med disse artiklene vil EMD kunne avskjære dem. Forøvrig må det fremheves at EMK ikke gir konkrete regler for om et bevis kan føres eller ikke.¹³⁶

Som et eksempel kan det nevnes saken Windisch mot Østerrike. Her legges til grunn at EMK artikkel 6 ikke setter begrensninger for politiets adgang til å innhente informasjon, men regulerer om og hvorledes et bevis som er innhentet kan anvendes under rettergang.¹³⁷

Etter EMK artikkel 6 er EMDs prøving begrenset til en overordnet ”fairness”-vurdering.¹³⁸ Dette fremgår av Gäfgen v. Germany avsnitt 163: *”It is not, therefore, 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”*.¹³⁹

Det skal i følge dommen foretas en helhetsvurdering av om rettergangen fremstår som ”fair”. Dermed blir da spørsmålet om hvilke kriterier EMD har lagt til grunn ved avgjørelsen av om føring av et ulovlig innhentet bevis vil være i strid med kravet til ”rettferdig rettergang”.

I dommens avsnitt 163-165 redegjør EMD for hvilke hensyn som vil være sentrale ved avgjørelsen: *”This involves an examination of the unlawfulness in question and, 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*

¹³⁶ Torgersen (2009) s. 76.

¹³⁷ NOU 2004: 6 s. 40.

¹³⁸ Torgersen (2009) s. 76.

¹³⁹ Se bl.a. Khan v. The United Kingdom avsnitt 34.

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 in which it was obtained and whether these circumstances 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 whether the evidence in question was or was not decisive for the outcome of the proceedings [...]”.

I følge domspremissene skal det i tillegg til arten av rettsbrudd eller konvensjonsbrudd legges vekt på grovheten av bruddet og om tiltaltes rettigheter til å forsvare seg har blitt ivaretatt, herunder om forsvaret har hatt mulighet til å utfordre bevisets innhold og til å motsette seg bruken av beviset. Forsvaret må også ha anledning til å imøtegå betydningen av beviset.¹⁴⁰

Videre må det legges vekt på bevisets pålitelighet, og under hvilke omstendigheter det ble fremskaffet og om disse omstendigheter skaper tvil om bevisets pålitelighet eller nøyaktighet.

Et ytterligere moment er hvor avgjørende beviset er for rettens avgjørelse. Dersom beviset det er snakk om, ikke understøttes av andre bevis må det stilles store krav til dets pålitelighet for at det ikke skal avskjæres.

7 Er det behov for ny lovgivning?

Som nevnt sier tvl. § 22-7 at retten i særlige tilfeller kan nekte føring av bevis som er skaffet tilveie på en utilbørlig måte. Noen tilsvarende bestemmelse finnes ikke i straffeprosessloven. Rettspraksis viser imidlertid at en tilsvarende regel gjelder i straffesaker på ulovfestet grunnlag. Den lovfestede regel i tvisteloven kan vanskelig sies å gi noe mer eksakt veiledning for

¹⁴⁰ Se bl.a. Khan v. The United Kingdom avsnitt 35.

når avskjæring skal finne sted enn den ulovfestede regel for straffesaker. Under både sivilsaker og straffesaker må spørsmålet om avskjæring vurderes konkret i hver enkelt sak ut fra sakens alvor og hvor støtende det vil være å anvende beviset. Således kan det tenkes at et bevis fremskaffet ved brudd på lovpålagt taushetsplikt blir akseptert ført og at et bevis fremskaffet på en ikke ulovlig måte blir avskåret.

Man kunne naturligvis ønske seg klarere regler for når bevis skal tillates ført eller avskjæres, en form for oppslagsverk der man kunne slå opp og finne ut om et bevis skal avskjæres eller ikke. Men jeg tror det vil være vanskelig, for ikke å si umulig, å utforme slike regler. Det lar seg ikke gjøre å forutse alle de forskjellige situasjoner eller konflikter som kan oppstå. I tillegg kommer forandringer i rettslige og moralske holdninger og den teknologiske utviklingen som innebærer at bevis i fremtiden vil kunne fremskaffes, lagres og analyseres på måter som vi i dag ikke kjenner til.

Den teknologiske utvikling kan skape behov for flere forbud mot bevisføring etter hvert som det oppstår nye måter å samle inn, lagre og formidle informasjon på. Men her vil lovgiver sannsynligvis hele tiden være på etterskudd. Først kommer den teknologiske utviklingen og bruken av denne. Så konstaterer man eventuelle uheldige konsekvenser. Deretter kommer politisk press og utredninger. Endelig kommer lovendringer på plass.

Snowden-saken er et aktuelt eksempel på at ny teknologi leder til nye rettslige problemstillinger. Det er liten tvil om at Snowden har brutt sin taushetsplikt ved å offentliggjøre omfanget av overvåking av telefonsamtaler og datatrafikk som amerikanske myndigheter har stått for. Mange mener at Snowden har gjort verden en tjeneste ved å offentliggjøre dette, slik at man kan få en debatt om hvor langt (amerikanske) myndigheters rett til å drive overvåking går. Dette må veies opp mot nasjonale, og noen ganger berettigede, sikkerhetsinteresser.

Rettsstilstanden synes å bevege seg i retning av at det skal stadig mer til for å få et bevis avskåret. På denne bakgrunn kunne det være fristende å si at det burde komme en lovregulering av hvilke ulovlige eller krenkende bevis som under enhver omstendighet ikke burde tillates ført. På den andre siden kan dette lede til at alle andre ulovlig ervervede krenkende bevis automatisk tillates ført. Jeg mener derfor at avskjæringsadgangen fortsatt ikke bør lovreguleres. Vi

får stole på at Høyesterett klarer å følge med konsekvensene av den teknologiske utviklingen og forandringer i samfunnets rettsfølelse.

8 Litteraturliste

8.1 Litteratur

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen, 1995.

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

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Bind I. 2. utgave. Oslo, 1994.

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

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

Hov, Jo. *Rettergang II*. Ny utgave. Oslo, 2010.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2. utgave. Oslo, 2001.

Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen*. Bergen, 2003.

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

8.2 Kapittel i bok og del av en redigert bok

Finstad, Fredrik Bøckman. *Kommentar til Straffeprosessloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sitert 18. januar 2014].

Reusch, Christian H.P; med assistanse av Kine Steinvik. *Kommentar til Tvisteloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sitert 20. januar 2014].

Reusch, Christian H.P; med assistanse av Kine Steinvik. *Kommentar til Tvisteloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [Sitert 01. februar 2014].

8.3 Norske lover

- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 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.

8.4 Norske forarbeider

8.4.1 NOU og betenkninger

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

8.4.2 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).
Ot.prp. nr. 66 (2001-2002)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.).
Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

8.5 Rettsavgjørelser

8.5.1 Avgjørelser fra Norges Høyesterett

Rt. 1979 s. 1021.

Rt. 1981 s. 377.

Rt. 1988 s. 254.

Rt. 1990 s. 1008.

Rt. 1991 s. 616.

Rt. 1992 s. 698.

Rt. 1994 s. 1139.

Rt. 1996 s. 1114.

Rt. 1997 s. 795.

Rt. 1997 s. 1145.

Rt. 1997 s. 1778.

Rt. 1998 s. 407.

Rt. 1999 s. 1269.

Rt. 2002 s. 1500.

Rt. 2002 s. 1744.

Rt. 2003 s. 549.

Rt. 2003 s. 1266.

Rt. 2003 s. 1814.

Rt. 2004 s. 461.
Rt. 2004 s. 1366.
Rt. 2006 s. 582.
Rt. 2007 s. 920.
Rt. 2009 s. 1526.
Rt. 2011 s. 1324.
Rt. 2013 s. 1282.

8.5.2 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Allan v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. November 2002.
Gäfgen v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. June 2010.
Khan v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. May. 2000.
Schenk v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. July. 1988.
Windisch v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. September. 1990.

8.6 Artikler

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

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.

8.7 Masteroppgave

Henriksen, Bjørn Aksel; Ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. Universitetet i Oslo, 2013.
Masteroppgave.