



UIT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## **Adgangen til å benytte ulovlig eller utilbørlig erhvervede bevis i sivile saker**

*I hvilken utstrekning kan ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis nektes ført etter  
tvisteloven § 22-7?*

**Jorun Guldbakke Øiesvold**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2019*





# Innholdsfortegnelse

1	Innledning .....	1
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Aktualitet og bakgrunn for oppgaven .....	2
1.3	Historikk .....	3
1.4	Rettskildebildet .....	4
1.4.1	Forholdet til straffeprosessen .....	5
1.4.2	Forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon .....	8
1.5	Avgrensninger .....	9
2	Rettslige utgangspunkter og grunnleggende hensyn .....	10
2.1	Hovedregelen om fri bevisføring .....	10
2.1.1	Fri bevisvurdering .....	11
2.1.2	Forholdet mellom bevisfritak, bevisforbud og bevisavskjæring .....	12
2.2	Mothensynet til bevisavskjæring: Hensynet til sakens opplysning .....	13
2.3	Personvern- og rettssikkerhetshensyn .....	15
3	Hvilke bevis kan avskjæres? .....	18
3.1	Bevis direkte innhentet ved det ulovlige eller utilbørlige ervervet .....	18
3.2	Avledede bevis .....	21
4	Vilkårene for avskjæring av bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet .....	22
4.1	Beviset må være skaffet til veie på ”ulovlig” eller ”utilbørlig” måte .....	22
4.1.1	”Ulovlig” .....	22
4.1.2	”Utilbørlig” .....	24
4.1.3	Har det betydning hvem som skaffer til veie beviset? .....	25
4.2	Beviset ”kan” nektes ført .....	26
4.3	”I særlige tilfeller” .....	26
5	Interesseavveiningen – når foreligger ”særlige tilfeller”? .....	28
5.1	Noen utgangspunkter .....	28

5.2	Den krenkende interesse .....	29
5.3	Fortsatt krenkelse .....	33
5.4	Den alminnelige rettsfølelse .....	38
5.5	Sakens karakter .....	39
5.6	Hvor alvorlig er lovbruddet eller utilbørligheten ved fremskaffelsen av beviset? ..	42
5.7	Preventive hensyn .....	45
5.8	Bevisverdien .....	48
5.9	Hvilke muligheter er det for å fremskaffe beviset på annen måte? .....	51
5.10	Hvorvidt beviset skal tillates ført, beror på en samlet vurdering .....	54
6	Avsluttende bemerkninger .....	55
Kildeliste .....		56
Lover .....		56
Forskrifter .....		56
Internasjonale konvensjoner .....		56
Forarbeider .....		57
Rettspraksis .....		57
Høyesterett .....		57
Lagmannsrettene .....		59
Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol .....		59
Litteratur .....		60
Nettsider .....		61

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Ved føringen av saker for domstolene søker partene gjennom fremleggelsen av bevis å overbevise retten om hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen. På grunnlag av bevisene prøver partene å overbevise for retten om hva som er riktig eller sant.

Utgangspunktet for bevisføring i norsk prosessrett er prinsippet om fri bevisføring, jf. tvisteloven<sup>1</sup> (tvl.) § 21-3 (1) første punktum. Fri bevisføring innebærer at partene kan føre de bevismidler<sup>2</sup> de måtte ønske til støtte for sin sak. Bakgrunnen for dette utgangspunktet er hensynet til sakens opplysning. Selv om ethvert bevismiddel etter sin art i utgangspunktet er tillatt, finnes det både lovfestede og ulovfestede regler som begrenser bevisføringsretten, etter nærmere bestemte forhold, jf. tvl. § 21-3 (1) annet punktum. Hvor slik begrensning foreligger, vil beviset ikke inngå i grunnlaget for domstolens avgjørelse. En praktisk viktig begrensning for bevisføringen for domstolene, er regelen om avskjæring av bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Regelen kommer til uttrykk i tvl. § 22-7. Bestemmelsen lyder:

”Retten kan i særlige tilfeller nekte ført bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.”

Denne masteroppgaven er en fremstilling av bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7.

Problemstillingen som skal undersøkes, er i hvilken utstrekning ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis kan nektes ført, og i hvilken utstrekning de tillates fremmet. Ordlyden er vid. En henvisning til rettspraksis blir dermed avgjørende for å forstå regelen. Hovedfokuset vil ligge på en grundig redegjørelse av hvilke momenter som inngår i avskjæringsvurderingen, herunder hva momentene innebærer, hvilke interesser de ivaretar og hvordan de vektet.

Jeg skal også redegjøre for noen generelle prinsipper og forutsetninger for regelen, samt besvare noen grunnleggende spørsmål. Først og fremst spørsmålet om når et bevis er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Samt hvilke bevis som omfattes av en eventuell avskjæring,

---

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

<sup>2</sup> ”Med ”bevismidler” menes de kilder retten kan bygge på ved avgjørelsen av hva som er riktig faktum”, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* 3. utgave, s. 753. Det fremgår av forarbeidene at ”all informasjon som kan bidra til å belyse saksforholdet i en rettsak, i utgangspunktet kan være bevis, og at bevismidlene er en fellesbetegnelse på alt som er bærer av denne informasjonen, enten det er forklaringer, dokumenter eller andre gjenstander”, jf. NOU 2001: 32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven) s. 944.

når beviset er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Er det kun bevis som følger direkte av det ulovlig eller utilbørlige ervervet, eller omfattes også avledede bevis?

Først vil jeg se på aktualitet og bakgrunn for oppgaven, kort fortelle om historikken bak bestemmelsen og foreta noen avgrensninger.

## 1.2 Aktualitet og bakgrunn for oppgaven

Spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig bevis skal tillates ført for retten som en del av det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i en sak, er en vedvarende problemstilling. Problemstillingen har vært aktuell tidligere, den er aktuell i dag og den vil være aktuell i framtiden. Bevisretten er dynamisk og endres i takt med samfunnsutviklingen. Spørsmålet oppstår i stadig større utstrekning. Det er bare å se hen til hvor mange ganger problemstillingen har kommet opp for Høyesterett de seneste årene.<sup>3</sup> I sivilprosessen dreier avgjørelsene seg typisk om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis som krenker personvern hensyn, som følge av hemmelig overvåkning eller opplysninger innhentet gjennom annet teknologisk utstyr. Det økende antall avgjørelser om spørsmålet skyldes tilsynelatende i stor grad den teknologiske utviklingen.

Den teknologiske utviklingen viser dessuten stadig fremgang. Teknologien er mer tilgjengelig nå enn før og lettere anvendbar for enhver, noe som kontinuerlig utfordrer personvernets vilkår. Ny teknologi har gjort det enklere for folk å fremskaffe bevis på ulovlig eller utilbørlig måte. For eksempel har bruk av hemmelig lydbåndopptak av samtaler økt kraftig de siste årene. Med stadig mer avanserte mobiltelefoner med stor lagringskapasitet er det i dag lett å foreta skjulte opptak av en samtale man deltar i eller på et møte. Man kan også laste ned applikasjoner som tar automatisk opptak av telefonsamtaler man har.<sup>4</sup> Slike opptak foretas gjerne med den tanke om å ha et bevis i bakhånden om det skulle bli nødvendig. Folk er imidlertid ikke så opplyste om at slike opptak ikke nødvendigvis tillates ført som bevis, og eventuelt hvorfor de avskjæres.

Bruken av droner har også økt de siste årene, og hacking og dataangrep er mer utbredt. Såkalte ”deapfakes” – manipulerte videoer og bilder – som skapes ved hjelp av kunstig intelligens er også på innmarsj. Ny teknologi, og nye måter å skaffe til veie eller forfalske

---

<sup>3</sup> Se bl.a. Rt. 1992 s. 698, Rt. 1994 s. 1139, Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2000 s. 1345, Rt. 2001 s. 668, Rt. 2002 s. 1500, Rt. 2003 s. 1266, Rt. 2004 s. 878, Rt. 2004 s. 1366 og Rt. 2007 s. 920.

<sup>4</sup> <http://www.juridiskabc.no/sivilprosess/hemmelige-lydopptak-telefonsamtaler-moter/> (sist lest 05.03.19).

bevis på, gjør det nødvendig med tydelige regler om hvilke bevismidler som er tillatt og hvilke som skal nektes ført.

Jeg vil gjennom oppgaven forsøke å kartlegge hvordan gjeldende rett er i dag.

Holdningsendringer og ny samfunnsoppfatning kan føre til endringer i den avveiningen retten foretar, som gjør det nødvendig med nye juridiske betraktninger om hvordan gjeldende rett praktiseres til enhver tid. Nye momenter vil kunne komme til med tiden.

### 1.3 Historikk

Spørsmålet om rettens adgang til å føre bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, ble først tatt opp i straffesaker. Under forberedelsen av straffeprosessloven (strpl.)<sup>5</sup> av 1981 ble det diskutert hvorvidt adgangen til å benytte ulovlig ervervede bevis burde lovreguleres. Straffeprosessutvalget fant spørsmålet tvilsomt og foreslo å overlate til rettspraksis og juridisk teori å ta stilling til temaet, og utforme reglene.<sup>6</sup>

Straffeprosesslovkomiteen fremholdt likevel at hovedregelen ”visstnok [bør] være at beviset kan føres til tross for feilen”.<sup>7</sup>

Fra tidlig 1990-tallet og frem til i dag er det blitt truffet flere rettsavgjørelser om spørsmålet, både i sivile saker og i straffesaker. Under forberedelsen av tvisteloven i 2001 fant Tvistemålsutvalget at det var tilstrekkelig praksis om spørsmålet, som gav ”et vesentlig bedre grunnlag for en generell regelutforming enn man hadde ved utarbeidelsen av straffeprosessloven”.<sup>8</sup> Tvistemålsutvalget viser først og fremst til det utvalget omtaler som prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616. Saken gjaldt en ansatt i et gatekjøkken som ble frifunnet for tiltale for underslag fra arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren hadde i hemmelighet foretatt videoopptak av arbeidstakerne. Videoen ble nektet ført som bevis. Tvistemålsutvalget uttaler at ”[a]vgjørelsen var det første egentlige prejudikat for en regel om avskjæring av et ulovlig ervervet bevis etter en avveining fra rettens side”.<sup>9</sup> I en sivil sak ble bevisavskjæringsregelen første gang brukt etter tilsvarende kriterier av Høyesterett i Rt. 1997

---

<sup>5</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).

<sup>6</sup> Se NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven) s. 197 og Ot.prp.nr.35 (1978–1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven) s. 139.

<sup>7</sup> Straffeprosesslovkomiteens Innstilling (1969) s. 197. Samme syn er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2006 s. 582 avsnitt (22).

<sup>8</sup> NOU 2001: 32 B, s. 960-961.

<sup>9</sup> NOU 2001: 32 B s. 962. Se senere høyesterettsavgjørelser om bevisforbudet i straffesaker i Rt. 1992 s. 698, Rt. 1994 s. 1139, Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2000 s. 1345, Rt. 2003 s. 549, Rt. 2003 s. 1814, Rt. 2004 s. 858, Rt. 2006 s. 582, Rt. 2009 s. 1526, Rt. 2011 s. 1324 og Rt. 2013 s. 323.

s. 795. Tvisten gjaldt spørsmål om samværsrett og om et lydbånd som moren hadde tatt opp av telefonsamtaler som faren hadde hatt med barna, skulle avskjæres som bevis. Beviset ble avskåret da slike lydbåndopptak ofte vil både være illojale og støtende. Etter disse avgjørelsene er det flere høyesterettsavgjørelser om spørsmålet som viser til de samme kriteriene, se bl.a. Rt. 1992 s. 698, Rt. 2002 s. 1500, Rt. 2003 s. 1266, Rt. 2004 s. 878, Rt. 2004 s. 1366 og Rt. 2007 s. 920. Flere av avgjørelsene tar utgangspunkt i og viser tilbake til prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 og vurderingstemaet som utformes der, se bl. Rt. 1992 s. 698 på s. 706.

Tvisteloven som trådte i kraft i 1. januar 2008, inneholder lovreguleringen av adgangen til å nekte bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte i tvl. § 22-7. Bestemmelsen tar ”sikte på å videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger”.<sup>10</sup> Forarbeidenes forutsetning om kodifisering av det opprinnelig ulovfestede bevisforbudet er bekreftet i Rt. 2009 s. 1526 avsnitt (29). Allerede før ikrafttredelsen av tvl. § 22-7 ble imidlertid paragrafen og motivene til bestemmelsen trukket inn ved beskrivelsen av gjeldende rett, slik at det har vært et samspill mellom rettspraksis og kodifiseringen av bestemmelsen, se bl.a. Rt. 2007 s. 920 avsnitt (54–56).<sup>11</sup>

## 1.4 Rettskildebildet

Prosessretten er et rettsområde hvor Høyesterett har vært aktiv i rettsutviklingen til tross for at området er inngående lovregulert.<sup>12</sup> For spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis var det en særlig oppfordring fra lovgiver om å utvikle retten.<sup>13</sup> Ettersom tvl. § 22-7 viderefører og kodifiserer gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger, er rettspraksis den viktigste rettskilde for å klarlegge innholdet i gjeldende rett. Det er Høyesterett som dømmer i siste instans, jf. Grunnloven<sup>14</sup> (Grl.) § 88, og som dermed med endelig virkning fastlegger innholdet i norsk rett. Av domstolsavgjørelser er det kun avgjørelser fra Høyesterett som anses som autoritative rettskilder.<sup>15</sup> Gjennom oppgaven vil det tas utgangspunkt i rettspraksis fra Høyesterett for å finne ut i hvilken utstrekning ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis nektes eller tillates ført i sivile saker. Jeg vil likevel se på

---

<sup>10</sup> NOU 2001: 32 B s. 962.

<sup>11</sup> Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven Kommentartutgave*, Bind II, 2. utgave 2013, s. 860.

<sup>12</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018, s. 276.

<sup>13</sup> Se Straffeprosesslovkomiteens innstilling (1969) s. 197 og Ot.prp.nr. 35 (1978-1979) s. 139

<sup>14</sup> Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

<sup>15</sup> Skoghøy (2018), s. 40.

noen avgjørelser fra lagmannsrettene, for å tilføre oppgaven et bredere eksempelgrunnlag på hvordan momentene utviklet i Høyesterett vektet i konkrete tilfeller. Disse avgjørelsene kan ikke tas til inntekt som autoritative rettskilder. Den praksis som foreligger reflekterer likevel hvordan momentene vektet opp mot hverandre i det praktiske rettsliv.

Det foreligger adskillig rettspraksis om spørsmålet både i sivile saker og i straffesaker. En metodisk utfordring er hvilken overføringsverdi og vekt en kan tillegge rettspraksis om ulovlig eller utilbørlige bevis i straffeprosessen over til sivilprosessen. Om forholdet til straffeprosessen, se nedenfor i punkt 1.4.1.

Forarbeidene til tvisteloven er nye og relativt utfyllende. Særlig NOU 2001: 32 B og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) vil bli hyppig brukt i analysen. Rettspraksis viser stadig til forarbeidene og slutter seg til uttalelsene, noe som gir dem større rettskildemessig vekt. Det vil også brukes juridisk teori aktivt gjennom oppgaven. I rettspraksis er det særlig henvist til Schei m.fl.: Tvisteloven, Kommentartutgave, Bind II, 2. utgave, 2013 og Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave 2017.

Tvisteloven er først og fremst et norsk produkt, men internasjonale konvensjoner legger føringer for lovens anvendelse. Det følger bl.a. av tvl. § 1-2 som bestemmer at loven ”gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”. Særlig legger Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) artikkel 6 nr. 1, om retten til rettferdig rettergang, og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) føringer for anvendelse av loven. Ved spørsmålet om tillatelsen til å føre ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis krenker retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1, vil rettspraksis fra EMD være relevant, men det må alt nevnes her at norsk rett oppstiller sterkere begrensninger enn EMK, slik at praksis fra EMD ikke får noen sentral plass i oppgaven. For nærmere om forholdet til EMK, se punkt. 1.4.2.

#### **1.4.1 Forholdet til straffeprosessen**

Straffeprosessloven inneholder ikke noen nærmere regler om spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. Etter rettspraksis kan imidlertid bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, også nektes ført i straffesaker.<sup>16</sup> Det kan dermed spørres om det på

---

<sup>16</sup> Se Straffeprosesslovkomiteens Innstilling (1969) s. 197 og Rt. 2006 s. 582 avsnitt (22).



prinsipielt grunnlag kan skilles mellom sivile saker og straffesaker når det gjelder spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan nektes ført for retten.<sup>17</sup>

I Rt. 2009 s. 1526 (28) fremholdt Høyesterett at ”[r]eglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak”.<sup>18</sup>

Vurderingstemaet er det samme, men utfallet kan bli ulikt. Det er altså ikke noen prinsipiell forskjell.<sup>19</sup> Rettspraksis som omhandler bevisavskjæring i straffeprosessen, kan benyttes og har interesse i sivilprosessen, og omvendt. Høyesterett foretar ofte krysshenvisninger mellom sakstypene.<sup>20</sup> Jeg vil dermed også se hen til rettspraksis fra straffeprosessen, men være oppmerksom på at avveiningene ikke nødvendigvis vil slå likt ut i sivile saker. Interessant i så henseende er hva det er som gjør at de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og en straffesak, når vurderingstemaet er det samme? Høyesterett uttaler kun at ”de konkrete avveiningene” kan bli forskjellige, uten å gå nærmere inn på hva som medfører en forskjell.

Øyen argumenterer for at begrunnelsen for et eventuelt skille er hensynet til sakens opplysning og den allmenne interessen i et korrekt resultat.<sup>21</sup> Hensynet til sakens opplysning påstås viktigere i straffesaker og i sivile saker som er indispositive<sup>22</sup>. Det skal derfor mer til for å gjennomføre bevisavskjæring. I indispositive saker kan ”den allmenne interessen i et korrekt resultat være omtrent like stor som i en straffesak”.<sup>23</sup> Det er i så fall sakens karakter og ønsket om et materielt riktig resultat som er styrende for at avveiningene blir ulike.

Hensynet til sakens opplysning og den materielle sannhetsprinsipp<sup>24</sup> er generelt viktig i straffesaker, men det er det i sivile saker også, se punkt 2.2. I strafferetten modifiseres imidlertid den materielle sannhets prinsipp av det strenge beviskravet. For at tiltalte skal

---

<sup>17</sup> Spørsmålet er reist av flere. Se bl.a. Ørnulf Øyen, ”I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?”, *Lov og Rett, Universitetsforlaget* 2010 s. 423 flg. s. 427 og Bjørnvik og Selfors, ”Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål”, *Jussens Venner* nr. 1 Universitetsforlaget 2000, s. 19 flg. s. 20.

<sup>18</sup> Høyesterett har uttalt lignende i senere saker, se Rt.2013 s. 1282 (42) og Rt. 2014 s. 1105 (48). Se også Skoghøy (2017) s. 883.

<sup>19</sup> Se også Øyen (2010) s. 427, Schei mfl. (2013) s. 861, Skoghøy (2017) s. 883.

<sup>20</sup> Se f.eks. Rt. 1997 s. 795 og Rt. 2009 s. 1526.

<sup>21</sup> Øyen (2010) s. 427.

<sup>22</sup> Se punkt 5.5 for hva en indispositiv sak er.

<sup>23</sup> Øyen (2010) s. 427.

<sup>24</sup> Den materielle sannhets prinsipp omtales, av de fleste bevisteoretikere, gjerne som et element i målsetningen om en materielt riktig dom. En materielt riktig dom skal ha domsvirkninger som samsvarer med det materielle rettighetsforholdet mellom partene. For å oppnå et slikt samsvar må korrekt fortolkede materielle rettsregler være korrekt anvendt på materielt sanne domspremisses. Ettersom bevisretten kun angår de faktiske premissene i dommen, er det dermed materielt sanne domspremisses som er målsetningen for bevisretten, jf. Magne Strandberg, ”Bevisrettens sannhetsmålsetning” i Simon Andersson, Katrin Lainpelto (red.) *Festskrift til Christian Diesen* 2014 s. 467-491 s. 468.

dømmes i en straffesak, må tiltaltes skyld være bevist utover enhver rimelig tvil. Tvilen skal komme tiltalte til gode. Bakgrunnen for det strenge beviskravet er at man vil forhindre at uskyldige dømmes. Man sier gjerne at det er bedre at ni skyldige går fri, enn at en uskyldig blir fengslet. Den materielle sannhets prinsipp kan dermed sies å kun gå en vei i straffesaker – i tiltaltes favør. Bratholm argumenterer for at det vanskelig kan tenkes at bevis som er til gunst for tiltalte, avskjæres med den konsekvens at tiltalte blir dømt for et straffbart forhold.<sup>25</sup> Hvor tiltalte har skaffet til veie et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, taler den materielle sannhets prinsipp med tyngde for at beviset bør tillates ført. Det samme gjelder hvis påtalemyndigheten på utilbørlig måte har ervervet et bevis i tiltaltes favør.<sup>26</sup> I slike tilfeller er jeg enig med Øyen i at en kan si at den materielle sannhets prinsipp oppstiller en høyere terskel for bevisavskjæring. Det samme kan tenkes for en svakere part i en indispositiv sak.

Når det gjelder relevansspørsmålet, vil momentene i vurderingen være relevant i begge sakstyper.<sup>27</sup> Det er ved spørsmålet om vekt at det er større grunn til å vise varsomhet, da vektingen av hensyn vil variere. Det er vektingen av hensynene i den konkrete sak som er utslagsgivende for at avgjørelsene får ulikt utfall. Noen problemstillinger er også typisk straffeprosessuelle, slik som betydningen av prosessuelle feil ved politiets etterforskning.<sup>28</sup>

Dessuten vil det i enkelte tilfeller kunne være tilfeldig om spørsmålet om fremleggelse av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kommer opp i en straffesak eller i et sivilt søksmål. For eksempel tilfellet hvor arbeidsgiver har foretatt ulovlig videoopptak av de ansatte for å avdekke straffbar aktivitet. Opptaket ”kan like gjerne bli forsøkt fremlagt i en sak om arbeidsgiverens erstatningskrav mot arbeidstakeren, som i en eventuell sak om straff”.<sup>29</sup> Se til illustrasjon Rt. 1991 s 616 opp mot Rt. 2001 s. 668. Begge avgjørelsene gjaldt skjult videoopptak på arbeidsplassen som følge av mistanke om underslag. Førstnevnte avgjørelse er imidlertid en straffesak, mens sistnevnte gjelder søksmål om ugyldig avskjed. Sivile rettskrav kan dessuten tas med i behandlingen av en straffesak, jf. strpl. § 3.<sup>30</sup> Det at det kan være tilfeldig hvilken sakstype avskjæringsspørsmålet kommer opp for, taler også for at det

---

<sup>25</sup> Bratholm, Anders, Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1959 s. 109-132, s. 110.

<sup>26</sup> Se også Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Papinian 2009, s. 178.

<sup>27</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 21.

<sup>28</sup> Schei mfl. (2013) s. 861.

<sup>29</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 20-21.

<sup>30</sup> Se HR-2017-1894-U.

ikke er, eller burde være, noen prinsipiell forskjell mellom sakstypene. Avskjæring som følge av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis anses som et fellesprosessuelt spørsmål.

#### 1.4.2 Forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er gjennomført som norsk lov gjennom menneskerettsloven<sup>31</sup> (mrl.) § 2 nr. 1. Det følger av mrl. § 3 at EMK ved motstrid med norsk lov har forrang.

EMK overvåkes av EMD, som har kompetanse til å avsi bindende avgjørelser overfor traktatstatene, med klagerett for individene. EMD har omtalt EMK som et ”living instrument”, som kontinuerlig endres i takt med samfunnsutviklingen. Hvordan innholdet i EMKs menneskerettigheter er å forstå, beror stort sett på en innsikt i EMDs vurderinger av stadig nye saker.<sup>32</sup> Det er bred konsensus om at norske domstoler skal tolke EMK slik som EMD gjør, da det er EMD som i første rekke skal utvikle konvensjonen.<sup>33</sup>

Det følger av EMK art. 6 nr. 1 at rettergangen i tvister om ”borgerlige rettigheter og forpliktelser” skal være rettferdig.<sup>34</sup> Enhver har krav på en ”fair trial”. EMDs tilnærming til spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig bevis er at det skal foretas en helhetsvurdering av om bruken av beviset er ”fair”. I saken 12. juni 1988 *Schenk mot Sveits* uttaler EMD at ” “[w]hile Article 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 primarily a matter for regulation under national law”.<sup>35</sup> EMD har således gjort spørsmålet til en del av nasjonal rett, og innskrenket sin egen rett til kun en prøvelse av om rettergangen som helhet har vært rettferdig.

Spørsmålet om bruken av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis krenker retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1, ble diskutert i lovmotivene. Etter Tvistemålsutvalgets oppfatning tilsier ”[d]omstolens praksis at artikkel 6 (1) får liten selvstendig betydning som begrensning på dette området fordi den norm som har utviklet seg som nasjonal rettspraksis tilsynelatende nokså uavhengig av EMK, synes å være vel så restriktiv”.<sup>36</sup> EMD legger

---

<sup>31</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

<sup>32</sup> Andenæs, Motzfeldt Kravik, ”Norske verdier og EMK”, *Lov og Rett* nr. 10, 2010 (Volum 49) punkt 2.

<sup>33</sup> Se bl.a. Rt. 2000 s. 996 og Rt. 2005 s. 833 (45).

<sup>34</sup> Gjelder ikke alle sivile saker, kun tvister om ”borgerlige rettigheter og forpliktelser”. Retten til en rettferdig rettergang følger også av tvl. § 1-1 og Grl. § 95. De bestemmelsene gjelder imidlertid for alle sivile saker.

<sup>35</sup> *Schenk mot Sveits*, nr. 10862/84, 12 Jul 1988, avsnitt 46. Se også *Gäfgen mot Tyskland*, nr. 22978/05, 1. Juni 2010, avsnitt (162-163).

<sup>36</sup> NOU 2001: 32 B s. 962-963. Skoghøy mener observasjonen fremstår som godt underbygd, jf. Skoghøy (2017), s. 885.

mindre vekt på personvern hensyn og behovet for å sanksjonere den materielle personvern skrenkelsen enn det Høyesterett gjør.<sup>37</sup> EMD fokuserer på ”om krenkelsen har hatt reell betydning for bevisverdien, og om partene har hatt rimelige muligheter til å ivareta sine interesser og eventuelt føre motbevis”.<sup>38</sup> I Rt. 2007 s. 920 avsnitt (59) vektla Høyesteretts kjæremålsutvalg akkurat de samme momentene, og konstaterte at føring ikke ville stride mot EMK art. 6 nr. 1. Ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis som krenker andre konvensjonsbestemmelser er nødvendigvis heller ikke i strid med EMK art. 6 nr. 1. Se for eksempel Rt. 2006 s. 582 avsnitt (25), hvor en ulovlig ransaking krenket EMK art. 8, men beviset ble tillatt ført.<sup>39</sup>

Bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 er følgelig resultat av en nasjonal rettsutvikling hvor norske domstoler har lagt seg på en strengere liste enn EMD. EMDs praksis kan likevel tenkes skjerpet, ettersom EMK er et ”living instrument”, uten at jeg vil gå nærmere inn på det.

## 1.5 Avgrensninger

Oppgaven er en rettsdogmatisk fremstilling av tvl. § 22-7. Jeg vil tidvis trekke paralleller, vise forskjeller og se på eksempler fra rettspraksis fra straffeprosessen for å gi oppgaven et bredere og komparativt perspektiv. Det vil imidlertid ikke foretas en komparativ analyse av forskjellene i de to prosessordningene.

Jeg kommer ikke til å gå inn på hvordan spørsmål om bevisavskjæring skal behandles.<sup>40</sup> Det avgrenses videre mot hvilke konsekvenser fremskaffelsen av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis vil ha for den som har skaffet til veie beviset, da dette ikke har betydning for i hvilken utstrekning bevisene tillates ført eller avskjæres.

Til slutt, avgrenses det mot handlinger som karakteriseres som straff etter EMK art. 6 nr. 1, men som anses som sivilprosess etter norsk rett. For eksempel forvaltnings sanksjoner som tilleggsskatt og overtredelsesgebyrer med pønale preg. Slike tilfeller anses som ”criminal charge” etter EMK art. 6 nr. 1, som følge av Engel-kriteriene.<sup>41</sup> Der kommer de straffeprosessuelle rettighetsgarantiene som følger av EMK art. 6 til anvendelse, selv om

---

<sup>37</sup> Schei mfl. (2013) s. 869.

<sup>38</sup> Skoghøy (2017) s. 885, jf. også Schei mfl. s. 869.

<sup>39</sup> Med videre henvisninger til EMDs dom Khan mot Storbritannia, sak nr. 35394/97, 12. mai 2000.

<sup>40</sup> Se Skoghøy (2017) s. 894.

<sup>41</sup> Engel mfl. mot Nederland, nr. 5370/72, 23. november 1976.

saken behandles i sivilprosessuelle former. EMDs praksis viser at EMK setter større begrensninger på bevisavskjæring i straffesaker.

## 2 Rettslige utgangspunkter og grunnleggende hensyn

### 2.1 Hovedregelen om fri bevisføring

Fri bevisføring innebærer at partene har rett til å føre de bevismidler de ønsker, jf. tvl. § 21-3 (1) første punktum. I utgangspunkt er det uten betydning hvordan beviset er skaffet til veie, og hvilket informasjonsgrunnlag beviset inneholder. Bevisene må likevel være av betydning for avgjørelsen som skal treffes, jf. § 21-7 første ledd.<sup>42</sup> Relevans er en forutsetning for bevisføringsadgang, og en forutsetning for at spørsmål om avskjæring etter tvl. § 22-7 skal aktualiseres.

Fri bevisføring er nødvendig for å oppnå en rettferdig, forsvarlig og tillitsskapende behandling av rettstvister. Partene skal ”få argumentere for sin sak og føre bevis”, jf. tvl. § 1-1 (2), jf. (1).<sup>43</sup> Fri bevisføring sikrer et større og sikrere vurderingsgrunnlag for å avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn i saken. Prinsippet er forankret i hensynet til sakens opplysning og den materielle sannhets prinsipp – målet om at rettsavgjørelser skal få et materielt riktig resultat –, se nærmere punkt 2.2.

Forarbeidene presiserer at fri bevisføring er et selvfølgelig utgangspunkt for en forsvarlig sivil rettergang. Partene skal bli hørt og få anledning til å legge frem det materialet de mener støtter deres sak.<sup>44</sup> Fri bevisføring er imidlertid bare et ”utgangspunkt”. Hvor det foreligger særskilt begrunnelse, kan retten gjøre unntak fra retten til å føre bevis, jf. § 21-3 (1) annet punktum. Tv. § 22-7 er et slikt unntak. Det er unntakene som må begrunnes, mens retten til å føre bevis i utgangspunktet ikke trenger begrunnes. Etter forarbeidene er det ”nødvendig av hensyn til å beskytte andre viktige interesser å nekte eller gi fritak for bestemte bevis”.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Bestemmelsen oppstiller en begrensning i den frie bevisføring, ved at bevisene må være relevante og ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlag i saken. Bestemmelsen ”er til hinder for å føre irrelevante bevis og regelen skal håndheves av retten av eget tiltak, uten hensyn til om motparten har krevd avskjæring eller akseptert at beviset blir ført (Rt. 2012 s. 255 U)”, jf. Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget 2015, s. 295.

<sup>43</sup> Fri bevisføring som en del av retten til en rettferdig rettergang følger også av Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1.

<sup>44</sup> NOU 2001: 32 B s. 946.

<sup>45</sup> NOU 2001: 32 B s. 946.



Viktige interesser som er med å begrunne avskjæring etter tvl. § 22-7, er blant annet beskyttelse av personvern hensyn og rettssikkerhetshensyn, se punkt 2.3. Oppklaringen av en sak skal heller ikke gå på bekostning av rettssystemets grunnleggende utgangspunkt om at ulovlige og kritikkverdige forhold skal begrenses. Førings kan virke støtende og illojalt, se punkt 5.4. Videre kan måten beviset er skaffet til veie på rokke ved påliteligheten av beviset, noe som kan gå på bekostning av den materielle sannhet, se punkt 5.8. Problemet er hvordan de kryssende interessene skal vektet mot hverandre. Noen hensyn veier tyngre enn andre, men ingen interesser har krav på fullstendig gjennomslag på bekostning av øvrige hensyn.

Høyesterett har i Rt. 2006 s. 582 uttalt at "[d]et klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av bevis ikke er til hinder for at beviset føres". Uttalelsen viser at prinsippet om fri bevisføring står sterkt i norsk rett. Det må foreligge tungtveiende grunner for å innskrenke retten til fri bevisførsel.<sup>46</sup>

### **2.1.1 Fri bevisvurdering**

I tilknytning til prinsippet om fri bevisføring har en prinsippet om fri bevisvurdering, som innebærer at retten står fri til å fastsette det saksforhold avgjørelsen skal bygges på, jf. tvl. § 21-2 (1).<sup>47</sup> Hvilken vekt bevisene skal tillegges, avgjøres ikke under avskjæringsvurderingen, men på et senere stadium. Sentralt i interesseavveiningen er likevel om beviset har interesse for sakens opplysning, se punkt 5.8.

Det er ved uenighet om faktum at retten må foreta bevisvurdering. Hvilken grad av sannsynlighet som kreves for å legge et gitt faktum til grunn, kalles "beviskrav". Det er ingen lovfestet regel som bestemmer hvilket beviskrav som gjelder i sivile saker. Det følger imidlertid av ulovfestede prinsipper at den klare hovedregelen er at beviskravet i sivile saker er alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>48</sup> Det innebærer at retten må legge til grunn det faktum som den finner mest sannsynlig ("overvektsprinsippet"). Det kreves altså mer enn 50 % sannsynlighet for å legge et gitt faktum til grunn. Alminnelig sannsynlighetsovervekt gjelder også ved vurderingen av om et bevis skal nektes ført etter tvl. § 22-7.

Høyesterett har uttalt at kravet til sannsynlighetsovervekt gjerne begrunnes "med at partenes interesser er likeverdige og kontrære, og at en ved å nøye seg med sannsynlighetsovervekt

---

<sup>46</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>47</sup> Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454.

<sup>48</sup> Se Skoghøy (2017) s. 911-916 med videre henvisninger.

totalt sett sikrer flest materielt riktige dommer.”, jf. Rt. 2008 s. 1409 (39). Beviskravet er således også forankret i den materielle sannhets prinsipp.

### **2.1.2 Forholdet mellom bevisfritak, bevisforbud og bevisavskjæring**

Tvisteloven kapittel 22 regulerer begrensninger i adgangen til å føre bevis. Kapitlet gjelder ”Bevisforbud og bevisfritak”. I teorien er det imidlertid vanlig å oppstille et skille mellom bevisforbud, bevisfritak og bevisavskjæring. Det er ikke samstemt hvilke begrensninger som kategoriseres som hva. Bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, er kategorisert både som bevisforbud og bevisavskjæring. Tvisteloven § 22-7 har ordet ”forbud” i overskriften, samt bestemmelsen inngår som en del av kapittel 22. Hov, Robberstad og Øyen kategoriserer ulovlig og utilbørlig ervervet bevis som bevisforbud.<sup>49</sup> Skoghøy kategoriserer det som bevisavskjæring.<sup>50</sup> Backer skriver om bevisavskjæring som følge av et bevisforbud og bevisfritak. Han nevner ikke ulovlig eller utilbørlige ervervede bevis eksplisitt.<sup>51</sup> Torgersen bruker begrepene bevisforbud og bevisavskjæring som synonymmer.<sup>52</sup>

Dette delkapittelet reiser spørsmålet om hva som er hensiktsmessig terminologi. For å ta stilling til hva det er mest hensiktsmessig å kategorisere ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis som, vil jeg kort se på hva de ulike begrensningene i bevisførselen omfatter, samt om retten skal behandle spørsmålet av eget tiltak (ex officio) eller om begrensningen må påberopes av en part. Ettersom tvl. § 22-7 klart ikke omfattes av bevisfritaksreglene, vil disse ikke bli behandlet.

Bevisforbud gjelder opplysninger av en nærmere angitt karakter, som det er forbudt å motta bevisførsel om. Formålet med bevisforbudsreglene er å forhindre at disse opplysningene blir offentliggjorte eller blir formidlet til uvedkommende. Bevisforbud knytter seg i første omgang til spørsmålet om retten kan motta vitneprov fra vitner som er villige til å forklare seg om forhold som det foreligger bevisforbud om.<sup>53</sup> Hvis det foreligger bevisforbud, skal beviset ikke føres. Eksempler på bevisforbud er bevis om statshemmeligheter, jf. tvl. § 22-1, bevis om drøftelser i regjeringskonferanser, jf. tvl. § 22-2 og opplysninger ved brudd på

---

<sup>49</sup> Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, 3. utgave, Papinian 2017, s. 225, Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2018, s. 285-289, Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2016, s. 410-420.

<sup>50</sup> Skoghøy (2017) s. 880-885.

<sup>51</sup> Backer (2015) s. 297.

<sup>52</sup> Runar Torgersen, ”Bør bevisavskjæring i straffesaker utvides?”, i Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln, Aslak Syse (red.), *Dog fred er ej det bedste - : Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006*, s. 533-576, Universitetsforlaget 2006 s. 534.

<sup>53</sup> Skoghøy (2017) s. 767.

yrkesmessig taushetsplikt, jf. tvl § 22-3. Et bevisforbud gjelder uavhengig av om noen påberoper seg det, og skal håndheves av retten ex officio.<sup>54</sup> Dette stiler seg annerledes for ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. For at retten skal ta stilling til avskjæring etter tvl. § 22-7, må det påberopes av en av partene i saken.

Bevisavskjæring innebærer at retten kan nekte et eller flere bevis ført. Først og fremst fordi det er unødvendig eller irrelevant.<sup>55</sup> Bevisavskjæring søker også å forhindre at saken blir avgjort på grunnlag av bevis som fremstår som upålitelige eller som krenker andre interesser.<sup>56</sup> Det retten som avgjør om beviset skal føres eller avskjæres som følge av en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det foreligger ikke noe absolutt forbud. Dette er i tråd med regelen i tvl. § 22-7, hvor det er retten som avgjør om beviset ”kan” nektes ført.

Hvor vilkårene for et bevisforbud foreligger, skal beviset ikke føres. Det er ikke opp til retten å foreta en skjønnsmessig vurdering. Når retten foretar en avveining av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres, og kommer til avskjæring, kan man si at det i praksis oppstilles et forbud mot å føre beviset. Likevel, som følge av forskjellene mellom tvl. § 22-7 og lovens øvrige bevisforbud, samt hensynet til presisjon, bør spørsmålet om ulovlig og utilbørlig ervervede bevis skal nektes ført, etter min mening, kategoriseres som et spørsmål om bevisavskjæring.

Felles for begrensningene er imidlertid at bevisene ikke tillates ført, og dermed ikke blir en del av det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. En situasjon som kan oppstå, er at beviset allerede er ført, hvor det egentlig skulle vært avskåret. I så fall må en se bort fra beviset ved avgjørelsesgrunnlaget. Spørsmålet i det følgende er imidlertid når et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan føres for den dømmende rett, og når det skal avskjæres.

## **2.2 Mothensynet til bevisavskjæring: Hensynet til sakens opplysning**

En grunnleggende målsetting i prosessretten er å sikre at domstolen får det beste mulige grunnlaget for å treffe materielt korrekte avgjørelser. Dette skjer på bakgrunn av bevisførselen. Ideelt sett burde retten før den treffer avgjørelse av en sak, ha tilgang til ethvert relevant bevis for å treffe en mest mulig korrekt avgjørelse. I henhold til tvl. § 5-3 plikter partene å opplyse om viktige bevis, uansett om beviset er til støtte for parten selv eller den

---

<sup>54</sup> Backer (2015), s. 279.

<sup>55</sup> Hov (2017) s. 222, og Skoghøy (2017) s. 880.

<sup>56</sup> Skoghøy (2017) s. 880.

annen part. Jo bedre en sak er opplyst, desto større sannsynlighet er det for at retten treffer en korrekt avgjørelse.<sup>57</sup>

I sivilprosessen har partene en sannhets- og opplysningsplikt. I forlengelse av tvl. § 5-3 skal partene selv sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst, jf. tvl. § 21-4 (1).<sup>58</sup> Det er imidlertid ikke slik at alle bevis nødvendigvis fremmer sannheten. Et bevis kan også gi et uriktig eller ufullstendig bilde av realiteten, se punkt 5.8. Domstolene må derfor, ved bevisavskjæringsvurderingen, ta selvstendig stilling til hvor viktig det er å få frem alle bevisene i den enkelte sak, og se på i hvilken grad de ulike bevis tjener til sakens opplysning.<sup>59</sup> Når saken er best mulig opplyst, sikres at avgjørelsesgrunlaget og rettergangen blir forsvarlig, jf. tvl. § 1-1.

Det følger av forarbeidene at ved avgjørelsen av om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis skal føres så ”teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies opp mot det betenkelige ved å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler”.<sup>60</sup> Høyesterett viser til at bevisavskjæringsvurderingen beror på ”avveiningen av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse”, jf. Rt. 2009 s. 1526 avsnitt (30). Hensynet til sakens opplysning og målet om å oppnå et materielt riktig resultat – søken etter ”sannheten” – er følgelig mothensynet til en regel om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.

Hensynet til sakens opplysning begrunner hovedregelen om fri bevisføring. Hensynet skal ivareta rettssikkerhetshensyn og hensynet til tillit til rettssystemet.<sup>61</sup> Ved at partene får fremlegge bevis til støtte for sin sak, får de en følelse av å bli hørt og ivaretatt av rettssystemet. Det er avgjørende for en forsvarlig og tillitsskapende behandling, jf. tvl. § 1-1. Det at domstolen aksepterer ulovlig eller utilbørlige ervervede bevis ført kan imidlertid også skape mistillit og gå på bekostning av domstolens anseelse. Domstolens anseelse betegnes generelt som folks tillit til rettssystemet.<sup>62</sup> Hensynet til domstolens anseelse går igjen som

---

<sup>57</sup> Målsetningen om en best mulig opplyst sak begrenses imidlertid av proporsjonalitetshensyn, da det skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen, jf. tvl. 21-8 (1) første punktum, og prosessøkonomiske hensyn, jf. tvl. § 1-1.

<sup>58</sup> ”Plikten er et utslag av det hensyn som taler for åpenhet i prosessen slik at man kan bygge avgjørelsen på et riktig faktisk grunnlag og derved oppnå et materielt riktig resultat”, jf. NOU 2001: 32 B s. 946.

<sup>59</sup> Torgersen (2006) s. 535.

<sup>60</sup> NOU 2001: 32 B s. 961, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 459. Se også Rt. 1991 s. 616.

<sup>61</sup> Rui, Jon Petter, ”Straffeprosessen i perspektiv”, *Jussens Venner* 2014 s. 382-443, s. 402.

<sup>62</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 36.

begrunnelse for flere av momentene i interesseavveiningen. Jeg kommer nærmere inn på hva hensynet innebærer underveis, under de relevante momenter.

Hensynet til sakens opplysning er et hensyn av relativ vekt som alltid er med i interesseavveiningen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres eller tillates ført. Hensynet taler alltid for føring, men hensynet vektet varierer med hvilken tyngde de kryssende hensyn gjør seg gjeldende i den konkrete sak. Dette vil bli nærmere belyst under redegjørelsen av de enkelte momentene i interesseavveiningen, under kapittel 5.

### **2.3 Personvern- og rettssikkerhetshensyn**

Hensynet til sakens opplysning skal holdes opp mot ”krenkelsen det innebærer at beviset føres”. Ivaretagelse av rettssikkerhets- og personvernens hensyn er de hovedhensyn som begrunner bevisavskjæring etter tvl. § 22-7. Tvistemålsutvalget fremholder ”[a]t beviset er ervervet på utilbørlig måte er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å nekte det ført. I tillegg kreves at føring av beviset vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn”.<sup>63</sup> Utvalget oppstilte som krav at ervervet må krenke tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn. Dette vilkåret ble imidlertid sløffet i odelstingsproposisjonen:

”Etter departementets vurdering vil det normalt være tungtveiende rettssikkerhetshensyn [*sic.*], herunder personvernens hensyn, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført. Imidlertid kan det være at føring av beviset ikke nødvendigvis vil føre til krenkelse av tungtveiende rettssikkerhetshensyn. Men det kan være at beviset er ervervet på en slik måte at retten av den grunn ikke bør tillate bevis ført, for eksempel hvis det er framskaffet ved en alvorlig staffbar [*sic.*] handling som er foretatt i den hensikt”.<sup>64</sup>

Selv om departementet valgte å gå bort fra kravet om at beviset måtte medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn, kan ikke uttalelsen forstås slik at hensynene ikke er av betydning for bevisavskjæringsspørsmålet. Det vil ”normalt være” tungtveiende rettssikkerhetshensyn og personvernens hensyn som tilsier bevisavskjæring. Departementets vurdering må forstås slik at retningslinjen ble for snever og utelukket andre

---

<sup>63</sup> NOU 2001: 32 B s. 962.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 460.



mulige bevisavskjæringsgrunner.<sup>65</sup> Departementet viser til tilfeller hvor fremskaffelsen i seg selv vil begrunne avskjæring, se nærmere punkt 5.5.

Høyesterett bekrefter at ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis kan nektes ført ”når føringen av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende hensyn til personvernet eller rettssikkerheten”, jf. bl.a. Rt. 2007 s. 920 avsnitt (53).<sup>66</sup> Samtlige dommer fra Høyesterett om bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 gjelder krenkelse av personvern hensyn. Krenkelse av rettssikkerhetshensyn er mer aktuelt i straffeprosessen.

Retten til personvern er et grunnleggende prinsipp i vår rettstat. Personvernet skal verne om det enkelte menneskets ukrenkelighet og krav på respekt fra andre mennesker, respekt for egen integritet og privatlivets fred. Personvern gjelder enkeltindividets muligheter for privatliv, selvutfoldelse og selvbestemmelse. Den enkelte skal dessuten ha råderett over sine personopplysninger.<sup>67</sup> Retten handler i vid utstrekning om individets rett til et privatliv i fred. Retten anses som en grunnleggende menneskerettighet og kommer til uttrykk i EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv. Retten står også sentralt i EUs personverndirektiv (95/46 EF).<sup>68</sup> I nasjonal lovgivning beskyttes retten til personvern i Grl. § 102, i personopplysningsloven<sup>69</sup>, helseregisterloven<sup>70</sup> og gjennom diverse enkeltregler om taushetsplikt.

Krenkelse av personvernet ved ulovlig eller utilbørlig erverv av bevis skjer typisk gjennom hemmelige lydbåndopptak og videoopptak.<sup>71</sup> Felles for slike beviserverv er at personene som blir utsatt for opptakene, ikke vet om informasjonservervet. Opplysningene vil av den grunn opptattes som følsomme for den det gjelder, og ervervet vil innebære en krenkelse. Det skjulte momentet gjør ervervet kritikkverdig. Andre typiske krenkelser er innhenting av arbeidstakers e-post, GPS-sporing og opplysninger om internettbruk eller annen innhenting av opplysninger fra datamaskiner.<sup>72</sup> Krenkelse av personvern hensyn skjer i ulik grad, fra

---

<sup>65</sup> Slik også tolket av Øyen (2010) s. 431.

<sup>66</sup> Se også Rt. 1991 s. 616, Rt. 1997 s. 795 og Rt. 2004 s. 1366.

<sup>67</sup> <https://www.regjeringen.no/no/tema/statlig-forvaltning/personvern/id1373/> (sist lest 19.02.19)

<sup>68</sup> Europaparlaments og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

<sup>69</sup> Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

<sup>70</sup> Lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandlingen av helseopplysninger (helseregisterloven).

<sup>71</sup> Se Rt. 1991 s. 616, Rt. 2001 s. 668, Rt. 2004 s. 878, Rt. 2002 s. 1572, Rt. 2014 s. 916 for skjulte videoopptak og Rt. 1997 s. 795, Rt. 2004 s. 1366, Rt. 2009 s. 1526 for hemmelige lydbåndopptak.

<sup>72</sup> Se bl.a. Rt. 2002 s. 1500 og LH-2015-172667 for spørsmål om innhenting av e post, sendt til og fra arbeidstakers postadresse hos arbeidsgiver, uten arbeidstakers samtykke, kunne fremlegges som bevis. Se RG-

alvorlige integritetskrenkelser til mindre alvorlige krenkelser. Alvorlighetsgraden vil ha betydning for hvor mye vekt man skal tillegge krenkelsen i avveiningen, se punkt 5.2.

Rettsikkerhetshensyn står også sentralt i vår rettsorden. Begrepet rettsikkerhet er ikke så lett å definere, da begrepet ikke er skarpt avgrenset. Kjernen i begrepet er likevel klart.

Rettsikkerhet skal begrense maktmisbruk fra statens side overfor borgerne. Avgjørelser som domstolen treffer, må være i samsvar med rettslige hjemmelsgrunnlag, i form av lover, avtaler eller privat eiendomsrett, og slik være mest mulig forutberegnelige for borgeren. Domstolen skal opptre på en betryggende måte, og avgjørelsene skal kunne kontrolleres. Rettsikkerhet innebærer blant annet ”at avgjørelser bør bygge på regler, ikke på makt eller forgodtbefinnende, ... [Avgjørelser] bør skje betryggende og ikke innebære overgrep mot private rettssubjekter”.<sup>73</sup> Legalitetsprinsippet, offentlighetsprinsippet, det kontradiktoriske prinsipp, uskyldspresumsjonen og ankeretten er noen sentrale rettsikkerhetsprinsipper.

Rettsikkerhetshensyn krenkes typisk ved brudd på formelle regler ved bevissikring, og er, som nevnt, mer sentralt i straffeprosessen. Politiet er bundet av straffeprosesslovens og påtaleinstruksens<sup>74</sup> bestemmelser om bevisinnhenting. Typisk skjer krenkelse gjennom prosessuelle feil ved politiets etterforskning.<sup>75</sup> For eksempel at politiet ved innhenting av forklaring fra siktede krenker siktetes rett til å forholde seg taus, se f.eks. Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2003 s. 1814. Eller at politiet ikke har hjemmel til å foreta konkrete etterforskningskritt, men gjør det likevel, og dermed opptre ulovlig. For eksempel hvis politiet innhenter bevis gjennom ulovlig kommunikasjonskontroll eller ulovlig ransaking, se. f.eks. Rt. 1992 s. 698 og Rt. 2014 s. 1105. Det å tillate ført ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis som krenker sentrale rettsikkerhetsgarantier, kan føles som et overgrep mot den krenkende parten. Hvis domstolen tillater ført bevis hvor politiet har overskredet sin kompetanse, vil det forsterke følelsen av maktmisbruk overfor parten.

Per i dag finnes det ingen avgjørelser om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis fra sivilprosessen som gjelder krenkelse av rettsikkerhetshensyn. Beviserverv som krenker rettsikkerhetshensyn, kan imidlertid tenkes å forekomme i sivile saker, særlig i indispositive saker, som gjelder statens inngrep i borgerens rettssfære, hvor utfallet kan sammenlignes med

---

2001-321 for spørsmål om fremleggelse av GPS-logg og Rt. 2003 s. 1266 for innhenting av dataopplysninger. Se LB-2016-169011 for spørsmål om fremleggelse av tekstmeldinger fra en mobiltelefon.

<sup>73</sup> Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. utgave, 2. opplag, Kunnskapsforlaget 2010, s. 344-345.

<sup>74</sup> Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).

<sup>75</sup> Schei mfl. (2013) s. 861.

straff. Schei m.fl. viser som eksempel bruk av opplysninger ervervet av sivile tilsyns- og kontrollorganer.<sup>76</sup>

Kjennelsen i HR-2017-1894-U, gjaldt imidlertid spørsmålet om et ulovlig ervervet bevis, en politiforklaring, skulle avskjæres som bevis ved behandlingen av et sivilt krav.

Lagmannsretten hadde avskåret beviset under straffekravet, men tillatt det ført for erstatningsspørsmålet med den forutsetning at det sivile kravet ble utsatt til straffekravet var pådømt.<sup>77</sup> Lagmannsretten konstaterte at krenkelsen var alvorlig, og at bruk av beviset kunne medføre at krenkelsen fortsatte. Retten uttalte at vekten av krenkelsen likevel er ”mindre i en sivil sak om fornærmedes erstatningskrav enn i straffesaken mot siktede”. Det ble lagt vekt på at feilen ikke synes å ha påvirket forklaringens innhold, og at svakhetene ved beviset kunne tas hensyn til ved bevisbedømmelsen. Høyesteretts ankeutvalg fant imidlertid, at politiavhøret hadde blitt til i en ”fortvilet og kaotisk situasjon” hvor ”flere grunnleggende rettsikkerhetsgarantier” var blitt krenket, og at rettskrenkelsen dermed var ”relativt grov”. Ankeutvalget tillot ikke beviset ført. Bevisverdien av politiavhøret kunne ”være svekket når rettssikkerhetsgarantiene er brutt, og det vil derfor – på generelt grunnlag – være usikkert hvilket bidrag avhøret kan gi til bevisbedømmelsen”.

Det vil i det videre fokuseres på krenkelse av personvern hensyn, men jeg vil vise til noen avgjørelser om krenkelse av rettssikkerhetshensyn fra straffeprosessen for å redegjøre for momentene i interesseavveiningen.

### **3 Hvilke bevis kan avskjæres?**

#### **3.1 Bevis direkte innhentet ved det ulovlige eller utilbørlige ervervet**

Spørsmålet om hvilke bevis som omfattes av en bevisavskjæring etter tvl. § 22-7, reiser to spørsmål. Er det kun beviset som ble fremskaffet gjennom det ulovlige eller utilbørlige ervervet som skal avskjæres? Eller skal også bevis som er ervervet som følge av opplysninger fra det ulovlige eller utilbørlige ervervet, såkalte avledede bevis, avskjæres?

Av ordlyden i tvl. § 22-7 fremgår at retten kan nekte føring av ”bevis” som er ”skaffet til veie på utilbørlig måte”. Ordet ”bevis” kan tolkes både som et bevis og flere bevis. Bevisene som

---

<sup>76</sup> Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øie, § 22-7. Forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte. Ajourført versjon av *Tvisteloven, kommentarutgave* - Bekreftet à jour per 1. september 2016. Punkt 5, avsnitt 9.

<sup>77</sup> Se LB-2015-90290-2.

kan avskjæres må være ”skaffet til veie på utilbørlig måte”. Det avgjørende for hvilke bevis som skal avskjæres, er således hvilken fremgangsmåte bevisene er skaffet til veie på.

Det er lite praksis fra Høyesterett hvor spørsmålet er direkte berørt.<sup>78</sup> Kjennelse inntatt i Rt. 2014 s. 916 tar imidlertid opp spørsmålet. Et forsikringselskap hadde engasjert en gransker, som følge av mistanke mot en forsikringstaker. Granskeren hadde gjort skjulte videoopptak og utarbeidet en rapport. Spørsmålet var om rapporten og en vitneforklaring var bevis ervervet på utilbørlig måte som følge av det skjulte videoopptaket, og om de dermed også skulle avskjæres. Lagmannsretten hadde foretatt en samlet vurdering av bevisene og deretter nektet dem ført. Høyesteretts ankeutvalg konstaterte, på den andre siden, at ”[u]tgangspunktet etter § 22-7 er at hvert bevis må vurderes for seg. [...] bevisforbudet [vil] som hovedregel bare omfatte det eller de bevis som direkte ble frembrakt gjennom den utilbørlige handlingen”, jf. (21). Rapporten og vitneforklaringen var basert på granskerens ”egne observasjoner”, ikke videoen. Bevisene, med unntak av videoen, ble dermed tillatt ført. Det er i utgangspunktet kun bevis som ”direkte” er fremskaffet gjennom det ulovlig eller utilbørlige ervervet som kan avskjæres. Man må vurdere hvert bevis for seg for å avgjøre på hvilken måte de er fremskaffet, og om de følger direkte av det utilbørlige beviservervet eller mer som en avledet følge. Skoghøy støtter en selvstendig bevisvurdering av det enkelte bevis og uttrykker at avskjæring må ”vurderes separat for hvert bevismiddel”.<sup>79</sup>

Tilsvarende synspunkt kommer til uttrykk i Rt. 1997 s. 1778. Saken gjaldt tiltale om voldtekt av samboer. Politiet hadde fått rede på saken som følge av brudd på taushetsplikt. Opprullingen av saken og de øvrige bevisene skyldtes den første ulovlig innhentede forklaringen. Retten fant at bevis som direkte fremtrer som brudd på taushetsplikt, må avskjæres, men at det ikke var tale om slike bevis i saken. Retten uttalte at ”bruddet på taushetsplikten kan ikke ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses ulovlig ervervet”. Det kunne likevel ikke ”utelukkes at bevisene på annet særlig grunnlag må avskjæres”, jf. s. 1781. Dommen viser at avskjæring av et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis ikke har den konsekvens at avledede bevis automatisk avskjæres. Skal øvrige bevis avskjæres må det foreligge et ”annet særlig grunnlag”.

---

<sup>78</sup> Rt. 2014 s. 916 avsnitt (22).

<sup>79</sup> Skoghøy (2017) s. 881. Se også Øyen (2010).

I overnevnte avgjørelse, Rt. 2014 s. 916, uttalte Høyesterett at resultatet i saken ville kunne stilt seg annerledes ”dersom vitneforklaringen og rapporten bygget på videoopptaket og ikke på [granskerens] egne observasjoner. Da ville bevisene måtte likebehandles med videofilmen”, jf. avsnitt (24). Dette er klart. Hvis vitneforklaringen og rapporten hadde bygget på videoopptaket, ville fremskaffelsen fremdeles være den samme, og beviservervet like kritikkverdig. Bevistilbudet var en ”direkte” følge av den ulovlige eller utilbørlige handlingen. Omgåelseshensyn og hensynet til en effektiv avskjæringsregel taler for at løsningen må bli slik. Hvis folk kunne fremskaffe et bevis på ulovlig eller utilbørlig måte, for så å omgjøre beviset fra et bevismiddel til et annet ville avskjæringsregelen blitt illusorisk. Det ville innebære en omgåelse av regelverket. En likebehandling i slike tilfeller er dermed nødvendig. Schei m.fl. uttrykker at hvor det i realiteten bare er de samme opplysningene som presenteres på en annen måte, foreligger den beste begrunnelse for avskjæring.<sup>80</sup>

Kjennelsen i Rt. 2001 s. 668 gjaldt spørsmål om avskjæring av ulovlig videoopptak i en avskjedssak. Kjennelsen illustrerer, som Rt. 2014 s. 916, at man ikke kan omgå regelverket ved å fremstille et annet bevismiddel. Lagmannsretten hadde i avskjæringsvurderingen lagt vekt på at man kunne føre videobeviset på annen måte, gjennom en avhørsrapport.

Kjæremålsutvalget uttalte at de fant:

”grunn til å peike på at i den grad den ulovlege innhentinga av videoopptak var ein del av grunnlaget for avhøret og vedgåinga, er det ikkje utan vidare slik at rapporten eller vitneprov om innhaldet i avhøret – kan nyttast som bevis. Omsynet til effektiv avskjæring av videobeviset kan føre til at også bevis som byggjer på dette må nektast førte.”, jf. s. 672.

I den grad et bevis er en del av grunnlaget for et annet bevis, er det dermed ikke uten videre slik at beviset kan føres. Bevis som ”bygger på” det ulovlig eller utilbørlig ervervede beviset, kan nektes ført.

LB-2016-109383 viser et eksempel på at bevis som bygger på det ulovlig ervervede beviset ble tillatt ført. Saken ble anket til Høyesterett, men forkastet ved forenklet kjennelse etter tvl. § 30-9 annet ledd. En av partene i en barnefordelingssak hadde tatt opptak av en telefonsamtale mellom barnet og den annen part. Opptaket ble spilt for en sakkyndig, som

---

<sup>80</sup> Schei mfl. Ajourført versjon av *Tvisteloven, kommentarutgave*. Tvl. § 22-7, punkt 6, 2. avsnitt.



viste til dette i rapporten sin. Spørsmålet i saken var om den sakkyndige rapporten skulle avskjæres fordi innholdet i opptaket var blitt referert til og fordi den sakkyndige hadde knyttet noen bemerkninger til det. Hele rapporten ble tillatt fremlagt. Det ble lagt vekt på at telefonsamtalen ikke var sentral, rapporten ga et nyansert bilde av begge parter og det var mulighet for kontradiksjon under hovedforhandling. Gjennomføring av ny sakkyndig vurdering ville dessuten innebære en belastning for barnet og ikke være til barnets beste. Hensynet til sakens opplysning tilsa at rapporten ikke skulle avskjæres. Lagmannsretten uttalte at "[u]tgangspunktet er fortsatt at det skal skje en fri bevisvurdering, og at det skal "særlige grunner" til for at bevis skal kunne avskjæres, selv om det er ervervet på en utilbørlig måte". Det må altså fremdeles skje en konkret vurdering av om beviset skal avskjæres og foretas en interesseavveining.

### **3.2 Avledede bevis**

Avledede bevis er selvstendige bevis som er ervervet som følge av det ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Det utilbørlige beviset omtales gjerne som primærbeviset, mens de avledede bevis betegnes som sekundærbevis. Situasjonen er at primærbeviset er avskåret som følge av det ulovlig eller utilbørlig ervervet. Problemstillingen er om de avledede bevisene også skal avskjæres. Høyesterett har i Rt. 1997 s. 1778 uttrykt det som et spørsmål om det inntreer en "dominoeffekt".

Som vist over, er det ikke noen automatikk mellom avskjæringen av et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis og eventuelle avledede bevis. Det er lagt til grunn i norsk teori og praksis at ulovligheten ved et beviserverv ikke "smitter" over på bevis som erverves på grunnlag av informasjonen fra det ulovlige ervervet.<sup>81</sup> Hovedregelen er at kun bevis som "direkte" stammer fra det utilbørlig ervervet, kan avskjæres, jf. Rt. 1997 s. 1778. I tillegg kan bevis som "bygger på" primærbeviset tenkes avskåret, jf. Rt. 2001 s. 668. Når det gjelder de avledede bevis, må det foretas en selvstendig vurdering av hvert bevis for å avgjøre om beviservervet er kritikkverdig, og dermed også skal avskjæres etter en interesseavveining, eller om beviset skal avskjæres på annet særlig grunnlag.

---

<sup>81</sup> Torgersen (2009) s. 188.

## **4 Vilkårene for avskjæring av bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet**

### **4.1 Beviset må være skaffet til veie på ”ulovlig” eller ”utilbørlig” måte**

#### **4.1.1 ”Ulovlig”**

At et bevis er fremskaffet på ”ulovlig” måte, fremgår ikke av ordlyden i tvl. § 22-7, men omfattes utvilsomt av bestemmelsen. Ulovlig ervervet bevis er det tradisjonelle uttrykket, men som lovgiver fant for snevert, og dermed valgte å gå bort i fra.<sup>82</sup> Høyesterett benytter likevel vanligvis formuleringen ”ulovlig eller utilbørlig” ervervet bevis.<sup>83</sup>

Når et bevis er ervervet på ulovlig måte, er ikke et særlig tvilsomt spørsmål. Et bevis er skaffet til veie på en ulovlig måte når beviservervet skjer ”i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel som utgjør en materiell, kompetansemessig eller saksbehandlingsmessig skranke for hvordan et bevis kan fremskaffes”.<sup>84</sup> Ulovlig beviserverv omfatter både materiell ulovlighet og brudd på saksbehandlingsregler. Avgjørende er at en rettsregel er brutt ved innhenting. Det være seg brudd på en straffebestemmelse, annen formell lovgivning, ulovfestet rett, forskriftsregulering eller en instruks<sup>85</sup>. Beviserverv ved brudd på ulovfestet rett, for eksempel krenkelse av alminnelige personvern hensyn, vil i prinsippet også anses som ulovlig, se Rt. 1997 s. 795. Her får man imidlertid en flytende overgang til ”utilbørlig” ervervede bevis.

Ved brudd på en straffebestemmelse, kan ervervet omfattes av gjerningsinnholdet i bestemmelsen uten at ervervelsen er straffbar. Høyesterett har uttalt at ”bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om [beviserververen] subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant”, jf. Rt. 1991 s. 616 på s. 621. Det kreves følgelig ikke at alle straffbarhetsbetingelsene er overtrådt for at beviset skal være fremskaffet på ulovlig måte. Det stilles ikke krav om skyld.

---

<sup>82</sup> NOU 2001: 32 B s. 962.

<sup>83</sup> Se f.eks. Rt. 2003 s. 1266 (20), Rt. 2004 s. 1366 (13), Rt. 2009 s. 1526 (28), Rt. 2013 s. 1282.

<sup>84</sup> Øyen (2010), s. 425-426.

<sup>85</sup> Se Bjørnvik/Selfors (2000) s. 23-24 med videre henvisninger.

Et bevis kan også anses ulovlig ervervet dersom det er fremskaffet i strid med bestemmelser i EMK. Menneskerettighetene stiller visse minstekrav til hvordan bevis kan fremskaffes. EMK art. 3 oppstiller et absolutt forbud om at ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det følger av EMDs praksis at dersom et bevis er ervervet i strid med art. 3, så ”utgjør beviset et så grovt brudd på individets grunnleggende rettigheter at det aldri er ”fair” etter artikkel 6 nr. 1 å benytte den informasjon som krenkelsen frembrakte, som et bevis mot den krenkende”.<sup>86</sup>

Bevis innhentet i utlandet gjennom metoder som ikke er tillatt i norsk rett, kan imidlertid tillates ført. Høyesterett har konstatert at det er rettsreglene i det aktuelle landet som er avgjørende for om beviset er ervervet på lovlig måte. Det er ikke noe vilkår at ervervet også må være lovlig i Norge. Det er imidlertid et vilkår at metoden ”ikke er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger”, jf. Rt. 2005 s. 1524 (20) og Rt. 2002 s. 1744. Avgjørelsene gjelder begge strafferett og kommunikasjonskontroll, men tilsvarende må kunne tenkes i sivile saker. Høyesterett nevner ikke eksplisitt hva de legger i grunnleggende norske verdioppfatninger, men i avsnitt (22) i førstnevnte dom legger retten vekt på at ”materialet er innhenta på forsvarleg grunnlag”. I Rt. 2002 s. 1744 uttaler kjæremålsutvalget at opplysningene må kunne brukes som bevis ”såfremt siktede blir gitt rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet”. Det kan dermed utledes at parten må få rett til å kunne imøtegå beviset.

Som eksempler på typetilfeller av ulovlig ervervelse fra rettspraksis kan nevnes Rt. 2007 s. 920, om opplysninger ervervet som følge av brudd på taushetsplikt, og Rt. 1991 s. 616 om ulovlige videoopptak. I straffeprosessen er det typisk at politiet går for langt i etterforskningen og bryter prosessuelle regler ved bevissikringen.<sup>87</sup> For eksempel i Rt. 1999 s. 1269 hvor politiet hadde gått for langt i å fremprovosere en forklaring fra siktede, og ikke i tilstrekkelig grad respektert selvinkrimineringsvernet. Selvinkrimineringsvernet er et grunnleggende prinsipp, som innebærer at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Øyen (2010) s. 428 med videre henvisninger.

<sup>87</sup> Schei mfl. (2013) s. 861.

<sup>88</sup> Jf. Rt. 2003 s. 549 (17) med videre henvisninger til Rt-1999-1269 på s. 1271 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g og avgjørelser av EMD.

Rettspraksis har imidlertid ikke lagt avgjørende vekt på om beviset er ervervet ved brudd på en lovregel.<sup>89</sup> Som nevnt, valgte Tvistemålsutvalget å gå bort fra uttrykket ”ulovlig” ervervet bevis og heller benytte ”utilbørlig”, da det i rettspraksis ikke er tillagt avgjørende betydning om beviset er fremskaffet ved brudd på en lovregel. Ordlyden må forstås slik at den også omfatter ulovlig ervervede bevis, selv om fremskaffelsen ikke nødvendigvis kan karakteriseres som utilbørlig. Bevis ervervet på ulovlig måte eller utilbørlig måte er dermed alternative grunnvilkår.<sup>90</sup>

#### 4.1.2 ”Utilbørlig”

Det er et vilkår i tvl. § 22-7 at beviset er skaffet til veie på ”utilbørlig” måte. Når et bevis er ervervet på utilbørlig måte, er et mer diffust spørsmål, enn om det er innhentet ulovlig. Ordlyden er åpen, og gir isolert sett ingen konkrete holdepunkter for hvilke fremgangsmåter for bevisinnhenting som omfattes av avskjæringsregelen. Utilbørlig kan sies å være noe ”som strider mot det som er rett og rimelig”.<sup>91</sup> Definisjonen peker på en moralsk vurdering. Hva som anses rett og rimelig eller som sterkt klanderverdig kan variere med tiden, og bestemmelsen er således en rettslig standard. Det er tilstrekkelig at beviset er fremskaffet på en måte som er sterkt klanderverdig.<sup>92</sup>

Øyen argumenterer for at det ikke er behov for en skarp avgrensning av begrepet ”utilbørlig”. At bruken av begrepet først og fremst må ses på som et terminologisk virkemiddel, for å markere at bevisavskjæring kan skje selv om beviset ikke er fremskaffet gjennom et lovbrudd.<sup>93</sup> Med utgangspunkt i hvordan spørsmålet er drøftet i forarbeidene og i Høyesterett, er jeg enig i dette. Man kan si at man står overfor en utilbørlighetsstandard, med innslag av moralske vurderinger, hvor man må legge til grunn den til enhver tid rådende moraloppfatning i samfunnet. Ordlyden fordrer at det foretas en konkret vurdering.<sup>94</sup> Gjennom rettspraksis har det likevel utskilt seg objektive holdepunkter og retningslinjer for hvilke typetilfeller som anses utilbørlig.

For eksempel så faller hemmelige lydbandopptak av samtaler som man selv deltar i, utenfor straffeloven<sup>95</sup> (strl.) § 145 a, og er dermed lovlig. Slike opptak har imidlertid blitt ansett som

---

<sup>89</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>90</sup> Jf. Schei mfl. (2013) s. 862-863. Jf. LB-2018-155792.

<sup>91</sup> <https://www.naob.no/ordbok/utilbørlig> (sist lest 07.02.2019).

<sup>92</sup> Skoghøy (2017) s. 881.

<sup>93</sup> Øyen (2010) s. 426.

<sup>94</sup> Se Bjørnvik/Selfors (2000), s. 24-25.

<sup>95</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

både støtende og illojale.<sup>96</sup> Det at opptakene er gjort hemmelige strider mot alminnelige personvern hensyn og gjør dem klanderverdige og utilbørlige etter tvl. § 22-7. Slike opptak reiser imidlertid grensespørsmål, da det finnes flere saker hvor slike opptak ikke anses som utilbørlig ervervede bevis.<sup>97</sup>

Ved avgjørelsen av om et beviservert er utilbørlig ervervet, ser Høyesterett på den konkrete fremskaffelsen og vurderer karakteren av fremgangsmåten opp mot den krenkelsen som ervervet innebærer. I prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 var det usikkert om opptakene var rammet av positive lovbestemmelser. Høyesterett uttalte at det er ”klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel”. Vilåret for bevisavskjæring var dermed oppfylt. Fremgangsmåten var tilstrekkelig klanderverdig til å konstateres under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis.

#### **4.1.3 Har det betydning hvem som skaffer til veie beviset?**

Et interessant spørsmål er om det har betydning om det er en av partene som har fremskaffet beviset på ulovlig eller utilbørlig måte, eller om det er en tredjeperson som har innhentet beviset?

Skoghøy uttaler at bestemmelsen ikke oppstiller noe ”vilkår for bevisavskjæring at det er den part som tilbyr beviset, som har opptrådt klanderverdig eller i strid med loven.

Bevisavskjæring kan også skje dersom det er andre som har fremskaffet beviset på en ulovlig eller sterkt klanderverdig måte, og at en part deretter har fått hånd om det”.<sup>98</sup> Det har altså i utgangspunkt ikke betydning for avskjæringsadgangen hvem som har skaffet til veie beviset. Det kan imidlertid tenkes å ha betydning for interesseavveiningen at det er en uavhengig tredjeperson som har ervervet beviset. I slike tilfeller gjør kanskje ikke de preventive hensyn seg like sterkt gjeldende, forutsatt at parten som presenterer beviset, ikke har hatt noe med den utilbørlige innhenting å gjøre.

Det kan imidlertid ha betydning om parten som påberoper seg bevisavskjæring, er krenket ved det utilbørlige ervervet eller ikke. Hvorvidt en føring av beviset innebærer en fortsatt

---

<sup>96</sup> Se Rt. 1997 s. 795 og LH-2011-110153.

<sup>97</sup> Se LB-1999-729, LB-2000-1413 jf. også Schei mfl. Ajourført versjon av *Tvisteloven, kommentarutgave*. Tvl. § 22-7, punkt 3, avsnitt 6.

<sup>98</sup> Skoghøy (2017) s. 881.

krenkelse, kan avhenge av om beviset benyttes mot den krenkende, eller mot andre.<sup>99</sup> Saken i Rt. 2009 s. 567 kan tas til inntekt for et slikt syn. Under etterforskningen av tyveriene av ”Skrik” og ”Madonna” ble en av de mistenkte utsatt for bevisprovokasjon og samtalene ble tatt opp på lydbånd. Vedkommende døde før tiltalespørsmålet ble avgjort. Senere ble en medmistenk talt og domfelt. Det ble anført at informasjonen innhentet gjennom bevisprovokasjonen ikke kunne benyttes som bevis mot tiltalte, på grunn av selvinkrimineringsvernet. Høyesteretts ankeutvalg avfeide anførselen ettersom det ikke var tale om å anvende lydbåndopptakene mot avdøde, som var part i samtalene. Føringen av bevisene krenket ikke tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv. Bevisene ble dermed tillatt ført.

## 4.2 Beviset ”kan” nektes ført

Der beviset er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, ”kan” det nektes ført. Det er ikke noe automatikk mellom ulovlig eller utilbørlig erverv og avskjæring. Ordlyden ”kan” viser at det er fri bevisføring som er utgangspunktet, og at det er avskjæring som må begrunnes. Retten er gitt diskresjonær kompetanse ved vurderingen, hvilket innebærer at dommerne må foreta en skjønnsmessig vurdering av om beviset skal tillates eller nektes ført. Avskjæring finner kun sted dersom en part fremmer krav om det, og det foreligger et ”særlig tilfelle”. Tvistemålsutvalget presiserer at mothensynene ”må være tilstrekkelig tungtveiende til at prinsippet om fri bevisføring må vike”.<sup>100</sup> Uttalelsen viser at prinsippet om fri bevisføring står sterkt i norsk rett.

## 4.3 ”I særlige tilfeller”

Ordlyden ”i særlige tilfeller” tilsier at det skal noe mer til for å avskjære beviset, og det kan tyde på at regelen er en unntaksregel. Inngangsvilkåret, at beviset er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte, er ikke tilstrekkelig for at bevisavskjæring gjennomføres.<sup>101</sup> Det må være noe ytterligere som begrunner avskjæringen.

Tvistemålsutvalget påpeker at ordlyden ”i særlig tilfeller”, markerer at ”det dreier seg om en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde”.<sup>102</sup> Uttalelsen er lagt til grunn av Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2007 s. 920 avsnitt (55) og i Rt. 2014 s. 916 avsnitt (8). Likevel

---

<sup>99</sup> Øyen (2010) s. 438.

<sup>100</sup> NOU 2001: 32 B s. 962.

<sup>101</sup> NOU 2001: 32 B s. 962-963.

<sup>102</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

er uttalelsen noe misvisende og for sterkt sagt for rettstilstanden i dag. Tvistemålsutvalget stilte, som nevnt, opp som krav at bevisinnhenting måtte medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- og rettssikkerhetshensyn. Det er dermed naturlig å tolke Tvistemålsutvalgets uttalelse dithen at det ”snevre anvendelsesområdet” akkurat er tilfeller hvor bevisinnhenting krenker tungtveiende personvern- og rettssikkerhetshensyn. Departementets endringer på dette punktet i proposisjonen, hvor de sløyfet det kravet, viser at bestemmelsen har et videre omfang.

I tillegg uttaler Schei m.fl. at kriteriet ”i særlige tilfeller” lett kan misforstås. Det vises til at uttalelsen til tvistemålsutvalget markerer at ”vilkårene for å gjøre unntak fra hovedregelen om fri bevisføring [...] sjelden vil være oppfylt. Formuleringen regulerer ikke ”kan”-skjønn og betyr ikke at bevis som oppfyller grunnvilkåret bare ”i særlige tilfeller” eller unntaksvis kan nektes ført”.<sup>103</sup> Det vises så til Rt. 2009 s. 1526 avsnitt (30), med henvisning til lovmotivene, og at spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal nektes ført beror ”på en avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få saken opplyst og oppnå en materielt riktig avgjørelse”.<sup>104</sup> Ordlyden ”i særlige tilfeller” kan dermed tyde på at det er bevisavskjæring som må begrunnes, men rettspraksis har ikke forholdt seg slik, men heller basert avgjørelsen på en helhetsvurdering.

Tvistemålsutvalget har på bakgrunn av gjeldende rettspraksis oppstilt en rekke momenter som inngår i helhetsvurderingen.<sup>105</sup> Hvorvidt beviset skal avskjæres, skal ”avgjøres etter en bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning”.<sup>106</sup>

”For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet. Det kriterium utvalget har valgt, fremhever spesielt det sistnevnte momentet. Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell

---

<sup>103</sup> Schei mfl. (2013) s. 862.

<sup>104</sup> Jf. også Rt. 2013 s. 323 (24).

<sup>105</sup> Dette er bekreftet i proposisjonen, jf. Ot. Prp. nr. 51 (2004-2005) s. 459, samt i Rt. 2007 s. 920 avsnitt (56).

<sup>106</sup> NOU 2001: 32 B s. 962.

integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysninger til veie på annen måte”.<sup>107</sup>

Det må altså foretas en konkret vurdering av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. Denne vurderingen blir gjerne omtalt som interesseavveiningen.

## **5 Interesseavveiningen – når foreligger ”særlige tilfeller”?**

### **5.1 Noen utgangspunkter**

Bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 er en vurdering i to trinn.<sup>108</sup> Først avgjøres om beviset er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte. Hvis svaret er bekreftende, må retten avgjøre om beviset skal avskjæres eller tillates ført, etter en bred avveining av hensynene i den konkrete sak.

Utgangspunktet er at domstolen må vurdere og ta stilling til om inngangsvilkåret er oppfylt. I Rt. 2003 s. 1266 avsnitt (20–21) tok Høyesterett stilling til om lagmannsretten hadde foretatt riktig lovtolking av avskjæringsregelen. Lagmannsretten hadde hoppet rett i interesseavveiningen uten å ta stilling til fremskaffelsesmåten. Høyesteretts ankeutvalg uttalte at når lagmannsretten ”ikke har funnet det nødvendig å vurdere eller ta stilling til spørsmålet om bevisene her var ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, bygger dette på uriktig tolking av de ulovfestede regler om bevisavskjæring.”. Det legges altså opp til en vurdering i to trinn.

I Rt. 2002 s. 1500 uttalte kjæremålsutvalget imidlertid at det ikke kunne anses som en feil ved lagmannsrettens bevisbedømmelse at de ikke hadde tatt stilling til inngangsvilkåret, da det ikke var en ”feil som kan ha hatt betydning for resultatet”, jf. s. 1504. Bortsett fra i de mer opplagte tilfeller kan retten derfor ikke nøye seg med å gå rett på interesseavveiningen uten først å ta stilling til inngangsvilkåret, om det foreligger et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis.<sup>109</sup> Måten beviset er ervervet på, vil dessuten ha betydning ved den avveining av hensyn som skal finne sted, og slik være et moment i interesseavveiningen, jf. Rt. 2003 s. 1266 avsnitt (20). Se nærmere punkt 5.5.

---

<sup>107</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>108</sup> Schei mfl. (2013) s. 861. Se også Rt. 2003 s. 1266 avsnitt (20).

<sup>109</sup> Schei mfl. (2013) s. 861-862.



Ordlyden i tvl. § 22-7 gir ikke særlig veiledning til spørsmålet om når et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres. Ordlyden er åpen, og bestemmelsen må suppleres med øvrige rettskilder for å klarlegge innholdet i den interesseavveiningen som foretas. Momentene listet opp i forarbeidene og rettspraksis er her relevant.

I dette kapittelet vil det redegjøres for innholdet i momentene. Jeg vil søke å klarlegge hvilken vekt momentene er tillagt av lovgiver og rettspraksis, ved å ta for meg hvert moment for seg. Jeg vil prøve å si noe generelt om momentene, dets vekt og anvendelse. Dette gjennom å se på innholdet i og begrunnelsen for momentet, og se på eksempler fra rettspraksis, særlig Høyesteretts anvendelse av momentene. Gjennom henvisningen til rettspraksis vil jeg prøve å kartlegge hvordan retten vektet de ulike momentene og hensynene opp mot hverandre. Hvilke hensyn står mot hverandre, og hvordan vektet de innbyrdes og uavhengige av hverandre? Denne metoden kan ha noen svakheter, da momentene inngår som del av en samlet vurdering, hvor momentene vektet opp mot hverandre og ikke isolert, se punkt 5.11. Ved å trekke inn de øvrige momentene for å vise hvordan de henger sammen, avbøtes imidlertid noe av svakheten ved fremstillingen. Metoden vil enkelte ganger kunne føre til gjentakelser.

Jeg vil underveis prøve å se på hvordan ulike typetilfeller typisk blir bedømt etter tvl. § 22-7. Det forsøkes imidlertid ikke å oppstilles noen uttømmende kasuistikk over hvilke typetilfeller som normalt avskjæres og hvilke som tillates ført.<sup>110</sup> Mitt hovedfokus vil være å gi en grundig drøftelse av de enkelte momentene i interesseavveiningen.

## 5.2 Den krenkende interesse

Hvilken interesse som har blitt krenket ved det ulovlig eller utilbørlig beviservervet, har sentral betydning for avskjæringsvurderingen. Utgangspunktet for vurderingen er nettopp en avveining av *den krenkende interesse* opp mot hensynet til sakens opplysning, jf. Rt. 2009 s. 1526 avsnitt (30). Et sentralt spørsmål er dermed om ervervet av beviset medfører en krenkelse av en beskyttelsesverdig interesse? Krenker beviservervet tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn? Evt. andre hensyn?

Hvor beviservervet krenker en beskyttelsesverdig interesse, er det hensynet til å beskytte den krenkende interessen som vektlegges, på bekostning av prinsippet om fri bevisføring og hensynet til sakens opplysning. Hensynet til den krenkende interesse taler for å nekte beviset

---

<sup>110</sup> For en nærmere gjennomgang av hvilke typetilfeller som har utkrystallisert seg gjennom rettspraksis, se Schei mfl. (2013) s. 864-867.

ført. Relevant i avveiningen er ifølge forarbeidene ”hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset”.<sup>111</sup> Materiell integritetskrenkelse er typisk brudd på personvern hensyn, enten krenkelse gjennom brudd på positive lovbestemmelser eller ulovfestet rett. Materiell integritetskrenkelse kan også skje gjennom utilbørlige erverv. For eksempel krenkelse av alminnelige personvern hensyn.<sup>112</sup> Alvorlighetsgraden på krenkelsen varierer imidlertid, og har betydning for resultatet. Bjørnvik og Selfors fremholder at ”[h]vor det ved ervervet er gjort anstøt mot sentrale interesser som personvern hensyn eller legemlig integritet, kan avskjæring lettere tenkes enn hvor det er mindre beskyttelsesverdige interesser som er krenket”.<sup>113</sup> Dette stemmer godt overens med praksis. Jo grovere rettskrenkelsen er - jo dypere i kjernen av den personlige integritet - desto mer støtende og illojalt vil det være om beviset tillates ført. Se punkt 5.4.

Allerede så tidlig som i Rt. 1991 s. 616 fremmes det integritetskrenkende aspektet i avskjæringsvurderingen som avgjørende. Kjæremålsutvalget uttalte at hemmelig videoovervåking på arbeidsplassen er ”en alvorlig integritetskrenkelse”, som må oppleves ”sterkt belastende”. Etter utvalgets mening talte ”vesentlige personvern hensyn for at domstolene nekter bruk av et bevis tilveiebragt på denne måte”, jf. s. 624. Beviset ble avskåret. Tilsvarende ble ulovlig videoopptak avskåret i avskjedstvistene inntatt i Rt. 2001 s. 668 se s. 672 og Rt. 2004 s. 878. I sistnevnte kjennelse uttalte kjæremålsutvalget i avsnitt (18) at ”ulovlige opptak i slike saker som hovedregel ikke kan tillates brukt som bevis”. Høyesterett synes dermed å ha inntatt en restriktiv holdning til bruk av ulovlige videoopptak som bevis. Det påpekes imidlertid at det ”også i slike saker skal foretas en konkret vurdering”. Konkrete saksforhold kan føre til at andre hensyn får utslagsgivende vekt.

Schei m.fl. viser til lagmannsrettsavgjørelsen i RG 2011 s. 36 og uttrykker at en ikke kan se bort fra at hensynet til sakens opplysning likevel kan veie tyngre enn personvern skrenkelsen og slik vippe vektskålen i favør av å tillate beviset.<sup>114</sup> Saken gjaldt spørsmålet om et videobevis skulle tillates ført eller avskjæres i en arbeidstvist. Hensynet til sakens opplysning tilsa at videoen ble tillatt ført. Det var imidlertid avgjørende for føring at integritetskrenkelsen i saken var mindre alvorlig. Arbeidstakeren visste at det var videoovervåking i lokalene. Det

---

<sup>111</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>112</sup> Se Rt. 1991 s. 616.

<sup>113</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 34.

<sup>114</sup> Schei mfl. Ajournert versjon av *Tvisteloven, kommentarutgave*. Tvl. § 22-7, punkt 5, 3. avsnitt.

var dessuten skiltet flere steder. I forbindelse med installeringen hadde arbeidstakeren gitt uttrykk for at han ikke ønsket å vite hvor kameraene ble satt opp, da han ville minske følelsen av å være overvåket. Det fremsto dermed ”ikke som noen grov integritetskrenkelse at han ikke var kjent med hvilke vinkler kameraet hadde”. Kjennelsen viser at alvorlighetsgraden ved krenkelsen kan svekkes ved kjennskap til overvåkningen, slik også Rt. 2004 s. 1366 uttrykker, se nedenfor.

Avskjæring er også utgangspunktet for ulovlig eller utilbørlig ervervede lydbåndopptak, se Rt. 1997 s. 795 og Skoghøy (2017) s. 883.<sup>115</sup> Det følger av strl. § 145a første ledd nr. 2 at det ikke er ulovlig å ta opp samtaler man selv deltar i, jf. også Rt. 1981 s. 377. Ut fra mer allmenne moralbetraktninger vil det imidlertid normalt fremstå som illojalt eller utilbørlig å gjøre slike opptak uten samtalepartens vitende, jf. Rt. 2011 s. 1324 avsnitt (33).

I Rt. 2004 s. 1366 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg i så henseende at ”lydbåndopptak 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”. Saken gjaldt barnefordeling og spørsmål om å nekte bevisførsel av lydbåndopptak. Far hadde gjort opptak av samtaler mellom han selv, mor og barnet. Mor hadde blitt varslet generelt om at opptak ville finne sted, men hadde ikke fått varsel ved hvert opptak. Retten fant at det ikke kunne kreves at moren skulle blitt underrettet hver gang opptak fant sted. Kjennelsen viser at hensynet til den krenkende interesse ikke er like graverende, hvor den ”krenkende” har blitt underrettet om opptakene. Krenkelsen ”opphører” og grunnvilkåret etter § 22-7 oppfylles ikke eller blir mindre utilbørlig. Hensynet til den krenkende interesse henger slik sammen med vurderingen om beviset er ervervet på utilbørlig måte. Det er gjerne det faktum at en beskyttelsesverdig interesse krenkes ved ervervet som gjør det kritikkverdig og utilbørlig. Hvor det ikke foreligger noen krenkelse er ikke beviservervet kritikkverdig og det foreligger ikke grunn til å innskrenke retten til fri bevisføring.

I Rt. 2009 s. 1526 ble også et lydbånd tillatt ført. Der var det imidlertid sakens alvorlige karakter og behovet for oppklaring som var utslagsgivende, se nærmere punkt 5.5.

Føring av ulovlig innhentet GPS-logg har også blitt tillatt ført, da personlighetskrenkelsen er ansett mer beskjedent.<sup>116</sup> Spørsmål om avskjæring ble reist for Hålogaland lagmannsrett, og er

---

<sup>115</sup> Se også LH-2011-110153.

<sup>116</sup> Skoghøy (2017) s. 883.

inntatt i RG-2011-321.<sup>117</sup> Avgjørelsen ble brakt inn for Høyesterett, men anken ble forkastet etter tvl. § 30-9 annet ledd.<sup>118</sup> GPS-loggen skulle bevise at en renovatør hadde tatt uforholdsmessig lange pauser, for å kunne kreve overtidsbetaling. Lagmannsretten kom til at GPS-loggen kunne føres. Retten uttalte at "[s]om et generelt utgangspunkt må overvåking ved bruk av GPS karakteriseres som *mindre inngripende i sentrale rettsgoder* enn overvåking ved bruk av lyd og bilde" (mine kursiveringer).<sup>119</sup> Retten la vekt på at opplysningene kunne vært lovlig innhentet om arbeidsgiveren hadde innledet en prosess for et nytt og fremtidig kontrolltiltak. Opplysningene var også kjent for arbeidstakeren, og ville bidra til sakens opplysning. Ervervet påvirket ikke bevisverdien. Se for øvrig Rt. 2013 s. 145 hvor en elektronisk logg ikke ble ansett som en grov krenkelse, med det utfall at en sjåfør ikke ble tilkjent oppreisningserstatning etter personopplysningsloven § 49.

I Rt. 2007 s. 920 hadde et privat etterforskningsbyrå gitt seg ut for å arbeide med en banks internkontroll og slik, urettmessig, fått tak i opplysninger og dokumenter fra banken. Kjæremålsutvalget uttalte at den anvendte fremgangsmåte "neppe [kunne] karakteriseres som noen alvorlig integritetskrenkelse", jf. avsnitt (57). Opplysningene var sentrale og kunne ikke vært fremskaffet på annen måte. Hensynet til sakens opplysning førte til at bevisene ble tillatt fremlagt. Kjennelsen viser at den krenkende interesse henger sammen med fremgangsmåten ved beviservervet. For betydningen av alvorlighetsgraden ved ervervet, se punkt 5.6.

Opplysninger innhentet av arbeidsgiver gjennom overvåking av internettbruk og virksomhetsrelatert e-post synes også å anses mindre integritetskrenkende, enn innhenting gjennom lyd og bilde. Slike bevis blir gjerne tillatt ført, se Rt. 2001 s. 1589, Rt. 2002 s. 1500 og Rt. 2005 s. 518.<sup>120</sup> Det finnes ikke noe prejudikat for privat e-post, men Schei m.fl. uttrykker at "utgangspunktet må være at arbeidsgiveren ikke har innsynsrett i privat e-post eller private filer på dataanlegget uten vedkommendes samtykke".<sup>121</sup> Innhenting av privat epost må anses som en større integritetskrenkelse.

---

<sup>117</sup> Avgjørelsen er en flaggsak på Lovdata. En flaggsak er avgjørelse av særlig viktighet, som det er verdt å merke seg. Se [https://lovdata.no/artikkel/lovdatas\\_flaggsaker/1482](https://lovdata.no/artikkel/lovdatas_flaggsaker/1482) (sist lest 14.04.19).

<sup>118</sup> Se HR-2011-1019-U.

<sup>119</sup> Retten viste til at dette også er lagt til grunn av EMD i dom Uzun mot Tyskland, nr. 35623/05, av 2. september 2010, se avsnitt 52, jf. RG-2011-32.

<sup>120</sup> Se Schei mfl. (2013) s. 865-867 for en grundigere fremstilling.

<sup>121</sup> Schei mfl. (2013) s. 866.

I teorien nevnes som tilleggsmoment til hensynet til den krenkende interesse, tilfeller der en part har plikt til å fremlegge beviset, jf. tvl. § 21-4.<sup>122</sup> Etter bestemmelsens annet ledd skal en part opplyse om viktige bevis som parten ikke har hånd om, og som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med. Dette gjelder uansett om beviset er til støtte for parten selv eller den annen part. Tankegangen er at der motparten, til den som skaffet beviset på ulovlig eller utilbørlig måte, hadde plikt til å utlevere beviset, så får den krenkende interesse en mindre inngripende karakter.<sup>123</sup> Momentet taler således for føring. På den andre siden kan ikke rettsordenen akseptere at partene selv fremtvinger bevisfremleggelse, som egentlig er en oppgave for domstolene selv, jf. tvl. 26-5. Preventive hensyn taler her for nektet føring. Momentet er nevnt som en del av vurderingstemaet i Rt. 1999 s. 1269, men det finnes ingen avgjørelser hvor problemstillingen er satt på spissen. Hvilken vekt momentet eventuelt skal tillegges er det dermed vanskelig å si noe bestemt om. Momentet kan imidlertid vippe avveiningen i begge retninger, men kan neppe anses som noe mer enn et tilleggsmoment.

Rettspraksis viser i samsvar med forarbeidene at bevisavskjæring oftest finner sted hvor det foreligger en krenkelse av ”tungtveiende personvern hensyn”, altså en alvorlig integritetskrenkelse. Krenkelsens alvorlighetsgrad er av sentral betydning for hvordan hensynet til den krenkende interesse vektlegges, og har betydning for hvordan de øvrige hensyn vektes. Hvor krenkelsen er mindre alvorlig kan det lettere tenkes at beviset føres, særlig hvor beviset gir bidrag til å opplyse saken. Hvor krenkelsen er alvorlig, taler det for avskjæring. Skal beviset likevel tillates må de øvrige hensyn være tungtveiende, f.eks. at saken har en alvorlig karakter, jf. Rt. 2009 s. 1526. Hensynet til den krenkende interesse får en særlig tyngde der føring av beviset innebærer en fortsatt krenkelse.

### **5.3 Fortsatt krenkelse**

Ved vurderingen om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført, må det legges vekt på om føringen av beviset representerer en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset, jf. Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.<sup>124</sup> Momentet om fortsatt krenkelse knytter seg hovedsakelig til ”føringen av beviset”. Krenkelsen ved føring henger imidlertid sammen med hvordan beviset er fremskaffet og hvilken interesse fremskaffelsen krenket. Avgjørende for om føring av beviset innebærer en fortsatt krenkelse,

---

<sup>122</sup> Se Bjørnvik/Selfors (2000) s. 35 og Skoghøy (2017) s. 883.

<sup>123</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 35.

<sup>124</sup> Momentet omtales både som gjentatt eller fortsatt krenkelse, fortsatt og forsterket krenkelse. Jeg vil i det videre hovedsakelig benytte termen fortsatt krenkelse.

er ”om ulovligheten i forbindelse med beviservervet krenket de hensyn som regelen skal ivareta, og om bruk av informasjonen som bevis innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av disse hensynene”.<sup>125</sup> Det vil si at de hensyn som krenkes gjennom beviservervet på nytt blir krenket ved fremleggelsen av beviset.

Det er ikke tilstrekkelig at den ene parten føler at føringen av beviset innebærer en fortsatt krenkelse. Bjørnvik og Selfors påpeker at ”[e]n slik føring ville lede til at nærmest enhver føring av et ulovlig ervervet bevis måtte karakteriseres som en gjentatt eller fortsatt rettskrenkelse”.<sup>126</sup> Krenkelsen må objektivt sett innebære en fortsatt krenkelse av rettsbruddet som ble begått ved beviservervet. Det kan imidlertid tenkes at den subjektive oppfatningen av krenkelse kan vektlegges som et moment imot føring i helhetsvurderingen.<sup>127</sup> I hvert fall en intersubjektiv oppfatning, se punkt 5.4.

Twistemålsutvalget ”fremmer spesielt” hensynet om fortsatt krenkelse, som et moment av betydning, når det gjelder det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler ført.<sup>128</sup> Uttalelsen tilsier at der føringen av beviset innebærer en fortsatt krenkelse, er det et viktig hensyn mot å tillate beviset ført.<sup>129</sup>

Det er i første rekke hensynet til domstolens anseelse som taler imot føring av bevis som innebærer en fortsatt krenkelse. Hvor føring innebærer en fortsatt krenkelse vil domstolene gjennom føringen gjøre seg ”skyldig i et fortsatt eller forsterket utilbørlig forhold”.<sup>130</sup> Mens avskjæring derimot vil ”sikre den protesterende parts personvern, eventuelt personvernet i videre forstand, bidra til å forebygge angjeldende fremgangsmåter og styrke domstolens autoritet og anseelse”.<sup>131</sup> Hensynet til en effektiv beskyttelse av den krenkede interesse er således et viktig argument. Hensynenes vekt vil imidlertid variere. Samtidig er det viktig for domstolens autoritet og anseelse å avsi materielt riktige avgjørelser. Føring av utilbørlig

---

<sup>125</sup> Øyen (2016) s. 414.

<sup>126</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 27.

<sup>127</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 28 og 33.

<sup>128</sup> NOU 2001: 32 B s. 692.

<sup>129</sup> Jf. også Schei mfl. (2013) s. 868.

<sup>130</sup> All, Jørgen, ”Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis”, i Steinar Tjomsland, Magnus Aarbakke og Gunnar Aasland (red.), *Rettssteori og rettsliv : festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002*, Universitetsforlaget 2002 s. 957-966, s. 964.

<sup>131</sup> Ibid.

erverdte bevis kan derfor være nødvendig av hensynet til sakens opplysning og allmennhetens interesse i et korrekt resultat.<sup>132</sup>

Kjennelsen i RG 2011 s. 321, som omhandlet avskjæring av GPS-loggen, er illustrerende. Føringsen av beviset ville innebære en fortsatt krenkelse, men hensynet til sakens opplysning veide tyngre og beviset ble dermed tillatt ført. Lagmannsretten så hen til Rt. 1991 s. 616 hvor hemmelige videoopptak ble avskåret som bevis, og bemerket til at saken skilte seg fra slike tilfeller. Hemmelig videoovervåking ble sett på som ”sterkt belastende”, føring ville ”kunne virke støtende” og ”kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket”. Overvåking ved bruk av GPS måtte som et generelt utgangspunkt ”karakteriseres som mindre inngripende i sentrale rettsgoder enn overvåking ved bruk av lyd og bilde”. Lagmannsretten fant at føring av beviset vanskelig kunne ”ses på som annet enn en fortsatt krenkelse av arbeidstakeren”, men la ”stor vekt på at graden av krenkelse var beskjeden” og at de aktuelle bevis ville bidra til sakens opplysning og kunne ”være av vesentlig betydning for å oppnå et materielt riktig avgjørelse”. Kjennelsen viser at graden av krenkelse har betydning for hvor mye vekt man kan tillegge momentet, se også Rt. 2007 s. 920 avsnitt (57).

Momentet om fortsatt krenkelse henger således sammen med momentet om den krenkende interesse, og alvorlighetsgraden av krenkelsen. Hvor den krenkende interesse er et mindre sentralt rettsgode får momentet om at føringen av beviset vil innebære en fortsatt krenkelse mer beskjeden vekt. Motsatt, hvor det er foreligger en alvorlig integritetskrenkelse, der vil føring kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse, jf. Rt. 1991 s. 616 på s. 624.

Fortsatt krenkelse inntreer typisk ved føring av bevis ervervet gjennom brudd på taushetsplikt eller etter tilgang på hemmelige opplysninger.<sup>133</sup> Tilsvarende ved føring av video- og lydbåndopptak. I RG-2011-321 uttalte lagmannsretten at fortsatt krenkelse ”ofte [vil] være situasjonen dersom et bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte tillates ført”. Dette synet er jeg enig i. Avgjørende for momentets vekt virker heller å være alvorlighetsgraden på krenkelsen.

Et motstykke til slike tilfeller, er tilfeller hvor krenkelsen kun skjer ved ervervet og føringen av beviset ikke innebærer noen fortsatt krenkelse. Eksempelvis hvor den ene parten har

---

<sup>132</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 36.

<sup>133</sup> Slike krenkelser kan imidlertid repareres. Brudd på taushetsplikt kan avbøtes gjennom samtykke til føring, og fremleggelse av hemmelige opplysninger kan skje for lukkede dører, jf. Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 127.

tilegnet seg bevis gjennom et innbrudd, og hvor opplysningene ikke er underlagt taushetsplikt.<sup>134</sup> I et slikt tilfelle skjer integritetskrenkelsen ved innbruddet og ikke gjennom føringen av beviset. Man står da ikke overfor en fortsatt krenkelse, selv om en føring av bevisene vil kunne føles som en fortsatt krenkelse av rettsbruddet ved ervervet.

I Rt. 1999 s. 1269 uttalte Høyesterett at i ”tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining”, jf. s. 1272. Ordlyden ”normalt nektes ført” viser at dette er et tungtveiende moment i interesseavveiningen. Beviset kan føres tross fortsatt krenkelse. Hvor slik krenkelse foreligger kreves det imidlertid tungtveiende grunner for å tillate beviset ført. Det må i alle tilfeller foretas en interesseavveining. Dommen gjaldt spørsmålet om en forklaring som politiet gjennom utradisjonelle etterforskningskritt hadde forledet siktede til å avgi, skulle tillates ført som bevis. En fengselsbetjent var mistenkt for rømningsbistand. Politiet hadde brukt skjult mikrofon og båndopptaker til å innhente forklaring fra fengselsbetjenten. Høyesterett fant at fremgangsmåten krenket mistenktes rett til å forholde seg taus etter SP<sup>135</sup> art. 14 nr. 3 bokstav g og EMK art. 6 nr. 1, og at føring måtte ”ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset”, jf. s. 1273. Beviset ble ansett ulovlig ervervet og ble ikke tillatt ført.

Samme fremgangsmåte ble benyttet i Rt. 2006 s. 582, se avsnitt (22-23). Saken gjaldt bevis innhentet gjennom en ulovlig ransakning og spørsmålet om beviset skulle avskjæres. Kjæremålsutvalget tok utgangspunkt i vurderingstemaet fra Rt. 1999 s. 1269, og konstaterte først at det ikke forelå noen fortsettelse av det rettsbruddet som ble begått, for så å gå over til en interesseavveining. Avgjørelsene gir uttrykk for at det skal foretas en todeling av vurderingen. Først vurderes om det foreligger en fortsatt krenkelse. Om svaret er ja, er det en presumsjon for avskjæring, men det må fortsatt foretas en interesseavveining. Om nei, må det foretas en interesseavveining basert på øvrige prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak.

Flere teoretikere oppstiller spørsmålet om fortsatt krenkelse som utgangspunktet for avskjæringsvurderingen.<sup>136</sup> Høyesterett har imidlertid ikke en konsekvent tilnærming til vurderingen. Avgjørelsene inntatt i Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2006 s. 582 gjaldt begge

---

<sup>134</sup> Se Bjørnvik/Selfors (2000) s. 29.

<sup>135</sup> FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP).

<sup>136</sup> Se Hov (2017) s. 226 og Bjørnvik/Selfors (2000) s. 26.



straffesaker. Fremgangsmåten som ble benyttet, med utgangspunkt i spørsmålet om fortsatt krenkelse, er ikke å gjenfinne i sivile saker. Høyesterett synes der å se på spørsmålet kun som et moment i helhetsvurderingen.<sup>137</sup> Allerede fra prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 illustrerer Høyesterett at de foretar en helhetsvurdering, hvor hensynet til fortsatt krenkelse kun anvendes som et moment, se s. 624. I Rt. 2002 s. 1500 oppstiller Høyesteretts kjæremålsutvalg dessuten problemstillingen om beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet, ”slik at beviset skulle ha vært avskåret ut fra en interesseavveining”, jf. s. 1504. Det tas altså utgangspunkt i en ren interesseavveining og ikke en todelt vurdering. Rettspraksis, samt forarbeidene, viser at ”avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse”.<sup>138</sup>

Et interessant spørsmål er dermed om det kan tenkes å være en forskjell på avgjørelser før og etter 2008, da tvisteloven trådte i kraft, med innføringen av tvl. § 22-7.

Strafferettsavgjørelsene over, som viser ”todelingen” i vurderingstemaet, er begge truffet forut for 2008. Kan det tenkes at vurderingstemaet har endret seg?

I straffesaken inntatt i Rt. 2003 s. 549 avsnitt (17), forut ikrafttreddelsen, ser Høyesteretts kjæremålsutvalg på fortsatt krenkelse kun som et moment i helhetsvurderingen. Tilsvarende i straffesaken Rt. 2004 s. 858 avsnitt (18). Det samme ser en dessuten i Rt. 1994 s. 1139, forut for Rt. 1999 s. 1269-avgjørelsen. Kjæremålsutvalget tok der utgangspunkt i en konkret vurdering. Det forelå altså ikke en konsekvent praksis forut tvistelovens ikrafttredelse, hverken før eller etter avgjørelsen i Rt. 1999 s. 1269. I sivilprosessen begynte Høyesterett å se hen til lovmotivene forut ikrafttreddelsen, se f.eks. Rt. 2007 s. 920 avsnitt (54) hvor det uttales at selv om tvl. § 22-7 ”ikke er trådt i kraft, har den likevel interesse, idet bestemmelsen tar sikte på å kodifisere gjeldende rett”. Ingen av strafferettsavgjørelsene ser hen til tvistemålsutvalgets lovforslag, men baserer vurderingstemaet på tidligere rettspraksis.

I straffesaken inntatt i Rt. 2009 s. 1526 viser imidlertid Høyesterett for første gang til, og tar utgangspunkt i, tvl. § 22-7 og forarbeidene til bestemmelsen ved løsningen av avskjæringsspørsmålet. Høyesterett uttalte at spørsmålet ”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. (30). Det henvises følgelig til en ren interesseavveining, men hvor en tar utgangspunkt i ”krenkelsen det innebærer at beviset føres”. Straffesaken i Rt.

---

<sup>137</sup> Slik også i NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>138</sup> Se Rt. 1991 s. 616 s. 623 og Rt. 2001 s. 672.

2013 s. 1282 avsnitt (40-43) tar også utgangspunkt i tvl. § 22-7 og en ren interesseavveining. Det samme ser en i Rt. 2013 s. 323 (23-24), Rt. 2014 s. 1105 (47) og HR-2017-1894-U (16). Praksis viser således en endring, dithen at vurderingstemaet nå er det samme i sivile saker og i straffeprosessen. Som også vist i punkt. 1.4.1.

Robberstad mener momentet om fortsatt krenkelse ikke er særlig sentralt i sivile saker. Hun støtter sitt syn i ordlyden til § 22-7, som legger vekt på hvordan beviset ble fremskaffet, og ikke på føringen av det i retten etterpå.<sup>139</sup> Jeg er ikke helt enig i synspunktet hennes, i hvert fall ikke begrunnelsen, da både fremskaffelsesmåten og krenkelsen ved føringen av beviset er relevante momenter i interesseavveiningen. Momentet er fremhevet spesielt i forarbeidene og kommer til uttrykk og blir anvendt i rettspraksis. Det kan imidlertid tenkes at hun mener momentet ikke er særlig sentralt i sivile saker, sammenlignet med straffeprosessen. I så fall er jeg enig. Momentet blir f.eks. særlig fremhevet i Rt. 2007 s. 920 uten at det fikk gjennomslag.<sup>140</sup> En empirisk kikk på rettspraksis viser at momentet har større betydning i straffeprosessen.<sup>141</sup> Det henger nok sammen med at avgjørelsene der oftere gjelder brudd på formelle regler ved innhenting av bevis. Slik prosessuell rettskrenkelse krenker ofte sentrale rettssikkerhetssyn, som lettere vil kunne innebære en fortsatt og forsterket krenkelse.

## 5.4 Den alminnelige rettsfølelse

Forarbeide fremholder også at hensynet til sakens opplysning må veies mot ”at det kan virke støtende å tillate bevisføringen”.<sup>142</sup> Høyesterett har i flere saker vektlagt at bevisføring kan ”oppleves som” krenkende eller virke ”støtende” og/eller ”illojalt”.<sup>143</sup> Momentet uttrykkes av Bjørnvik og Selfors som hensynet til den alminnelige rettsfølelse.<sup>144</sup> Med det menes oppfatningen av et spørsmål blant folk flest.<sup>145</sup> Det siktes ikke til en subjektiv forståelse av hvordan den krenkende oppfatter bevisføringen. Momentet må forstås som en intersubjektiv oppfatning av allmennhetens retts- og moralfølelser.

At det er en intersubjektiv oppfatning som legges til grunn kommer til uttrykk i Rt. 2001 s. 668. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at et videoopptak på arbeidsplassen vil av ”ein

---

<sup>139</sup> Robberstad (2018) s. 288-289.

<sup>140</sup> Se avsnitt (55-57).

<sup>141</sup> Se Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2003 s. 549 (17), Rt. 2006 s. 582 (22), Rt. 2013 s. 476 (20) og Rt. 2014 s. 1105 (50).

<sup>142</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>143</sup> Se Rt. 1991 s. 616 på s. 624, Rt. 1997 s. 795 på s. 797, Rt. 1999 s. 1269 på s. 1142, Rt. 2009 s. 1526 (31)

<sup>144</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 35.

<sup>145</sup> Ibid.

arbeidstakar” måtte ”opplevast som sterkt krenkande”. Retten henviser til hvordan føring oppleves for ”ein arbeidstakar” som sådan, og ikke til den konkrete arbeidstakeren tvisten omhandler. Tilsvarende uttalelse finner en i Rt. 1991 s. 616. Høyesterett begrunner altså avskjæring ut i fra et større samfunnsperspektiv.

Forarbeidene taler om momentet som et argument imot føring. Momentet kan imidlertid trekke i begge retninger, både for og imot føring. Eksemplene fra rettspraksis knytter seg til at føring vil virke støtende eller sterkt belastende, og slik tale imot føring. Hvor det dreier seg om en alvorlig sak, for eksempel en alvorlig straffesak eller en barnefordelingssak, kan nektet føring imidlertid virke støtende på allmennheten. Dette særlig hvor beviset inneholder vesentlige opplysninger.<sup>146</sup> For allmennheten vil ofte avklaringen av en sak – og et materielt riktig resultat - oppleves viktigere enn å beskytte personvernet til en som har opptrådt kritikkverdigg. Det beror på forholdene i den konkrete saken hvordan momentet vil slå ut.

Ettersom det er vanskelig for domstolen å legge sikkert til grunn hva som til enhver tid er riktig oppfatning av den alminnelige rettsfølelse, kan momentet være noe problematisk å benytte. Det er imidlertid sikker rett at momentet er relevant i interesseavveiningen. Hensynet vil normalt kun få betydning som et tilleggsargument.<sup>147</sup>

## 5.5 Sakens karakter

Sakens karakter har betydning for utfallet. Hensynet til sakens opplysning henger tett sammen med, og tillegges varierende vekt avhengig av, sakens karakter. Graden av viktighet vil i vid utstrekning virke styrende på statusen til den materielle sannhetsprinsipp i den enkelte sak.<sup>148</sup> Det er allmennhetens interesse i et korrekt resultat som er styrende. For den enkelte part vil saken stort sett alltid føles viktig. Hva som avgjør en saks viktighet er ikke helt klart. Det må nok legges til grunn en objektiv vurdering av hvor viktig eller alvorlig saken er. En indikasjon kan gis ved skillet mellom dispositive og indispositive saker; saker med og uten fri rådighet.

Hensynet til sakens opplysning og den materielle sannhetsprinsipp kan veie tyngre i en straffesak og i en indispositiv sak, enn i en dispositiv sak. Etter strpl. § 294 skal retten på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst.<sup>149</sup> Retten kan i dette øyemed

---

<sup>146</sup> Se f.eks. Rt. 1997 s. 795.

<sup>147</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 36.

<sup>148</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 31.

<sup>149</sup> Bestemmelsen i strpl. § 294 gir imidlertid uttrykk for en overordnet målsetting, mer enn en absolutt plikt. Målsettingen vil bl.a. måtte begrenses av prosessøkonomiske hensyn. Sakens karakter har også relevans.

innhente nye bevis. Dette er en motsetning til sivile saker, hvor retten i utgangspunktet er bundet av partenes påstander og presentasjon av bevis, jf. tvl. § 11-2. I dispositive saker kan retten bare avgjøre de krav som er reist i saken og det er partene som har hovedansvaret for å sørge for bevisføringen. I indispositive saker har imidlertid retten, på tilsvarende måte som i straffeprosessen, plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, jf. tvl. § 21-3 (2).

Indispositive saker er saker hvor ”offentlige hensyn” begrenser partenes frie rådighet, jf. tvl. § 11-4. Det sentrale er om rettsforholdet er av en slik karakter at ”hensyn til andre interesser enn de sakens parter kan råde over, nødvendiggjør begrensninger i partenes rett til å råde over saken”.<sup>150</sup> Retten har ett særskilt ansvar for sakens opplysning. Indispositive saker er typisk saker om personstatus, barns rettsforhold etter barneloven, administrative tvangsvedtak og lignende. Konsekvensene av en uriktig dom medfører at hensynet til den materielle sannhet står sterkere, tilsvarende som i straffesaker. Rådighetsbegrensningene varierer imidlertid fra fullstendig indispositive saker til saker med delvis indispositivitet. Hensynet til sakens opplysning kan dermed variere, og stå sterkere jo mindre rådighet parten/e har over saken.

Kjennelsen i Rt. 1997 s. 795 er illustrerende. Høyesteretts kjæremålsutvalg viser at sakens karakter har betydning for vektleggingen av hensynet til sakens opplysning. Saken gjaldt foreldreansvar og omsorg for barn, og er delvis indispositiv. Høyesterett uttalte at i saker ”hvor retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, er det av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig”, jf. s. 767. Hensynet til sakens opplysning får altså gjennomgående større tyngde i indispositive saker. En indispositiv sak kan imidlertid omhandle mindre viktige interesser, for eksempel saker om gyldigheten av en planteforedlerrett, jf. planteforedlerloven<sup>151</sup> § 17.<sup>152</sup> Sakens viktighet må følgelig bero på en konkret vurdering.

I straffesaken inntatt i Rt. 1992 s. 698 kommer også hensynet til sakens viktighet frem. Saken gjaldt begjæring om gjenopptakelse, blant annet som følge av at bevis innhentet ved ulovlig ransaking skulle vært avskåret som bevis. I tilknytning til interesseavveiningen uttalte kjæremålsutvalget at ”[e]t moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til

---

<sup>150</sup> Skoghøy (2017) s. 596, med videre henvisning til NOU 2001: 32 B s. 707.

<sup>151</sup> Lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett (planteforedlerrettloven).

<sup>152</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 32.

sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen [...] gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart.” Det var dermed ingen feil at beviset var blitt tillatt ført.

Dispositive saker kan imidlertid også være viktige. De kan gjelde store verdier – som krenkelse av sentrale menneskerettigheter – eller betydelige pengesummer, hvilket kan innebære at hensynet til sakens opplysning står sterkere.<sup>153</sup>

Dette kan illustreres med en sak fra Eidsivating lagmannsrett, LE-2013-70319-1. Saken gjaldt krav om bevisavskjæring i en sak om yrkesskadeerstatning. Forsikringsselskapet påberopte seg svik. Skadelidte hadde blitt observert i en periode på over en drøy måned og det var foretatt flere videoopptak. Bevisene ble ansett utilbørlig innhentet, men ble likevel tillatt ført. Premissene tyder på at sakens karakter fikk utslagsgivende vekt. Lagmannsretten viser til Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2001 s. 668, og konstaterer at videoovervåkning over en lengre tidsperiode må anses svært inngripende. Til forskjell, var filmingen foretatt på offentlig sted – på områder ”tilgjengelige for allmenheten” - og ikke inne på en arbeidsplass. Videomaterialet var betydelig kortere enn i de overnevnte sakene, noe som gjorde krenkelsen mindre integritetskrenkende. Videoen hadde i tillegg bevismessig interesse, da den viste avvik mellom opplysningene forsikringstakeren hadde gitt om sin helsetilstand og forhold som videoene viste. Avgjørende for sakens utfall synes imidlertid å være at det dreide seg om et påstått krav på rundt 5 millioner kroner, altså en betydelig pengesum, contra et underlag på 70 000 kr som i Rt. 1991 s. 616 og et ”større kontantbeløp” i Rt. 2001 s. 668. Lagmannsretten uttalte at ”[h]ensynet til sakens opplysning tilsier [...] med styrke at beviset bør tillates fremlagt. Det dreier seg om et erstatningskrav på nesten 5 millioner kroner”. Fremleggelse ville dermed ikke innebærer noen krenkelse av tungtveiende integritets- eller personvern hensyn. På bakgrunn av hvordan sakens karakter ble vektlagt kan det tenkes at interesseavveiningen i Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2001 s. 668 kunne fått et annet utfall om det hadde dreid seg om betydelige beløper. Konkrete omstendigheter vil imidlertid alltid ha betydning for utfallet. Det er uansett klart at vektingen av hensynet til sakens opplysning særlig varierer av sakens karakter.

---

<sup>153</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 32.

## 5.6 Hvor alvorlig er lovbruddet eller utilbørligheten ved fremskaffelsen av beviset?

Det er nær sammenheng mellom spørsmålet om det foreligger ulovlig eller utilbørlig fremskaffelse, og spørsmålet om beviset skal nektes eller tillates ført. Høyesteretts kjæremålsutvalg har i Rt. 2003 s. 1266 uttalt at "[b]egrunnelsen for at et bevis anses fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte og grovheten i krenkelsen, har betydning ved den avveining av hensyn som skal finne sted". Hvordan beviset er fremskaffet, og graden av et eventuelt lovbrudd, er dermed et moment i helhetsvurderingen som kan være med å bikke resultatet i den ene eller den andre retningen.

I Rt. 1991 s. 616 ser en et eksempel på at fremskaffelsesmåten er et moment i interesseavveiningen. Kjæremålsutvalget uttalte at det "[å] ha blitt utsatt for hemmelig videoovervåkning på arbeidsplassen må av en arbeidstaker oppleves som sterkt belastende. [...] vesentlige personvern hensyn [taler] for at domstolene nekter bruk av et bevis *tilveiebrakt på denne måte*", jf. s. 624 (mine kursiveringer). Utslagsgivende for resultatet var nok at føringen innebar en krenkelse av "vesentlige personvern hensyn". Uttalelsen viser imidlertid at fremskaffelsesmåten og alvorlighetsgraden ved ervervet henger sammen med den krenkende interesse. Jo grovere integritetskrenkelse, desto mer utilbørlig anses ervervet.

Kjennelse inntatt i Rt. 2007 s. 920 illustrerer tilsvarende. Saken gjaldt spørsmålet om opplysninger, innhentet fra en bank med taushetsplikt, var fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Høyesteretts kjæremålsutvalg så hen til avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616, og la blant annet vekt på at fremgangsmåten i saken ikke medførte noen "alvorlig integritetskrenkelse", sammenlignet med saken der, jf. avsnitt (57). Ulovlig videoopptak på arbeidsplassen måtte anses grovere enn at noen ga seg ut for å drive med en banks internkontroll, og slik urettmessig fikk tilgang på opplysninger og dokumenter fra banken. Kjæremålsutvalget uttalte at tillatelsen til å fremlegge dokumentene "ikke [fikk] samme karakter av ny krenkelse". Kjennelsen viser at fremskaffelsen også har en side til om føring av bevisene innebærer en fortsatt krenkelse. Jo grovere lovbrudd eller høyere grad av utilbørlighet ved ervervet, desto mer taler det for å nekte beviset ført.

Hensynet til domstolens anseelse og den alminnelige rettsfølelse begrunner et slikt syn. Høyesterett har selv uttrykt at "det vil virke støtende om rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved brudd på gjeldende regler", jf. Rt. 1992 s. 698 på s. 706.

I proposisjonen til tvisteloven har departementet i tillegg fremholdt at det kan tenkes tilfeller hvor ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis ”er ervervet på en slik måte at retten av den grunn ikke bør tillate bevis ført, for eksempel hvis det er framskaffet ved en alvorlig staffbar [*sic.*] handling som er foretatt i den hensikt”.<sup>154</sup> Forarbeidene viser at beviservervet i seg selv kan begrunne avskjæring, hvor lovbruddet er *alvorlig* og gjennomført i den ”hensikt” å skaffe beviset. Det at et bevis er ulovlig ervervet, krever som nevnt ikke at beviserververen subjektivt har ment å overtre bestemmelsen, jf. Rt. 1991 s. 616 på s. 621. Det er tilstrekkelig med en objektiv overtredelse. Hvor beviset er fremskaffet gjennom et alvorlig lovbrudd i den hensikt å skaffe beviset, foreligger det imidlertid også subjektiv skyld, noe Departementet isolert sett mener kan føre til avskjæring. Forutsatt at lovbruddet er alvorlig. De preventive hensyn kommer her inn som et ytterligere moment i vektskålen imot føring. Jo grovere lovbrudd som er overtrådt ved beviservervet, desto mer taler de preventive hensyn for at beviset burde avskjæres, se punkt 5.7.

Tanken må være at grove lovbrudd ved beviserverv burde søkes motvirket av domstolene. Øyen påpeker at bevisavskjæring i slike tilfeller ”er nødvendig for at rettspleien skal være en rettsstat verdig”.<sup>155</sup> Domstolens primærfunksjon i sivile saker er i første rekke å løse konkrete rettstvister. Domstolen skal imidlertid også sørge for at rettsreglene som lovgiverne har gitt, gjennomføres. Hvis lovbruddet ved beviservervet er veldig graverende og domstolen tillater beviset ført, kan det gi en negativ signaleffekt om at domstolen aksepterer handlinger som lovgiver anser som uønsket. Dette vil trosse maktfordelingsprinsippet, og kan svekke domstolens anseelse. Schei m.fl. skriver at det vil kunne få ”uheldige virkninger for den alminnelige rettsfølelse dersom domstolene selv godkjenner bruk av ulovlige midler, ikke minst hvor beviset er skaffet til veie ved regelbrudd fra politiet i straffesaker”.

Ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis er oftest innhentet i den hensikt å skaffe bevis. Det har i så henseende blitt påberopt at behovet for bevis gjør ervervet mindre utilbørlig. Kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 878 gjaldt spørsmål om avskjæring av skjult videoopptak som bevis i en avskjedssak. Videoopptaket var foretatt som følge av mistanke om underslag. Den ankende part anførte at videoopptaket ikke var lovstridig, da det ”kan være legitimt og personvernmessig forsvarlig for en arbeidsgiver å søke å avkrefte eller bekrefte en konkret mistanke mot en ansatt”, jf. avsnitt (7). Dette særlig når det er vanskelig å sikre bevis på

---

<sup>154</sup> Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 460.

<sup>155</sup> Øyen (2016) s. 412.

annen måte. Høyesterett ankeutvalg fant beviset ulovlig ervervet, og uttalte at det at ”formålet var å skaffe bevis, ikke [setter] forholdet i en annen stilling”. Utvalget fremholdt at hensynene imidlertid kunne komme inn ved vurderingen av om ulovlige opptak likevel kan føres som bevis”, jf. avsnitt (16). Det at beviservervet har til formål å skaffe bevis, gjør det altså i utgangspunktet ikke noe mindre ulovlig eller utilbørlig. Fremskaffelsesmetoden er avgjørende, og muligheten for å skaffe beviset på annen måte. Hvor det ikke er mulig å skaffe beviset til veie på annen måte kan det tenkes å få en viss betydning, se punkt 5.9.

Tilsvarende kommer til uttrykk i avskjedssak inntatt i Rt. 2001 s. 668. Kjæremålsutvalget understreket at det ikke i seg selv har vekt at hemmelig overvåkning kan tenkes å kunne bevise straffbare handlinger. Utvalget uttalte at ”[o]mfang og karakter av saka gir ikkje grunn til å sjå bort frå utgangspunktet om at eit hemmeleg opptak av denne typen ikkje bør kunne leggjast fram. Prinsipielle omsyn her må vege tyngre enn den konkrete vekta eit slik opptak kan tenkjast å ha som bevis i saka”, jf. s. 672. Uttalelsen gjelder avveiningen i den konkrete saken. Kjennelsene viser at behovet for å innhente bevis kan benyttes som et tilleggsmoment, hvor sakens karakter og hensynet til sakens opplysning tilsier det, og slik tale for føring.

Slik var tilfellet i LE-2013-70319-1. Lagmannsretten uttalte at det ikke kan legges til grunn at all filming uten samtykke alltid er å anse som utilbørlig. For eksempel vil dette kunne stille seg annerledes ved mistanke om svik. Det må imidlertid ”være en klar forutsetning at det foreligger en kvalifisert mistanke om svik, at det først er foretatt øvrige undersøkelser for å avklare forholdet, og at filming fremstår som nødvendig og målrettet for å få avklart mistanken”. For å legge vekt på behovet for bevis forutsettes det altså at erververen har en kvalifisert mistanke. Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2001 s. 668 gjaldt imidlertid begge videoovervåking pga. mistanke om underslag, uten at det fikk betydning for sakens utfall. I lagmannsrettkjennelsen var behovet for bevis kun anvendt som tilleggsmoment. Sakens karakter og konkrete saksforhold førte hovedsakelig til at videoen ble tillatt ført.

Jørgen All uttaler at ”ulovligheten kan spenne fra de groveste torturtilfeller til overtredelse av formelle forskrifter. Dette må påvirke vurderingen”.<sup>156</sup> Det er klart. Det følger for eksempel et absolutt forbud mot tortur og umenneskelig behandling etter EMK art. 3 og grl. § 93 annet ledd. I storkammerdommen 1 juni 2010 *Gafgen mot Tyskland* bestemte EMD at bevisinnhenting i strid med artikkel 3, tilsa et generelt forbud mot føring av bevis. Slik føring

---

<sup>156</sup> Aall (2002) s. 962.



vil aldri være ”fair” etter EMK art. 6 nr. 1. Dette gjelder uansett om beviset er skaffet som en umiddelbar konsekvens, eller mer som en fjern følge, av krenkelsen.<sup>157</sup> Bevis ervervet gjennom tortur eller umenneskelig behandling skal dermed avskjæres, også avledede bevis.

Det kan også tenkes tilfeller hvor ervervet er ulovlig, men så lite kritikkverdig at man ikke anser det utilbørlig. En må veie hvor store innvendinger en kan rette mot framskaffelsesmåten opp mot bevisets betydning. Hov viser som eksempel hvis ”det lovbrudd som begås for å skaffe frem beviset er lite, og beviset er viktig, kan en vel ikke uten videre si at beviset er ervervet på ”utilbørlig måte”.<sup>158</sup> Dette synspunktet er ikke holdbart. Utgangspunktet er at grunnvilkåret om ulovlig eller utilbørlig fremskaffelse alltid må foreligge, før en går inn i interesseavveiningen, og ser på om beviset skal avskjæres eller ikke.<sup>159</sup> Hvor fremskaffelsen skjer gjennom et lovbrudd, er ervervet ulovlig. Det selv om ervervet er lite grovt og nærmere tilbørlig. Hvor lovbruddet er lite og beviset viktig, taler det selvfølgelig som et moment for føring. Det man kan si klart er at fremskaffelsesmåten, og dets alvorlighetsgrad, har betydning i helhetsvurderingen.

Retten må derfor som hovedregel først vurdere på hvilken måte beviset er fremskaffet. Er det skaffet til veie på ulovlig måte? I så fall, er det et alvorlig lovbrudd? Er lovbruddet foretatt med hensikt på beviserverv? Eller er beviservervet utilbørlig? Hvor kritikkverdig er i så fall den aktuelle fremgangsmåten? Bør slik fremskaffelse slås ned på og forhindres? Hvilken bevisverdi har beviset?

## 5.7 Preventive hensyn

Et moment som taler for avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis er at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt.<sup>160</sup> En tillatelse til å føre ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis vil kunne oppfordre andre til å innhente bevis ved samme fremgangsmåte. I tillegg følger det av domstolens rolle som rettshåndhevende organ at de skal søke å motvirke overtredelser av gjeldende rettsregler. Gjennom bevisavskjæring vil domstolene ”kunne bidra til å motvirke ulovlig og utilbørlig adferd”.<sup>161</sup> Allerede i prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 viste kjæremålsutvalget nettopp at domstolene gjennom en restriktiv bruk av ulovlig eller

---

<sup>157</sup> Gafgen mot Tyskland, nr. 22978/05, 1. juni 2010.

<sup>158</sup> Hov (2017), s. 226.

<sup>159</sup> Se Rt. 2003 s. 1266 (20-21).

<sup>160</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>161</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 34.

utilbørlig ervervede bevis vil kunne ”motvirke denne form for krenkelser”, jf. s. 624.

Tilsidesettelse av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis kan ha ”en oppdragende effekt”.<sup>162</sup>

Høyesterett har i flere avgjørelser tillagt preventive hensyn vekt i interesseavveiningen, som et argument mot å tillate ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis ført.<sup>163</sup> Hensynets vekt varierer likevel ut i fra sakens øvrige momenter, og får større betydning ved siden av enkelte av momentene. Først og fremst vil grovheten av krenkelsen ha betydning. Jo grovere krenkelse det er ved fremskaffelsen, desto mer veier de preventive hensyn i den konkrete avgjørelse. Domstolens oppdragende effekt begrunner en slik holdning.

Kjennelse inntatt i Rt. 2007 s. 920 gjaldt spørsmålet om å avskjære dokumenter med kontoopplysninger ervervet på ulovlig måte, gjennom en banks brudd på taushetsplikt. Høyesterett uttalte i avsnitt (57) at ”den anvendte fremgangsmåten ... neppe kan karakteriseres som noen ”alvorlig integritetskrenkelse””. Utvalget viste så til Rt. 1991 s. 616. Retten sammenlignet sakene og uttalte at ”å fremlegge dokumentene ikke [har] samme karakter av ny krenkelse” og at ”[d]e preventive hensyn dermed ikke [har] samme vekt som ved ulovlige video-opptak”. Uttalelsen viser at preventive hensyn har større vekt ved grovere krenkelse og der føring innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse.

Preventive hensyn henger også sammen med og vektet opp mot sakens karakter. Dette kan illustreres med kjennelsen i Rt. 1997 s. 795 på s. 767, som gjaldt spørsmål om samværsrett. I saken hadde barnets mor gjort skjult lydbandopptak av barna og barnets far. Et spørsmål for Høyesterett var om beviset skulle nektes fremmet. Høyesterett uttalte at ”[e]n adgang til å legge frem lydband/utskrift basert på hemmelige opptak *i denne type saker* vil kunne åpne for en aktivitet hos foreldrene – med barna som mer eller mindre intetanende aktører – som det er grunn til å motvirke” (mine kursiveringer). ”Sammen med de muligheter for tilretteleggelse av situasjonen som her lett vil foreligge, vil en adgang til slik bevisførsel reglemessig [*sic.*] neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi”. Beviset ble nektet fremmet. I vurderingen av om beviset skulle avskjæres, la kjæremålsutvalget særlig vekt på hensynet til barnet og foreldrenes mulighet for manipulasjon. Barn har ikke de samme forutsetningene for å ivareta sine egne interesser, slik som voksne. Barn skjønner ikke nødvendigvis rekkevidden og konsekvensene av hva de sier og gjør. Foreldrene kan lettere ”utnytte” eller manipulere

---

<sup>162</sup> Ibid, med videre henvisninger.

<sup>163</sup> Se bl.a. Rt. 1991 s. 616, Rt. 2001 s. 668 og Rt. 2004 s. 878.

barnet på en måte som gjør at opptaket gir en uriktig fremstilling, eller en fremstilling som ikke reelt sett gjenspeiler barnets ønsker. Det vil kunne påvirke troverdigheten til beviset, se punkt 5.8. Slike opptak med lav troverdighet vil vanskelig kunne tas til inntekt for å avgjøre hva som er til barnets beste, jf. barneloven<sup>164</sup> § 48.

Barna er dessuten ikke parter i saken, og har ikke prosessuell handleevne, og får på den måten heller ikke adgang til å ta til motmæle for det som blir sagt i opptaket. Krenkelse av personvernet til barn, mulighetene for manipulasjon og manglende kontradiksjon, medfører større grunn for å ønske å motvirke slike beviserverv ”i denne type saker”.

Prevensjonshensynet taler i slike tilfeller som et viktig moment imot føring, ved siden av hensynet til sakens karakter og bevisverdien.

Preventive hensyn knytter seg til fremgangsmåten ved ervervet. Dette illustreres i Rt. 2014 s. 916. Saken gjaldt spørsmålet om en rapport og vitneforklaring var innhentet på utilbørlig måte, ettersom rapporten ble utarbeidet samtidig som det ble foretatt skjulte videoopptak. Høyesterett fant at bevisene kunne føres da forklaringen og rapporten bygget på egne observasjoner og ikke på selve videoopptaket. Retten uttalte i så henseende ”at videoopptaket her ikke brukes, vil i seg selv ha en preventiv effekt”, jf. avsnitt (25). Hadde forklaringen bygd på det ulovlige opptaket, kunne saken stilt seg annerledes.

I straffeprosessen, ved ulovlig beviserverv som følge av brudd på formelle regler, har ikke Høyesterett tillagt preventive hensyn tilsvarende vekt. Høyesterett uttalte i Rt. 1992 s. 698 på s. 705 at ”[m]ulige 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. Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte”. Tilsvarende i Rt. 2006 s. 582 (24) hvor retten uttalte at ”[a]vskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking”. Lovgiveren har imidlertid ”akseptert at et bevis kan føres selv om det knytter seg formelle feil til det”. En forutsetning er imidlertid at beviset gir bidrag til oppklaring av saken.

---

<sup>164</sup> Lov 08. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

## 5.8 Bevisverdien

Hvilken bevisverdi et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis har, er et relevant moment i interesseavveiningen. Begrepet bevisverdi knytter seg til kvaliteten på et bevis og hvilket informasjonsgrunnlag beviset kan gi for å opplyse saken. Det sentrale er ”om beviset gir grunnlag for slutninger av bevismessig interesse i den ene eller den andre retning”.<sup>165</sup> Dersom et bevis er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, kan det ha betydning for bevismidlets kvalitet og pålitelighet.<sup>166</sup>

Etter forarbeidene legges det vekt på ”om overtredelsen har betydning for bevisverdien”.<sup>167</sup> Vektingen av bevisverdien som et moment i avskjæringsvurderingen beror dermed på fremskaffelsesmåten og hvordan den påvirker bevisverdien.<sup>168</sup> For eksempel kan bevis innhentet ved lydopptak lettere manipuleres og gi et feil inntrykk av realitetene.<sup>169</sup> Slike bevis er mindre troverdige, og kan lettere tenkes avskåret. Det er imidlertid relevant om beviset belyser et viktig tema som gir bidrag til sakens opplysning.<sup>170</sup> I slike tilfeller vil sakens karakter og hensynet til sakens opplysning kunne vippe vektskålen i motsatt retning igjen, imot føring. Momentet kan trekke avveiningen i begge retninger, både for og imot føring.

I tvist om samværsrett i Rt.1997 s. 795 ble et hemmelig lydbåndopptak av barna og barnas far nektet ført. Som nevnt i punkt 5.7, rokket fremgangsmåten ved ervervet ved bevisets pålitelighet. Lydbåndopptak, særlig av barn, kan lettere manipuleres og gi et feil inntrykk av realitetene. Preventive hensyn tilsa avskjæring. Bevistilbudet ble dessuten dekket av øvrige bevis i saken. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte imidlertid at 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 jeg har nevnt i det foregående bør vike” (mine kursiveringer). Det tas altså et forbehold om at resultatet kunne blitt et annet dersom beviset hadde bevisverdi og ikke kunne fremskaffes på annen måte.

Bjørnvik og Selfors uttrykker at Høyesteretts reservasjon ”neppe kan forstås som absolutte vilkår for at beviset skal tillates ført”.<sup>171</sup> Rettspraksis viser at det kun vil ha betydning for

---

<sup>165</sup> Øyen (2016), s. 355-356.

<sup>166</sup> Skoghøy (2017) s. 880.

<sup>167</sup> NOU 2001: 32 B s. 961.

<sup>168</sup> Schei mfl. (2013) s. 868.

<sup>169</sup> Se bl.a. Rt. 1997 s. 795 og Rt. 2009 s. 1526.

<sup>170</sup> Se LH-2015-172667.

<sup>171</sup> Bjørnvik/Selfors (2000) s. 31.

vektingen av momentet i helhetsvurderingen. Om beviset inneholder vesentlige opplysninger taler det for føring. Det kan for eksempel ”ikke være riktig å avskjære hemmelige opptak av samtaler som tilsier at et barn blir utsatt for alvorlige overgrep eller omsorgssvikt”.<sup>172</sup> I slike tilfeller vil bevisverdien sammenholdt med sakens karakter og hensynet til sakens opplysning tale for føring. Schei m.fl. uttaler imidlertid at hvor beviset er viktig og pålitelig, vil momentet om fortsatt integritetskrenkelse være størst.<sup>173</sup> Det må alltid foretas en konkret avveining.

Momentet om hvilken bevisverdi bevismiddelet har, henger altså sammen med hensynet til sakens opplysning og sakens karakter. I overnevnte kjennelse uttalte kjæremålsutvalget i tilknytning til bevisverdien at ”[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”. Sakens karakter gjør at hensynet til sakens opplysning står sterkt, og der et bevis inneholder opplysninger som bidrar til opplysning av saken, og som ikke kan bli belyst på annen måte, taler dette sterkt for føring av beviset.

At sakens karakter har betydning, illustreres også i dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1526. Høyesterett kom til at lydopptak fra en samtale som var forutsatt å være konfidensiell, var innhentet på utilbørlig måte, men at det etter en interesseavveining likevel kunne avspilles. Hovedsakelig på grunn av det straffbare forholdets alvorlige karakter. Høyesterett uttaler om bevisets pålitelighet at:

”den som gjør opptaket, [kan] styre samtalen for sine formål, slik at opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten. Det er dessuten mulig å forfalske/manipulere opptakene, noe som gjør det betenkelig å akseptere avspillingen av slike hemmelige oppdrag”, jf. avsnitt (31).

Høyesterett legger vekt på det faktum at fremskaffelsen av bevis kan påvirke bevisverdien og at det dermed er ”betenkelig å akseptere” slik bevisførsel, særlig ettersom beviset kan bli manipulert og gi et feil ”inntrykk av realiteten”. Hvor beviset er upålitelig, taler den materielle sannhetsprinsipp imot føring. Dette ble likevel ikke avgjørende, da saken gjaldt ”en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende”, jf. avsnitt (32). Kjennelsen viser at sakens karakter har stor betydning for vektingen av hensynet til sakens opplysning, og om beviset skal tillates ført. Selv om beviset kunne vært

---

<sup>172</sup> Schei mfl. Ajourført versjon av *Tvisteloven, kommentarutgave*. Tvl. § 22-7, punkt 5, 4. avsnitt.

<sup>173</sup> Schei mfl. (2013) s. 869.

manipulert og lite troverdig, tilsa sakens karakter at vektingen av hensynet til sakens opplysning og den materielle sannhetsprinsipp ble tungtveiende, og avgjørende for føring. I saker av alvorlig karakter, særlig straffesaker og i indispositive saker, hvor retten har et særlig ansvar for å sørge for at bevisføringen er forsvarlig, står følgelig momentet om bevisverdien mer nøytralt, på grunn av at hensynet til sakens opplysning står sterkere.

At fremskaffelsesmåten har betydning for bevisverdien, særlig at beviset kan være manipulert og ikke gi uttrykk for den materielle sannhet kommer også til uttrykk i samværstvist fra Rt. 1997 s. 795 på s. 767. Retten utalte at ”[i] tillegg kommer at det vil være den av foreldrene som har forestått opptakene som har hånd om dette materialet. Sammen med de muligheter for tilretteleggelse av situasjonen som her lett vil foreligge, vil en adgang til slik bevisførsel neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi”. Hvis beviset er ervervet på en måte som lettere kan påvirke bevisets troverdighet, taler både usikker bevisverdi og preventive hensyn imot føring. Jo mindre pålitelig eller mer perifert beviset er, desto mer svekkes behovet for å føre beviset av hensyn til sakens opplysning.<sup>174</sup> Det er også av betydning hvordan bevissituasjonen er i den konkrete sak.<sup>175</sup> Hviler saken kun på det ulovlig eller utilbørlig ervervede beviset? Trenger retten flere bevis? Er beviset et vesentlig eller sentralt bevis?<sup>176</sup>

I Rt. 2007 s. 920 var det utilbørlig ervervede beviset sentralt for sakens tema.

Fremgangsmåten var ikke så alvorlig og beviset kunne ikke innhentes på annen måte. Hensynet til sakens opplysning tilsa dermed at beviset ble tillat ført. Høyesteretts kjæremålsutvalg vektla blant annet at den krenkende parten hadde adgang til å imøtegå påliteligheten av beviset. Kjæremålsutvalget kunne

”ikke se at fremleggelse av dokumentene vil medføre at A [den krenkende parten] avskjæres fra på forsvarlig måte å imøtegå dem. Dokumentenes ekthet vil i stor utstrekning kunne etterprøves av skriftsakkyndige – eksempelvis dersom A vil anføre at bilag 17 ikke er undertegnet av ham. Han vil også for øvrig ha gode muligheter for å føre motbevis”.

---

<sup>174</sup> Schei mfl. (2013) s. 869.

<sup>175</sup> Se Rt. 2004 s. 878 avsnitt (19)

<sup>176</sup> Se bl.a. LH-2015-172667, som særlig nevner at beviset var et ”sentralt bevismiddel”.

Det må følgelig også tas i betraktning om påliteligheten av beviset kan imøtegås av partene. Hvis bevisets troverdighet kan imøtegås taler det for føring.

Hvis beviset har liten bevisverdi eller er perifert, kan det på den andre siden tenkes å tale imot å tillate et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis ført. Man kan imidlertid argumentere for at perifere bevis uansett bør tillates ført, da de vil ha liten betydning for saken og dermed ikke gjøre skade om de tillates ført.<sup>177</sup> På den andre siden, hvis det foreligger en alvorlig integritetskrenkelse ved beviservervet og bevisverdien er perifer, vil føring kunne innebære en unødvendig krenkelse. Hvis innhentingsmetoden er graverende, bør ikke et bevis med lav bevisverdi tillates først. Både preventive hensyn og hensynet til domstolens anseelse trekker i retning av et slikt resultat. Dersom beviset imidlertid inneholder relevante opplysninger, vil en nektelse kunne innebære at retten treffer sin avgjørelse på mangelfullt eller i verste fall på uriktig grunnlag.<sup>178</sup> Derfor må det alltid flere hensyn med i vektskålen for å avgjøre hvilken vekt en skal tillegge bevisverdien i den konkrete sak.

Det kan til sist argumenteres for at momentet om lav bevisverdi ikke er et så viktig motargument, ettersom retten uansett må foreta en fri bevisvurdering, jf. tvl. § 21-2.<sup>179</sup> Domstolene skal foreta en samvittighetsfull vurdering av alle bevisene, og det enkelte bevisets reelle troverdighet, hvilket innebærer at de heller kan velge å legge mindre vekt på beviset i bevisbedømmelsen. Retten må vurdere om det enkelte bevis gir relevante opplysninger som bidrar til sakens opplysning, samt vurdere om beviset kan vektlegges med tanke på slutningen. Dette kan illustreres av HR-2017-1894-U. Saken gjaldt et politiavhør som var innhentet slik at det krenket flere rettsikkerhetsgarantier. Ankeutvalget påpekte at det derfor ville ”være usikkert hvilket bidrag [beviset] kan gi til bevisbedømmelsen”. Den dømmende rett vil imidlertid ”ha denne svakheten for øye dersom beviset føres”. I saken talte imidlertid ikke hensynet til sakens opplysning på avgjørende måte for at beviset skulle føres. Beviset ble nektet ført.

## **5.9 Hvilke muligheter er det for å fremskaffe beviset på annen måte?**

Et ytterligere og vesentlig moment er om parten som fremlegger det ulovlig eller utilbørlig ervervede beviset, kunne ha fremskaffet beviset på en annen måte. Høyesterett har uttalt flere

---

<sup>177</sup> Schei mfl. (2013) s. 1106.

<sup>178</sup> Bjørnvik/Selfors 2000 s. 31.

<sup>179</sup> Se bl.a. Rt. 1994 s. 1139, som fremhever at påliteligheten av beviset er noe retten kan ta i betraktning ved bevisbedømmelsen. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at ”I et slikt tilfelle mener jeg at retten må legge til grunn det saksforholdet som den etter en samlet vurdering finner mest sannsynlig”.

ganger at det er flere betenkeligheter ved å fremlegge bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, se f.eks. Rt. 2009 s. 1526 avsnitt (31). Det kan først og fremst virke støtende og illojalt overfor den parten som er krenket gjennom beviservervet. Høyesterett har i så henseende uttrykt at "[d]en annen part må – i alle fall som et utgangspunkt- ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter", jf. Rt. 1997 s. 795 på s. 797. Tillatt føring kan videre oppfordre andre til å fremskaffe bevis på lignende måte. Den ulovlig eller utilbørlig fremskaffelsen kan dessuten påvirke bevisverdien. Dersom retten tillater ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis ført, vil det dermed kunne svekke domstolens anseelse som rettshåndhevere.<sup>180</sup> Særlig hvor beviset kunne vært fremskaffet på annen, tilbørlig måte. Hvis informasjonen i beviset kan fremskaffes på annen måte, bør ikke det ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis føres. Hensynet til sakens opplysning blir da ikke krenket, og alle betenkelighetene ved å føre beviset unngås. Motsatt, hvor beviset ikke kan innhentes på annen måte, og beviset inneholder relevante opplysninger, taler det for at beviset kan føres. Særlig hvis sakens karakter tilsier det.

Ta for eksempel kjennelsen inntatt i Rt. 2014 s. 916, om granskeren som hadde foretatt skjult videoopptak og samtidig utarbeidet en rapport. Høyesterett avskar videoopptaket, men tillot rapporten fremmet. Rapporten ble tillatt fremmet da den bygde på granskerens "egne observasjoner". Det kunne ikke uten videre legges til grunn at vitneforklaringen baserte seg på videofilmen. Høyesterett nevner det ikke, men det kan tenkes at vurderingen ville stilt seg annerledes slik at videoen ville blitt tillatt ført, dersom det ikke fantes en rapport som tilførte faktum det samme informasjonsgrunnlaget. Samt at øvrige hensyn tilsa føring.

I samværstvisten fra Rt. 1997 s. 795 viser Høyesterett at momentet om beviset kunne vært fremskaffet på annen måte, henger sammen med hvilken bevisverdi det ulovlig eller utilbørlige beviset har. Morens lydbåndopptak av telefonsamtaler mellom faren og barna, ble nektet ført som bevis. Retten tok forbehold om at utfallet kunne slått ulikt ut, i tilfeller hvor beviset inneholder "så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte". Om så, bør mulig andre hensyn vike og beviset tillates ført. Særlig i saker "hvor retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, er det av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig".

---

<sup>180</sup> Aall (2002) s. 964.



Kjennelsen i Rt. 2007 s. 920 avsnitt (58) viser et eksempel på at et ulovlig ervervet bevis ble tillatt ført. Saken gjaldt krav om erstatning mot en tidligere ansatt, og spørsmål om ulovlig innhentede dokumenter skulle avskjæres. Opplysningene i beviset var sentrale og kunne ikke innhentes på annen måte. Etter utvalgets vurdering sto en overfor en slik situasjon at parten ”neppe ville hatt mulighet for å fremskaffe dokumentene på annen måte. Dette, sammenholdt med hensynet til sakens opplysning, taler også for a dokumentene kan legges fram”.

Høyesterett ser altså på momentet sammen med hvor vesentlige opplysninger som fremkommer av det ulovlig eller utilbørlige ervervede beviset. Hvor beviset inneholder vesentlige opplysninger, og det ikke er mulighet å fremskaffe beviset på annen måte bør det tillates ført. Særlig hvis en står overfor en sak av stor betydning hvor hensynet til sakens opplysning står sterkt, jf. Rt. 1997 s. 795.

Twistemålsutvalget påpeker at momentet om at det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte, illustrerer en grenseflate mot bestemmelsen i § 21-7 (2) bokstav c.<sup>181</sup> Etter bestemmelsen kan retten nekte ført bevis som retten ”finder det nødvendig å føre på annen måte”. Bestemmelsen tar sikte på ”tilfeller hvor beviset slik det er tilbudt, har en lav eller usikker bevisverdi, men hvor det er mulig å føre beviset på annen måte, og dette vil gi beviset en langt høyere eller sikrere bevisverdi”.<sup>182</sup> Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen vil ”kunne være aktuell i situasjoner som ligger nær opp til tilfeller hvor bevis kan avskjæres etter [§ 22-7] om bevis ervervet på utilbørlig måte. Beviset er f.eks. skaffet til veie ved tilsidesettelse av personvern hensyn eller ved krenkelse av andre viktige hensyn for rettergangen, men ikke i den grad at nektelse er hjemlet etter § [22-7]”.<sup>183</sup>

Kjennelsen inntatt i Rt-1987-548 er et eksempel. Saken gjaldt spørsmål om samværsrett. Faren fremla lydbandopptak av en samtale mellom ham og barna, for å støtte opp under at barna ikke var redd ham. Kjæremålsutvalget kom til ”at beviset ikke var opptatt i ”betryggende former”. Båndopptaket ble nektet som bevis. Beviset om barna var redd for faren eller ikke, måtte føres på annen måte. Det ble i den forbindelse pekt på reglene om barneavhør”.<sup>184</sup> Der det er mulig å skaffe beviset på en annen og mer betryggende måte, kan beviset følgelig også nektes ført etter § 21-7 (2) bokstav c.

---

<sup>181</sup> Se også Skoghøy (2017) s. 891.

<sup>182</sup> Skoghøy (2017) s. 891.

<sup>183</sup> NOU 2001: 32 B s. 949.

<sup>184</sup> Ibid.

## 5.10 Hvorvidt beviset skal tillates ført, beror på en samlet vurdering

Hvor et bevis er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, er det ikke tvilsomt at beviset ”kan” avskjæres, jf. tvl. § 22-7.<sup>185</sup> Ordlyden taler om avskjæring ”i særlige tilfeller”, men Høyesterett har vist at avgjørelsen baserer seg på en helhetsvurdering. Hvorvidt beviset skal tillates ført eller avskjæres, beror på en samlet vurdering av de prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak. Det skal foretas en ”bred avveining”. Det er derfor vanskelig å si noe eksakt om akkurat i hvilken utstrekking ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis kan nektes ført. Konkrete saksforhold vil alltid kunne tippe avveiningen i den ene eller den andre retningen. Dette vanskeliggjør å konstatere rene kasuistiske typetilfeller.

Det har likevel utkrystallisert seg enkelte utgangspunkter og hovedregler for ulike typetilfeller, jf. punkt 5.2. For eksempel så skal skjulte videoopptak i utgangspunkt nektes ført.<sup>186</sup> Uansett utgangspunkt, må det foretas en konkret helhetsvurdering. Det er opp til retten å avgjøre om det foreligger et slikt ”særlig tilfelle” som tilsier at beviset kan avskjæres. Hensynet til sakens opplysning skal alltid vektes mot den krenkende interesse, og den krenkelse det innebærer å føre beviset.<sup>187</sup> Hensynet til sakens opplysning og hensynet til den krenkende interesse kan dermed kalles for hovedhensynene i avveiningen. De øvrige hensyn får mer karakter som tilleggsmomenter som er med å styrke hovedhensynenes vekt, og vippe vektskålen enten for eller imot avskjæring. Vektingen av et tilleggsmoment vil imidlertid ofte utgjøre tungen på vektskålen for resultatet.

Generelt vil hensynet til sakens opplysning få tyngre vekt der sakens karakter er alvorlig eller viktig, hvor det foreligger liten grad av krenkelse og ervervet ikke er særlig kritikkverdig, samt hvor beviset inneholder sentrale opplysninger, og ikke kan fremskaffes på annen måte. Hensynet til den krenkende interesse vektes tyngre hvor det foreligger en alvorlig krenkelse, hvor beviservervet er kritikkverdig og hvor føring innebærer en fortsatt krenkelse. Dette underbygges igjen av hensynet til domstolens anseelse. I tillegg kommer preventive hensyn inn og tilfeller hvor beviset har lav bevisverdi eller er upålitelig. Hvordan hensynene vektes i det konkrete tilfellet kommer imidlertid an på forholdene i den konkrete saken og hvilke hensyn som dermed gjør seg gjeldende.

---

<sup>185</sup> Se også Rt. 2009 s. 1526 avsnitt (31).

<sup>186</sup> Skoghøy (2017) s. 883 med videre henvisninger.

<sup>187</sup> Jf. Rt. 2009 s. 1526 (30).

## 6 Avsluttende bemerkninger

Adgangen til å nekte ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis har utviklet seg i rettspraksis. Regelen er nå kodifisert i tvl. § 22-7, uten at det kan fastslås om lovimplementeringen har skapt større klarhet over i hvilken utstrekning ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis skal fremmes eller kan nektes ført. Det skal fortsatt – som etter den ulovfestede regelen – foretas en konkret vurdering. Kodifiseringen gir likevel regelen et annet rettslig grunnlag.<sup>188</sup>

Lovfesting skaper større forutberegnelighet for borgeren og setter visse begrensninger for domstolens rettsanvendelse. Bestemmelsen har imidlertid en åpen ordlyd, og en henvisning til forarbeider og rettspraksis er fortsatt en nødvendighet for å klarlegge regelens innhold.

En åpen ordlyd med skjønnsmessige uttrykk, i tillegg til en vid utilbørlighetsstandard, legger til rette for at domstolen kan utvikle regelen i samsvar med samfunnsutviklingen. Dette må anses positivt for domstolene og lovgiver, ettersom regelen gir rom for den teknologiske utviklingen og endringer i hva som utgjør den alminnelige rettsfølelse. Overvåkning blir for eksempel mer og mer vanlig. Det kan dermed tenkes at overvåkning vil godtas i større grad i fremtiden, slik at slike beviserverv ikke vil anses like kritikkverdige og fremmes i større grad. Bestemmelsen setter ingen stopper for slike holdningsendringer.

På den andre siden skaper en åpen ordlyd uklarheter for borgeren og gjør regelen mindre forutberegnelig, ved at innholdet i regelen stadig kan endres. En åpen ordlyd og en konkret helhetsvurdering kan føre til at like tilfeller behandles ulikt. Alle er like for loven, jf. Grl. § 98 og like tilfeller skal behandles likt. Ved at konkrete saksforhold skal tillegges vekt kan imidlertid tilsynelatende like tilfeller få ulikt resultat. Det er derfor viktig at domstolen anvender de etablerte hensyn og momenter, og begrunner avgjørelsene sine godt.

Om oppfatningen av hvilke beviserverv som anses kritikkverdige vil forandre seg med tiden, kan ikke sies for sikkert, men vil vise seg med tiden. Det er domstolens rolle å følge med og avgjøre rettstvister i tråd med de rådende samfunnsoppfatninger, og utvikle retten deretter.

---

<sup>188</sup> Hov (2017), s. 225.

## **Kildeliste**

### **Lover**

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).

Lov 08. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

Lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett (planteforedlerrettloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

Lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandlingen av helseopplysninger (helseregisterloven).

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

### **Forskrifter**

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

### **Internasjonale konvensjoner**

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994.

Europaparlaments og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP).

## **Forarbeider**

NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven).

Ot.prp.nr.35 (1978–1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).

NOU 2001: 32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Ot.prp.nr.51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

## **Rettspraksis**

### **Høyesterett**

Rt. 1981 s. 377

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1992 s. 698

Rt. 1994 s. 1139

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1997 s. 1778

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 2001 s. 668

Rt. 2001 s. 1589

Rt. 2002 s. 1500

Rt. 2002 s. 1572

Rt. 2002 s. 1744

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2003 s. 1266

Rt. 2003 s. 1814

Rt. 2004 s. 858

Rt. 2004 s. 878

Rt. 2004 s. 1366

Rt. 2005 s. 518

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 1524

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 920

Rt. 2008 s. 1409

Rt. 2009 s. 567

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2011 s. 1324

HR-2011-1019-U

Rt. 2013 s. 145

Rt. 2013 s. 323

Rt. 2013 s. 476

Rt. 2013 s. 1282

Rt. 2014 s. 916

Rt. 2014 s. 1105

HR-2017-1894-U

### **Lagmannsrettene**

RG-2001-321

RG-2011-32

RG-2011-36

RG-2011-321

LH-2011-110153

LE-2013-70319-1

LH-2015-172667

LB-2015-90290-2

LB-2016-169011

LB-2016-109383

LB-2018-155792

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol**

Engel mfl. mot Nederland, nr. 5370/72, EMD 23. november 1976.

Schenk mot Sveits, nr. 10862/84, EMD 12 Jul 1988.

Khan mot Storbritannia, sak nr. 35394/97, EMD 12. mai 2000.

Gäfgen mot Tyskland, nr. 22978/05, EMD 1. Juni 2010.

Uzun mot Tyskland, nr. 35623/05, EMD 2. september 2010.

## Litteratur

All, Jørgen, ”Høyesterett som prosessrettsskaper særlig på området for utilbørlige bevis”, i Steinar Tjomsland, Magnus Aarbakke og Gunnar Aasland (red.), *Retts teori og rettsliv : festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002*, Universitetsforlaget 2002 s. 957-966.

Andenæs, Mads, Motzfeldt Kravik, Andreas, ”Norske verdier og EMK”, *Lov og Rett* nr. 10, 2010 (Volum 49).

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget 2015, s. 295.

Bjørnvik, Arve Martin, Selfors, Rolf Fridtjof, ”Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål”, *Jussens Venner*, nr. 1, Universitetsforlaget 2000, s. 19-40.

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

Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. utgave, 2. opplag, Kunnskapsforlaget 2010.

Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 3. utgave, Papinian 2017.

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 4. utgave, 1. opplag, Fagbokforlaget 2018.

Rui, Jon Petter, ”Straffeprosessen i perspektiv”, *Jussens Venner* 2014 s. 382-443.

Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge, Reusch, Christian H.P. og Øie, Toril M., *Tvisteloven Kommentarutgave*, Bind II, 2. utgave 2013.

Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge, Reusch, Christian H.P., Øie, Toril M., § 22-7. Forbud mot bevis framskaffet på utilbørlig måte. Ajourført versjon av *Tvisteloven, kommentarutgave* - Bekreftet à jour per 1. september 2016.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Strandberg, Magne, ”Bevisrettens sannhetsmålsetning” i Simon Andersson, Katrin Lainpelto (red.) *Festskrift til Christian Diesen* 2014 s. 467-491.

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Papinian 2009.



Torgersen, Runar, ”Bør bevisavskjæring i straffesaker utvides”?, i Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln, Aslak Syse (red.), *Dog fred er ej det bedste- : Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006*, s. 533-576, Universitetsforlaget 2006.

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

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2016.

## **Nettsider**

<https://www.naob.no/ordbok/utilbørlig> (sist lest 07.02.2019).

<http://www.juridiskabc.no/sivilprosess/hemmelige-lydopptak-telefonsamtaler-moter/> (sist lest 05.03.19).

[https://lovdata.no/artikkel/lovdatas\\_flaggsaker/1482](https://lovdata.no/artikkel/lovdatas_flaggsaker/1482) (sist lest 14.04.19).

