



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Bevisavskjæring i straffesaker**

Avskjæring av bevis fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte av private personer

Ingrid Eleonora Rye-Holmboe

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 vår 2022

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet og bakgrunn .....	1
1.3	Rettskildebildet og metode .....	4
1.3.1	EMDs tilnærming til bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte .....	6
1.4	Avgrensning og videre fremstilling .....	7
2	Grunnleggende straffeprosessuelle prinsipper og hensyn .....	8
2.1	Prinsippet om fri bevisførsel.....	8
2.1.1	Prinsippet om en fri bevisvurdering .....	9
2.1.2	Beviskravet i straffesaker .....	10
3	Vurderingstemaet ved avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervet bevis .....	12
3.1	Historikk .....	12
3.1.1	Normaltilfeller og interesseavveining .....	13
3.2	Etter vedtakelsen av tvisteloven – en bredere vurdering .....	15
3.3	Oppsummering .....	17
4	Beviset må være ervervet på en «ulovlig eller utilbørlig» måte .....	18
4.1	Ulovlig ervervet bevis .....	18
4.2	Utilbørlig ervervet bevis .....	19
4.2.1	Er det noen praktisk forskjell mellom «ulovlig» og «utilbørlig»? .....	21
5	Interesseavveiningen .....	23
5.1	Den krenkende interesse .....	23
5.1.2	Krenkelser av personvern hensyn .....	24
5.1.3	Krenkelser av rettssikkerhetshensyn .....	26
5.1.4	EMD om den krenkede interessen .....	28
5.1.5	Oppsummering .....	30
5.2	Gjentatt eller fortsatt krenkelse.....	31

5.2.1	Gjentatt eller fortsatt krenkelse av selvinkrimineringsvernet .....	32
5.2.2	Gjentakelsesmomentet ved private beviserverv .....	34
5.2.3	Oppsummering .....	35
5.3	Sakens alvor og karakter.....	36
5.3.1	Hva betraktes som en alvorlig straffesak?.....	39
5.4	Bevisets verdi .....	40
5.4.1	EMD om bevisets pålitelighet .....	42
5.4.2	Oppsummering .....	43
5.5	Forebyggende hensyn .....	43
5.5.1	Forebygging av ulovlig adferd mellom private parter .....	44
5.5.2	Forebyggende hensyn som støttemoment .....	46
5.5.3	Hvorfor tillegges momentet ulik vekt?.....	47
5.6	Øvrige momenter i vurderingen .....	48
5.7	En samlet vurdering .....	50
6	Avsluttende bemerkninger – konsekvenser og lovfesting.....	52
	Kildeliste .....	55

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandling er læren om avskjæring av ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis i straffesaker. Avhandlingens hovedproblemstilling er å klarlegge innholdet i læren med fokus på bevis innhentet av private personer. For å besvare avhandlingens problemstilling er det nødvendig å belyse hvordan rettsstilstanden for avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis har utviklet seg, med utgangspunkt i bevis ervervet både av politiet og private. Bakgrunnen for dette er at det i hovedsak er politiet som står for bevisinnhenting i straffesaker, og de fleste rettsavgjørelsene gjelder derfor politiets ulovlige fremgangsmåter.

I tilknytning til problemstillingene er det to sentrale spørsmål som må besvares. For det første må det klarlegges hva som utgjør et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. For det andre, hva som skal til for å avskjære et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. For å besvare spørsmål to skal det i avhandlingen analyseres hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i avskjæringsvurderingen, og hvordan disse vektet mot hverandre. I forlengelsen av dette vil avhandlingen søke å belyse om hensynene veies ulikt når beviset er ervervet av en privat part sammenlignet med politiet. Avslutningsvis vil noen konsekvenser av å tillate ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis av private personer ført for domstolene drøftes.

## 1.2 Aktualitet og bakgrunn

Et hvert resultat i en straffesak bygger på de bevisene som blir fremlagt. Bevisinnhenting og bevisførsel er dermed helt essensielt i straffeprosessen, for å ivareta hensynet til sakens opplysning, og for å oppnå et materielt riktig resultat. Norsk straffeprosess bygger på anklageprinsippet, jf. straffeprosessloven<sup>1</sup> (strpl.) § 38. Dette innebærer at påtalemyndigheten og domstolen er organisatorisk adskilt fra hverandre.<sup>2</sup> Dermed er det politiet og påtalemyndigheten som straffeforfølgingsmonopol, jf. strpl. § 62 a. Påtalemyndigheten og politiet har ansvar for å iverksette etterforskning, sikre bevis og føre straffesaken for domstolene.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Lov 22. mai 1981 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

<sup>2</sup> Kjelby (2019) s. 19

<sup>3</sup> HR-2019-1967-A, avsnitt 22

Ved innhenting av bevis som en del av etterforskningen er politiets arbeid styrt av legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven<sup>4</sup> (grl.) §§ 96 og 113. Offentlig myndighet kan ikke gjøre inngrep i borgernes rettssfære uten hjemmel i lov.<sup>5</sup> Straffeprosessloven regulerer påtalemyndighets etterforskningsvirksomhet. Lovens bestemmelser oppstiller både materielle, prosessuelle og formelle skranker til etterforskningen. Dersom et bevis innhentes ved brudd på straffeprosesslovens regler, vil beviset kunne betraktes som ulovlig eller utilbørlig ervervet, og følgelig være gjenstand for bevisavskjæring.

Straffeprosessloven regulerer ikke private personers bevisinnhenting i straffesaker. Private personers fremgangsmåter kan imidlertid være i strid med andre lovbestemmelser, eller stride mot en allmenn moraloppfatning av hva som er akseptabel handlemåte. Også dette kan medføre at beviset anes som ulovlig eller utilbørlig ervervet, og kan være gjenstand for avskjæringsvurderingen.

De siste tiårene har Høyesterett hatt flere avgjørelser til behandling, der spørsmålet har vært om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres eller tillates ført.<sup>6</sup> Som avhandlingen vil vise, må det når det tas stilling til om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres, gjøres en bred vurdering der ulike hensyn veies mot hverandre. Hensynene som i all hovedsak vektet mot hverandre, er hensynet til sakens opplysning på den ene siden, mot rettssikkerhetshensyn og personvernens hensyn på den andre siden.<sup>7</sup>

Krenkelser av rettssikkerhetshensyn forekommer i størst grad når politiet innhenter bevis. Dette er en naturlig følge av de skranker legalitetsprinsippet setter til offentlig myndighets virksomhet. Politiet og påtalemyndigheten er bundet av reglene som finnes i straffeprosessloven og påtaleinstruksen<sup>8</sup> om innhenting og sikring av bevis. Bevis innhentet i strid med regler som skal ivareta siktedes selvinkrimineringsvern har i flere tilfeller vært gjenstand for krenkelse.<sup>9</sup> Når private personer erverver bevis vil rettssikkerhetskrenkelser kunne oppstå ved at påtalemyndigheten legger frem bevis med lav bevisverdi. Risikoen for at

---

<sup>4</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

<sup>5</sup> Øyen (2019) s. 161

<sup>6</sup> Se bl.a. Rt. 1991 s. 616, Rt. 1992 s. 698, Rt. 1997 s. 795, Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2009 s. 1526

<sup>7</sup> NOU 2001: 32 s. 961

<sup>8</sup> Forskrift 28. juni 1985 om ordning av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

<sup>9</sup> Se bl.a. Rt. 1992 s. 698, Rt. 1999 s. 1269 og HR-2017-1894-U

et lydopptak gjort av en privat person gir feil inntrykk av de faktiske forholdene i saken kan forekomme.<sup>10</sup> Å legge frem et upålitelig bevis, vil kunne gjøre prosessen hos domstolene mindre rettssikker for siktede.

Personvern og vern om privatlivsfæren er en grunnleggende rettighet i den fungerende rettsstat, jf. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen<sup>11</sup> (EMK) art. 8 og grl. § 102. Hvert enkelt menneske skal ha mulighet til å ivareta sitt eget privatliv uten innblanding fra myndighetene eller andre borgere. Informasjon innhentet gjennom politiets ulovlige bruk av tvangsmidler, for eksempel ved bruk av kommunikasjonskontroll uten hjemmel i lov, er et inngrep i privatlivets fred og en krenkelse av personvern hensyn.<sup>12</sup>

Krenkelser av personvern hensyn er særlig aktuelt ved private personers beviservert.<sup>13</sup> Private personers innhenting av opplysninger om andre kan være direkte i strid med personopplysningsloven<sup>14</sup> eller andre alminnelige personvern hensyn.<sup>15</sup> Høyesteretts kjennelse HR-2021-966-A er illustrerende i denne sammenheng. En person opplevde over lengre tid at noen begikk skadeverk etter straffeloven<sup>16</sup> (strl.) § 351 på bilen hennes, som sto parkert i garasjeanlegget tilknyttet sameiet hun bodde i. Fornærmede anmeldte saken til politiet, men den ble henlagt.<sup>17</sup> Som følge av dette valgte fornærmede selv å ta videoopptak i garasjen for å avdekke hvem som utførte skadeverket. Spørsmålet for Høyesterett var om beviset skulle tillates ført. Måten beviset var ervervet på var i strid med personopplysningsloven, og krenket mistenktes personvern.<sup>18</sup> Høyesterett tillot likevel beviset ført.

---

<sup>10</sup> Se bl.a. Rt. 2009 s. 1526

<sup>11</sup> Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

<sup>12</sup> Se bl.a. Rt. 2014 s. 1105

<sup>13</sup> Se bl.a. Rt. 1991 s. 616, Rt. 1997 s. 795, Rt. 2001 s. 668 og HR-2021-966-A

<sup>14</sup> Lov 15. juni 2018 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) – EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)

<sup>15</sup> Se bl.a. Rt. 1991 s. 616, Rt. 1997 s. 795 Rt. 2001 s. 668

<sup>16</sup> Lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven)

<sup>17</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 4

<sup>18</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 38

Vi lever i dag i et samfunn der den hverdagslige bruken av mobiltelefoner, og annet avansert teknologisk utstyr gjør mulighetene for å innhente opplysninger om andre, enklere enn noen gang før. En slik utvikling kan gjøre politiets etterforskningsmuligheter større.

Fremgangsmåten som ble benyttet i den nevnte dommen fra 2021, viser at dette også gir private personer bredere tilgang til å innhente bevis for straffbare handlinger.

Private personers bevisinnhenting, kan i tillegg til å begrunnes i den enkle tilgangen til teknologi, begrunnes i politiets prioriteringer av straffesaker. Faktum i ovennevnte avgjørelse gjaldt et mindre skadeverk på en bil. Dette er en sakstype med lav etterforskningsprioritet hos politiet.<sup>19</sup> Politiets henleggelsesadgang ved mindre lovbrudd, kan føre til at private personer selv etterforsker og innhenter bevis. Politiets begrensede etterforskningsressurser, sett i sammenheng med private personers muligheter for å innhente bevis, aktualiserer bevisavskjæringsspørsmålet hva gjelder bevis ervervet av private parter, og konsekvensene av å tillate slike bevis ført for domstolene.

### **1.3 Rettskildebildet og metode**

Reglene om avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis i straffesaker er ulovfestet i norsk rett. Som følge av dette vil avhandlingen ta utgangspunkt i rettspraksis avsagt av Høyesterett. I hovedsak vil den relevante rettspraksisen være fra straffesaker, men også noen sivile saker vil kunne bidra til å belyse reglene. Dette fordi vurderingstemaet er det samme i straffeprosessen og sivilprosessen, selv om de konkrete vurderingene og resultatet i sakene kan få forskjellig utfall.<sup>20</sup>

Videre vil forarbeider til lovrevisjonen av dagens straffeprosesslov kunne bidra til å belyse dagens rettsstilstand. Forarbeidene til tvisteloven NOU 2001: 32 B Rett på sak er også sentral som rettskilde for å utpensle rettsregelen slik den er i dag. Grunnen til dette er at vurderingstemaet er det samme i straffesaker og sivile saker. Videre vil forarbeidene til ny straffeprosesslov NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov være en relevant rettskilde for å belyse avhandlingens problemstillinger, og for å belyse hvordan reglene kan eller burde utvikles.

---

<sup>19</sup> RA-2016-1, pkt. V, s. 7

<sup>20</sup> Se bl.a. HR-2021-966-A avsnitt 18, jf. HR-2017-1894-U avsnitt 16, Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 48

Dette er forarbeider til en lov som ikke er vedtatt, og vil tillegges vekt som etterarbeider til dagens lov. Forarbeidsuttalelsene har følgelig rettskildemessig vekt som juridisk teori.<sup>21</sup>

Grunnlovens kapittel E omhandler menneskerettigheter, og er en sentral rettskilde i straffeprosessen. Menneskerettsutvalget uttalte i forarbeidene til grunnlovsrevisjonen i 2014 at menneskerettighetene som følger av kapittel E i Grunnloven skal «tolkes i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området».<sup>22</sup> Høyesterett har også lagt til grunn at bestemmelsene i kapittel E skal tolkes i lys av parallellbestemmelsene i de internasjonale konvensjonene.<sup>23</sup> Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) er dermed en relevant rettskilde når innholdet i grunnlovsbestemmelsene skal klarlegges. Likevel er det Høyesterett som har hovedansvaret for å tolke og avklare rettsspørsmål om innholdet i Grunnloven, og ikke de internasjonale domstolene.<sup>24</sup> Det er presisert av Høyesterett at det må skilles mellom praksis fra før og etter 2014. Praksis avsagt av EMD etter 2014 har ikke samme prejudikatvirkning som praksis avsagt før.<sup>25</sup> Følgelig har ikke Høyesterett forpliktet seg til å følge EMDs dynamiske praksis i fremtidige avgjørelser.

Ettersom avhandlingen skal belyse regler innenfor straffeprosessen, vil forholdet mellom EMK og norsk rett være av viktig betydning. EMK er inkorporert i norsk rett. Konvensjonen gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gis forrang, jf. menneskerettsloven<sup>26</sup> (mrl.) § 2, jf. § 3. Følgelig skal reglene i norsk rett tolkes i samsvar med reglene i EMK, slik de er tolket og anvendt av EMD.<sup>27</sup> EMK er dermed en tungtveiende rettskilde når det tas stilling til straffeprosessuelle spørsmål.

Avhandlingen er en rettsdogmatisk fremstilling av reglene om bevisavskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis i straffesaker. Følgelig er formålet med avhandlingen å belyse rettstilstanden slik den er i dag. Jeg vil avslutningsvis gjøre noen rettspolitiske betraktninger rundt temaet.

---

<sup>21</sup> Skoghøy (2018) s. 80 – 82

<sup>22</sup> Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 122

<sup>23</sup> Rt. 2015 s. 93, avsnitt 57 og HR-2016-2554-P, avsnitt 81

<sup>24</sup> Skoghøy (2018) s. 121

<sup>25</sup> Rt. 2015 s. 93, avsnitt 57

<sup>26</sup> Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

<sup>27</sup> Rt. 2014 s. 1292, avsnitt 21



### 1.3.1 EMDs tilnærming til bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte

Det følger av EMK art. 6 nr. 1 at «[i]n the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair [...] hearing». Artikkelen lovfester prinsippet om siktedes rett til en rettferdig rettergang. I Grunnloven finnes parallellbestemmelsen i § 95 første ledd.

I tilknytning til spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført har EMD uttalt, i plenumsdommen *Schenk mot Sveits*:

«While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law».<sup>28</sup>

EMD tar dermed ikke stilling til avskjæringsspørsmålet, og har gitt uttrykk for at avskjæringsevurderingen er en vurdering underlagt nasjonal rett. Torgersen framholder at dette er begrunnet i at det ikke finnes noen felles regel i Europa for hvordan ulovlige bevis skal behandles. EMK setter kun de ytre rammene for bevisføringsreglene, og konvensjonen har derfor begrenset betydning når reglene om bevisavskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis i norsk rett skal klarlegges.<sup>29</sup> EMD gjør fra sin side en vurdering av om rettergangen i sin helhet framstår som «fair». I denne vurderingen tar domstolen beviservervelsen i betraktning.<sup>30</sup> I storkammerdommen *Gäfgen mot Tyskland* legger EMD til grunn:

«The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair».<sup>31</sup> [min kursivering].

Vurderingen av om rettergangen er «fair» i henhold til EMK art. 6 vil bero på hvilken krenkelse som foreligger. Bevis ervervet ved brudd på grunnleggende menneskerettigheter vil være av særlig betydning i «fair trial-vurderingen».<sup>32</sup> EMD har tatt stilling til om rettergangen

---

<sup>28</sup> *Schenk mot Sveits* [P], nr. 10862/84, 12. juli 1988, avsnitt 46. Senere også i *Allan mot Storbritannia* [J], nr. 48539/99, 5. november 2002, avsnitt 42

<sup>29</sup> Torgersen (2009) s. 76 – 77. Se også HR-2021-966-A, avsnitt 41.

<sup>30</sup> Torgersen (2009) s. 75

<sup>31</sup> *Gäfgen mot Tyskland* [GC], nr. 22978/05, 1. juni 2010, avsnitt 163

<sup>32</sup> Aall (2018) s. 484

under et framsto som «fair», ved bevis ervervet i strid med torturforbudet i EMK art. 3.<sup>33</sup> Bevis ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 nr. 1 har også vært vurdert.<sup>34</sup> EMD har også tatt stilling til «fairness-kraver» opp mot bevis ervervet ved krenkelse av EMK art. 8, som regulerer retten til respekt for privat – og familieliv.<sup>35</sup> Disse problemstillingene vil avhandlingen komme tilbake til.

## 1.4 Avgrensning og videre fremstilling

Avhandlingen vil i all hovedsak behandle spørsmålet om avskjæring av ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis i straffeprosessen, og avgrenses dermed mot spørsmålet i sivilprosessen. Der det anses hensiktsmessig for å belyse avhandlingens problemstillinger vil imidlertid også rettspraksis fra sivilprosessen kunne være av interesse. Ettersom temaet for avhandlingen er den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis, vil avhandlingen avgrenses mot lovfestede bevisforbud i straffeprosessloven.

I avhandlingens kapittel 2 vil jeg først redegjøre for noen grunnleggende prinsipper og hensyn i straffeprosessen. Prinsippet om fribevisførsel og fribevisvurdering vil være av betydning for spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres. Videre vil avhandlingens kapittel 3 omhandle vurderingstemaet ved avskjæring av ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis. Jeg vil gjøre en analyse av rettspraksis, med formål om å klarlegge hvordan rettsregelen har endret seg over tid.

I avhandlingens kapittel 4 vil jeg undersøke hva som utgjør et ulovlig ervervet bevis, og hva som utgjør et utilbørlig ervervet bevis. Interesseavveiningen som ligger til grunn for om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført, er temaet i kapittel 5. I kapitlet vil jeg klarlegge innholdet i interesseavveiningen med fokus på private personers beviserverv. Avslutningsvis vil kapittel 6 ta for seg noen konsekvenser av å tillate bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte av private personer ført for domstolene.

---

<sup>33</sup> Bl.a. *Gäfgen mot Tyskland* [GC]

<sup>34</sup> Bl.a. *Allan mot Storbritannia* [J]

<sup>35</sup> Bl.a. *Khan mot Storbritannia* [J], nr. 35394/97, 15. mai 2000

## 2 Grunnleggende straffeprosessuelle prinsipper og hensyn

### 2.1 Prinsippet om fri bevisførsel

Hovedregelen i straffeprosessen er prinsippet om fri bevisførsel.<sup>36</sup> Dette innebærer at partene kan føre de bevisene de selv måtte ønske for domstolen. Regelen følger direkte av ordlyden i tvisteloven<sup>37</sup> (tvl.) § 21-3: «Partene har rett til å føre de bevis de ønsker». I rettspraksis er det lagt til grunn at regelen gjelder tilsvarende i straffeprosessen.<sup>38</sup> Partene har best kjennskap til saken, og har derfor størst forutsetning for å vite hvilke bevis som er mest relevant å legge frem for å belyse sakens faktum. Dermed vil prinsippet om fri bevisførsel bidra til å skape en forsvarlig, rettferdig og tillitsskapende prosess ved behandling av straffesaker hos domstolen.<sup>39</sup>

Prinsippet springer ut av hensynet til sakens opplysning og målet om et materielt riktig resultat, det såkalte sannhetsidealet.<sup>40</sup> Når partene kan føre de bevisene de mener er relevante for å klarlegge sakens faktum vil dette bidra til at domstolene fatter en materielt riktig avgjørelse. Dette er en lovbestemt plikt domstolen har etter strpl. § 294 første punktum: «Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst». Denne plikten innebærer at domstolen kan innhente nye bevis i saken dersom det anses nødvendig, jf. bestemmelsens andre punktum. Domstolens plikt til å påse at saken er tilstrekkelig opplyst er begrunnet i den offentlige interessen i at en straffesak får en riktig avgjørelse.<sup>41</sup> Dette er en naturlig konsekvens av at straff utgjør et stort inngrep fra offentlig myndighet i den enkelte borgers rettssfære. For å unngå at uskyldige dømmes eller skyldige går fri må saken utredes og opplyses godt nok.

---

<sup>36</sup> NOU 2016: 24 s. 257

<sup>37</sup> Lov 17. juni 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

<sup>38</sup> Rt. 1990 s. 1008, s. 1110. Slik også Kjelby (2015) s. 91.

<sup>39</sup> Kjelby (2015) s. 89. Se også Øyen (2019) s. 379. Prinsippet om forsvarlig, rettferdig og tillitsfull prosessebehandling er lovfestet for sivile saker i tvl. § 1-1.

<sup>40</sup> Torgersen (2009) s. 1 og 22. Kjelby (2015) s. 112 legger til grunn at prinsippet som regel vi trumfe andre relevante hensyn i avskjæringsvurderingen. Se også Rt. 2013 s. 905

<sup>41</sup> Rt. 2013 s. 905 avsnitt 29 og HR-2019-1967-A avsnitt 23

I rettspraksis har Høyesterett uttalt at eventuelle feil ved innhenting av beviset ikke er til hinder for at beviset føres.<sup>42</sup> Dette illustrerer hvor sterkt prinsippet om fri bevisførsel står i norsk rett, og viktighet av at alle relevante bevis tas i betraktning før domstolen treffer en avgjørelse.

Det vil likevel kunne oppstå tilfeller der målet om den materielle sannhet og prinsippet om fri bevisførsel må vike på grunn av konkurrerende interesser. Dersom feilen som gjøres ved bevisinnhenting framstår som støtende på verdier eller interesser det er viktig å verne om for den enkelte, taler det mot å føre beviset.<sup>43</sup> Følgelig vil ikke prinsippet om fri bevisførsel kunne gjøres gjeldende for enhver pris. Det kan gjøres unntak fra hovedregelen, dersom det finnes et rettslig grunnlag for det.<sup>44</sup>

I straffeprosesslovens kapittel 10 finnes det en rekke lovfestede unntak som hjemler bevisforbud. Blant annet oppstiller § 117 forbud mot vitneforklaring om informasjon som er hemmelig på grunn av rikets sikkerhet, og § 119 oppstiller forbud mot forklaring fra prester, advokater, leger, psykologer mfl. om noe som er betrodd dem i deres stilling. Avskjæring av ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis på ulovfestet grunnlag er også et unntak fra hovedregelen.

### **2.1.1 Prinsippet om en fri bevisvurdering**

Norsk straffeprosess bygger på tanken om at «sannheten gjennomgående fremmes i størst grad hvis bevisbedømmelsen er fri og ikke bundet av rettsregler».<sup>45</sup> At bevisene skal vurderes fritt innebærer for det første at retten ikke er bundet av hva partene mener om hvordan bevisene skal bedømmes. For det andre innebærer det at det ikke finnes noen bestemte regler for hva som kan utgjøre et tilstrekkelig bevisgrunnlag i en avgjørelse, eller hvordan et bestemt bevis skal vurderes.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Rt. 2006 s. 582, avsnitt 22. Slik også straffeprosessutvalget legger til grunn i NOU 2016: 24 s. 271

<sup>43</sup> Torgersen (2009) s. 1 og NOU 2016: 24 s. 265

<sup>44</sup> Rt. 2013 s. 323 avsnitt 20 og Øyen (2019) s. 283 – 284.

<sup>45</sup> NOU 2016: 24 s. 262. Se også Andenæs og Myhrer (2009) s. 165.

<sup>46</sup> Øyen (2019) s. 473. Se også Kjelby (2015) s. 103-104

Regelen var tidligere lovfestet i straffeprosessloven<sup>47</sup> 1887 § 349 annet punktum. Selv om dette er den klare hovedregelen om hvordan retten skal vurdere bevisene, er ikke regelen lovfestet i dagens straffeprosesslov. Dette begrunnet straffeprosesslovkomiteen med at prinsippet allerede sto så sterkt i norsk rett, at det ble ansett som unødvendig å lovfeste det.<sup>48</sup>

Domstolen skal derfor kunne tillate et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis ført, og vektlegge et slikt bevis i den totale bevisvurdering, dersom det anses hensiktsmessig etter omstendighetene i saken. Dersom domstolen velger å avskjære et slik bevis, griper reglene om avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis inn i hovedregelen om fri bevisførsel, og prinsippet om fri bevisvurdering. Dette vil kunne utfordre det straffeprosessuelle sannhetsidealet. Sammen med prinsippet om fri bevisførsel, er en fri bevisvurdering av alle relevante bevis i saken det som i størst grad bidrar til å nå målet om et materielt riktig resultat.

### **2.1.2 Beviskravet i straffesaker**

Prinsippet om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode utgjør beviskravet i strafferetten. Prinsippet er ulovfestet, men sikker rett.<sup>49</sup> Uskyldspresumsjonen, som er utgangspunktet for rettens bevisvurdering er inntatt i grl. § 96 andre ledd, med følgende ordlyd: «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Beviskravet har dermed til en viss konstitusjonell forankring.<sup>50</sup>

Høyesterett har uttalt at prinsippet er en bærebjelke i straffeprosessen.<sup>51</sup> Øyen uttrykker at det er en grunnleggende tanke i en velfungerende rettsstat, at en uriktig domfellelse er verre enn en uriktig frifinnelse.<sup>52</sup> Straff er det mest inngripende tiltaket offentlige myndighet kan iverksette overfor borgerne. Når maktbalansen mellom partene er ujevn, er beviskravet en

---

<sup>47</sup> Lov 1. juli 1887 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevd)

<sup>48</sup> NUT 1969: 3 s. 197

<sup>49</sup> Kjelby (2015) s. 105

<sup>50</sup> NOU 2016: 24 s. 262

<sup>51</sup> Rt. 2005 s. 1353, avsnitt 14

<sup>52</sup> Øyen (2019) s. 467. Se også Torgersen (2009) s. 23.

viktig rettssikkerhetsgaranti som ivaretar den svakeste partens interesser i saken.<sup>53</sup> En uriktig domfellelse kan ha alvorlige konsekvenser for den det gjelder.<sup>54</sup>

Beviskravet har dermed nær sammenheng med sannhetsidealet. Det oppstilles følgelig et krav om at det skal være tilnærmet helt sikkert, at den siktede er skyldig, før vedkommende dømmes. Ettersom beviskravet skal bidra til å fremme den materielle sannhet i straffeprosessen burde terskelen for å avskjære ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis være høy. Dette tale for at alle bevis som kan kartlegge sakens faktum burde tas i betraktning, uavhengig av krenkelsen som fant sted da beviset ble ervervet.

---

<sup>53</sup> NOU 2016: 24 s. 262

<sup>54</sup> NOU 2016: 24 s. 262

## 3 Vurderingstemaet ved avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervet bevis

### 3.1 Historikk

Reglene om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis er lovfestet i sivilprosessen. Det følger av tvl. § 22-7 at retten kan i «særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte». Ordlyden «særlige tilfeller» trekker i retning av at bevisavskjæring er et snevert unntak. Dette har også Tvistemålsutvalget lagt til grunn i forarbeidene til tvisteloven.<sup>55</sup> Følgelig er terskelen høy for å avskjære et bevis som er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte.

I lovgivningsprosessen mot vedtakelsen av straffeprosessloven i 1981 ble det vurdert å lovfeste en tilsvarende regel i straffeprosessen. Straffeprosesslovkomiteen mente imidlertid at dette ikke var nødvendig fordi det ville «belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss».<sup>56</sup> Som følge av dette, er reglene om avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis lovfestet i straffeprosessen. Dermed er det opp til Høyesterett og juridisk teori å utvikle og fastsette innholdet i læren.

Runar Torgersen behandler temaet i sin doktoravhandling. Avhandlingen hans viser at det først var rundt 1990 at spørsmålet om avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis for alvor ble aktualisert for domstolene.<sup>57</sup> Avgjørelsen inntatt i Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkkenkjennelsen) er en prinsippavgjørelse i denne sammenheng.

Saken omhandlet et bevis ervervet av en privat person. En arbeidsgiver hadde hemmelig videoovervåket de ansatte på arbeidsplassen. Spørsmålet for Høyesterett var om videoopptakene kunne føres som bevis mot en ansatt, i en straffesak om underslag på arbeidsplassen, eller om beviset måtte avskjæres. I avgjørelsen uttaler Høyesterett:

«Som kjent er det ikke slik at ethvert ulovlig innhentet bevis skal nektes ført.

Spørsmålet er ikke lovregulert, men forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at avgjørelsen må treffes ut fra en konkret bedømmelse, [...] Det må ved denne

---

<sup>55</sup> NOU 2001: 32 s. 961

<sup>56</sup> NUT 1969: 3 s. 197. Dette sluttet også departementet seg til i Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 139.

<sup>57</sup> Torgersen (2009) s. 94-97

bedømmelse legges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak». <sup>58</sup>

Høyesterett gir uttrykk for at bevisavskjæringsvurderingen er en vurdering av to spørsmål. For det første må det tas stilling til om beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet. Dersom det er tilfellet, må det vurderes om beviset skal tillates ført, eller om det skal avskjæres etter en konkret vurdering. Spørsmålet om det foreligger en ulovlig eller utilbørlige ervervelse er «bare» et grunnvilkår for avskjæringsvurderingen. <sup>59</sup>

Uttalelsen sitert ovenfor gir ikke svar på hvilke hensyn som kan være en del av den konkrete bedømmelsen. I de følgende uttalelsene i Gatekjøkkenkjennelsen legger Høyesterett vekt på karakteren av krenkelsen som ble begått ved beviservervet som et moment i vurderingen. I avgjørelsen utgjorde den hemmelige overvåkingen en krenkelse av den personlige integriteten og alminnelige personvern hensyn. Videre trekkes det frem at det kan ha en preventiv effekt å avskjære bevis skaffet til veie ved hemmelig videoovervåking. Til slutt uttaler Høyesterett at det kan oppleves som en ny krenkelse av den personlige integritet dersom et bevis fremskaffet gjennom hemmelig videoovervåking tillates ført. <sup>60</sup>

Med henvisning til Gatekjøkkenkjennelsen blir rettsregelen formulert på samme måte i dommen inntatt i Rt. 1992 s. 698 (Treholt-saken), som omhandlet et bevis ervervet av politiet. Politiet gjennomførte en ransaking hjemme hos den siktede uten at reglene i dagjeldende straffeprosesslov §§ 224 første ledd og 225 andre ledd ble fulgt. <sup>61</sup> I denne saken trekker Høyesterett frem hvilken lovstridig handling saken gjaldt som et vurderingsmoment, i tillegg til momentene som nevnes i Gatekjøkkenkjennelsen. <sup>62</sup>

### **3.1.1 Normaltilfeller og interesseavveining**

Dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 (Verksbetjent-saken) gjaldt et bevis som var ulovlig ervervet av politiet. Faktum i saken var at en verksbetjent i et fengsel var mistenkt for å ha hjulpet en fange å rømme. Påtalemyndigheten ville legge frem et lydopptak som bevis.

---

<sup>58</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>59</sup> Slik også Høyesterett legger til grunn i Rt. 2003 s. 1266, avsnitt 20 og Rt. 2004 s. 1366, avsnitt 13

<sup>60</sup> Rt.1991 s. 616, s. 623

<sup>61</sup> Rt. 1998 s. 698, s. 706

<sup>62</sup> Rt.1998 s. 698, s. 706



Opptaket var gjort med skjult mikrofon og inneholdt en innrømmelse fra den mistenkte, om hans deltakelse i rømningen. Politiet hadde fått mistenkte i saken til å avgi forklaring uten å opplyse han om retten til å forholde seg taus, og ikke måtte bidra til egen domfellelse, jf. strpl. § 232 og påtaleinstruksen § 8-1.

Høyesterett uttaler at beviset «er ulovlig ervervet, og det blir da spørsmål om hvilken betydning dette skal ha».<sup>63</sup> Også her skisseres den todelte vurderingen som legges til grunn i den ovennevnte Gatekjøkkenkjennelsen. Utgangspunktet er dermed at et bevis ikke automatisk avskjæres, på grunn av den ulovlige eller utilbørlige ervervs måten. Videre heter det:

«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset *normalt nektes ført*. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795».<sup>64</sup> [min kursivering].

Høyesteretts formulering av rettsregelen gir uttrykk for at det er to ulike vurderinger som kan føre til at et ulovlig eller utilbørlig bevis skal avskjæres. Dersom føring av beviset utgjør en gjentatt eller fortsatt krenkelse av det rettsbruddet som ble krenket ved beviservervet, skal det «normalt nektes ført», mens i andre tilfeller vil det bero på en interesseavveining. Uttalelsene trekker i retning av at i saker der spørsmålet er om man står overfor en gjentatt eller fortsatt krenkelse utgjør et eget typetilfelle, som oftere fører til bevisavskjæring, mens avskjæringsvurderingen etter en interesseavveiningen omfatter en annen kategori saker.

Et slikt skille gis det også uttrykk for i dommen inntatt i Rt. 2006 s. 582. Høyesterett uttaler:

---

<sup>63</sup> Rt. 1999 s. 1269, s. 1272

<sup>64</sup> Rt. 1999 s. 1269, s. 1272

«Jeg kan ikke se at det ville innebære noen gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som skjedde ved ransakingen om politibetjentene hadde blitt gitt anledning til å forklare seg om hva de fant ved ransakingen».<sup>65</sup>

Videre uttales det at «[e]tter min mening er det klart at beviset heller ikke kunne vært avskåret på grunnlag av en interesseavveining».<sup>66</sup> Høyesteretts standpunkt synes følgelig å være at avskjæringsvurderingen enten gjøres på grunnlag av vurderingsmomentet «gjentatt eller fortsatt krenkelse», eller på grunnlag av en interesseavveiningen.

### **3.2 Etter vedtakelsen av tvisteloven – en bredere vurdering**

Etter vedtakelsen av tvisteloven har Høyesterett i flere straffesaker vist til tvl. § 22-7 i tilknytning til bevisavskjæringsspørsmålet.<sup>67</sup> I avgjørelsene har Høyesterett gitt uttrykk for vurderingstemaet er det samme i straffesaker og sivile saker.<sup>68</sup> Bakgrunnen for dette er slik Tvistemålsutvalgets utredning la til grunn, at målet med lovfesting av tvl. § 22-7 var å videreføre gjeldende rett etter rettspraksis både fra sivile saker og straffesaker. Videre ble det lagt til grunn at hvorvidt beviset skal avskjæres beror på en «bred avveining» av prinsipielle hensyn og forhold i den konkrete saken.<sup>69</sup>

Fra de senere årene kan blant annet Høyesteretts kjennelse HR-2017-1894-U trekkes frem. Avgjørelsen gjaldt bevisførselen i en sak om et sivilt erstatningskrav i tilknytning til en voldtektssak. Spørsmålet var om en politiforklaring avgitt av tiltalte da han var 17 år og 8 måneder, uten at han hadde verge eller forsvarer til stede, kunne føres som bevis.

Ankeutvalget ga uttrykk for at det avgjørende for å avskjære beviset i den konkrete saken var gjentakelsesmomentet.<sup>70</sup> Likevel presiserer Høyesterett at det skal gjøres en «bred vurdering» der flere hensyn tas i betraktning.<sup>71</sup> Blant annet ble det lagt vekt på grovheten av krenkelsen som var begått ved beviservervet. I denne saken var grunnleggende rettssikkerhetsgarantier

---

<sup>65</sup> Rt. 2006 s. 582, avsnitt 23

<sup>66</sup> Rt. 2006 s. 582, avsnitt 24

<sup>67</sup> Se bl.a. Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 29, Rt. 2013 s. 323, avsnitt 23, Rt. 2013 s. 1282, avsnitt 40, Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 47, HR-2017-1894-U, avsnitt 16 og HR-2021-966-A, avsnitt 20

<sup>68</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 28, Rt. 2013 s. 1282, avsnitt 42 og Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 48.

<sup>69</sup> NOU 2001: 32 s. 961

<sup>70</sup> HR-2017-1894-U, avsnitt 17

<sup>71</sup> HR-2017-1894-U, avsnitt 16

ikke ivaretatt. Ut fra ankeutvalgets uttalelser kan det sluttet at Høyesterett tar et klarere standpunkt til at avskjæringsspørsmålet skal vurderes etter en helhetlig interesseavveining. Ett moment alene ikke kan være avgjørende for konklusjonen.

Senest i Høyesteretts kjennelse HR-2021-966-A presiserer Høyesterett hvordan avskjæringsvurderingen skal gjøres. Saken omhandlet et videoopptak gjort av en privat person. På videoen ble det avdekket at en person begikk skadeverk på en bil parkert i et garasjeanlegg.

Høyesterett uttaler at det legges opp til «en bredere vurdering, hvor flere momenter er trukket inn».<sup>72</sup> Med dette gir Høyesterett, slik som i HR-2017-1894-U, uttrykk for at spørsmålet om føring av beviset representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet som ble begått ved innhenting, bare er ett av flere momenter i interesseavveiningen. Gjentakelsesmomentet blir ikke skilt ut som en egen kategori slik det ble gitt uttrykk for i Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2006 s. 582. Det klare skillet mellom typetilfellene er følgelig modifisert.

Dette standpunktet begrunner Høyesterett i at tvl. § 22-7 er en kodifisering av praksis både fra sivile saker og straffesaker. En naturlig konsekvens av dette er at bevisavskjæringsvurderingen gjøres på grunnlag av en helhetsvurdering der flere momenter, blant annet gjentakelsesmomentet tas i betraktning. Det presiseres imidlertid at gjentakelsesmomentet skal fremheves i vurderingen.<sup>73</sup> Følgelig vil det, dersom krenkelsen fortsetter eller gjentas på bevisføringsstadiet, være et tungtveiende argument for å avskjære beviset. Det er dermed unaturlig å skille typetilfellene fra hverandre.<sup>74</sup> Avgjørelsene Høyesterett benytter seg av for å klarlegge innholdet i interesseavveiningen, er både avgjørelser der beviset er ervervet av politiet og private personer. Dette illustrerer at vurderingstemaet er sammenfallene uavhengig av hvem som erverver beviset.

---

<sup>72</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 22

<sup>73</sup> Dette la også tvistemålsutvalget til grunn i NOU 2001: 32 s. 961

<sup>74</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 22

### 3.3 Oppsummering

Rettspraksis viser at vurderingstemaet ved avskjæring av ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis er en todelt vurdering. For det første må ett av to grunnvilkår være oppfylt.<sup>75</sup> Dette innebærer at beviset enten må være ulovlig ervervet, eller ervervet på en utilbørlig måte.

Denne to-leddede vurderingen viser at det ikke er noen automatikk i at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis avskjæres. Det må alltid gjøres en konkret vurdering av den ulovlige eller utilbørlige handlingen opp mot andre hensyn som gjør seg gjeldende i saken. Høyesterett uttaler at i interesseavveiningen skal det blant annet legges vekt på:

«[G]rovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset. Videre har det betydning om den som satt med beviset, pliktet å utlevere dette. I tråd med blant annet verksbetjendommen må det dessuten vurderes om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse. Etter omstendighetene vil det også kunne ha betydning om innhenting blir møtt med sanksjoner fra myndighetene. Andre relevante momenter er hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken».<sup>76</sup>

Hva som skal til for at et bevis er ervervet på en «ulovlig» eller «utilbørlig» måte skal redegjøres for i kapittel 4. Videre skal det i kapittel 5 analyseres hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i interesseavveiningen, med fokus på private beviserverv.

---

<sup>75</sup> Rt. 2004 s. 1366, avsnitt 13

<sup>76</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 24

## 4 Beviset må være ervervet på en «ulovlig eller utilbørlig» måte

### 4.1 Ulovlig ervervet bevis

En naturlig språklig forståelse av «ulovlig» er at beviset må være ervervet i strid med en lovregel.<sup>77</sup> Øyen uttaler at det kan være både lovfestede og ulovfestede regler som utgjør en materiell, kompetansemessig eller saksbehandlingsmessig skranke for innhenting.<sup>78</sup>

Høyesterett har lagt til grunn at det i vurderingen av om et bevis er ervervet i strid med en lovregel, er det tilstrekkelig at lovbestemmelsen objektivt sett er overtrådt. Det har ingen betydning om vedkommende subjektivt har ment å handle lovlig.<sup>79</sup> Torgersen mener at denne uttalelsen må forstås slik at poenget i den konkrete saken var at ikke bare straffbare forhold kan føre til bevisavskjæring, og at det ved brudd på et straffebed ikke er et krav om at det subjektive straffbarhetsvilkåret må være oppfylt.<sup>80</sup>

Når politiet innhenter bevis kan ulovlige erverv forekomme dersom informasjon fremkommer som følge av brudd på taushetsplikten i strpl. § 119.<sup>81</sup> Det kan også oppstå tilfeller der mistenktes rett til å forholde seg taus ikke respekteres, fordi vedkommende ikke blir orientert om at han er mistenkt og blir avhørt.<sup>82</sup> Et annet eksempel, er dersom mistenkte ikke får oppnevnt forsvarer etter reglene i strpl. § 100 andre ledd når det kreves, eller ikke har verge til stede under avhør, dersom det er nødvendig.<sup>83</sup> Felles for alle disse tilfellene er at rettsikkerheten til den mistenkte krenkes ved beviservervet.

Dersom et bevis erverves ulovlig av en privat part, aktualiseres andre regler. Som nevnt innledningsvis blir private personers mulighet til å innhente opplysninger om andre enklere og enklere. Dette skjer ved gjerne ved hjelp av lyd- eller videoopptak. I rettspraksis trekkes det frem at det er personvern hensyn som oftest utfordres ved privat bevisinnhenting.<sup>84</sup> Som

---

<sup>77</sup> Slik også Rt. 1997 s. 1778, s. 1781

<sup>78</sup> Øyen (2019) s. 404

<sup>79</sup> Rt. 1991 s. 616 s. 620

<sup>80</sup> Torgersen (2009) s. 166-167

<sup>81</sup> Rt. 1997 s. 1778 s. 1781

<sup>82</sup> Rt. 1999 s. 1269

<sup>83</sup> HR-2017-1894-U

<sup>84</sup> Rt. 1991 s.616, Rt. 2009 s. 1526, Rt. 2011 s. 1324, HR-2021-966-A

følge av den teknologiske utviklingen samfunnet står overfor, har fokus på personvern, og hvordan opplysninger om den enkelte person behandles blitt større. Dermed har også lovgivningen på dette område blitt utviklet. Dette kan man blant annet se gjennom innføringen av personopplysningsloven i norsk rett. Bevis innhentet ved brudd på personopplysningsloven betraktes som ulovlig.<sup>85</sup> Et spørsmål i tilknytning til dette er om slike bevis kan brukes i retten, og hva eventuelle konsekvenser av det er.

## 4.2 Utilbørlig ervervet bevis

Det er ikke bare ulovlig ervervede bevis som kan avskjæres. Også bevis ervervet på en «utilbørlig» måte kan være gjenstand for bevisavskjæringsvurderingen. Ordlyden til «utilbørlig» er noe uklar. En naturlig språklig forståelse tilsier at beviset er innhentet på en klanderverdig eller kritikkverdig måte.

Høyesterett har uttalt at dersom beviset er innhentet på en «ulovlig eller kritikkverdig måte», kan retten nekte det ført.<sup>86</sup> Dette trekker i retning av at kritikkverdig ervervelse av et bevis, er synonymt med utilbørlig ervervelse. Øyen uttaler at bruken av ordene skal indikere at et bevisforbud kan foreligge selv om beviset ikke ble ervervet ved brudd på en rettsregel.<sup>87</sup>

Gatekjøkkenkjennelsen<sup>88</sup> illustrerer at det er mer enn bare de ulovlige beviservervene som kan bli avskåret. Saken gjaldt privat beviservervelse. Spørsmålet for Høyesterett var om en arbeidsgivers hemmelig videoopptak av ansatte på en arbeidsplass kunne føres som bevis i en straffesak om underslag, eller om beviset måtte avskjæres. Det var anført at videoopptaket var i strid med straffeloven<sup>89</sup> § 145 a, personregisterloven<sup>90</sup> §§ 1 og 9 og arbeidsmiljøloven<sup>91</sup> § 12 nr. 1 og § 19. I avgjørelsen uttales det:

«I denne situasjonen bør domstolene etter min mening ikke henge seg for sterkt opp i den språkbruk som ligger i den tradisjonelle spørsmålsstilling om det er adgang til å

---

<sup>85</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 38

<sup>86</sup> Rt. 2003 s. 549, avsnitt 17

<sup>87</sup> Øyen (2019) s. 404

<sup>88</sup> Rt. 1991 s. 616

<sup>89</sup> Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

<sup>90</sup> Lov 9. juni 1978 om personregistre m.m. (personregisterloven)

<sup>91</sup> Lov 4. februar 1977 om arbeidsvern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven)

føre et ulovlig ervervet bevis [...] det [er] etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel».<sup>92</sup>

Det ble ikke konkludert med om handlingene var i strid med noen av de anførte lovbestemmelsene. Dette var heller ikke avgjørende for Høyesterett, da de alminnelige personvern hensynene som ble krenket ved beviservervet var nok til å anse beviset som utilbørlig ervervet.<sup>93</sup>

Kjennelsen inntatt i Rt. 1997 s. 795 var en sivil tvist om samvær i en barnefordelingssak. Saken gjaldt et hemmelig lydbåndopptak av en telefonsamtale, som den ene parten ville legge frem som bevis. Høyesterett framholdt at «[d]en ulovfestede adgang til å kreve bevis avskåret [...] rekke[r] lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling».<sup>94</sup> Konklusjonen ble etter dette at lydbåndopptaket måtte avskjæres, selv om handlingen ikke utgjorde et brudd på strl. § 145 a. Måten beviset var ervervet på var «illojalt og støtende», og derfor ervervet på en utilbørlig måte.<sup>95</sup>

Høyesteretts synspunkt ble fulgt opp i avgjørelsen inntatt Rt. 2011 s. 1324. Saken omhandlet også et privat ervervet bevis. En person hadde tatt et hemmelig videoopptak av en samtale med en annen person, for å få vedkommende til å innrømme at han var medskyldig i et forsikringsbedrageri.<sup>96</sup> Høyesterett la til grunn, med henvisning til de to ovennevnte avgjørelsene at fremgangsmåten for beviservervet var «utilbørlig eller illojalt».<sup>97</sup>

De nevnte avgjørelsene illustrerer at brudd på en lovregel ikke er avgjørende for å aktualisere spørsmålet om bevisavskjæring. Bevis ervervet på en kritikkverdig eller støtende fremgangsmåte kan også være gjenstand for bevisavskjæring.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>93</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>94</sup> Rt. 1997 s. 795, s. 796

<sup>95</sup> Rt. 1997 s. 795, s. 796

<sup>96</sup> Rt. 2011 s. 1324 avsnitt 34

<sup>97</sup> Rt. 2011 s. 1324 avsnitt 32 – 33

<sup>98</sup> Dette er senere lagt til grunn i tvistelovens forarbeider, se NOU 2001: 32 s. 961

#### 4.2.1 Er det noen praktisk forskjell mellom «ulovlig» og «utilbørlig»?

Det kan spørres om det har noen praktisk betydning å skille mellom ulovlige og utilbørlig ervervede bevis. Høyesterettspraksisen gjennomgått ovenfor trekker i retning av at betegnelsen utilbørlig oftere brukes i tilfeller private personer erverver beviset, mens ulovlig brukes når politiet står for bevisinnhenting.<sup>99</sup> Skillet i uttrykksformen kan ha sammenheng med at politiet er bundet av klare regler ved bevisinnhenting, og brudd på disse utgjør ulovlige handlinger. Private personer derimot, har ikke de samme reglene å forholde seg til. Følgelig synes privatpersoners handlinger sjeldnere å være direkte lovstridig. Handlingene kan likevel bryte med alminnelige oppfatninger av hva som er akseptabel handlemåte, og beviservervet betraktes av den grunn som utilbørlig ervervet.<sup>100</sup>

I andre tilfeller virker det imidlertid som at Høyesterett ikke har hatt noen klar tilnærming til forskjellen mellom ulovlig og utilbørlig ervervelse. Det finnes eksempler på avgjørelser der Høyesterett betrakter beviset som både ulovlig og kritikkverdig ervervet i samme sak.<sup>101</sup> Andre ganger brukes ordende «ulovlig bevis», samtidig som det vises til tvl. § 22-7 som etter ordlyden regulerer utilbørlig ervervede bevis.<sup>102</sup>

Spørsmålet har vært problematisert i teorien. Øyen uttaler at «utilbørlig» i tvl. § 22-7 dekker bevis fremskaffet ved brudd på lovfestede og ulovfestede regler, samt bevis ervervet i strid med verdier rettsordenen setter høyt. Han mener derfor at ulovlige ervervede bevis er en underkategori av utilbørlig ervervede bevis.<sup>103</sup> Han mener videre at uttrykkene først og fremst brukes for å få frem at et bevisforbud kan foreligge selv om beviset ikke ble ervervet ved brudd på en rettsregel.<sup>104</sup> Torgersen synes å legge til grunn at Høyesterett bruker uttrykkene om hverandre.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> Utover avgjørelsene nevnt i punkt 4.1 og 4.2 se Rt. 1992 s. 698, Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2009 s. 1526 og HR-2019-1747-U.

<sup>100</sup> Slik også Schei mfl. (2013) s. 862

<sup>101</sup> Se bl.a. Rt. 2003 s. 549 Rt. 2003 s. 1814 og Rt. 2004 s. 858

<sup>102</sup> Se bl.a. Rt. 2014 s. 1105, HR-2017-1894-U og HR-2021-966-A

<sup>103</sup> Øyen (2010) s. 425

<sup>104</sup> Øyen (2019) s. 404. Slik begrunnet også tvistemålsutvalget i NOU 2001: 32 s. 961 valget av ordlyden i tvl § 22-7.

<sup>105</sup> Torgersen (2009) s. 8-10. Han finner støtte for sine uttalelser i Rt. 2007 s. 920 avsnitt 50, jf. 52.



Rettspraksis og juridisk litteratur trekker dermed i retning av at det ikke har noen praktisk betydning å skille mellom ulovlige og utilbørlige ervervede bevis. Det avgjørende er om beviset er innhentet på en måte som krenker grunnleggende hensyn eller verdier. I så fall vil beviset kunne være gjenstand for bevisavskjæring etter den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis.

## 5 Interesseavveiningen

Slik det er redegjort for i avhandlingens kapittel 3 er kravet om «ulovlig» eller «utilbørlig» ervervelse av beviset, bare grunnvilkår for bevisavskjæringsvurderingen. Dermed er det ikke alene tilstrekkelig for å avgjøre om beviset skal avskjæres. Etter det er konstatert at beviset er innhentet i strid med en lovregel, eller på annen kritikkverdig eller støtende måte, må det gjøres en helhetlig interesseavveining for å avgjøre om beviset skal føres eller om det skal avskjæres.

I det følgende skal det redegjøres for hvilke hensyn som inngår i interesseavveiningen. Fokuset vil være på hvilke hensyn som er særlig gjør seg gjeldende når private personer erverver bevis, og det vil knyttes bemerkninger til om hensynene veies ulikt når en privat person innhenter bevis, sammenlignet med politiet.

### 5.1 Den krenkende interesse

Det første momentet Høyesterett har trukket frem som en del av interesseavveiningen, er hvilken interesse som ble krenket ved beviservervet.<sup>106</sup> Dette knytter seg til karakteren av rettsregelen som ble brutt, og interessen som ble krenket ved ervervet av beviset.<sup>107</sup> I forarbeidene til tvisteloven er tungtveiende rettssikkerhets- og personvern hensyn trukket frem som særlig relevante hensyn å ivareta. Vekten den krenkede interessen tillegges, vil avhenge av hvor grov krenkelsen er, og om det er en materiell integritetskrenkelse eller et brudd på en formell regel.<sup>108</sup> En materiell integritetskrenkelse foreligger for eksempel i tilfeller der ervervs måten er i strid med personvern hensyn eller rettssikkerhetshensyn.<sup>109</sup>

Dersom fremgangsmåten for beviservervet krenker en beskyttelsesverdig interesse, vil dette tale mot å føre beviset. Høyesterett har uttalt at dette momentet må veies mot hensynet til sakens opplysning og målet om å oppnå et materielt riktig resultat.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> Bl.a. Rt. 1991 s. 616, s. 623, Rt. 1999 s. 1269, s.1272 og HR-2021-966-A, avsnitt 21

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

<sup>108</sup> NOU 2001: 32 s. 961. Det presiseres imidlertid at det ikke utelukkende er disse hensynene kan være gjenstand for krenkelse.

<sup>109</sup> Schei mfl. (2013) s. 868

<sup>110</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 30

### 5.1.2 Krenkelser av personvern hensyn

Det finnes flere høyesterettsavgjørelser der personverninteresser har vært gjenstand for krenkelse. Første gang momentet ble trukket frem var i Gatekjøkkenkjennelsen. Avgjørelsen omhandlet en arbeidsgivers hemmelige videoovervåking på arbeidsplassen. Spørsmålet var om opptaket kunne føres som bevis i en straffesak om underslag. Høyesterett uttalte at videoovervåkingen av de ansatte på arbeidsplassen var en «alvorlig integritetskrenkelse», som «klart [...] medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel».<sup>111</sup>

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2001 s. 668 var en sivil sak med tilnærmet likt faktum. Saken gjaldt avskjedigelse av en ansatt i en butikk. Spørsmålet for Høyesterett var om et hemmelig videoopptak av en ansatt, som tok penger fra tippekassa skulle avskjæres som bevis. Med henvisning til Gatekjøkkenkjennelsen uttalte Høyesteretts ankeutvalg at «det er i denne saka tale om ei alvorleg integritetskrenking».<sup>112</sup>

Høyesteretts uttalelser i de nevnte avgjørelsene illustrerer at den personlige integriteten er en beskyttelsesverdig interesse. Den enkelte borgers rett til vern av den personlige integritet og privatlivsfæren er en grunnleggende rettighet i en fungerende rettsstat, jf. EMK art. 8 nr. 1 og grl. § 102 første ledd. Hemmelig overvåking kan oppleves som et overgrep for den som blir utsatt for det, og kan følelsesmessig være svært belastende.

Virkingen av en slik krenkelse vil variere. Gatekjøkkenkjennelsen og Rt. 2001 s. 668 gjaldt et arbeidstaker-arbeidsgiver-forhold. I disse sakene var partsforholdet skjevt og videoovervåkingen skjedde på arbeidsplassen. I Gatekjøkkenkjennelsen inneholdt opptakene både lyd og bilde av de ansatte, og de var lurt til å tro at kameraene ble satt opp for å filme kunder.<sup>113</sup> Disse omstendighetene gjorde at krenkelsen var å betrakte som mer alvorlig og inngripende. Følgelig ble bevisene i begge sakene avskjært. Interessekrengelsen i disse sakene skiller seg fra tilfeller der det blir tatt hemmelig opptak av en frivillig samtale mellom to likestilte parter, jf. Rt. 2011 s. 1324. I denne saken ble beviset tillatt ført. Begrunnelsen synes

---

<sup>111</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>112</sup> Rt. 2001 s. 668, s. 671

<sup>113</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 616 – 617

å være at personverninteressene ikke er like fremtredende, når samtalen er frivillig fra begge parter. I slike tilfeller er ikke interessekrenkelsen å betrakte som like alvorlig.<sup>114</sup>

Høyesteretts uttalelser kan følgelig tas til inntekt for at grovheten av krenkelsen er et gradspørsmål. Selv om det er på det rene at den personlige integritet er en beskyttelsesverdig interesse, kan andre omstendigheter i saken bidra til at man kommer dypere inn i kjernene av den beskyttelsesverdige interessen. Dette gjør at krenkelsen oppleves som mer inngripende.

I interesseavveiningen vil grovheten av krenkelsen være et argument som ofte må tillegges vekt i favør av å avskjære beviset. Høyesteretts vurderinger legger føringer for at hensynet til sakens opplysning ikke kan være avgjørende i motsatt retning når interessekrenkelsen betraktes som alvorlig. Når dette er tilfellet vil den ulovlige eller utilbørlige ervervs måten sette begrensninger for prinsippet om fri bevisførsel. Det vil følgelig gjøres unntak fra hovedregelen.

HR-2021-966-A omhandlet også hemmelig videoovervåking. En privat person hadde gjort videoopptak i et garasjeanlegg for å avdekke hvem som utførte skadeverk på en bil som sto parkert i anlegget. Måten beviset var ervervet på var i strid med personopplysningsloven, og krenket personvern hensyn.<sup>115</sup> Beviservervet utgjorde en materiell integritetskrenkelse. I denne saken ble hensynet til sakens opplysning tillagt avgjørende vekt, og beviset ble tillatt ført.

Høyesterett begrunnet resultatet i at det forelå konkrete omstendigheter i saken som var utslagsgivende for å tillate beviset ført. Blant annet opplevde fornærmede saken som svært belastende og alvorlig. Det ble særlig trukket frem at saken var henlagt av politiet, og privat videoovervåking var derfor den eneste måten å oppklare saken på.<sup>116</sup> I denne avgjørelsen var også beviset et videoopptak, som inneholdt både lyd og bilde av mistenkte. Videre ble opptaket gjort i en garasje, som tilhørte mistenktes hjem. Dette er begge momenter som trekker i retning av at interessekrenkelsene er alvorlig. For å følge Høyesteretts drøftelse i Gatekjøkkenkjennelsen og Rt. 2001 s. 668, taler dette for å avskjære beviset. Høyesteretts uttalelser viser imidlertid at det var andre omstendigheter i saken var avgjørende for å tillate

---

<sup>114</sup> Se avgjørelsens avsnitt 35 og Halnes og Ugelvik (2019) s. 285. Slik også ved privat handlingsprovokasjon utelukkende i privat regi.

<sup>115</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 38

<sup>116</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 43

beviset ført. Blant annet var saken alvorlig og belastende for fornærmede, jf. punkt. 5.4. I den totale interesseavveiningen ble dermed den krenkende interessen mindre viktig å ivareta.

Høyesteretts vurdering illustrerer at selv om grovheten av krenkelsen ofte er et utslagsgivende moment i interesseavveiningen for å avskjære beviset, kan det ikke alltid være avgjørende.

HR-2021-966-A illustrerer at andre konkrete forhold i saken kan gjøre at personverninteressene ikke blir like viktig å ivareta. I et slikt tilfellet får hensynet til sakens opplysning avgjørende vekt, og beviset tillates ført. Følgelig blir hovedregelen om fri bevisførsel lagt til grunn. Beviset blir da tatt i betraktning under den frie bevisvurderingen. Dette vil bidra til at sannhetsidealet oppnås.

### **5.1.3 Krenkelser av rettssikkerhetshensyn**

I tillegg til krenkelser av den personlige integritet og personvern hensyn, kan også rettssikkerhetskrenkelser forekomme ved private beviserverv. Særlig er Høyesteretts uttalelser i dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1526 illustrerende. Avgjørelsen omhandlet et hemmelig lydopptak av en konfidensiell forsoningssamtale med den mistenkte i en straffesak, gjort av en annen deltaker i samtalen.

Høyesterett uttalte at den som tar opptaket kan «styre samtalen for sine formål, slik at opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten» og at det er mulig å «forfalske/manipulere opptakene, noe som gjør det betenkelig å akseptere avspilling av slike hemmelige opptak».<sup>117</sup>

Uttalelsen trekker i retning av at betenkeligheten ved å føre et bevis framskaffet gjennom hemmelig opptak av en privat person, knytter seg til påliteligheten ved beviset. Den utilbørlige handlingen bidrar til å svekke notoriteten ved beviset, og kan gjøre prosessen mindre rettssikker for siktede dersom beviset føres.

En krenkelse som vil bidra til å svekke prosessens rettssikkerhet er en relativt grov krenkelse. Som følge av Høyesteretts uttalelser er det naturlig å tenke at i interesseavveiningen, vil en slik rettssikkerhetskrenkelse være et tungtveiende argument for å avskjære beviset. I den nevnte avgjørelsen ble beviset imidlertid tillatt ført fordi saken var av alvorlig karakter, jf.

---

<sup>117</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 31

punkt 5.4. Hensynet til sakens opplysning var derfor viktigere å ivareta, for å oppnå et materielt riktig resultat.

I HR-2021-966-A ble også rettssikkerhetskrenkelser trukket frem i vurderingen.<sup>118</sup> Beviset var ulovlig ervervet, fordi det var innhentet i strid med personopplysningsloven.<sup>119</sup> I vurderingen av om beviset skulle tillates ført ble det tatt stilling til, om å føre beviset ville krenke retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6. Dette fordi det var anført at å føre beviset var i strid med EMK art. 8 om retten til privatliv. Høyesteretts vurdering synes å være at siktedes mulighet til å føre motbevis og bestride innholdet i videoen kan veie opp for den potensielle krenkelsen av retten til en rettferdig rettergang.<sup>120</sup> Høyesteretts uttalelser trekker dermed i retning av at siktedes mulighet for kontradiksjon er et viktig moment i interesseavveiningen som vil bøte på krenkelsen som fant sted ved beviservervet.

Rettsikkerhetskrenkelser som fører til bevisavskjæring kommer tydeligere frem nå politiet erverver beviset. Brudd på straffeprosesslovens regler som skal ivareta rettssikkerheten til den mistenkte, kan føre til krenkelse av EMK art. 6 om retten til en rettferdig rettergang. Øyen uttaler at brudd på grunnleggende straffeprosessuelle normer ofte et tungtveiende argument for å avskjære beviset.<sup>121</sup> Følgen av dette er at hensynet til sakens opplysning må vike i interesseavveiningen.

HR-2017-1894-U var et tilfelle der politiet under etterforskningen satte til side tungtveiende rettssikkerhetshensyn til vern av mistenkte. Saken omhandlet et erstatningskrav i tilknytning til en voldtektssak. Spørsmålet for Høyesterett var om en politiforklaring avgitt i strid med strpl. § 232 tredje ledd kunne føres som bevis. Forklaringen var avgitt av en gutt på 17 år og 8 måneder uten verge eller forsvarer til stede. Høyesterett la til grunn at et slikt brudd var en grov krenkelse. Bestemmelsen har som formål å ivareta selvinkrimineringsvernet til den mistenkte i saken.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 45

<sup>119</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 38

<sup>120</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 44

<sup>121</sup> Øyen (2019) s. 412

<sup>122</sup> HR-2017-1894-U, avsnitt 17

Vernet mot selvinkriminering innfortolkes som en del av i EMK art. 6 nr. 1, om retten til en rettferdig rettergang.<sup>123</sup> Vernet følger også av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)<sup>124</sup> art. 14 nr. 3 bokstav g. For at vernet skal være reelt, skal den mistenkte gjøres kjent med at han er mistenkt, og hva saken gjelder, jf. EMK art. 6 nr. 3.

Avgjørelsen illustrerer at ved brudd på vesentlige rettssikkerhetsgarantier, kan ikke hensynet til sakens opplysning være avgjørende i interesseavveiningen. Ankeutvalgets vurdering trekker i retning av at interessekrenkelsen kan bidra til å svekke bevisets pålitelighet. Samlet synes dette å være et avgjørende argument for å avskjære beviset.<sup>125</sup>

Høyesteretts vurdering viser at tilsidesettelse av sentrale rettssikkerhetsgarantier til vern av siktede betraktes som en grov krenkelse, og vil ofte være utslagsgivende i interesseavveiningen i favør av å avskjære beviset. Politiforklaringen i HR-2017-1894-U var innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet. En slik krenkelse er lett gjenstand for gjentakelse på bevisføringsstadiet, noe som også vil tale mot å føre beviset, jf. punkt 5.2.1.

#### **5.1.4 EMD om den krenkede interessen**

Som nevnt i punkt 1.3.1 vurderer ikke EMD om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal føres, men om rettergangen under ett er «fair» etter EMK art. 6. I denne vurderingen tar de måten beviset var ervervet på i betraktning.

I avgjørelsen *Allan mot Storbritannia* var to personer sammen fengslet i forbindelse med et ran. Under fengslingen fikk politiet informasjon om at den ene personen var involvert i en drapssak. Dermed inngikk politiet en avtale med medfangen. De utstyrte han med lydopptaker, så han kunne innhente informasjon ved å utspørre den mistenkte om

---

<sup>123</sup> Første gang i *Funke mot Frankrike* [J], nr. 10828/84, 25. februar 1993, avsnitt 44. Senere også i storkammerdommen *O'Halloran og Francis mot Storbritannia* [GC], nr. 15809/02, 29. juni 2007, avsnitt 55

<sup>124</sup> De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter

<sup>125</sup> HR-2017-1894-U, avsnitt 18

drapssaken.<sup>126</sup> Politiets fremgangsmåte i saken har likhetstrekk med Verksbetjent-saken<sup>127</sup> i Høyesterett.

EMD la til grunn at vernet mot selvinkriminering er kjernen i retten til en rettferdig rettergang.<sup>128</sup> Dersom siktede velger å forholde seg taus, skal dette respekteres av myndighetene. Det forventes at bevis for tiltaltes skyld ikke innhentes ved bruk av metoder som krenker selvinkrimineringsvernet.<sup>129</sup>

I denne saken synes EMDs tilnærming til bruk av bevis ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 nr. 1, å være at rettergangen under et ikke framstår som «fair». I saken var ikke momentet alene avgjørende for at det forelå krenkelse av retten til en rettferdig rettergang. Blant annet var siktede i en sårbar situasjon og politiets grad av aktivitet ble tillagt vekt.<sup>130</sup> I storkammerdommen *Bykov mot Russland*<sup>131</sup>, kom EMD til motsatt resultat. Det forelå ikke krenkelse av retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6, til tross for at et bevis innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet ble ført. Grunnen til dette var konkrete omstendigheter i saken. Blant annet involverte ikke myndighetene seg i like stor grad som i ovennevnte avgjørelse, og mistenkte var på frifot.<sup>132</sup> Vurderingen av om det er i strid med retten til en rettferdig rettergang, å føre bevis som krenker selvinkrimineringsvernet, synes å avhenge av andre omstendigheter i saken.

Spørsmålet om føring av bevis ervervet i strid med EMK art. 8, krenker «fair trial-kravet» i EMK art. 6 har også vært vurdert av EMD. I saken *Khan mot Storbritannia* hadde politiet i tilknytning til en narkotikasak utført romavlytting i en leilighet.<sup>133</sup> EMD la til grunn med henvisning til saken *Schenk mot Sveits* at rettergangen i sin helhet var rettferdig, blant annet

---

<sup>126</sup> Torgersen (2009) s. 277

<sup>127</sup> Rt. 1999 s. 1269

<sup>128</sup> *Allan mot Storbritannia* [J], avsnitt 44

<sup>129</sup> *Allan mot Storbritannia* [J], avsnitt 50

<sup>130</sup> *Allan mot Storbritannia* [J], avsnitt 52. Se også Torgersen (2009) s. 278 og Aall (2018) s. 466.

<sup>131</sup> *Bykov mot Russland* [GC], nr. 4378/02, 10. mars 2009

<sup>132</sup> *Bykov mot Russland* [GC], avsnitt 102

<sup>133</sup> Torgersen (2009) s. 328



fordi vedkommende var gitt mulighet til kontradiksjon og at beviset ikke var det eneste beviset i saken.<sup>134</sup>

Senest i storkammeravgjørelsen *López Ribalda og andre mot Spania*<sup>135</sup> tok EMD stilling til om et bevis ervervet i strid med EMK art. 8, krenket retten til en rettferdig rettergang. Dette var en sivil sak, der en arbeidsgiver hadde avskjediget flere ansatte på grunn av tyveri på arbeidsplassen. Spørsmålet var om å tillate bruk av videoopptak av ansatte som bevis i rettsaken var i strid med EMK art. 8, og en krenkelse av retten til en rettferdig rettergang i EMK art 6.

EMD uttalte at denne vurderingen gjøres basert på en alle omstendighetene i saken. Det må blant annet vurderes om klageren har hatt mulighet til å bestride bevisets ekthet og motsette seg bruken av beviset.<sup>136</sup> EMD konkluderte med at føring av beviset ikke krenket retten til en rettferdig rettergang. EMD vurdering har likhetstrekk med HR-2021-966-A. Siktedes mulighet for kontradiksjon vil være et viktig moment for å tillate beviset ført, jf. punkt 5.1.3.

EMDs holdning til bevis ervervet i strid med EMK art. 8 synes å være at dette ikke påvirker rettergangens «fairness», dersom den som hevder seg krenket har hatt tilstrekkelig mulighet til å ivareta sine interesser. Følgelig er terskelen høy for at et bevis ervervet i strid med EMK art. 8, krenker retten til en rettferdig rettergang i art. 6.<sup>137</sup>

### 5.1.5 Oppsummering

Analysen har vist at både personvernkrænkelser og rettssikkerhetskrænkelser kan føre til bevisavskjæring. Grovheten av krænkelser er et viktig moment i vurderingen som ofte vil være avgjørende for å avskjære beviset. I slike tilfeller vil hensynet til sakens opplysning måtte vike. Det gjøres da unntak fra hovedregelen om fri bevisførsel.

Personvernkrænkelser ved private beviserwerb, vil i noen sammenhenger føre til bevisavskjæring. Krænkelserens alvorlighetsgrad synes å avhenge av sakens andre

---

<sup>134</sup> *Khan mot Storbritannia* [J], avsnitt 35. Dette er senere fulgt opp i saken *P.G og J.H mot Storbritannia* [J], nr. 44787/98, 25. september 2001, avsnitt 77 og *Allan mot Storbritannia* [J], avsnitt 43.

<sup>135</sup> *López Ribalda og andre mot Spania* [GC], 1874/13 og 8567/13, 17. oktober 2019

<sup>136</sup> *López Ribalda og andre mot Spania* [GC], avsnitt 151

<sup>137</sup> Aall (2018) s. 486

omstendigheter. Jo dypere inn i kjernen man er av den krenkede interessen, jo større mulighet er det for at retten konkluderer med å avskjære beviset. Rettsikkerhetskrenkelsene som kan oppstå ved politiets ulovlige etterforskning synes å være mer alvorlig enn rettsikkerhetskrenkelsene som kan forekomme ved private beviservert. Dette fordi politiets ulovlige handlemåter ofte krenker retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6. Dette viser også EMDs vurdering av slike bevis. Dette medfører at bevis ervertet ulovlig av politiet, i større grad avskjæres enn når private personer innhenter bevis.

Det kan følgelig synes som at private personers ulovlige eller utilbørlige handlinger i mindre grad fører til bevisavskjæring, sammenlignet med politiet. Private personer kan benytte seg av fremgangsmåter for å innhente bevis som er ulovlige, og som krenker rettssikkerhetshensyn og personvernens hensyn, uten at beviset avskjæres. Terskelen for å avskjære et ulovlig eller utilbørlig ervertet bevis av en privat person er dermed høyere enn ved et bevis ervertet av politiet.

## 5.2 Gjentatt eller fortsatt krenkelse

Det neste momentet som er en sentral del av interesseavveiningen, er om føring av beviset vil oppleves som en gjentatt eller fortsatt krenkelse, av den krenkelsen som ble begått ved beviservertet. Vurderingsmomentet knytter seg dermed til krenkelsen som fant sted da beviset ble ervertet.<sup>138</sup>

I forarbeidene til dagens straffeprosesslov la Straffeprosesslovkomiteen til grunn at hovedregelen er at «beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte».<sup>139</sup> Dersom et bevis er ervertet i strid med en bestemmelse som skal ivareta et bestemt hensyn, for eksempel rettssikkerhetshensyn, eller personvernens hensyn, mister ikke disse hensynene betydning som følge av den ulovlige handlingen som fant sted ved beviservertet. Det må vurderes om hensynene også gjør seg gjeldende når beviset legges frem på bevisføringsstadiet. Dersom det er tilfellet, taler det for å avskjære beviset.<sup>140</sup> Spørsmålet er dermed om krenkelsen vedkommende ble utsatt for når beviset ble ervertet, gjentas eller fortsetter dersom beviset tillates ført for domstolen.

---

<sup>138</sup> Torgersen (2009) s. 136

<sup>139</sup> NUT 1969: 3 s. 197

<sup>140</sup> Øyen (2019) s. 407 – 408

Allerede i den prinsipielle Gatekjøkkenkjennelsen uttalte Høyesterett at føring av beviset kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som ble overvåket.<sup>141</sup> En arbeidsgiver hadde hemmelig videoovervåket sine ansatte på arbeidsplassen, for å avdekke underslag. Høyesterett uttalte at videoovervåkingen var en «alvorlig integritetskrenkelse», som kunne oppleves som sterkt belastende for arbeidstakeren.<sup>142</sup> Det var et inngrep i arbeidstakerens personlige integritet, og det var en risiko for at denne interessen igjen ville bli krenket dersom videoen skulle føres som bevis. Følgelig talte «vesentlige personvern hensyn» mot å føre beviset.<sup>143</sup>

Selv om gjentakelsesmomentet ble trukket frem og nevnt i vurderingen, virker ikke momentet å være avgjørende for å avskjære beviset. Høyesterett synes å tillegge grovheten av krenkelsen avgjørende vekt, jf. punkt 5.1.2.

### **5.2.1 Gjentatt eller fortsatt krenkelse av selvinkrimineringsvernet**

Vurderingsmomentet gjentatt eller fortsatt krenkelse ble tydelig trukket frem og vektlagt av Høyesterett i Verksbetjent-saken. Saken omhandlet en verksbetjent i et fengsel som var mistenkt for å ha hjulpet en fange å rømme. Under etterforskningen hadde politiet ved bruk av skjult mikrofon, gått for langt i å framprovosere en forklaring og en innrømmelse fra den mistenkte. Påtalemyndigheten ville legge frem lydopptaket som bevis. I avgjørelsen heter det:

«Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffefellelse».<sup>144</sup> [sic].

Beviset var ervervet i strid med strpl. § 232 første ledd og påtaleinstruksen § 8-1.

Bestemmelsene oppstiller prosessuelle rettssikkerhetsgarantier for den mistenkte i en straffesak. Hensynet bak reglene er mistenktes rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse. Dette er et grunnleggende rettssikkerhetshensyn som skal ivareta mistenktes interesser i saken. Politiets fremgangsmåte i Verksbetjent-saken var en krenkelse

---

<sup>141</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>142</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>143</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>144</sup> Rt. 1999 s. 1269, s. 1271

av selvinkrimineringsvernet. Ved å tillate beviset ført ville krenkelsen fortsette på bevisføringsstadiet. Dermed ble beviset avskjært.<sup>145</sup>

Høyesteretts uttalelser i Verksbetjent-saken er fulgt opp i senere avgjørelser. Blant annet i Rt. 2003 s. 549 og HR-2017-1894-U. Begge disse avgjørelsene omhandlet bevis ervervet i strid med strpl. § 232 og påtaleinstruksen § 8-1. I avgjørelsen fra 2003 ble en person pågrepet av politiet, mistenkt for salg av narkotika. Samtalene mellom politiet og den pågrepne gikk over i et avhør, uten at vedkommende ble gjort kjent med at han var mistenkt og hadde rett til å forholde seg taus. I kjennelsen fra 2017 var spørsmålet om en politiforklaring avgitt av en gutt på 17 år og 8 måneder, var i strid med § 232 tredje ledd, og dermed måtte avskjæres som bevis. Forklaringen var avgitt uten at mistenkte hadde verge eller forsvarer til stedet.<sup>146</sup> I førstnevnte avgjørelse ble beviset tillatt ført på grunn av konkrete omstendigheter i saken. De generelle uttalelsene til Høyesterett kan likevel tas til inntekt for at bevis ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet ofte er gjenstand for fortsatt krenkelse. I avgjørelsen uttales det:

«Lagmannsretten skulle etter dette [...] ha gått nærmere inn på betydningen av [...] om bevisføringen måtte anses å krenke domfeltes grunnleggende rettigheter eller representere en gjentakelse av rettsbruddet».<sup>147</sup>

I HR-2017-1894-U framholdt Høyesterett at avhøret var blitt til ved tilsidesettelse av grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som skal ivareta en mindreårig som er siktet. Hensynet bak bestemmelsen er å ivareta den mindreåriges interesser i saken, slik at vern mot selvinkriminering blir ivaretatt. Krenkelsen var å betrakte som grov og ville bære preg av å fortsette dersom beviset ble tillatt ført.<sup>148</sup> Beviset ble derfor avskjært.

Mistenkte skal selv kunne ta valget om han vil forklare seg eller ikke. Når vedkommende ikke orienteres om at han er mistenkt i en sak, kan valget om å forholde seg taus, ikke tas. Avgjørelsene legger føringer for at bevis ervervet i strid med bestemmelser som ivareta denne rettssikkerhetsgarantien, enkelt er gjenstand for fortsatt krenkelse dersom beviset tillates ført. I interesseavveiningen av om et bevis ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet skal

---

<sup>145</sup> Rt. 1999 s. 1269, s. 1272

<sup>146</sup> HR-2017-1894-U, avsnitt 17

<sup>147</sup> Rt. 2003 s. 549, avsnitt 18

<sup>148</sup> HR-2017-1894-U, avsnitt 17

tillates ført, må følgelig gjentakelsesmomentet tillegges betydelig vekt i favør av å avskjære beviset. Videre kan også Høyesteretts vurdering tas til inntekt for at det er nær sammenheng mellom grovheten av krenkelsen og gjentakelsesmomentet i interesseavveiningen. En krenkelse av selvinkrimineringsvernet er svært inngripende, og slik analysen viser, nesten alltid gjenstand for fortsatt krenkelse på bevisføringsstadiet.

### **5.2.2 Gjentakelsesmomentet ved private beviserverv**

Når private personer innhenter bevis, er det særlig personvernkrænkelser som kan forekomme, jf. punkt 5.1.2. I Rt. 2009 s. 1526 var spørsmålet om et hemmelig lydopptak av en konfidensiell forsoningssamtale mellom to innsatte i et fengsel, med en prest til stede, kunne føres som bevis. Forholdet var ikke direkte underlagt den yrkesmessige taushetsplikten i strpl. § 119, men hensynene bak bestemmelsen gjorde seg gjeldende i vurderingen av om beviset skulle tillates ført eller ikke.<sup>149</sup>

Den yrkesmessige taushetsplikten bygger på hensynet til fortrolighet og den personlige integritet. Den mistenkte skal ha mulighet til å søke hjelp av profesjonelle aktører uten å være redd for at informasjonen videreformidles.<sup>150</sup> Det er et inngrep i privatlivsfæren å bli utsatt for hemmelig lyd- eller videoovervåking.

Høyesterett synes ikke å problematisere om personvern hensynene som ble krenket ved bevisinnhentingen, også ble krenket på bevisføringsstadiet. Dette til tross for at Høyesterett i Gatekjøkkenkjennelsen tydelig la til grunn at personvernkrænkelser kan være gjenstand for fortsatt krenkelse.<sup>151</sup> En mulig grunn kan være at alvorlighetsgraden av personvernkrænkelser er ulik i de to avgjørelsene. Hemmelig videoovervåking på arbeidsplassen over tid er mer inngripende enn et enkelt lydopptak av en frivillig samtale.<sup>152</sup>

I avgjørelsen trekkes imidlertid gjentakelsesmomentet frem i relasjon til mistenktes rettssikkerhet. Høyesterett gir uttrykk for at den som tar et lydopptaket enkelt kan manipulere

---

<sup>149</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 31

<sup>150</sup> Øyen (2019) s. 391

<sup>151</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>152</sup> Slik også i Rt. 2011 s. 1324, avsnitt 35. Saken gjaldt et videoopptak av en samtale mellom to private personer i en sak om forsikringsbedrageri. Høyesterett presiserer at saken skiller seg tydelig fra Gatekjøkkenkjennelsen. Se også Halnes og Ugelvik (2019) s. 285.

eller forfalske det, slik at opptaket ikke gir rett inntrykk av virkeligheten.<sup>153</sup> Disse omstendighetene gjør det betenkelig å tillate et slikt opptak ført som bevis i retten, jf. punkt 5.4.

I HR-2021-966-A virker Høyesterett å ha det samme synspunktet. Gjentakelsesmomentet ble trukket frem i vurderingen.<sup>154</sup> Høyesterett konkluderte med at beviset var ulovlig innhentet, fordi det var ervervet i strid med personopplysningsloven.<sup>155</sup> I vurderingen av om beviset skulle tillates ført, ble det tatt stilling til om bevisføringen var i strid med EMK art. 8, og følgelig krenket retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6.

Høyesteretts synspunkter i de ovennevnte avgjørelsene kan tas til inntekt for at rettssikkerhetskrenkelser ved private beviserverv knytter seg til bevisets pålitelighet. Å føre et bevis innhentet uten klare retningslinjer for bevissikring, kan svekke prosessens rettssikkerhet, og krenke retten til en rettferdig rettergang. Høyesteretts vurdering synes imidlertid å være at siktedes mulighet til å føre motbevis og bestride innholdet i beviset, kan veie opp for denne krenkelsen.<sup>156</sup> Dette trekker i retning av at siktedes mulighet for kontradiksjon er et viktig moment i interesseavveiningen som vil bøte på krenkelsen som fant sted ved beviservervet, slik at den ikke gjentas på bevisføningsstadiet.

### 5.2.3 Oppsummering

Analysen har vist at gjentakelsesmomentet inngår som en del av interesseavveiningen uavhengig av hvem som innhenter beviset. Momentet blir særlig trukket frem når fremgangsmåten ved beviservervet krenker selvinkrimineringsvernet. Dette er en alvorlig krenkelse som ofte kan krenke med retten til en rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6. I disse tilfellene har konklusjonen vært at beviset må avskjæres, fordi krenkelsen vil fortsette på bevisføningsstadiet.

Når ervervs måten gjør det usikkert om beviset gir et riktig bilde av virkelighet, knytter krenkelsen seg til betenkeligheten ved å føre et upålitelig bevis for domstolen. Slike krenkelser oppstår i større grad ved private personers beviserverv. I slike tilfeller synes ikke

---

<sup>153</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 31

<sup>154</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 45

<sup>155</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 38

<sup>156</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 44

gjentakelsesmomentet å være et like tungtveiende moment for å avskjære beviset. Grunnen til dette er at siktedes kontradiksjonsmuligheter vil veie opp for krenkelsen. Dette illustrerer at det er nær sammenheng mellom gjentakelsesmomentet og krenkelsens alvorlighetsgrad. Resonnementet trekker i retning av at gjentakelsesmomentet vil veie tyngre i interesseavveiningen, i favør av å avskjære beviset når beviset er ulovlig ervervet av politiet, sammenlignet med en privat person.

### 5.3 Sakens alvor og karakter

Hvilken kriminell handling straffesaken gjelder har vært fremhevet i rettspraksis som et moment av «vesentlig betydning» i favør av å tillate beviset ført.<sup>157</sup> Torgersen framholder at statens interesse i å straffeforfølge, øker med sakens alvor.<sup>158</sup> Vekten vurderingsmomentet tillegges i interessevurderingen, henger sammen med at hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende i alvorlige straffesaker, enn ved mindre alvorlige lovbrudd.<sup>159</sup> Disse uttalelsene trekker i retning av at å oppnå et materielt riktig resultat er viktigere i alvorlige straffesaker, enn i mindre alvorlige straffesaker.

En avgjørelse der Høyesterett tydelig fremhevet dette vurderingsmomentet var i Treholt-saken.<sup>160</sup> En byråsjef var siktet for å ha avslørt norske statshemmeligheter til den sovjetiske etterretningstjenesten. Politiet ransaket boligen til mistenkte uten at varslingsplikten var overholdt etter dagjeldende straffeprosesslov §§ 224 første ledd og 225 andre ledd.

Spørsmålet for Høyesterett var om beviset av denne grunn skulle avskjæres.

Kjæremålsutvalget uttalte at «[b]estemmelsene om varsel til den ransakingen foretas hos, skal vareta rettssikkerheten for den enkelte».<sup>161</sup>

Brudd på varslingsplikten ved ransaking kan være et inngrep i privatlivsfæren, og en krenkelse av EMK art. 8 nr. 1.<sup>162</sup> Bestemmelsen oppstiller et generelt vern mot offentlig myndighets innblanding i borgernes privat- og familieliv, hjem og korrespondanse.<sup>163</sup> Videre

---

<sup>157</sup> Rt. 1992 s. 698, s. 706

<sup>158</sup> Torgersen (2009) s. 176

<sup>159</sup> Rt. 1992 s. 698, s. 706

<sup>160</sup> Rt. 1992 s. 698

<sup>161</sup> Rt. 1992 s. 698, s. 706

<sup>162</sup> Torgersen (2009) s. 325

<sup>163</sup> Aall (2018) s. 214

kan ransaking av mistenkes bolig uten varsel medføre krenkelse av retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6. Dette fordi, ransaking av noens hjem, gir vedkommende status som siktet, jf. strpl. § 82 første ledd. Som siktet i en straffesak medfølger det særskilte rettigheter. Blant annet skal siktede gjøres kjent med hva saken gjelder, jf. EMK art. 6 nr. 3. Dette skal gi han mulighet til å ivareta sine interesser i saken, og er en grunnleggende del av retten til en rettferdig rettergang. Disse rettssikkerhetsgarantiene er svært viktig å ivareta for å skape en tillitsfull straffeprosess.

Følgelig krenket beviservervet i Treholt-saken tungtveiende rettssikkerhetshensyn til vern av siktede. En naturlig konsekvens av dette burde vært at beviset ble nektet fremmet for domstolen, jf. punkt 5.1.3. Avgjørelsen illustrerer imidlertid at interessekrenkelsen alltid må veies mot hensynet til å opplyse saken. Ettersom saken gjaldt en alvorlig straffbar handling, ble dette hensynet tillagt avgjørende vekt, og beviset ble tillat ført.<sup>164</sup>

I dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1526 har Høyesterett lagt seg på samme linje som i Treholt-saken. Saken omhandlet et lydopptak som bevis i tilknytning til en sak om forsøk på to overlagte drap. Spørsmålet for Høyesterett var om lydopptaket av en samtale mellom to innsatte i et fengsel, gjort av den ene deltakeren i samtalen, kunne føres som bevis.

I Høyesteretts vurdering trekkes betenkelighetene knyttet til rettssikkerheten ved beviservervet frem. Ektheten av et bevis ervervet av en privat person kan det være grunn til å være kritisk til, fordi manipulasjon av lydopptak enkelt kan gjøres. Det er da risiko for at beviset ikke gir riktig inntrykk av virkeligheten.<sup>165</sup> Interessekrenkelsen vil i et slikt tilfelle tale for å avskjære beviset. I denne dommen var imidlertid det avgjørende i interesseavveiningen, at saken gjaldt en «meget alvorlig kriminell handling», og at i slike tilfeller er behovet for en materielt riktig avgjørelse tungtveiende.<sup>166</sup> I likhet med Treholt-saken ble hensynet til sakens opplysning avgjørende for å tillate beviset ført.

Avgjørelsene illustrerer at i interesseavveiningen vil ikke vernet av den krenkede interessen nå lengre, enn at det må vike dersom man står overfor en alvorlig kriminell handling. I slike

---

<sup>164</sup> Rt. 1992 s. 698, s. 706. Også Kjelby (2015) s. 112 uttaler at den materielle sannhets prinsipp regelmessig vil «trumfe» andre relevante hensyn i interesseavveiningen.

<sup>165</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 31

<sup>166</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 32



tilfeller har Høyesterett gitt uttrykk for at hensynet til sakens opplysning er avgjørende. Den materielle sannhet ivaretas best ved at beviset tillates ført. Hovedregelen om fri bevisførsel vil følgelig legges til grunn.

Jeg tenker det kan være grunn til å være kritisk til et slikt standpunkt. I Treholt-saken satt politiet bevisst til side en regel til vern av siktedes rettssikkerhet under etterforskningen, for å oppklare saken. I Rt. 2009 s. 1526 ble et upålitelig bevis egnet til å svekke prosessens rettssikkerhet, tillatt ført. Ved å tillate at bevis ervervet i strid med grunnleggende rettssikkerhetsgarantier legges frem for domstolen, gir Høyesterett uttrykk for at slik adferd hos politiet og private personer aksepteres, så lenge saken er alvorlig nok.

Øyen uttaler at hensynet til sakens alvor og karakter neppe kan tillegges for stor vekt i vurderingen. Han begrunner ikke dette nærmere.<sup>167</sup> Det kan tenkes at han mener det alltid må gjøres en konkret vurdering av alle omstendighetene i saken. Dermed kan man ikke på et generelt grunnlag si at sakens alvorlighetsgrad er viktigere enn andre momenter i interesseavveiningen. Jeg tenker dette særlig er et godt argument dersom man står overfor en interessekrenkelsen som er alvorlig, og krenker grunnleggende hensyn.

Aall har også stilt spørsmål ved hvor legitimt det er å tillate et ulovlig ervervet bevis ført i en alvorlig sak, dersom beviset ville vært avskjært i en mindre alvorlig sak. I alvorlige straffesaker er presset på påtalemyndigheten stort, for å oppklare saken. Det kan tenkes at politiet av denne grunn i større grad, tyr til utradisjonelle etterforskningsmetoder. Treholt-saken er et eksempel på dette. Aall mener det er betenkelig å lempe på rettsikkerheten for den mistenkte for å nå målet om et materielt riktig resultat.<sup>168</sup> Dette begrunner han i at det nettopp er i alvorlige saker det er mest viktig å hindre uriktige domfellelser. Dermed burde rettssikkerhetskravene heller skjerpes, slik at det skal mer til for å tillate et ulovlig ervervet bevis ført i en alvorlig sak.

På den andre siden er prinsippet om den materielle sannhet en bærebjelke i straffeprosessen. Det vil kunne virke støtende på rettsstaten dersom et bevis som kan bekrefte noens skyld i en alvorlig straffesak avskjæres som følge av interessen som ble krenket på ervervstidspunktet.

---

<sup>167</sup> Øyen (2019) s. 413

<sup>168</sup> Aall (1995) s. 314

Avskjæring av et bevis i slike situasjoner kan oppleves som urimelig ut fra større samfunnsbetraktninger.

Jeg tenker at retten til en rettferdig rettergang er helt grunnleggende i straffeprosessen. Bruk av bevis ervervet ved tilsidesettelse av regler som kan krenke dette overordnede prinsippet, burde man være kritisk til. Dermed burde ikke alvorlighetsgraden av saken tilleggs for mye vekt i interesseavveiningen, med den følge at den krenkede interessen blir mindre viktig å ivareta.

### **5.3.1 Hva betraktes som en alvorlig straffesak?**

De nevnte avgjørelsene gjaldt straffbare handlinger som har høy prioritet i Riksadvokatens prioriteringsdirektiv for hvilke saker som skal etterforskes.<sup>169</sup> Det kan dermed synes som at straffesaken objektivt sett må betraktes som alvorlig for å tillegge dette vurderingsmomentet vekt i interesseavveiningen.

I Høyesteretts kjennelse HR-2021-966-A ble imidlertid momentet trukket frem i vurderingen. I tingrettsavgjørelsen forut for Høyesteretts avgjørelse, uttalte tingrettsdommeren i sin vurdering at det er «tale om en foreleggsak, hvilket kan indikere at saken ikke er så viktig».<sup>170</sup> Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens vurdering, som igjen hadde sluttet seg til tingretten.<sup>171</sup> Saken gjaldt overtredelse av strl. § 351, som følge av skadeverk på en bil. Videre fremheves det i tingrettsavgjørelsen at «påkjeningen fornærmede har vært utsatt for i perioden med manglende oppklaring må tillegges noe vekt i vurderingen».<sup>172</sup> Ut fra dette kan legges til grunn at sakens alvor og karakter ble tillagt vekt i favør av å avskjære beviset, i en straffesak som objektivt sett ikke var å betrakte som alvorlig.

Tingrettens uttalelser trekker i retning av at subjektive elementer kan være en del av vurderingen av om man står overfor en alvorlig straffesak, med den følge at beviset tillates ført. I saken var konkrete forhold hos fornærmede utslagsgivende. Saken var for det første anmeldt til politiet, men henlagt. Videre var saken belastende for fornærmede. Hun følte en

---

<sup>169</sup> RA-2016-1, pkt. V, s. 7

<sup>170</sup> TFRED-2020-86852

<sup>171</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 46, jf. avsnitt 43

<sup>172</sup> TFRED-2020-86852

konstant frykt og utrygghetsfølelse i sitt eget hjem. Privat overvåking var den eneste muligheten for henne til å oppklare saken.<sup>173</sup>

Analysen viser at alvorligheten av lovbruddet alltid er et tungtveiende moment i interesseavveiningen i favør av å tillate beviset ført. Vurderingsmomentet tillegges vekt uavhengig av hvem som innhenter beviset. Hensynet til sakens opplysning og målet om å oppnå en materielt riktig dom er avgjørende. Dermed vil hovedregelen om fri bevisførsel legges til grunn, for å ha best mulig bevisgrunnlag før avgjørelsen treffes. I slike tilfeller synes interessekrenkelsens alvorlighetsgrad sjeldent å være et tungtveiende nok for å avskjære beviset.

## 5.4 Bevisets verdi

Bevisets verdi har blitt trukket frem av Høyesterett som et moment i interesseavveiningen. Vurderingen av bevisets verdi knytter seg til kvaliteten på beviset og hvor pålitelig beviset er.<sup>174</sup> I høyesterettspraksis heter det at et bevis kan nektes ført dersom det «er lite å stole på».<sup>175</sup> Følgelig vil momentet kunne vippe vektskålen i favør av å avskjære beviset. Tvistemålsutvalget har framholdt at det sentrale er om «overtredelsen har betydning for bevisverdien».<sup>176</sup> Vurderingen knytter seg dermed til om den ulovlige eller utilbørlige handlingen som fant sted da beviset ble ervervet, vil bidra til å svekke bevisets innhold og pålitelighet.

Hvilken interessekrenkelse som ble begått ved beviservervet vil ha betydning for hvilken vekt bevisets pålitelighet tillegges i den totale vurderingen.<sup>177</sup> Den groveste form for krenkelse er dersom beviset er ervervet i strid med torturforbudet i EMK art. 3 og grl. § 93 andre ledd. I andre tilfeller kan selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 nr. 1 og grl. § 95 første ledd være krenket. Også bevis ervervet i strid med retten til privatliv i EMK art. 8 og grl. § 102, kan føre til at bevisets pålitelighet svekkes.

---

<sup>173</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 43

<sup>174</sup> Skoghøy (2017) s. 880

<sup>175</sup> Rt. 2003 s. 549, avsnitt 17 og Rt. 2004 s. 858, avsnitt 18

<sup>176</sup> NOU 2001: 32 s. 961

<sup>177</sup> Jebens (2015) s. 311

I dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1526 ble momentet trukket frem i vurderingen. Saken omhandlet et bevis ervervet av en privat part i en sak om forsøk på to overlagte drap. Spørsmålet for Høyesterett var om et lydopptak av en konfidensiell forsoningssamtale mellom to innsatte i et fengsel med en fengselsprest til stede, kunne føres som bevis. Lydopptaket var utilbørlig ervervet og krenket både personvern- og rettssikkerhetshensyn for den parten som ikke visste at samtalen ble tatt opp.

Høyesterett uttrykte skepsis til å tillate beviset ført. Dette begrunnet de i at et lydopptak kan manipuleres av den som tar opptaket, slik at vedkommende kan «styre samtalen for sine formål» og at beviset av den grunn «ikke gir et riktig inntrykk av realiteten».<sup>178</sup> Momentet ble følgelig trukket frem som et argument mot å føre beviset. Dette fordi et bevis fremskaffet ved hemmelig lydopptak, er egnet til å svekke prosessens rettsikkerhet for siktede. Det er den som tar opptaket, som i etterkant alene er i besittelse av det, og enkelt kan forfalske det.

Til tross for Høyesteretts skepsis, ble det fremhevet at saken gjaldt en svært alvorlig kriminell handling. Hensynet til sakens opplysning og den materielle sannhet var derfor tungtveiende argumenter for å tillate beviset ført.<sup>179</sup> Dette illustrerer at i alvorlige straffesaker står sannhetsidealet sterkt. Selv om bevisets kvalitet og pålitelighet er svekket som følge av den utilbørlige ervervs måten, vil hensynet til sakens opplysning være et avgjørende hensyn å ivareta i interesseavveiningen. Feilen ved beviservervet vil ikke være tilstrekkelig til å gjøre unntak fra hovedregelen om fri bevisførsel. Det mest hensiktsmessige i en slik situasjon vil være at domstolen tar beviset i betraktning i den frie bevisvurderingen.

Bevisets upålitelighet ble også trukket frem i Rt. 1997 s. 795, og synes å være avgjørende for å avskjære beviset. Også i denne avgjørelsen la Høyesterett vekt på at den som sitter med beviset kan endre det i ettertid.<sup>180</sup> I avgjørelsen ble dermed beviset avskjært og det ble gjort unntak fra hovedregelen og hensynet til sakens opplysning. Konklusjonen var i tillegg begrunnet i sakens karakter. Det var en samværstvist, og Høyesteretts uttalelser kan tas til inntekt for at det var viktig å motvirke bruk av upålitelige bevis i slike saker, jf. punkt 5.5.2.

---

<sup>178</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 31

<sup>179</sup> Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 32

<sup>180</sup> Rt. 1997 s. 795, s. 796

Hensynet til sakens opplysning rakk heller ikke lenger i HR-2017-1894-U enn at det måtte vike som følge av bevisets pålitelighet. Saken gjaldt et erstatningskrav i tilknytning til en voldtektssak. En politiforklaring var avgitt i strid med selvinkrimineringsvernet i strpl. § 232 tredje ledd. Det ble påpekt at hensynet til sakens opplysning kunne tale for å føre beviset, ettersom saken var av relativt alvorlig karakter. Likevel framholdt ankeutvalget at hensynet ikke kunne tillegges vekt av særlig tyngde fordi «[b]evisverdien av politiavhøret kan være svekket når rettssikkerhetsgarantiene er brutt».<sup>181</sup> Avgjørelsen viser at dersom beviservervelsen utgjør en grov krenkelse av tungtveiende rettssikkerhetsgarantier vil bevisets pålitelighet kunne være svekket. Følgen av dette vil være at beviset må avskjæres.

Samlet illustrerer avgjørelsene at vekten bevisets pålitelighet tillegges i interesseavveiningen, avhenger av hvilke andre momenter som gjør seg gjeldende. I alvorlige straffesaker vil målet om en materielt riktig dom være viktig å oppnå. Dermed vil hensynet til sakens opplysning være et tungtveiende argument for å føre beviset, selv om ervervs måten kan ha svekket bevisets verdi. Dette rekker likevel ikke lenger enn at i tilfeller der beviset er ervervet ved grove krenkelser på grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, vil svekket bevisverdi være utslagsgivende for å avskjære beviset. Også i bestemte type saker, der upålitelige bevis i større grad kan forekomme, kan bevisets verdi tale for å avskjære beviset.

#### **5.4.1 EMD om bevisets pålitelighet**

I vurderingen av om rettergangen i sin helhet framstår som «fair» har EMD trukket frem bevisets pålitelighet som et moment. I EMD-praksis har momentet særlig vært relevant i tilknytning til bevis ervervet i strid med EMK art. 3 om forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I *Gäfgen mot Tyskland* uttales det:

«[E]vidence obtained in breach of Article 3 [...] always raises serious issues as to the fairness of the proceedings».<sup>182</sup> [...] incriminating real evidence obtained as a result of acts of violence, at least if those acts had to be characterised as torture, should never be relied on as proof of the victim's guilt».<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> HR-2017-1894-U, avsnitt 18

<sup>182</sup> *Gäfgen mot Tyskland*, avsnitt 165

<sup>183</sup> *Gäfgen mot Tyskland*, avsnitt 167

EMD gir uttrykk for at bevis ervervet i strid med torturforbudet aldri skal tillegges vekt som bevis for tiltaltes skyld. Det vil være i strid med retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6 å føre et slikt bevis.

Saken *Jalloh mot Tyskland* omhandlet en narkotikasak. Mistenkte i saken ble tvunget til å svelge brekningsmiddel for å framskaffe plastposer med narkotika som vedkommende hadde svelget.<sup>184</sup> Beviset var ervervet i strid med EMK art. 3, og det ble dermed konstatert krenkelse av EMK art. 6.<sup>185</sup> Avgjørelsene illustrerer at EMD har lagt seg på en klar linje om at bevis ervervet ved brudd på EMK art. 3, er i strid med «fair trial-kravet» i EMK art. 6.

#### 5.4.2 Oppsummering

Analysen har vist at bevisets verdi er et relevant moment i interesseavveiningen uavhengig av hvem som innhenter beviset. Vekten momentet tillegges vil imidlertid variere.

Interessekrenkelser som skaper usikkerhet knyttet til siktedes rettssikkerhet har vært trukket frem av Høyesterett som grunnlag for å svekke bevisets pålitelighet. Særlig gjelder dette bevis ervervet av politiet ved brudd på straffeprosesslovens regler. Bevis ervervet av private personer kan også skape usikkerhet knyttet til prosessens rettsikkerhet. Bevis innhentet ved lyd- eller videoopptak kan lett endres og manipuleres. I slike tilfeller er det usikkert hvilken verdi beviset vil ha for å opplyse saken. Dette burde tale for å avskjære beviset. Momentet synes likevel ikke å være avgjørende for avskjæring dersom man står overfor en alvorlig straffesak. I slike tilfeller vil hovedregelen om fri bevisførsel som regel legges til grunn.

### 5.5 Forebyggende hensyn

Høyesterett har videre lagt til grunn at avskjæring av bevis som er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte kan ha forebyggende effekt.<sup>186</sup> Allerede i den prinsipielle Gatekjøkkenkjennelsen heter det at bevisavskjæring vil bidra til at domstolene «motvirke[r] denne form for krenkelser».<sup>187</sup> Vurderingsmomentet bygger på en tanke om at domstolene ved å avskjære bevis kan bidra til å forebygge ulovligheter, og annen utilbørlig adferd som

---

<sup>184</sup> Aall (2018) s. 466

<sup>185</sup> *Jalloh mot Tyskland* [GC], nr. 54810/00, 11. juli 2006, avsnitt 123, jf. avsnitt 105

<sup>186</sup> Bl.a. Rt. 1991 s. 616, s. 623, Rt. 1997 s. 795, s. 796 og HR-2021-966-A, avsnitt 21

<sup>187</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

kan forekomme ved innhenting av bevis. Tvistemålsutvalget har uttrykt at i interesseavveiningen taler preventive hensyn for å avskjære beviset.<sup>188</sup>

I Treholt-saken<sup>189</sup> uttalte Høyesterett at:

«Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken. Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte».<sup>190</sup>

En slik tilnærming har Høyesterett også i kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s. 582, der det uttales at:

«Avskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking. Men [...] lovgiveren [har] akseptert at et bevis kan føres selv om det knytter seg formelle feil til det».<sup>191</sup>

Utfra disse uttalelsene kan det slutes at hensynet til å forebygge ulovlige framgangsmåter, ikke er særlig tungtveiende når politiet innhenter bevis.

### **5.5.1 Forebygging av ulovlig adferd mellom private parter**

Vekten forebyggende hensyn tillegges i interesseavveiningen ved private personers ulovlige eller utilbørlige beviserverv, synes å være noe mere fremtredende. I Høyesteretts kjennelse HR-2021-966-A sluttet Høyesterett seg til lagmannsretten, som hadde lagt tingrettens vurdering til grunn. Tingretten framholdt at «[e]t annet forhold som taler imot at beviset skal tillates ført er prevensjonshensyn». Å avskjære beviset ville ha en «preventiv og oppdragende

---

<sup>188</sup> NOU 2001: 32 s. 961

<sup>189</sup> Rt. 1992 s. 698

<sup>190</sup> Rt. 1992 s. 698, s. 704

<sup>191</sup> Rt. 2006 s. 582, avsnitt 24

effekt for de som vurderer å gjøre skjulte videoopptak». <sup>192</sup> Også i Gatekjøkkenkjennelsen ble dette momentet fremhevet vurderingen. <sup>193</sup>

I begge disse avgjørelsene var det personvern hensyn som var gjenstand for krenkelse ved den hemmelige videoovervåkingen. I Gatekjøkkenkjennelsen ble forebyggende hensyn tillagt vekt i favør av å avskjære beviset, for å forhindre at slike krenkelser skjer i fremtidige saker.

I kjennelsen fra 2021, ble også hensynet trukket frem, men resultatet ble likevel det motsatte, og beviset ble tillatt ført. Grunnen til dette var at andre hensyn i interesseavveiningen var viktigere å ivareta. Blant annet opplevde fornærmede saken som svært belastende og politiet hadde henlagt den, jf. punkt 5.3.1. Det var derfor viktig å oppklare saken, og den eneste praktiske muligheten for fornærmede var å overvåke deler av garasjen. <sup>194</sup>

Hensynet til å forebygge ulovlig eller utilbørlig adferd, har i likhet med tilfeller der private parter står for bevisinnhentingen i straffesaker, blitt tillagt vekt i sivile saker. Blant annet i kjennelsen inntatt i Rt. 1997 s. 795. Saken var en tvist om samværsrett. Spørsmålet var om et hemmelig lydbåndopptak gjort av moren, av en samtale mellom faren og barna kunne føres som bevis. Kjæremålsutvalget uttalte at beviset burde avskjæres fordi det «er grunn til å motvirke» den typen aktivitet fra foreldre i slike saker. <sup>195</sup>

Rt. 2001 s. 668 var en arbeidsrettslig tvist om avskjedigelse. Spørsmålet var om et opptak fra hemmelig videoovervåking som viste at en ansatt tok penger fra tippekassa i en butikk kunne føres som bevis. Høyesterett la til grunn at «domstolane [vil] ved si allmenne haldning til slike bevis kunne motvirke bruk av bevis som er skaffa fram på ein slik måte». <sup>196</sup>

I de ovennevnte avgjørelsene ble beviset ervervet gjennom hemmelig video- eller lydopptak. Handlingene var en krenkelse av den personlige integritet og personvern hensyn. I alle sakene fremhevet Høyesterett hensynet til å forebygge at private parter utfører utilbørlige eller ulovlige handlinger overfor hverandre som en del av interesseavveiningen.

---

<sup>192</sup> TFRED-2020-86852 og LB-2020-151682

<sup>193</sup> Rt. 1991 s. 616, s. 623

<sup>194</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 43 – 44

<sup>195</sup> Rt. 1997 s. 795, s. 796

<sup>196</sup> Rt. 2001 s. 668, s. 671



Uttalelsene til Høyesterett synes å være at en restriktiv holdning til å tillate ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis ført, vil bidra til å hindre at slike handlinger mellom private parter skjer. Følgelig vil det ha en oppdragende effekt for fremtidige saker.<sup>197</sup> I interesseavveiningen taler dette momentet for å avskjære beviset.

### 5.5.2 Forebyggende hensyn som støttemoment

Selv om forebyggende hensyn trekkes frem i en rekke avgjørelser, virker det ikke som det alene kan danne grunnlag for å avskjære et bevis. I interesseavveiningen synes forebyggende hensyn å brukes som et støttemoment i tilknytning til saker som gjelder grove integritetskrenkninger, jf. Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2001 s. 668. I begge sakene var ansatte hemmelig videoovervåket på arbeidsplassen. Det er sterkt krenkende for en arbeidstaker, og noe som burde unngås. Dermed ville avskjæring av beviset kunne bidra til å hindre slik overvåking skjer i fremtidige saker.

I tilknytning til sakens karakter virker også forebyggende hensyn å være relevant. Rt. 1997 s. 795 er illustrerende. Kjæremålsutvalget uttalte at

«En adgang til å legge frem lydbånd/utskrift basert på hemmelige opptak i *denne type saker*, ville kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene – med barna som mer eller mindre intetanende aktører – som det er grunn til å motvirke».<sup>198</sup> [min kursivering].

Saken omhandlet et bevis i tilknytning til en barnefordelingssak og spørsmålet om samvær. Beviset ble avskjært. Høyesterett stilte seg kritisk til bruk av beviset fordi bevisverdien kunne være svekket. Høyesteretts synspunkt virker å være at barn enklere lar seg farge av foreldrenes holdning, og i avanserte saker kan ikke barn alltid forstå konsekvensene av det de sier og gjør. Dette kan føre til at saken framstilles feil og ikke treffes på riktig grunnlag. I en barnefordelingssak, som er en indispositiv sak, jf. tvl. § 11-4, kan dette resultere i at avgjørelsen ikke blir det som er best for barnet, jf. barneloven<sup>199</sup> § 48. Disse momentene trekker i retning av at bruk av hemmelige lydopptak som bevis i barnefordelingssaker, er mindre pålitelig, jf. punkt 5.4. Dette kan tas til inntekt for at domstolen derfor i slike saker i

---

<sup>197</sup> Slik også Halsnes og Ugelvik (2019) s. 285

<sup>198</sup> Rt. 1997 s. 795, s. 796

<sup>199</sup> Lov 8. april 1981 om barn og foreldre (barnelova)

burde nekte beviset fremmet, for å hindre at utilbørlige handlinger mellom private parter forekommer.

### **5.5.3 Hvorfor tillegges momentet ulik vekt?**

Det er interessant å spørre hvorfor forebyggende hensyn tillegges større vekt ved private bevisererv, enn ved politiets bevisinnhentning. På grunn av politiets mange muligheter til bruk av tvangsmidler og ulike etterforskningsmetoder, kan konsekvensene som følger av politiets misbruk av regler, være mer alvorlig og oppstå hyppigere, enn når bevis erverves av private parter. Private personer er ikke på tilsvarende måte bundet av klare regler og retningslinjer.

Rettsikkerhetskrenkelsene som kan forekomme ved brudd på straffeprosessuelle regler er ofte alvorlige og kan krenke retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6. Dette taler for at preventive hensyn burde tillegges mer vekt i interesseavveiningen når man står overfor et bevis innhentet ulovlig av politiet. En slik holdning har også straffeprosesslovutvalget i forarbeidene til ny straffeprosesslov. Utvalget mener det er vanskelig å se begrunnelsen for skille i vekten momentet tillegges, fordi farene ved misbruk fra myndighetene ofte er større enn fra private, på grunn av tilgjengelige maktmidler og maktapparatets omfang.<sup>200</sup>

Utvalget uttaler også at idealet om en lovformelig prosess tilsier at politiets ulovlig ervervede bevis bør avskjæres for å skape tillitt mellom stat og borger.<sup>201</sup> Dersom borgerne er av den oppfatning at bevis tillates ført uavhengig av om straffeprosesslovens regler for bevissikring er fulgt eller ikke, vil dette kunne skape mistillit til offentlig myndighet og prosessen.

Torgersen trekker frem at en mulig grunn til ulikhetene i straffesaker og sivile saker er at sannhetsidealet står litt sterkere i straffeprosessen enn i sivilprosessen, og derfor burde terskelen for å avskjære bevis i straffeprosessen være høyere.<sup>202</sup> Dette forklarer likevel ikke forskjellen innenfor straffesakene.

En grunn som kan tenkes for at forebyggende hensyn i større grad vektlegges i avskjæringsvurderingen ved private personers ulovlige bevisererv, er den teknologiske

---

<sup>200</sup> NOU 2016: 24 s. 273.

<sup>201</sup> NOU 2016: 24 s. 273

<sup>202</sup> Torgersen (2009) s. 152.

utviklingen i samfunnet. Dette gjør at enkeltpersoner enklere kan gjøre inngrep i hverandres privatliv ved hjelp av blant annet overvåking. Slike inngrep burde unngås. Dette argumentet trekker også straffeprosesslovkomiteen frem i sin utredning for hvorfor hensynet bør tillegges mer vekt i avskjæringsvurderingen av bevis ervervet ulovlig av politiet.<sup>203</sup>

Jeg tenker at argumentet gjør seg like gjeldende ved private personers beviserwerb. Enhver person kan i dag gå til innkjøp av avansert teknologisk utstyr, som ved bruk, kan gripe inn i andres privatliv. Dersom noen mistenker at en kriminell handling foregår på eiendommen eller arbeidsplassen sin, kan forholdet enkelt avdekkes gjennom skjult kameraovervåking. Utviklingen går i retning av at det blir enklere for private personer å oppklare mindre lovbrudd uten å involvere politiet. Spesielt kan dette skje dersom saken henlegges på grunn av ressursårsaker, slik som i HR-2021-966-A.

I det større perspektiv vil en stadig større utbredelse av private personers innblanding i etterforskning kunne utfordre statens etterforskningsmonopol. At private personer påtar seg en «politiroлле» i samfunnet er noe som burde unngås. Dersom domstolen legger seg på en klar avskjæringslinje for slike bevis kan dette bidra til at en slik utvikling forhindres.<sup>204</sup>

## 5.6 Øvrige momenter i vurderingen

I tillegg til momentene gjennomgått i punkt 5.1 til 5.5 inngår også andre hensyn i interesseavveiningen. Den allmenne rettsfølelse har i noen sammenhenger blitt trukket frem som en del av vurderingen.<sup>205</sup> Tankegangen bak momentet er at det kan virke støtende på den allmenne rettsfølelsen dersom domstolen som håndhever av gjeldende rett, tillater bruk av ulovlige framgangsmåter ved bevisinnhenting.<sup>206</sup> Momentet blir tydeligst satt på spissen ved politiets brudd på materielle regler under etterforskning.<sup>207</sup> I slike saker trekker momentet i retning av å avskjære beviset når man står overfor en alvorlig straffesak.

---

<sup>203</sup> NOU 2016: 24 s. 273

<sup>204</sup> Halnes og Ugelvik (2019) s. 286. Tilsvarende gjelder for privat provokasjon. Private som driver med organisert etterforskningsvirksomhet bør møtes med disiplinierende tiltak i form av bevisforbud.

<sup>205</sup> NUT 1969: 3 s. 197 og NOU 2001: 32 s. 961

<sup>206</sup> Schei mfl. (2013) s. 868 og Jebens (2015) s. 311

<sup>207</sup> Se blant annet Rt. 1992 s. 698 på s. 705 og Rt. 1994 s. 1139 på s. 1141

HR-2021-966-A, kan imidlertid tas til inntekt for at momentet også kan trekke i motsatt retning. Det vil oppfattes som støtende å ikke tillate et bevis ført, når det kan bevise at et straffbart forhold har funnet sted. I saken ble beviset tillatt ført, til tross for den ulovlige videoovervåkingen. I interesseavveiningen ble det lagt vekt på at saken var belastende for fornærmede og at hærverket på bilen hadde funnet sted over lang tid. Saken var henlagt av politiet, og fornærmedes eneste mulighet til å oppklare saken var å filme i garasjen.

Avgjørelsen illustrerer at det vil kunne virke urimelig ut fra større samfunnsbetraktninger å avskjære et bevis når det er klart at det foreligger et straffbart forhold. Dersom påtalemyndigheten velger å ikke straffeforfølge straffbare forhold det finnes bevis for, kan det for publikum se ut som at den kriminelle handlingen aksepteres og forsvares, som følge av den ulovlige handlingen som fant sted da beviset ble ervervet.<sup>208</sup>

Videre har det vært tillagt vekt i favør av å tillate beviset ført, at hensynene som begrunnet ulovligheten da beviset ble ervervet har begrenset rekkevidde, og dermed ikke gjør seg gjeldende på bevisføringsstadiet. Denne problemstillingen var tema i Rt. 1997 s. 1778. Politiet ble kjent med en voldtektslovbrudd gjennom en sykehusansatts brudd på taushetsplikten. Den sykehusansattes forklaring var underlagt taushetsplikten i strpl. § 119, og kunne derfor ikke legges frem som bevis. De øvrige bevisene i saken kunne likevel føres, selv om de framkom som følge av taushetsbruddet. Det ville ikke innebære en fortsatt krenkelse av hensynet til behovet for fortrolighet, å føre bevisene som senere ble ervervet.<sup>209</sup> Avgjørelsen illustrerer at avskjæringsvurderingen ikke automatisk omfatter avledede bevis.

I Rt. 2006 s. 582 ble en lignende problemstilling tatt opp. Politiet stoppet en bil og ransaket den. Under ransakingen ble det beslaglagt våpen og ammunisjon. Da ransakingen fant sted forelå det ikke skjellig grunn til mistanke, jf. strpl. §§ 192 første ledd og 195 andre ledd, og ransakingen var derfor ulovlig. Politiet kunne likevel forklare seg om ransakingen i retten. Dette ble begrunnet i at dersom politiet hadde visst om de faktiske forholdene, da ransakingen fant sted ville mistankerkaftet vært oppfylt.<sup>210</sup> Rettssikkerhetskrenkelsen som fant sted da

---

<sup>208</sup> Se <https://www.advokatbladet.no/hoyesterett/na-skal-hoyesterett-avgjore-om-ulovlig-overvaking-film-kan-brukes-som-bevis-i-straffesak/158197>. Påtalemyndigheten uttaler at å avskjære beviset i praksis vil bety vern av kriminalitet på grunn av ren formalisme.

<sup>209</sup> Rt. 1997 s. 1778, s. 1781

<sup>210</sup> Rt. 2006 s. 582, avsnitt 23

beviset ble ervervet, bar ikke preg av å fortsette på bevisføringsstadiet. På bevisføringsstadiet var det klart at det hadde skjedd et straffbart forhold og det fantes bevis for det. Avskjæring av beviset ville ført til at politiets mulighet til å oppklare saken hadde blitt begrenset, uten at det var noen tungtveiende hensyn som talte for det.<sup>211</sup> Dermed ble beviset tillatt ført.

Om beviset er i tiltaltes favør eller disfavør, kan også være relevant. Det skal mer til for å avskjære et bevis som taler for tiltaltes uskyld, enn et bevis som taler for vedkommendes skyld.<sup>212</sup> Dette vurderingsmomentet er en naturlig følge av målet om å oppnå et materielt riktig resultat, samt de alvorlige konsekvensene det kan ha å dømme noen feilaktig.

Videre har Høyesterett uttalt at det vil kunne ha betydning for bevisavskjæringen om beviset er forsøkt skaffet til veie på annen måte.<sup>213</sup> I HR-2021-966-A hadde fornærmede forsøkt å politianmelde saken, men den ble henlagt. Synspunktet kan tas til inntekt for at når fornærmede hadde forsøkt mindre inngripende tiltak, uten hell, talte det for å tillate beviset ført.

Rettspraksis viser at ingen av disse momentene alene kan være avgjørende for å avskjære beviset. I Høyesteretts vurderinger danner de grunnlag som støttemomenter i den ene eller den andre retningen.

## 5.7 En samlet vurdering

Bevisavskjæringsvurderingen er en helhetlig interesseavveining av flere hensyn. Hvilke hensyn som er relevant og hvordan disse vektet mot hverandre vil variere fra sak til sak. Hovedregelen er prinsippet om fri bevisførsel. Følgelig er hensynet til sakens opplysning, hovedhensynet mot å avskjære beviset. Dette følger av det overordnede målet om å oppnå et materielt riktig resultat.

Avhandlingens analyse viser at hvilken interessekrenkelse som fant sted da beviset ble ervervet, og dens alvorlighetsgrad er et tungtveiende argument for å avskjære beviset. Dette gjelder uavhengig av om beviset er ervervet av politiet eller en privat part. En krenkelse av

---

<sup>211</sup> Jebens (2015) s. 321. Slik også Høyesterett uttaler i Rt. 1997 s. 1778, s. 1780 å avskjære beviset «ville på den annen side medføre at et straffbart forhold i realiteten ble straffritt fordi påtalemyndigheten ble avskåret fra bevisførsel».

<sup>212</sup> Torgersen (2009) s. 178

<sup>213</sup> HR-2021-966-A, avsnitt 21. Slik også Rt. 2007 s. 920 avsnitt 58.

grunnleggende personvern- og rettssikkerhetshensyn har ofte som følge at hensynet til sakens opplysning må vike, og beviset må avskjæres. Avhandlingen har videre vist at krenkelsens grovhet er nært knyttet til gjentakelsesmomentet. Dette gjelder særlig i de tilfellene der beviservervet krenker grunnleggende rettssikkerhetshensyn. Følgelig trekker dette i retning av at momentet er mer tungtveiende når politiet innhenter beviset, sammenlignet med private personer. I slike tilfeller må det gjøres unntak fra hovedregelen om fribevisførsel.

I alvorlige straffesaker vil likevel ikke interessekrenkelsens grovhet alltid være utslagsgivende for å avskjære beviset. Prinsippet om den materielle sannhet vil ofte være styrende når man står overfor en alvorlig straffbar handling. I slike tilfeller vil hensynet til sakens opplysning være et tungtveiende argument i interesseavveiningen som vil tale for å tillate beviset ført.<sup>214</sup>

Bevisets verdi og forebyggende hensyn er vurderingsmomenter som ikke alene kan være avgjørende i interesseavveiningen. Momentene betraktes som «støttemomenter» i vurderingen for å avskjære beviset. Særlig synes forebyggende hensyn å tillegges mer vekt ved private personers beviserverv, sammenlignet med politiet. En rekke andre momenter kan også utgjøre støttemomenter i vurderingen, og vil variere ut fra sakens konkrete omstendigheter, jf. punkt 5.6.

Avhandlingens analyse viser imidlertid at hensynet til å forebygge ulovligheter burde tilegnes større plass i den totale vurderingen. Forarbeidene til ny straffeprosesslov fremhever dette momentet særlig overfor politiets virksomhet. Jeg mener imidlertid at momentet burde være like relevant å fremheve i tilknytning til private beviserverv, for å hindre ulovlige adferd mellom private personer.

---

<sup>214</sup> Se bl.a. Rt. 1992 s. 698, Rt. 2009 s. 1526, HR-2021-966-A

## 6 Avsluttende bemerkninger – konsekvenser og lovfesting

Avhandlingen har vist at i enkelte straffesaker oppstår spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført for domstolen, eller om det skal avskjæres. De fleste eksemplene som finnes knytter seg til politiets ulovlige eller utilbørlige fremgangsmåter. Problemstillingen blir imidlertid også mer aktuell når private personer innhenter bevis.

På grunn av knapphet på ressurser i politiet, må det prioriteres hvilke straffesaker som skal etterforskes og hvilke som skal henlegges. Det er på det rene at de mest alvorlige lovbruddene og den mest samfunnsskadelige kriminaliteten har høyest prioritet. Dette kan føre til at private personer tar etterforskning av mindre lovbrudd i egne hender. Det er mange betenkeligheter knyttet til bruk av bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte av private personer. Ervervs måten kan oppleves som en grov integritetskrenkelse for den som rammes, og det kan også reises spørsmål om rettsikkerheten ved å føre et slikt bevis ivaretas i tilstrekkelig grad.

I et større perspektiv vil private aktørers innblanding i politiets arbeid kunne utfordre det statlige etterforskningsmonopolet. Å tillate at påtalemyndigheten legger frem bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte av private personer kan skape mistillit til politiet. Det kan gi inntrykk av at privates innblanding i politiets virksomhet aksepteres, og at de klare reglene som stilles til offentlig myndighets inngrep i borgernes rettssfare uthules.

Når Høyesterett tillater ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis innhentet av private parter ført for domstolen, gir de uttrykk for at ulovlige handlemåter mellom private parter aksepteres. En slik holdning til bevis er begrunnet i prinsippet om fri bevisførsel og hensynet til sakens opplysning. Konsekvensene av dette kan imidlertid være at private i større grad vil ty til ulovlige handlemåter for å komme til bunns i mindre alvorlige straffesaker.<sup>215</sup> I takt med den teknologiske utviklingen i samfunnet, får private personer større muligheter til å gjøre inngrep i hverandres rettssfare. Straffeprosessutvalget fremhever i lys av dette, at å forebygge slike handlemåter burde få en mer fremtredende rolle i avskjæringsvurderingen. Dette kan tale for at domstolen burde ha en mer restriktiv holdning til å ulovlige ervervede bevis innhentet av private personer.

---

<sup>215</sup> <https://rett24.no/articles/far-bruke-ulovlig-mobilvideo-som-haerverkbevis>

På den andre siden vil en for restriktiv holdning til slike bevis kunne rokke ved flere av straffeprosessens grunnleggende prinsipper. Hovedregelen om fri bevisførsel vil innskrenkes, dersom ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis på prinsipielt grunnlag skal avskjæres. I noen tilfeller vil et bevis skaffet til veie på ulovlig måte av en privat person, være avgjørende for å oppklare saken og avsi en materielt riktig dom. Dette er HR-2021-966-A et eksempel på. Dette taler for å tillate denne typen bevis ført for domstolene.

Straffeprosessutvalget har i NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov foreslått å lovfeste en regel for avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis i straffesaker. Utvalget mener at en lovfestet regel må ta utgangspunkt i praksisen som allerede foreligger. Likevel uttales det at noen hensyn burde fremheves i interesseavveiningen.<sup>216</sup> Det er særlig forebyggende hensyn og hensynet til en lovformelig prosess det siktes til. For å gi disse hensynene en mer fremtredende rolle i vurderingen, har utvalget lagt frem et eksempel på en bestemmelse der utgangspunktet er at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis nektes ført, og en eventuell føring vil være unntaket. Likevel synes utvalget å gå bort fra dette, og foreslår heller å lovfeste en mer nøytral bestemmelse. Dette trekker i retning av å lovfeste en bestemmelsen som utformes mer som tvl. § 22-7.

Med en nøytral lovbestemmelse vil det ikke legges føringer for hva som skal inngå i vurderingen. Det vil fortsatt være opp til Høyesterett å utvikle innholdet i regelen med utgangspunkt i praksisen som allerede finnes, men innenfor ordlydens rammer. Utvalget synes å ta utgangspunkt i en regel som retter seg mot bevis ervervet ulovlig av politiet. Det er likevel nærliggende å anta, ut fra den praksis om i dag foreligger, at en lovfestet regel også vil omfatte ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis av private personer.

En lovfesting av reglene for avskjæring av bevis innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte kan bidra til at holdningene til ulovlige og utilbørlige handlemåter endres. Begrunnelsen for ikke å lovfeste reglene da dagens straffeprosesslov ble vedtatt, var at det fantes for lite praksis på området.<sup>217</sup> Avhandlingen har vist at i dag finnes det en rekke avgjørelser som kan bidra til å skape en lovfestet regel i straffeprosessloven.<sup>218</sup> En lovfesting av reglene om bevisavskjæring

---

<sup>216</sup> NOU 2016: 24 s. 273

<sup>217</sup> NUT 1969: 3 s. 197

<sup>218</sup> Slik også straffeprosesslovutvalget legger til grunn i NOU 2016: 24 s. 272



av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis vil skape forutberegnelighet for borgerne, og bidra til at like tilfeller løses likt, jf. grl. § 98.

## Kildeliste

### Lover

1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven)
1887	Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Straffeprosessloven)
1902	Lov 20. mai 1902 nr. 28 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)
1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø (Arbeidsmiljøloven)
1978	Lov 9. juni 1978 nr. 48 om personregistre m.m. (Personregisterloven)
1981	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

## **Forskrifter**

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

## **Internasjonale konvensjoner og forordninger**

EMK Europarådets konvensjon 4. november 1950 om menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

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

Direktiv 2016/679 Europarlamentets – og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)

## **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

Bind B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Dok.nr. 16 (2011-2012)

Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2016: 24

Ny straffeprosesslov

## **Rundskriv**

RA-2016-1

Mål og prioriteringer for straffesaksbehandling i 2016 – politiet og statsadvokatene. (Rundskriv nr. 1/2016).

## **Rettspraksis**

### **Høyesterett**

Rt. 1990 s. 1008

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. 2001 s. 668

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2003 s. 1266

Rt. 2004 s. 1366

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 920

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2011 s. 1324

Rt. 2013 s. 323

Rt. 2013 s. 905

Rt. 2013 s. 1282

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2015 s. 93

HR-2016-2554-P

HR-2017-1894-U

HR-2019-1747-U

HR-2019-1967-A

HR-2021-966-A

### **Lagmannsrettene**

LB-2020-151682

### **Tingrettene**

TFRED-2020-86852

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen**

*Schenk mot Sveits*

*Schenk mot Sveits* [P], nr. 10862/84,  
EMD, 12. juli 1988

<i>Funke mot Frankrike</i>	<i>Funke mot Frankrike</i> [J], nr. 10828/84, EMD 25. februar 1993
<i>Khan mot Storbritannia</i>	<i>Khan mot Storbritannia</i> [J], nr. 35394/97, EMD, 12. mai 2000
<i>P.G og J.H mot Storbritannia</i>	<i>P.G og J.H mot Storbritannia</i> [J], nr. 44787/98, EMD, 25. september 2001
<i>Allan mot Storbritannia</i>	<i>Allan mot Storbritannia</i> [J], nr. 48539/99, EMD, 5. november 2002
<i>Jalloh mot Tyskland</i>	<i>Jalloh mot Tyskland</i> [GC], nr. 54810/00, EMD, 11. juli 2006,
<i>O'Halloran og Francis mot Storbritannia</i>	<i>O'Halloran og Francis mot Storbritannia</i> [GC], nr. 15809/02, EMD, 29. juni 2007
<i>Bykov mot Russland</i>	<i>Bykov mot Russland</i> [GC], nr. 4378/02, EMD 10. mars 2009
<i>Gäfgen mot Tyskland</i>	<i>Gäfgen mot Tyskland</i> [GC], nr. 22978/05, EMD 1. juni 2010
<i>López Ribalda og andre mot Spania</i>	<i>López Ribalda og andre mot Spania</i> [GC], nr. 1874/13 og 8567/13, EMD, 17. oktober 2019

## **Juridisk litteratur**

Aall (1995)	Aall, Jørgen, <i>Rettergang og menneskerettigheter</i> , Universitetsforlaget, 1995
Aall (2018)	Aall, Jørgen, <i>Rettstat og menneskerettigheter</i> , Fagbokforlaget, 5. utgave, 2018

- Andenæs og Myhrer (2009) Andenæs, Johs, Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, Universitetsforlaget, 4. utgave, 2009
- Halsnes og Ugelvik (2019) Halnes, Yasmine, Synnøve Ugelvik, Privat provokasjon Strafferettslige og straffeprosessuelle konsekvenser av privatpersoners utfordrende etterforskningsvirksomhet, *Tidsskrift for strafferett*, Universitetsforlaget, nr. 3-2019, s. 258-287
- Jebens (2015) Jebens, Sverre Erik, «Ulovlig ervervet bevis og utradisjonell etterforskning», i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund, Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, Gyldendal, 1. utgave, 2015
- Kjelby (2015) Kjelby, Gert Johan, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker», i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund, Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, Gyldendal, 1. utgave, 2015
- Kjelby (2019) Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*, Cappelen Damm Akademiske, 2. utgave, 2019
- Schei mfl. (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch, Toril M. Øie, *Twisteloven Kommentarutgave*, 2. utgave Bind I og II, Universitetsforlaget, 2013

- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, Universitetsforlaget, 3. utgave, 2017
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018
- Torgersen (2009) Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Calax, 1. utgave, 2009
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget, 2. utgave, 2019
- Øyen (2010) 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*, Vol.49, Utg.7, 2010, s. 423-438

### **Nettsider/nettavis**

<https://www.advokatbladet.no/hoyesterett/na-skal-hoyesterett-avgjore-om-ulovlig-overvaking-film-kan-brukes-som-bevis-i-straffesak/158197> (sist brukt 11.04.22 kl. 14:30)

<https://rett24.no/articles/far-bruke-ulovlig-mobilvideo-som-haerverkbevis> (sist brukt 30.04.22 kl. 12:50)



