



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Avskjæring av bevis skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte i straffesaker

Aurora Hansen Rognan

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Temaet for avhandlingen og aktualitet.....	1
1.2	Begrepsavklaringer.....	2
1.3	Reglene om bevisavskjæring.....	2
1.4	Avgrensninger.....	3
1.5	Oversikt over den videre fremstillingen.....	3
2	Rettskildesituasjonen og metodespørsmål.....	4
2.1	Rettskildesituasjonen.....	4
2.2	Metode.....	6
2.2.1	Utgangspunktet.....	6
2.2.2	Norsk retts forhold til EMK og SP.....	6
2.2.3	EMD og statenes skjønnsmargin.....	7
2.2.4	EMDs tilnærming til bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte.....	8
3	Når er bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?.....	9
3.1	Bevis skaffet på ulovlig måte.....	9
3.2	Bevis skaffet på utilbørlig måte.....	9
4	Utgangspunkter om bevisføring.....	11
4.1	Utgangspunktet: Prinsippet om fri bevisføring.....	11
4.2	Tiltaltes rett til bevisføring etter EMK.....	12
5	Avskjæringsvurderingen.....	13
5.1	Overordnet om avskjæringsvurderingen.....	13
5.2	Hvilke prinsipielle hensyn påvirker avskjæringsvurderingen?.....	14
5.2.1	Retten til rettferdig rettergang.....	15
5.2.2	Det materielle sannhets prinsipp.....	17
5.2.3	Disiplineringshensyn.....	18
5.2.4	Rettsikkerhetshensyn og personvernensyn.....	20

5.2.5	Hensyn til allmennhetens rettsfølelse.....	21
5.3	Hvilke særlige tilfeller tilsier bevisavskjæring?.....	22
5.3.1	Krenkelsens art og alvor.....	23
5.3.2	Fortsatt rettskrenkelse	30
5.3.3	Sakens viktighet	34
5.3.4	Bevisets betydning for oppklaring av saken	36
5.3.5	Bevisets pålitelighet	37
5.3.6	Øvrige momenter.....	39
6	Hvilke bevis omfattes ved bevisavskjæring?	43
6.1	Direkte og avledede bevis	43
6.2	Hva med bevis som «bygger på» bevis som direkte er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?	46
7	Rettspolitiske betraktninger.....	47
7.1	Bør regler om bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte lovfestes i straffeprosessen?	47
7.2	Er reglene om bevisavskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte hensiktsmessige?	49
8	Avsluttende bemerkninger	51
	Referanseliste	54

1 Innledning

1.1 Temaet for avhandlingen og aktualitet

For å sikre riktige avgjørelser i straffesaker er det av avgjørende betydning at faktum er tilstrekkelig belyst. Gjennom bevisføring kan de faktiske forhold avklares for retten. Men hva med bevis som er skaffet på ulovlig eller klanderverdig måte? Skal de tillates ført til tross for måten de er skaffet til veie på, eller skal de nektes ført?

Temaet for avhandlingen er bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte i straffeprosessen. Hovedproblemstillingen er i hvilke tilfeller bevis som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte skal avskjæres i straffesaker.

Reglene om bruk av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte i straffesaker er skjønnsmessige og reiser vanskelige spørsmål. På den ene siden kan slike bevis bidra til straffesakers oppklaring og beskyttelse av samfunnet. På den andre siden kan føring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte bryte med viktige rettsprinsipper og svekke borgernes rettssikkerhet. Det kan redusere tilliten til rettssystemet og til myndighetenes evne til å håndheve regelverket på en rettferdig måte. Å tillate føring av bevis skaffet på slik måte kan åpne for misbruk av etterforskningsmetoder, og sette grunnleggende rettigheter som retten til rettferdig ettergang i fare.

Moderne teknologi gir store muligheter til å skaffe bevis. Med få tastetrykk kan man ta bilder og video, avlytte samtaler og spore bevegelser. De fleste har avansert utstyr tilgjengelig, som smarttelefon, klokke og bil med lokasjonsdata. Ved at det har blitt så enkelt å skaffe bevis, utfordres ofte reglene for beviserwerb. Grensene for å skaffe bevis på lovlig måte overtres stadig.¹ Det aktualiserer spørsmål om bevisene som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte skal avskjæres eller tillates ført.

¹ Det ble eksempelvis avdekket rutinemessige og systematiske feil i politiets ransakingspraksis av rusavhengige i 2021, se Riksadvokatens rapport om tvangsmiddelbruk i narkotikasaker (2022), jf. også HR-2022-2420-A avsnitt 17.

1.2 Begrepsavklaringer

Med begrepet «bevis» menes noe som peker utover seg selv og viser til noe annet.² Det dreier seg om informasjon om faktiske forhold i en sak. Eksempler er partsforklaringer, vitneutsagn, dokumenter og tekniske spor, slik som blodspor, våpenhylster, fingeravtrykk og DNA.

«Beviserverv» er innhenting av bevis, altså handlingen som gjøres for å skaffe bevis. Et vitne gir for eksempel sin forklaring til politiet, eller politiet ransaker et sted eller en gjenstand hvor de finner informasjon som er relevant for saken.

Med «føring av bevis» menes adgangen til å presentere bevis for dommerne i en retts sak, mens «bevisavskjæring» innebærer å nekte et bevis ført. Ved avskjæring vil beviset med tilhørende informasjon ikke kunne legges frem for retten.

1.3 Reglene om bevisavskjæring

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er fri bevisførsel.³ Bevisavskjæring der bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte utgjør ett av flere unntak fra det.

Reglene om avskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte er utviklet gjennom rettspraksis. I sivile saker er reglene kodifisert i tvisteloven⁴ § 22-7, mens det i straffeprosessen fortsatt er ulovfestet rett.

Som avhandlingen vil vise skal det foretas en todelt vurdering av bevisavskjæring etter den ulovfestede læren. Først må det vurderes om det aktuelle beviset er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Dersom det er tilfelle, må det foretas en særskilt vurdering av om beviset skal føres eller avskjæres. Denne avskjæringsvurderingen beror på en bred interesseavveining. En rekke hensyn er relevante, og disse må vurderes og vektet mot hverandre.

² Jf. Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper* (2014), Gyldendal, s. 270.

³ Prinsippet om fri bevisføring er ulovfestet i straffeprosessen, se bl.a. Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010, Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17 og Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13. Straffeprosesslovutvalget foreslår lovfesting i ny straffeprosesslov, jf. NOU 2016:24, lovutkastet § 7-2 (1).

⁴ Jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvl.).

1.4 Avgrensninger

Avhandlingen omhandler avskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte i *straffesaker*, og befinner seg på straffeprosessens område. Det avgrenses i utgangspunktet mot tilsvarende regler i sivilprosessen. Der det er relevant vil likevel også kilder fra sivilprosessen tas med.⁵

Videre vil avhandlingen avgrenses mot en redegjørelse av vilkårene for de ulike metodene for å skaffe bevis. Det vil altså ikke redegjøres for grensene for beviserverv, eller for når disse er overtrådt. Hva det vil si at bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte vil kun redegjøres kort for i hoveddelen.

Det avgrenses videre mot avskjæring i «eksepsjonelle tilfeller», der beviset ikke er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, men føring likevel kan tilsidesette tungtveiende hensyn til en rettfærdig rettergang.⁶ Problemstillingen er lite praktisk og faller utenfor oppgavens tema.

Det vil også avgrenses mot øvrige bevisavskjæringsregler og bevisforbud.

Likeså vil det avgrenses mot andre eventuelle rettslige virkninger av at bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Dermed vil blant annet ikke spørsmål om eventuell frifinnelse behandles. Det samme gjelder eventuell straffeforfølgning av den som har skaffet bevisene.

1.5 Oversikt over den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen vil jeg først gjøre rede for rettskildesituasjonen og metodespørsmål rundt tematikken i avhandlingen. Deretter, i punkt 3, vil jeg kort klarlegge hvilke situasjoner der spørsmål om bevisavskjæring oppstår; når bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. I punkt 4 vil rettslige utgangspunkter om bevisføring presenteres, herunder prinsippet om fri bevisføring og bevisføringsretten etter EMK.

I punkt 5 vil jeg redegjøre for avskjæringslæren. Dette er den sentrale delen av avhandlingen. Her behandles overordnede og prinsipielle hensyn som påvirker interesseavveiningen i valget mellom bevisføring og avskjæring. Videre gis en oversikt over konkrete momenter som særlig

⁵ Noen sivilrettslige kilder belyser også rettsstilstanden i straffesaker, se HR-2021-966-A avsnitt 18 og 22. Se avhandlingen pkt. 2.1 for nærmere redegjørelse.

⁶ Sml. Tvistemålsutvalgets uttalelse i NOU 2001:32 B på s. 962.

er vektlagt i rettspraksis, forarbeider og teori. Blant annet vil betydningen av den krenkede interessens art redegjøres for. Herunder vil det vurderes om det er forskjell i bevisføringsadgangen etter hvilken rettighet som ble krenket da beviset ble skaffet. Fortsatt rettskrenkelse og sakens viktighet er to andre momenter som står sentralt i interesseavveiningen.

Punkt 6 gjelder omfanget av bevisavskjæring. Omfattes bare det ulovlige eller utilbørlige skaffede beviset, eller omfattes også avledede bevis?

Som siste punkt i hoveddelen er rettspolitiske betraktninger. Herunder vil noen av departementets bemerkninger i forslaget til ny straffeprosesslov trekkes frem.⁷ Blant annet vil jeg diskutere om reglene bør lovfestes i straffeprosessen, og om preventive hensyn bør tillegges større vekt i avskjæringsvurderingen.

2 Rettskildesituasjonen og metodespørsmål

2.1 Rettskildesituasjonen

Spørsmålet om bevisavskjæring reguleres ikke i straffeprosessloven⁸, men er ulovfestet rett. Grunnloven⁹ § 95, om retten til rettferdig rettergang, setter en ytre ramme for bevisføringen.¹⁰ Reglene om avskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte er skjønnsmessige og utviklet gjennom rettspraksis og teori. Det er flere sentrale dommer på området som både avklarer og videreutvikler reglene.

I sivile saker ble det i 2005 inntatt i tvl. § 22-7 at retten i «særlige tilfeller» kan nekte føring av bevis som er «skaffet til veie på utilbørlig måte». Lovfestingen tok sikte på å kodifisere gjeldende rett i tråd med den rettspraksis som gjaldt i både straffesaker og sivile saker.¹¹ Reglene er fellesprosessuelle, og etter lovfestingen er det blitt vanlig å henvise til tvisteloven også i straffesaker.¹² Det betyr at tvl. § 22-7 med tilhørende forarbeid og praksis også har

⁷ Jf. NOU 2016:24

⁸ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.).

⁹ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

¹⁰ Nærmere om retten til rettferdig rettergang i punkt 5.2.1.

¹¹ Jf. NOU 2001:32 B s. 961.

¹² Jf. HR-2021-966-A avsnitt 22, se for eksempel Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 29, Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 47 og HR-2017-1894-U avsnitt 16.

betydning for spørsmålet om bevisavskjæring i straffesaker. Høyesterett har slått fast at vurderingstemaet er det samme i straffesakene og de sivile sakene, men at de konkrete avveiningene og resultatene kan bli forskjellige.¹³

En annen relevant rettskilde er straffeprosesslovens forarbeider. Selv om bevisavskjæring for bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte ikke er lovfestet, ble slik lovregulering vurdert av Straffeprosesslovkomiteen.¹⁴

Videre er de straffeprosessuelle grunnprinsippene betydningsfulle. Prinsippene gir retningslinjer for hvilke argumenter som er relevante på området og hvordan argumentene skal avveies mot hverandre.

Derneft er flere internasjonale rettskilder sentrale. Særlig Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), med tilhørende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), er viktig. Relevant er også FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Konvensjonene fastsetter menneskerettigheter,¹⁵ og setter minimumskrav for den nasjonale retten, herunder for bevisretten. Å skaffe bevis på ulovlig eller utilbørlig måte, og å føre disse bevisene for retten, kan i ytterste konsekvens krenke menneskerettighetene.¹⁶

Forslaget til ny straffeprosesslov, NOU 2016:24, er også relevant. Merknadene i lovforslaget gir en viss oversikt over gjeldende rett, men det tas også til orde for å justere praksis på visse punkter. Arbeidet med ny lov har av ulike årsaker stagnert, men er ikke forkastet. Etersom forslaget ikke er vedtatt har dokumentet lavere rettskildeværdi enn forarbeidene til nåværende straffeprosesslov.

Siden reglene om bevisavskjæring er ulovfestet, har teorien en viktig systematiserende rolle.

¹³ Jf. HR-2021-966-A avsnitt 18, jf. også Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 og HR-2017-1894-U avsnitt 16.

¹⁴ Se NUT 1969:3.

¹⁵ På straffeprosessens område reguleres særlig den anklagedes og domfeltes rettigheter.

¹⁶ Særlig retten til rettfærdig rettergang er viktig, jf. EMK art. 6. Se nærmere i avhandlingens pkt. 2.2.4 og 5.2.1.

2.2 Metode

2.2.1 Utgangspunktet

I Norge gjelder det dualistiske prinsipp. Det betyr at den nasjonale retten og folkeretten anses som to ulike systemer. I norsk rett kreves derfor en særskilt gjennomføringsakt for å bygge rettigheter og plikter på folkerettslige forpliktelser.¹⁷

2.2.2 Norsk retts forhold til EMK og SP

EMK og SP er begge inkorporert i norsk rett via menneskerettsloven (mrl.)¹⁸, jf. lovens § 2 nr. 1 og nr. 3. De er dermed gjort til norsk lov. Konvensjonene er dessuten gitt forrang og går foran alminnelig norsk rett ved motstrid, jf. mrl. § 3. Følgelig må blant annet norske bevisregler stå tilbake for EMK og SP ved motstrid.

På straffeprosessens område er det dessuten uttrykkelig slått fast at straffeprosesslovens regler gjelder «med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat», jf. strpl. § 4. Etter ordlyden skal lovens bestemmelser vike for folkerettslige regler på gjeldende saksområde. Det er altså etablert sektormonisme på straffeprosessens område.

Grunnloven er lex superior, og må verken vike for formell lov eller folkerettslige traktater ved motstrid. I forbindelse med vedtakelsen av Grl. § 92 var det en stund uklart om konvensjonene som ble inkorporert ved menneskerettsloven var gitt grunnlovs rang.¹⁹ I HR-2016-2554-P (Holship) avklarte Høyesterett at Grl. § 92 ikke skal tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men at menneskerettighetene skal håndheves «på det nivå de er gjennomført i norsk rett», jf. avsnitt 70.

¹⁷ Jf. Ot.prp.nr.45 (2002-2003), kap. 4.1.1 på s. 13. Dualismen modifiseres av presumpsjonsprinsippet, men det faller utenfor avhandlingens rammer å redegjøre nærmere for det.

¹⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.).

¹⁹ Grl. § 92 slår fast at statens myndigheter «skal respektere og sikre menneskerettighetene» slik de er nedfelt i Grunnloven «og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

Grunnlovens nye menneskerettighetskapittel bygger imidlertid på dets folkerettslige forbilde EMK. Det er klart at Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, herunder Grl. § 95 om retten til rettferdig rettergang, skal tolkes i lys av de tilsvarende rettighetsbestemmelsene i EMK.²⁰

2.2.3 EMD og statenes skjønnsmargin

EMD dømmer i saker der det påstås at stater har brutt EMK. EMD har en viktig tilsynsfunksjon gjennom vurderingen av om nasjonale avgjørelser er forenlig med EMK.²¹

EMK art. 46 nr. 1 slår fast at statene «forplikter seg til å rette seg etter Domstolens endelige dom i enhver sak de er part i». EMDs avgjørelser er altså bindende. Videre har Høyesterett uttalt at norske domstoler skal foreta en selvstendig tolkning av EMK, men bruke tilsvarende metode og tolkningsprinsipper som EMD.²² Også for tolkningen av Grunnloven må det i visse tilfeller ses hen til EMDs avgjørelser, jf. ovenfor om at menneskerettsbestemmelsene i Grunnloven må tolkes i lys av tilsvarende rettigheter i EMK. EMDs praksis har følgelig stor betydning for norsk rett.

Et viktig prinsipp ved tolkningen av EMK er medlemsstatenes skjønnsmargin.²³

Medlemsstatene har i første rekke ansvar for å vareta EMK-rettighetene, og EMDs rolle i å sikre rettighetene er subsidiær.²⁴ I tråd med subsidiaritetsprinsippet er medlemsstatene innrømt en viss skjønnsmargin for tolkningen og anvendelsen av EMK. EMD skal i en viss utstrekning respektere nasjonalstatenes politiske og rettslige avveininger, og skal til dels være tilbakeholden i prøvingen av medlemsstatenes vurderinger. Hvor vid skjønnsmargin statene innrømmes varierer blant annet med hvilken rettighet saken gjelder, hvor tyngende inngrepet er og om myndighetene har hatt en grundig prosess, med tilfredsstillende avveininger og begrunnelse.²⁵

²⁰ Se Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57, Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21 og Dok.nr.16 (2011-2012) s. 122.

²¹ Jf. eksempelvis *López Ribalda og andre mot Spania* [GC] avsnitt 111 og *Animal Defenders International mot Storbritannia* [GC] avsnitt 105.

²² Jf. Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45, Rt. 2000 s. 966 på s. 1007-1008 og Rt. 2003 s. 359.

²³ «Margin of appreciation», se eksempelvis *López Ribalda og andre mot Spania* [GC] avsnitt 111.

²⁴ Se eksempelvis Settem (2016) s. 119-120. Se også vedtakelsen av ny tilleggsprotokoll, TP 15 som, dersom den treer i kraft, uttrykkelig fremhever «the principle of subsidiarity» i EMKs fortale.

²⁵ Jf. Norges institusjon for menneskerettigheter, *Den europeiske menneskerettsdomstolen: EMD – en felleseuropeisk menneskerettsdomstol* (2022).

2.2.4 EMDs tilnærming til bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte

EMD vurderer betydningen av at bevis er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte som ledd i vurderingen av om rettergangen har vært rettferdig, jf. EMK art. 6 nr. 1.

Av EMK art. 6 nr. 1 fremgår: «In the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair [...] hearing [...]».

I EMDs storkammerdom *Gäfgen mot Tyskland* slås det fast at «[t]he question which must be answered is whether the proceedings as a whole, *including the way in which the evidence was obtained*, were fair» (min kursivering).²⁶ EMD gjør altså en helhetlig vurdering av om rettergangen har vært rettferdig, der måten beviset er skaffet til veie på er ett av flere momenter av betydning.²⁷

Til spørsmålet om bevis som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte kan føres for retten, uttaler EMD følgende i dommen *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. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence (...) may be admissible».²⁸

Det slås fast at EMK ikke direkte regulerer bevisføringsadgangen, og at avskjæring av bevis primært må bero på nasjonale regler. EMK setter kun en ytre ramme ved EMK art. 6.

Også Høyesterett slår fast at EMK bare stiller opp en ytre ramme på dette feltet, jf. HR-2021-966-A avsnitt 41.²⁹

Retten til rettferdig rettergangs betydning som begrensning for bevisføringen behandles nærmere i avhandlingens punkt 5.2.1.

²⁶ Jf. EMDs storkammerdom *Gäfgen mot Tyskland* [GC] avsnitt 163.

²⁷ Jf. også EMDs dom *Khan mot Storbritannia* [J] avsnitt 34 og *P.G. og J.H. mot Storbritannia* [J] avsnitt 76.

²⁸ Jf. EMDs dom *Schenk mot Sveits* [P] avsnitt 46.

²⁹ Høyesterett viser til EMDs storkammerdom *López Ribalda og andre mot Spania* [GC].

3 Når er bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?

3.1 Bevis skaffet på ulovlig måte

Et bevis er skaffet på ulovlig måte når fremskaffelsen har skjedd i strid med en rettsregel. Både brudd på materielle, personelle og prosessuelle regler omfattes.³⁰

Et eksempel på at bevis er skaffet på ulovlig måte er at politiet har gjort funn av bevis i anledning en ransaking det ikke var hjemmel for å gjennomføre. Et annet eksempel er der politiet har brutt torturforbudet og på den måten skaffet seg informasjon om noe. Enda et eksempel følger av HR-2017-1894-U, hvor en mindreårigs politiforklaring var ulovlig skaffet fordi verken forsvarer eller verge hadde fått være til stede under avhøret.³¹

I Rt. 1991 s. 616 slo Høyesterett fast at bedømmelsen av om bevis er ulovlig skaffet beror på om en rettsregel «objektivt sett er overtrådt». Hvorvidt den som skaffet beviset «subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant».³² Torgersen mener dette innebærer at det ikke er krav om at det subjektive straffbarhetsvilkåret er oppfylt.³³

For å oppsummere er bevis skaffet på ulovlig måte når fremskaffelsen objektivt sett strider mot en gjeldende lovregel.

3.2 Bevis skaffet på utilbørlig måte

Også bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte kan avskjæres etter en konkret vurdering. Begrepet «utilbørlig» har en mindre klar avgrensning enn ulovlighetsbegrepet.

I tvl. § 22-7 benyttes ordlyden «utilbørlig», og her går ulovlighetsalternativet inn under dette.³⁴ Ordlyden er åpen og synes å omfatte beviserverv som ikke fremstår rimelig eller rettferdig.

³⁰ Forståelsen støttes i teorien. Se eksempelvis Øyens artikkel i Lov og Rett (2010), s. 424-425.

³¹ Jf. HR-2017-1894-U avsnitt 13-15.

³² Jf. Rt. 1991 s. 616 på s. 620.

³³ Se Torgersen (2008), s. 166-167.

³⁴ Jf. NOU 2001:32 B Rett på sak, på s. 961.

I rettspraksis benyttes normalt formuleringen «ulovlig eller utilbørlig» ervervede bevis.³⁵ Det tyder på at det er tale om to begreper med ulikt meningsinnhold.

Høyesterett har ikke presisert hva som menes med utilbørlighetsbegrepet, men i enkelte dommer har Høyesterett benyttet ordet «kritikkverdig» i stedet for «utilbørlig».³⁶ Det tyder på at bevis skaffet på en måte som oppleves umoralsk eller klanderverdig omfattes. Etter denne forståelsen gjelder ikke krav om brudd på en rettsregel for utilbørlighetsalternativet.

Forståelsen støttes også i NOU 2001:32 B, der det blant annet er uttalt at det ikke er «tillagt avgjørende vekt om beviset er ervervet ved brudd på en lovregel», jf. s. 961.

Også i Rt. 2011 s. 1324 slo Høyesterett fast at «[a]dgangen til å kreve bevis avskåret rekker lenger enn til å gjelde bevis som er anskaffet på ulovlig vis», jf. avsnitt 33.

Rt. 1991 s. 616 gjaldt hemmelig videoovervåkning på en arbeidsplass. Spørsmålet var om opptaket kunne nektes ført. Høyesterett uttalte at domstolene ikke burde «henge seg for sterkt opp i» den tradisjonelle spørsmålsstilling om det er adgang til å føre et ulovlig skaffet bevis. Høyesterett fremholdt videre:

«Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis.»³⁷

Etter dette kan tilfeller der bevis er skaffet på en måte som strider mot alminnelige personvern hensyn omfattes av utilbørlighetsbegrepet, selv om ingen lovregel er brutt. Det gjelder der inngrepet i den personlige integriteten er av en viss karakter.

³⁵ Se eksempelvis Rt. 2003 s. 1266 avsnitt 20, Rt. 2004 s. 1366 avsnitt 13, Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28 og Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 40.

³⁶ Se eksempelvis Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17 og Rt. 2003 s. 1814 avsnitt 17.

³⁷ Jf. Rt. 1991 s. 616 på s. 623

Synspunktene er også fulgt opp i senere avgjørelser fra Høyesterett. Rt. 1997 s. 795 gjaldt en sivil sak hvor det var tatt hemmelige lydopptak av en fars telefonsamtale med sine barn. Høyesterett uttalte at hemmelige opptak ofte er «illojale og støtende», og at man «i alle fall som et utgangspunkt» må «ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter».³⁸ Høyesterett nektet opptaket ført, selv om det ikke forelå brudd på noen lovregel.

I Rt. 1996 s. 1114 uttalte Høyesterett at det kan «nektes ført bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte», men at hensynene bak nektelsen da må «være tungtveiende generelle rettssikkerhets- eller personvern hensyn som mer enn oppveier de rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved å nekte den aktuelle type bevis ført», jf. s. 1119.

For å sammenfatte omfatter utilbørighetsalternativet tilfeller der bevis er skaffet på en måte som strider mot sentrale verdier i rettsordenen, typisk rettssikkerhets- og personvern hensyn. Det er tilstrekkelig at ervervet karakteriseres kritikkverdig eller illojal, og det gjelder ikke krav om lovbrudd.

4 Utgangspunkter om bevisføring

4.1 Utgangspunktet: Prinsippet om fri bevisføring

I norsk rett er det i utgangspunktet fri bevisførsel, jf. prinsippet om fri bevisføring. Det betyr at partene kan føre de bevis som de ønsker til støtte for sin sak. Dette gjelder også som et utgangspunkt når bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Det er avskjæring som krever en særlig begrunnelse.

I sivile saker er prinsippet om fri bevisføring lovfestet i tvl. § 21-3 (1) første punktum, hvor det fremgår at «[p]artene har rett til å føre de bevis de ønsker». Ordlyden er klar. Av bestemmelsens første ledd andre punktum følger at unntak gjelder etter visse bestemmelser, kapitler og bevisregler i tvisteloven.

³⁸ Jf. Rt. 1997 s. 795 på s. 796.

Prinsippet om fri bevisføring kommer ikke til uttrykk i straffeprosessloven, men gjelder utvilsomt også i straffeprosessen.³⁹ Prinsippet er dessuten foreslått lovfestet i ny straffeprosesslov, jf. NOU 2016:24, lovutkastet § 7-2 (1). På samme måte som i sivile saker, er det imidlertid klart at det gjelder unntak, både på lovfestet og ulovfestet grunnlag. Avskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte utgjør ett av disse unntakene.

Prinsippet om fri bevisføring er et utslag av hensyn til rettssikkerhet, tillit og effektivitet. Prinsippet bidrar til god saksopplysning, ettersom partene forutsettes å kjenne sakens faktiske forhold best og dermed har godt grunnlag for å vurdere hvilke bevis som er relevante. Det er både effektivt og tillitsskapende at partene får presentere sin side av saken med de bevis de ønsker.

Fri bevisføring gjelder bare for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken, og ellers gjelder blant annet visse krav til bevisenes relevans og spesifisering. Det gjelder dessuten visse regler for hvordan bevisene skal føres, som særlig er utslag av hensyn til bevisumiddelbarhet. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens tema å gå nærmere inn i disse reglene.

4.2 Tiltaltes rett til bevisføring etter EMK

EMK art. 6 nr. 3 bokstav d slår fast at siktede har rett til krysseksaminasjon og også rett til å «obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him». Det gjelder altså en rett for siktede til å føre vitner på samme vilkår som påtalemyndigheten. Etter ordlyden er rettigheten absolutt.

EMD har imidlertid slått fast at nasjonale myndigheter skal regulere omfanget av bevisføringen i straffesaker, og at nektelse av å føre et vitne ikke i seg selv innebærer en krenkelse av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.⁴⁰ Spørsmålet er om nektelsen av vitneførselen krenker retten til rettfærdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1. Det sentrale er om partene har blitt likestilt.

³⁹ Jf. eksempelvis Rt. 1990 s. 1008 på s. 1010, Rt. 1994 s. 610 på s. 614, Rt. 1996 s. 1114 på s. 1118 og Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13.

⁴⁰ Se eksempelvis EMDs dom *Vidal mot Belgia* [J] avsnitt 30-35, særlig avsnitt 33. Tiltaltes ønske om avhør av fire vitner ble avslått uten at det ble gitt begrunnelse.

Videre viser EMDs praksis at såfremt prinsippet om likebehandling respekteres, gjelder en viss terskel for at retten til vitneførsel blir krenket.⁴¹ Forståelsen støttes også i teorien.⁴²

Rett til føring av andre bevis enn vitner innfortolkes i retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1.⁴³

Tiltalte har altså rett til bevisføring etter EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d. Spørsmålet er om rettergangen som helhet har vært rettferdig, blant annet sett hen til tiltaltes adgang til å føre både vitner og andre typer bevis.

5 Avskjæringsvurderingen

5.1 Overordnet om avskjæringsvurderingen

For å avskjære bevis er det ikke tilstrekkelig at beviset er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte.⁴⁴ I tillegg må en konkret interessevurdering tilsi at avskjæring skal skje.

Av tvl. § 22-7 følger at retten «i særlige tilfeller» kan nekte føring av bevis skaffet på utilbørlig måte. Ordlyden taler for at avskjæring må vurderes særskilt, og at bevis som er skaffet på utilbørlig måte i utgangspunktet kan føres.

I NOU 2001:32 B uttaler tvistemålsutvalget at det gjelder «ikke noe alminnelig forbud mot å føre ulovlig eller utilbørlig ervervete bevis». Om beviset skal avskjæres skal avgjøres etter en «bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning».⁴⁵ Det dreier seg om en interesseavveining.

I HR-2021-966-A uttalte Høyesterett at uttrykket «i særlige tilfeller» viser at «hovedregelen er at beviset tillates ført».⁴⁶ Dette er en videreføring av synspunktet som ble lagt til grunn i Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

⁴¹ Se særlig EMDs dom *Murtazaliyeva mot Russland* [GC] avsnitt 139-168.

⁴² Se Øyen (2019), s. 381.

⁴³ Jf. særlig det underliggende prinsippet om likebehandling i EMK art. 6.

⁴⁴ Jf. eksempelvis HR-2021-966-A avsnitt 23.

⁴⁵ Jf. NOU 2001:32 B på s. 961. Det samme følger av HR-2021-966-A avsnitt 21 og Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 41.

⁴⁶ Jf. HR-2021-966-A avsnitt 21 og 22, jf. også Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 42.

I Straffeprosesslovkomiteens innstilling vurderte lovkomiteen hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. Lovkomiteen uttalte:

«Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte. Om dette er tilfellet vil imidlertid ofte kunne stille seg tvilsomt».⁴⁷

Ifølge uttalelsen må det vurderes særskilt om formålet bak den prosessuelle regelen som ble brutt da beviset ble skaffet tilsier at beviset ikke kan føres. Siden det ofte kan stille seg tvilsomt at formålet tilsier avskjæring, trekker uttalelsen i retning av at bevisene som hovedregel skal føres.

I Rt. 2006 s. 582 fremgår at «[d]et klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres», jf. avsnitt 22. Tilsvarende er gjentatt i HR-2023-96-U avsnitt 18. Uttalelsen samsvarer med uttalelsene i de ovennevnte rettskildene og utgangspunktet om fri bevisføring.

Oppsummert er hovedregelen at bevis som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte skal føres. Bevisene skal bare avskjæres i «særlige tilfeller». Vurderingen av om det foreligger et særlig tilfelle som begrunner avskjæring må foretas ved en avveining av prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak.

5.2 Hvilke prinsipielle hensyn påvirker avskjæringsvurderingen?

Det er en rekke prinsipielle og overordnede hensyn som påvirker avskjæringsvurderingen for bevis som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte.

I NOU 2001:32 B fremgår:

«For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse». Det «må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke

⁴⁷ Jf. NUT 1969:3 på s. 197

preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet». ⁴⁸

I Ot.prp.nr.51 (2004-2005) er det på s. 459 fremholdt at anvendelsen av tvl. § 22-7 «må holdes opp mot målet om å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse».

I Rt. 2009 s. 1526 fastsettes at om «et utilbørlig frembrakt bevis skal avskjæres, beror på en «avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse», jf. avsnitt 30.

Etter disse uttalelsene er det flere prinsipielle hensyn både for og mot føring som er relevante i avskjæringsvurderingen. Hensynene vil gjennomgå i det følgende, sammen med det overordnede kravet til rettferdig rettergang. Momentet om fortsatt krenkelse, samt andre momenter ved den konkrete sak som hensynene må holdes opp mot, behandles i punkt 5.3.

5.2.1 Retten til rettferdig rettergang

Retten til rettferdig rettergang er overordnet i norsk rett, jf. Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1. I tillegg til at rettigheten gir en viss rett til bevisføring, setter den også begrensninger. Det vises til avhandlingens punkt 2.2.4 og 4.2. om dette. ⁴⁹

Avskjæring av bevis som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte kan være nødvendig for å sikre retten til rettferdig rettergang. EMDs praksis viser at flere momenter som gjelder beviserverv og bevisførsel er relevante i vurderingen av «fair trial». I EMD-dommen *Khan mot Storbritannia* fremgår at «an examination of the «unlawfulness in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found» inngår i vurderingen av om saksgangen har vært rettferdig. ⁵⁰

Etter ovennevnte har det betydning hvilket lovbrudd det var tale om da beviset ble skaffet. Dersom en annen EMK-rettighet er brutt er dessuten overtredelsens art sentral. Det kan

⁴⁸ Jf. NOU 2001:32 B (forarbeid til tvl. § 22-7) på s. 961. Det listes også opp konkrete momenter som hensynene må avveies mot, og disse vil behandles nærmere i pkt. 5.3.

⁴⁹ Punkt 2.2.4 og 4.2 gjelder EMK art. 6, men Grl. § 95 fungerer som tilsvarende ramme og begrensning for bevisretten, jf. eksempelvis Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21 hvor det fremgår at Grl. § 95 skal tolkes i samsvar med EMK art. 6.

⁵⁰ Jf. EMDs dom *Khan mot Storbritannia* [J] avsnitt 34.

eksempelvis være forskjell på vurderingen av rettførdig ettergang om beviset er skaffet på en måte som krenker torturforbudet i EMK art. 3, enn om det krenker selvkrimineringsvernet i EMK art. 6 nr. 1, eller retten til privatliv i EMK art. 8.⁵¹

I EMDs storkammerdom *Ibrahim med flere mot Storbritannia* fremgår en rekke ikke-uttømmende momenter for vurderingen av om føring av bevis krenker EMK art. 6 nr. 1. Blant annet vises det til personlige forhold ved tiltalte, muligheten for kontradiksjon, bevisets kvalitet og pålitelighet, krenkelsens art, bevisets betydning for sakens oppklaring, sakens alvor og om det foreligger prosessuelle kompensere faktorer.⁵²

Det tilføyes at det kan diskuteres hvor stor betydning EMK art. 6 har som begrensning for føring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte i norsk rett i dag. I forarbeidene til tvl. § 22-7 uttalte tvistemålsutvalget at EMDs praksis etter deres oppfatning tilsa at:

«artikkel 6 (1) får liten selvstendig betydning som begrensning på dette område fordi den norm som har utviklet seg i nasjonal rettspraksis tilsynelatende nokså uavhengig av EMK, synes å være vel så restriktiv».⁵³

Uttalelsen taler for at norsk intern rett om bevisføring samsvarer godt med rettighetene i EMK art. 6 og tilhørende EMD-praksis. Det trekkes i retning av at EMK art. 6 sjelden får avgjørende betydning som begrensning for bevisføringen i Norge.

I HR-2021-966-A og i HR-2022-2420-A uttalte Høyesterett at føring av bevis skaffet på utilbørlig måte etter omstendighetene kan krenke retten til rettførdig ettergang i Grl. § 95 og EMK art. 6. I den nevnte 2022-dommen fremholdt imidlertid Høyesterett:

«Som det fremgår av HR-2021-966-A avsnitt 41 og 42, er en norm som tillater føring av utilbørlig ervervede bevis etter en slik avveining som det legges opp til i samme avgjørelse avsnitt 24, ikke i strid med EMK artikkel 6. Det samme må gjelde for Grunnloven § 95».⁵⁴

⁵¹ Nærmere om betydningen av overtredelsens art i avhandlingens pkt. 5.3.1.

⁵² Jf. EMDs storkammerdom *Ibrahim med flere mot Storbritannia* [GC] avsnitt 274 bokstav a-j.

⁵³ Jf. NOU 2001:32 B, s. 961-962.

⁵⁴ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 21, jf. HR-2021-966-A avsnitt 41 og 42.

Det støtter forståelsen utledet fra forarbeidene til tvl. § 22-7. Det presiseres imidlertid at EMDs praksis kan tenkes skjerpet i fremtiden, og at retten til rettferdig rettergang da kan komme til å få større betydning som begrensning på området.

5.2.2 Det materielle sannhets prinsipp

Det materielle sannhets prinsipp innebærer et mål om å oppnå materielt riktige resultater og hindre uriktige domfellelser. Målet er at rettslige avgjørelser skal være riktige ut fra faktiske forhold og gjeldende rettsregler. Saker skal få korrekt utfall.

En forutsetning for å oppnå materielt riktig resultat, er at saker blir tilstrekkelig opplyst. Avgjørelser skal, så langt det er mulig, treffes på et korrekt faktisk grunnlag. Hensynet til sakens opplysning skal motvirke at det faktiske grunnlaget blir feil, tynt eller ufullstendig. Slik taler hensynet for føring av bevisene, uavhengig av måten bevisene er skaffet på.⁵⁵

Forarbeider og rettspraksis fremhever hensynet til sakens opplysning og riktig resultat som sentrale i avskjæringsvurderingen.⁵⁶ Sannhetsprinsippet står seg likevel ikke for enhver pris. Det illustreres blant annet av at det gjelder flere lovfestede bevisforbud.⁵⁷ Det kreves en særskilt vurdering av hvor stor vekt hensynet til sakens opplysning skal tillegges i den konkrete sak.

I Rt. 2003 s. 1814 uttalte Høyesterett at hensynet til materiell sannhet tilsier «at alle bevis tillates ført, mens andre interesser kan tilsi at dette utgangspunktet må modifieres», jf. avsnitt 17.

I teorien fremhever Øyen at hensynet til den materielle sannhet «alltid tilsier at et relevant bevis med bevisverdi bør kunne føres», men at dette må veies mot andre hensyn som tilsier bevisavskjæring.⁵⁸ Det støtter forståelsen i rettspraksis.

⁵⁵ En reservasjon tas for bevis som ikke er representativ for de faktiske forhold på grunn av måten det er skaffet på. Det vises til avhandlingens pkt. 5.3.5 om bevisets pålitelighet.

⁵⁶ Se NOU 2001:32 B på s. 962, og f.eks. Rt. 1997 s. 795 på s. 796, Rt. 2003 s. 1814 avsnitt 17, Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 30 og HR-2022-2420-A avsnitt 22.

⁵⁷ Eksempelvis strpl. §§ 118 og 119 om vitneforbud grunnet taushetsplikt.

⁵⁸ Jf. Øyen (2019), s. 412.

I HR-2022-2420-A uttalte Høyesterett at det er «naturlig å ta utgangspunkt i det grunnleggende hensynet for å tillate bevis ført, nemlig hensynet til at rettsavgjørelser er basert på et korrekt faktum».⁵⁹ Høyesterett uttalte at hensynet skal veie tungt, og la vekt på at bevisene som saken gjaldt fremsto helt sentrale.

I Rt. 1992 s. 698 bemerket Høyesteretts ankeutvalg at «[h]ensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold», jf. s. 706.

På tilsvarende vis påpekte Høyesterett i Rt. 2009 s. 1526 at saken gjaldt en alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse var «tungtveiende».⁶⁰ Dermed ble et utilbørlig skaffet lydopptak av en samtale mellom fornærmede og tiltalte i fengsel tillatt ført.

Det er også flere eksempler på at hensynet til sakens opplysning og materiell riktighet er tillagt mindre vekt, etter en konkret vurdering opp mot andre interesser i saken. Det var tilfellet i HR-2017-1894-U, som gjaldt ulovlig avhør av en 17-åring. Ankeutvalget mente krenkelsen ville få preg av å fortsette dersom beviset ble tillatt ført, og at bevisverdien kunne være svekket. Ankeutvalget kom dermed til at hensynet til sakens opplysning og til at det avsies riktig dom ikke sto «særlig sterkt» i saken, jf. kjennelsens avsnitt 18.

Oppsummert er hensynet til sakens opplysning og materiell riktighet sentrale hensyn som alltid må vurderes i en avskjæringsvurdering. Hensynene tilsier føring av bevis. De kan imidlertid komme til å få mindre betydning i møte med andre hensyn og interesser i den konkrete saken.

5.2.3 Disiplineringshensyn

NOU 2001:32 B fremhever at «bevisavskjæring vil kunne virke preventivt» som et moment i avskjæringsvurderingen, jf. s. 961. Dette omtales som disiplineringshensynet.

Disiplineringshensynet er uttrykk for at straffeforfølgning må skje på en måte som er rettsstaten verdig.⁶¹ Ved at bevis som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte avskjæres, får den ulovlige eller utilbørlige atferden en konsekvens. Avskjæring markerer at slik måte å

⁵⁹ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 22.

⁶⁰ Jf. Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 32.

⁶¹ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 29.

skaffe bevis på ikke aksepteres, og tydeliggjør det klanderverdige med atferden. Det kan igjen føre til at fremtidig beviserverv skjer på en mer hensynsfull eller annerledes måte. Slik blir de som skaffer bevis, f.eks. politiet, «disiplinert» til å skaffe bevis på lovlig og tilbørlig måte.

Dersom bevis derimot tillates ført til tross for at det er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, kan man kanskje bli fristet til å skaffe bevis ved lignende metoder senere. Det er dette man ved disiplineringshensynet vil unngå, og som bevisavskjæring kan virke preventivt mot. Disiplineringshensynet taler altså *mot* føring av bevis som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte.

Rt. 1991 s. 616 viser at disiplineringshensynet er relevant i praksis. Saken gjaldt hemmelige videoopptak på en arbeidsplass. Høyesterett viste til at personvern hensyn talte for å nekte bevisene ført, og uttalte at «[v]ed en slik holdning vil domstolene motvirke denne form for krenkelser», jf. s. 623. Videre uttalte Høyesterett at dersom man åpner for bevisføring i slike tilfeller vil det «medføre risiko for en mer utstrakt bruk av hemmelige opptak også i andre tilfelle», jf. s. 624.

Disiplineringshensynet må avveies mot andre hensyn og momenter i saken, og hvor stor vekt det har varierer.

I NUT 1969:3 uttalte Straffeprosesslovkomiteen at «[m]ulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken», jf. s. 197.

I Rt. 1992 s. 698 viste Høyesterett til den nevnte uttalelsen i NUT 1969: 3. Ankeutvalget la til at tilsvarende er utgangspunktet for «tilfeller da den fremgangsmåte som er benyttet, ikke bare kan være gjenstand for disiplinære forholdsregler, men også for straffansvar».⁶²

Etter dette har det betydning om andre sanksjoner enn avskjæring vil ha tilstrekkelig disiplinerende effekt på ulovlig eller utilbørlig beviserverv. Eksempelvis kan disiplineringshensynet ha mindre vekt i avskjæringsvurderingen dersom straffansvar er aktuelt for den ulovlige eller utilbørlige overtredelsen.

⁶² Jf. Rt. 1992 s. 698 på s. 705.

I forlengelsen av ovennevnte kan det stilles spørsmål ved om disiplineringshensynet har ulik aktualitet avhengig av *hvem* som har skaffet bevis på ulovlig eller utilbørlig måte. Ut over bevisavskjæring, finnes det i mindre grad alternative avbøtende sanksjoner mot privatpersoner sammenlignet med politiet. Det kan tilsi at disiplineringshensynet er mest aktuelt der bevis er skaffet av private.

I HR-2022-2420-A vurderte Høyesterett disiplineringshensynet på nytt. Lagmannsretten hadde lagt vesentlig vekt på disiplineringshensyn, og viste til systematisk og rutinemessige brudd på regler om ransaking av rusavhengige. Høyesterett uttalte at disiplineringshensynet tradisjonelt var tillagt liten vekt i norsk rett, men at det ikke var utelukket å vektlegge.⁶³ Høyesterett la imidlertid til grunn at administrative virkemidler for bedring av politiets praksis hadde hatt effekt. Disiplineringshensynet kunne da ikke medføre avskjæring i saken.⁶⁴

Høyesteretts uttalelser underbygger at disiplineringshensynet er et relevant hensyn i avskjæringsvurderingen, men at det ikke er like aktuelt dersom andre forhold gir tilstrekkelig preventiv effekt. Det skal relativt lite til før hensynet må vike mot andre interesser og hensyn.

5.2.4 Rettssikkerhetshensyn og personvernensyn

Beviserverv kan ofte medføre inngrep i privatlivet eller i andre grunnleggende rettigheter, eksempelvis i eiendomsvernet. Rettssikkerhets- og personvernensyn må i så fall tas i betraktning i avskjæringsvurderingen. Hensynene handler om å beskytte borgernes rettigheter og friheter, og ivareta hensynet til den enkeltes personlige integritet og privatliv. De taler mot føring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte.

I Ot.prp.nr.51 (2004-2005) fremgår at det «normalt [vil] være tungtveiende rettssikkerhetshensyn, herunder personvernensyn, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført», jf. s. 459.

Rt. 1991 s. 616 er et eksempel på en sak hvor det var tale om inngrep i personvernet. Saken gjaldt, som tidligere nevnt, hemmelige videoopptak på en arbeidsplass. Høyesterett uttalte at slik overvåkning må oppleves «sterkt belastende», og at det dreide seg om «en alvorlig

⁶³ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 29.

⁶⁴ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 34.

integritetskrenkelse». Høyesterett slo dermed fast at «vesentlige personvern hensyn» talte for å nekte bevisene ført.⁶⁵

5.2.5 Hensyn til allmennhetens rettsfølelse

I NOU 2001:32 B fremgår på s. 961 at «det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler» må vektlegges i avskjæringsvurderingen. Videre har det betydning «at det kan virke støtende å tillate bevisføringen».⁶⁶

I NUT 1969:3 slås det tilsvarende fast at en grunn til avskjæring er at «det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler», jf. s. 197.⁶⁷

I den tidligere nevnte Rt. 1991 s. 616 om hemmelige videoopptak på en arbeidsplass, fremholdt Høyesterett at det ville «kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt», jf. s. 623.

Hvorvidt bevisføring virker «støtende» beror på allmennhetens rettsfølelse. Denne rettsfølelsen refererer seg til hva den alminnelige person oppfatter som rett og rimelig. Det må gjøres en konkret vurdering der blant annet hensynet til rettshåndhevelsen og samfunnsmessige behov omfattes.⁶⁸ Dersom bevisføring oppleves støtende på grunn av måten beviset er skaffet på, kan det føre til mistillit til rettssystemet. Hensynet taler på den måten mot føring.

Allmennhetens rettsfølelse kan i visse tilfeller også tale for føring. I HR-2021-966-A tillot Høyesterett et ulovlig skaffet videoopptak ført. Høyesterett vektla at saken var belastende for fornærmede og at fornærmedes eneste mulighet til å oppklare saken var å ta opptak. Det fremgikk ikke direkte av dommen, men er lett å tenke seg at det kunne virket støtende å avskjære et bevis som var egnet til å avdekke at et straffbart forhold hadde funnet sted. Særlig dersom det ellers ikke var noe galt med beviset og det ikke var andre bevis som kunne avdekke den kriminelle handlingen. Anvendelse av prinsippet i denne retning er imidlertid

⁶⁵ Jf. Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

⁶⁶ Jf. også HR-2021-966-A avsnitt 21.

⁶⁷ Jf. også Rt. 1992 s. 698 på s. 705 som viser til det samme.

⁶⁸ Se HR-2018-1218-U om forståelsen av tilsvarende begrep i strpl. § 172 annet punktum.

nepe særlig praktisk, da andre hensyn og momenter som taler for føring oftest er mer fremtredende.

5.3 Hvilke særlige tilfeller tilsier bevisavskjæring?

I tillegg til de prinsipielle hensynene som er gjennomgått i punkt 5.2, er det flere konkrete momenter som er relevante for spørsmålet om bevisavskjæring. I NOU 2001:32 B s. 961 uttales at følgende momenter har betydning:

«... hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte».⁶⁹

Relevante momenter i avskjæringsvurderingen utledes også av rettspraksis. I HR-2021-966-A fremgår:

«Ved vurderingen av om beviset skal nektes ført, må det blant annet legges vekt på grovheten 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 verkstedbetjentdommen [Rt. 1999 s. 1269] 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.»⁷⁰

Formuleringen «blant annet» viser at listen ikke er uttømmende, og at også andre momenter kan ha betydning i avskjæringsvurderingen.

De ovennevnte momentene vil gjennomgå i det følgende. I interesseavveiningen må momentene holdes opp mot de prinsipielle hensynene som gjør seg gjeldende, særlig hensynet til sakens opplysning og til materielt riktig resultat.⁷¹

⁶⁹ Jf. NOU 2001:32 B s. 961.

⁷⁰ Jf. HR-2021-966-A avsnitt 24.

⁷¹ Jf. NOU 2001:32 B s. 921, Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 459, HR-2021-966-A avsnitt 21 og 24 og Rt. 2013 s. 1282.

5.3.1 Krenkelsens art og alvor

5.3.1.1 Generelt om krenkelsens art og alvor

Krenkelsens art og alvor omfatter både krenkelsens «grovhet» eller «hvor alvorlig krenkelsen er», og hvilken regelkategori som er krenket, for eksempel «om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler», jf. NOU 2001:32 B s. 961 og HR-2021-966-A.

«Grovheten av krenkelsen» omfatter karakteren av rettsregelen som ble brutt da beviset ble skaffet.⁷² Med andre ord har det betydning hvilken type overtredelse det er tale om. Dersom beviset er skaffet i strid med en materiell regel taler det i større grad for avskjæring, enn krenkelse av en formell regel.⁷³

Rt. 1994 s. 1139 gjaldt spørsmål om brudd på løfteforbudet, ved at en politiforklaring var gitt under løfte om amnesti. Høyesterett fremhevet at det var tale om en «grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede», som talte for å nekte opplesning av politiforklaringen.⁷⁴ Det illustrerer at bevis skaffet i strid med grunnleggende straffeprosessuelle regler, slik som løfteforbudet, har betydning for avskjæringsvurderingen. Slik krenkelse taler mot føring.

Den tidligere nevnte HR-2017-1894-U gjaldt spørsmål om avskjæring av et politiavhør med en 17-åring uten at verge eller forsvarer var til stede. Høyesterett uttalte at avhøret ble til «i en for A fortvilet og kaotisk situasjon, hvor flere grunnleggende rettssikkerhetsgarantier [...] har blitt krenket». Samlet sett måtte krenkelsen bedømmes som «relativt grov».⁷⁵ Etter en helhetlig vurdering ble beviset nektet ført. Det støtter forståelsen utledet fra dommen ovenfor.

I teorien fremgår at krenkelsens grovhet blant annet omfatter hvor klar eller åpenbar krenkelsen er. Øyen skriver at «[d]et er forskjell på et klart brudd på en rettsregel og situasjonen der rekkevidden av rettsregelen var usikker».⁷⁶ Det taler for at terskelen er høyere for at uklare og lite åpenbare krenkelser anses som grove.

⁷² Se f.eks. Øyen (2019) s. 412.

⁷³ Se f.eks. Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 43. Se også Øyen (2019) s. 413 og Torgersen (2008) s. 158.

⁷⁴ Jf. Rt. 1994 s. 1139 på s. 1141.

⁷⁵ Jf. HR-2017-1894-U avsnitt 17.

⁷⁶ Jf. Øyen (2019) s. 412.

5.3.1.2 Er en særlig beskyttelsesverdig interesse krenket?

Et viktig aspekt ved krenkelsens art og alvor er hvorvidt en særlig beskyttelsesverdig interesse er krenket. I Rt. 2003 s. 549 fremgår:

«Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset [...] krenker beskyttelsesverdige interesser [...]».⁷⁷

Torgersen fremhever på liknende måte at «vekten av de *krenkede interesser*» har betydning for avskjæringsvurderingen.⁷⁸

Regler om å skaffe informasjon, herunder bevis, er gitt for å vareta ulike rettslige interesser. Eksempler er rettssikkerhet, personvern og behov for fortrolighet.

Personvernet er ofte tema der bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Et spørsmål er hvilken betydning det skal ha at personvernet er berørt.

Rt. 2001 s. 668 gjaldt videoovervåkning av ansatte i en butikk, med formål om å avdekke stjeling fra kassa. Høyesterett uttalte at slik målrettet overvåkning var «eit vitgåande integritetsinngrep i høve til dei tilsette», og at «[k]lare personvernomsyn» talte for at opptaket var ulovlig.⁷⁹ Videre måtte overvåkningen «opplevast som sterkt krenkande», og sakens «[o]mfang og karakter» tilsa avskjæring. Personvernet ble tillagt stor betydning, og beviset ble nektet ført.

Den tidligere nevnte Rt. 1991 s. 616 gjaldt også ulovlig overvåkning av ansatte. Høyesterett slo tilsvarende fast at det var tale om en «alvorlig integritetskrenkelse», hvor «vesentlige personvernomsyn» talte mot føring.⁸⁰

I Rt. 2007 s. 920, om uhjemlet innhenting av taushetsbelagte dokumenter, fremholdt Høyesterett på sin side at krenkelsen i saken neppe kunne karakteriseres som «en alvorlig integritetskrenkelse». Høyesterett uttalte videre at «[k]renkelsen av hans rettigheter er mindre

⁷⁷ Jf. Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17.

⁷⁸ Jf. Torgersen (2008) s. 150.

⁷⁹ Jf. Rt. 2001 s. 668 på s. 671.

⁸⁰ Jf. Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

grov» enn i Rt. 1991 s. 616.⁸¹ Høyesterett uttalte også at de ikke kunne se at føring av beviset ville være i strid med EMK art. 6 nr. 1.⁸² Etter en helhetlig vurdering ble beviset tillatt ført.

I HR-2021-966-A, om ulovlig overvåkning, tillot Høyesterett bevisene ført etter en konkret vurdering. Regler om personvernet ble ikke ivaretatt da bevisene ble skaffet, men Høyesterett problematiserte ikke om personvern hensynene også gjør seg gjeldende på bevisføringsstadiet. En mulig årsak kan være at personvern krenkelsen var mindre alvorlig enn i eksempelvis Rt. 1991 s. 616. Langvarig ulovlig videoovervåkning på en arbeidsplass er mer inngripende enn videoopptak av ens egen garasje plass.

I HR-2023-301-A fikk personvern hensyn heller ikke gjennomslag. Saken gjaldt spørsmål om føring av kontoutskrifter som inneholdt betydelig overskuddsinformasjon om mistenktes privatliv, samt informasjon om hvilke IP-adresser mistenkte brukte. Høyesterett viste til at opplysningene ikke var skaffet «på en særlig krenkende måte».⁸³

De nevnte avgjørelsene viser at det beror på en konkret vurdering hvor stor betydning det har for avskjæringsvurderingen at personvernet er berørt. Jo mer alvorlig integritets krenkelse, jo lavere er terskelen for at beviset nektes ført.

Videre er det klart at en beskyttelsesverdig interesse er krenket dersom bevis er skaffet ved brudd på en menneskerettighet. Spørsmålet er hvilken betydning det har for avskjæringsvurderingen at menneskerettigheter er krenket. Det skal besvares i det følgende. Først vil krenkelse av torturforbudet behandles, deretter krenkelse av vernet mot selvinkriminering, og til sist krenkelse av retten til privatliv.

Bevis skaffet i strid med torturforbudet

Forbudet mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling er forankret i Grl. § 93 og EMK art. 3. Rettigheten er grunnleggende og absolutt. Det kan reises spørsmål om at å skaffe bevis på en måte som strider med torturforbudet er så graverende at det i seg selv må føre til avskjæring.

⁸¹ Jf. Rt. 2007 s. 920 avsnitt 57.

⁸² Jf. Rt. 2007 s. 920 avsnitt 59.

⁸³ Jf. HR-2023-301-A avsnitt 126 og 127.

I Norge er krenkelser av torturforbudet som ledd i å skaffe bevis lite praktisk. Det har imidlertid vært oppe til vurdering hos EMD flere ganger.

Det vises til redegjørelsen av EMDs tilnærming til bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte ovenfor.⁸⁴ Spørsmålet er om føring av beviset krenker retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1.

EMDs storkammerdom *Gäfgen mot Tyskland* gjaldt bevis skaffet i strid med EMK art. 3. Spørsmålet var om bevisføringen i de nasjonale domstolene krenket retten til rettferdig rettergang. EMD uttalte:

«[P]articular considerations apply in respect of the use in criminal proceedings of evidence obtained in breach of Article 3. The use of such evidence [...] always raises serious issues as to the fairness of the proceedings».⁸⁵

Videre følger:

«As to the use at the trial of real evidence obtained as a direct result of ill-treatment in breach of Article 3, the Court has considered that 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, irrespective of its probative value».⁸⁶

EMD konstaterte krenkelse av både EMK art. 3 og EMK art. 6 nr. 1. Etter dette skal bevis som direkte er skaffet i strid med torturforbudet i EMK art. 3 nektes ført.

Forståelsen støttes også i EMDs storkammerdom *Jalloh mot Tyskland*. I saken konstaterte EMD krenkelse av EMK art. 3, idet mistenkte hadde blitt tvunget til å innta et brekningsmiddel. Føring av beviset krenket «fair trial»-kravet i EMK art. 6 nr. 1.⁸⁷

I teorien følger at bevisforbud i tilfeller der bevis er skaffet i strid med EMK art. 3, er «utslag av det syn at rettsstatstanken i seg selv medfører at et bevisforbud er påkrevd».⁸⁸ Med det

⁸⁴ Jf. avhandlingen pkt. 2.2.4.

⁸⁵ Jf. *Gäfgen mot Tyskland* [GC] avsnitt 165.

⁸⁶ Jf. *Gäfgen mot Tyskland* [GC] avsnitt 167.

⁸⁷ Jf. EMDs storkammerdom *Jalloh mot Tyskland* [GC], avsnitt 121-123.

⁸⁸ Jf. Øyen (2019) s. 406.

menes at lovbruddet ikke er rettsstaten verdig. Forbud oppstilles dermed først og fremst ut fra en rettsstatstanke.

Det er naturligvis også grunn til å stille spørsmål ved påliteligheten til forklaringer skaffet ved bruk av tortur. Hensynet til den materielle sannhet og mistenktes rettssikkerhet tilsier at slike bevis ikke tillates ført.

Oppsummert er brudd på torturforbudet så graverende at det i seg selv må medføre at bevis nektes ført. Slik krenkelse er ikke rettsstaten verdig, og slike bevis er heller ikke pålitelige.

Bevis skaffet i strid med vernet mot selvinkriminering

Vernet mot selvinkriminering følger av strpl. § 232, er innfortolket i EMK art. 6 nr. 1,⁸⁹ og følger også av SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Rettigheten er sterkt vernet i norsk rett, og er sentral ut fra et rettssikkerhetsperspektiv.

I Rt. 1999 s. 1269 hadde en fordekt politimann tatt hemmelig lydopptak av mistenkte. Høyesterett mente beviset var skaffet på ulovlig måte fordi retten til å forholde seg taus ikke var respektert. Til spørsmålet om føring av beviset uttalte Høyesterett at retten til å forholde seg taus «er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess».⁹⁰ Særlig fordi føring måtte anses som en gjentatt krenkelse ble beviset nektet ført. Høyesterett tillat også den krenkede, beskyttelsesverdige interessen – vernet mot selvinkriminering - stor vekt.⁹¹

Den tidligere nevnte HR-2017-1894-U, om avhør av en 17-åring, gjaldt også brudd på selvinkrimineringsvernet. Verken forsvarer eller verge hadde vært til stede under avhøret. I avskjæringsvurderingen uttalte Høyesterett at «flere grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som har til formål å beskytte ham – som barn – har blitt krenket», og at rettskrenkelsen måtte bedømmes «relativt grov».⁹² Høyesterett kom etter en konkret vurdering til at hensynet til sakens opplysning måtte vike, og nektet beviset ført. Også i denne dommen hadde den krenkede interessens art stor betydning.

⁸⁹ Jf. eksempelvis EMDs storkammerdom *O'Halloran og Francis mot Storbritannia* [GC], avsnitt 55.

⁹⁰ Jf. Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272-1273.

⁹¹ Jf. Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

⁹² Jf. HR-2017-1894-U avsnitt 17.

I vurderingen av retten til rettferdig rettergang har også EMD lagt stor vekt på om bevis er skaffet til veie ved brudd på retten til taushet, herunder vernet mot selvinkriminering.

I EMDs storkammerdom *Allan mot Storbritannia* var en person blitt hemmelig avlyttet mens han satt fengslet i forbindelse med en ranssak. EMD mente bruk av opptak av samtaler mellom mistenkte og en politiinformant krenket selvinkrimineringsvernet. EMD uttalte:

«As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has reiterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure.»⁹³

Føring av lydopptakene krenket retten til rettferdig rettergang. EMD vektla flere momenter, blant annet politiets aktive rolle i å skaffe en innrømmelse, samt at siktede var i en sårbar situasjon.

I EMDs storkammerdom *Bykov mot Russland* ble det imidlertid ikke konstatert krenkelse av retten til rettferdig rettergang, selv om det var ført bevis skaffet i strid med selvinkrimineringsvernet. EMD la blant annet vekt på at mistenkte var på frifot, i motsetning til mistenkte i *Allan*-saken som var fengslet. Videre fremhevet EMD at måten beviset ble skaffet på ikke fremstod preget av «coercion or oppression», og at beviset spilte en begrenset rolle i bevisbildet.⁹⁴

Vurderingen av om føring av bevis skaffet i strid med vernet mot selvinkriminering krenker retten til rettferdig rettergang beror etter dette på en konkret vurdering. Rettighetens art har stor betydning i vurderingen i retning avskjæring. Hvorvidt rettergangen har vært «fair», synes imidlertid å bero på de nærmere omstendighetene omkring krenkelsen og saken, for eksempel om beviset ble skaffet ved tvang eller trusler og om det er tale om et sentralt bevis.

Bevis skaffet i strid med retten til privatliv

Retten til privatliv er vernet i Grl. § 102 og EMK art. 8, og er et utslag av personvern hensyn. Rettigheten er sentral og betydningsfull, men den er ikke absolutt.

⁹³ Jf. EMDs storkammerdom *Allan mot Storbritannia* [J], avsnitt 44.

⁹⁴ Jf. EMDs storkammerdom *Bykov mot Russland* [GC], avsnitt 102 og 103.

I Rt. 2014 s. 1105 kom Høyesterett til at politiets overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll skulle vært slettet. Den fortsatte lagringen stred med lov og med EMK art. 8.⁹⁵ Deretter oppsto spørsmål om adgangen til å benytte materialet som bevis.

Høyesterett la særlig vekt på at dersom plikten til å slette materialet hadde vært overholdt, ville ikke spørsmålet om å bruke bevisene kunnet oppstå i ettertid. Gjentatt rettskrenkelse hadde stor betydning, men Høyesterett la også vekt på krenkelsens art, som var oppbevaring i strid med retten til privatliv.⁹⁶ Bevisene ble nektet ført.

EMD foretar, som nevnt ovenfor, en vurdering av om rettergangen, herunder bevisførselen, har vært rettferdig, jf. EMK art. 6 nr. 1. Men hvor stor betydning har det for EMDs vurdering at beviset er skaffet på en måte som krenker EMK art. 8?

Føring av bevis som er skaffet i strid med retten til privatliv i EMK art. 8 kan i prinsippet krenke EMK art. 6 nr. 1, men ikke nødvendigvis. Det følger av HR-2022-2420-A at:

«[B]ruk av bevis som er innhentet i strid med [EMK] artikkel 8 om retten til privatliv, ikke nødvendigvis medfører overtredelse av [EMK] artikkel 6».⁹⁷

EMDs dom *Khan mot Storbritannia* gjaldt en narkotikasak, hvor bevis var skaffet til veie ved romavlytting i strid med EMK art. 8. Med særlig vekt på klagerens mulighet til å bestride bevisets innhold i de nasjonale domstoler, konkluderte EMD med at EMK art. 6 nr. 1 ikke var krenket ved at beviset ble tillatt ført.

Heller ikke i storkammerdommen *López Ribalda og andre mot Spania* fant EMD at retten til rettferdig rettergang var krenket, selv om bevis var skaffet til veie i strid med EMK art. 8. Også der tilla EMD siktedes mulighet for kontradiksjon stor vekt i vurderingen.

Etter ovennevnte synes EMD å legge vesentlig vekt på om muligheten for kontradiksjon er ivaretatt. Dersom mulighet til kontradiksjon er til stede skal det mye til før føring av bevis skaffet i strid med EMK art. 8 medfører krenkelse av EMK art. 6 nr. 1.

⁹⁵ Jf. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 46 og 47.

⁹⁶ Jf. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 50.

⁹⁷ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 21. Høyesterett viser til EMDs dom *Tortladze mot Georgia* [J], avsnitt 68-69.

Forståelsen støttes i teorien. Aall uttrykker at «tilsidesettelse av artikkel 8 ved ervervelsen, kan tilsi at beviset må settes til side», men legger til grunn at «hovedsynspunktet må være at anvendelse av bevis anskaffet i strid med artikkel 8 ikke vil krenke artikkel 6».⁹⁸

Oppsummert har det ikke avgjørende betydning for EMDs vurdering av rettferdig rettergang at EMK art. 8 har blitt krenket. Etter en konkret vurdering kan krenkelsen føre til avskjæring, men som et utgangspunkt kreves i så fall at også andre momenter enn brudd på EMK art. 8 tilsier at beviset skal avskjæres.

5.3.2 Fortsatt rettskrenkelse

5.3.2.1 Hva er en fortsatt rettskrenkelse og når er dette et argument?

Vurderingstemaet er om *føring* av beviset som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte vil medføre en fortsatt rettskrenkelse. Det er altså forholdene på bevisføringsstadiet som er i fokus. Spørsmålet er om føring av beviset vil gjenta eller fortsette krenkelsen som ble begått da beviset ble skaffet.⁹⁹

Øyen mener momentet må forstås slik at «det avgjørende er om ulovligheten i forbindelse med beviservervet krenket de hensyn som regelen skal ivareta, og om bruk av informasjonen som bevis innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av disse hensynene».¹⁰⁰ Det må altså tas utgangspunkt i hensynene bak reglene om å skaffe bevis.

For at det skal være tale om en «fortsatt eller gjentatt krenkelse», må krenkelsen som finner sted på bevisføringsstadiet være av samme karakter som krenkelsen som fant sted da beviset ble skaffet. Dersom det er tale om en annen type krenkelse gjør ikke momentet om «fortsatt eller gjentatt» krenkelse seg gjeldende.¹⁰¹

Begrunnelsen for momentet om fortsatt rettskrenkelse er å verne interessene bak reglene om å skaffe bevis. Av hensyn til en effektiv beskyttelse av den krenkede interesse må momentet vurderes på bevisføringsstadiet. Gjentakelsesmomentet skal ivareta rettssikkerheten til

⁹⁸ Jf. Aall (1995) s. 307. Se også Torgersen (2008) s. 317.

⁹⁹ Jf. Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

¹⁰⁰ Jf. Øyen (2019) s. 408. Slik også Torgersen (2008) s. 140-141.

¹⁰¹ Se f.eks. Torgersen (2008) s. 142.

mistenkte og tilliten til rettssystemet. Kriteriet bygger på tanken om at det bør tillegges vekt dersom en skade forsterkes.¹⁰²

Fortsatt rettskrenkelse har blitt vurdert flere ganger i rettspraksis. I Rt. 1991 s. 616, som gjaldt hemmelige videoopptak, uttalte Høyesterett at føring av opptakene «vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket», jf. s. 623.

Gjentakelsesmomentet fikk avgjørende betydning i Rt. 1999 s. 1269. Saken gjaldt, som nevnt i punkt 5.3.1, et skjult lydopptak av en samtale mellom en fordekt politimann og mistenkte. Høyesterett la til grunn at bevisprovokasjonen gikk lenger enn det som kunne aksepteres, og mente opptaket var gjort i strid med retten til å forholde seg taus og vernet mot selvinkriminering. Høyesterett uttalte:

«Denne retten [til å forholde seg taus] er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset. Jeg er på dette grunnlag kommet til at de beviser som er fremskaffet [...] skulle ha vært avskåret.»¹⁰³

Dersom lydopptaket ble tillat ført for retten, ville det medføre at mistenkte inkriminerte seg selv på nytt. At gjentakelsesmomentet fikk gjennomslag kan forklares i at dommen nettopp gjaldt brudd på vernet mot selvinkriminering, som er en særlig beskyttelsesverdig interesse med sterkt vern i norsk rett.

Også i Rt. 2003 s. 549 vektla Høyesterett fortsatt rettskrenkelse. Saken gjaldt bevis skaffet i strid med orienteringsplikten om at mistenkte har rett til å forholde seg taus. Høyesterett uttalte at lagmannsretten skulle ha gått nærmere inn på betydningen av om bevisføringen måtte anses å krenke grunnleggende rettigheter eller representere en gjentakelse av rettsbruddet.¹⁰⁴

HR-2017-1894-U gjaldt som nevnt en politiforklaring fra en gutt på 17 år, som var gitt uten vergens eller forsvarers tilstedeværelse. Høyesterett fremholdt at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier med formål å beskytte tiltalte som barn var krenket. Krenkelsen ble

¹⁰² Slik også Torgersen (2008) s. 142.

¹⁰³ Jf. Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272-1273.

¹⁰⁴ Jf. Rt. 2003 s. 549 avsnitt 18.

ansett grov, og ville «få preg av å fortsette dersom avhøret benyttes mot ham i den påfølgende rettssaken».¹⁰⁵ Beviset ble nektet ført. Også denne dommen viser at fortsatt rettskrenkelse ofte gjør seg gjeldende ved brudd på vernet mot selvinkriminering.

Fortsatt rettskrenkelse ble også vurdert i HR-2022-2420-A, som gjaldt spørsmål om ulovlig ransaking og føring av bevis. Førstvoterende uttalte at slik EMDs praksis forstås, «innebærer ikke føringen av et bevis som er innhentet i strid med EMK artikkel 8, nødvendigvis en ny krenkelse av artikkel 8».¹⁰⁶ Etter dette behøver ikke føring av bevis som er skaffet til veie i strid med retten til privatliv å innebære en gjentatt rettskrenkelse.

Høyesterett mente krenkelsen i saken bestod i at ransakingen var et uforholdsmessig inngrep, besluttet av en betjent som manglet myndighet til det i den aktuelle situasjonen. Høyesterett vektla at dersom politiet hadde kjent til de faktiske forhold ville det vært hjemmel for ransakingen. Føring av bevisene innebar dermed ikke en ny eller fortsatt rettskrenkelse.¹⁰⁷

I RG 2011 s. 321 la lagmannsretten «stor vekt på at graden av krenkelse er beskjedne» i tilknytning til momentet om fortsatt rettskrenkelse. Det taler for at fortsatt rettskrenkelse gjør seg sterkere gjeldende ved mer alvorlige krenkelser.

Forståelsen om at krenkelsen må ha et visst alvor for at gjentakelsesmomentet skal få betydning, støttes i teorien. Øyen skriver at man «bør være tilbakeholden med å oppstille et bevisforbud hvis en bruk av beviset bare vil innebære en lite vesentlig krenkelse av de hensyn som den overtrådte bevissikringsskranken skal beskytte. Krenkelsen i forbindelse med bevisføringen bør ha en viss styrke før den kan trumfe hensynet til sakens opplysning».¹⁰⁸

I rettspraksis og juridisk litteratur fremgår at det særlig er to typetilfeller hvor fortsatt rettskrenkelse gjør seg gjeldende ved føring av bevis. For det første krenkelse av strpl. § 127 (1), om retten til informasjon om å ikke gi forklaring eller nekte å svare på spørsmål, og strpl.

¹⁰⁵ Jf. HR-2017-1894-U avsnitt 17.

¹⁰⁶ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 25.

¹⁰⁷ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 25.

¹⁰⁸ Jf. Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?*, Lov og Rett (2010/7), s. 431.

§ 235 (1) om retten til orientering om fritaket for vitneplikt for nærstående vitner i strpl. § 122. For det andre krenkelse av taushetsplikt.¹⁰⁹

Oppsummert er det tale om en fortsatt rettskrenkelse dersom bevisføring vil krenke hensyn av samme karakter som da beviset ble skaffet. Gjentakelsesmomentet er særlig aktuelt der bevis er skaffet i strid med retten til å forholde seg taus (både selvinkrimineringsvernet og fritaksretten for nærstående vitner), og ved brudd på taushetsplikt. I slike tilfeller må derfor bevis ofte nektes ført. Krenkelsen bør imidlertid ha en viss styrke for at bevisforbud skal oppstilles på grunn av gjentakelsesmomentet.

5.3.2.2 Hvor stor betydning har momentet om fortsatt rettskrenkelse i interesseavveiningen?

I NOU 2001:32 B fremgår på s. 961 at utvalget «fremhever spesielt» momentet om at føring av bevis skaffet på ulovlig måte lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse for den som er rammet. Det tyder på at momentet har stor betydning i interesseavveiningen.

Rettspraksis viser også at det har stor betydning for avskjæringsvurderingen om føring av bevis oppfattes som en fortsatt eller gjentatt krenkelse, jf. eksempelvis Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2014 s. 1105.

I rettspraksis har det imidlertid skjedd en utvikling. I Rt. 1999 s. 1269 (verkstedbetjent) la Høyesterett opp til en to-delning. Høyesterett uttalte:

«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».¹¹⁰

Høyesterett oppstilte med andre ord en hovedregel om avskjæring der føring av beviset ville representere en fortsatt krenkelse. I tilfeller hvor føring ikke utgjorde en fortsatt rettskrenkelse skulle det foretas en interesseavveining. Den samme forståelsen er senere lagt til grunn i Rt. 2006 s. 582.

¹⁰⁹ Jf. Øyen (2019), s. 408-409.

¹¹⁰ Jf. Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

To-delingen som skisseres i verkstedbetjentdommen har man nå gått bort fra. I HR-2021-966-A slår Høyesterett fast at utskillelsen av fortsatt rettskrenkelse som en egen kategori er «nedtonet», og at det «legges i stedet opp til en bredere vurdering, hvor flere momenter er trukket inn»¹¹¹. Høyesterett fremholder:

«Uttrykket «gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet» er dessuten vagt og temmelig skjønnspreget. Det er derfor ikke spesielt godt egnet som avgrensningskriterium for en egen kategori tilfeller. Når momentet uansett inngår i den bredere vurderingen som må foretas – og etter omstendighetene med betydelig vekt – er det heller ingen reelle grunner til å trekke et slikt skille mellom tilfellene som verkstedbetjentdommen bygger på.»¹¹²

Etter dette skal det alltid gjøres en interesseavveining, hvor fortsatt rettskrenkelse er ett av flere momenter av betydning. Fortsatt rettskrenkelse skilles ikke lenger ut som en egen kategori tilfeller, men kan etter omstendighetene få stor vekt i avveiningen.

5.3.3 Sakens viktighet

5.3.3.1 Hva omfattes av momentet sakens viktighet, og hvilke straffesaker er viktige?

En måte å forstå momentet om sakens viktighet på er at det relaterer seg til karakteren og alvorligheten av det straffbare forholdet man er tiltalt for. Desto mer alvorlig forhold tiltalen gjelder, desto viktigere er saken.

I Rt. 2009 s. 1526 ble eksempelvis et lydopptak fra en samtale mellom en fengselsprest og to personer tillatt ført, særlig begrunnet i det straffbare forholdets alvorlige karakter.

I Rt. 1992 s. 698 fremhevet likeledes Høyesterett «hvilke lovstridige handlinger saken gjelder» som et moment av vesentlig betydning i avskjæringsvurderingen.¹¹³ Høyesterett uttalte at tiltalen i saken «gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart». Det talte for føring.

Betydningen av sakens alvorlighet for avskjæringsvurderingen henger sammen med hensynet til sakens opplysning. Hensynet til saksopplysning gjør seg sterkere gjeldende i alvorlige

¹¹¹ Jf. HR-2021-966-A avsnitt 22.

¹¹² Jf. HR-2021-966-A avsnitt 22.

¹¹³ Jf. Rt. 1992 s. 698 på s. 706.

saker enn ved mindre alvorlige lovbrudd. Dermed skal det også mer til for avskjæring dersom saken er alvorlig.

5.3.3.2 Vektlegging av sakens viktighet

Det er mange gode grunner som taler for å strekke seg lenger for å oppklare de mest alvorlige straffesakene, sammenliknet med de mindre alvorlige sakene. Å tillate bevisføring samsvarer godt med hensynet til sakens opplysning, som har stor betydning i alvorlige saker. Særlig dersom beviset er viktig og sannhetsverdien ikke er redusert, synes vektlegging av sakens viktighet rimelig.

I juridisk teori fremgår likevel at sakens alvor eller viktighet neppe bør tillegges stor vekt. Øyen skriver at det er «betenkelig om beviset tillates ført fordi tiltalen er alvorlig, av hensyn til en privat fornærmet eller lignende».¹¹⁴

Rimelighetsbetraktninger kan tale for det samme. Det er i de alvorligste sakene at presset fra samfunnet om å oppklare saken er størst. Fristelsen for å skaffe bevis, selv på tynt eller ufullstendig grunnlag, kan være stor. Hensynet til å motvirke ulovlige eller utilbørlige metoder for å skaffe bevis tilsier på den måten at sakens alvorlighet ikke bør ha stor betydning i avskjæringsvurderingen.

Videre har EMD fremhevet at retten til en «fair [...] hearing» står sterkest i alvorlige saker.¹¹⁵ Av hensyn til tiltalte bør ikke bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte tillates ført alene av den grunn at saken er viktig. Siktedes rettssikkerhet er av stor betydning når tiltalen er alvorlig, og den kan utfordres når bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. I alvorlige saker er det særlig viktig å hindre uriktig domfellelse, og det taler heller for skjerping av rettssikkerhetskravene.¹¹⁶

Aall tar til orde for at sakens viktighet like godt kan være et argument mot å tillate beviset ført, som for å tillate det. Han uttaler at der «det ulovlige ved etterforskningen reduserer bevisverdien, bør det ikke, iallefall ikke de lege ferenda, tillegges noen selvstendig vekt om

¹¹⁴ Jf. Øyen (2019) s. 413.

¹¹⁵ Jf. EMDs storkammerdommer *Salduz mot Tyrkia* [GC] avsnitt 54 og *Simeonovi mot Bulgaria* [GC] avsnitt 126.

¹¹⁶ Slik også Aall (1995) s. 314.

saken er alvorlig». Derimot bør sakens alvor spille en rolle for føring av bevis «som det knytter seg mindre alvorlige former for ulovlighet til, særlig hvor beviset er meget godt». Han gir som eksempel at bevis skaffet ved dokumentbeslag besluttet av feil myndighet bør tillates ført i en spionsak, men ikke i en naskerisak.¹¹⁷

Oppsummert er det gode grunner både for og mot vektlegging av sakens viktighet i avskjæringsvurderingen. Det fremstår rimelig å la momentets betydning variere med andre forhold i saken, slik som alvorligheten av krenkelsen som fant sted da beviset ble skaffet og om krenkelsen har redusert bevisets sannhetsverdi.

5.3.4 Bevisets betydning for oppklaring av saken

Dersom beviset som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte har stor betydning for sakens oppklaring, gjør hensynet til sakens opplysning seg sterkt gjeldende. Det taler for føring av beviset. Hvilken betydning beviset har avhenger dels av bevisverdien isolert sett, og dels av sammenhengen med den øvrige bevissituasjonen.¹¹⁸

I LB-2020-151682 vurderte lagmannsretten føring av et ulovlig skaffet videoopptak. Lagmannsretten fremholdt at «[s]elv om det også er varslet flere bevis i straffesaken, må det antas at det sentrale beviset er videoopptaket. Uten dette beviset, er det stor sjanse for at saken ikke vil bli forsvarlig opplyst». Bevisets betydning for saken talte dermed for føring, og opptaket ble tillatt ført. I den senere HR-2021-966-A uttalte Høyesterett at lagmannsretten hadde foretatt «en tilstrekkelig bred vurdering basert på relevante kriterier».¹¹⁹

HR-2023-301-A gjaldt en trygdebedragerisak, hvor det var spørsmål om føring av dokumentbevis med informasjon som lå i kjernen av informasjonsplikten. Høyesterett var enig i lagmannsrettens uttalelse om at bevisene var «sentrale for oppklaring av saken og for at korrekt faktum blir lagt til grunn».¹²⁰ Det talte for føring.

¹¹⁷ Jf. Aall (1995) s. 314.

¹¹⁸ Jf. Torgersen (2008) s. 165.

¹¹⁹ Jf. HR-2021-966-A avsnitt 44 og 46.

¹²⁰ Jf. HR-2023-301-A avsnitt 126 og 127.

På den andre siden kan det også tale mot føring at beviset har stor betydning for sakens utfall. Øyen skriver at «[j]o mer sentralt beviset er, jo mer betenkelig er det å tillate at det føres».¹²¹

Dersom andre bevis kan erstatte beviset som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte, taler også det mot å tillate beviset ført.

Rt. 1992 s. 698 gjaldt spørsmål om gjenopptakelse, og Høyesteretts ankeutvalg vurderte blant annet føring av bevis skaffet ved ulovlig ransaking. Ankeutvalget bemerket at det omtvistede beviset «bare var ett av flere bevis som ble påberopt fra påtalemyndighetens side», og at det i tillegg ble ført en rekke vitner og fremlagt omfattende dokumentbevis.¹²² Etter en helhetlig vurdering kom ankeutvalget til at det ikke var feil at beviset ble tillatt ført.

Etter dette kan momentet om bevisets betydning for sakens oppklaring trekke i flere retninger, alt etter de konkrete omstendighetene i saken.

5.3.5 Bevisets pålitelighet

Det kan påvirke bevisets pålitelighet at bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Øyen fremholder at det må «vektlegges om påliteligheten av beviset ble svekket eller usikker gjennom bruddet på bevissikringskranken, og ikke minst om en redusert eller usikker pålitelighet har konsekvenser for mistenktes rettssikkerhet».¹²³

I Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17 uttalte Høyesterett at retten kan nekte ført et bevis som er skaffet på ulovlig eller kritikkverdig måte dersom «beviset er lite å stole på».

I HR-2017-1894-U, som gjaldt avhør av mindreårig uten vergens eller forsvarerens tilstedeværelse, ble beviset nektet ført. I begrunnelsen viste Høyesterett blant annet til svekket bevisverdi. Høyesterett uttalte:

«Beisverdien av politiavhøret kan være svekket når rettssikkerhetsgarantiene er brutt, og det vil derfor – på generelt grunnlag – være usikkert hvilket bidrag avhøret kan gi til bevisbedømmelsen. Den dømmende rett vil ha denne svakheten for øye dersom beviset føres,

¹²¹ Jf. Øyen (2019), s. 413.

¹²² Jf. Rt. 1992 s. 698 på s. 706.

¹²³ Jf. Øyen (2019) s. 413.

men hensynet til sakens opplysning taler i denne situasjonen ikke på avgjørende måte for at beviset føres.»¹²⁴

Høyesterett vektla at det var «usikkert» hvilket bidrag beviset ga til bevisbedømmelsen som følge av at rettssikkerhetsgarantier var brutt.

I Rt. 1992 s. 698 fant Høyesteretts ankeutvalg på sin side at «det må legges til grunn at tilsidesettelse av regelverket ikke har hatt innvirkning på de bevis det her gjelder».¹²⁵

Ankeutvalget fremhevet altså at det ikke hadde påvirket bevisverdien at beviset var skaffet på ulovlig måte.

På tilsvarende vis uttalte Høyesterett i HR-2022-2420-A at «[d]e innvendingene som lagmannsretten har hatt mot ransakingen av As bolig, har videre ikke hatt noen innvirkning på sannhetsverdien av de bevisene som ransakingen førte til».¹²⁶ Det talte for føring.

Er bevis som er skaffet i strid med torturforbudet i EMK art. 3 pålitelig?

I storkammerdommen *Gäfgen mot Tyskland* uttalte EMD, om bevis skaffet i strid med EMK art. 3, at «[...] evidence obtained as a result of acts of violence, at least if those acts had to be characterized as torture, should never be relied on as proof of the victim's guilt».¹²⁷ Bevis er med andre ord ikke pålitelig dersom det er skaffet ved brudd på EMK art. 3. Det taler for at slike bevis må nektes ført.

Et aktuelt spørsmål er videre om det har ulik betydning for bevisets pålitelighet om beviset er skaffet av politiet eller av privatpersoner.

Politiet har ansvar for etterforskning og for å skaffe bevis, og har plikt til å være objektiv.¹²⁸

Selv om bevisene er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, må det forventes at politiet fremlegger bevismateriale som gir et tilstrekkelig bilde av det relevante faktum.

Privatpersoner kan imidlertid i visse tilfeller ha egeninteresse i sakens utfall, og har ikke samme objektive rolle eller myndighet som politiet. Den moderne teknologiske utviklingen

¹²⁴ Jf. HR-2017-1894-U avsnitt 18.

¹²⁵ Jf. Rt. 1992 s. 698 på s. 706.

¹²⁶ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 23.

¹²⁷ Jf. EMDs storkammerdom *Gäfgen mot Tyskland* [GC] avsnitt 167.

¹²⁸ Jf. strpl. § 226 (3).

gjør det dessuten mulig å endre og manipulere bevis. Det kan etter omstendighetene være ekstra grunn til å være oppmerksom på om bevis skaffet av privatpersoner gir et helhetlig bilde av relevant faktum.

Et annet aktuelt spørsmål er hvilken vekt det skal ha at bevisets pålitelighet er påvirket.

Rettspraksis illustrerer at det bør sondres mellom situasjoner hvor en regel som skal sikre mistenktes rettssikkerhet er overtrådt eller ikke. I både ovennevnte HR-2017-1894-U og i EMD-dommen *Gäfgen mot Tyskland* var det tale om sentrale bevis skaffet ved klare brudd på regler som skulle vareta mistenktes rettssikkerhet. Det talte mot føring.

Forståelsen støttes i teorien. Øyen uttaler at «[r]edusert pålitelighet er neppe i seg selv en omstendighet som med tyngde tilsier at det bør gjelde et bevisforbud. Normalt vil påliteligheten av et bevis håndteres på en betryggende måte i bevisvurderingen».¹²⁹

Dersom en regel som skal ivareta mistenktes rettssikkerhet er overtrådt og overtredelsen har ført til at det er vanskelig å vurdere bevisets pålitelighet, er løsningen derimot en annen. Øyen uttaler at «[i] en slik situasjon er det nærliggende å si at en bruk av beviset er uforenlig med mistenktes krav på rettssikkerhet, ikke minst hvis det dreier seg om et sentralt bevis».¹³⁰ Det taler i større grad mot føring.

5.3.6 Øvrige momenter

5.3.6.1 *Var det mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte?*

Et av de øvrige momentene av betydning i avskjæringsvurderingen, er om det var mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte. Momentet ble blant annet vektlagt i Rt. 2007 s. 920. Høyesterett uttalte:

«Etter utvalgets vurdering står vi her overfor en situasjon hvor [firmaet] Scancem neppe ville hatt mulighet for å fremskaffe dokumentene på annen måte. Dette, sammenholdt med hensynet til sakens opplysning, taler også for at dokumentene kan legges fram».¹³¹

¹²⁹ Jf. Øyen (2019) s. 410.

¹³⁰ Jf. Øyen (2019) s. 410.

¹³¹ Jf. Rt. 2007 s. 920 avsnitt 58.

Muligheten til å skaffe opplysningene på annen måte ble også vektlagt i HR-2021-966-A. En kvinne hadde tatt ulovlig videoopptak i en garasje og filmet at noen hadde ripet opp hennes bil. Høyesterett viste blant annet til at politiet hadde henlagt kvinnens anmeldelse, og at hennes «eneste praktiske mulighet» til å avklare hvem som sto bak skadeverkene på bilen var ved å gjøre filmopptak.¹³² Høyesterett kom til at opptaket skulle tillates ført i straffesaken. At det ikke var mulig å skaffe bevis på annen måte taler altså for føring.

5.3.6.2 Blir det ulovlige eller utilbørlige ervervet møtt med andre sanksjoner?

Et neste moment er om den ulovlige eller utilbørlige atferden blir møtt med andre sanksjoner. Dersom overtredelsen får andre konsekvenser enn avskjæring som effektivt sanksjonerer krenkelsen, kan det være at avskjæring ikke er nødvendig. Eksempler på mulige sanksjoner er bøter, fengselsstraff, tap av autorisasjon eller andre administrative sanksjoner, alt etter hva den aktuelle krenkelsen gjelder.

Dersom andre sanksjoner blir ilagt, gjør ikke preventive hensyn seg gjeldende i like stor grad. Det kan slik tale mot avskjæring at overtredelsen blir møtt med andre sanksjoner.

Momentet samsvarer med det at disiplineringshensynet har lavere vekt i avskjæringsvurderingen når andre sanksjoner mot overtredelsen har hatt effekt.¹³³

5.3.6.3 Pliktet den som satt med beviset å utlevere det eller forklare seg?

Enda et moment av betydning for avskjæringsvurderingen, er om den som satt med beviset pliktet å utlevere det eller forklare seg.¹³⁴ I teorien fremgår at momentet bør «ses på som en henvisning til skillet mellom brudd på materielle skranker for bevisinnhenting og brudd på formelle regler om hvordan bevis skal sikres (saksbehandlingsregler og kompetanseregler).¹³⁵ Også Torgersen viser til at momentet «er beslektet med vektleggingen av om det ulovlige beviservervet krenker materielle regler eller (bare) formelle regler».¹³⁶

¹³² Jf. HR-2021-966-A avsnitt 43, jf. avsnitt 46.

¹³³ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 34, se avhandlingen punkt 5.2.3.

¹³⁴ Jf. HR-2021-966-A avsnitt 24. Se også Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

¹³⁵ Jf. Øyen (2019), s. 412.

¹³⁶ Jf. Torgersen (2008) s. 159.

Øyen skriver at et bevisforbud normalt «bare [er] aktuelt hvis det dreier seg om et brudd på en materiell skranke for bevisinnhenting».¹³⁷ Skillet er blant annet fremhevet i Rt. 2013 s. 1282, hvor det i avsnitt 43 fremgår at det «ikke [er] tale om noen materiell rettskrenkelse, men om brudd på formelle regler».

I Rt. 2006 s. 582 var ransaking foretatt uten at kravet til mistankegrunnlag for ransaking i strpl. §§ 192 og 195 var oppfylt, og det dreide seg dermed om brudd på materielle regler. Bevisforbud ble imidlertid ikke oppstilt. Det viser at brudd på materielle regler ikke nødvendigvis medfører at bevis skal nektes ført.

Forståelsen støttes i teorien, hvor Øyen skriver at bruddet på en materiell regel ikke «i seg selv [er] et meget tungtveiende argument for å oppstille et bevisforbud».¹³⁸

5.3.6.4 Kan andre momenter få betydning i avskjæringsvurderingen?

Også andre momenter enn de som uttrykkelig nevnes i NOU 2001:32 B s. 961 og HR-2021-966-A kan være relevante, jf. formuleringen «blant annet».

Et relevant moment er om beviset går i favør eller disfavør av anklagede.¹³⁹ Det skal mer til for å avskjære bevis som taler for tiltaltes uskyld, enn bevis som taler for skyld.

Et annet relevant moment er om beviset er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte i god eller ond tro. I forarbeidene til tvl. § 22-7 fremheves at «det kan være at beviset er ervervet på en slik måte at retten av den grunn ikke bør tillate bevis ført, for eksempel hvis det er fremskaffet ved en alvorlig straffbar handling *som er foretatt i den hensikt*» (min kursivering).¹⁴⁰

I Rt. 1992 s. 698 uttalte Høyesterett at «[m]ot bruk av bevismaterialet taler først og fremst at gjeldende regler om ransaking bevisst ble satt tilside av påtalemyndigheten og politiet».¹⁴¹ Subjektive forhold ble således uttrykkelig fremhevet som relevant i avskjæringsvurderingen.

¹³⁷ Jf. Øyen (2019) s. 413.

¹³⁸ Jf. Øyen (2019) s. 413.

¹³⁹ Slik også Aall (1995) s. 314 og Torgersen (2008) s. 178.

¹⁴⁰ Jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 459.

¹⁴¹ Jf. Rt. 1992 s. 698 på s. 706.

Torgersen uttaler at hensynene som begrunner et bevisforbud «kan tenkes å ha noe ulik vekt avhengig av om regelbrudd ved beviservervet skjer i god eller ond tro – fra det hendelige uhell, via uaktsomhet til forsettlig overtredelse».¹⁴² Det er mer klanderverdig dersom den som har gjort en overtredelse har gjort det med vilje enn ved et uhell, og ond tro taler mot føring. Torgersen mener imidlertid det er «noe usikkert» hvor stor vekt momentet skal ha.¹⁴³

Enda et moment i avskjæringsvurderingen er muligheten for å føre motbevis og bestride bevisets innhold (kontradiksjon). Det ble blant annet vektlagt i HR-2021-966-A, jf. LB-2020-151682. Lagmannsretten vektla at tiltalte hadde fått forklare seg om innholdet og at han under hovedforhandling ville ha «full adgang til å føre motbevis vedrørende riktigheten av videobeviset og bestride innholdet». Vurderingen ble akseptert av Høyesterett.¹⁴⁴

Tilsvarende vektla Høyesterett i Rt. 2007 s. 920 at bevisenes ekthet «i stor utstrekning kunne etterprøves av skriftsakkyndige», og at tiltalte «også for øvrig [ville] ha gode muligheter for å føre motbevis».¹⁴⁵ Tiltalte kunne dermed imøtegå bevisene. Beviset ble tillatt ført.

At kontradiksjon vektlegges i avskjæringsvurderingen, samsvarer med EMDs tilsvarende vektning av kontradiksjon i vurderingen av om føring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte krenker retten til rettferdig rettergang i EMK art. 6.¹⁴⁶

Enda et moment i avskjæringsvurderingen er om det foreligger faktorer som kompenserer for ulempen det har at bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte.

I HR-2017-1894-U, om ulovlig avhør av mindreårig, viste Høyesterett til at det var usikkert hvilket bidrag avhøret kunne gi til bevisbedømmelsen. Høyesterett uttalte så at «[d]en dømmende rett vil ha denne svakheten for øye dersom beviset føres».¹⁴⁷ Hensynet til sakens opplysning talte imidlertid ikke på avgjørende måte for føring, og beviset ble nektet ført.

¹⁴² Jf. Torgersen (2008) s. 160.

¹⁴³ Jf. Torgersen (2008) s. 162.

¹⁴⁴ Jf. HR-2021-966-A avsnitt 44 og 46.

¹⁴⁵ Jf. Rt. 2007 s. 920 avsnitt 59.

¹⁴⁶ Jf. EMDs dom *Ibrahim med flere mot Storbritannia* [GC] avsnitt 274, moment nr. c, jf. avhandlingen pkt. 5.2.1. Jf. også EMDs dommer *Allan mot Storbritannia* [J] avsnitt 43 og *Khan mot Storbritannia* [J] avsnitt 38.

¹⁴⁷ Jf. HR-2017-1894-U avsnitt 18.

Avgjørelsen viser likevel at en kompenserende faktor for svekket eller usikker bevisverdi er at domstolen har «svakheten for øye» og hensyntar den i bevisvurderingen. Retten kan eksempelvis velge å legge mindre vekt på beviset. I en slik situasjon reduseres svakhetens betydning som argument mot føring. Slik kan kompenserende faktorer ha betydning.

Vektlegging av kompenserende faktorer er også i samsvar med EMDs vurdering av om bruk av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte krenker EMK art. 6 nr 1. I dommen *Ibrahim med flere mot Storbritannia* slår EMD uttrykkelig fast at «[o]ther relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice» har betydning for vurderingen.¹⁴⁸

Ovennevnte illustrerer at kompenserende prosessuelle faktorer kan få betydning i avskjæringsvurderingen. Hvor stor vekt momentet tillegges vil imidlertid variere etter hvilken svakhet det skal kompenseres for og hvilken oppveiende faktor det er tale om.

6 Hvilke bevis omfattes ved bevisavskjæring?

6.1 Direkte og avledede bevis

Spørsmålet om hvilke bevis som omfattes ved bevisavskjæring knytter seg til skillet mellom direkte og avledede bevis. Omfattes bare det konkrete ulovlige eller utilbørlige skaffede beviset, eller omfattes også avledede bevis?

Bevis som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte omtales i denne anledning som direkte bevis. Avledede bevis er selvstendige bevis som er skaffet *som følge av* et bevis som er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Avledede bevis har vært mulig å skaffe på grunn av informasjonen man har fått fra et foregående ulovlig eller utilbørlig skaffet bevis.

Et eksempel er at politiet ulovlig overvåker en persons telefonsamtaler og bruker informasjon derfra til å avhøre vitner. Telefonsamtalene er direkte bevis. Vitneutsagnene kan være avledede bevis, ettersom de er en konsekvens av informasjonen som ble skaffet ved ulovlig avlytting.

¹⁴⁸ Jf. EMDs storkammerdom *Ibrahim med flere mot Storbritannia* [GC] avsnitt 274, moment nr. j. Det vises til redegjørelsen av EMDs vurdering i avhandlingen pkt. 5.2.1.

Etter tvl. § 22-7 er det «bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte» som kan avskjæres. Ordlyden taler for at måten beviset er skaffet på er avgjørende for om avskjæring kan skje. Det gis ikke nærmere anvisning på om også avledede bevis omfattes.

Den klare hovedregel er at bevisforbud bare omfatter informasjon som direkte er skaffet gjennom den ulovlige eller utilbørlige handlingen, jf. Rt. 1997 s. 1778 på s. 1781 og Rt. 2014 s. 916 avsnitt 21-22. Etter den nevnte rettspraksis omfattes vanligvis ikke avledede bevis av bevisforbudet. Forståelsen støttes i teorien.¹⁴⁹

I visse tilfeller gjelder det unntak, hvor avledede bevis likevel omfattes av bevisforbudet. For å vurdere om det skal gjøres slikt unntak må det tas utgangspunkt i hensynene som begrunner det aktuelle bevisforbudet. Spørsmålet er om disse hensynene, vurdert opp mot hensynet til sakens opplysning, tilsier at også avledede bevis skal omfattes av forbudet.¹⁵⁰

Rt. 1997 s. 1778 gjaldt opplysninger om en voldtekt som politiet fikk kunnskap om etter at fornærmedes lege brøt taushetsplikten i strpl. § 119. Spørsmålet var om avledede bevis, skaffet som følge av taushetspliktbrudd, skulle avskjæres. Høyesterett uttalte at «de bevis som er en direkte følge av et brudd på taushetsplikt [må] i et slikt tilfelle avskjæres», men at «bruddet på taushetsplikten ikke kan ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses ulovlig ervervet».¹⁵¹ Høyesterett kom til at de avledede bevisene ikke kunne nektes ført.

Øyen mener dommen kan forstås slik at *begrunnelsen* for bevisforbudet ved brudd på kallsmessig taushetsplikt ikke tilsa avskjæring av avledede bevis.¹⁵²

I EMDs storkammerdom *Gäfgen mot Tyskland* ble det imidlertid oppstilt bevisforbud for avledede bevis. Saken gjaldt bevis skaffet med metoder i strid med EMK art. 3. EMD uttalte at selv om noen bevis har en fjernere tilknytning til krenkelsen av artikkel 3, vil bruk av bevisene som hovedregel krenke retten til rettferdig rettergang.¹⁵³ Behovet for å beskytte den

¹⁴⁹ Jf. Øyen (2019) s. 413.

¹⁵⁰ Jf. Øyen (2019) s. 413.

¹⁵¹ Jf. Rt. 1997 s. 1778 på s. 1781.

¹⁵² Jf. Øyen (2019) s. 414.

¹⁵³ Jf. EMDs storkammerdom *Gäfgen mot Tyskland* [GC] avsnitt 178.

krenkede interessen – vernet mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling – står så sterkt at avskjæring også måtte omfatte de avledede bevis i saken.

EMD gjorde imidlertid en modifikasjon, ved å slå fast at det ikke foreligger krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 dersom det tillates ført avledede bevis som ikke har hatt innvirkning på skyld- eller straffespørsmålet.¹⁵⁴ Det gjelder altså selv om beviset er skaffet på en måte som strider mot EMK art. 3.

EMDs resonnement er egnet for kritikk. Regelen kan være retts teknisk vanskelig å praktisere. Den kan egne seg dårlig for EMDs kontroll, siden det krever grundig innsikt i faktum for å vurdere om et bevis er avledet eller ikke. Det kan dessuten fremholdes at EMD har gått relativt langt i å utpense regler om bevisføring og avskjæring, når EMDs rolle er subsidiær og domstolen egentlig bare skal kontrollere om rettergangen er i samsvar med EMK.¹⁵⁵

I teorien fremgår at EMD ikke har antydnet at avledede bevis omfattes av bevisforbud der EMK art. 6 eller 8, om vernet mot selvinkriminering og retten til privatliv, er overtrådt.¹⁵⁶

Videre uttalte Høyesterett i Rt. 2014 s. 916 at utgangspunktet etter tvl. § 22-7 er at «hvert bevis må vurderes for seg». I saken ble en rapport og en vitneforklaring tillatt ført, ettersom disse var basert på «egne observasjoner», og ikke på det ulovlige videoopptaket som samtidig var tatt. Måten hvert enkelt bevis er skaffet til veie på må altså vurderes for seg. Bevisene skal ikke vurderes samlet.

Oppsummert må det foretas en selvstendig vurdering av om hvert bevis i saken er direkte eller avledet og om det skal føres eller ikke. Hovedregelen er at bare bevis som direkte er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte skal avskjæres. Avledede bevis kan også måtte avskjæres i visse tilfeller, dersom begrunnelsen bak bevisforbudet tilsier det. Det er eksempelvis aktuelt der bevis er skaffet i strid med torturforbudet og de avledede bevis har hatt innvirkning på skyld- eller straffespørsmålet.

¹⁵⁴ Jf. EMDs storkammerdom *Gäfgen mot Tyskland* [GC] avsnitt 178 siste setning.

¹⁵⁵ Slik også Rui, TfR, (2010/3), s. 291-292.

¹⁵⁶ Jf. Øyen (2019) s. 414.

6.2 Hva med bevis som «bygger på» bevis som direkte er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?

Dersom et bevis er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte og ikke tillates ført, er et nærliggende spørsmål om innholdet i beviset kan fremstilles med et annet bevismiddel som «bygger på» det opprinnelige beviset.

Rt. 2001 s. 668 illustrerer at bevis som bygger på bevis som direkte er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte kan tenkes avskåret. Saken gjaldt skjult videoopptak av butikkpersonale tatt av arbeidsgiver. Høyesterett slo fast at opptaket var skaffet til veie på ulovlig måte, og nektet det ført etter en konkret vurdering. Lagmannsretten hadde vektlagt at det var mulig å føre bevis på alternativ måte, gjennom fremleggelse av en avhørsrapport og vitneførsel om innholdet i videoopptaket. I et obiter dictum uttalte derimot Høyesterett:

«Utvalet finn grunn til å peike på at i den grad den ulovlege innhentinga av videoopptak var ein del av grunnlaget for avhøyrret og vedgåinga, er det ikkje utan vidare slik at rapporten – eller vitneprov om innhaldet i avhøyrret – kan nyttast som bevis. Omsynet til effektiv avskjering av videobeviset kan føre til at også bevis som byggjer på dette må nektast førte.»¹⁵⁷

Rettspraksis viser at bevis som fremstilles med alternative bevismidler enn det som opprinnelig var skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, som hovedregel ikke aksepteres. I Rt. 1991 s. 1096 slo Høyesterett fast at:

«Hvis en avgjørelse om å avskjære opplesning av en vitneforklaring skal ha noen realitet, må et alminnelig utgangspunkt være at avskjæringen også omfatter vitneførsel om innholdet i forklaringen fra dem som har opptatt den».¹⁵⁸

Avgjørende er om det ulovlige eller utilbørlige skaffede beviset utgjør grunnlaget for de nye bevisene. I Rt. 2014 s. 916 tillot Høyesterett en vitnerapport og en vitneforklaring ført, ettersom disse var basert på egne observasjoner, og ikke på det ulovlige videoopptaket som samtidig var tatt. Høyesterett uttalte:

¹⁵⁷ Jf. Rt. 2001 s. 668 på s. 671-672.

¹⁵⁸ Jf. Rt. 1991 s. 1096 på s. 1100.

«I den grad vitneforklaringen og rapporten gjelder det vitnet selv har sett og hørt, kan det ikke sies at videofilmen danner grunnlaget for bevisene. [...] Annerledes ville det stilt seg dersom vitneforklaringen og rapporten bygget på videoopptaket og ikke på Saltviks egne observasjoner. Da ville bevisene måtte likebehandles med videofilmen».¹⁵⁹

Dersom bevisene hadde bygget på det ulovlige videoopptaket måtte de altså blitt avskåret.

Konsekvensbetraktninger støtter hovedregelen om avskjæring av bevis som bygger på allerede avskårede bevis. Å tillate slike bevis ført kan uthule den bevisavskjæringen som er foretatt, og slik innebære en omgåelse av regelverket.

I LB-2016-109383 ble imidlertid en sakkyndig rapport som bygde på et utilbørlig skaffet bevis tillatt ført. Saken gjaldt opptak av en telefonsamtale mellom far og barn, som ble spilt for en sakkyndig og senere vist til i den sakkyndiges rapport. Rapporten ble i sin helhet tillatt ført. Retten vektla at opptaket hadde liten plass i rapporten, at den ga et nyansert bilde og at det var mulighet for kontradiksjon. Hensynet til sakens opplysning og påkjenningen det ville innebære for barnet ved å oppnevne ny sakkyndig ble tillagt størst vekt. Avgjørelsen viser at bevis som bygger på ulovlig eller utilbørlig skaffede bevis ikke alltid nektes ført.

Oppsummert er utgangspunktet at fremstilling av bevis med alternative bevismidler ikke aksepteres. Likevel må også avskjæring av bevis som bygger på ulovlig eller utilbørlig skaffede bevis vurderes konkret.

7 Rettspolitiske betraktninger

7.1 Bør regler om bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte lovfestes i straffeprosessen?

Ved vedtakelsen av straffeprosessloven vurderte Straffeprosesslovkomiteen lovfesting av reglene om føring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Komiteen uttalte:

«En lovregulering av disse spørsmål er imidlertid vanskelig, og ville belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos

¹⁵⁹ Jf. Rt. 2014 s. 916 avsnitt 23-24.

oss. Man er derfor blitt stående ved å overlate løsningen til teori og praksis på samme måte som hittil.»¹⁶⁰

Det kan diskuteres om uttalelsen fortsatt står seg i dag. Bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte synes ikke lenger å ha beskjedent praktisk betydning. Reglene er særlig aktuelle i lys av den moderne teknologiske utviklingen, hvor personvern hensyn ofte utfordres. Reglene har dessuten vært til prøving i domstolene flere ganger, slik at det nå er et bedre grunnlag for regelutforming enn tidligere.

I forarbeidene til tvisteloven, NOU 2001:32 B, uttalte Tvistemålsutvalget at «[d]et er viktig at retten til bevisføring mest mulig uttømmende fremgår av tvisteloven».¹⁶¹ Utvalget fant at flere bevisforbudsregler, herunder avskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, skulle lovfestes. Utvalget viste til Straffeprosesslovkomiteens vurdering fra 1969, og uttalte:

«Noen praksis av betydning forelå imidlertid ikke på dette tidspunktet, og spørsmålet var generelt lite utredet. I ettertid har imidlertid Høyesterett avsagt flere avgjørelser både i straffesaker og sivile saker, som gir et vesentlig bedre grunnlag for en generell regelutforming enn man hadde ved utarbeidelsen av straffeprosessloven».¹⁶²

I etterkant av Tvistemålsutvalgets uttalelse har det blitt avsagt enda flere avgjørelser om temaet og reglene har blitt lovfestet i sivilprosessen. Det tyder på at lovregulering i straffeprosessen er mindre betenkelig i dag enn tidligere.

Hensynet til reglenes tilgjengelighet og forutberegnelighet taler også for lovfesting. Lovfesting kan bidra til større bevisstgjøring om reglene, som igjen kan føre til at feil i større grad unngås. Det kan igjen styrke tilliten til politiet, som har ansvar for å skaffe bevis i straffesaker.

På den andre siden er det tale om en bred vurdering, hvor det kan være vanskelig å formulere detaljerte regler som gir en tilstrekkelig fleksibel regulering. Lovfesting kan i prinsippet gå på bekostning av domstolens spillerom for å avklare og utvikle reglene i praksis.

¹⁶⁰ Jf. NUT 1969: 3 på s. 197.

¹⁶¹ Jf. NOU 2001:32 B på s. 960.

¹⁶² Jf. NOU 2001:32 B s. 960-961.

En regel om avskjæring av ulovlig skaffede bevis er foreslått lovfestet i forslaget til ny straffeprosesslov.¹⁶³ Lovutvalget uttalte at det var «hensiktsmessig om sentrale bevisregler får en forankring i loven».¹⁶⁴ Utvalget viste til at det har skjedd en viss avklaring av reglernes innhold i rettspraksis, og at rettighetsvernet etter Grunnloven og EMK gir et økt behov for uttrykkelig lovregulering.¹⁶⁵

Samlet sett er mitt syn at reglene bør lovfestes. Hensynet til en dynamisk rettsutvikling taler imidlertid for en generell utforming, slik at det fortsatt blir rom for skjønn i hver enkelt sak.

7.2 Er reglene om bevisavskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte hensiktsmessige?

Hvorvidt reglene om bevisavskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte er hensiktsmessige, knytter seg særlig til spørsmålet om terskelen for bevisavskjæring. Bør terskelen for avskjæring være lavere enn dagens praksis tilsier? Herunder foregår diskusjon om disiplineringshensyn bør tillegges større vekt i avskjæringsvurderingen for å motvirke at bevis skaffes på ulovlig eller utilbørlig måte.

I forslaget til ny straffeprosesslov § 8-5 foreslås at bevisforbud skal gjelde «for opplysninger som er innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte, når det er grunn til det».¹⁶⁶

Deretter pekes det på tre momenter det særlig skal legges vekt på. Ordlyden «når det er grunn til det» legger opp til en lavere terskel enn dagens praksis gjør, som krever «særlige grunner» for bevisavskjæring.

I merknadene til forslagets § 8-5 fremgår at «[d]en skjønnsnormen som utkastet gir anvisning på, er ment som et signal til samtlige aktører om større grad av bevissthet om ulovligheter ved beviserverv».¹⁶⁷ Den lavere terskelen skal altså fungere preventivt.

¹⁶³ Jf. NOU 2016:24, utkastet § 8-5.

¹⁶⁴ Jf. NOU 2016:24 pkt. 13.3.4.4.

¹⁶⁵ Jf. NOU 2016:24 pkt. 13.3.4.4.

¹⁶⁶ Jf. NOU 2016:24, forslagets § 8-5.

¹⁶⁷ Jf. NOU 2016:24 s. 576.

I NOU 2016:24 stiller utvalget spørsmål ved om preventive hensyn blir tilstrekkelig ivaretatt i dagens praksis, og viser blant annet til potensialet for misbruk grunnet teknologisk utvikling. Utvalget fremholder:

«[D]ette er en risiko som i en viss utstrekning må antas å kunne reduseres ved i større grad å vektlegge hensynet til å forebygge ulovligheter ved spørsmål om bevisforbud for ulovlig ervervede bevis. Utvalget mener således at gjeldende praksis bør endres i retning av at også disiplineringshensyn tillegges en viss vekt ved vurderingen av om et rettsstridig ervervet bevis bør tillates benyttet, jf. andre spalte.»¹⁶⁸

I forslagens § 8-5 fremgår dermed at det blant annet skal «særlig legges vekt på [...] om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelseser».

Ifølge lovutvalget bør det tale for bevisforbud «[s]ærlig dersom ulovligheten er uttrykk for innarbeidet praksis og det tidligere har vært foranledning til å endre denne».¹⁶⁹

For å sammenligne merknadene i lovforslaget med dagens praksis, ble disiplineringshensynet vurdert i HR-2022-2420-A. Saken gjaldt ransaking av bolig hvor det ble oppdaget dyrking av cannabis. Spørsmålet var om bevisene skulle tillates ført.

Lagmannsrettens flertall hadde nektet bevisene ført, og i det vesentlige begrunnet det med at det dreide seg om systematiske brudd på regler, og at politiet kunne bli nøyere med å overholde lovens vilkår dersom beviset ble nektet ført. Høyesterett viste derimot til at disiplineringshensynet tradisjonelt har «vært tillagt liten vekt» i norsk rett, og at holdningen i rettspraksis har vært at mulige misbruk fra politiet mer hensiktsmessig lar seg motarbeide ved andre sanksjoner enn avskjæring.¹⁷⁰

Høyesterett viste deretter til forslaget om å tillegge disiplineringshensyn større vekt, og uttalte:

«Forslagene i NOU 2016:24 er ikke blitt gjenstand for ny lovgivning på en måte som tilsier at lovgiver har sluttet seg til disse tankene. Imidlertid forstår jeg også dagens praksis

¹⁶⁸ Jf. NOU 2016:24 pkt. 13.3.4.4.

¹⁶⁹ Jf. NOU 2016:24 s. 577.

¹⁷⁰ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 27.

slik at det ikke er utelukket å legge vekt på dette hensynet, som er et uttrykk for at strafforfølgning må skje på en måte som er rettsstaten verdig.»¹⁷¹

Høyesterett vektla at administrative virkemidler for bedring av politiets praksis var tatt i bruk og hadde hatt effekt. Høyesterett mente derfor at disiplineringshensynet ikke kunne føre til avskjæring.¹⁷² Det avvises altså ikke at argumentasjon basert på disiplineringshensyn er mulig, men hensynet tillegges ikke vekt i saken. Det viser at disiplineringshensynet ikke foreløpig har fått så stor betydning i praksis som lovforslaget la opp til at det skal ha.

Etter dette er det preventive hensyn som taler for at terskelen for avskjæring bør senkes noe. Avskjæring vil gi en klar reaksjon mot krenkelsen som er foretatt, og kan «disiplinere» politiet til å unngå fremtidige krenkelser. På den andre siden kan også andre virkemidler gi tilstrekkelig preventiv effekt. HR-2022-2420-A taler for at hensynet til å forebygge ulovligheter i tilstrekkelig grad er mulig å ivareta med dagens praksis. Det taler for at det ikke er nødvendig å justere kursen ved å tillegge disiplineringshensyn større vekt i avskjæringsvurderingen.

Oppsummert fremstår reglene hensiktsmessige i den forstand at disiplineringshensynet er et relevant moment i avskjæringsvurderingen, som etter omstendighetene kan vektlegges. Reglene og praksisen må ikke endres for at hensynet skal kunne få stor betydning i retning avskjæring i en konkret sak. Terskelen for avskjæring behøver ikke senkes for å oppnå det.

8 Avsluttende bemerkninger

For å sammenfatte temaet i avhandlingen, må det gjøres en todelt vurdering av om bevis som er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte skal avskjæres i straffesaker. For det første må det vurderes om beviset er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Dersom det er tilfellet, må det for det andre vurderes om beviset skal avskjæres eller likevel føres.

I den første delen av vurderingen må det klargjøres om beviset objektivt sett er skaffet i strid med en gjeldende rettsregel. Selv om det ikke foreligger et slikt lovbrudd, kan beviset være skaffet på utilbørlig måte. Med andre ord må det vurderes om beviset er skaffet på

¹⁷¹ Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 29.

¹⁷² Jf. HR-2022-2420-A avsnitt 34.

klanderverdig eller illojalt vis. Typetilfellet er inngrep i den personlige integritet av en viss karakter, og at personvern- eller rettssikkerhetshensyn dermed tilsier utilbørlighet.

I den andre delen av vurderingen må det vurderes om beviset skal føres eller nektes ført. Avskjæringsspørsmålet avgjøres etter en bred interesseavveining. I avveiningen har prinsipielle hensyn og flere forhold i den konkrete sak betydning. I tråd med prinsippet om fri bevisførsel og retten til bevisføring er det klare utgangspunktet at bevisene skal føres. Avskjæring skal bare skje i særlige tilfeller.

I alle tilfeller må retten til rettfærdig rettergang respekteres. Videre har hensyn til sakens opplysning og til å oppnå et materielt riktig resultat stor betydning. Det materielle sannhets prinsipp må veies opp mot andre hensyn som taler mot føring, slik som disiplineringshensyn, rettssikkerhetshensyn og personvern.

I den konkrete vurderingen har blant annet krenkelsens art og alvor stor betydning. Dersom bevis er skaffet på en måte som strider mot torturforbudet eller retten til taushet, herunder vernet mot selvinkriminering, har dette stor vekt i retning avskjæring. I slike tilfeller vil beviset ofte nektes ført, både fordi krenkelsen i seg selv ikke er rettsstaten verdig og fordi beviset i slike tilfeller er lite pålitelig. Jo mer alvorlig krenkelse saken gjelder, jo mindre skal til for å avskjære beviset.

Også fortsatt rettskrenkelse er et sentralt moment i avskjæringsvurderingen. Brudd på retten til taushet og brudd på taushetsplikten er typetilfeller som ofte aktualiserer momentet. Det vil ha stor vekt i avskjæringsvurderingen dersom fortsatt rettskrenkelse konstateres.

Videre må det vurderes hvor viktig saken er, hvor viktig beviset er for sakens oppklaring og hvor pålitelig beviset er. Spørsmål om bevisets pålitelighet aktualiseres særlig når privatpersoner har skaffet bevis, eller der sentrale rettssikkerhetshensyn er krenket, for eksempel ved brudd på torturforbudet.

Andre momenter av betydning er blant annet om det har vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte, og om beviset går i favør eller ufavør anklagede.

Hvor stor vekt hvert moment skal tillegges i avskjæringsvurderingen må vurderes konkret. Det kan blant annet ha betydning om kompensierende prosessuelle faktorer kan veie opp for svakheter ved beviset. Enkelte krenkelser kan det imidlertid ikke veies opp for, slik som bevis skaffet ved brudd på torturforbudet. Bevis som er skaffet på slik måte skal nektes ført.

Som hovedregel er det bare bevis som direkte er skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte som skal avskjæres. Avledede bevis omfattes bare av avskjæringen dersom hensynene bak regelen som er brutt tilsier det. Eksempelet fra rettspraksis er der torturforbudet er brutt og de avledede bevis har virket inn på skyld- eller straffespørsmålet. Bevis som «bygger på» bevis som opprinnelig var skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte skal imidlertid som hovedregel også avskjæres.

Avskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte er ikke lovfestet i straffeprosessen, men diskusjon om slik lovfesting pågår og gode grunner taler for det. Det pågår også diskusjon om vektleggingen av momentene, særlig disiplineringshensynets betydning i vurderingen.

Avhandlingen har etter dette bidratt til å gi oversikt over gjeldende rett for reglene om føring og avskjæring av bevis skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Det er gjort rede for aktuelle hensyn og momenter i de ulike retninger, og aktuell rettspraksis er trukket frem. Kanskje kan avhandlingen bidra til rettspolitisk diskusjon om temaet, eksempelvis om reglenes forankring i norsk rett eller om måten reglene skal vurderes på. Det blir særlig interessant å følge utviklingen fremover, herunder om merknadene i forslaget til ny straffeprosesslov vil føre til endringer i reglene de lege lata.

Referanseliste

Lover og internasjonale konvensjoner:

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

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

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

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (EMK).

International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966, ikrafttredelsesdato 23. mars 1976 (SP).

Lovforarbeider og offentlige publikasjoner:

NUT 1969:3, Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen.

NOU 2001:32 B, Rett på sak, Lov om tvisteløsning.

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

Dok.nr.16 (2011-2012), Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

NOU 2016:24, Ny straffeprosesslov.

Riksadvokatens rapport, *Tvangsmiddelbruk i mindre alvorlige narkotikasaker*, Riksadvokatens skriftserie 1/2022.

Rettsavgjørelser:

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1991 s. 1096

Rt. 1992 s. 698

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1994 s. 1139

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1997 s. 1778

Rt. 1999 s. 1269 (Verkstedbetjent)

Rt. 2000 s. 966

Rt. 2001 s. 668

Rt. 2003 s. 359

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2003 s. 1266

Rt. 2003 s. 1814

Rt. 2004 s. 1366

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 920.

Rt. 2008 s. 605

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2011 s. 1324

Rt. 2013 s. 1282

Rt. 2014 s. 916

Rt. 2014 s. 1105 (Acta)

Rt. 2014 s. 1292

Rt. 2015 s. 93 A

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2017-1894-U

HR-2018-1218-U

HR-2021-966-A

HR-2022-2420-A

HR-2023-96-U

HR-2023-301-A

Avgjørelser fra lagmannsretten:

RG 2011 s. 321

LB-2016-109383

LB-2020-151682

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD):

Schenk mot Sveits [P], app. no. 10862/84, 12. juli 1988.

Vidal mot Belgia [J], app. no. 12351/86, 28. oktober 1992.

Khan mot Storbritannia [J], app. no. 35394/97, 12. mai 2000.

P.G. og J.H. mot Storbritannia [J], app. no. 44787/98, 25. september 2001.

Allan mot Storbritannia [J], app. no. 48539/99, 5. november 2002.

Jalloh mot Tyskland [GC], app. no. 54810/00, 11. juli 2006.

O'Halloran og Francis mot Storbritannia [GC], app. no. 15809/02, 29. juni 2007.

Salduz mot Tyrkia [GC], app. no. 36391/02, 27. november 2008.

Bykov mot Russland [GC], app. no. 4378/02, 10. mars 2009.

Gäfgen mot Tyskland [GC], app. no. 22978/05, 1. juni 2010.

Animal Defenders International mot Storbritannia [GC], app. no. 48876/08, 22. april 2013.

Ibrahim med flere mot Storbritannia [GC], app. no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40351/09, 13. september 2016.

Simeonovi mot Bulgaria [GC], app. no. 21980/04, 12. mai 2017.

Beuze mot Belgia [GC], app. no. 71409/10, 9. november 2018.

Murtazaliyeva mot Russland [GC], app. no. 36658/05, 18. desember 2018.

López Ribalda og andre mot Spania [GC], app. no. 1874/13 og 8567/13, 17. oktober 2019.

Tortladze mot Georgia [J], app. no. 42371/08, 18. mars 2021.

Litteratur og uttalelser fra institusjoner:

Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter* (1995), Universitetsforlaget.

Rui, Jon Petter, *Fra menneskerettighetsdomstolen: Spørsmål om avskjæring av bevis innhentet i strid med EMK art. 3*, Tidsskrift for strafferett, 2010/3, Juridika.

Settem, Ola Johan, *Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen I EMK-retten*, Jussens venner 2016 / 3. årgang 51.

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2008), Oslo.

Øyen, Ørnulf, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* (2010/7), Lov og Rett.

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* (2019), 2. utgave, Fagbokforlaget, Bergen.

Norges institusjon for menneskerettigheter, *Den europeiske menneskerettsdomstolen: EMD – en felleseuropeisk menneskerettsdomstol*, <https://www.nhri.no/emd/>, publisert 1. september 2020, sist oppdatert 19. desember 2022. (Lest: 4. april 2023).

