



Uit

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Universitetet i Tromsø – Norges Arktiske Universitet.

Ulovfestet avskjæring av ulovlig eller utilbørlig erhvervede bevis i straffeprosessen.

Per Nyrud Kaas

JUR-3902, Liten masteroppgave i rettsvitenskap - Høst 2018



Innholdsfortegnelse:

1. Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet.....	3
1.3 Avgrensning.....	4
1.4 Kort om lovfestet bevisavskjæring.....	4
1.5 Ulike begreper.....	5
1.5.1 Bevis.....	5
1.5.2 Beviservervelse.....	6
1.5.3 Bevisavskjæring.....	6
1.6 Rettskildene.....	7
1.7 Den videre fremstillingen.....	7
2. Når er beviset ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte?.....	8
2.1 Ulovlig ervervede bevis.....	8
2.2 Utilbørlig ervervede bevis.....	9
3. Når kan et bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet avskjæres?.....	11
3.1 Utgangspunktet: alle bevis kan føres.....	11
3.2 Hva skal til for at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis avskjæres?.....	12
4. Gjentatt eller fortsatt krenkelse.....	14
5. Interesseavveiningen.....	16
5.1 Hensyn som gjør seg gjeldende under avveiningen.....	16
5.1.1 Hensynet til sakens opplysning.....	16
5.1.2 Disiplingeringshensynet.....	17
5.1.3 Lovformelighetshensynet.....	19
5.2 De ulike momentene i interesseavveiningen.....	20
5.2.1 Krenkelsens grovhet.....	20
5.2.2 Forklaringsplikt.....	21
5.2.3 Sakens alvorlighetsgrad.....	22
5.2.4 Bevisets verdi.....	23
5.2.5 Beviset er i tiltaltes favør eller disfavør.....	25

6.	Beviskravet og virkningen av vurderingen om et bevis skal avskjæres.....	26
6.1	Beviskravet for om det foreligger et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis.....	26
6.2	Virkningen av, og anke av vurderingen.....	28
6.3	Alternative virkninger i stedet for bevisavskjæring.....	30
7.	Avskjæring av avledede bevis.....	32
7.1	Hovedregelen.....	32
7.2	Unntak.....	34
8.	Omgåelse og reparasjon.....	35
8.1	Omgåelse.....	35
8.2	Reparasjon.....	36
9.	EMK sin holdning til ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.....	37
9.1	EMD sin vurdering av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.....	37
9.2	Særskilt om EMD sitt syn på avledede bevis.....	39
10.	Den fremtidige utviklingen på området og avsluttende bemerkninger.....	42
10.1	Den fremtidige utviklingen på området.....	42
10.2	Avsluttende bemerkninger.....	44
11.	Referanseliste.....	46
11.1	Litteratur.....	46
11.2	Lovgivning.....	46
11.3	Forarbeider.....	47
11.4	Internasjonale konvensjoner.....	47
11.5	Rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen.....	47
11.6	Norsk rettspraksis.....	47

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Et av de mest sentrale elementene i en straffesak er bevisføringen. Gjennom den får retten avklart de faktiske forhold i en straffesak, og kan avgjøre om det skal idømmes straff eller om tiltalte skal frikjennes. Hovedregelen i norsk rett er fri bevisførsel. Det betyr at partene har rett til å føre et hvert bevis de måtte ønske for å opplyse saken.

Hva så med bevis som er blitt innhentet ulovlig, eller på en kritikkverdig måte? Det er dette som er denne fremstillingens tema. Ulovfestet bevisavskjæring i straffeprosessen er et omfattende tema som reiser en rekke problemstillinger. Når er et bevis ulovlig eller utilbørlig ervervet? Hva skal til for å avskjære det? Hvilken virkning har det at beviset enten avskjæres eller tillates ført?

Målet med fremstillingen er å gi et oversiktlig bilde på et omfattende rettsområde innenfor straffeprosessen og drøfte noen konkrete problemstillinger på dette rettsområdet.

Fremstillingen vil ikke gå like mye i dybden som avhandlingen til Runar Torgersen¹ gjør, men vil likevel gå dypere på enkelte områder enn det pensum på studiet gjør.

1.2 Aktualitet

Gjennom den teknologiske utviklingen det siste tiåret har politiets muligheter til å innhente bevis blitt flere og enklere. Tilgang til smarttelefoner, kameraovervåkning, dataovervåkning og spaning er noen av virkemidlene som kan anvendes i en etterforskning for å innhente bevis.

At innhenting av bevis er blitt enklere, gjør at terskelen for å bryte reglene som regulerer beviservervelsen blir lavere. Det er enklere for politiet å unnskyldes et overtramp av en privatpersons korrespondanse på nettet når det har for øyet å sikre bevis for at vedkommende har begått kriminelle handlinger. På bakgrunn av denne utviklingen er det hensiktsmessig å gjennomgå hva som skal til for å avskjære et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis innenfor straffeprosessen. Problemstillingen er i tillegg særlig aktuell ettersom det i skrivende stund arbeides med å utforme en ny straffeprosesslov.²

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

² NOU 2016: 24 Ny Straffeprosesslov. Se punkt 10.1 i fremstillingen for gjennomgang av den mulige fremtidige utviklingen på området.

1.3 Avgrensning

Siden fremstillingens tema er ulovfestet bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffeprosessen er fremstillingen avgrenset mot sivilprosessen, men sivilprosessen vil bli dratt inn i de tilfeller hvor den er relevant i tilknytning ulovfestet bevisavskjærings.

I tillegg vil ikke de lovfestede reglene om avskjæring av bevis i straffeprosessloven bli tatt med i fremstillingen, med unntak av en kort fremstilling nedenfor i punkt 1.4.

Det vil i og bli gjort en avgrensning mot andre lands rett, med unntak av praksis fra EMD om temaet i forhold til EMK.³

1.4 Kort om de lovfestede bestemmelsene for bevisavskjæring

Selv om fremstillingen i hovedsak skal omhandle de ulovfestede reglene om bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, er det hensiktsmessig å gi en kort fremstilling av de lovfestede regler vi har innenfor straffeprosessen som kan avskjære bevis.

Straffeprosessloven⁴ §§ 117 til 119 er hjemler for bevisavskjæring av vitner som bevis.

Bestemmelsene gir hjemmel for å avskjære vitneførsel som omhandler rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat jf. § 117, taushetsplikt som følge av tjeneste i stat eller kommune m.m jf. § 118, og kallsmessig taushetsplikt jf. § 119.

Videre er det regler om bevisavskjæring i strpl. §§ 134 1. ledd og 136 3. ledd 1. punktum. Strpl. § 134 1. ledd hjemler avskjæring av bevis rundt et vitnes vandel eller seksuelle atferd. Mens strpl. § 136 3. ledd 1. punktum, hjemler avskjæring av spørsmål til vitner som ikke har noe med saken å gjøre.

Straffeprosessloven har i tillegg generelle bestemmelser om bevisavskjæring. Strpl. § 292 2. ledd bokstav a gir hjemmel for å avskjære bevis som er uten betydning for dommens innhold, bestemmelsens bokstav b gir rom for å avskjære bevis som allerede er tilstrekkelig bevist. Bokstav c hjemler avskjæring av bevis som åpenbart ikke har beviskraft. Bestemmelsens 1. ledd gir hjemmel for å foreta en bevisavskjæring ved tilståelsesdommer.

Strpl. § 293 gir hjemmel for å avskjære bevis dersom føringen av beviset ville kunne medføre forsinkelse eller ulempe. Til slutt avskjærer strpl. § 301 2. ledd vandel som bevis.⁵

³ Se kapittel 9 i fremstillingen for en gjennomgang av EMD sin praksis på området.

⁴ Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergang i straffesaker (straffeprosessloven), forkortet strpl.

⁵ For nærmere gjennomgang av lovfestet bevisavskjæring, se Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 2016, kapittel 27 – 29.

1.5 Ulike begreper

Ettersom oppgaven omhandler ulovfestet avskjæring av bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet, er det hensiktsmessig å redegjøre for de sentrale begrepene bevis, beviservervelse og bevisavskjæring.

1.5.1 Bevis

Bevis kan ha ulike betydninger etter hvilken sammenheng begrepet benyttes. Torgersen påpeker at ordet kan brukes både om det enkelte bevis, for eksempel en vitneforklaring, eller om summen av de bevis som blir presentert og avgjørende for den samlede bevisvurderingen i en straffesak. Det sentrale ved et bevis er at det inneholder informasjon som en kan bruke til å slutte seg til ny informasjon.⁶

I forhold til uttrykket «bevis» når det brukes i straffeprosessloven, har Øyen uttalt at når det brukes i tilknytning til strpl. § 292 så omfatter bevis:

«... enhver type informasjon, hva enten informasjonen direkte kaster lys over et av sakens bevistemaer, mer indirekte kaster lys over et av sakens bevistemaer eller bare kaster lys over påliteligheten av slik informasjon eller troverdigheten til informasjonskilden.»⁷

I Kolflaath sin bok skilles bevis som begrep i to, den kunnskapsteoretiske og den prosessuelle. Det mest relevante for denne fremstillingen er den prosessuelle, som deler bevis i fem kategorier: Partsforklaring (bare tiltaltes forklaring i straffesaker), vitneforklaringer, sakkyndigbevis, dokumenter og gjenstander. De to siste kalles ofte for realbevis.⁸

Bevis er dermed den enkelte eller samlede informasjonen som er fremkommet gjennom tiltalte eller vitners forklaring, sakkyndige, dokumenter eller gjenstander. Denne informasjonen kan enten direkte eller indirekte kaste lys over hva saken gjelder, eller gi informasjon om påliteligheten til den øvrige informasjonen eller den som avgir denne informasjonen.

⁶ Torgersen (2009), s. 17.

⁷ Øyen (2013) s. 211.

⁸ Kolflaath (2013) s. 60-61.

1.5.2 Beviservervelse

Beviservervelse er den handlingen som foretas for å innhente beviset. Det kan være at politiet tar beslag i en gjenstand eller at et vitne avgir en politiforklaring. Sett opp mot begrepet bevis, kan en si at beviservervelse er innhenting av informasjon som skal brukes i den samlede bevisvurderingen i en straffesak.

I straffesaker vil det hovedsakelig være politiet og påtalemyndigheten som foretar beviservervelse. Torgersen mener at det ikke er snakk om ervervelse dersom en privatperson mottar informasjon som kan være bevis i en straffesak. En som har medvirket til ran og som får i oppgave å kvitte seg med ransutstyr, har ikke foretatt et beviserverv. Det vil stille seg annerledes dersom en privatperson skaffer seg bevis som de har til hensikt å benytte i en senere rettssak. Da er det snakk om beviservervelse.⁹

Bevis som føres direkte for retten, enten under hovedforhandlingen eller rettslig bevisopptak uten at politiet har avhørt vitnet først, er også beviservervelse. Der vil ervervelsen og føringen av beviset falle sammen.¹⁰

1.5.3 Bevisavskjæring

Bevisavskjæring innebærer at en stopper beviset fra å føres for retten. Torgersen bruker begrepet «bevisforbud» i sin beskrivelse av begrepet, men sier at det brukes synonymt med begrepet «bevisavskjæring».¹¹ Bevisavskjæring er som Torgersen påpeker:

«... et forbud mot at et bevis inngår som informasjonsgrunnlag i den bevisvurderingen som etablerer det faktiske grunnlaget for en domstols avgjørelse – det være seg om straffansvar eller prosessuelle skritt. Et «bevisforbud» er med andre ord til hinder for å ta et bevis i betraktning ved fastleggelse av sakens faktum.»¹²

Bevisavskjæring er dermed at en forhindrer et bevis fra å bli tatt med i vurderingen som skal foretas av domstolen. Denne vurderingen kan være om det enten foreligger straffeskyld, straffeutmåling eller for eksempel om siktede skal varetektsfengsles.

⁹ Torgersen (2009) s. 15. Dette var tilfellet i Rt. 1991 s. 616. Se punkt 2.2 i for gjennomgang av faktum.

¹⁰ Torgersen (2009) s. 15.

¹¹ Torgersen (2009), s. 3-4.

¹² Torgersen (2009) s. 4.

1.6 Rettskildene

Rettskildene i denne fremstillingen vil hovedsakelig være rettspraksis fra Høyesterett. Det særskilte med denne praksisen er at den i all hovedsak består av kjennelser. I tillegg vil forarbeidene til nåværende straffeprosesslov være en relevant rettskilde.

Rettspraksis fra Den Europeiske menneskerettsdomstolen vil også være en sentral kilde når det kommer til å avklare hvordan ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis behandles etter EMK.

Juridisk teori vil og være en sentral kilde i fremstillingen. Det meste av teori er tatt fra Runar Torgersens avhandling: «*Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*», siden den er den mest omfattende fremstillingen av temaet. I tillegg vil andre teoretikere bli brukt på enkelte områder i fremstillingen.

1.7 Den videre fremstillingen

Videre i fremstillingen vil det først i kapittel 2 bli redegjort for hva som ligger i ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i punkt 2.1 og 2.2. Deretter vil det i kapittel 3 bli redegjort for hva som er utgangspunktet for ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i norsk rett i punkt 3.1. Så vil det bli gjennomgått hva som skal til for at et bevis avskjæres i punkt 3.2. I kapittel 4 vil det bli gjennomgått hva som ligger i gjentatt eller fortsatt krenkelse, mens det i kapittel 5 vil bli redegjort for de ulike momenter og hensyn som kan være med i interesseavveiningen dersom det ikke foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse.

Kapittel 6 vil omhandle beviskravet og virkningen av bevisavskjæringsvurderingen. I tillegg vil det bli presentert alternative virkninger i stedet for bevisavskjæring i punkt 6.3. Kapittel 7 vil ta for seg hovedregelen for avledede bevis i punkt 7.1, og unntakene fra denne hovedregelen i punkt 7.2.

Kapittel 8 gjelder omgåelse og reparasjon av bevisavskjæring, mens kapittel 9 tar for seg EMK sin holdning til ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis. Til slutt vil det i kapittel 10 bli gjort rede for den fremtidige utviklingen på området og noen avsluttende bemerkninger.

2. Når er beviset ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte?

Innledningsvis anses det som hensiktsmessig å definere «ulovlig» og «utilbørlig» ervervede bevis. Det vil deretter gjennomgås hvilke vurderinger som må foretas når en skal avgjøre om et ulovlig eller utilbørlig bevis skal avskjæres.

2.1 Ulovlig ervervede bevis

Ulovlig ervervede bevis, er bevis som enten er innhentet i strid med lovfestede eller ulovfestede rettsregler som har en tilknytning til enten det materielle, kompetanse eller saksbehandlingen.¹³

Et av mange eksempler på et bevis som er ulovlig ervervet gjennom brudd på en lovfestet materiell rettsregel, vil være dersom et bevis er ervervet gjennom en ransakning som ble gjort uten at vilkårene for det i strpl. § 192 var oppfylt.

Jebens i sin bok har poengtert at et bevis også er ulovlig dersom det er ervervet i strid med straffeprosessuelle grunnprinsipper, blant annet folkerettslige bestemmelser.¹⁴ Et bevis som for eksempel er innhentet i strid med EMK art. 3, vernet mot tortur eller annen umenneskelig behandling, art. 8 om retten til privatliv, og vernet mot selvinkriminering i art. 6 vil være ulovlig ervervede bevis.

Torgersen sier i sin avhandling at når en skal avgjøre om et bevis er ulovlig ervervet, må en se om det er en sammenheng mellom den ulovlige handlingen eller unnlatelsen og ervervet. Det må dermed være en årsakssammenheng mellom den ulovlige handlingen og ervervelsen for at det skal kunne være et ulovlig ervervet bevis.¹⁵

Oppsummert kan en si at ulovlig ervervede bevis er bevis som er innhentet i strid med rettsregler. Disse rettsreglene kan både være lovfestet og ulovfestet, basert på straffeprosessuelle grunnprinsipper eller folkerettslige forpliktelser. I tillegg er det et vilkår at det er en årsakssammenheng mellom det lovbruddet som er begått og ervervelsen.

¹³ Øyen (2016) kapittel 31, pkt. 2, s. 411.

¹⁴ Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund, Sverre Erik Jebens (2017) kapittel 8, pkt. 1.1, s. 309 – 310.

¹⁵ Torgersen (2009) s. 5, 119 og 120.

2.2 Utilbørlig ervervede bevis

Ut fra den redegjørelsen som er gjort ovenfor vil en kunne resonnerer seg frem til at utilbørlig ervervede bevis er bevis hvor ervervelsen ikke er i strid med konkrete rettsregler, men som det likevel kan reises innsigelser mot måten det er ervervet på.

Øyen sier at begrepet har ingen klar avgrensning, rettspraksis har brukt både ordet «utilbørlig» og «kritikkverdig» for å beskrive denne typen ervervelse av beviser. Han mener at det ikke er noe behov for en skarp avgrensning av begrepet, men at det heller må ses på som et virkemiddel for å markere at et bevis kan avskjæres selv om det ikke foreligger et brudd på en konkret rettsregel.¹⁶

For hva som ligger i begrepet utilbørlig, kan Rt. 1991 s. 616 (heretter Gatekjøkken-kjennelsen) være illustrerende. Kjennelsen gjaldt om et skjult videoopptak av underslag på et gatekjøkken skulle avskjæres som bevis. Etter en gjennomgang og tolkning av bestemmelser innenfor ulike lovverk, kom Høyesterett fram til at selv om det er uklart om overvåkning var i strid med en rettsregel, så måtte det likevel avskjæres som bevis. På side 623 sier førstvoterende:

«I vår sak er det ikke spørsmål om å håndheve bestemmelsene i forhold til en overtreder, men hvorvidt den som er blitt utsatt for hemmelig video-opptak, kan motsette seg at opptaket blir brukt som bevis. I denne situasjon bør domstolene etter min mening ikke henge seg for sterkt opp i den språkbruk som ligger i den tradisjonelle spørsmålstilling om det er adgang til å føre et ulovlig ervervet bevis. 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.»

I tilknytning til å få avklart hva som ligger i begrepet «utilbørlig», er det klart fra dommen at bevis som krenker personvernet eller den personlige integritet vil være utilbørlig ervervet. Men kjennelsen sier ikke noe mer om hva som skal ligge i begrepet utilbørlig når det kommer til ervervelse.

¹⁶ Øyen (2016) s. 411, kapittel 31, pkt. 2.

En annen kjennelse som kan være med på å klargjøre hva som ligger i «utilbørlig»-begrepet, er inntatt i Rt. 2009 s. 1526.

Kjennelsen gjaldt et lydopptak som fornærmede hadde gjort av en forsoningssamtale mellom han og tiltalte i fengsel med en prest til stede. Det ble lagt ned påstand om at lydopptaket skulle avskjæres. Etter en tolkning av taushetsplikten for presten etter strpl. § 119, kom Høyesterett frem til at beviset ikke kunne avskjæres på bakgrunn av denne bestemmelsen. Taushetsplikten for presten smittet ikke over på fornærmede som stod for opptaket.

Høyesterett gikk så over til å se på om lydopptaket var et utilbørlig ervervet bevis. Det var ikke tvilsomt at opptakene var ervervet på en utilbørlig måte. De påpekte at det ville være illojalt å bruke lydopptak fra en samtale som det ble forutsatt at var konfidensiell. I tillegg ble det poengtert at den som gjør slike opptak kan styre samtalen, og at det er mulighet for forfalskning eller manipulasjon av samtalen.¹⁷

Selv om beviset var utilbørlig ervervet, konkluderte Høyesterett med at sakens alvor og behovet for et materielt riktig resultat veide så tungt at lydopptaket ikke skulle avskjæres som bevis i saken.¹⁸

Oppsummert kan en si at utilbørlig ervervede beviser er ervervelser uten at de er i strid med en rettsregel. Ervervelsen er imidlertid så kritikkverdig eller illojal at bevis av den grunn må kunne avskjæres. Et bevis vil være utilbørlig ervervet spesielt i de tilfeller hvor den som beviset er mot ikke er klar over ervervelsen, den vil stride mot personvern eller personlig integritet. Skjulte lyd eller videoopptak kan være eksempler på dette.

¹⁷ Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 31.

¹⁸ Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 32.

3. Når kan et bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet avskjæres?

3.1 Utgangspunktet: alle bevis kan føres

Utgangspunktet i norsk rett er at til tross for at et bevis er ulovlig eller utilbørlig ervervet, så er det ikke til hinder for at det kan føres for retten. Dette er blitt klart uttrykt i rettspraksis¹⁹ og forarbeidene til nåværende straffeprosesslov²⁰. I tillegg fremgår det indirekte av strpl. § 292 annet ledd.

I følge forarbeidene så er hovedregelen at bevisene kan føres, bare gjeldende med mindre grunnen til den prosessuelle regelen som blir brutt ved føringen av beviset tilsier at det ikke skal føres. Følgelig må det foretas en vurdering av de hensyn som regelen prøver å ivareta opp mot det beviset som ønskes ført.²¹

I juridisk teori er det blitt påpekt at det snarere bør være snakk om et krav til begrunnelse for føringen eller avskjæring av beviset, enn en hovedregel om at alle bevis kan føres.²² Videre at hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat tilsier en fri bevisførsel.

Eventuelle begrensninger i bevisførselen krever en begrunnelse.²³ Dette er kommet til uttrykk i rettspraksis.^{24 25}

Hovedregelen må i tillegg ses ut fra prinsippet om materiell sannhet som vi har innenfor den norske straffeprosessen. Prinsippet er nedfelt i strpl. § 294. Rettspraksis sier at prinsippet tilsier en plikt om at bevisførselen blir gjort på en sånn måte at den så langt som mulig ikke etterlater uklarheter eller misforståelser.²⁶

¹⁹ Rt. 2006 s. 582, avsnitt 22.

²⁰ NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, s. 197.

²¹ NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, s. 197.

²² Jebsen (2017) s. 317-318 punkt 4.2.

²³ Torgersen (2009) s. 22.

²⁴ Rt. 2002 s. 1744, s. 1746.

²⁵ Prinsippet om fri bevisførsel er vektlagt som moment i avgjørelser om bevisavskjæring. Se. Rt. 2003 s. 1814, avsnitt 24.

²⁶ Rt. 1998 s. 1182 på s. 1187.

3.2 Hva skal til for at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis avskjæres?

Som nevnt ovenfor, er hovedregelen fri bevisførsel. Det tilsier at selv om et bevis er ulovlig ervervet, så vil det likevel kunne føres for retten. Det er imidlertid et unntak fra denne hovedregelen, hvor bevis kan bli avskåret fra å føres.

En prinsipielt viktig dom er Rt. 1999 s. 1269 (heretter Verksbetjent-dommen). Saken gjaldt føring av et bevis i form av et lydopptak hvor tiltalte hadde fortalt polititjenestemannen som han ikke visste var politi, om sin deltakelse i en rømning fra fengsel. Beviset ble avskåret på bakgrunn av at føring av beviset ville medføre et nytt brudd på vernet mot selvinkriminering.

Dommen setter opp den konkrete vurderingen som må foretas når en skal ta stilling til om et ulovlig ervervet bevis skal kunne føres. Denne vurderingen er todelt. Først må det foretas en vurdering av om føringen av beviset vil være en gjentakelse eller fortsettelse av krenkelse som ble gjort under ervervet.

Dersom det ikke er tilfellet, må det foretas en interesseavveining for å se om beviset likevel skal avskjæres.²⁷ I denne interesseavveiningen må en se på grovheten av den krenkelsen som ble begått ved ervervelsen, om det foreligger en forklaringsplikt, sakens alvor, bevisets verdi, og om beviset er i tiltaltes favør eller disfavør. Vurderingen er blitt sitert og anvendt i senere rettspraksis.²⁸

For utilbørlig ervervede bevis er vurderingen den samme. Tvisteloven²⁹ § 22-7 har lovfestet avskjæring av bevis som er utilbørlig ervervet innenfor sivilprosessen. Forarbeidene til bestemmelsen viser til Gatekjøkken-kjennelsen. De sier at den er et prejudikat for avskjæring av utilbørlig ervervede beviser, og at den er blitt fulgt i senere saker.³⁰

De samme forarbeidene viser til de samme momentene som gjelder når en skal avskjære ulovlig ervervede beviser. Selv om forarbeidene gjelder for utilbørlig ervervede bevis i sivilprosessen, har rettspraksis innenfor straffeprosessen vist til dette og sagt at de også skal gjelde på dette området men at avveiningene kan være forskjellige i straffesaker og sivile saker.³¹

²⁷ Rt. 1999 s. 1269, side 1272.

²⁸ Se blant annet; Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

²⁹ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

³⁰ NOU 2001: 32 B, Rett på sak, s. 961. Se også Ot.prp.nr.51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 459. Gatekjøkken-kjennelsen ble senest referert til i en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett den 16. november 2018 (LB-2018-155792). Saken gjaldt avskjæring av bevis mot arbeidstaker i en sivil tvist mot arbeidsgiver.

³¹ Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 28.

På straffeprosessens område vil nok momenter som sakens opplysning, et materielt riktig resultat og sakens alvor veie adskillig tyngre enn i sivile saker når en skal foreta denne vurderingen i forhold til om en skal avskjære et utilbørlig ervervet bevis. I tillegg vil det nok spille inn at partene har et annet styrkeforhold i straffeprosessen enn de har innenfor sivilprosessen.

Illustrerende for dette er Rt. 2009 s. 1526³² hvor lydopptaket av en forsoningssamtale kunne føres som bevis selv om det var klart at det var utilbørlig ervervet. Begrunnelsen var sakens alvor og et ønske om et materielt riktig resultat.³³

Den vurderingen som må foretas for om et bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet skal avskjæres er dermed like. I de to neste kapitlene i fremstillingen vil det bli gjort en gjennomgang av gjentatt eller fortsatt krenkelse, og den interesseavveiningen som foretas dersom det ikke foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse.

³² Se punkt 2.2 i fremstillingen for gjennomgang av sakens faktum.

³³ Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 32

4. Gjentatt eller fortsatt krenkelse

Når en skal vurdere om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres, må en i første omgang vurdere om føringen av beviset fører til en gjentakelse eller fortsettelse av den krenkelsen som ble begått ved ervervelsen. Hovedregelen er at dersom det foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse, så skal beviset avskjæres.

Øyen mener at vurderingen må forstås slik at det avgjørende er om krenkelsen i forbindelse med ervervelsen krenket de hensyn som en regel mot ervervelse ivaretar, og om bruken av informasjonen som ble ervervet innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av disse hensynene.³⁴

Dette er noe som Torgersen også påpeker, og han vinkler vurderingen slik at en må se på om de interessene som ervervsnormen verner også blir brutt ved føringen av beviset, og at en slik forståelse er forenlig med forarbeidene til straffeprosessloven.³⁵

Samlet sett, må dette forstås slik at dersom føringen av et bevis fremdeles krenker de samme hensyn eller interesser som tilsa at beviset ikke skulle vært ervervet til å begynne med, så foreligger det en fortsatt eller gjentakelse av den krenkelsen.

Det mest konkrete og enkle eksemplet på at det foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse vil være å føre bevis som er fremkommet gjennom manglende underrettelse om vitnefritak etter strpl. § 122.

Dersom vitnet i etterkant blir klar over vitnefritaket og ikke ønsker å vitne i retten, vil påtalemyndigheten være avskåret fra å lese opp politiforklaringen og føre politimannen som mottok forklaringen som vitne.³⁶ Føring av slike bevis vil være en fortsettelse av den krenkelsen som ble begått når et vitne som verken hadde plikt eller lyst til å vitne avga en forklaring i den tro om at de hadde en plikt til å forklare seg.

En villfarelsen om vitneplikt kan enten være at de tror de må vitne mot nærstående, eller at de ikke er blitt gjort klar over at den siktede i saken er en nærstående etter bestemmelsen.³⁷

Det er ikke slik at det trenger å være et brudd på en konkret rettsregel for at det skal foreligge en gjentatt eller fortsatt krenkelse. I Gatekjøkken-kjennelsen³⁸ ble bevis i form av skjult

³⁴ Øyen (2016) s. 414

³⁵ Torgersen (2009) s. 140, se også NUT 1969: 3, s. 197.

³⁶ Torgersen (2009) s. 291, punkt 4.6.3. Se også punkt 8.1 om omgåelse av bevisavskjæring.

³⁷ Øyen (2010a) s. 174.

³⁸ Rt. 1991 s. 616. Se punkt 2.2 for en gjennomgang av faktum.

videoopptak på et gatekjøkken avskåret. Etter en gjennomgang av en rekke bestemmelser i ulike lovverk, kom Høyesterett frem til at beviset måtte avskjæres ut fra hensynet til personvern som ikke hadde hjemmel i noen bestemt lov. Føringsen ville medføre en gjentatt krenkelse ut over den krenkelsen det skjulte opptaket var for tiltalte.³⁹

I tillegg til å etablere at det kan foreligge en gjentatt eller fortsatt krenkelse ved utilbørlig ervervelse av et bevis, så reiser kjennelsen et viktig spørsmål i forhold til krenkelse. Kan tiltaltes subjektive oppfatning av hva som er en krenkelse være relevant når en skal vurdere om det foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse ved føringsen av beviset?

Til dette uttaler Torgersen at det ikke er tiltaltes subjektive oppfatning av hva som fremstår som krenkende som skal vektlegges.⁴⁰ Det avgjørende er om det er en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som ble gjort ved ervervelsen. Med rettsbrudd menes en overtredelse av en rettslig norm.⁴¹ Basert på hva som sies i Gatekjøkken-kjennelsen, må det forstås som at utilbørlig ervervede bevis også vil være et brudd på en rettslig norm.

For en som er tiltalt, vil en nøye gjennomgang av privatlivet oppfattes som en krenkelse eller belastning. Som Torgersen påpeker, er slike krenkelser av privatlivet en klar omkostning ved straffesystemet som samfunnet i sin interesse av å straffeforfølge må tåle.⁴²

Det finnes imidlertid et unntak fra hovedregelen om avskjæring ved gjentatt eller fortsatt krenkelse. I Verksbetjent-dommen åpnes det for unntak gjennom at beviset «normalt» må avskjæres ved gjentatt eller fortsatt krenkelse.⁴³

Det kan tenkes unntak i tilfeller hvor beviset har en sentral rolle, eller hvor en avskjæring i for stor grad vil stride med prinsippet om materiell sannhet.

Torgersen mener at en kan åpne for å føre et bevis som representerer en fortsatt eller gjentatt krenkelse i de tilfeller hvor krenkelsen er av en mindre grov karakter og hvor momentene i interesseavveiningen tilsier at det fortsatt skal kunne føres.⁴⁴

³⁹ Rt. 1991 s. 616, s. 623.

⁴⁰ Torgersen (2009) s. 141, punkt 3.5.3.2.

⁴¹ Torgersen (2009) s. 140, punkt 3.5.3.1.

⁴² Torgersen (2009) s. 147, punkt 3.5.6

⁴³ Rt. 1999 s. 1269, s. 1272

⁴⁴ Torgersen (2009) s. 148.

5. Interesseavveiningen

Dersom det ikke foreligger en gjentatt eller fortsatt krenkelse, må det foretas en interesseavveining. I Verksbetjent-dommen blir det nevnt en rekke momenter som kan tas med i denne vurderingen. De momentene som nevnes i dommen er krenkelsens grovhet, plikt for den som sitter med beviset til å forklare seg eller utlevere det, hvor alvorlig saken er, bevisets verdi, og om beviset er i tiltaltes favør eller disfavør.⁴⁵

5.1 Hensyn som gjør seg gjeldende under avveiningen

I tillegg til momentene i interesseavveiningen, finnes det noen hensyn som kan påvirke de ulike momentene sin vektlegging. Hensynene kan være med på å styre hvordan de ulike momentene veies opp mot hverandre.

5.1.1 Hensynet til sakens opplysning

Som nevnt ovenfor i punkt 3.1, er utgangspunktet at alle bevis kan føres, dette fordi det å få saken opplyst så godt som mulig jf. strpl. § 294, og å oppnå et materielt riktig resultat er et overordnet mål i den norske straffeprosessen.

Hensynet til sakens opplysning har blitt vektlagt i interesseavveiningen i saker hvor det er snakk om alvorlige lovbrudd. Et eksempel er Rt. 2009 s. 1526, hvor Høyesterett påpeker at siden det var snakk om en alvorlig straffbar handling, var behovet for et materielt riktig resultat så tungtveiende at beviset måtte kunne føres selv om det var utilbørlig ervervet.⁴⁶

Et annet eksempel hvor sakens opplysning er blitt vektlagt er Rt. 2013 s. 476. Saken gjaldt om en tilståelse gjort av tiltalte i tingretten skulle avskjæres som bevis da saken ble gjenopptatt. Høyesterett kom til at den kunne føres som bevis på bakgrunn av at det var snakk om en alvorlig sak, og at hensynet til å få et materielt riktig resultat veide svært tungt.⁴⁷

Hensynet til sakens opplysning er dermed knyttet til sakens alvorsgrad som moment.⁴⁸ Jo mer alvorlig en sak er, desto viktigere er det å få den fullstendig opplyst, noe som fører til at det i slike saker skal mer til for å få et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis avskåret.

⁴⁵ Rt. 1999 s. 1269, s.1272.

⁴⁶ Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 32.

⁴⁷ Rt. 2013 s. 476, avsnitt 22.

⁴⁸ Se punkt 5.2.3.

5.1.2 Disiplineringshensynet

Disiplineringshensynet kan tillegges vekt i vurderingen om bevisavskjæring. Domstolen kan ved å avskjære bevis som stammer fra ulovlige etterforskningsmetoder, disiplinere politiet til å ikke anvende lignende metoder senere.

Forarbeidene til nåværende straffeprosesslov vektlegger likevel ikke dette hensynet i spesielt stor grad når det kommer til bevisavskjæring. I forarbeidene poengteres det at eventuelle overtredelser av ervervsnormene for bevis snarere bør disiplineres administrativt, enn at domstolen skal avskjære bevis som kan oppklare saken.⁴⁹

Ser en disiplineringshensynet i forhold til hensynet til sakens opplysning, kan det virke som at førstnevnte ikke skal veie tungt i interesseavveiningen. Det betyr imidlertid ikke at det er et irrelevant hensyn i forhold til interesseavveiningen.

I Rt. 1992 s. 698 (heretter Treholt II-kjennelsen) ble disiplineringshensynet tatt opp.⁵⁰ Kjennelsen viser at disiplineringshensynet kan være et relevant hensyn, selv om det ikke er det i utgangspunktet. Dette er den tolkningen Torgersen har av kjennelsen.⁵¹ Han viser i tillegg til Rt. 1992 s. 1088 om politiprovokasjon, hvor disiplineringshensynet blir drøftet.⁵² Det må imidlertid poengteres at det i kjennelsene ikke ble gitt medhold i at beviset skulle avskjæres på bakgrunn av dette hensynet. Dommene viser at disiplinærhensynet har en beskjeden betydning i norsk rett.

Det kan derimot virke som at disiplinshensynet har større vekt i straffesaker hvor beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet av en privatperson. I Gatekjøkken-kjennelsen, hvor arbeidsgiver hadde tatt skjulte videoopptak, uttalte Høyesterett at de blant annet ut fra et ønske om å forhindre lignende krenkelser i fremtiden valgte å avskjære bruken av videoopptakene som bevis.⁵³ Dette er noe som Torgersen poengterer, og sier at den ulike vektingen av hensynet mellom private og politiet må ses i forhold til omstendighetene i den konkrete saken.⁵⁴

⁴⁹ NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen s. 197

⁵⁰ Rt. 1992 s. 698, s. 705.

⁵¹ Torgersen (2009), s. 152.

⁵² Rt. 1992 s. 1088, s. 1091.

⁵³ Rt. 1991 s. 616, s. 624.

⁵⁴ Torgersen (2009), s. 152

Den forskjellige vektingen av disiplineringshensynet kan ses i forhold til muligheten for å gi negative sanksjoner for den ulovlige eller utilbørlige beviserhvervelsen. Det er enklere for politiet å foreta dette innad enn det er for private som erverver bevis. Hos private er det som regel ingen interne mekanismer som straffer overtredelsen. Da vil det å avskjære føringen av beviset være et effektivt virkemiddel for å forhindre at private foretar beviserhvervelser som er ulovlig eller utilbørlig.

På den andre siden vil en avskjæring av ulovlige eller utilbørlig bevis som private har ervervet svekke det faktiske grunnlaget på samme måte som avskjæring av ulovlige eller utilbørlige bevis som politiet har ervervet gjør. Særlig i forhold til et så sterkt og sentralt bevis som det i Gatekjøkken-kjennelsen.

Disiplineringshensynet har i tillegg gjort seg gjeldende der politiet i sin ervervelse av beviset har brutt med klare og nødvendige instruksjoner som sikrer at beviset er innhentet på en sikker og pålitelig måte.

I Rt. 2001 s. 1476, som gjaldt straffutmåling i en sak om fartsovertredelse, ble den målingen som politiet hadde lagt til grunn for straffutmålingen avskåret som bevis av Høyesterett. Bakgrunnen for dette var at målingen ikke var foretatt etter de instruksene som gjaldt for lasermålinger.

Høyesterett poengterer at bakgrunnen for den strenge instruksjonen var at det ikke skulle være mulig å reise noe tvil om måleresultatet. For å unngå dette, sies det i kjennelsen at brudd på instruksjonen, som ikke er bagatellmessig, må få konsekvenser.⁵⁵ Resultatet ble at målingen ikke kunne legges til grunn for straffutmålingen i saken.

Kjennelsen viser at disiplineringshensynet kan få vekt i tilfeller hvor beviset er innhentet ved brudd på klare instruksjoner. Særlig når instruksjonene er til for å sikre at innhenting av beviset skjer på en slik måte at beviset ikke mister sin pålitelighet.

⁵⁵ Rt. 2001 s. 1476, på side 1480.

5.1.3 Lovformelighetshensynet

Forarbeidene til straffeprosessloven har uttalt at det kan virke støtende at rettsvesenet benytter seg av bevis som er ervervet gjennom grove brudd på rettsregler.⁵⁶ Det samme er blitt poengtert i forarbeidene til tvisteloven både for ulovlig og utilbørlig ervervede bevis.⁵⁷

Dette må forstås slik at det vil være til skade for domstolens og rettsstatens anseelse, dersom retten tillater å føre bevis som er fremkommet gjennom grove krenkelser eller regelbrudd. Torgersen påpeker at dette hensynet bare vektlegges ved kvalifiserte former for krenkelser, og at mindre alvorlige brudd på regler ved ervervelse av bevis ikke vil være støtende.⁵⁸

Hvor grensen går mellom et grovt brudd og et mindre alvorlig brudd er ikke klar ut fra forarbeidene og juridisk teori. Hensynet har vært behandlet i rettspraksis, og det kan muligens utpensles en grense for hva som er en grov krenkelse eller regelbrudd, og hva som er en mindre alvorlig.

I Gatekjøkken-kjennelsen, ble det vektlagt at føringen av beviset ville virke støtende, og at det ville virke som en ny krenkelse å føre det for retten.⁵⁹ Dette ble det vist til senere i Rt. 2007 s. 920, hvor det ble poengtert at i den saken i motsetning til Gatekjøkken-kjennelsen ikke var en krenkelse av en grov karakter.⁶⁰

Den kjennelsen som ifølge Torgersen problematiserer lovformelighetshensynet mest er Rt. 1994 s. 1139.⁶¹

I denne saken var det snakk om å lese opp en forklaring avgitt fra siktede med løfte om amnesti. Høyesterett tar opp to ulike måter å betrakte saken på som begge taler for å avskjære en opplesning av forklaringen. Den andre og mest relevante for lovformelighetshensynet, var at det ville fremstå som støtende å få en domfellelse ved en grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede.⁶²

Grensen for hvor grov krenkelsen må være for at lovformelighetshensynet skal gjøre seg gjeldende, er altså når det ved ervervelsen av beviset tilsidesettes regler som er til vern for siktede. For eksempel brudd på strpl. § 92 eller vernet mot selvinkriminering.

⁵⁶ NUT 1969: 3 s. 197.

⁵⁷ NOU 2001: 32 B, s. 961.

⁵⁸ Torgersen (2009) s. 153.

⁵⁹ Rt.1991 s. 616, s. 623.

⁶⁰ Rt. 2007 s. 920, avsnitt 57.

⁶¹ Torgersen (2009) s. 154.

⁶² Rt. 1994 s. 1139, s. 1141.

5.2 De ulike momentene i interesseavveiningen

5.2.1 Krenkelsens grovhet

Et av momentene i interesseavveiningen er krenkelsens grovhet. I dette momentet ligger det at en må se på hvor grov krenkelsen var da det ulovlige eller utilbørlige beviservervet ble begått. Hva som er en så grov krenkelse at den skal tilsi at beviset avskjæres er ikke klart, men juridisk teori og rettspraksis har likevel gitt noen føringer på hvordan vurderingen skal foretas og når krenkelsen er så grov at det må foretas en bevisavskjæring.

Det er ikke nødvendig at det foreligger et brudd på en formell lov for at krenkelsen skal ses på som grov. Det er heller arten og alvorret av det normbruddet som er begått ved ervervelsen som skal vektlegges. Dersom ervervelsen bryter med en lovbestemmelse som medfører en sanksjon i form av straff eller annet ved overtredelse, er det en indikator på at det er snakk om en så grov krenkelse at det tilsier avskjæring. I tillegg er det et moment hvor klar ulovligheten er.⁶³ Dersom det er klart hvor grensen ligger for når beviservervelsen er ulovlig eller utilbørlig, jo mer er det snakk om at overtredelsen er en grov krenkelse.⁶⁴

I tillegg kan brudd på grunnleggende straffeprosessuelle normer tilsi at krenkelsen er av en grov karakter.⁶⁵ Som et eksempel på dette kan nevnes Rt. 1994 s. 1139.⁶⁶ Saken var om en politiforklaring fra den tiltalte som var avgitt med løfte om at hans befatning med et annet straffbart forhold ikke skulle bli brukt mot han i den påfølgende straffesaken. Høyesterett opphevet frifinnelsen mot tiltalte. Det sentrale i kjennelsen var at Høyesterett mente at å lese opp en politiforklaring som blitt gjort gjennom brudd på en så sentral straffeprosessuell bestemmelse som strpl. § 92 var så grov at det burde ha vært avskåret.⁶⁷

Et annet tilfelle av grov krenkelse som følge av brudd på straffeprosessuelle prinsipper er HR-2017-1894-U. Kjennelsen gjaldt om en politiforklaring avgitt av en gutt på 17 år og 8 måneder skulle brukes i en sivil erstatningssak. Gutten hadde verken hatt verge eller forsvarer til stede da han forklarte seg. Høyesterett kom til at politiforklaringen skulle avskjæres.

Begrunnelsen for dette var at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier var blitt krenket og at samlet sett måtte krenkelsen ses på som grov.⁶⁸

⁶³ Torgersen (2009) s. 156. Se også Øyen 2016, s. 418.

⁶⁴ Øyen (2016) kapittel 31, s. 418.

⁶⁵ Øyen (2016) kapittel 31, s. 418.

⁶⁶ Se punkt 6.1 i fremstillingen for en nærmere gjennomgang av faktum.

⁶⁷ Rt. 1994 s. 1139, s. 1141.

⁶⁸ HR-2017-1894-U, avsnitt 17.

Høyesterett trakk fram lagmannsrettens vurdering, hvor sakens opplysning ble vektlagt. De sa seg ikke enig i dette, og mente at dette hensynet ikke stod spesielt sterkt ved brudd på slike sentrale rettssikkerhetsgarantier.⁶⁹

Rettspraksis har i tillegg vektlagt at det i enkelte tilfeller ikke er snakk om en grov krenkelse selv om det foreligger brudd på en straffeprosessuell norm. Et konkret eksempel på dette er Rt. 2006 s. 582 (heretter Ransakelses-kjennelsen). Saken gjaldt brudd på den straffeprosessuelle bestemmelsen om ransaking. Her falt Høyesterett ned på at selv om ransakingen ikke var i overensstemmelse med de materielle vilkårene for ransaking, så var det så lite som skilte den ulovlige ransakingen fra å være en lovlig en, at den ikke kunne sies å være en grov krenkelse.⁷⁰

5.2.2 Forklaringsplikt

Et annet sentralt moment er forklaringsplikt. Her må det vurderes om den som satt med det ulovlig eller utilbørlig ervervede beviset har en plikt til å utlevere eller forklare seg. Dersom beviset er ervervet på en utilbørlig eller ulovlig måte, så vil det fortsatt kunne føres dersom det foreligger en plikt til å fremlegge beviset.

Rt. 2007 s. 920 var en sivil erstatningssak som omhandlet dette. Spørsmålet i saken var om kontoutskrifter som var fremskaffet på en utilbørlig måte kunne avskjæres som bevis på bakgrunn av at de var innhentet av en person som hadde taushetsplikt. Høyesterett kom til at dokumentene måtte kunne føres fordi den som hadde innhentet bevisene riktignok hadde taushetsplikt, men de falt ikke inn under reglene om bevisforbud i tvistemålsloven § 204. I tillegg falt de heller ikke under bestemmelsen om yrkesmessig taushetsplikt etter tvistemålsloven § 205. Dette tilsa at bevisene likevel kunne føres selv om de var blitt ervervet på en utilbørlig måte.⁷¹

⁶⁹ HR-2017-1894-U, avsnitt 18.

⁷⁰ Rt. 2006 s. 582, avsnitt 23 og 24. For en nærmere fremstilling av dommen, se punkt 7.1 i fremstillingen.

⁷¹ Rt. 2007 s. 920, avsnitt 56 og 57.

5.2.3 Sakens alvorlighetsgrad

Sakens alvorlighetsgrad er et moment som har blitt vektlagt i enkelte saker hvor spørsmålet om avskjæring av ulovlige eller utilbørlige bevis er blitt avgjort.

I Treholt II-kjennelsen, hvor spørsmålet var om avskjæring av et pengebevis fra en ulovlig ransakelse, påpekte Høyesterett at beviset måtte tillates ført på bakgrunn av at det var snakk om et alvorlig lovbrudd hvor hensynet til sakens opplysning gjorde seg sterkt gjeldende.⁷²

Sakens alvorlighetsgrad har som sagt en side til hensynet til sakens opplysning. Dersom saken gjelder et alvorlig lovbrudd, tilsier det at saken burde bli så godt opplyst som mulig, og dermed at bevis som er ulovlig eller utilbørlig bør kunne føres. Dette må ses i sammenheng med at statens interesse i å straffe blir større jo mer alvorlig lovbruddet er.⁷³ Øyen mener imidlertid at sakens alvor neppe bør ha stor vekt uten at han redegjør nærmere for hvorfor det ikke skal vektlegges.⁷⁴

Verksbetjent-dommen, HR-2017-1894-U og Gatekjøkken-kjennelsen er imidlertid eksempler på at sakens alvor ikke har medført at et bevis som var ulovlig eller utilbørlig ervervet kunne føres. I alle sakene var det snakk om ganske alvorlige lovbrudd; medvirkning i rømning fra fengsel, voldtekt og underslag. Likevel ble det slik i alle tre sakene at bevisene ble avskåret.

Bakgrunnen var i den første brudd på vernet mot selvinkriminering, den andre at det verken var verge eller forsvarer til stede under avhøret av en mindreårig, og den tredje at det var tale om en overvåkning i strid med personvern.

Sett i forhold til Treholt II-kjennelsen, hvor det var en ransakelse for å sikre bevis for spionasje, vil sakens alvor veie tungt selv om det er brudd på materielle bestemmelser, men som ikke er sentrale straffeprosessuelle prinsipper. I den saken var bevisene ulovlig ervervet grunnet at den som ble ransaket ikke ble underrettet om ransakelsen.⁷⁵

⁷² Rt. 1992 s. 698, s. 706

⁷³ Torgersen (2009) s. 176

⁷⁴ Øyen (2016) s. 418 og 419.

⁷⁵ Rt. 1992 s. 698, s. 703 - 706 for redegjørelsen av ransakelsen.

5.2.4 Bevisets verdi

Hva som ligger i bevisets verdi er ofte uklart. En kan få assosiasjoner til hvor sentralt beviset er for å avklare om det er begått en straffbar handling.

Bevisets verdi kan enklere ses på som bevisets pålitelighet. En må vurdere om beviset fortsatt er pålitelig til tross for at det er ulovlig eller utilbørlig ervervet. Det en må se på er om ervervelsen har skapt usikkerhet eller svekkelse rundt bevisets pålitelighet i å konstatere om det foreligger en straffbar handling eller ikke.

Videre må en se på om svekkelsen eller usikkerheten har hatt konsekvenser for rettssikkerheten til den mistenkte. Det må også vektlegges hvor sentralt beviset er i det totale bevisbildet. Dersom det er sentralt, er det mer betenkelig å føre et så usikkert eller svekket bevis.⁷⁶

Et illustrerende eksempel på dette kan være bruken av tortur eller trusler for å få en tilståelse fra mistenkte. En slik tilståelse vil ikke være pålitelig som bevis, fordi den som blir utsatt for tortur kan til slutt tenkes at vil si hva som helst for å få slutt på torturen. Dermed er det usikkert om den mistenkte rent faktisk har gjort den straffbare handlingen, eller om tilståelsen bare kom for å slippe unna smerten.

En må som sagt se på hvor sentralt beviset er i forhold til det totale bevisbildet, og om usikkerheten rundt beviset kan ha konsekvenser for mistenktes rettssikkerhet dersom det føres. Her kan Rt. 2000 s. 1223 være illustrerende.

Saken gjaldt bruk av en narkoman informant for å foreta en provokasjon i tilknytning til salg av narkotika. Høyesterett kom til at selgerne måtte frikjennes. De mente at informanten sto i et avhengighetsforhold til politiet. Dette gjorde at informanten lett kunne risikere å gå over grensen for hva etterforskningsmetoden tillot i håp om å få et gitt resultat.

I tillegg mente Høyesterett at det var i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper å bruke en narkoman som informant. Politiets aksjon, som var å få informanten til å kjøpe et halvt kilo heroin, var det sentrale beviset i saken, og skulle ikke vært brukt som grunnlag for domfellelsen.⁷⁷

⁷⁶ Øyen (2016) s. 419.

⁷⁷ Rt. 2000 s. 1223, s. 1231.

I rettspraksis har Høyesterett uttalt i Rt. 2003 s. 549 og Rt. 2004 s. 858 at et bevis som ikke er pålitelig, eller til å stole på, kan avskjæres.⁷⁸ Det er imidlertid poengtert at bevisets reduserte pålitelighet alene neppe er nok for at et bevis skal kunne avskjæres.⁷⁹

Det må da kunne legges til grunn at det må være andre faktorer til stede sammen med den reduserte påliteligheten som gjør at beviset kan avskjæres. Som vist ovenfor vil ervervelsens karakter stå sentralt. Dersom ervervelsesmåten bryter med sentrale rettssikkerhetsgarantier og dette gjør beviset upålitelig, tilsier det at beviset kan avskjæres.

⁷⁸ Rt. 2003 s. 549, avsnitt 17, og Rt. 2004 s. 858, avsnitt 18.

⁷⁹ Øyen (2010b) s. 434 pkt. 3.5.

5.2.5 Beviset er i tiltaltes favør eller disfavør

Et av de mest sentrale målene i en straffesak er å komme frem til en materielt riktig dom og at ingen uskyldige blir dømt. Torgersen påpeker at rettssystemet gjør store oppofrelser for å forhindre at uskyldige blir dømt, og at dette fremkommer av det strenge beviskravet innenfor strafferetten. Det tilsier at en kan legge vekt på om bevis som ønskes ført er i tiltaltes favør eller ikke.⁸⁰ Kan det ulovlig eller utilbørlig ervervede beviset bidra til å frifinne tiltalte, bør terskelen for å kunne føre dette beviset være lavere enn om det motsatte hadde vært tilfellet.

Videre kan det tenkes at dersom den tiltalte ikke hadde lov til å fremlegge bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet, så ville det kunne krenke EMK art. 6.⁸¹ I tillegg ville det kunne være i strid med Grunnloven⁸² §§ 95 og 96 første ledd dersom tiltalte ikke fikk fremlegge bevis som er formildende eller frifinnende.

I tillegg har vi en særskilt lovbestemmelse om ulovlige bevis som er i tiltaltes favør. Strpl. § 119 tredje ledd fastsetter at forbudet mot at de som faller inn under bestemmelsen vitner, faller bort dersom vitneførselen trengs for å konstatere at vedkommende er uskyldig.

Det finnes tilfeller hvor bevis som kan være i tiltaltes favør har blitt avskåret, blant annet Rt. 1996 s. 1114. Saken gjaldt om resultatene av en løgndetektortest gjort av tiltalte kunne føres som bevis i retten.

Resultatene ble ikke tillatt ført på bakgrunn av at det å åpne for at slike bevis skulle kunne føres, ville sette fremtidige siktede i en vanskelig posisjon. Spesielt siden det som oftest vil være politiet som vil at tester med løgndetektor skal gjennomføres.⁸³

I kjennelsen var ikke beviset ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, men det var andre hensyn som gjorde seg gjeldende for at beviset ikke skulle føres. Dommen viser egentlig bare at selv om et bevis er i tiltaltes favør, utelukkes det ikke fra å bli avskåret.

⁸⁰ Torgersen (2009) pkt. 3.8.6, s. 178.

⁸¹ Aall (2018) s. 499. Se også Torgersen (2009) s. 178.

⁸² Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

⁸³ Rt. 1996 s. 1114, s. 1121

6. Beviskravet og virkningen av vurderingen om et bevis skal avskjæres

6.1 Beviskravet for om det foreligger en ulovlig eller utilbørlig ervervelse av bevis

Et sentralt spørsmål når en skal ta stilling til om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres, er hvilket beviskrav som må legges til grunn i vurderingen. Dette vil være sentralt i tilfeller hvor det er tvil rundt de faktiske forholdene ved ervervelsen av beviset.

Utgangspunktet for beviskravet kan hentes ut fra Rt. 1994 s. 1139. Saken gjaldt en forklaring fra tiltalte i en henlagt drapssak om sin befatning med narkotika. Spørsmålet var om den kunne brukes mot han i en senere narkotikasak eller måtte avskjæres.

Tiltalte mente at informasjonen om hans befatning med narkotika var gitt under løfte om at den ikke skulle benyttes i en annen sammenheng enn drapssaken og at den derfor måtte avskjæres. Påtalemyndigheten på sin side mente at et slikt løfte ikke hadde skjedd.

I tilknytning til beviskravet om det var blitt gitt løfte, sa Høyesterett i kjennelsen at vurderingen av om det foreligger et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis var en prosessuell avgjørelse. I denne prosessuelle avgjørelsen skulle en legge til grunn det som etter en samlet vurdering var mest sannsynlig.⁸⁴

Kjennelsen viser her at når en skal vurdere om et bevis er ulovlig eller utilbørlig ervervet, kreves det bare sannsynlighetsovervekt for å konstatere det ulovlige eller utilbørlige ervervet.

Det at det er sannsynlighetsovervekt som gjelder ved beviskravet når det er snakk om prosessuelle spørsmål er blitt konstatert i senere kjennelser.⁸⁵ I den forbindelse uttales det i Rt. 2004 s. 1561 avsnitt 11:

«Hovedregelen for kravet til bevis i forbindelse med prosessuelle forhold er at retten må legge til grunn det faktiske forhold som fremstår som mest sannsynlig. Jeg viser til førstvoterendes uttalelser i Rt-1994-1139. Unntaksvis vil det kreves en sterkere sannsynlighetsovervekt, for eksempel i tilfeller hvor det faktum som eventuelt skal legges til grunn, samtidig vil inneholde klare bebreidelser mot tiltalte, jf. Rt-2001-524 og Høyesteretts kjennelse av 8. september 2004 i sak HR-2004-1477-A. Dette finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på.»

⁸⁴ Rt. 1994 s. 1139, s.1142.

⁸⁵ Rt. 2004 s.1561 og Rt. 2005 s. 907 avsnitt 30.

Kjennelsen viser her at det burde være et strengere beviskrav for forhold som innebærer en kritikk mot tiltalte. Som Torgersen påpeker, er det kanskje ikke så interessant i forhold til beviskravet for å avgjøre bevisavskjæring, annet enn i tilfeller der for eksempel tiltalte angivelig skal ha truet et vitne til taushet, og at man av den grunn vil lese opp vitnes forklaring i stedet.⁸⁶

I tillegg mener Torgersen at hensynet til tiltalte bør tilsa at en skal bygge på et lavere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt i tilfeller hvor det er snakk om forhold av betydning for sentrale rettssikkerhetsgarantier. Da særlig i forhold til krenkelse av rettigheten til å forholde seg taus, eller at man utsettes for trusler eller løfter under avhør. Men han poengterer at det ikke finnes noen holdepunkter for dette synspunktet i rettspraksis. I Rt. 1994 s. 1139, som gjaldt brudd på forbudet mot løfter jf. strpl. § 92, ble det ikke lagt til grunn et lavere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt.⁸⁷

Samlet ser en at det er sannsynlighetsovervekt som er beviskravet for når en skal vurdere om det foreligger et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis.

⁸⁶ Torgersen (2009) s. 468.

⁸⁷ Torgersen (2009) s. 468.

6.2 Virkningen av og anke over avgjørelsen

Når det foretas en vurdering av om et bevis skal avskjæres eller ikke vil det føre til ett av to resultater. Enten føres beviset eller så kommer retten frem til at beviset skal avskjæres.

Spørsmålet om beviset skal avskjæres, reises av en av partene enten før eller under hovedforhandlingen.⁸⁸

Dersom retten bestemmer seg for å avskjære beviset, har det den virkningen at beviset ikke vil være med på grunnlaget for å fastsette om det foreligger straffeskyld. Er beviset sentralt, vil det i sin ytterste konsekvens føre til at det ikke kan bevise skyld, og at tiltalte frifinnes. Det kan også føre til at beviset ikke kan anvendes når en skal foreta en straffeutmåling.⁸⁹

Er en av partene ikke enig i avgjørelsen om et bevis skal avskjæres eller føres, kan de anke dommen på bakgrunn av saksbehandlingsfeil. Dersom denne feilen har virket inn på dommens innhold, kan det ha som virkning at dommen oppheves sammen med hovedforhandlingen.⁹⁰

Et konkret eksempel på at føring av et bevis som skulle vært avskåret har ført til opphevelse er Verksbetjent-dommen. Høyesterett opphevet dommen fordi selv om den tilståelsen som var ulovlig ervervet ikke var det eneste beviset i saken, så kunne beviset ha virket inn på dommens innhold, og det førte det til at dommen ble opphevet.⁹¹

Det finnes eksempler på at beviset, selv som det ikke skulle vært ført, ikke har virket inn på dommens innhold. I Rt. 2003 s. 549, som gjaldt et avhør foretatt av siktede uten at de var blitt gjort klar over sine rettigheter, ble resultatet at anken over saksbehandlingsfeilen ble forkastet. Høyesterett uttalte at forklaringen sett sammen med det øvrige bevismaterialet åpenbart ikke hadde en betydning for lagmannsrettens avgjørelse av skyldspørsmålet i saken.⁹²

Dermed må en i vurderingen om beviset har virket inn på dommens innhold se på de øvrige bevisene i saken. Torgersen sier at en må vurdere hvilken bevisverdi beviset som skulle vært avskåret har i forhold til de øvrige bevisene i saken. Han mener at en slik vurdering er vanskelig, og at det ikke må stilles spesielt strenge krav til muligheten for at beviset har innvirket.⁹³

⁸⁸ Jf. strpl. § § 272 1. ledd bokstav c, og 3. ledd.

⁸⁹ Se. Rt. 2001 s. 1476, omtalt under punkt 5.1.2 i fremstillingen.

⁹⁰ Jf. strpl. § 343 første ledd, jf. strpl. § 347.

⁹¹ Rt. 1999 s. 1269, s. 1273.

⁹² Rt. 2003 s. 549, avsnitt 21.

⁹³ Torgersen (2009) s. 490.

Ut fra det Torgersen og rettspraksis sier, vil for eksempel et bevis som skulle vært avskåret, ikke føre til opphevelse dersom de øvrige bevisene i saken viser at vedkommende er skyldig.

Eksempelvis kan det være slik at det i en sak er fire bevis. Bevis A, B, C og D. Bevis A, B, og C er lovlig ervervet, og beviser samlet sett straffeskyld. Bevis D er ulovlig eller utilbørlig ervervet, skulle vært avskåret, men er alene nok til å konstatere straffeskyld.

Ved vurderingen av om føringen av bevis D har virket inn på dommens innhold, vil det sentrale være å se om resultatet ville vært det samme om det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset hadde vært avskåret. Dersom det fortsatt, ut fra de øvrige bevisene kan bevises straffeskyld, har ikke føringen beviset virket inn på dommens innhold, og kan dermed ikke oppheves etter strpl. § 343 første ledd.

Rettspraksis har gjort et skille mellom frifinnende og fellende dommer når en skal vurdere om feilen har virket inn på dommens innhold. I kjennelse inntatt i Rt. 2005 s. 907 uttaler Høyesterett i en kjennelse at en fellende dom skal oppheves grunnet saksbehandlingsfeil, når det foreligger en rimelig mulighet for at feilen har virket inn på dommens innhold.⁹⁴

For frifinnende dommer hvor feilen er av en slik karakter at den burde vært tatt opp av påtalemyndigheten under hovedforhandlingen mener Høyesterett at det må stilles krav om en større grad av sannsynlighet for at feilen skal ha virket inn på dommens innhold.⁹⁵ Dermed ser man at det er en lavere terskel for å oppheve domfellelser enn det er for å oppheve frifinnelser som følge av feil ved vurderingen av om det skal foretas en bevisavskjæring.

⁹⁴ Rt. 2005 s. 907, avsnitt 44.

⁹⁵ Rt. 2005 s. 907, avsnitt 44.

6.3 Alternative virkninger i stedet for bevisavskjæring

Som nevnt kan en av virkningene ved vurderingen om et bevis skal avskjæres være at det ikke kan føres. Det kan dermed ikke presenteres for retten under hovedforhandlingen, og kan heller ikke gå inn i grunnlaget for en domfellelse, frifinnelse eller en eventuell straffeutmåling.

Torgersen har oppstilt fem alternative virkninger. Dette er virkninger som kan komme i stedet for å avskjære et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. Disse alternativene er avvisning, frifinnelse, straffenedsettelse, redusert bevisverdi, og skjerpet beviskrav.⁹⁶

Avvisning som en virkning av det ulovlige eller utilbørlige beviservervet vil ivareta mange av de hensynene som ellers kan tilsi avskjæring av et bevis. Dersom beviset er upålitelig vil det nøytraliseres, siktedes krenkelse ved ervervet kompenseres, og det vil være disiplinerende med avvisning som følge av at beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet.⁹⁷

Avvisning bør ikke anvendes som en alternativ virkning i de tilfeller hvor de øvrige bevis kan føre til en domfellelse. Avvisning bør bare skje i de tilfeller hvor det er omstendigheter som utelukker en forsvarlig prosess. Avvisning som virkning har ikke blitt vurdert i rettspraksis.⁹⁸

Avvisning kan dermed tenkes som en alternativ virkning til bevisavskjæring i de tilfeller hvor beviset er sentralt for å etablere at det foreligger straffeskyld. En må da vurdere hvor sentralt beviset er for å kunne fastsette om det skal foretas en avvisning eller ikke.

Det andre alternativet til bevisavskjæring er **frifinnelse**. Mange av de samme hensynene som ved avvisning vil være relevante. Men i likhet med avvisninger vil en ikke kunne frifinne vedkommende dersom det gjennom andre bevis som er uavhengig av det ulovlig eller utilbørlige beviset kan sies å være tilstrekkelige bevis for domfellelse.⁹⁹

Straffenedsettelse er det tredje alternativet til bevisavskjæring. Alternativet kritiseres, fordi det ikke ivaretar de hensyn som tilsier bevisavskjæring. I tillegg kritiseres det fordi det ulovlige eller utilbørlige beviservervet har ikke virket inn på straffeskylden. Straffenedsettelse har blitt brukt som kompensasjon i tilfeller hvor det ikke har vært sammenheng mellom den feilen som er begått og domfeltes skyld.¹⁰⁰

⁹⁶ Torgersen (2009) s. 63.

⁹⁷ Torgersen (2009) s. 63.

⁹⁸ Torgersen (2009) s. 63 og 64.

⁹⁹ Torgersen (2009) s. 64.

¹⁰⁰ Torgersen (2009) s. 64.

Svekket bevisverdi er det fjerde alternativet til bevisavskjæring som Torgersen presenterer.^{101 102} Det å ilegge beviset svekket pålitelighet som følge av ulovlig eller utilbørlig ervervelse vil tjene de samme hensynene som ved en avskjæring, bare i mindre grad.

Det vanskelige med dette alternativet er å avgjøre hvor mye mindre pålitelig beviset skal være som følge av ervervelsen. En kan spørre seg om det kanskje vil være et bedre alternativ å bare avskjære beviset fullstendig dersom selve ervervelsen har ført til at det ikke er pålitelig, enn å ta det med i bevisvurderingen, bare med en svekket verdi. Særlig dersom svekkelsen fører til at beviset blir ubetydelig når det skal foretas en bevisvurdering.

Det siste og mest realistiske alternativet til bevisavskjæring er **skjerpet beviskrav**.¹⁰³ Det er da snakk om å skjerpe beviskravet for bevis som gjennom den ulovlige eller utilbørlige ervervelsen har fått svekket pålitelighet.

I rettspraksis har dette alternativet fått et visst gjennomslag i saker om fartsovertredelser. Det er tidligere i fremstillingen vist at tilsidesettelse eller manglende etterlevelse av klare instruksjoner for innhenting av fartsmålinger kan føre til at beviset avskjæres på bakgrunn av et ønske om å disiplinere.¹⁰⁴

Rettspraksis har vist at brudd på disse instruksene kan føre til at det heller blir et skjerpet beviskrav for målingene fremfor at de avskjæres. I Rt. 2007 s. 10 avsnitt 10 sier Høyesterett:

«... ved spørsmål om det har skjedd en feil ved gjennomføringen av fartsmålinger, gjelder beviskrav som går ut over kravet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.»

Uttalelsen er blitt referert til senere i Rt. 2008 s. 44 avsnitt 32, som gjaldt straffeutmåling ved fartsovertredelse.

Torgersen mener at det skjerpede beviskravet forklares ved at risikoen for feil som brudd på instruksjonen bør gå i erververens disfavør siden de har skyld i beviset upålitelighet. Han mener at det er mer realistisk å heller avskjære beviset enn å skjerpe beviskravet, siden det ikke er klart hva som ligger i et beviskrav som går ut over et krav rimelig tvil. Han finner støtte for dette i rettspraksis, hvor en snarere har sett bort fra målingene fremfor å stille et skjerpet beviskrav til dem.¹⁰⁵

¹⁰¹ Torgersen (2009) s. 65.

¹⁰² Se fremstillingens punkt 5.2.4 for en redegjørelse av begrepet bevisverdi.

¹⁰³ Torgersen (2009) s. 65.

¹⁰⁴ Se fremstillingens punkt 5.1.2 om disiplineringshensynet.

¹⁰⁵ Torgersen (2009) s. 65.

7. Avskjæring av avledede beviser

Innenfor temaet bevisavskjæring kan det oppstå en særskilt problemstilling, herunder hvilken stilling avledede bevis har i forhold til om de skal avskjæres. Avledede bevis kan best beskrives som lovlige bevis som er blitt ervervet som følge av en utilbørlig eller ulovlig ervervelse. Spørsmålet er da om det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset skal ha en «dominoeffekt» eller «smittevirkning» på det avledede beviset. Altså at det avledede beviset, i likhet med det som det stammer fra, skal avskjæres.¹⁰⁶

7.1 Hovedregelen

Øyen mener at den klare hovedregelen er at det bare er de bevisene som er direkte frembrakt gjennom den ulovlige eller utilbørlige handlingen som skal avskjæres, og at avledede bevis normalt ikke skal avskjæres. Skal en gjøre unntak fra denne hovedregelen, må det tas utgangspunkt i de hensyn som begrunner en eventuell avskjæring. Disse hensynene må veies opp mot sakens opplysning.¹⁰⁷

Rt. 1994 s. 1010 gjaldt en ansatt på en hovedflystasjon som ble stoppet for promillekontroll av militærpoliti. Vedkommende fikk et positivt resultat på testen, og militærpolitiet kontaktet politiet som etterpå tok blodprøve av vedkommende. Det ble gjort gjeldende at resultatet av blodprøven, og politimannens forklaring skulle vært avskåret som bevis fordi de var kommet til gjennom en promillekontroll gjennomført av feil myndighet.

Høyesterett kom til at både blodprøven og forklaringen fra politimannen kunne føres som bevis. De poengterer at det i denne saken forelå en anmeldelse fra militærpolitiet som det var vanskelig for politiet å ikke reagere på. Selv om det forelå feil ved myndighetsutøvelsen, så var ikke det en så grov krenkelse at det tilsa at de avledede bevisene skulle avskjæres.¹⁰⁸

En annen kjennelse hvor avskjæring av avledede bevis er blitt drøftet, er Rt. 1997 s. 1778. Saken gjaldt en voldtekt av samboer. Politiet hadde fått kunnskap om voldtekten ved at en ansatt på sykehuset der fornærmede var innlagt hadde brutt taushetsplikten. Spørsmålet ble om de avledede bevisene som var ervervet som følge av bruddet på taushetsplikten skulle avskjæres.

¹⁰⁶ Torgersen (2009) s. 179, pkt. 3.7

¹⁰⁷ Øyen (2016) s. 419.

¹⁰⁸ Rt. 1994 s. 1010, s. 1011 og 1012.

Høyesterett viste til lagmannsrettens begrunnelse og sluttet seg til denne. De vektla sakens alvor tyngre enn den krenkelsen bruddet på taushetsplikten medførte. De sa at dersom en skulle avskjære de avledede bevisene på bakgrunn av bruddet på taushetsplikten, så ville det medføre at et straffbart forhold ble straffefritt. Høyesterett påpekte så at det var bedre at den som brøyt taushetsplikten fikk en straffereaksjon, enn at påtalemyndigheten ble avskåret fra å fremme en straffesak.¹⁰⁹

En annen sentral kjennelse i tilknytning til avledede bevis er Ransakelses-kjennelsen. I denne saken var problemstillingen om bevis som var ervervet gjennom en ulovlig ransaking skulle vært avskåret. Grunnen til at ransakingen var ulovlig var at mistankekravet i bestemmelsen var ikke oppfylt for at ransakingen skulle kunne gjennomføres.

Det sentrale i kjennelsen var at Høyesterett så ikke på føringen av de avledede bevisene som en fortsatt eller gjentakelse av den krenkelsen begått ved den ulovlige ransakingen. De viste til at det her var snakk om ulovlige våpen og ammunisjon, og at dersom politiet hadde hatt kunnskap om disse, så ville de hatt hjemmel for å gjennomføre ransakelsen.¹¹⁰

De fastsatte også at de avledede bevisene ikke kunne avskjæres på bakgrunn av interesseavveiningen. Det nevnes at bevisene kunne vært avskåret ut fra et ønske om å disiplinere politiet til å overholde de formelle og materielle vilkårene for ransaking.

Høyesterett faller imidlertid tilbake på uttalelsene i forarbeidene om at formelle feil ved innhenting av bevis ikke er til hinder for at bevisene likevel føres. I tillegg ble det vektlagt at det bare var manglende kunnskap eller skjellig grunn til mistanke som stod i veien for at ransakingen ville vært lovlig.¹¹¹

Som vist gjennom rettspraksis er den klare hovedregelen at avledede bevis ikke avskjæres selv om beviset det stammer fra er ulovlig eller utilbørlig ervervet. I de tre kjennelsene ble sakens alvor, det at krenkelsen ikke var grov nok, og at det var lite som skilte den materielle feilen fra å være korrekt, vektlagt mer enn den krenkelsen som forelå som følge av den ervervelsen som ble foretatt.

¹⁰⁹ Rt. 1997 s. 1778, s. 1780 og 1781.

¹¹⁰ Rt. 2006 s. 582, avsnitt 23.

¹¹¹ Rt. 2006 s. 582, avsnitt 24.

7.2 Unntak

Selv om det foreligger en hovedregel om at avledede beviser ikke skal avskjæres, finnes det noen unntak som er fremkommet gjennom både norsk og internasjonal rettspraksis.

Som vi skal komme tilbake til senere, har EMD uttalt at avledede bevis som stammer fra brudd på sentrale menneskerettigheter som for eksempel forbudet mot tortur i artikkel 3 av EMK, vil kunne føre til at det foreligger brudd på artikkel 6 nr. 1 om kravet til rettfærdig rettergang.¹¹² På bakgrunn av den stilling EMK har i norsk rett, vil avledede bevis som er i strid med EMK art. 3 kunne avskjæres. Slike avledede bevis vil også være i strid med Grl. § 93 sitt forbud mot tortur.

Høyesterett har åpnet for at det er en mulighet for at avledede bevis kan avskjæres. Resultatet i Rt. 1994 s. 1010¹¹³ som gjaldt en promillekontroll må tolkes slik at avlede bevis kan avskjæres dersom krenkelsen ved ervervelsen av det ulovlige eller utilbørlige beviset er grov nok.¹¹⁴

Rt. 2001 s. 668 er den kjennelsen som går lengst når det kommer til å etablere et unntak fra hovedregelen om avlede bevis. I saken som gjaldt avskjedigelse av en arbeidstaker, var problemstillingen om et hemmelig videoopptak kunne føres som bevis. Dette opptaket ble nektet ført. Det sentrale i tilknytning til avledede bevis fremkommer riktignok i et obiter dictum.¹¹⁵

«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.»

Torgersen mener uttalelsen er interessant fordi den antyder at en forklaring eller rapport kan avskjæres av hensyn til effektivt å kunne avskjære videobeviset.¹¹⁶ Dette gir for så vidt mening. Dersom en ikke avskjærer en forklaring eller rapport om det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset, vil det uthule den bevisavskjæringen som er foretatt, siden en omgår det ved å føre en forklaring om beviset i stedet for å føre beviset direkte.¹¹⁷

¹¹² Se punkt 9.2 i fremstillingen.

¹¹³ Se punkt 7.1 i fremstillingen.

¹¹⁴ Torgersen (2009) s. 190.

¹¹⁵ Rt. 2001 s. 668, s. 671 og 672.

¹¹⁶ Torgersen (2009) s. 190.

¹¹⁷ Nærmere om omgåelse av bevisavskjæring vil bli drøftet i punkt 8.1.

8. Omgåelse og reparasjon

Et spørsmål en kan stille seg er om den som ønsker å føre et bevis som potensielt kan avskjæres grunnet dets ulovlige eller utilbørlige ervervelse kan omgå å få beviset avskåret. Eventuelt om det kan foretas en reparasjon, slik at beviset ikke lenger er ulovlig eller utilbørlig ervervet, og dermed fullt lovlig å føre for retten.

8.1 Omgåelse

Som vist i punkt 7.2, kan det tenkes at det kan gjøres forsøk på å omgå et avskåret bevis ved å bruke et annet bevis som stammer fra det avskårede. Problemstillingen er spesielt relevant for avledede bevis siden det som oftest er gjennom disse at en forsøker å omgå en bevisavskjæring.

Hovedregelen for omgåelse er at om et bevis er avskåret fra å kunne føres, så er en også avskåret fra å føre bevis som beskriver det avskårede beviset. Eksempelvis en politimanns forklaring om en forklaring gitt av siktede som er blitt avskåret. Eller å føre et videoopptak eller logg av politiforklaringen fra siktede. Denne hovedregelen går igjen i Rt. 1991 s. 1096, og Rt. 2001 s. 668.

Den første kjennelsen gjaldt avskjæringen av en forklaring opptatt i utlandet uten forsvarer til stede:

«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.»¹¹⁸

I den andre kjennelsen, hvor det var snakk om avskjæring av et videoopptak, så uttalte Høyesterett at rapporter og vitneførsel om avhøret som kom av videoopptaket også var avskåret fra å føres som bevis i saken. Dette for å forhindre at bevisavskjæringen som var foretatt av videoopptaket ble uthulet.¹¹⁹

Det kan påpekes at selv om et bevis er avskåret, så er ikke det til hinder for at en kan føre andre bevis om det samme faktiske forholdet. En er for eksempel ikke avskåret fra å føre andre vitner som beskriver det samme faktiske forholdet som det avskårede beviset gjør.¹²⁰

¹¹⁸ Rt. 1991 s. 1096, s. 1100.

¹¹⁹ Se punkt 7.2 for en gjennomgang av kjennelsen.

¹²⁰ Torgersen (2009) s. 180 og 181.

8.2 Reparasjon

Når det kommer til om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis kan repareres, er nok dette mest relevant for vitneforklaringer. Men det kan hende at det også kan gjelde for reelle bevis, selv om det kanskje ikke alltid er praktisk mulig.¹²¹

En reparasjon kan best beskrives som at en foretar en handling etter at beviset er ervervet, som gjør at det ikke lenger potensielt kan avskjæres. En har reparert den ulovlige eller utilbørlige ervervelsen av beviset.

Et konkret eksempel på dette kan hentes ut av Rt. 1997 s. 1778¹²². En av problemstillingene i saken var om en politiforklaring fra fornærmede i saken skulle avskjæres fordi hun ikke var blitt underrettet om sin rett til å være fritatt fra å forklare seg etter strpl. § 122 annet ledd. Her kom Høyesterett frem til at forklaringen ikke skulle avskjæres. De sluttet seg til lagmannsrettens avgjørelse, at den eventuelle feilen som ble gjort ved å ikke underrette om fritaket i det første avhøret ble reparert ved at de gjorde vedkommende klar over det i det andre avhøret. Det ble vektlagt at fornærmede i det andre avhøre fikk anledning til å gjennomgå den første forklaringen og foreta korreksjoner.¹²³

Reparasjon er blitt kritisert i juridisk teori. Torgersen mener at en reparasjon av en tidligere avgitt forklaring vil være sterkt preget av den allerede foreliggende forklaringen. I forhold til en siktet påpeker han at selv om siktede ved et senere avhør blir gjort klar over sin rett til å nekte å forklare seg, vil ikke feilen være reparert. Han mener at for at siktedes forklaring skal sikres særskilt, så må en ved en reparasjon ikke bare informere siktede om deres rett til å forholde seg taus, men også klart informere om at den tidligere avgitte forklaringen uten underrettelse om denne retten ikke kan brukes som grunnlag for en domfellelse mot dem.¹²⁴

Denne løsningen har gode grunner for seg. Dersom den siktede både blir klar over sin rett til taushet og at den tidligere avgitte forklaringen ikke vil kunne brukes, vil en eventuelt ny forklaring fra siktede ikke være farget av den tidligere avgitte forklaringen.

¹²¹ Torgersen (2009) s. 184.

¹²² Se punkt 7.1 ovenfor for gjennomgang av sakens faktum.

¹²³ Rt. 1997 s. 1778, s. 1781 og 1782.

¹²⁴ Torgersen (2009) s. 184.

9. EMK sin holdning til ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis

En sentral rettskilde innenfor straffeprosessen er EMK¹²⁵. Den er blitt gjort til en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven.¹²⁶ og vil med motstrid gå foran norske bestemmelser, jf. mrl. §§ 2 og 3, samt strpl. § 4.

I likhet med norsk rett, er det ingen spesifikke bestemmelser i konvensjonen som regulerer ervervelsen, føringen eller avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede beviser. Det er gjennom praksis fra EMD¹²⁷ at konvensjonens forhold til denne typen beviser er blitt etablert.

9.1 EMD sin vurdering av ulovlige eller utilbørlig ervervede beviser

Det særskilte i tilknytning til EMD og ulovlige eller utilbørlig ervervede beviser, er at de ikke tar stilling til om det ulovlige eller utilbørlige beviset skal avskjæres. Det de vurderer er om rettergangen i sin helhet med det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset er rettferdig etter retten til rettferdig rettergang etter art. 6 nr. 1.¹²⁸

Ved EMD sin vurdering er en rekke momenter vektlagt. Et sentralt moment er om den som er tiltalt i saken har hatt mulighet til kontradiksjon. I dette ligger det at tiltalte må ha hatt muligheten til å imøtegå det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset, granske det, og kritisere dets autentisitet.¹²⁹

Et annet moment i vurderingen er om det ulovlige eller utilbørlige beviset er det eneste beviset som domfellelsen er basert på. Dersom domfellelsen bare bygger på dette beviset, vil rettergangen kunne være i strid med EMK art. 6 nr. 1.¹³⁰

Måten beviset er ervervet på er også et sentralt moment i vurderingen til EMD. Dersom beviset er ervervet i strid med forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling i art. 3 i konvensjonen, vil rettergangen ha vært i strid med art. 6 nr. 1 av konvensjonen.¹³¹ Alle disse momentene har blitt oppsummert i Gäfgen mot Tyskland.¹³²

¹²⁵ Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950.

¹²⁶ Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) forkortet til mrl.

¹²⁷ Den europeiske menneskerettsdomstol.

¹²⁸ Schenk mot Sveits (10862/84) avsnitt 45, Khan mot Storbritannia (35394/97) avsnitt 34, P.G og J.H mot Storbritannia (44787/98) avsnitt 76, Jalloh mot Tyskland (54810/00) avsnitt 94, og Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 162 og 163.

¹²⁹ Khan mot Storbritannia avsnitt 35, gjentatt i P.G og J.H mot Storbritannia avsnitt 77.

¹³⁰ Khan mot Storbritannia avsnitt 35, gjentatt i P.G og J.H mot Storbritannia avsnitt 77.

¹³¹ Jalloh mot Tyskland avsnitt 96. Se også Gäfgen mot Tyskland avsnitt 164 og 165.

¹³² Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 163 til 165.

EMD har også foretatt en avveining i sine avgjørelser om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. I denne avveiningen, vektet det offentliges interesse for domfellelse av et bestemt lovbrudd, opp mot tiltaltes interesse i at beviset er ulovlig ervervet. I avveiningen kan ikke det offentliges interesse for domfellelse fortrenge grunnleggende rettigheter etter konvensjonen.¹³³

Vurderingen som EMD foretar for å se om rettergangen har vært rettferdig, har noen likhetstrekk med den vurderingen som foretas i norsk rett når en skal avgjøre om et bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet skal avskjæres.

Torgersen mener at konvensjonen har en begrenset betydning i norsk rett når det kommer til spørsmålet om bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. EMK setter bare en ytre ramme for hvilke bevis som kan avskjæres.¹³⁴

Torgersen påpeker at denne begrensningen kan forklares i at det ikke er noen felles europeisk standard for å håndtere bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet. Enkelte stater har klare og vidtrekkende regler, andre mer restriktive, mens noen stater, slik som Norge, er i en mellomstilling. Det blir dermed vanskelig å forvente at EMD skal utvikle detaljerte regler for hva som kan og ikke kan avskjæres som bevis. En kan heller tale om at EMK gir et minimumsvern på området, som er egnet til å korrigere nasjonale regler på området.¹³⁵

I tilknytning til dette har Jebens poengtert at Grunnloven på enkelte punkter gir et bedre vern enn EMK art. 3. Bakgrunnen er at § 93 annet ledd i Grunnloven likestiller tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff med hverandre. Mens art. 3 på bakgrunn av praksis fra EMD mener at tortur er mer alvorlig enn de to andre.¹³⁶

Oppsummert er EMK sin holdning til ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis mildere enn den vi har i norsk rett. De er mer opptatt av at rettergangen i sin helhet ikke er i strid med art. 6 nr. 1, mens vi i Norge er mer fokusert på å vurdere det enkelte bevis.

¹³³ Jalloh mot Tyskland avsnitt 97.

¹³⁴ Torgersen (2009) s. 76, punkt 2.2.2.5.

¹³⁵ Torgersen (2009) s. 77 – 79.

¹³⁶ Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund, Sverre Erik Jebsen (2017) kapittel 8, punkt 7.4, s. 334,.

9.2 Særskilt om EMD sitt syn på avledede bevis

Det har overfor EMD, i likhet med norsk rett, blitt reist spørsmål om hvilken stilling avledede bevis har når det kommer til ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Er det slik at avledede bevis kan føres, slik som i norsk rett?

Den dommen som synes å avklarer spørsmålet rundt avledede beviser i tilknytning til EMK er Gäfgen mot Tyskland.¹³⁷

Saken gjaldt kidnapping og drap av en 11 år gammel gutt. Tiltalte hadde under avhør blitt truet av politiet. Resultatet av disse truslene var at han tilstod og ledet politiet til liket av gutten og ytterligere bevis. Tiltalte ble dømt for handlingene i tysk rett.

EMD måtte i storkammer ta stilling til om rettergangen var rettferdig etter art. 6 nr. 1 i konvensjonen. Et av de sentrale spørsmålene var om de bevisene som var kommet frem som følge av truslene skulle vært avskåret under rettergangen.

I sin drøftelse om avledede bevis, konstaterte domstolen at de tidligere ikke hadde avgjort om bruken av avledede beviser ville føre til at rettergangen ville være i strid med art. 6 nr. 1. De poengterte at bruken av bevis som direkte fremkommer av brudd på art. 3 av konvensjonen alltid vil føre til at rettergangen var i strid med konvensjonen.¹³⁸

EMD konstaterte at det verken i medlemstatene i konvensjonen, andre lands domstoler eller andre menneskerettslige institusjoner er enighet om hvor lang rekkevidde reglene om avledede bevis skulle rekke. Særlig når det kom til problemstillingen om avledede bevis som uansett ville blitt funnet senere i etterforskningen uavhengig av det konvensjonsstridige beviservervet.¹³⁹

De går så inn og ser på to argumenter knyttet til avledede bevis. På den ene siden ble det hevdet at avskjæring av avledede beviser ville gjøre vanskelig å påtale kriminelle handlinger. Det argumenteres med at det særlig i tilknytning til art. 2, om vernet av menneskeliv, må kunne føres avledede bevis selv om de et resultat av et brudd på art. 3.

På den andre siden argumenteres det med at art. 3 er en så sentral og absolutt rettighet at den kan ikke vike for andre bestemmelser i konvensjonen. Domstolen falt til slutt ned på at art. 3 er en så absolutt rettighet etter konvensjonen at den ikke kunne fravikes til fordel for andre

¹³⁷ Gäfgen mot Tyskland (22978/05)

¹³⁸ Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 173.

¹³⁹ Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 174.

artikler i konvensjonen, lovbruddet som er begått, eller det offentliges interesse i å domfelle for lovbruddet.¹⁴⁰

Domstolen uttalte så at i motsetning til art. 3, så var ikke art. 6 en absolutt rettighet. EMD må derfor vurdere hvilke tiltak som kunne ses på som nødvendige og tilstrekkelige når det kommer til bevis som er ervervet gjennom brudd på art. 3 for å sikre effektiv beskyttelse under art. 6.

Domstolen påpekte at for å oppnå en effektiv beskyttelse, og avverge at politiet skulle bli fristet til å bruke metoder som strider med art. 3, måtte også bruken av avledede bevis fra bruddet ekskluderes for at rettergangen skal være i overensstemmelse med art. 6. EMD påpeker at det bare er et brudd på art. 6 dersom bevisene som er kommet til gjennom brudd på art. 3 har hatt en innvirkning på utfallet av saken mot tiltalte. At beviset har påvirket domfellelsen eller straffutmålingen.¹⁴¹

De gikk så over til å vurdere om det bruddet på art. 3 som foreligger i saken, hadde en slik innvirkning. Det vises til at dommen mot tiltalte var et resultat av en tilståelse han kom med under rettssaken. De avledede bevisene som kom gjennom bruddet på art. 3 ble ikke brukt for å bevise tiltaltes skyld, men for å teste sannheten av hans tilståelse. Det var andre bevis som var sikret uavhengig av truslene som var brukt for å avgjøre skyldspørsmålet. Dermed var det ikke sammenheng mellom de avledede bevisene i strid med konvensjonen, og de bevisene som var grunnlaget for domfellelsen.¹⁴²

Domstolen vurderer så om bruddet på art. 3 under etterforskningen hadde en innvirkning på den tilståelsen som tiltalte kom med under rettssaken. De påpekte at tiltalte før tilståelsen var blitt gjort kjent med sin rett til ikke å forklare seg, og at den tilståelsen som var kommet under trusler ikke kunne blir brukt som bevis.

Videre poengteres det at tiltalte under sin tilståelse i retten uttrykte at den kom som en følge av anger over det han hadde gjort, til tross for bruddet på art. 3. Han tilsto også på tross av tidligere forsøk fra hans side på å få de avledede bevisene som stammet fra bruddet på art. 3 avskåret. Tilståelsen i retten hadde en rekke elementer ved seg som ikke hadde sammenheng

¹⁴⁰Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 175 – 177.

¹⁴¹ Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 178.

¹⁴² Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 179 og 180.

med de avledede bevisene. Det konkluderes med at bruddet på art. 3 ikke hadde en innvirkning på tiltaltes tilståelse i retten.¹⁴³

Avslutningsvis tok EMD for seg påstanden om at domfelte var blitt fratatt sitt vern mot selvinkriminering. De viste til at domfelte hadde mulighet til å utfordre bruken av bevisene, og at den regionale domstolen hadde mulighet til å avskjære disse bevisene. Domstolen påpekte at for at vernet mot selvinkriminering skulle være brutt, måtte en domfellelse være basert på beviser som var kommet til gjennom bruk av tvang eller undertrykkelse mot domfeltes vilje. De viste til at den regionale domstolen baserte sin domfellelse på andre bevis enn de som var fremkommet under trusler. De konkluderte med at vernet mot selvinkriminering under rettssaken var overholdt.

De konkluderer avslutningsvis med at den manglende avskjæringen av de avledede bevisene ikke hadde hatt en innvirkning på domfellelsen eller straffeutmålingen. I tillegg var hans vern mot selvinkriminering overholdt, og at rettssaken i sin helhet måtte sies å være i overenstemmelse med art. 6 nr. 1.¹⁴⁴

Dommen er interessant fordi det viser at EMD foretar en ganske lik vurdering med den som foretas i norsk rett når en skal vurdere om føringen av et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis har virket inn på dommens innhold, jf. strpl. § 343 første ledd.

Den konstaterte at det foreligger et regelbrudd, men bruddet bare får relevans dersom det har virket inn på dommens innhold. I likhet med norsk rett foretas det en konkret vurdering av det rettsstridig ervervede beviset opp mot de øvrige bevisene i saken. Dersom skylden kan bevises ut fra de andre bevisene, er ikke rettergangen i sin helhet i strid med art. 6 nr. 1.

Gäfgen-dommen viser at føringen av avledede bevis som er i strid med konvensjonen, kan føre til at rettergangen er i strid med art. 6 nr. 1. Men at det bare vil være i strid med konvensjonen dersom den har hatt en innvirkning på domfellelsen eller straffeutmålingen.

I forhold til norsk rett, vil nok avledede bevis, spesielt dersom de stammer fra brudd på art. 3, som også er i strid med Grunnloven § 93, havne i en særstilling. Avledede bevis som stammer fra grove krenkelser av sentrale menneskerettigheter og Grunnlovsbestemmelser vil nok være et unntak fra den norske hovedregelen om at avledede bevis kan føres. Særlig siden rettergangen vil kunne være i strid med konvensjonen dersom slike avledede bevis føres.

¹⁴³ Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 181 – 184.

¹⁴⁴ Gäfgen mot Tyskland (22978/05) avsnitt 185 – 187.

10. Den fremtidige utviklingen på området og avsluttende bemerkninger

10.1 Den fremtidige utviklingen på området

I 2016 kom utredning om ny straffeprosesslov.¹⁴⁵ Utvalget vurderer blant annet om den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis burde lovfestes slik den er i tvisteloven § 22-7. I tillegg vurderer de om nåværende praksis på området burde justeres på enkelte områder.¹⁴⁶

Det interessante i utredningen er at utvalget vil at det i fremtiden skal legges mer vekt på disiplineringshensynet enn det er i nåværende praksis. Utvalget bemerker:

«Trekk ved samfunnsutviklingen har ført til at premissene for vurderingen av hvilket gjennomslag disiplineringshensyn bør ha for bevisforbud, er andre enn da Straffeprosesslovkomitéen tok stilling til spørsmålet. Særlig den teknologiske utviklingen – med nye kommunikasjonsmetoder som griper inn i alle sider av vår livsførsel, og de tilhørende muligheter for overvåking, den økte vilje til kriminalisering, også av forberedelseshandlinger, og den medfølgende muligheten til å benytte et videre spekter av tvangsmidler og etterforskningsmetoder enn før – har gitt et større potensial for misbruk enn det som eksisterte den gang.»¹⁴⁷

Utvalget viser dermed at det resonnementet som komitéen kom med til nåværende straffeprosesslov ikke holder tritt med den teknologiske utviklingen som er skjedd siden loven ble vedtatt. På bakgrunn av dette mener utvalget at gjeldende praksis på området bør endres i retning av at hensynet bør vektlegges mer ved vurderingen av om det skal foretas en bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.¹⁴⁸

Som utvalget påpeker, er det blitt enklere for politiet å foreta overvåkning, og de har flere valgmuligheter når det kommer til formene for overvåkning som kan foretas under en etterforskning. Det er naturlig at det må stilles strengere krav til måten bevisene fra slike etterforskningsmetoder er ervervet på. Særlig dersom instruksene eller lovbestemmelsene som regulerer ervervelsen av beviset er til for å sikre dets pålitelighet.

I tillegg har utvalget uttalt at det i fremtiden bør legges vekt på en lovformelig prosess når en skal vurdere om det skal foretas en bevisavskjæring. Utvalget mener at det bør foretas en

¹⁴⁵ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

¹⁴⁶ NOU 2016: 24, s. 272.

¹⁴⁷ NOU 2016: 24, s. 273.

¹⁴⁸ NOU 2016: 24, s. 273.

bevisavskjæring i de tilfeller hvor sentrale regler som verner om individets frihet og privatliv brytes under etterforskningen eller rettergangen. Unntak fra dette må ha en overbevisende begrunnelse.¹⁴⁹

Utvalget har i tillegg tatt opp problemstillingen om ulovlige eller utilbørlige bevis som er i mistenktes favør.¹⁵⁰ De mener at det å begrense adgangen for tiltalte i å fremlegge bevis, selv om de er ulovlig eller utilbørlig ervervet, harmonerer dårlig med det idealet om at konstateringen av straffeansvar er bygget på korrekt faktum og juss. De viser til strpl. § 119 tredje ledd som et uttrykk for dette idealet. De foreslår også at det innføres en generell regel om å gjøre unntak fra bevisforbud når det er nærliggende fare for at mistenkte kan bli uriktig eller for strengt straffet.¹⁵¹

De nevner, som tidligere nevnt i denne fremstillingen¹⁵², at begrensninger i tiltaltes adgang til å føre frifinnende eller formildende bevis vil kunne stride med Grunnloven og EMK art. 6. At det derfor burde være en videre adgang til å gjøre unntak for frifinnende bevis i en ny straffeprosesslov. De påpeker imidlertid at et videre eller snevre unntak fra bevisavskjæringen i tiltaltes favør vil kunne svekke og uthule de hensyn som reglene som tilsier et bevisforbud ivaretar.¹⁵³

¹⁴⁹ NOU 2016: 24, s. 273.

¹⁵⁰ NOU 2016: 24, s. 275, punkt 13.3.7.

¹⁵¹ NOU 2016: 24, s. 276.

¹⁵² Se fremstillingens punkt 5.2.5 om bevis i tiltaltes favør eller disfavør.

¹⁵³ NOU 2016: 24, s. 276.

10.2 Avsluttende bemerkninger

Avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffeprosessen er en vurdering hvor det er en rekke momenter og hensyn som må vektlegges før en avgjør om det skal foretas en bevisavskjæring. Med så mange momenter er det vanskelig å trekke ut noe generelt om vurderingen som må foretas.

Det enkleste en kan slutte seg til for vurderingen er at gjentakelse eller fortsettelse av den krenkelsen som ble gjort ved ervervelsen medfører i hovedsak en bevisavskjæring. Dette fremkommer klart av Verksbetjent-dommen og Gatekjøkken-kjennelsen.

Ellers kan det se ut til at hovedregelen om at beviset føres til tross for at det er ulovlig eller utilbørlig ervervet står sterkt. I de kjennelsene og dommene som er gjennomgått har bevisene i all vesentlighet blitt tillatt ført. Det som ble vektlagt som argument for føringen var sakens opplysning, den materielle sannhet og sakens alvorlighetsgrad.¹⁵⁴

På den andre siden har hovedregelen måtte vike i tilfeller hvor det er brudd på sentrale straffeprosessuelle bestemmelser som vernet mot selvinkriminering, grove krenkelser, hvor politiet har brutt sentrale straffeprosessuelle grunnprinsipper, eller brutt instruks for bevisinnhenting som sikrer kvaliteten av beviset.¹⁵⁵ I enkelte av disse sakene hvor beviset ble avskåret som følge av slike brudd var beviset sentralt for å kunne domfelle, eksempelvis Rt. 2000 s. 1223.¹⁵⁶

Dermed kan en si at vurderingen om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres, er en vurdering hvor ønsket om å finne den materielle sannhet blir satt opp mot ønsket om å verne mot krenkelser som blir begått. Som oftest må krenkelsen ervervet medførte vike for ønsket om å finne sannheten, men bare dersom det ikke er snakk om grove krenkelser.

For tiltalte er hovedregelen ved ulovlig eller utilbørlige ervervede bevis ikke bare en ulempe. Som nevnt i punkt 5.2.5 har ønsket om å oppnå et materielt riktig resultat den fordel for tiltalte at det er en lavere terskel for å godta føringen av bevis som de har ervervet ulovlig eller utilbørlig. Dette fordi det potensielt kan frikjenne eller redusere straffen for tiltalte.

¹⁵⁴ Se blant annet Rt. 2013 s. 476, Rt. 2003 s. 1814, Rt. 1992 s.698, Rt. 2006 s. 582 og Rt. 2009 s. 1526.

¹⁵⁵ Se blant annet HR-2017-1894-U, Rt., 1994 s- 1139, Rt. 2001 s. 1476 og Rt. 2000 s. 1223.

¹⁵⁶ Se fremstillingens punkt 5.2.4 for en gjennomgang av faktum.

Den samme hovedregelen om at bevis kan føres til tross for at det er ulovlig eller utilbørlig ervervet gjelder også for avledede beviser. Det gjøres imidlertid unntak for tilfeller hvor de avledede bevisene enten forsøker å omgå det avskårede beviset, eller bryter med sentrale bestemmelser innenfor straffeprosessen, for eksempel Grunnloven eller menneskerettigheter.

Det som kan bli interessant er hvordan hovedregelen om føringen av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis vil bli i fremtiden. Som det fremgår i punkt 10.1 er det et ønske om å vektlegge disiplineringshensynet mer i fremtiden når en skal vurdere en eventuell bevisavskjæring.

Det er for så vidt forståelig at en ønsker å vektlegge dette hensynet mer i fremtiden på bakgrunn av at det er blitt enklere for politiet og påtalemyndigheten å innhente bevis gjennom moderne teknologi. En kan spørre seg om vektleggingen av dette hensynet vil kunne komme på bekostning av søken etter den materielle sannhet, som er et sentralt prinsipp i strafferetten.

I tillegg vil det muligens stride mot allmenhetens rettsfølelse at et sentralt bevis i en straffesak avskjæres for å disiplinere, og resultatet blir at tiltalte går fri som følge av avskjæringen. Det kan tenkes at det ikke var noen annen måte å erverve det sentrale beviset på enn å bryte med de bestemmelsene som regulerer ervervelsen for å oppklare saken.

På den annen side vil den tyngre vektleggingen av disiplineringshensynet kunne ha en oppdragende effekt på politiet og påtalemyndigheten til å ikke bryte med bestemmelsene som regulerer ervervelsen av bevis. Særlig i de tilfeller hvor det krenker personers privatliv.

Ulovfestet bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffeprosessen er et omfattende tema. Fremstillingen har vært et forsøk på å gi en oversiktlig fremstilling av gjeldende rett på området, og å ta med sentrale emner innenfor temaet. Med den utredningen som foreligger til en ny straffeprosesslov blir det spennende å se hvordan utviklingen på rettsområdet vil bli i fremtiden.

11. Referanser

11.1 Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, 1. opplag, 2018 Bergen.

Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund, Sverre Erik Jebsen (red.), *Bevis i straffesaker, Utvalgte emner*, 1. utgave, 3. opplag, 2017 Oslo.

Kolflaath, Eivind, *Bevisbedømmelse i praksis*, 1. utgave, 2013 Bergen.

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

Øyen, Ørnulf, *Bevisforbud der politiet eller retten ikke har overholdt plikten til å orientere om straffeprosessloven § 122 – en kommentar til nyere praksis fra Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg*, Tidsskrift for strafferett nr. 2, s. 172–183, 2010a Oslo.

Øyen, Ørnulf, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?*, Lov og Rett, vol. 49, 7, s. 423-438, 2010b Oslo.

Øyen, Ørnulf, *Retten kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker*, Tidsskrift for strafferett nr. 2, s. 198 – 235, 2013 Oslo.

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, 1. utgave, 2016 Bergen.

11.2 Lovgivning

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

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

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

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

11.3 Forarbeider

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

NOU 2001: 32 B, Rett på sak.

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

NOU 2016: 24 Ny Straffeprosesslov.

11.4 Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, EMK).

11.5 Rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Schenk mot Sveits (10862/84), dom av 12. Juli 1988

Khan mot Storbritannia (35394/97), dom av 12. mai 2000.

P.G og J.H mot Storbritannia (44787/98), dom av 25. september 2001.

Jalloh mot Tyskland (54810/00), dom av 11. juli 2006.

Gäfgen mot Tyskland (22978/05), dom av 1. juni 2010.

11.6 Norsk rettspraksis

Rt. 1991 s. 616.

Rt. 1991 s. 1096.

Rt. 1992 s. 698.

Rt. 1992 s. 1088.

Rt. 1994 s. 1010.

Rt. 1994 s. 1139.

Rt. 1996 s. 1114.

Rt. 1997 s. 1778.

Rt. 1998 s. 1182.

Rt. 1999 s. 1269.

Rt. 2000 s. 1223.

Rt. 2001 s. 668.

Rt. 2001 s. 1476.

Rt. 2002 s. 1744.

Rt. 2003 s. 549.

Rt. 2003 s. 1814.

Rt. 2004 s. 858.

Rt. 2004 s. 1561.

Rt. 2005 s. 907.

Rt. 2006 s. 582.

Rt. 2007 s. 10.

Rt. 2007 s. 920.

Rt. 2008 s. 44.

Rt. 2009 s. 1526.

Rt. 2013 s. 476.

HR-2017-1894-U.

LB-2018-155792.