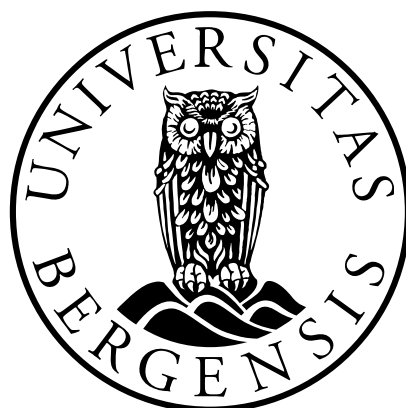


Avskjæring av ulovlig ervervede bevis

*Særlig om beviskravet for at det har skjedd en
ulovlig bevisinnhenting*

Kandidatnummer: 278

Antall ord: 11830



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2015

«Evidence is the basis of justice: you exclude evidence, you exclude justice»

- Jeremy Bentham.¹

¹ Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence*, Vol. IV, London 1827, s. 490.

Innhold

Innhold	2
1 Innledning.....	3
2 Når er bevis innhentet ulovlig.	5
2.1 Definisjon	5
2.2 De ulike grunnlagene for at bevis er innhentet ulovlig.	7
3 Når bevis avskjæres grunnet den ulovlige innhenting?	11
3.1 Innledning.....	11
3.2 Hensyn som kan tale for unntak fra hovedregelen om fri bevisføring.....	14
3.2.1 Fortsatt krenkelse	14
3.2.2 Hensynene i den konkrete interesseavveiningen.....	16
3.2.2.1 Prinsipielle hensyn	17
3.2.2.2 Konkrete hensyn i den enkelte sak.....	20
3.2.3 Årsakssammenheng mellom handlingen og det aktuelle beviset.....	24
3.3 Politiprovokasjon - i en særstilling.....	27
3.3.1 Virkningen av overskridelsen av grensene for politiprovokasjon.....	28
3.4 Virkningen av at et bevis som skulle vært avskåret har blitt tillatt ført.	29
4 Beviskravet for at det har skjedd en ulovlig bevisinnhenting	30
Litteraturliste	36

1 Innledning

Målet for enhver rettsavgjørelse er å oppnå et riktig rettslig resultat, og for å klare dette, må man basere avgjørelsen på et faktum som ligger så nært opp til den materielle sannheten som mulig.² Denne søken omtales gjerne som sannhetsidealet³. Bevis har ofte en helt sentrale rolle i å oppnå dette målet, da de kan si mye om de faktiske forholdene i saken. Derfor har vi som utgangspunkt et prinsipp om fri bevisføring i norsk rett, noe som innebærer at enhver part kan føre de bevis de måtte ønske til støtte for sin sak.⁴

Men bevis kan også ha svakheter i form av at de er misvisende eller mindre pålitelige, det er da opp til den dommeren som får dem presentert, å gi dem sin fortjente tyngde i kraft av sin frie bevisbedømmelse. Men i noen tilfeller vil måten bevisene er innhentet på, medføre at gode grunner taler for at det ikke vil være forsvarlig å la dem bli ført for retten, da ikke den frie bevisbedømmelsen kan anses tilstrekkelig til å bøte på de feil og mangler som er begått.

Hvis retten kommer til at et eller flere beviser må avskjæres for bruk, vil dette gå på bekostning av sannhetsidealet, og det er derfor naturlig at det er strenge regler for når dette kan gjøres.

I sivile saker finnes det slike regler som åpner for avskjæring av beviser i tvistelovens (tvl.)⁵ kapittel 22, dersom de nærmere vilkårene i bestemmelsene er oppfylt. Dette gjelder blant annet der føring av bevisene består av taushetsbelagt informasjon eller forretningshemmeligheter.⁶ I strafferetten finner man tilsvarende regel for taushetsbelagt informasjon i straffeprosessloven (strpl.)⁷ § 119, samt at man i enkelte tilfeller kan avskjære bevis som etter lovgivers oppfatning er upålitelige. Dette kan være skriftlige erklæringer om tiltaltes ellet et vitnes gode eller dårlige navn og rykte.⁸

² For sivile saker se blant annet Henry John Mæland, *Kort prosess*, 3. Reviderte utgave 2013 s. 167 og for straffesaker Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utg, Oslo 2009 s. 6 og Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2003, s. 167-170.

³ Se Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, 2012 kap 4.3, s. 226 flg.

⁴ Se punkt 3.1

⁵ LOV-2005-06-17-90, Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

⁶ Se tvisteloven §§ 22-3 og 22-10.

⁷ LOV-1981-05-22-25, Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

⁸ Se strpl. § 301, 1. Ledd 2. Pkt og § 134 siste ledd.

Et annet grunnlag som åpner for å avskjære et eller flere bevis, er der dette er innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte. Innenfor sivilretten følger dette nå av tvisteloven § 22-7, og som jeg kommer tilbake til senere, åpnes det også for dette på ulovfestet grunnlag innenfor strafferetten.⁹ Men dette utgangspunktet gir ikke mer enn en hjemmel for at avskjæring på dette grunnlaget kan skje, og sier ikke noe videre om vilkårene som må oppfylles for at en slik avskjæring kan eller burde foretas. Jeg vil derfor i denne oppgaven prøve å si noe mer konkret om når dette kan anvendes som avskjæringsgrunnlag med utgangspunkt i rettskildebildet slik det er per i dag. Da spørsmålet ikke er lovregulert, må det besvares med grunnlag i forarbeider, juridisk teori og rettspraksis på området.

Oppgaven vil ta for seg bevis til bruk ved rettsavgjørelser for domstolene, og vil derfor være avgrenset mot utenrettslige formål. En annen naturlig avgrensning kunne vært kun å ta for seg spørsmålet innenfor strafferetten eller sivilretten, men da problemstillingen er lagt til grunn å i stor grad være fellesprosessuelt og vurderingstemaene ofte tilsvarende, har jeg valgt å behandle spørsmålet samlet for begge rettsområdene.¹⁰ Det vil selvfølgelig være variasjoner, spesielt grunnet beviskravet som skiller de to, og der dette vil ha betydning for vurderingstemaet, vil det bli presisert.

Jeg vil nå først se på hva som kan skape grunnlaget for at bevis er innhentet ulovlig, før jeg går over i en mer generell drøftelse av om og når dette eventuelt kan medføre avskjæring av det aktuelle beviset. Dette fordi det er nødvendig for avskjæringsspørsmålet først å ha kommet til om det i det hele tatt kan være aktuelt å anse beviset som innhentet ulovlig eller ikke. Jeg vil deretter se på politiprovokasjon og behandling av spørsmålet om ulovlig bevisinnhentning på dette grunnlaget, samt hvilken virkning dette får.

Til slutt vil jeg forsøke å se på hvilket beviskrav som legges til grunn for å anse om et bevis er innhentet ulovlig eller ikke. Jeg mener man burde være seg bevisst denne problemstillingen da det grunnet avskjæringsreglene som jeg vil behandle her, kan ha konsekvenser for hva som skal danne grunnlaget for den materielle sannhet domstolene skal ta som utgangspunkt for sine rettslige avgjørelser.

Dette spørsmålet er per i dag i begrenset grad problematisert i teorien og rettspraksis, men det foreligger et par avgjørelser der det har blitt drøftet noe rundt dette, og jeg vil derfor ta utgangspunkt i disse ved behandlingen.

⁹ Se punkt 3.1

¹⁰ Se punkt 3.2

2 Når er bevis innhentet ulovlig.

2.1 Definisjon

Når det kommer til spørsmålet om avskjæring av bevis, benyttes oftest uttrykket «ulovlig innhenting» i teori og rettspraksis.¹¹ Ordlyden taler gjerne for at innhentingens således må være i direkte strid med en lovbestemmelse for at man skal kunne snakke om avskjæring.

På den annen side kan ordlyden «ulovlig» rent språklig tolkes til å dekke alt som er «rettsstridig» og således omfatte alle former for bevisinnhentinger som er i strid med en eller annen rettsregel, det være seg en konkret lovbestemmelse, ulovfestet rett eller et allment prinsipp. Tilfeller der innhentingens kun strider mot et allment prinsipp, kan være der politiet foretar en bevisinnhenting som er i strid med legalitetsprinsippet. Her vil innhentingens ulovlighet i så fall ha grunnlag i en manglende hjemmel, og ikke fordi den strider mot en konkret lovbestemmelse.

Bratholm legger til grunn sistnevnte forståelse av ordlyden og uttaler blant annet at «*En fremgangsmåte vil kunne være ulovlig selv om det ikke er noe uttrykkelig forbud mot den*».¹² Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er den samme forståelsen også lagt til grunn i senere teori og rettspraksis både innenfor sivil- og strafferetten.¹³

I sivile saker følger det nå av tvisteloven § 22-7 at «retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte». Da bestemmelsen benytter ordet «utilbørlig», viser dette til at det ikke kun gjelder bevis innhentet i strid med en konkret lovbestemmelse.¹⁴

I Rt. 1997 s. 795, som er en sivil kjennelse fra før den nye tvisteloven var trådt i kraft, legges det til grunn at «*Den ulovfestete adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min*

¹¹ Se blant annet Anders Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydningen av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, TfR 1959 s. 109-132, Schei m.fl., *Tvisteloven Bind II*, 2007, s. 1098-1099, Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 1991 s. 616.

¹² Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 111

¹³ Se punkt 2.2

¹⁴ Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014, s. 845.

oppfatning rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling.» Grunnlaget for uttalelsen var at Høyesterett kom til at morens opptak av barnas samtale med faren ikke utgjorde et brudd på strl. § 145a, men beslutt at opptaket uansett måtte avskjæres for bruk som bevis i den aktuelle saken. Begrunnelse i dette tilfellet var at denne typen skjulte opptak ofte vil «*være illojale og støtende*», og derfor være grunnlag for en bevisføring som den annen part som utgangspunkt har «*krav på å bli beskyttet mot*».

På dette området er således lovfesting i tvl. § 22-7 kun en videreføring av den tidligere praksis innenfor sivilretten, noe som også blir presisert i forarbeidene til loven der utvalget uttaler at de med innføring av bestemmelsen tar «*sikte på å videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger.*»¹⁵

På strafferettens område er det ikke en tilsvarende bestemmelse, men som jeg kommer til nedenfor, er det klart at det også her åpnes for en avskjæring av bevis innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte basert på ulovfestet rett med grunnlag i rettspraksis og forarbeider.¹⁶

Spesielt innenfor strafferetten ser det ut til at man ikke har oppstilt noe betydningskille mellom uttrykkene «utilbørlig» og «ulovlig» innhentning da man i enkelte avgjørelser, slik som i Rt. 2007 s. 920, bruker dem om hverandre.¹⁷ I denne dommen uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg i avsnitt 50 at «*spørsmålet er om disse dokumentene skal tas ut av saken fordi de er ervervet på utilbørlig måte*» for deretter å besvare dette spørsmålet i avsnitt 52 ved å legge til grunn at «*dokumentene er ervervet på ulovlig måte*».

Det kan stilles spørsmål om ordlyden «utilbørlig» er ment å innbefatte mer enn det som er «rettsstridig» slik at det også omfatter tilfeller som egentlig er rettmessige, men som er vanskelige å akseptere som grunnlag for bevisinnhentning. Men Justisdepartementet ser ut til å forutsette at «utilbørlig» ikke er ment til å omfatte disse tilfellene, og uttaler under overskriften «Til § 22-7 Forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte» at «*Paragrafen kodifiserer en ulovfestet regel om rettens adgang til i særlige tilfeller å avskjære bevis som er ervervet på en ulovlig måte.*»¹⁸ Denne forståelsen blir også lagt til grunn av Schei m.fl. som forstår «utilbørlig» som en henvisning til brudd på «rettsordens adferdsnormer.»¹⁹

¹⁵ NOU 2001:32, *Rett på sak*, Bind B, s. 961

¹⁶ NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon straffeprosessloven) s. 197

¹⁷ Se også Rt. 2002 s. 1500

¹⁸ Se ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 459.

¹⁹ Se Schei m.fl., *Tvisteloven*, Bind II, Universitetsforlaget 2007 s. 1098.

Jeg vil derfor i det følgende kun anvende begrepet «ulovlig» innhenting, dette vil da også innbefatte det som etter tvisteloven § 22-7 omtales som «utilbørlig».

2.2 De ulike grunnlagene for at bevis er innhentet ulovlig.

Før man kan bevege seg over i spørsmålet om et bevis kan avskjæres, må man først konstatere om beviset er innhentet på en slik måte at det utgjør en ulovlig bevisinnhenting. Torgersen viser til at man i denne avklaring må se på om det ved bevisinnhenting foreligger et brudd på en «beviservervsnorm». Med det menes en rettslig norm som regulerer grensen for lovlig beviserverv.²⁰ Denne avklaringen må behandles som et prejudisielt rettsforhold som grunnlag for avskjæringsspørsmålet, og omfattes således ikke av rettskraften til bevisavskjæringsavgjørelsen.

Hvis man skal avgjøre om et bevis er innhentet ulovlig, må man se på de rettsreglene som sier noe om den handlingen som ble gjennomført ved innhenting. De klareste tilfellene her vil være der innhenting skjer på en måte som er i strid med en lovbestemmelse eller en forskrift gitt med hjemmel i lov. Dette kan eksempelvis være innhenting ved handlinger som er straffverdige etter straffelovens bestemmelser.

For politiets etterforskning reguleres mye av innhenting av bevis gjennom lovbestemmelser i straffeprosesslovens fjerde del.²¹ Brudd på disse bestemmelsene medfører ikke direkte at innhenting er straffverdig, men hvis vilkårene for handlingene etter disse bestemmelsene ikke er oppfylt, vil handlingene kunne være straffbare etter straffelovens bestemmelser. Der for eksempel politiet foretar husransakelse uten at vilkåret om mistanke etter strpl. § 193 er oppfylt, kan det etter omstendighetene foreligge en straffbar handling i form av innbrudd, etter straffeloven (strl.)²² § 147 eller § 116.

Men det følger av rettspraksis at det ikke er noe krav om at bevisinnhenting må være straffverdig for at den skal anses om ulovlig. Dette ble presisert i Rt. 1991 s. 616, der spørsmålet var om et bevis i form av hemmelig video-overvåking av de ansatte på arbeidsplassen kunne føres. Førstvoterende uttaler i relasjon til dette at «*Jeg nevner allerede her at bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om*

²⁰ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 2009 s. 5

²¹ LOV-1981-05-22-25, Lov om rettergangsmåten i straffesaker

²² LOV-1902-05-22-10, Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant.»

Her legges det altså til grunn at selv om skyldkravet for den rettstridige handlingen ikke er oppfylt, slik at handlingen ikke er straffverdig, vil handlingen i seg selv uansett kunne medføre at beviset er innhentet ulovlig. Med andre ord er en objektiv overtredelse av bevisinnhentingsnormen derfor tilstrekkelig. Trolig er grunnen til dette at man ved bevisavskjæringsspørsmålet ikke skal konstatere skyld hos den som har innhentet beviset, da det kun er snakk om en avveining av ulike prosessuelle hensyn i saken mot den tiltalte eller den aktuelle part i en sivil sak.

Vider setter Påtaleinstruksen²³, som er en forskrift gitt med hjemmel i straffeprosessloven, rammer for politiets etterforskningsmetoder. Innhenting av bevis med brudd på disse bestemmelsene vil således også kunne medføre at beviset er innhentet ulovlig.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)²⁴ oppstiller også rammer for hvordan bevis kan innhentes. Dette er blant annet forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff i art. 3, og bestemmelsene i art. 8 om privatlivets fred. Bevis innhentet ved bruk av tortur vil aldri kunne brukes, da rettssaken ikke lenger kan anses som «fair» etter EMK art. 6. Dette er lagt til grunn i blant annet Gäfgen v. Tyskland.²⁵ Om det samme gjelder for bevis fremskaffet gjennom nedverdiggende behandling er ikke avklart.²⁶

Ved bruk av innhentingemetoder som strider mot øvrige bestemmelser i EMK, da særlig art. 6 og 8, er EMDs tilnærming at det må foretas en helhetsvurdering for å avklare om bruken av det aktuelle beviset krenker den mistenktes rett på en «fair...hearing» etter art. 6 nr. 1. Ved denne vurderingen har de vist til at blant annet krenkelsens grovhet, i hvilken grad krenkelsen har svekket bevisets pålitelighet og hvor sentralt beviset var i forbindelse med domfellelse av klageren vil være sentrale momenter.²⁷

²³ Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679, om ordning av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

²⁴ Innkorporert i norsk lov ved LOV-1999-05-21-30, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

²⁵ Gäfgen v. Germany, 1. juni 2010 (Storkammer). Denne tolkningen av dommen for støtte av Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011, s. 422 og Ørnulf Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?*, Lov og Rett 07/2010, s. 428.

²⁶ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, s. 422.

²⁷ Øyen, *I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?*, s. 428, som viser til blant annet Khan v. UK, 1. mai 2000, avsnitt 34-38 og P.G and J.H v. UK, 25. september 2001, avsnitt 76-80.

Videre uttaler EMD i «The Schenk case»²⁸ at «*While artical 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence of such, which is therefore primarily a matter of regulation under national law*».

EMK art. 6 nr.1 setter således ikke en absolutt stopper for at bevis innhentet i strid med andre bestemmelser en forbudet mot tortur etter art 3. tillates ført. Og viser til at spørsmålet i hovedsak må behandles etter nasjonal lov.

Noe som ble lagt til grunn i «Treholtkjennelsen»²⁹ der kjæremålsutvalget viser til «The Schenk case» og uttaler at de «*ikke [kan] se at det er i strid med EMK art. 6 at bevis som er ervervet ved en ulovlig eller straffbar fremgangsmåte, etter en nærmere vurdering blir tillatt ført. »*

Det ble også i NOU 2001:32, Bind B s. 962 antatt at den praksis som har utviklet seg i norsk rett når det kommer til avskjæring av ulovlig innhentet bevis er i samsvar med EMK art. 6 nr. 1.

Også legalitetsprinsippet, som nå er kommet til uttrykk i Grunnloven³⁰ § 113, setter grenser for når en bevisinnhenting kan anses lovlig eller ikke. Blant annet vil politiets etterforskningsmetoder kunne være av en slik art at de utgjør et inngrep overfor den mistenkte, og derfor ikke kan utføres uten hjemmel i lov.

I Rt. 1984 s. 1076 hadde politiet trådt inn i en mistenkts telefonkontakt med utenlandsk narkotikaleverandør og avtalt levering av et parti amfetaminsulfat i Norge. Politiets etterforskningsmetode med provokasjonstilsnitt ble her etter en helhetsvurdering ansett forsvarlig, men førstvoterende uttaler i et obiter dictum at «*i og for seg er det klart at enkelte etterforskningskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves hjemmel i lov.*»

Således vil beviset måtte anses innhentet ulovlig der det er gjort på en måte som etter legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov, og der dette ikke foreligger.

²⁸ *Schenk v. Switzerland*, 12. july 1988 (46)

²⁹ Rt. 1992 s. 698

³⁰ LOV-1814-05-17, Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Grunnet personvern hensyn er det også en del lovtekster av forvaltningsrettslig karakter som oppstiller regler som kan føre til at innhenting av bevis er ulovlig. Dette kan blant annet være der beviset er hentet fra lagrede personopplysninger som omfattes av personopplysningsloven³¹, og vilkårene etter § 8 ikke er oppfylt for lagring av den aktuelle informasjonen.

³¹ LOV-2000-04-14-31, Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

3 Når bevis avskjæres grunnet den ulovlige innhenting

3.1 Innledning

Utgangspunktet i norsk rett er at vi har fri bevisføring. Dette innebærer at man fritt kan føre alle bevis man ønsker for å styrke sin sak. Dette utgangspunktet er lovfestet innenfor sivilretten, der det følger av tvisteloven § 21-3 at «*partene har rett til å føre de bevis de ønsker*». Videre i bestemmelsen vises det til innskrenkninger i denne retten etter §§ 21-7, 21-8 og kap. 22 i loven. Mange av bestemmelsene er av praktisk karakter, og derfor ikke av betydning for problemstilling som behandles her.

Det finnes ikke en tilsvarende bestemmelse om fri bevisføring i straffeprosessen, men at dette prinsippet også gjelder her, er sikker rett, og er lagt til grunn gjennom en rekke rettsavgjørelser, blant annet i Rt. 1991 s. 616, der førstvoterende uttaler at «*Etter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetningen er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar*».

Som jeg har vært inne på innledningsvis i oppgaven, er grunnlaget for dette utgangspunktet å sikre en korrekt dom, gjennom å belyse alle sider av saken i størst mulig grad, slik at man kommer nærmest mulig den «materielle sannhet».³² Innenfor strafferetten er dette prinsippet lovfestet i strpl. § 294 som plikter retten til å påse at saken er «fullstendig opplyst» før man fatter eventuell dom.

Men for sivilretten oppstiller bestemmelsene i tvl. kapitel 22 noen unntak for den frie bevisføringen, herunder § 22-7. Som jeg også nevnte innledningsvis, oppstiller denne et bevisavskjæringsgrunnlag i de tilfeller der beviset er «*skaffet til veie på utilbørlig måte*». Men i forarbeidene til bestemmelsen presiseres det at dette er en unntaksregel med «*forholdsvis snevert anvendelsesområde*».³³ Dette kommer også frem ved at det i lovteksten heter at dette kan gjøres i «*særlige tilfeller*». Ordlyden tilsier derfor at hovedregelen er at beviset kan føres

³² Se Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utg, s. 6 og Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, s.167-168.

³³ NOU 2001: 32, *Rett på sak*, Bind B, s. 961.

til tross for ulovligheten og det at beviset er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte, kun utgjør et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for bevisavskjæring.³⁴

Selv om straffeprosessloven ikke inneholder noen bestemmelse som regulerer avskjæringen av ulovlig ervervede bevis, følger det av forarbeidene til loven at det «*Etter komiteens mening lar det seg ikke [gjøre å] gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis[...]Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte*».³⁵

Selv om utgangspunktet er at beviset må kunne føres til tross for den eventuelle prosessuelle feilen innhenting utgjør, åpner altså komiteen for at bevis kan avskjæres i noen tilfeller. Når de viser til «*lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel*», må det dermed gjøres en konkret vurdering ut fra de hensynene som ligger bak den regel som er blitt brutt ved innhenting av det aktuelle beviset sett opp mot de hensynene som taler for å kunne tillate at beviset blir ført. Man ble altså stående ved å overlate løsningen til teori og praksis på samme måte som tidligere.³⁶

Bratholm uttaler at «*Spørsmålet må avgjøres ved en vurdering av omstendighetene i det enkelte tilfellet*».³⁷ At det må foretas en slik konkret vurdering er også lagt til grunn av Høyesterett i en rekke avgjørelser i senere tid.³⁸

Både innenfor strafferetten og sivilretten lar det seg derfor ikke oppstille noen klare regler om når det er grunnlag for å gå vekk fra hovedregelen om at beviset skal føres til tross for den ulovlige innhenting. Men når avgjørelsen av om beviset skal avskjæres eller ikke må gjøres helt konkret i hver enkelt sak, vil jeg forsøke å belyse noe mer generelt de hensyn som kan være av betydning for denne avgjørelsen, og hvordan Høyesterett har vektlagt disse i tilfeller der spørsmålet har kommet på spissen.

Det er i Rt. 2009 s. 1526 og i Skoghøy, *Tvisteløsning*, s. 847³⁹ lagt til grunn at selv om utfallet kan bli forskjellig i sivile saker og straffesaker, er vurderingstemaet det samme.

³⁴ Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave 2014, s. 846.

³⁵ Straffeprosesslovkomiteens innstilling s. 197, støttet i Ot. Prp nr. 35 (1978-79) s. 139.

³⁶ Joh. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utg, Oslo 2009 s. 241

³⁷ Bratholm, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*, s. 115

³⁸ Se bl. a. Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1994 s. 1139

³⁹ Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014

Dette medfører også at Høyesterett ved spørsmålet om avskjæring av bevis i sivile saker har sett til rettsavgjørelser som behandler spørsmålet innenfor strafferetten⁴⁰, og således legger til grunn at spørsmålet er fellesprosessuelt.⁴¹

Dette samsvarer godt med de hensyn som er nevnt i forarbeidene til straffeprosessloven⁴² samt den praksis som har utviklet seg gjennom rettspraksis innenfor strafferetten, før innføringen av bestemmelsen i tvisteloven, der Høyesterett i flere saker har uttalt at det ved avgjørelsen om avskjæring av bevis må legges vekt på både de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak.⁴³

Når adgangen til å føre bevis innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte i sivile saker nå er lovregulert i tvl. § 22-7, er det derfor naturlig å ta utgangspunkt i forarbeidene til denne bestemmelsen for å se hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, spesielt da disse bygger på rettspraksis angående spørsmålet og forarbeidene til straffeprosessloven.⁴⁴

Av Tvistemålutvalget ble det fremholdt i relasjon til bestemmelsen at *«hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning.»*⁴⁵

I forhold til hva som skal inngå i denne avveiningen, viste de til at hensynet til sakens opplysning og den betydning det har for å oppnå en materielt riktig avgjørelse talte for å tillate beviset ført selv ved ulovlig innhenting. Men at dette måtte veies opp mot det prinsipielt betenkelige ved å tillate denne typen bevis, at en avskjæring vil kunne virke preventivt, samt at det kan virke støtende å tillate beviset ført. Utvalget viser også til at å tillate beviset vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet, og mener dette er et hensyn som burde tillegges stor vekt.⁴⁶

⁴⁰ Se blant annet Rt. 2007 s. 920 og Rt. 2001 s. 668.

⁴¹ Se Schei m.fl., *Tvisteloven*, s. 1096 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 459.

⁴² NUT 1969: 3, s. 197

⁴³ Rt. 1999 s. 1269, Rt. 1991 s. 616 (s. 623) og Rt. 1994 s. 1139

⁴⁴ NOU 2001: 32, *Rett på sak*, Bind B, s. 960-962

⁴⁵ NOU 2001: 32, *Rett på sak*, Bind B, s. 961

⁴⁶ NOU 2001: 32, *Rett på sak*, Bind B, s. 961

Videre viser de til andre momenter, som om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, hvor alvorlig krenkelsen er, om beviset ville vært mulig å fremskaffe på en annen måte og til slutt om overtredelsen har betydning for bevisverdien.⁴⁷

Retten står i utgangspunktet helt fritt når det kommer til å vektlegge de ulike hensynene, men som jeg kommer til nedenfor, vil enkelte av dem vanligvis ilegges mer vekt med grunnlag i tidligere praksis og teori.

3.2 Hensyn som kan tale for unntak fra hovedregelen om fri bevisføring.

3.2.1 Fortsatt krenkelse

Om bruken av beviset vil utgjøre en fortsatt krenkelse av den rettsregel som er brutt ved innhenting av beviset, er som nevnt fremhevet av utvalget som et sentralt moment i spørsmålet om avskjæring av det aktuelle beviset.⁴⁸ Som jeg var inne på ovenfor, er det ikke nødvendig at det foreligger brudd på en lovbestemmelse for at det vil kunne være adgang til å avskjære beviset. Det samme gjelder her, slik at det er tilstrekkelig at innhenting utgjør et brudd på en bevisinnhentingsnorm.⁴⁹ Men for at noe skal kunne anses som fortsatt krenkelse, må «*bevisføringen innebære en krenkelse av samme karakter som den som fant sted ved beviservervet.*»⁵⁰ Man kan således ikke tale om fortsatt krenkelse der føringen av beviset vil utgjøre en krenkelse av en annen beskyttelsesverdig interesse enn den som ble krenket ved innhenting.

De klareste eksemplene på når føringen av beviset vil utgjøre en fortsatt krenkelse er der beviset består av taushetsbelagt informasjon⁵¹ eller har grunnlag i brudd på tiltaltes rett til å

⁴⁷ NOU 2001: 32, *Rett på sak*, Bind B, s. 961

⁴⁸ NOU 2001: 32B, *Rett på sak*, Bind B, s. 961

⁴⁹ Se punkt 3.1

⁵⁰ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, s. 132

⁵¹ Etter bladet annet strpl. §§ 118 og 119 og tvl. §§ 22-3 og 22-5

frstå fra selvinkriminering⁵², og denne informasjonen benyttes på nytt ved bevisføringen i retten.

Dette hensynet har gjennom rettspraksis utviklet seg fra kun å være et moment i avveielser om beviset skal avskjæres til å få vesentlig betydning for utgangspunktet for hele vurderingen.

Et eksempel på dette finner vi i Rt. 1991 s. 616, der sjefen på et gatekjøkken hadde foretatt hemmelig video-overvåkning av de ansatte på arbeidsplassen grunnet mistanke om at en av dem begikk underslag ved å unnlate å slå alle beløp inn på kassen for å beholde mottatte beløp selv. Ankespørsmålet for Høyesterett var om det forelå en saksbehandlingsfeil ved at Lagmannsretten hadde nektet opptaket ført som bevis. Høyesterett kom i denne saken frem til at det ikke forelå noen saksbehandlingsfeil ved at beviset var avskåret, og viste til at opptaket utgjorde «en alvorlig integritetskrenkelse», og at «vesentlige personvern hensyn taler for at domstolene nekter denne type beviser». I dette tilfellet kom retten således til at disse hensynene veide tyngre enn hensynet til sakens opplysning. Som grunnlag for å vektlegge disse hensynene viser retten til Straffeprosesslovkomiteens innstilling s. 197.⁵³

I senere avgjørelser har man tillagt dette momentet enda mer avgjørende vekt, slik som i Rt. 1999 s. 1269, som var en straffesak mot en fengselsbetjent som var mistenkt for å ha bistått fanger med å rømme fra fengselet. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett i denne saken var om det utgjorde en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten hadde tillatt ført påtalemyndighetens mest sentrale bevis, som besto av en «forklaring» fra tiltalte anskaffet ved bruk av skjult mikrofon. Høyesterett viste til at det er et «*grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus og har ikke noen plikt til å bidra til egen straffelse.*» I relasjon til at anvendelse av beviset ville utgjøre en fortsatt krenkelse, uttalte de at «*I tilfeller hvor føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført.*»⁵⁴

Som nevnt tidligere er hovedregelen at bevis skal tillates ført selv om det er gjenstand for en ulovlig innhenting.⁵⁵ Når Høyesterett her viser til at bevis som utgjør en fortsatt krenkelse skal «*normalt nektes ført*», har man således kommet til at der dette er tilfellet, må man ta utgangspunkt i en motsatt hovedregel. Avgjørelsen om et bevis vil utgjøre en fortsatt krenkelse eller ikke vil derfor kunne ha stor betydning for avskjæringsvurderingen. Hvis man

⁵² Etter strpl. § 232

⁵³ NUT 1969: 3 s. 197

⁵⁴ Viser til Rt. 1999 s. 1272, som igjen viser til FN-konvensjonen av 16. des 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) Art. 14 nr. 3 g), EMK Art. 6 nr. 1 og strpl. § 232.

⁵⁵ Se punkt 3.1

kommer til at beviset ikke utgjør en fortsatt krenkelse, følger det av dommen at spørsmålet «må bero på en interesseavveining», og denne vil da måtte tas med utgangspunkt i de hensynene som blir presentert nedenfor.

Når Høyesterett her bruker uttrykket «normalt», tyder det på at de holder døren åpen for at selv om beviset utgjør en fortsatt krenkelse, kan det i noen tilfeller bli tillatt ført etter en generell interesseavveining. Men det sies ingenting i dommen om i hvilke tilfeller dette kan bli aktuelt, og spørsmålet er heller ikke behandlet i senere avgjørelser. Det er derfor vanskelig å si noe konkret om når dette kan bli aktuelt, men Torgersen mener at dette kan være tilfellet der det er snakk om en mindre grov krenkelse ved beviserhvervet, og de øvrige avveiningsmomentene tilsier bevisføringsadgang.⁵⁶

3.2.2 Hensynene i den konkrete interesseavveiningen

Jeg vil her forsøke å si litt mer konkret om hvert av de enkelte hensynene som retten skal vektlegge i interesseavveiningen ved spørsmålet om et ulovlig ervervet bevis skal avskjæres fra bruk i den aktuelle saken. Det er vanskelig å si noe bestemt om hvilken vekt de ulike hensynene skal tillegges, da det ikke er uttalt noe om dette i forarbeidene og dermed overlatt til retten selv å ta stilling til. De rettsavgjørelser som foreligger sier lite konkret om vektingen som blir gjort, men der det er uttalt noe om dette, vil jeg ta med det ved behandlingen av det enkelte hensynet.

Det er viktig å presisere at det ikke er slik at alle hensynene vil være aktuelle i alle tilfeller, men det er fremhevet av Tvistemålsutvalget utredning⁵⁷ og gjennom rettspraksis⁵⁸ på generelt grunnlag at dette er hensyn som kan være aktuelle ved den avveiningen som må foretas for hvert enkelt tilfelle. Mange av hensynene vil overlappe hverandre til en viss grad, og man må derfor se til det konkrete tilfellet for å anvende dem som gjør seg mest gjeldende og passer best. Spesielt de mer generelle og prinsipielle hensynene, som jeg kommer til først, vil ofte være mer overordnet, og ikke alltid komme like eksplisitt frem i den enkelte avgjørelsen. De vil uansett være viktige da de omhandler meget viktige prinsipper i rettspleien.

⁵⁶ Runar Torgersen, *Ulovlig beviservert og bevisforbud i straffesaker*, PhD avhandling 2008, s. 143-144.

⁵⁷ NOU 2001: 32, *Rett på sak*, Bind B, s. 961

⁵⁸ Se bl. a. Rt. 1999 s. 1269, Rt. 1997 s. 795 og Rt. 2004 s. 1561 (kjennelse) avsnitt 22.

3.2.2.1 Prinsipielle hensyn

Sannhetsidealet / den materielle sannhet:

Som nevnt innledningsvis i oppgaven må hovedhensynet ved enhver rettsavgjørelse være at denne er så materielt riktig som mulig. En nødvendighet for å nå dette målet er da at avgjørelsen treffes med grunnlag i korrekt faktum. Det vil i mange tilfeller ikke mulig å nå en absolutt sannhet, og formålet med prosessreglene er da å komme så nært denne som mulig. Man taler da gjerne om å i størst mulig grad nå frem til den «materielle sannhet».⁵⁹

Måten å ivareta dette på, vil ofte være å la alle aspekter av saken bli belyst gjennom å tillate begge parter å føre de bevis de måtte ønske. Dette gir således en naturlig formodning om fri bevisføringsadgang⁶⁰, og utgjør et tungtveiende argument mot avskjæringen av aktuelle bevis grunnet en ulovlig innhenting,⁶¹ noe som også blir fremhevet i forarbeidene, der komiteen uttaler at «for å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse.»⁶²

Motvirke ulovlig innhenting:

Den handling som utføres ved den ulovlige innhenting av bevis kan i seg selv utgjøre en straffverdig overtredelse, eksempelvis ved at politiet foretar en husransakelse med manglende hjemmel. At politiet i disse tilfellene uansett skal kunne benytte de bevis man fant ved den aktuelle ransakelsen, kan derfor virke urimelig, og kanskje også være med å styrke en adferd fra myndighetsutøverne som er uønsket fra lovgivers side.

Men i Straffeprosesslovkomiteens innstilling⁶³ bemerkes at selv om hensynet for å motvirke ulovlig innhenting som argumentasjon for avskjæring har stått sentralt i andre land, blant annet USA, har det ikke samme vekt under våre forhold, og uttaler at «*Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken.*»

⁵⁹ Se blant annet, Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2001, s. 119-120.

⁶⁰ Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, s. 22

⁶¹ Rt. 2003 s. 1814 avsnitt 24

⁶² NOU 2001: 32, *Rett på sak*, s. 961

⁶³ NUT 1969: 3 s. 197

Her kan det selvfølgelig stilles spørsmål om hvor god løsning dette utgjør i praksis, da den medfører liten mulighet for kontroll fra utsiden. Videre er det en ting at man kan anse ulovlig myndighetsutøvelse som et problem med liten utstrekning i dag, men hvordan det vil være i fremtiden er ikke godt å si. Dermed kan det i mange tilfeller kanskje være fornuftig med en mer proaktiv tilnærming, gjennom blant annet å legge større vekt på dette hensynet ved bevisavskjæringsavveiningen.

Selv om disiplineringshensynet som grunnlag for avskjæring av bevis ikke står sentralt i Norge per i dag, betyr det ikke at det er helt avskåret som et moment i interesseavveiningen, og det kan virke som Høyesterett har gått i retning av å bli strengere rundt bevis innhentet på kritikkverdig måte innenfor sivilretten, og bevis innhentet ved ulovlig politiprovokasjon med hensyn til disiplinærhensynet.⁶⁴

Dette fremkommer innenfor sivilretten i Rt. 1997 s. 795 der høyesterett uttaler i relasjon til avskjæring av et bevis bestående av hemmelig opptak av telefonsamtale mellom om far og barn i en barnefordelingssak, at *«en adgang til å legge frem lydbånd/utskrift basert på hemmelig opptak i denne typen saker, vil kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene...som det er grunn til å motvirke.»*

Når det kommer til politiprovokasjon viser Strandbakken⁶⁵ til Rt. 1998 s. 407 og Rt. 2000 s. 1223 og uttaler at disse avgjørelsene kan være et *«illevarslende signal om at man er i ferd med å forlate den tradisjonelle linjen om at man ikke skal bruke bevisavskjæring el., for å motvirke uheldige metoder fra politiets side.»*

Befolkningens tillit til rettstaten:

For at rettsstaten skal kunne fungere, er det helt avgjørende at befolkningen har tillitt til den. Dersom bevis innhentet ulovlig skal få bli brukt fritt i retten, kan dette oppleves som lite tillitsvekkende, og således være gjenstand for å skade tiltrosforholdet. I forarbeidene til straffeprosessloven⁶⁶ bemerker derfor komiteen at det kan tale for avskjæring der *«det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler».*

⁶⁴ Innenfor sivilretten se også Rt. 1991 s. 616. (kjennelse).

⁶⁵ Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2001, s. 136.

⁶⁶ NUT 1969: 3 s. 197

På den annen side kan det sies at tilliten til domstolene hovedsakelig beror på befolkningens oppfatning av om de foretar riktig endelige avgjørelser. Hvis man da avskjærer bevis som kan være gjenstand for å bedre belyse det faktum det skal dømmes på, kan dette tenkes å kunne svekke befolkningens tiltro til den endelige avgjørelsens riktighet.

Det presiseres ikke hvilken vekt dette hensynet eventuelt skal tillegges for avskjæring, men med utgangspunkt i uttalelsen må det i hvert fall være grunnlag for at prinsippet anvendes som moment i den totale avveiningen.

Tiltaltes integritet og personvern i straffesaker:

En viktig side ved rettssikkerheten er at den tiltalte ikke skal utsettes for integritetskrenkelser. Med integritetskrenkelse menes krenkelsen av en persons selvrespekt eller menneskeverd.⁶⁷

Dette hensynet ble sterkt vektlagt i Rt. 1991 s. 616, der Høyesterett uttalte at «*Etter min mening taler vesentlige personvern hensyn for at domstolen nekter bruk av et bevis tilveiebrakt på denne måten.*» I dette tilfellet besto som nevnt det aktuelle beviset av hemmelig videoovervåkning av de ansatte på arbeidsplassen.

Hensynet ble i den saken brukt som moment i interesseavveiningen, men som nevnt vil nok dette hensynet i dag, etter gjeldende rettspraksis⁶⁸, gjerne være mer sentralt i spørsmålet om føring av beviset vil utgjøre en fortsatt krenkelse.

Et eksempel som er et uttrykk for dette hensynet, finner man i straffeprosessloven § 119. Her avskjæres taushetsbelagt informasjon fra å anvendes via vitneforklaringer i retten uten tiltaltes samtykke. Ved disse tilfellene har man ansett det viktigere å verne om den tiltro personer skal kunne ha til sin psykolog, lege, advokat osv. enn hensynet til at saken blir så godt belyst som mulig.

⁶⁷ Anders Bartholm, *Mistenktes eller siktedes vern mot integritetskrenkelse*, JV, hefte 6/7 1979 s. 232-249 (s. 233)

⁶⁸ Rt. 1999 s. 1269

3.2.2.2 Konkrete hensyn i den enkelte sak

Krenkelsens grovhet:

Man må også se til den handling som er utført ved tilegnelsen av det aktuelle beviset, hvilken bestemmelse denne eventuelt er i strid med og hvilken rettighet denne bestemmelsen er ment å beskytte. Jo mer graverende krenkelsen er, desto mer taler dette hensynet i retning av å avskjære det aktuelle beviset.

I «Fengselsbetjentdommen»⁶⁹ la Høyesterett vekt på at bruken av det skjulte opptaket som bevis utgjorde et brudd på det grunnleggende rettsstatsprinsippet om vernet mot selvinkriminering.⁷⁰

Det samme prinsippet var sentralt i Rt. 2003 s. 549. I denne saken hadde politiet foretatt avhør av den tiltalte i hans leilighet uten å informere han om hans prosessuelle rettigheter, herunder hans rett som mistenkt til å forholde seg taus etter straffeprosessloven § 232 og påtaleinstruksen⁷¹ § 8-1. I denne saken uttaler ikke Høyesterett seg direkte om avhøret som bevis skulle vært avskåret eller ikke, da spørsmålet for dem her var om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til dette, noe de svarte bekræftende til. Men da man kom til at dette ikke hadde betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, medførte det ikke til opphevelse av dommen, jf. straffeprosessloven. § 343.

I begge disse sakene er dette hensynet sett i sammenheng med at beviset vil utgjøre en fortsatt krenkelse, og i «Fengselsbetjentdommen»⁷² er det helt utslagsgivende for beslutningen til retten at det forelå en saksbehandlingsfeil ved føring av beviset i lagmannsretten. Det er derfor ikke mulig å skille disse hensynene helt fra hverandre, men det er heller ikke nødvendig, da man må se de i en naturlig relasjon til hverandre.

⁶⁹ Rt. 1999 s. 1269

⁷⁰ Strpl. § 232, SP Art. 6 nr. 3 g) og EMK art. 6 nr. 1

⁷¹ FOR-1985-06-28-1679, Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen)

⁷² Rt. 1999 s. 1269

Sakens alvorlighet:

Alvorligheten av den lovovertrædelsen det aktuelle beviset skal belyse, vil også være et viktig moment i denne avveiningen. Dette kom tydelig frem i Rt. 1992 s. 698 (s. 702-706.) Kjæremålsutvalget la her vesentlig vekt på at det gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart. Og de fant at det ikke utgjorde en saksbehandlingsfeil at et sentralt bevis i saken ble ført, selv om påtale og politi bevisst hadde gått utover dagjeldende regler vedrørende ransaking etter straffeprosesslov § 224 og § 225⁷³, for å fremskaffe det aktuelle beviset. I kjennelsen uttaler de at *«Et moment av vesentlig betydning av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold.»*

I den andre enden av skalaen ligger Rt. 2004 s. 858, som gjaldt trusler om vold fremsatt av en 16-åring. Spørsmålet for Høyesterett i denne saken var om det forelå en saksbehandlingsfeil ved at lagmannsretten tillot føring av politiforklaringen avgitt av 16-åringen uten verger tilstede, som bevis i saken. Dette svarte de benektende til, og vist blant annet til at *«det er i dette tilfellet ikke tale om en spesielt alvorlig sak»*.⁷⁴

I likhet med de andre hensynene som kan vektlegges ved avveiningen, er det ikke mulig å sette opp noen absolutte grenser for når dette skal tale i den ene eller andre retningen. Det er likevel klart ut fra rettspraksis at dette hensynet vil kunne få betydning for avveiningens utfall.

Bevisverdien av det aktuelle beviset:

Hvilken vekt det aktuelle beviset har i saken vil også kunne være et moment i avveiningen for om beviset skal avskjæres eller ikke. I noen tilfeller vil et enkelt bevis være helt avgjørende for sakens utfall, mens i andre saker kan det aktuelle beviset være et av mange, som samlet kan føre til en eventuell domfellelse eller frifinnelse.

Hvis beviset er helt avgjørende for saken, kan hensynet om å dømme utfra den materielle sannhet tale for at beviset ikke burde avskjæres, da man i så fall må se bort fra et helt avgjørende aspekt ved saken.

⁷³ LOV-1887-07-01-5, Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevet)

⁷⁴ Rt. 2004 s. 858 avsnitt 20

Samtidig kan føring av et helt sentralt bevis som er innhentet ulovlig, tenkes å stride mot kravet til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1. Denne problemstillingen ble tatt opp i «The Schenk case»⁷⁵ som gjald bruken av et ulovlig opptak av en telefonsamtale som bevis i straffesaken mot tiltalte. EMD la i denne saken vekt på at beviset utgjorde kun ett av mange mot tiltalte og bruken av det derfor ikke kunne anses å være i strid med kravet om rettferdig rettergang.

Det samme ble vektlagt i Rt. 1992 s. 698, der Kjæremålsutvalget bemerker at det aktuelle «pengebeviset» som ble hentet fra tiltaltes leilighet i strid med daværende regler⁷⁶ om ransaking, kun utgjorde «*ett av flere bevis som ble påberopt fra påtalemyndighetens side*» og lot dette da tale for at det ikke ble gjort en saksbehandlingsfeil ved at beviset ikke ble avskåret.

Om hensynet til rettssikkerheten eller hensynet til å dømme utfra et så godt belyst faktum som mulig skal være avgjørende, er det ikke mulig å gi et bestemt svar på, men det er i alle tilfeller et moment som det må tas stilling til i det enkelte tilfellet.

Bevisets troverdighet:

Det er mange grunner til at det aktuelle bevisets troverdighet er svekket, herunder blant annet måten det er innhentet på. De klareste tilfellene her er tilståelser og forklaringer gitt på grunnlag av ekstreme forhørsmetoder med fysisk og/eller psykisk tortur, som i alle tilfeller ikke vil være lovlig å anvende som bevis.⁷⁷

At dette hensynet kan vektlegges kommer direkte til uttrykk i Rt. 2003 s. 549 der Høyesterett uttaler at «*Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite å stole på...*» Sett i relasjon til prinsippet om å dømme ut fra den materielle sannhet, vil det også være gode grunner for å kunne avskjære et bevis som det kan festet liten tillit til.

⁷⁵ Schenk v. Switzerland, 12th July 1988

⁷⁶ Straffeprosessloven av 1887, § 225 annet ledd

⁷⁷ Slått fast i Gäfgen v. Tyskland (Storkammer), 1 June 2010, i relasjon til EMK Art. 6.

Hensynet til bevisets troverdighet må også anses å være bakgrunnen for strpl. § 92, annet ledd, som slår fast at det ikke er lov å benytte trusler, sjokkmetoder eller uriktige løfter fra politiets side for å fremskaffe forklaring fra siktede under avhør. Forklaringer fremskaffet med brudd på denne bestemmelsen vil således være tilegnet på ulovlig måte, og man må ta stilling til om beviset kan tillates brukt.

I kjennelsen Rt. 1994 s. 1139 tok Høyesterett stilling til om bevis i form av politiavhør med siktede kunne anvendes som bevis i en narkotikasak mot han. Det problematiske var at avhøret var foretatt i forbindelse med at han var siktet i en tidligere drapssak, som senere ble henlagt, og tiltalte mener at han ble lovet i avhøret at den informasjonen han gav ikke senere kunne bli brukt mot han.

Høyesterett kom i denne saken til at de ikke fant det overveiende sannsynlig at et slikt løfte var gitt under avhøret, men førstvoterende uttaler som et obiter dictum at «*jeg finner det som utgangspunkt vanskelig å akseptere at politiforklaringer som er avgitt under "et løfte om amnesti", skal kunne kreves opplest etter straffeprosessloven § 290*». Men presiserer videre at dersom man fant at slikt løfte var avgitt, måtte man uansett foreta en konkret vurdering for avskjæring.

Det er vanskelig å tolke om uttalelsen har direkte grunnlag i hensynet til bevisets troverdighet, men det kan tydes dithen at det i hvert fall vil være et moment i avveiningen.

Strandbakken gir uttrykk for at han i relasjon til dommen mener det samme må være utgangspunktet når det gjelder tilståelser eller forklaringer gitt ved bruk av tvang fra politiets side.⁷⁸

Hensynet til bevisets troverdighet kan til en viss grad ivaretas gjennom den frie bevisbedømmelsen, ved at domstolen tar dette med i betraktning når de tar stilling til bevisene ved domsavgjørelsen. Samtidig kan dette være problematisk da det i mange tilfeller vil være umulig for dommeren å ha et helt klart bilde av bevisets troverdighet hvis ikke omstendighetene rundt det er blitt belyst tilstrekkelig gjennom rettssaken. Således vil det muligens i mange tilfeller være bedre at hensynet blir ivaretatt gjennom en faktisk drøftelse av om beviset kan tillates ført i det hele tatt.

⁷⁸ Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2003, s. 184-185

3.2.3 Årsakssammenheng mellom handlingen og det aktuelle beviset.

Årsakssammenheng er naturlig å forstå som et krav om nødvendig betingelse, således i denne sammenheng at den ulovlige handlingen må ha vært en nødvendig betingelse for at det aktuelle beviset ble tilbudt til domstolen. Det kan da stilles spørsmål ved om det må foreligge en slik årsakssammenheng mellom beviset og den ulovlige innhenting for at avskjæring skal kunne bli aktuelt.

Den finnes ingen lovgivning som direkte regulerer spørsmålet, slik at det må tas utgangspunkt i det lille som finnes av rettsavgjørelser på området for å besvares. Når det gjelder teori rundt problemstillingen, viser Torgersen til at *«i den grad spørsmålet er behandlet i norsk teori, er det stort sett lagt til grunn nokså generelt at det ikke er grunnlag for å la ulovlighet i forbindelse med innhenting av bevis ”smitte” over på bevis som innhentes på grunnlag av den ulovlige ervervede informasjonen.»*⁷⁹ Han stiller seg imidlertid skeptisk til at spørsmålet kan løses fullt så *«generelt og så kategorisk»*.⁸⁰

Som jeg var inne på tidligere i oppgaven, må man for å avklare om et bevis er innhentet ulovlig se til den handling som er foretatt ved innhenting, om denne utgjør et brudd på en rettsregel.⁸¹ Når et slikt brudd på en rettsregel er en nødvendighet for å kunne anse et bevis for ulovlig innhentet og eventuell gjenstand for avskjæring, vil man ikke behøve å ta stilling til spørsmålet om årsakssammenheng, da dette naturlig vil foreligge. Bevis som er en slik umiddelbar følge av den ulovlige innhenting, omtales gjerne som primærbevis.⁸²

Mer interessant er spørsmålet når det kommer til avledede bevis, som er lovlige beviserverv, fremskaffet som en følge av et ulovlig ervervet bevis. Her vil det ikke nødvendigvis være en like klar årsakssammenheng mellom handlingen og det aktuelle beviset. Og spørsmålet blir da om slike avledede bevis skal tillates ført selv om man har avskåret primærbeviset grunnet den ulovlige innhenting. Denne problemstillingen er omtalt i teori og rettspraksis som et spørsmål om domino- eller smitteeffekt.⁸³

⁷⁹ Se Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, s. 182, der han viser til blant annet uttalelser av Andenæs og Strandbakken.

⁸⁰ Samme som over.

⁸¹ Se 2.2

⁸² Se Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, s. 174

⁸³ Se blant annet Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, s. 185, Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, s. 175 og Rt. 1997 s. 1778 (s. 1780)

At beviset isolert sett er innhentet lovlig ,og hensynet til å oppnå materielt riktig dom, taler for at slike avledede bevis burde tillates ført. På den andre siden taler hensynet til å motvirke ulovlig innhenting og omgåelsesbetraktninger for at beviset burde avskjæres, spesielt hvis det foreligger en klar årsakssammenheng til den handlingen som utgjorde den ulovlige innhenting.

I Rt. 1997 s. 1778 var en mann dømt i lagmannsretten for voldtekt av sin samboer. Problemstillingen for Høyesterett var om de bevis påtalemyndigheten hadde ført skulle vært avskåret, da de var et resultat av at en ansatt på sykehuset som hadde behandlet fornærmede, hadde brutt taushetsplikten sin. Det var her ikke den sykehusansattes uttalelser som var problematisert, men de bevis politiet hadde innhentet på grunnlag av den informasjonen de hadde fått. I dommen uttaler førstvoterende at *«Jeg er enig med lagmannsretten i at bruddet på taushetsplikten ikke kan ha som konsekvens at samtlige bevis i saken må anses som ulovlig ervervet (...) som allerede nevnt må de bevis som er en direkte følge av brudd på taushetsplikten i et slikt tilfelle avskjæres. Bestemmelsen i § 119 rekker ikke videre. Den rammer således ikke de bevis- vitneforklaringer mv.- som senere ble ervervet i denne saken.»* (s. 1781)

Her legges det dermed til grunn, med støtte i teorien⁸⁴, at beviset som utgjør en *«direkte følge»* av bruddet på taushetsplikten skal avskjæres⁸⁵, men at dette ikke gjelder for de øvrige beviser som er innhentet i ettertid. Dette kan dermed tyde på at det kun er de bevisene som har en klar årsakssammenheng til den aktuelle handlingen som er aktuelle for eventuell avskjæring.

Samtidig er det klart at politiet på det aktuelle tidspunktet ikke ville hatt kjennskap til voldtekten hvis ikke det var for bruddet på taushetsplikten, så det foreligger også en årsakssammenheng mellom dette og de øvrige bevisene. Det er derfor noe uklart om Høyesterett i dette tilfellet lar spørsmålet bero på en grad av årsakssammenheng eller om det kun er med grunnlag i et generelt skille mellom avledede bevis og primærbevis.

Når det kommer til de avledede bevisene, uttaler førstvoterende i samme dom at *«det kan riktignok ikke helt utelukkes at bevisene på annet særlig grunnlag må avskjæres»*, men støtter seg til lagmannsrettens avgjørelse at det ikke er aktuelt i dette tilfellet. Her åpnes det altså for at også de bevisene som ikke har en direkte årsakssammenheng til den aktuelle handlingen kan være gjenstand for avskjæring.

⁸⁴ Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, s. 243

⁸⁵ Ville vært avskåret grunnet fortsatt krenkelse, se punkt 3.2.1 ovenfor.

Med «*særlig grunnlag*» her kan det se ut til at man sikter til den generelle hensynsavveiningen⁸⁶ som gjør seg gjeldende ved bevisavskjæring, da Høyesterett støtter seg til lagmannsrettens begrunnelse om at bevisene må tillates ført, blant annet grunnet hensynet til sakens opplysning og alvorlighet. Et annet interessant moment er at i denne saken forelå det brudd på taushetsplikten i form av informasjon gitt fra fornærmede. Det kan tenkes at utfallet ville kunne blitt annerledes dersom den taushetsbelagte informasjonen var gitt av tiltalte, men det foreligger per i dag ingen rettsavgjørelser som gir noe svar på dette.

Men med grunnlag i denne og andre rettsavgjørelser⁸⁷ kan det virke som domstolene generelt har lagt seg til en restriktiv holdning når det kommer til avskjæring av avledede bevis der det ikke foreligger direkte årsakssammenheng mellom det aktuelle beviset og den handlingen som har funnet sted ved innhenting av primærbeviset.

Spørsmålet om årsakssammenheng mellom handling og bevis er svært sentralt når det kommer til politiprovokasjon, da det her ofte vil komme på spissen om de handlinger som er foretatt gjennom etterforskningen, har medført selve eksistensen av de lovbrudd man ønsker å belyse med det aktuelle beviset. Jeg vil derfor nå se nærmere på hvilken betydning dette har, og hvordan ulovlig innhentet bevis anskaffet ved bruk av politiprovokasjon skiller seg fra øvrige ulovlige bevisinnhentinger.

⁸⁶ Se punkt 3.2

⁸⁷ Se blant annet Rt. 1994 s. 1010 og Rt. 2006 s. 582.

3.3 Politiprovokasjon - i en særstilling.

Begrepet politiprovokasjon, eventuelt etterforskning med provokasjonstilsnitt, benyttes når politiet fremprovoserer en straffbar handling i det henseende å skaffe bevis mot gjerningsmannen.⁸⁸ Denne formen for etterforskning vil kunne være lovlig dersom den utføres i tråd med gitte retningslinjer, som jeg kommer tilbake til nedenfor. Dette gjelder ikke kun «bevisprovokasjon», der man provoserer frem beviser for en allerede begått straffbar handling, men også såkalt «forbrytelsesprovokasjon» der det er bevis for en ikke allerede «utført straffbar handling som søkes sikret».⁸⁹

Denne formen for etterforskningsmetode er mest brukt i forbindelse med større narkotikasaker, der det kan være svært vanskelig å nå frem med mer tradisjonelle etterforskningsmetoder. Men også i andre type saker der det gjelder alvorlige lovovertridelser.⁹⁰

Det ble under arbeidet med dagens straffeprosesslov diskutert om denne typen etterforskningsmetode burde lovreguleres⁹¹, men justisdepartementet kom til at *«det neppe på det nåværende tidspunkt er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetoder det her er tale om»*.

Någjeldende retningslinjer for bruk av denne etterforskningsmetoden er istedenfor oppsummert i NOU 1997:15 (Metodeutvalgets innst. II) s. 83-84 og Rundskriv fra Riksadvokaten 26.04.2000 (2/2000) avsnitt III. Grunnvilkåret i disse retningslinjene er at politiet ikke må fremkalle en straffbar handling som ellers ikke ville vært begått. Dette vilkåret er videre slått fast i en rekke Høyesterettsdommer.⁹²

I mange tilfeller kan det være svært problematisk å bevise akkurat hva som førte til hva ved gjennomføringen av en slik provokasjon, og grunnet kravet om at politiets initiativ ikke har vært utslagsgivende for utførelsen av den straffbare handlingen, har Høyesterett derfor vært

⁸⁸ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utg, 2009 s. 259

⁸⁹ Rt. 2000 s. 1223 (s. 1229), omtalt som "salgsprovokasjon" i Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2001, s. 137.

⁹⁰ Rt. 1998 s. 407 (Skrikdommen)

⁹¹ Ot. Prp. Nr. 35 (1978-79) s. 179

⁹² Rt. 1984 s. 1076, Rt. 2000 s. 1223 og 1345, samt Rt. 2006 s. 120

skeptisk til at politiet anvender informanter eller andre som ikke er ansatt i politiet som provokatører i denne forbindelse.⁹³

3.3.1 Virkningen av overskridelsen av grensene for politiprovokasjon

Hvilken virkning det skal medføre at den oppsatte grensen for politiprovokasjon er overskredet ble første gang behandlet i Rt. 1992 s. 1088 (s. 1091). Spørsmålet for Høyesterett i denne saken var blant annet om det utgjorde en saksbehandlingsfeil at spørsmålet om grensen var overskredet eller ikke ble avgjort av jury i lagmannsretten. I dommen ble det uttalt at:

«...Jeg finner at man da bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon. Jeg kan ikke se at det i disse tilfeller mangler noen prosessforutsetning eller at det ellers kan være grunnlag for å avvise saken. Det var derfor i prinsippet riktig saksbehandling når lagmannsretten behandlet spørsmålet om straffrihet, fordi politiet gjennom sin etterforskning skulle ha fremprovosert innførselen av heroinet, som del av skyldspørsmålet. Når dette spørsmålet skulle forelegges lagretten, var det heller ikke grunnlag for å avskjære bevismateriale vedrørende spørsmålet.» (1091)

Selv om denne uttalelsen har vært kritisert i teorien med grunnlag i at provokasjonen ikke gjør den straffbare handlingen rettmessig⁹⁴, har man i senere rettspraksis lagt til grunn den virkningen av politiprovokasjon som har overskredet de tillatte grenser som Høyesterett her fremsetter, nemlig frifinnelse. Først i Rt. 1998 s. 407 (s. 410) der førstvoterende, på vegne av flertallet uttaler at *«...Hvis det foreligger forledning utover en slik ramme, må domfelte etter rettspraksis frifinnes, jf. Rt. 1992 s. 1088.»*, og senere i Rt. 2000 s. 1223 (s. 1227).

⁹³ Rt. 2000 s. 1223 (s. 1230-31)

⁹⁴ Se Roald Hopsnes, *Provokasjon som politimetode*, JV 2003 nr. 02, s. 116

3.4 Virkningen av at et bevis som skulle vært avskåret har blitt tillatt ført.

Når et ulovlig innhentet bevis tillates ført, vil det i en straffesak etter straffeprosessloven § 377 være adgang for internt i en sak å påanke denne konkrete beslutningen til neste instans, og på denne måten få en kjennelse på dette før eventuelt videre behandling i retten.

Innenfor sivilretten finner man en tilsvarende mulighet til å påanke kjennelser og beslutninger i tvisteloven § 29-2, og det følger av forarbeidene til loven at begrensningene oppsatt i § 29-3 annet ledd ikke omfatter bevisavskjæringsspørsmål etter § 22-7.

Dersom dette ikke er gjort og det dømmes med grunnlag i blant annet det ulovlig innhentede beviset, kan eventuell ankeinstans i straffesaker overprøve avgjørelsen om å føre beviset til tross for den ulovlige innhenting. Hvis retten da kommer til at beviset skulle vært avskåret, medfører dette at det foreligger en rettergangsfeil, som normalt vil føre til opphevelse av dommen i de tilfeller «*det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold*», jf. strpl. § 343.

Tilsvarende gjelder i sivile rettsavgjørelser etter tvl. § 29-21, der «*det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket*».

4 Beviskravet for at det har skjedd en ulovlig bevisinnhenting

Når retten skal ta stilling til om et bevis er innhentet ulovlig, kan det foreligge høy grad av usikkerhet om de faktiske forhold rundt selve innhentingshandlingene. Særlig gjelder dette i tilfeller hvor etterforskningsprosessen har vært lang og innviklet, men problematikken oppstår også i saker av mindre omfattende karakter. Det kan da lett oppstå uenigheter mellom politi og tiltalte om hva som rent faktisk har skjedd ved sikring og innhenting av de aktuelle bevisene som påtalemyndigheten ønsker å føre for retten for å oppnå dom.⁹⁵

Tilsvarende vanskelig kan det blant annet være i sivile saker der tvisten står mellom to parter som tidligere har hatt et tett forretnings samarbeid seg imellom. Det kan da ha vært store mengder av informasjons- og dokumentutveksling mellom dem, og det kan da være vanskelig å påvise om for eksempel de dokumenter den ene part ønsker å føre som bevis i saken er tilkommet ham på redelig vis eller om han har tilegnet seg dette uten tillates fra den andre part.

Denne usikkerheten må avklares gjennom bevisførsel om selve bevisinnhenting, der dommeren må bedømme disse bevisene ut fra de vanlige prinsippene om fri bevisføring og bevisbedømmelse. Det er således i utgangspunktet et bevissspørsmål på lik linje med andre, men med den forskjellen at virkningen av at noe eventuelt finnes tilstrekkelig bevist, er at det kan bli aktuelt å avskjære et bevis som er relevant for saken.

Det blir da et spørsmål om hvilket beviskrav som skal stilles for å legge til grunn at det rent faktisk er foretatt en ulovlig bevisinnhenting. Denne typen beviskravsspørsmål har i mye større grad blitt analysert for materielle bevissspørsmål, det vil si bevissspørsmål som har betydning for anvendelsen av en materiell regel, enn det som er tilfellet for beviskravet for prosessuelle fakta, altså fakta som er relevant for anvendelsen av en prosessuell regel. Dette har videre også betydning for tilfanget av rettskilder som omhandler spørsmålet, da man har etablerte lærer for det materielle beviskravet i straffesaker og sivile saker, men det er ikke uten videre gitt at disse lærene kan overføres til prosessuelle fakta.

⁹⁵ Se blant annet LG-2013-14225, LH-2009-100273 og TAHER-2004-15966

Det finnes derfor svært lite rettslige kilder som sier noe om hvilket beviskrav som skal legges til grunn for om et bevis er innhentet ulovlig, men jeg vil forsøke å se litt nærmere på det lille som finnes av rettsavgjørelser som berører spørsmålet, for å se om disse kan si noe om hvordan det løses slik rettstilstanden er per i dag.

Som nevnt innledningsvis vil det kunne ha stor betydning om man finner at de faktiske omstendighetene ved innhenting av et bevis medfører at det er innhentet ulovlig, Dette da det i enkelte tilfeller medfører avskjæring av det aktuelle beviset, noe som igjen kan ha stor betydning for sakens utfall. Det er derfor viktig at man opererer ut fra et så konsistent grunnlag som mulig når det kommer til dette spørsmålet. En tenkt mulig måte å kunne oppnå dette på ville vært å ha konkrete regler som angir hvilket beviskrav som skal legges til grunn ved avgjørelsen av de faktiske forholdene ved bevisinnhenting.

Spørsmålet om de faktiske omstendighetene som grunnlag for om et aktuelt bevis er innhentet ulovlig er i dag ansett å være et prosessuelt spørsmål, og selv om det ikke foreligger noen klare regler for det, er beviskravet for prosessuelle feil som hovedregel sannsynlighetsovervekt. Dette fremkommer av blant annet Rt. 1994 s. 1139 (s. 1142), der det var spørsmål om tiltalte hadde blitt gitt et løfte om amnesti for senere saker da han avga politiforklaring som tiltalt i en draps sak.

Høyesterett kom til at det var feil når Herredsrettens flertall hadde lagt til grunn at beviskravet for om det var gitt et løfte fra politiets side eller ikke, var det samme for ved skyldspørsmål i straffesaker, at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Og viste til at *«Det er her tale om en prosessuell avgjørelse, og spørsmålet er om et bevis skal avskjæres fordi det eventuelt vil fremtre som støtende å benytte det. I et slikt tilfelle mener jeg at retten må legge til grunn det saksforholdet som den etter en samlet vurdering finner mest sannsynlig.»*

Dette er senere også lagt til grunn i blant annet Rt. 2004 s. 1561, der tiltalte hadde oppgitt at han var under 18 år, men tingretten hadde unnlatt å oppnevne hjelpeverge etter strpl. §83, basert på en skjelettundersøkelse som tydet på at han var over myndighetsalder. Da en slik undersøkelse er forbundet med usikkerhet og begrensninger, var spørsmålet for Høyesterett om lagmannsretten hadde lagt til grunn et for strengt beviskrav til undersøkelsen som *«bevis for et faktisk forhold ved bedømmelsen av spørsmålet om det er begått en saksbehandlingsfeil»*. Høyesterett kom til at dette ikke var tilfellet, og i denne relasjon viste førstvoterende i avsnitt 11 til overnevnte dom (Rt. 1994 s. 1139) og uttalte at *«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.»*

At man har valgt å ha sannsynlighetsovervekt som hovedregel for beviskravet for prosessuelle fakta, kan tenkes å dreie seg om fordeling av risiko mellom partene i saken når det kommer til eventuelle prosessuelle feil, og at man da har et ønske om å likestille partene i prosessen. Når dette da er fellesprosessuelt⁹⁶ for sivile- og straffesaker, skiller det seg vesentlig fra beviskravet for materielle spørsmål der det ved sivile rettsavgjørelser som utgangspunkt er tilstrekkelig å legge til grunn sannsynlighetsovervekt⁹⁷ som beviskrav for faktum, mens man innenfor strafferetten som kjent ikke kan dømme basert på et faktum som ikke kan heves over enhver rimelig tvil.⁹⁸

Men i Rt. 2004 s. 1561 uttaler førstvoterende videre i et obiter dictum at det unntaksvis kan kreves sterkere sannsynlighetsovervekt i tilfeller hvor det faktum som «*eventuelt skal legges til grunn, samtidig vil inneholde klare bebreidelser mot tiltalte, jf. Rt. 2001 s. 524 og Høyesteretts kjennelse av 8. September 2004 i sak HR-2004-01477-A.*»

Ut fra dette kan det tyde på at Høyesterett her ikke ønsker å si noe helt konkret om hvilket beviskrav som skal legges til grunn, utover hovedregelen om sannsynlighetsovervekt, og at det er noe man må overlate til domstolen å ta stilling til i den enkelte sak. Det vil da være av sentral betydning om det aktuelle faktum man legger til grunn kan sies å utgjøre «*klare bebreidelser mot den tiltalte*». Dersom dette er tilfellet, må man ut i fra uttalelsen ta stilling til om det da må legges til grunn et strengere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt for å opprettholde det aktuelle faktum som bevisgrunnlag for rettsavgjørelsen.

Grunnet det ulike beviskravet når det kommer til materielle bevisfakta, vil det kunne være naturlig å her skille mellom sivil- og strafferettslige avgjørelser.

Det kan tenkes at dette «bebreidelsesunntaket» ikke kan gjøre seg gjeldende innenfor sivilretten, da det vil virke unaturlig å operere med et strengere beviskrav for spørsmålet om hvordan et bevis er tilegnet, enn til beviset som grunnlag for hvilket faktum som legges til grunn.

Samtidig er det også innenfor sivilretten lagt til grunn at ved spørsmål om faktiske omstendigheter som innebærer at en part har opptrådt sterkt klanderverdig, eller som av andre grunner vil være grovt infamerende, vil det kunne måtte legges til grunn kvalifisert

⁹⁶ Se punkt 3.1

⁹⁷ Se blant annet Joh Hov, *Rettergang II*, Oslo 2010 s. 1152 flg, Schei m.fl., *Tvisteloven*, Bind II, Oslo 2007 s. 987 og Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. Utg 2014 s. 877.

⁹⁸ Se blant annet Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. Utg 2009 s. 160-161.

sannsynlighetsovervekt som beviskrav.⁹⁹ Dette prinsippet fremkommer blant annet i Rt. 1990 s. 688 som gjaldt spørsmål om promillekjøring i relasjon til retten på forsikringsoppgjør. Førstvoterende uttaler i denne saken at «*det i alminnelighet kreves solid bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i straffbart eller sterkt klanderverdig forhold*» (s. 690), og legger til grunn et krav om klar sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁰

Det samme beviskravet om klar sannsynlighetsovervekt ble lagt til grunn i Rt. 2007 s. 1217, som gjaldt gyldigheten av inndragning av fangst etter saltvannsfiskeoven¹⁰¹ § 11 på grunnlag av brudd på reglene om fiskekvoter, og i Rt. 2008 s. 1409 om illeggelse av tilleggsskatt etter ligningsloven¹⁰² § 10-2, der førstvoterende uttaler at «*overvektsprinsippet har blitt fraveket for flere forvaltningssanksjoner til fordel for et krav om klar sannsynlighetsovervekt*»¹⁰³

Spørsmålet blir da om de hensyn som begrunner dette strengere beviskravet i enkelte sivile saker også tilsier at beviskravet bør skjerpes for prosessuelle spørsmålet av samme karakter. Når det gjelder hensynet som ligger bak dette «bebreidelsesunntaket» i den vanlige bevislæren i sivile saker, skyldes ikke det selve rettsvirkningen i den aktuelle saken, men er begrunnet med at partene eller tredjepersoner skal beskyttes mot sosialt ubehagelige eller støtende påstander med mindre disse er godt underbygget av bevis. Nettopp dette hensynet vil også gjøre seg gjeldende i prosessuelle spørsmål om avskjæring av bevis der faktum om innhenting utgjør «klare bebreidelser» mot den ene parten. Det kan derfor være nærliggende å se disse to grunnlagene for strengere beviskrav i relasjon til hverandre.

De klareste tilfellene vil da kunne være der den ene part beskyldes for å ha innhentet et bevis på en slik måte at handlingen utgjør et brudd på en lovbestemmelse som kan medføre straffesanksjoner, for eksempel ved tyveri etter strl. § 257 eller bedriftsspionasje etter strl. § 405 a. Dersom man legger til grunn at beviset er innhentet på en slik måte, vil dette vanligvis utgjøre en klar bebreidelse mot den aktuelle part, og det må således som utgangspunkt legges til grunn et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Men i Rt. 2005 s. 1322 blir det understreket at det ikke gjelder et skjerpet beviskrav i ethvert tilfelle hvor det i en sivil sak er spørsmål om det foreligger et straffbart forhold, slik at dette er noe man må ta stilling til i hvert enkelt tilfelle.¹⁰⁴

⁹⁹ Se Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. Utgave, 2014, s. 896 og Schei m. fl, *Tvisteloven*, Bind II, s. 989-990.

¹⁰⁰ Men beviskravet ble i denne saken lempet begrunnet ved at saksøker hadde forsømt å bidra til en avklaring av de faktiske forhold.

¹⁰¹ LOV-1983-06-03-40, Lov om saltvannsfiske m.v. (Opphevet)

¹⁰² LOV-1980-06-13-24, Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven)

¹⁰³ Se også Rt. 1996 s. 864, Rt. 2006 s. 1657 og Rt. 2007 s. 1851

¹⁰⁴ Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, s. 896

Ikke like klart er det i de tilfellene påstanden om den ene parten omhandler en sterkt klanderverdig handling, men som ikke kunne medført straffesanksjoner. Der dette er tilfellet ved bevisavgjørelsen angående faktum, åpnes det også her for at retten i enkelte tilfeller kan stille et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Om dette da også vil gjelde som «klare bebreidelser» i relasjon til innhentingen av det aktuelle beviset, er det grunnet manglende rettsavgjørelser, ikke mulig å gi et konkret svar på.

Det kan tenkes at en løsning her vil kunne være å bøte på denne problematikken gjennom rettens frie bevisvurdering etter tvisteloven § 21-2, fremfor at det stilles strengere krav for å bevise den påståtte innhentingen. Samtidig relaterer det strengere beviskravet seg, som nevnt ovenfor, ikke til rettsvirkningen, men til om man kan skal godta et sosialt stigmatiserende faktum uten at dette har gode nok beviser for seg. Hvis beviset tillates ført, vil man kunne si at skaden allerede har skjedd, slik at hvilken vekt domstolen tillegger beviset er irrelevant.

Innenfor strafferetten blir situasjonen annerledes, da man som utgangspunkt har et beviskrav som er langt strengere enn ordinær og kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Det kan da tenkes at det her burde legges til grunn et strengere beviskrav enn innenfor sivilretten i de tilfeller der det faktum bevisene prøver å avklare utgjør «klare bebreidelser» mot tiltalte.

Et slikt strengere beviskrav ble imidlertid ikke lagt til grunn i Rt. 2001 s. 524 (533). Spørsmålet var om tiltaltes hukommelsestap var reelt eller simulert. Høyesterett anså spørsmålet å omfatte «klare bebreidelser» mot tiltalte, men viste til Rt. 2004 s. 1561 og la også her til grunn et krav om «klar sannsynlighetsovervekt». Tilsvarende ble gjort i Rt. 2004 s. 1314 (avsnitt 39). I denne saken uteble tiltalte fra hovedforhandling grunnet sykdom, hvorpå retten vurderte om denne var selvpåført. Også dette ble ansett å omfatte «klare bebreidelser» med det resultat at krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt anvendt.

Samtidig er det viktig å her være bevisst på at det er tale om bevis som eventuelt vil utgjøre en bebreidelse mot den tiltalte, og ikke et spørsmål om hans straffeskyld i relasjon til den tiltalte som er reist mot han. Det vil derfor kanskje være unaturlig å sammenligne disse to så tett opp mot hverandre, fordi om beviset som blir avskåret utgjør en bebreidelse eller ikke, vil ikke ha en betydning for den informasjonen som kan legges til grunn for den endelige dommen mot han.

Men det kan stilles spørsmål ved om det er forsvarlig i utgangspunktet å operere med et beviskrav om sannsynlighetsovervekt for påvisning av om bevis er innhentet ulovlig eller ikke, spesielt hvis man ser på hvilken betydning dette kan ha for sakens utfall.

Spesielt aktuelt kan dette være i relasjon til politiprovokasjon, som er behandlet ovenfor,¹⁰⁵ da spørsmålet om hvilket faktum som skal legges til grunn for innhenting ofte aktualiseres, og der grensen mellom lovlig provokasjon og anstiftning er så vag at det oftest oppstår store bevisproblemer om grensen er overskredet eller ikke.

Dette var tilfellet i Rt. 2000 s. 1223 (s. 1230-31), der førstvoterende uttaler at «*aksjonen i vår sak[...]*innebærer en ytterst vanskelig bevisvurdering på det helt avgjørende punkt om grensen mellom lovlig og ulovlig provokasjon.»

Men da man gjennom rettspraksis har kommet til at overskridelse av grensen for politiprovokasjon medfører frifinnelse,¹⁰⁶ må spørsmålet behandles som del av skyldspørsmålet, og beviskravet er følgende at enhver tvil skal komme den tiltalte til gode.

Oppsummert kan det se ut til at det gjennom rettsavgjørelser har utviklet seg en konsistent praksis når det kommer til spørsmålet om hvilket beviskrav som skal legges til grunn for avklaring av de faktiske omstendighetene rundt bevisinnhenting. Samtidig er dette i liten grad presisert fra domstolens side. Retten virker tilbakeholdne med å si noe konkret om hvordan spørsmålet skal løses, utover de noe litt mer vage uttalelsene som nevnt i dommene ovenfor. Når det ikke foreligger noe annen kilde enn rettspraksis som grunnlag for behandling av spørsmålet, vil situasjonen kunne medføre ulike løsninger i de tilfeller problemstillingen aktualiseres i lavere instanser. Dette kan igjen kan medføre en svekkelse av rettssikkerheten. Gode grunner taler derfor for at det ved denne type bevisspørsmål burde være klare regler for hvilke beviskrav som skal anvendes.

¹⁰⁵ Se punkt 3.3

¹⁰⁶ Se punkt 3.3 og Rt. Rt. 1998 s. 407, Rt. 2000 s. 1223 og Rt. 2000 s. 1482.

Litteraturliste

Juridisk litteratur:

Schei, Bårdsen, Nordén, Reusch og Øie: Tvisteloven, Universitetsforlaget 2007

Skoghøy, Jens Edvin A: Tvisteløsning, 2. utgave, Oslo 2014.

Mæland, Henry John: Kort prosess, 3. reviderte utgave, 2013

Strandberg, Magne: Beviskrav i sivile saker, Bergen 2012

Hov, Joh: Rettergang II, Oslo 2010

Andenæs, Johs: Norsk straffeprosess, 4. utgave, Oslo 2009

Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen, Bergen 2003

Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen, Bergen 2001

Aall, Jørgen: Rettsstat og menneskerettigheter, 3. utgave, Bergen 2011

Bentham, Jeremy: Rationale of Judicial Evidence, Vol. IV, London 1827.

Juridiske artikler:

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

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, Nr. 07 2010 s. 423-428.

Hopsnes, Roald: Provokasjon som politimetode, Jussens Venner, Nr. 02 2003, s. 62-130.

Bratholm, Anders: Mistenktes eller siktedes vern mot integritetskrenkelser, Jussens Venner 1979, Hefte 6/7, s. 232-249.

Forarbeider:

NOU 2001: 32, Rett på sak, Bind B

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

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

Ot. prp. nr. 35 (1978-1979), Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)

Domsregister:

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1984 s. 1076	Rt. 2000 s. 1345	Rt. 2006 s. 582
Rt. 1990 s. 688	Rt. 2000 s. 1482	Rt. 2007 s. 920
Rt. 1991 s. 616	Rt. 2001 s. 524	Rt. 2007 s. 1217
Rt. 1992 s. 689	Rt. 2001 s. 668	Rt. 2008 s. 1409
Rt. 1992 s. 1088	Rt. 2002 s. 1500	Rt. 2009 s. 1526
Rt. 1994 s. 1010	Rt. 2003 s. 549	LG-2013-14225
Rt. 1994 s. 1139	Rt. 2003 s. 1814	LH-2009-100273
Rt. 1997 s. 795	Rt. 2004 s. 858	TAHER-2004-15966
Rt. 1997 s. 1778	Rt. 2004 s. 1314	
Rt. 1998 s. 407	Rt. 2004 s. 1561	
Rt. 1999 s. 1269	Rt. 2005 s. 1322	
Rt. 2000 s. 1223	Rt. 2006 s. 120	

Avgjørelser av den Europeiske menneskerettsdomstolen

Gäfgen v. Germany, 1th june 2010, application no. 22978/05

Schenk v. Switzerland, 12. july 1988, application no. 10862/84

Khan v. UK, 1. may 2000, application no. 35394/97

P.G and J.H v. UK, 25. september 2001, application no. 44787/98

Lovhenvisninger:

Norske lover

LOV-1814-05-17, Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnloven)

LOV-1887-07-01-5, Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (opphevet)

LOV-1902-05-22, Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

LOV-1980-06-13-24, Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven)

LOV-1981-05-22-25, Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

LOV-1983-06-03-40, Lov om saltvannsfiske m.v. (opphevet)

LOV-1999-05-21-30, Lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

LOV-2000-04-14-31, Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

LOV-2005-06-17-90, Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Forskrifter

FOR-1985-06-28-1679, Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)