

Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i straffesaker

Kandidatnummer: 182

Antall ord: 14 786



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

1. INNLEDNING	3
1.1. OVERSIKT	3
1.2. RETTSPOLITISKE HENSYN	6
1.3. AVGRENSNINGER.....	7
2. RETTSKILDEBILDET	9
2.1. KONSTITUSJONELLE BEGRENSNINGER OG BETYDNINGEN AV OG FORHOLDET TIL EMK-RETTE	9
2.2. UTGANGSPUNKTER I EMDs PRAKSIS VEDRØRENDE ULOVLIGE BEVIS	12
2.3. OPPSUMMERING OM BETYDNINGEN AV EMDs PRAKSIS VEDRØRENDE ULOVLIGE BEVIS	17
2.4. TRADISJONELL NORSK RETT – LOV OG LOVFORARBEIDENE	18
2.5. RETTSPRAKSIS OG REELLE HENSYN	20
3. DEN ULOVFESTEDE LÆREN OM BEVISAVSKJÆRING AV ULOVLIG ELLER UTILBØRLIG BEVISERVERV	21
3.1. INNLEDNING	21
3.2. NÆRMERE OM INNHOLDET I KRITERIENE «ULOVLIG» ELLER «UTILBØRLIG» BEVISINNHE	21
3.3. TYPETILFELLER AV LOVBRUDD ELLER UTILBØRLIG OPPTREDEN SOM KAN GI GRUNNLAG FOR Å OPPSTILLE ET BEVISFORBUD.....	27
3.4. KORT OM DET ER GRUNN TIL Å OPPSTILLE ANDRE VILKÅR.....	30
3.5. BEVISKRAVET.....	30
4. NÅR SKAL ULOVLIG ELLER UTILBØRLIG BEVISERVERV AVSKJÆRES? 32	
4.1. INNLEDNING	32
4.2. DEN KONKRETE AVSKJÆRINGSVURDERINGEN	36
4.3. PRINSIPIELLE HENSYN I HELHETSVURDERINGEN	40
4.4. HVILKE BEVIS OMFATTES AV ET EVENTUELT BEVISFORBUD OG HVEM KAN PÅBEROPE ET BEVISFORBUD?.....	43
1. LOVER	47
2. FORARBEIDER	47
2.1. OFFENTLIGE UTREDNINGER	47
2.2. ODELSTINGSPROPOSISJONER	48
3. RETTSAVGJØRELSER	48
3.1. HØYESTERETTSAVGJØRELSER	48
3.2. AVGJØRELSER FRA EMD.....	49
4. LITTERATUR	50

1. Innledning

1.1. Oversikt

Denne masteroppgaven vil omhandle politiets- og påtalemyndighetens adgang til å bruke ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Masteroppgavens primære problemstilling vil i utgangspunktet være hvilke konsekvenser det får at et bevis er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte i straffesaker etter norsk straffeprosess. Den juridiske analysen vil gjennomgående bygge på tradisjonell rettsdogmatisk metode, altså en fremstilling av gjeldende rett og vurderinger av denne på området. I tråd med problemstillingen vil jeg i første rekke gjøre rede for det regelsettet som er knyttet til bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis og deretter ta opp konsekvensene av ulovligheten eller utilbørligheten. Med ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis siktes her til bevis hvor politiet¹ i tilknytning til oppklaringen av saken har overtrådt de grenser som oppstilles i lov, forskrift og grunnleggende prinsipper, inkludert menneskerettighetene.

Hovedproblemstillingen reiser to underliggende problemstillinger som det gis en redegjørelse for og som det vil bli tatt stilling til. Den ene underliggende problemstillingen er knyttet til hva det vil si at et bevis er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 3. Den andre underliggende problemstillingen knytter seg til konsekvenser av at et bevis er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte i henhold til bevisføringsretten overfor domstolene, jf. punkt 4. Konstitusjonelle begrensninger og betydningen av og forholdet til EMK-retten i tilknytning til temaet vil bli behandlet særskilt i punkt 2.

Temaet berører et spekter av rettslige spørsmål, og det finnes svært ulike situasjoner som reiser de rettslige problemstillingene som det kan være aktuelt å behandle. Måten straffbare handlinger skal forfølges på, er i det alt vesentlige regulert av straffeprosessloven. I tillegg til å oppstille premisser for straffeforfølgelse, bidrar straffhåndhevelsen til å bekjempe kriminalitet i det norske samfunn. Et av grunnleggende formål bak straffeprosesslovgivningen er nettopp oppklaring av straffbare handlinger, og at disse handlingene møtes med en passende

¹ Også siktede eller hans forsvarer kan tenkes å gjøre seg skyldig i ulovligheten, f.eks. ulovlig anskaffelse av dokumenter som vedkommende mener beviser hans uskyld.

strafferettslig reaksjon for den som begår straffbare handlinger.² Isolert sett tilsier formålet at ethvert relevant bevis skal tillates ført.

I en rettsanvendelsesprosess skjer subsumeringen av faktum i tilknytning til den rettsregel som regulerer det konkrete forholdet.³ Selv om «domstolene kjenner retten»⁴ er det helt grunnleggende at faktum etableres eller eventuelt (re)konstrueres i det enkelte tilfellet gjennom bevisføring for den dømmende rett. Utgangspunktet er at partene her vil kunne føre de bevis de ønsker. Dette er altså begrunnelsen for den (relativt) frie bevisføringsretten i norsk rett. Men retten har et overordnet ansvar for den materielle sannhet. Det følger av straffeprosessloven § 294 at retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. Et viktig aspekt ved dette sannhetsprinsippet er å treffe materielt riktig avgjørelse med særlig vekt på å hindre uriktige domfellelser,⁵ jf. punkt 4. Sannhetsprinsippet kombinert med det kontradiktoriske prinsipp – retten til å imøtegå motpartens bevis og argumentasjon⁶ – avdemper også betenkeligheter knyttet til en vid bevisføringsrett og fungerer dermed som en sikkerhetsventil av en rettferdig rettergang.⁷

Grovt sett referer det kontradiktoriske prinsippet seg til at parten har krav på en effektiv og likestilt adgang til å fremme og underbygge sitt syn på saken.⁸ En sentral del av det kontradiktoriske prinsippet er adgangen til å bygge sitt eget forsvar ved blant annet føring av bevis som gjør at vedkommende på den måten imøtekomme det rettslige og faktiske grunnlaget for motpartens anførsler.

Det finnes flere konkrete saker⁹ eller situasjoner som reiser de rettslige problemstillingen som det kan være aktuelt å behandle. Man kan for eksempel tenke seg en situasjon hvor en politipatrulje anser det nødvendig å ransake en bil. Ransakingen kan videre føre til funn av for eksempel våpen og dermed ulovlig besittelse av det. Etter en tilståelse i relasjon til

² NOU 2016: 24 s. 119.

³ Torgersen (2009) s. 1.

⁴ Jf. forutsetningsvis straffeprosessloven § 38 annet ledd og fastslått tvisteloven § 11-3, jf. § 21-1.

⁵ Se Prop. 147 L (2012-2013) s. 18.

⁶ Se NOU 2016: 26 s. 140.

⁷ Jf. Grunnloven § 95 første ledd annet punktum og EMK artikkel 6 nr. 1.

⁸ Aall (2016) s. 445.

⁹ Se blant annet Rt. 2006 s. 582.

våpenbesittelsen kan vedkommende da i utgangspunktet tiltales for brudd på våpenloven. Men dersom det forutsettes at politipatruljen ikke hadde den nødvendige hjemmelen knyttet til ransakingen av personen og eller bilen, for eksempel fordi kravet om skjellig grunn til mistanke, jf. straffeprosessloven §§ 192 og 195 ikke forelå, er anskaffelsen av beviset, våpenet i dette tilfellet, ulovlig. Det kan her reises spørsmål om de bevis som er innhentet under den ulovlige ransakingen kan føres. I en slik konkret situasjon vil føring av beviset med høy grad av sannsynlighet føre til at vedkommende vil bli funnet skyldig for brudd på respektive bestemmelser i våpenloven, slik situasjonen var i «*Osterhausgaten Farvehandel-dommen*».¹⁰ En nektelse av bevisføringen vil i så tilfellet føre til at påtalemyndigheten til syvende og sist vil frafalle tiltalen, og en eventuell opprettholdelse av tiltalen fra påtalemyndighetens side, til tross for nektelse, kan resultere i at vedkommende må frifinnes på grunn av mangel på øvrige bevis. Frifinnelsen her kan hevdes å være riktig om man anlegger en streng holdning og avskjærer det ulovlig ervervede bevis, men sannhetsprinsippet vil trekke i motsatt retning og tale for at det blir tillat ført.

Den overnevnte konkrete situasjonen viser at begrensninger i bevisføringsretten kan ha store konsekvenser. Eksemplet over viser også kollisjon av ulike hensyn, derav hensynet til sakens opplysning og en materielt riktig avgjørelse på den ene siden, og hensynet til den som krenkelsen som følge av ulovlig- eller utilbørligheten vil bli rammet på den andre siden. Det vil her i denne masteroppgaven legges vekt på begge hensynene, både det som vil tale for og mot bevisføringsretten av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.

I tråd med det som er fremholdt ovenfor, vil sentrale rettsregler i lys av temaet være Grunnloven § 95 første ledd annet punktum og EMK artikkel 6 nr. 1 som omhandler rettferdig rettergang, og en nærmere presentasjon av dette vil jeg komme tilbake til i punkt 2. Grunnloven § 92 og EMK artikkel 1 forplikter staten til å sikre den enkelte mot kriminelle handlinger som krenker menneskerettigheter. Også disse bestemmelsene kan anses som overordnede prinsipper, som et stykke på vei taler for det materielle sannhetsprinsipp. Men bestemmelsene kan likevel ikke sies å gå så langt i disse bestrebelsene at den krenker siktedes rettigheter som følger av blant annet Grunnloven § 95.

¹⁰ Rt. 2006 s. 582.

1.2. Rettspolitiske hensyn

En nektelse av bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte vil på den ene siden være i strid med sannhetsprinsippet, og ivareta grunnleggende rettigheter på den andre siden. Nektelse av torturbevis er et eksempel på å ivareta grunnleggende rettigheter. Hensynet til at saken blir fullstendig opplyst¹¹ ivaretas best ved at også ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis tillates ført og avskjæring av dette vil i så tilfelle føre til materielt uriktige resultater. Gjennomgående vil føringen av et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis først og fremst ivareta sannhetsprinsippet, men føringen vil samtidig bidra til en undergraving av grunnleggende rettigheter for den det måtte gjelde. Dette vil også åpne for noe større adgang for at politiet under etterforskningen foretar handlinger som prinsipielt vil stride med det grunnleggende tankesettet om en rettsstat, for eksempel innhenting av bevismaterialet på ulovlig eller utilbørlig vis.

Samlet sett gir sannhetsprinsippet grunn til å hevde at prinsippet trekker i retning av en vid, men likevel ikke ubegrenset bevisføring, for eksempel ikke torturbevis. Dette kan skyldes at ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis ofte er upålitelige hvor hva ulovligheten består i er det sentrale for bevisverdien.¹² Til tross for at beviset er pålitelig, kan andre grunnleggende hensyn som taushetsplikt eller brudd på vernet mot selvinkriminering berettige avskjæring. I tillegg kan alvorlighetsgraden i rettskrenkelsen, som kan tilsi nektelse, omfatte andre ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis og ikke bare torturbevis. Derfor kan sannhetsprinsippet måtte vike for hensyn som i enkelte tilfeller anses å være utslagsgivende.

Et sentralt hensyn som kan begrunne avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis er tillitsforholdet mellom borgerne og politi- og påtalemyndigheten. En avskjæring vil i så tilfelle avdempe betenkeligheter og på den måten avverge belønninger av ulovlige politimetoder og dermed hindre også at de gjentas i fremtidige sakstyper.¹³ Det kan her likevel spørres om avskjæring vil være det effektfulle virkemiddelet for å unngå ulovlige etterforskningsmetoder, men administrative reaksjoner synes likevel å være lite effektive. Bevisavskjæring kan derfor anses å være nødvendig for ivaretagelsen av det preventive hensynet.

¹¹ Jf. straffeprosessloven § 294 første punktum.

¹² Se Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 311.

¹³ Se Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 311 og NOU 2016: 24 s. 272.

Vurderingen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført eller ikke vil også påvirkes av prosessøkonomiske hensyn, særlig gjelder dette dersom ulovlig- eller utilbørligheten er mindre alvorlig.¹⁴ Dette hensynet trekker i stor grad i retning av at også ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis tillates ført. Men hensynet til korrekt fremgangsmåte, særlig fra politiet, vil likevel i mange tilfeller veie tyngre og taler dermed for avskjæring. Ivaretagelsen av domstolenes stilling og anstendighet er en ytterligere begrunnelse for avskjæring. Når domstolene anses som det sentrale organet og bærere av sannhet og opphøydhed, vil disse verdiene lettere svekkes dersom ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis blir tillat ført, særlig i saker av grov karakter, for eksempel der fremskaffelsen er skjedd ved bruk av tortur.

De anførte argumentene viser at det finnes en rekke argumenter, både for og imot avskjæring. Slik det fremgår av redegjørelsen, kan det vanskelig trekkes noen generelle konklusjoner og det bør av den grunn søkes etter smidige alternativer gjennom en konkret avveining av disse hensynene. På bakgrunn av dette vil denne masteroppgaven ta for seg en rettslig problemstilling med underliggende problemstillinger som er av særdeles viktighet, spesielt innenfor strafferettens område. Overordnet kan det hevdes at terskelen for bruk av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis virker noe usikkert, dette til tross for den noe klare rettstilstanden rundt temaet. Samtidig vil det understrekes at norsk rett utvilsomt tillater bruken av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i strafferettens område i det enkelte tilfellet. Det er nettopp denne adgangen som gjør det nødvendig at det bør ses nærmere på det potensielle behovet for en klarlegging av konsekvensene når et bevis er innhentet på ulovlig eller utilbørlig måte, som denne masteroppgaven har som siktemål i det overordnede.

1.3. Avgrensninger

Straffeprosessloven opererer med en rekke ulike bevisforbud, uavhengig av det ulovfestede grunnlaget som kan bygges på ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. Noen eksempler på dette kan være straffeprosessloven §§ 134 (bevisførsel om tiltaltes livsførsel, omdømme og karaktertrekk), 292 (bevisførsel ved tilståelser), 293 (utsettelse av forhandlinger av hensyn til bevisførsel) og 301 (bevisførsel om vandel), for å nevne noen.

¹⁴ Se Aall (2002) s. 960 og Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 312.

Det er imidlertid verdt å understreke at konsekvensene av ulovlig eller utilbørlig bevisinnhenting ikke er regulert i straffeprosessloven, og at lovgivers intensjon har vært å overlate spørsmålet til rettspraksis og juridisk teori.¹⁵ Fremstillingen vil derfor avgrenses mot overnevnte bestemmelsene og masteroppgavens hovedfokus vil knytte seg til avskjæring av og konsekvensene av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis som er utviklet gjennom fast og langvarig rettspraksis. Dette resulterer i at lov og lovforarbeider i uvesentlig grad vil belyse bevisforbudsspørsmålet av dette slag. I denne sammenheng er det rettspraksis og juridisk teori sammen med reelle hensyn som vil få vesentlig betydning i tilknytning til klarleggingen av rettsreglene. Det vil her legges særlig vekt på de hensyn som begrunner selve adgangen for bruk av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffesaker. En kort sammenligning med tvistelovens bestemmelser vil også være en naturlig del av denne juridiske analysen.

Strukturen i denne masteroppgaven vil gjennomgående basere seg på en gjennomgang av rettskildebildet og rettsstilstanden på området etter gjeldende regelsett, jf. punkt 2. Videre i samme punkt vil det også ses på konstitusjonelle begrensninger og betydningen av og forholdet til EMK-retten med hovedvekt på både begrensningene av og adgangen til bruk av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Det vil deretter i punkt 3 klarlegges hva det vil si at et bevis er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte. I punkt 4 vil det ses på utgangspunktet i norsk rett i henhold til bevisføringsretten samt en kort sammenligning med rettsreglene som gjelder innenfor sivilprosessen. Det vil her også ses på i hvilken utstrekning kan ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis føres for domstolene til tross for ulovlig- og eller utilbørligheten, derunder konsekvensene av at et bevis er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte og hensynene i så henseende.

Prinsippet om fri bevisføringsrett gjelder også i sivile saker og er positivt forankret i tvisteloven § 21-3 første ledd, jf. § 21-7, jf. § 22-7. Rettspraksis viser at Høyesterett prinsipielt sett ikke skiller mellom sivile- og straffesaker hva angår bevisforbud ved ulovlig eller utilbørlig beviserverv.¹⁶ Dermed er det klart at rettspraksis fra sivilprosessen kan være relevant. Til tross for at Høyesterett ikke opererer med et skille, vil denne masteroppgaven prinsipielt basere seg

¹⁵ Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197. Se også Torgersen (2009) s. 2, Øyen (2019) s. 403 og Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 314.

¹⁶ Se for eksempel Rt. 2009 s. 1526 (avsnitt 28), Rt. 2013 s. 1282 (avsnitt 42) og Rt. 2014 s. 1105 (avsnitt 48).

på strafferettens område, men relevant praksis fra sivilprosessen vil bli trukket frem for å kaste et lys over temaet.

2. Rettskildebildet

2.1. Konstitusjonelle begrensninger og betydningen av og forholdet til EMK-retten

Til tross for at Grunnloven § 92¹⁷ markerer verdien av menneskerettighetene, og ikke bevisforbudsspørsmålet, derunder konsekvensen av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, er bestemmelsen likevel av interesse. Dette fordi bestemmelsen oppstiller en plikt til å sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i Grunnloven og andre konvensjoner som er bindende for Norge. Dette innebærer blant annet en plikt til effektiv straffehandhevelse, derav å tillate føring av bevis som er sikret på en ulovlig eller utilbørlig måte, slik at det aktuelle straffbare forholdet imøtekommes med en strafferettslig reaksjon. Men mothensynene kommer til uttrykk ved Grunnloven § 93 annet ledd, som oppstiller et forbud mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling, § 95 første ledd annet punktum som knesetter kravet om en rettferdig rettergang, og § 102 første ledd om retten til privatliv og familieliv.

Den mest uttrykkelige bestemmelsen i Grunnloven knyttet til beviserverv er torturforbudet som er knesatt i § 93 annet ledd.¹⁸ Bestemmelsen forbyr også annen umenneskelig og nedverdiggende behandling, og vil derfor også kunne komme til anvendelse i situasjoner i form av annet press enn den rene tortur. Et eksempel på en slik situasjon kan være hardhendte avhørsmetoder eller frihetsberøvelse hvor formålet er å oppnå en forklaring i en eller annen bestemt retning, eller ulike metoder for sterkt psykisk press.¹⁹ Grunnloven § 93 annet ledd kan også tilsi at utpressing i avhørssituasjoner ikke må finne sted, og dermed forbyr visse fremgangsmåter ved *anskaffelsen* av ethvert bevis selv uten noen uttrykkelige reguleringer av bevisforbudsspørsmålet. I tillegg følger det av Grunnloven § 95 første ledd annet punktum²⁰ at rettergangen skal være rettferdig.

¹⁷ Sml. EMK artikkel 1.

¹⁸ Sml. EMK artikkel 3, SP artikkel 7 og BK artikkel 37 a.

¹⁹ Se NOU 2007: 7 s. 103 og Andenæs/Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* s. 405.

²⁰ Sml. EMK artikkel 6 nr. 1.

Denne bestemmelsen kan tas til inntekt for en begrensning i adgangen til å *bruke* bevis som er fremskaffet på en slik ulovlig eller utilbørlig måte.²¹

Ulovlig eller utilbørlig beviserverv kan potensielt krenke den grunnleggende rettssikkerheten til vedkommende tiltalte. Et praktisk eksempel på dette kan være retten til privatliv og familieliv ved ulovlig kommunikasjonskontroll eller ulovlig husransakelse, jf. Grunnloven § 102 første ledd.²² Bestemmelsene²³ viser at Grunnloven også har andre regler enn bare torturforbudet som kan krenkes ved anskaffelsen av beviset, særlig gjelder dette retten til privatliv og familieliv, jf. blant annet «*Acta-saken*».²⁴ Saken gjaldt et tilfelle av bevis som besto i overskuddsmateriale²⁵ fra kommunikasjonskontroll etter at en siktelse var frafalt. Før saken kom opp for Høyesterett hadde lagmannsretten konkludert med at bevisene skulle tillates ført. Høyesteretts flertall mente derimot at lagringen av bevismaterialet etter at tiltale var tatt ut, var ulovlig²⁶ og la derfor til grunn at dersom de aktuelle bevisene skulle tillates ført, ville utgjøre en krenkelse av Grunnloven § 102.²⁷ Høyesterett uttalte her at:

*«... Den uhjemlede lagringen ... har ikke hatt betydning for materialets pålitelighet. Hensynet til sakens opplysning ... taler for at materialet tillates. Disse forholdene er imidlertid ikke avgjørende: ... Lagringen var ... i strid med loven, og dermed også i strid med EMK artikkel 8 Politiet hadde i mer enn to år en lovbestemt plikt til å tilintetgjøre materialet. Hadde plikten vært overholdt, ville spørsmålet om å bruke dette som bevis ikke kunnet oppstå i ettertid. I dette ligger ikke bare et visst tilbakevirkningselement. Tillates materialet nå benyttet som bevis i straffesaken, vil denne bruken utgjøre en gjentatt rettskrenkelse, jf. ... Grunnloven § 102 og § 113».*²⁸

²¹ Se Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 314.

²² Sml. EMK artikkel 8 og SP artikkel 17, jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3.

²³ Grunnloven § 95 første ledd annet punktum og § 102 første ledd.

²⁴ Rt. 2014 s. 1105.

²⁵ Med overskuddsmateriale i denne sammenheng menes opplysninger som kommer frem under etterforskningen som ikke har relevans for det forhold som ga grunnlag for etterforskningen, jf. Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) s. 73.

²⁶ Avsnitt 46.

²⁷ Robberstad er imidlertid kritisk til avgjørelsen, se Robberstad (2016) s. 53 flg.

²⁸ Se avsnitt 49-50.

Det er altså slik at også i disse tilfellene kan det reises spørsmål om anvendelsen av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis vil krenke retten til en rettferdig rettergang, jf. Grunnloven § 95 første ledd annet punktum og EMK artikkel 6 nr. 1. Grunnloven inneholder også rettssikkerhetsmekanismer- og garantier som kommer direkte til uttrykk.²⁹ Det er også i domskravet³⁰ innfortolket et grunnleggende krav til domstolenes uavhengighet og kontradiksjon i saksgangen,³¹ også dette hensynet tilsier stor skepsis mot at politi- og påtalemyndigheten vil anvende bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Det er derfor neppe tvil om at Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 setter grenser for tillateligheten av å anvende, iallfall torturbevis, men også ved alvorlige privatlivskrenkelser, jf. den siterte uttalelsen i «Acta-saken» ovenfor.³² Dette gir også grunn til å forstå at Grunnloven ikke inneholder noen bestemmelser som direkte regulerer bevisforbudsspørsmålet, men kun enkelte bestemmelser som setter klare skranker både for adgangen til å *fremskaffe* og *anvende* ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.

De nye grunnlovsbestemmelsene bygger på en grunnleggende forutsetning av at de skal tolkes i lys av tilsvarende EMK-bestemmelser, jf. blant annet «*Maria-dommen*»³³ som senere rettspraksis bekrefter. Til tross for at «... *det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser*»,³⁴ er EMK også en viktig rettskildefaktor som spiller en viktig selvstendig rolle i og for norsk rett. EMDs praksis er derfor viktig i begge relasjoner, men særlig ved tolkningen av EMK. Rettighetene etter EMK i tilknytning til straffeprosess er derfor av særlig interesse i relasjon til temaet ulovlig eller utilbørlig beviserverv og dermed i tilknytning til bevisforbudsspørsmålet. Dette altså fordi menneskerettsloven gjennom § 2, jf. § 3 inkorporerer EMK med forrang for annen lovgivning og konvensjonsreglene skal legges til grunn slik de er tolket av EMD.

I plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 «*Tilleggsskatt-dommen I/Böhler-dommen*» fastslår Høyesterett norske domstolenes selvstendige stilling ved tolkningen av EMK-retten først.

²⁹ Se for eksempel Grunnloven § 96 annet ledd om uskyldspresumsjonen og § 102 om ulovlige husransaker.

³⁰ Se Grunnloven § 96 første ledd.

³¹ Jf. Aall (2007) s. 344.

³² Rt. 2014 s. 1105.

³³ Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57), se også Dokument 16 (2011-2012) s. 90.

³⁴ Jf. Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57) og forutsetningsvis Grunnloven § 88.

Deretter fremheves at hvorvidt konvensjonsbestemmelsene må gis forrang, ikke kan løses ved et generelt prinsipp, men at det må foretas en konkret tolkning av de to regelsettene slik at en eventuell motstrid vil kunne falle bort ved at reglene blir tolket i lys av hverandre, herunder harmonisering. Høyesterett i den nevnte dommen uttalte også at:

*«... dersom det tolkningsresultat som følger av EMK, fremstår som **rimelig klart**, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk **lovgivning** eller **rettspraksis** blir tilsidesatt»³⁵ (mine uthevninger).*

Den siterte uttalelsen er av prinsipiell betydning idet den slår uttrykkelig fast at også etablerte rettsoppfatninger må vike for konvensjonsbestemmelsene i tilfelle motstrid. Et siste poeng i denne plenumsdommen er at:

*«Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte **de samme tolkningsprinsipper som EMD**, er det **EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen**»³⁶ (mine uthevninger).*

Det prinsipielle i denne uttalelsen er todelt. For det første innebærer uttalelsen at utgangspunktet er at norske domstoler skal tolke konvensjonsbestemmelsene på samme måte som EMD. For det andre innebærer uttalelsen at norske domstoler ikke skal være like dynamiske som EMD ved konvensjonstolkningen, nettopp fordi det «vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet» og at nasjonale domstoler må «også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer».³⁷

Betydningen av EMDs praksis, både for tolkningen av de inkorporerte EMK-bestemmelsene og for tolkningen av grunnlovsbestemmelsene, er stor. Vi skal derfor se på noen hovedlinjer i denne praksis av betydning for emnet ulovlig eller utilbørlig beviserverv.

2.2. Utgangspunkter i EMDs praksis vedrørende ulovlige bevis

³⁵ På side 1007.

³⁶ På side 1007.

³⁷ Se side 1008 og Jebens (2004) s. 80.

Det kan også i konvensjonsmessig forstand tenkes tre prinsipielle tilnærminger i forhold til spørsmålet om adgangen til og konsekvensen av at et bevis er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte.³⁸ Det er også i EMK-retten to grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende; hensynet til en «rettferdig rettergang» i vid forstand, herunder anklagedes integritet og privatliv, og domstolenes anseelse i en rettsstat. Konvensjonen oppstiller også visse krav til effektivitet i strafferettspleien av hensyn til potensielle fornærmedes menneskerettigheter, som mer konkret innebærer at det ikke må bli uforholdsmessig byrdefullt å få saken opplyst slik at forholdet kan pådømmes.³⁹

Når det gjelder forholdet til EMK-retten i tilknytning til spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, derunder dens konsekvens, er det slik at EMK har ingen positive og eksplisitte forankrede bestemmelser som regulerer bevisforbudsspørsmålet. EMD har slått fast at EMK som hovedregel ikke setter noen begrensninger knyttet til bevisføringsretten.⁴⁰ Det er imidlertid forutsatt at bevisforbudsspørsmålet etter EMK er derimot et rettslig spørsmål som kan forankres i EMK artikkel 6 nr. 1 om retten til rettferdig rettergang.⁴¹ Derunder beror spørsmålet om hvorvidt bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte skal tillates ført etter EMK-retten på om dette vil være i strid med retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1. Denne tydelige markeringen kommer også frem gjennom EMDs praksis, blant annet i saken Barberà Messegué and Jabardo mot Spania.⁴² Det uttales her at:

*«As a general rule, it is for the national courts, and in particular the court of first instance to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which the accused seeks to adduce ... The court must, however, determine – and in this it agrees with the Commission, whether the proceedings considered as a whole, including the way in which prosecution and defence evidence was taken, were fair as required by Article 6 para. 1».*⁴³

³⁸ For nærmere behandling av de tre ulike tilnærmingene se punkt 4.1.

³⁹ Se Aall (1995) s. 300.

⁴⁰ Jf. Khan v. United Kingdom (2000) avsnitt 34.

⁴¹ Se NOU 2004: 6 s. 40.

⁴² Klagesak nummer 10590/83 (avsnitt 68).

⁴³ Se avsnitt 68 i dommen.

Avgjørelsen kan tas til inntekt for at EMK artikkel 6 nr. 1 setter skranker for adgangen til å benytte ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, dersom rettergangen i sin helhet ikke kan anses rettferdig.

EMK artikkel 6 nr. 1 gir alle et krav om rettferdig rettergang og gjelder både i sivile saker og straffesaker.⁴⁴ En naturlig språklig forståelse av ordlyden «rettergang» peker i retning av at konvensjonsrettigheten bare gjelder under hovedforhandlingen av straffesaken, men formålet bak bestemmelsen trekker i retning av at rettigheten likevel også bør gjelde på etterforskningsstadiet, noe som ikke er tilfelle all den tid det på etterforskningsstadiet ikke er tale om å få avgjort saken, jf. EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1.⁴⁵ EMK artikkel 6 nr. 1 begrenser ikke innhenting eller føringen av bevis derunder ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, men regulerer betydningen av dette for rettergangen i sin helhet. Dersom for eksempel det foretas en ulovlig telefonavlytting fra politiets side, vil den siktedes konvensjonsrettighet om respekt for sin korrespondanse være krenket, men det er langt fra opplagt at en eventuell føring av det ulovlige opptaket som bevis vil frata siktede en rettferdig rettergang i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1.⁴⁶

Det naturlige utgangspunktet i så henseende blir at EMK ikke oppstiller noen bestemmelser om bevisforbud, men reguleringen av spørsmålet tillegges nasjonale domstoler, jf. blant annet Gäfgen mot Tyskland.⁴⁷ Saken gjaldt et tilfelle hvor tiltalte hevdet at bevisene mot ham var oppnådd i strid med EMK artikkel 3 idet han ble utsatt for umenneskelig behandling under politiavhør. EMD presiserte her at det gjelder et absolutt forbud mot føring av ethvert bevis innhentet ved bruk av tortur, nedverdiggende og umenneskelig behandling. Det følger av avgjørelsen at en eventuell bevisførsel av denne art gjør «*a trial as a whole unfair contrary to Article 6 ..., even if the admission of such evidence was not decisive in securing a conviction*».⁴⁸

⁴⁴ Dette i motsetning til EMK artikkel 6 nr. 2 og 3 og SP artikkel 14 nr. 2 og 3 som kun kommer til anvendelse i straffesaker.

⁴⁵ Se Jebens (2004) s. 312-313.

⁴⁶ Se også NOU 2004: 6 s. 40-41.

⁴⁷ Gäfgen v. Tyskland (2010) avsnitt 162.

⁴⁸ Se avsnitt 165.

Det sentrale spørsmålet i tilknytning til ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis for EMD vil være om bruken av det vil gjøre det slik at siktede ikke får en «fair-trial», altså rettferdig rettergang etter en samlet vurdering. I forlengelsen av dette tar EMD stilling til:

«... whether the proceedings as a whole including the way in which the evidence was obtained, were fair»⁴⁹

Det elementære kravet om rettferdig rettergang i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1 inneholder ikke et lovskrav⁵⁰ og det vil av den grunn ikke være avgjørende om saksgangen har vært i samsvar med kravene i den nasjonale straffeprosessen. Dette innebærer at retten til rettferdig rettergang kan være krenket til tross for at reglene i den nasjonale lovgivningen er fulgt. Retten til rettferdig rettergang kan imidlertid være oppfylt til tross for at det foreligger brudd på nasjonale regler.⁵¹

En relevant avgjørelse fra EMD i tilknytning til at retten til rettferdig rettergang kan være krenket til tross for at reglene i den nasjonale lovgivningen er fulgt er Khan v. United Kingdom.⁵² Sakens faktum var den at Khan og hans fetter hadde blitt stanset og ransaket på en flyplass. Ransakingen resulterte i funn av store mengder av narkotika på fetteren og dermed arrestasjon av vedkommende. Khan selv ble løslatt ettersom han ikke hadde noe narkotika på seg. Noe senere i tid dro Khan på besøk til en venn som på dette tidspunktet var under etterforskning for narkotikaovertrødelse, noe av etterforskningen i denne forbindelse innebar avlytting. Dette visste Khan ikke noe om. Avlyttingen gjorde det åpenbart for politiet at Khan hadde vært med på smugling av narkotikaen som fetteren var arrestert for og på bakgrunn av dette ble Khan arrestert. Det ble anført at det ikke fantes noen bestemmelser om rett til privatliv i engelsk rett og at ulovlig innhentede bevis kunne uansett føres all den tid dette ikke var i strid med engelsk straffeprosesslov. EMD konstaterte først og fremst krenkelse av retten til privatliv i henhold til EMK artikkel 8 nr. 1. Deretter kom domstolen frem til at retten til rettferdig

⁴⁹ Jf. Khan v. United Kingdom (2000) avsnitt 34.

⁵⁰ Dette i motsetning til EMK artikkel 5 nr. 1, jf. «lovlige», men organet som skal avgjøre saken må være «opprettet ved lov».

⁵¹ Se Jebens (2004) s. 313.

⁵² Khan v. United Kingdom (2000).

rettergang var likevel i «behold» all den tid Khan under hele saksgangen hadde mulighet til å imøtegå myndighetenes anførsler og i så tilfelle protestere mot beviset som forelå i saken.

En annen relevant avgjørelse som viser den andre siden av rettferdig rettergangskravet, nemlig at retten til rettferdig rettergang kan være oppfylt til tross for at det foreligger brudd på nasjonale regler, er Schenk mot Sveits.⁵³ Saken gjaldt et tilfelle der tiltalte, Schenk, hadde blitt dømt for drapsforsøk på sin egen kone. Schenk hadde også koblet inn en annen person, Mr. Pauty, i gjerningshandlingen og Mr. Pauty hadde gjort opptak av en telefonsamtale mellom seg og Schenk, noe som Schenk ikke ble gjort oppmerksom på. Dette fikk som konsekvens at opptaket ble ansett for å være i strid med sveitsisk nasjonal lovgivning. Da saken kom opp i EMD, anså ikke domstolen føringen av opptaket til å være i strid med retten til rettferdig rettergang etter konvensjonen. Domstolen la også her særlig vekt på at Schenk hadde hatt adgang til å forsvare seg mot beviset og imøtegå myndighetenes anførsler. Det faktum at opptaket ikke var det eneste beviset i saken, og dermed det avgjørende for sakens utfall, var også en del av EMDs begrunnelse for at forholdet ikke ble ansett som en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1.

Konvensjonen er utvilsomt en sentral rettskildefaktor i den betydning at den setter visse skranker for reglene om bevisforbud. EMK er også av betydning som en folkerettslig og internrettslig forpliktelse for Norge, jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3 og straffeprosessloven § 4. Det er likevel grunn til å understreke at EMK totalt sett er av noe begrenset betydning for den konkrete kartleggingen av norsk rett. Dette skyldes at konvensjonen kun setter en ytre ramme for reglene om bevisforbud, nettopp fordi EMD anvender en generell uttalelse om at konvensjonen som hovedregel ikke regulerer nasjonale regler om bevisføring og bevisvurdering. I denne begrunnelsen fremhever domstolen også at konvensjonen ikke oppstiller noen generelle bestemmelser om hvordan ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis skal behandles.⁵⁴ Disse uttalelsene kommer til uttrykk i en rekke avgjørelser,⁵⁵ et eksempel kan være *Allan v. United Kingdom* hvor det uttales at:

⁵³ Schenk v. Sveits (1998).

⁵⁴ Se Torgersen (2009) s. 76.

⁵⁵ Se for eksempel *Allan v. United Kingdom* (2002) avsnitt 42, *Harutyunyan v. Armenia* (2007) avsnitt 61 og *Jalloh v. Germany* (2006) avsnitt 95.

*«It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible».*⁵⁶

Det praksis fra EMD⁵⁷ viser er at domstolen vurderer betydningen av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, utelukkende etter det grunnleggende kravet om «rettferdig rettergang» i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1. Dette gjelder uavhengig av om ervervshandlingen er i strid med konvensjonen og/eller nasjonal lovgivning. Rettspraksis fra EMD viser også at domstolens prøving begrenser seg til en overordnet «fairness»-vurdering, som i utgangspunktet omfavner grove brudd av enkelte bestemmelser i konvensjonen. EMDs praksis kan videre tas til inntekt for å hevde at det er sterke grunner som skal til for at konklusjonen blir krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 som følge av føring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.

Det er nærliggende å forstå at EMDs «fairness»-vurdering kan lede til konvensjonsbrudd både som følge av at det gjøres bruk av ervervede bevis som er i strid med nasjonal lovgivning i den enkelte stat, og som følge av bruk av bevis ervervet i strid med konvensjonen. I sistnevnte situasjoner er det særlig brudd på EMK artikkel 3 om tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling, artikkel 5 om retten til frihet og sikkerhet, artikkel 8 om retten til privatliv og det innfortolkede taushetsretten i artikkel 6 nr. 1 som er av størst betydning i denne sammenheng. Det er også grunn til å understreke her at for EMD vil ikke den overordnede problemstillingen være om EMK oppstiller krav til bevisforbud i den nasjonale lovgivningen, men om bevisføringen har krenket klagerens rett til en «fair» rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1 i sin helhet. Anvendelse av EMK artikkel 6 nr. 1 forutsetter høyterskel, og hovedregelen er at EMD

*«cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible».*⁵⁸

2.3. Oppsummering om betydningen av EMDs praksis vedrørende ulovlige bevis

⁵⁶ Se Allan v. United Kingdom (2002) avsnitt 42.

⁵⁷ Se blant annet Khan v. United Kingdom (2000) og Schenk mot Sveits (1998).

⁵⁸ Se Schenk mot Sveits (1998) avsnitt 46.

Det kan her slås fast at EMK-retten ikke opererer med en positiv og eksplisitt forankret bestemmelse i tilknytning til bevisforbudsspørsmålet. Praksis fra EMD har også gjort det klart at EMK i utgangspunktet ikke setter noen begrensninger knyttet til bevisføringsretten. Gjennomgangen viser at spørsmålet om konsekvensen av ulovlig eller utilbørlig beviserverv må bero på en total vurdering av om det faktisk at slike bevis skal tillates ført, vil likevel ivareta retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1 i sin helhet. Praksis fra EMD viser i tillegg at det er høy terskel for at det skal foreligge brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, som følge av ulovlig eller utilbørlig beviserverv. På den annen side nøler ikke EMD å konstatere brudd på bestemmelsen dersom beviservervet er skjedd som følge av brudd på EMK artikkel 3.

På bakgrunn av gjennomgangen av EMDs praksis på området⁵⁹ og Høyesteretts standpunkt i Rt. 2014 s. 1105 «*Acta-saken*»,⁶⁰ kan det her hevdes at Høyesterett antagelig er strengere enn EMD. Høyesterett i denne saken anså politiets fortsatte lagring av overskuddsmaterialet, som skulle vært slettet, i strid med EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 og konstaterte at det å tillate bruk av informasjon ved ulovlig ervervet kommunikasjonskontroll ville innebære en fortsatt rettskrenkelse.

2.4. Tradisjonell norsk rett – Lov og lovforarbeidene

I norsk straffeprosess er reglene om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis ulovfestet utviklet gjennom fast og langvarig rettspraksis, og det finnes derfor heller ingen lovforarbeider som presiserer og klarlegger spørsmålet. Når lovgiveren har valgt å overlate spørsmålet til rettspraksis og juridisk teori,⁶¹ vil disse kilder sammen med reelle hensyn ha en avgjørende betydning når det gjelder klarleggingen av reglene, herunder også for denne masteroppgaven. Det ble imidlertid presisert av Straffeprosesslovkomiteen at hovedregelen «bør» være at beviset føres til tross for feilen, men komiteen valgte likevel å overlate grensedragningen til rettspraksis og juridisk teori.⁶²

⁵⁹ Jf. punkt 2.2.

⁶⁰ Jf. punkt 2.1.

⁶¹ Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197 og Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 314-315.

⁶² Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

Straffeprosesslovkomiteens uttalelse, som jeg kommer nærmere tilbake til i punkt 4.1, kom frem som ledd i en omfattende revisjon av straffeprosessloven. Til tross for at spørsmålet ikke ble lovregulert slik at uttalelsen kan direkte kobles til en enkeltbestemmelse, trekker uttalelsen i retning av at de må ha noe av samme vekt rettskildemessig, slik som uttalelser i tilknytning til en lovbestemmelse. Det er imidlertid på det rene at uttalelsen bidrar i ubetydelig grad til avklaring av reglene om bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.

Forarbeidsuttalelsene til tvisteloven § 22-7 er også av relevans for klarleggingen av bevisforbudsspørsmålet i straffeprosessen all den tid de ulovfestede reglene om bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis har klare likhetstrekk.⁶³ Det har også i praksis vært tilfeller hvor Høyesterett viser til praksis fra sivilprosess i et tilfelle som omhandlet straffeprosess og motsatt uten at spørsmålet er blitt drøftet noe nærmere og at det kan være forskjellige regler i sivilprosess og straffeprosessen.⁶⁴

I denne sammenheng kan også forarbeidene til den nye straffeprosessloven være av interesse. Det fremheves også her at innholdet i regelen om bevisavskjæring på grunnlag av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis bør avklares gjennom rettspraksis, men anser det likevel hensiktsmessig at sentrale bevisregler får en forankring i straffeprosessloven.⁶⁵ Videre fremhever utvalget at også disiplineringshensynet, ved vurderingen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis tillates ført, bør tillegges større vekt enn det tidligere rettspraksis på området viser. Utvalget viser til Rt. 2006 s. 582 der det ble uttalt at:

*«... Avskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking. Men ... lovgiveren (har) akseptert at et bevis kan føres selv om det knytter seg formelle feil til det».*⁶⁶

⁶³ Se Torgersen (2009) s. 81.

⁶⁴ Se for eksempel Rt. 2007 s. 920 (avsnitt 53 og 57) som omhandlet sivilprosess, men det ble vist til Rt. 1991 s. 616 som gjaldt straffeprosess. Se også Rt. 1999 s. 1269 (på side 1272) for motsatt tilfelle hvor det vises til Rt. 1997 s. 795.

⁶⁵ Se NOU 2016: 24 s. 272.

⁶⁶ Rt. 2006 s. 582 (avsnitt 24).

2.5. Rettspraksis og reelle hensyn

Det samme gjelder også Høyesteretts syn: «*Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres*».⁶⁷ Det finnes en rekke rettsavgjørelser som omhandler temaet bevisforbud ved ulovlig eller utilbørlig beviserverv. Det er på det rene at det er rettspraksis som har etablert de ulovfestede reglene om bevisforbud ved ulovlig eller utilbørlig beviserverv på strafferettens område. På bakgrunn av dette vil disse avgjørelsene selvsagt være sentrale for analysen av reglens innhold.

For masteroppgavens vedkommende vil det tas utgangspunkt i avgjørelsens begrunnelse (ratio decidendi) i forbindelse med tolkningen av reglene. Rettsavgjørelsens begrunnelse trekker imidlertid ikke alltid i noen bestemte retninger i henhold til det oppnådde resultatet og av den grunn virker noe begrenset forutberegnelige og rettsavklarende.⁶⁸ I slike tilfeller vil det naturlig nok forsøkes å konstruere noen fastere kriterier som kan begrunne resultatet, såkalt konstruert ratio decidendi som tar sitt utgangspunkt i sakens faktiske omstendigheter og utfall.⁶⁹

Med reelle hensyn i det følgende refereres til argumenter med formål om å komme frem til den rimeligste løsning, derunder vurderinger av tolkningsresultaters godhet. I tilknytning til masteroppgavens hovedproblemstilling, er det først og fremst de generelle reglens godhet som er av størst interesse i vår sammenheng, til tross for at hensynet til det konkrete resultats godhet i en enkel sak faller innenfor «reelle hensyn». Spørsmålet om det skal oppstilles bevisforbud ved ulovlig eller utilbørlig beviserverv, beror tradisjonelt på en bred og skjønnsmessig helhetsvurdering. Denne åpne avveiningsnormen trenger naturligvis nok en fastleggelse, og det er her de reelle hensynene får meget betydning i mangel av andre autorative rettskilder.

Reelle hensyn er meget sammensatt og mangeartet, men sentrale hensyn i tilknytning til reglene om ulovlig eller utilbørlig beviserverv er først og fremst hensynet til sakens opplysning på den ene siden, og de hovedhensynene som kan sies å begrunne bevisforbud på den annen. Hvilken vekt reelle hensyn skal få i den konkrete vurderingen, vil tradisjonelt avhenge av om det

⁶⁷ Rt. 2006 s. 582 (avsnitt 22).

⁶⁸ Se Torgersen (2009) s. 82.

⁶⁹ Jf. Torgersen (2009) s. 82.

foreligger en mangel av mer autoritative rettskilder, noe som kan sies å være tilfelle hensett masteroppgavens problemstilling.

På bakgrunn av disse utgangspunktene, vil jeg videre i fremstillingen undersøke nærmere hvor langt de overordnede prinsipper, herunder Grunnloven, EMK og annen norsk rett rekker når det gjelder den ulovfestede læren om bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig beviserverv.

3. Den ulovfestede læren om bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig beviserverv

3.1. Innledning

Den rettslige vurderingen av temaet ulovlig eller utilbørlig beviserverv aktualiserer en rekke underproblemstillinger som det er naturlig å ta stilling til. Det kan blant annet reises spørsmål om 1) når et bevis er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, 2) hvilke typer lovbrudd eller utilbørlig opptreden kan gi grunnlag for å oppstille et bevisforbud, 3) hvilke bevis vil omfattes av et bevisforbud, og 4) hvem kan påberope et bevisforbud.⁷⁰ Det bemerkes at det vil her tas stilling til hver og enkelt av disse underproblemstillingene, men fokuset vil likevel knytte seg til spørsmålet om når et bevis er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte og konsekvensen i så henseende. Av hensyn til struktur og sammenhengen i oppgaven, vil de to første underproblemstillingene bli behandlet i punkt 3.2-3.3, mens to siste vil bli behandlet nærmere i punkt 4.4.

3.2. Nærmere om innholdet i kriteriene «ulovlig» eller «utilbørlig» bevisinnhenting

Et sentralt spørsmål blir hva som i hovedsak menes med at beviservervet er «ulovlig». En naturlig språklig forståelse av ordlyden «ulovlig» peker i retning av at ervervshandlingen er av en slik karakter som strider med en positiv forankret lovbestemmelse. Det er imidlertid i teorien fremhevet at dersom beviservervet foretas i strid med generelle og rettslig bindende lovbestemmelser, er beviservervet således «ulovlig».⁷¹ Det er her nærliggende å stille spørsmål om bevisinnhenting må ha skjedd i strid med en positiv forankret lovbestemmelse, eller om

⁷⁰ Øyen (2019) s. 403-404.

⁷¹ Se blant annet Eckhoff (2001) s. 39.

det faktum at bevisinnhenting er foretatt i strid med ulovfestede rettsregler er tilstrekkelig for å anse bevisinnhenting som ulovlig.

Øyen hevder at en ulovlig bevisinnhenting foreligger dersom bevissikringen er skjedd i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel som fastsetter en materiell, kompetansemessig eller prosessuell skranke for hvordan et bevis kan sikres.⁷² Det avgjørende i denne sammenheng blir da om en rettsregel i det hele tatt ble brutt i tilknytning til bevisinnhenting.

Dette teoretiske resonnementet finner også støtte i høyesterettspraksis og får dermed en betydelig vekt rettskildemessig. I og med at saksforholdet i «*Gatekjøkken-kjennelsen*»⁷³ hadde perspektiver ut over en tolkning av enkeltstående lovbestemmelser, fordi de tre lover det var tale om,⁷⁴ kunne volde tvil, valgte Høyesterett å ta stilling til dette spørsmålet.⁷⁵ Saken gjaldt en arbeidsgiver som mistenkte en av sine egne ansatte for å begå underslag. Mistanken gjorde at arbeidsgiveren skaffet seg hemmelige videoopptak, og et av sentrale spørsmålene i saken for Høyesterett var om de hemmelige videoopptakene kunne føres som bevis i saken. I denne anledningen uttaler førstvoterende at:

«... Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelig 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 anses uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis»⁷⁶ (mine uthevninger).

På bakgrunn av førstvoterendes uttalelse, er det grunn til å forstå dette slik at videoopptak som bevis ervervet på hemmelig måte på arbeidsplassen, vil stride mot ulovfestede rettslige normer. Dermed forstås uttalelsen slik at en bevisinnhenting vil være ulovlig til tross for at innhenting ikke skulle være i strid med en positiv forankret lovbestemmelse. Torgersen er i utgangspunktet

⁷² Øyen (2019) s. 404, se også Aarli mfl. (2015) s. 110.

⁷³ Rt. 1991 s. 616.

⁷⁴ Straffeloven av 1902 § 145a, personregisterloven § 9 og arbeidsmiljøloven § 12.

⁷⁵ Jf. Rt. 1991 s. 616 (på s. 620).

⁷⁶ Rt. 1991 s. 616 (på s. 620).

av noe samme oppfatning, men hevder likevel at den siterte uttalelsen må forstås slik at det ble forutsatt brudd på en «rettslig ervervsnorm», og at ikke var bare nødvendig å ta stilling til om denne ervervsnormen fulgte av de positiv forankrede lovbestemmelsene som ble tatt stilling til eller måtte oppstilles på ulovfestet grunnlag.⁷⁷

Torgersen forstås slik at kriteriet «ulovlig» bevisinnhenting ikke stiller noen eksplisitt krav til at innhenting må være i strid med formell lov, men at det avgjørende er om det foreligger brudd på en rettslig norm.⁷⁸ Med «rettslig norm» sikter Torgersen også til beviserverv som er å anse i strid med konstaterbare, men ulovfestede forbud, derunder utmeislede prinsipper og kriterier i rettspraksis.⁷⁹

Aall deler også noe av samme synspunkt. Aall problematiserer ikke beviserverv i strid med formell lov eller forskrift og legger dette til grunn som et klart tilfelle av ulovlig beviserverv.⁸⁰ Høyesterettspraksis viser at domstolen har utmeislet en rekke kriterier for den lite detaljregulerte etterforskningen i Norge. Aall understreker at også anskaffelsen av bevis i strid med disse ulovfestede kriteriene kan regnes som rettstridig og dermed ulovlig.⁸¹ Til tross for noe mindre detaljregulering av etterforskningen i henhold til legalitetsprinsippet⁸², er det likevel fremholdt i teorien at legalitetsprinsippet «*må normalt anses tilgodesett ved at straffeprosessloven forutsetningsvis gir hjemmel for at det tas vanlige etterforskningsskritt ...*».⁸³ Dette anses også å være i samsvar med EMK artikkel 6, men Aall fremhever at bevisinnhenting

«i strid med legalitetsprinsippet eller i strid med de prinsippene som Høyesterett har utmeislet, vil det, i motsetning til de egentlige lovstridtilfellene, alltid være snakk om tilsidesettelse av fundamentale krav til etterforskningen»⁸⁴ (mine uthevninger).

⁷⁷ Torgersen (2009) s. 9.

⁷⁸ Se Torgersen (2009) s. 7.

⁷⁹ Torgersen (2009) s. 7.

⁸⁰ Se Aall (1995) s. 311.

⁸¹ Se Aall (1995) s. 312.

⁸² Jf. Grunnloven § 113.

⁸³ Se Eckhoff, Festskrift 1978 (på s. 63-64).

⁸⁴ Se Aall (1995) s. 312.

I denne forbindelse vil også «*Samværs-saken*»⁸⁵ være illustrerende. Saken gjaldt spørsmål om nektelse av bevisførsel i søksmål om daglig omsorg for barn. Det konkrete beviset det var tvist om gjaldt utskrift av en telefonsamtale mellom faren og barna som moren hadde tatt gjennom hemmelige lydbåndopptak. Høyesterett kom frem til at utskriften av lydbåndopptaket fra den konkrete telefonsamtalen skulle nektes ført som bevis i saken til tross for at forholdet ikke ble rammet av noen positiv forankrede lovbestemmelser. Videre bemerket Høyesterett eksplisitt at

*«den ulovfestede adgang til å kreve bevis avskåret må ... rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling».*⁸⁶

Med grunnlag i den teoretiske nyanseringen, høyesterettsrettspraksis og de eksplisitt relevante avgjørelser som det er redegjort for ovenfor, kan det dermed slås fast at kriteriet «ulovlig» bevisinnhenting omfatter både de situasjoner hvor forholdet rammes av positiv forankrede lovbestemmelser og ulovfestede rettslige rettsnormer. Det er således grunnlag for å hevde at ethvert normbrudd som kan være årsak til en bevisinnhenting, er å anse som brudd på en beviservervsnorm.⁸⁷ Med beviservervsnorm i denne sammenheng menes en rettslig norm som regulerer grensene for lovlig bevisinnhenting slik som forbud som begrenser handlefriheten i henhold til etterforskningen, derunder bevisinnhenting, og påbud, for eksempel plikt til å underrette siktede om retten til ikke å forklare seg i avhør, jf. straffeprosessloven § 232 første ledd.⁸⁸

Rettspraksis fra nyere tid viser imidlertid at bevisavskjæring etter de ulovfestede regler forutsetter at bevisinnhenting er skjedd på en ulovlig *eller «utilbørlig»* måte.⁸⁹ Et sentralt spørsmål i det følgende vil være hva som i all hovedsak menes med at bevisinnhenting er skjedd på en *«utilbørlig»* måte. Den rettslige interessen i denne sammenheng ligger i spørsmålet om utilbørlighetsvilkåret kun rammer tilfeller av rettsstridighet, eller også tilfeller hvor ervervshandlingen er kritikkverdig uten at forholdet anses ulovlig.

⁸⁵ Rt. 1997 s. 795.

⁸⁶ Rt. 1997 på s. 796

⁸⁷ Også Torgersen legger dette til grunn. Se Torgersen (2009) s. 6.

⁸⁸ Jf. Torgersen (2009) s. 6.

⁸⁹ Se blant annet Rt. 2003 s. 1266 (avsnitt 20), Rt. 2004 s. 1366 (avsnitt 13), Rt. 2009 s. 1526 (avsnitt 28), Rt. 2011 s. 1324 (avsnitt 33) og Rt. 2013 s. 1282 (avsnitt 40).

En gjennomgang av foreliggende rettspraksis på området gir grunnlag for å hevde at det ikke finnes saker hvor Høyesterett presiserer hva som ligger i kriteriet «utilbørlig». Praksis gjør det også vanskelig å se om kriteriet «kritikkverdig» anvendes synonymt med «utilbørlig». Øyen henviser til «*Gatekjøkken-kjennelsen*»⁹⁰ og hevder at det ikke er behov for en skarp avgrensning av uttrykkene, og at det viktigste i det følgende er at disse uttrykkene markerer at et bevisforbud kan likevel foreligge selv om beviset ikke ble innhentet som følge av brudd på en rettsregel.⁹¹ Torgersens oppfatning av spørsmålet er imidlertid den at utilbørlighetsvilkåret krever rettsstridighet, og at den anvendes for å synliggjøre at det ikke kreves at bevisinnhenting er skjedd i strid med formell lov.⁹²

Det er her nærliggende å se på en sak fra nyere rettspraksis, nemlig Rt. 2011 s. 1324. Saken gjaldt et tilfelle av forsikringsbedrageri og et sentralt spørsmål i saken var om det faktum at lagmannsretten hadde tillatt bevisføring av et hemmelig videoopptak utgjorde en saksbehandlingsfeil. Det uttales her at:

*«... det ikke er ulovlig å ta opp samtaler man selv deltar i, jf. straffeloven § 145a første ledd nr. 2 og Rt. 1981 s. 377. Ut fra mer **allmenne moralbetraktninger** vil det imidlertid normalt fremstå som **illojalt eller utilbørlig** å gjøre slike opptak uten samtalepartens vitende. Adgangen til å kreve bevis avskåret rekker lenger enn til å gjelde bevis som er anskaffet på ulovlig vis, jf. Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1997 s. 795»⁹³ (mine uthevninger).*

Det er her helt klart at videoopptaket «ikke var ulovlig», og at «adgangen til å kreve bevis avskåret rekker lenger enn til å gjelde bevis som er anskaffet på ulovlig vis». Derimot er det mindre klart om Høyesterett kan forstås slik at bevisinnhenting ikke var ulovlig i den forstand at innhenting ikke var å anse i strid med en positiv forankret lovbestemmelse. Det faktum at bevis kan anses som illojale eller utilbørlige av hensyn til allmenne moralbetraktninger, gir også grunn til å tro at bevisinnhenting som i utgangspunktet er lovlige, men kritikkverdige, kan avskjæres etter lignende vurdering. Dette synspunktet underbygges også av praksis.⁹⁴

⁹⁰ Rt. 1991 s. 616

⁹¹ Se Øyen (2016) s. 411.

⁹² Se Torgersen (2009) s. 8.

⁹³ Avsnitt 33 i dommen.

⁹⁴ Se for eksempel Rt. 2003 s. 1814 (avsnitt 17) hvor Høyesterett bruker begrepet «kritikkverdig».

Den såkalte «*B-gjengen-dommen*»⁹⁵ gjaldt et tilfelle av forsøk på drap. Sakens faktum var at fornærmede hadde gjort opptak av en forutsatt konfidensiell samtale mellom seg og tiltalte med fengselspresten til stede. Et av spørsmålene i saken var om det skjulte opptaket burde tillates ført. Her uttaler Høyesterett at:

«... I Rt. 1991 s. 616 ble et videoopptak avskåret fordi det var fremskaffet på ulovlig måte. Det er ikke omtvistet at opptaket I gjorde, ikke er ulovlig i den forstand at det er straffbart. (...) Av Rt. 1997 s. 795 følger det imidlertid at adgangen til å avskjære bevis også gjelder der beviset er skaffet på en lovlige, men likevel utilbørlig måte»⁹⁶ (mine uthevninger).

Høyesterett forstås her å forutsette at anskaffelsen av beviset var i strid med en rettsregel til tross for at den ikke var straffbar. Videre vises det heller ikke til annen lovgivning som ervervshandlingen vil være i strid med, noe som kan forstås slik at beviservervet forutsettes å være i strid med ulovfestede rettsregler.

Rettspraksis har gjort det klart at prinsipper knyttet til sivile saker i noen grad er relevant også for straffesaker, jf. punkt 2.4. Det fremgår videre av tvisteloven § 22-7 at:

«Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte».

I forarbeidene til bestemmelsen uttales det eksplisitt at:

*«Paragrafen kodifiserer en ulovfestet regel om rettens adgang til i særlige tilfeller å avskjære bevis som er ervervet på en **ulovlig måte**»⁹⁷ (mine uthevninger).*

Forarbeidsuttalelsen synes å bygge på en oppfatning av at utilbørlighetskriteriet krever rettsstridighet idet den tydelig understreker at paragrafen kun kan anvendes i situasjoner dersom ervervshandlingen er ulovlig. Det er denne uttalelsen i forarbeidene som Torgersen anvender

⁹⁵ Rt. 2009 s. 1526.

⁹⁶ Se avsnitt

⁹⁷ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 459 andre spalte.

som et argument i retning av at bevisavskjæring for lovlig bevisinnhenting, men likevel kritikkverdig, ikke skal vurderes på lik linje med situasjoner hvor ervervshandlingen er å anse i strid med en rettslig norm.⁹⁸

Tatt i betraktning Torgersens nyansering og gjennomgangen av foreliggende rettskilder på området, er det vanskelig å legge til grunn at Høyesterettspraksis gir dekning for at vurderingen av kritikkverdig, men lovlig bevisinnhenting skal vurderes på samme måte. Rettskildematerialet gir imidlertid grunn til å imøtekomme Torgersens oppfatning, nemlig at utilbørlighetskriteriet forutsetter rettsstridighet.⁹⁹ Hensynet til forutberegnelighet trekker også i samme retning.

3.3. Typetilfeller av lovbrudd eller utilbørlig opptreden som kan gi grunnlag for å oppstille et bevisforbud

Hensynet til å treffe materielt riktige avgjørelser trekker i retning av at domstolene fremlegges ethvert bevis som er relevant i ethvert konkret tilfelle. På den annen side er det på det rene at bevisretten er utformet slik at hensynet til å treffe materielt riktige avgjørelser må avveies mot andre hensyn som kan bli ansett å være viktigere. Likevel har både hensynet til sakens opplysning og rettssikkerhetshensyn medført at det er utmeislet en rekke bevisforbud. Dette til tross for at grunntanken om en human behandling av mennesker¹⁰⁰ setter tydelige begrensninger for hvilke metoder som kan anvendes mot enkelte som ikke evner å ville bidra til sakens opplysning. Det vil her derfor redegjøres for noen argumenter til støtte for et bevisforbud.

For det første kan det oppstilles et bevisforbud ut fra en rettsstatstanke fordi overtredelse av noen bestemmelser er så betenkelig at overtredelsen som sådan bør føre til bevisforbud. Ovenfor i punkt 2 ble det slått fast at Grunnloven § 93 annet ledd og EMK artikkel 3 oppstiller et absolutt forbud mot tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling. EMD har i en rekke saker gjort det tydelig at overtredelse av EMK artikkel 3 innebærer en så alvorlig krenkelse av enkeltindividets menneskerettigheter at det ikke er «fair» etter EMK artikkel 6 nr. 1 å anvende den informasjon som krenkelsen representerte, som bevis mot den som ble utsatt

⁹⁸ Se Torgersen (2009) s. 10-11.

⁹⁹ Se Torgersen (2009) s. 8-11.

¹⁰⁰ Sml. Grunnloven § 93 annet ledd og EMK art. 3.

for krenkelsen. Gäfgen mot Tyskland¹⁰¹ er et eksempel på at EMD oppstilte et bevisforbud også for overtredelsen av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

EMDs tilnærming i tilknytning til bevis som er sikret gjennom overtredelse av andre menneskerettigheter¹⁰² er den at det skal foretas en helhetsvurdering av om bruken av beviset krenket retten til en «rettferdig rettergang» etter EMK artikkel 6 nr. 1, jf. ovenfor i punkt 2. En ikke uttømmende oppregning av sentrale momenter i totalvurderingen fremgår av Ibrahim mfl. mot Storbritannia¹⁰³ hvor det sentrale er hvilken rettighet som er krenket, krenkelsens grovhet, pålitelighetsreduksjonen som følge av krenkelsen, og betydningen av det aktuelle beviset tatt i betraktning øvrige bevis i saken.¹⁰⁴

For det andre kan det oppstilles et bevisforbud i et forsøk på å beskytte den krenkede interessen. Det finnes en rekke bestemmelser som ivaretar enkeltpersoners rettsikkerhet, personvern hensyn og behov for fortrolighet. Hensynene bak disse bestemmelsene er så tungtveiende at en overtredelse av slike bestemmelser i seg selv kan begrunne et bevisforbud.¹⁰⁵ Høyesteretts standpunkt i «*Verkstedbetjent-dommen*»¹⁰⁶ peker også i denne retning når det uttales at:

*«... I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført».*¹⁰⁷

Torgersen er også av samme oppfatning, og i likhet med Øyen hevder likevel at det bør vises tilbakeholdenhet med å oppstille et bevisforbud dersom bruk av beviset frembringer noe mindre vesentlig krenkelse av de hensynene den overtrådte regelen skal ivareta.¹⁰⁸

¹⁰¹ Gäfgen mot Tyskland (2010) avsnitt 166-188, se punkt 2.2 for sakens faktum.

¹⁰² Rettsikkerhetsgarantier og beskyttelsesbestemmelser om privatlivet mv. som Grunnloven § 95 første ledd og § 102 første ledd første punktum og EMK artikkel 6 og artikkel 8.

¹⁰³ Ibrahim mot Storbritannia (2016).

¹⁰⁴ Momentene fremgår også av storkammerssakene Simeonovi mot Bulgaria (avsnitt 120) og Beuze mot Belgia (avsnitt 150).

¹⁰⁵ Se Øyen (2019) s. 407-408.

¹⁰⁶ Rt. 1999 s. 1269.

¹⁰⁷ På side 1272.

¹⁰⁸ Se Torgersen (2009) s. 148 og Øyen (2019) s. 408.

Videre kan det oppstilles et bevisforbud av hensyn til mistenktes rettssikkerhet. Det faktum at påliteligheten av beviset er blitt redusert, som følge av den ulovlige eller utilbørlige ervervshandlingen, er antagelig ikke tilstrekkelig for å kunne hevde at det bør gjelde et bevisforbud.¹⁰⁹ Men situasjonen blir annerledes dersom en beviservervsnorm som i utgangspunktet er tiltenkt å ivareta enkeltes rettssikkerhet er brudd og ervervshandlingen gjør det vanskelig å vurdere påliteligheten av beviset. Rettssikkerhetshensynet blir viktigere dersom det dreier seg om et sentralt bevis i saken. Det vil da være naturlig å anse dette som uforenelig med grunnleggende krav om rettssikkerhet.

Bevisforbud ut fra et rettssikkerhetsperspektiv kommer tydeligere frem gjennom EMDs standpunkt i *Lisica mot Kroatia*.¹¹⁰ Saken gjaldt et tilfelle der klageren hadde blitt domfelt for å ha vært med på et ran. Et sentralt bevis i tilknytning til domfellelsen var funnet av en del fra et bilhåndtak, som sannsynligvis stammet fra bilen som ble brukt i utøvelsen av ranet, i domfeltes bil. Ransakingene ble gjennomført uten at klageren selv eller hans forsvarer ble varslet og heller ikke et uavhengig vitne hadde vært til stede under ransakingen. Da bilen var under politiets oppsyn, hadde også flere polititjenestepersoner tilgang til bilnøklerne. EMD kom frem til at det å benytte beviset ville krenke klagerens rett til en «rettferdig rettergang» etter EMK artikkel 6 nr. 1. Dette begrunnet EMD med at sikringen av et så viktig bevis var så lite betryggende som ikke iakttok rettssikkerhetsgarantier til vern av domfelte.

I vurderingen av om det bør oppstilles et bevisforbud av hensyn til mistenktes rettssikkerhet har også vært viktig etter tradisjonell norsk rett slik Høyesteretts praksis viser.¹¹¹

Til slutt kan det oppstilles et bevisforbud ut fra en helhetsvurdering av relevante argumenter der et argument isolert sett ikke kan sies å danne et tilstrekkelig grunnlag for å oppstille et bevisforbud.¹¹² Både Høyesteretts og Høyesteretts ankeutvalgets tilnærming peker i denne retning i sakene om ulovlig videoovervåking på arbeidsplassen inntatt i Rt. 1991 s. 616, Rt. 2001 s. 668 og Rt. 2004 s. 878. Det faktum at det kan oppstilles et bevisforbud også ut fra en

¹⁰⁹ Se Øyen (2019) s. 410.

¹¹⁰ *Lisica mot Kroatia* (2010).

¹¹¹ Se HR-2017-1894-U og HR-2018-2109-U.

¹¹² Se Øyen (2019) s. 412.

bred interesseavveining slo Høyesterett fast i «*Verkstedsbetjent-dommen*»¹¹³ der det på side 1272 uttales at «... *I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining ...*».

3.4. Kort om det er grunn til å oppstille andre vilkår

Det kan reises spørsmål om det er grunn til å oppstille andre krav i tillegg til at bevisinnhentingens må ha vært i strid med en rettsregel.

Et sentralt spørsmål i denne sammenheng vil være om det er grunn til å oppstille som krav om at den aktuelle polititjenestepersonen, og eller en annen privatperson som innhenter beviset, må ha positiv kunnskap om at ervervshandlingen var ulovlig. Høyesteretts resonnement i «*Gatekjøkken-kjennelsen*»¹¹⁴ er illustrerende her. Domstolen fremholdt der (på side 620):

«... bedømmelsen av om beviset er ervervet i strid med loven, må bero på om lovbestemmelsene objektivt sett er overtrådt. Om den daglige leder subjektivt har ment å handle lovlig, er i denne henseende irrelevant».

Det faktum at polititjenestepersonen og eller en annen privatperson i bevisinnhentingens øyemed var i rettsvillfarelse i tilknytning til handlingens ulovlighet, er heller ikke relevant for vurderingen av om handlingen kan betraktes som ulovlig.¹¹⁵

3.5. Beviskravet

Det kan her spørres om hvilket beviskrav som skal legges til grunn i tilknytning til spørsmålet om bevisinnhentingens er å anse som ulovlig eller utilbørlig. Dette av hensyn til at det i teorien kan tenkes situasjoner som kan by på tvil hva angår faktiske omstendigheter ved ervervshandlingen. Med beviskrav i det følgende siktes det til de betingelser som må foreligge for at et faktum skal kunne legges til grunn for en avgjørelse¹¹⁶, altså hvordan dommerne skal «håndtere faktisk usikkerhet».¹¹⁷

¹¹³ Rt. 1999 s. 1269.

¹¹⁴ Jf. Rt. 1991 s. 616.

¹¹⁵ Se straffeloven § 26.

¹¹⁶ Se Aarli mfl. (2015) s. 104.

¹¹⁷ Se Løvlie (2014) s. 323.

To ulike alternative tilnærminger kan her by på to ulike løsninger. En alternativ tilnærming kan være at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Løsningen her blir den at dersom det hefter tvil om det faktiske forholdet i tilknytning til spørsmålet om beviservervet er å anse som ulovlig eller utilbørlig, skal denne tvilen komme vedkommende tiltalte til gode og innhenting av det aktuelle beviset skal dermed anses som ulovlig eller utilbørlig. En annen alternativ tilnærming vil basere seg på at domstolene må foreta en samlet vurdering og legge det faktum til grunn som retten anser mest sannsynlig.

Høyesteretts resonnement i Rt. 1994 s. 1139 vil her være illustrerende. Saken gjaldt et tilfelle av narkotikasak der tiltalte motsatte seg at politiforklaringene hans i en drapssak skulle leses opp. Tiltalte mente at informasjonen var gitt i tilknytning til drapssaken og mot løfte om at informasjonene ellers ikke skulle benyttes. Herredsretten hadde kommet frem til at:

*«... det hersker adskillig usikkerhet om hva som fra de ulike politifolkene ble sagt til tiltalte ved avhøret om mulighetene for amnesti, og at denne tvilen må komme tiltalte til gode».*¹¹⁸

Høyesterett opphevet dommen og det ble uttalt at:

*«Det er her tale om en prosessuell avgjørelse, og spørsmålet er om det 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 saksforhold som den etter en **samlet vurdering finner mest sannsynlig**»*¹¹⁹ (mine uthevninger).

På bakgrunn av dette er det nærliggende å fastslå at domstolene i tilfelle tvil i tilknytning til beviservervshandlingen skal legge det faktum til grunn som er mest sannsynlig. Det vil nå i punkt 4 ses på grensedragningen mellom avskjæring og tillatelse til tross for ulovlig- og eller utilbørligheten av beviservervet.

¹¹⁸ På side 1140.

¹¹⁹ På side 1142.

4. Når skal ulovlig eller utilbørlig beviserverv avskjæres?

4.1. Innledning

Hovedregelen om fri bevisførsel i norsk rett er ikke kommet eksplisitt til uttrykk i straffeprosessloven, men det er ingen tvil om at hovedregelen i norsk straffeprosess er fri bevisføring.¹²⁰ Denne hovedregelen gjelder også i sivilprosessen.¹²¹ Det er her hensynet til sakens opplysning og et mål om å treffe materielt riktige avgjørelser som begrunner den frie bevisføringsretten. Ved å sikre tilstrekkelig kontradiksjon vil også utvilsomt innebære en høy grad av tillit hos partene knyttet til saksbehandlingen. For den enkelte part vil dette prinsipielt sett og tilsynelatende innebære at vedkommende kan føre ethvert bevis av relevans som støtter vedkommendes syn på saken. I tillegg vil vedkommende å kunne kommentere motpartens anførsler og bevis i tillegg til å fremsette motanførsler og motbevis.¹²²

Prinsippet om fri bevisføringsrett har også virkning overfor domstolene som den dømmende makt. Virkningen overfor domstolene vil være at avskjæring av bevistilbud fra vedkommende part må forankres i et rettsgrunnlag¹²³ og det er unntak fra dette som krever en nærmere begrunnelse.¹²⁴ For denne masteroppgavens vedkommende, er det denne forståelsen av prinsippet som legges til grunn for den videre fremstillingen.

Dette grunnleggende prinsippet om fri bevisføring er også lagt til grunn av Høyesterett i flere avgjørelser. I «*Fotoboks-dommen*»¹²⁵ uttales det at:

*«Etter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetning er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar».*¹²⁶

¹²⁰ Se blant annet Rt. 1990 s. 1008 (på side 1010), Rt. 1994 s. 610 (på side 614), Rt. 1996 s. 1114 (på side 1118) og Rt. 2008 s. 605 (avsnitt 13).

¹²¹ Prinsippet er lovforankret i tvisteloven § 21-3 første ledd første punktum: «*Partene har rett til å føre de bevis de ønsker*».

¹²² Se Jebens (2004) s. 323.

¹²³ Se Øyen (2016) s. 352.

¹²⁴ Se Øyen *Lov og rett* (2010) s. 423.

¹²⁵ Rt. 1990 s. 1008.

¹²⁶ På side 1010.

I juridisk teori er det tradisjonelt tre ulike tilnæringer knyttet til spørsmålet om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.¹²⁷

Den ene tilnærmingen bygger på at det faktum at beviset er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte er irrelevant. Denne tilnærmingen knytter seg til det overordnede hensynet i prosessretten om å få saken best mulig opplyst. Dette for å sikre at domstolene treffer et materielt riktig resultat og at uriktige domfellelser ikke skal finne sted. Dette grunnleggende hensynet ivaretas best ved at alle relevante bevis i en aktuell sak tillates ført med den reservasjon at bevis fremskaffet ved for eksempel tortur er ofte upålitelige. En slik ordning i et komparativt perspektiv har Sverige, Tyskland og Frankrike, og bygger på et materielt sannhetsprinsipp der vurderingen av om bevisene er pålitelige er overlatt til domstolene.¹²⁸

En annen tilnærming baserer seg på at ulovlig eller utilbørlig innhentede bevis aldri bør kunne føres. Begrunnelsen for denne tilnærmingen knytter seg til at det i hovedsak vil virke støtende for allmennheten dersom aktørene som politi- og påtalemyndighet, og dømmende makt skulle kunne anvende bevis innhentet på en ulovlig eller utilbørlig fremgangsmåte for å kunne forfølge straffbare handlinger. Denne ordningen praktiseres i sydeuropeiske stater som blant annet Italia, Spania og Hellas, men unntak er også gjort i disse statene blant annet dersom det foreligger spesielt alvorlige tilfeller hvor hensynet til effektiv straffhåndhevelse slår igjennom.¹²⁹

En tredje og siste tilnærming knyttet til spørsmålet om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis skal kunne tillates ført, baserer seg på at det må foretas en konkret vurdering av omstendighetene i den enkelte sak. En slik ordning praktiseres blant annet av Danmark og Finland.¹³⁰

Om selve rettsvirkningene av at bevis er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte i tilknytning til den nasjonale lovgivningen, fremgår det av forarbeidene til straffeprosessloven at:

¹²⁷ Bratholm TfR 1959 (på side 115), Aall (2002) s. 957 (på side 961), Aall (1995) (på s. 299) og Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 309.

¹²⁸ Se Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 312.

¹²⁹ Se Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 313.

¹³⁰ Se Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 312.

«Etter komiteens mening lar det seg ikke (å) gi noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke et bevis. Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler **enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaring av saken**. Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til **tross for feilen**, med mindre **lovgrunnen** for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte. Om dette er tilfelle vil imidlertid ofte kunne stille seg tvilsomt. Det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, f.eks. at det vil være **støtende** at rettsvesenet benytter seg av et materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler. En lovregulering av disse spørsmål er imidlertid vanskelig, og ville belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss. Man er derfor stående ved å overlate løsningen til teori og praksis på samme måte som hittil»¹³¹ (Mine uthevninger).

Det fremgår uttrykkelig av den siterte uttalelsen i forarbeidene at ulovlig eller utilbørlig innhentet bevis som hovedregel kan føres, men uttalelsen synes å åpne for bevisavskjæring i de situasjoner hvor enten «lovgrunnen tilsier det motsatte», eller at bruken av det ulovlig innhentede beviset vil være «støtende» og derunder i strid med gjeldende regler. Uttalelsen kan også tas til inntekt for å knesette en presumsjon for fri bevisførsel også for ulovlig ervervede bevis, og at den konkrete løsningen av spørsmålet er likevel overlatt til juridisk teori og rettspraksis.¹³²

Uttalelsen i forarbeidene har også fått en retningsgivende karakter ved domstolenes vurdering av hvorvidt ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis kan tillates ført.¹³³ I «*Osterhausgaten Farvehandel-dommen*»¹³⁴ uttaler Høyesterett at:

¹³¹ Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 side 197.

¹³² Justisdepartementet har sluttet seg til uttalelsen og samme forutsetning er også fulgt opp i Ot. prp. nr. 35 (1978-1979) side 139.

¹³³ Se også Jebens i Aarli mfl. (2015) s. 315.

¹³⁴ Rt. 2006 s. 582 (avsnitt 22).

«Det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres».

I samsvar med de rettslige utgangspunktene – herunder Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 nr. 1 slik den er tolket av EMD¹³⁵ og høyesterettspraksis,¹³⁶ beror spørsmålet om i hvilken grad et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Ved bedømmelsen skal legges vekt på både de prinsipielle hensyn og på forholdene i den aktuelle sak. Denne praksisen er også i best samsvar med den tredje tilnærmingen, jf. ovenfor og Norges folkerettslige forpliktelser, jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3.¹³⁷ Etter konvensjonens artikkel 6 nr. 1 gjelder det et grunnleggende krav om «rettferdig ... rettergang». Hvorvidt rettergangen er «rettferdig» etter EMK artikkel 6 nr. 1 beror på en samlet vurdering der det sentrale er om prosessen i sin helhet anses rettferdig.

Gjennomgående viser rettskildematerialet på området at det i norsk straffeprosess¹³⁸ gjelder et prinsipp om fri bevisførsel og en eventuell avskjæring av bevis på bakgrunn av ulovlig eller utilbørlig innhenting kan anses som et unntak fra denne klare hovedregelen. En konkret gjennomgang av rettspraksis innenfor området gir også grunn til å fastslå at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle og en interesseavveining mellom hensynet til sakens opplysning på den ene siden og andre hensyn som taler mot føring av det ulovlige eller utilbørlige innhentede beviset.

Med disse utgangspunktene i betraktning, vil jeg i punkt 4.2 redegjøre for den konkrete vurderingen av bevisavskjæring som følge av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Videre vil jeg i punkt 4.3 gi en redegjørelse for de sentrale hensyn og momenter som gjør seg gjeldende innenfor området og som er utviklet gjennom en fast og langvarig rettspraksis. Bevisavskjæringsvurderingen berører et spekter av ulike hensyn og listen nedenfor er av den grunn ikke uttømmende. I punkt 4.4 vil det gis en oversikt over bevis som omfattes av et eventuelt bevisforbud og hvem kan påberope et bevisforbud.

¹³⁵ Som det er skissert i punkt 2.

¹³⁶ Se blant annet Rt. 1991 s. 616 (på side 623) og Rt. 1994 s. 1139 (på side 1141).

¹³⁷ Slik det fremgår av redegjørelsen i punkt 2.

¹³⁸ Også i sivilprosessen, jf. tvisteloven § 21-3.

4.2. Den konkrete avskjæringsvurderingen

All den tid forarbeidene til straffeprosessloven forutsetter at den konkrete løsningen overlates til teori og rettspraksis,¹³⁹ vil analysen av rettspraksis på området være helt grunnleggende i tilknytning til fastleggelsen av når ulovlige eller utilbørlige ervervede bevis skal avskjæres. Den konkrete avskjæringsvurderingen vil derfor ta utgangspunkt i høyesterettspraksis på området med nyanseringer fra juridisk teori.

For at beviset skal avskåres i vår sammenheng, må det først og fremst foreligge et ulovlig eller utilbørlig beviservert¹⁴⁰, jf. prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616.¹⁴¹ Dette kravet fremgår også av senere praksis, blant annet Rt. 2003 s. 1266. Saken gjaldt et tilfelle der arbeidsgiveren hadde fremlagt bevis innhentet fra en bærbar PC som vedkommende arbeidstaker hadde mulighet til å disponere. Arbeidstakeren anså dette som en krenkelse av personvern hensyn, og krevde derfor avskjæring av all bevisførsel som ble innhentet fra den bærbare PC-en. Det uttales her at:

*«... Ved avgjørelsen av bevisføring eller avskjæring på et slikt grunnlag, må retten derfor i utgangspunktet vurdere og ta stilling til **grunnvilkåret** for eventuell bevisavskjæring, nemlig **om det foreligger et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis**»¹⁴² (mine uthevninger).*

Det samme kommer til uttrykk i Rt. 2000 s. 1345.¹⁴³ Et spørsmål i saken var om det faktum at polititjenestepersonen (etterforskeren) besvarte den beslaglagte telefonen til domfelte, utgjorde en ulovlig etterforskningsmetode. Det uttales her at:

*«Det sentrale spørsmål saksbehandlingsanken reiser, er om de opplysninger som politiet fikk ved å besvare to henvendelser til domfeltes beslaglagte mobiltelefon, er å anse som **ulovlig ervervede bevis**»¹⁴⁴ (mine uthevninger).*

¹³⁹ Jf. punkt 4.1.

¹⁴⁰ Se punkt 3.2 for nærmere behandling av begrepene.

¹⁴¹ Se punkt 3.2 for sakens faktum.

¹⁴² Se avsnitt 20.

¹⁴³ Se også Rt. 2004 s. 1366 (avsnitt 13).

¹⁴⁴ På side 1347.

For vurderingen av bevisforbudsspørsmålet er det også sentralt om bevisføringen vil representerer en *fortsatt* eller *gjentatt* krenkelse.¹⁴⁵ Høyesterett konstaterte bevisforbud i Rt. 1991 s. 616¹⁴⁶ og uttalte at:

*«Det vil videre kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt, og det vil kunne oppfattes som en **ny krenkelse** av den som er blitt overvåket»*¹⁴⁷ (min utheving).

I Rt. 1997 s. 1778¹⁴⁸ uttales det at:

*«hensynet til fornærmede kan isolert sett tale for (bevisforbud) idet det kan anføres at denne bevisføringen representerer en **fortsettelse** av den krenkelsen som har skjedd ved taushetsbruddet»* (min utheving).

Om føring av det ulovlig eller utilbørlig ervervede beviset vil representerer en *fortsatt eller gjentatt* krenkelse, fikk helt sentralt betydning i Verkstedsbetjent-dommen¹⁴⁹ idet Høyesterett fremhevet en rekke strukturerende retningslinjer.¹⁵⁰ Saken gjaldt et tilfelle hvor en fengselsbetjent var mistenkt for å ha ytet bistand til en fange slik at vedkommende kunne rømme fra fengslet. I tilknytning til etterforskningen benyttet politiet en innsatt fange som politiagent og på den måten å få fengselsbetjenten til og forklare seg om sitt bidrag i forbindelse med rømningen. Den innsatte politiagenten sa seg villig til å betale for bistand til å rømme og de avtalte det slik at fengselsbetjenten skulle overlevere en skisse av fengslet til en medhjelper av den innsatte politiagenten utenfor fengslet. På overleveringstidspunktet dukket opp en polititjenesteperson med mikrofon- og båndopptaker utstyret montert skjult. Idet fengselsbetjenten overleverte skissen, ble han også spurt om hans rolle i en tidligere rømning

¹⁴⁵ Begrepsbruken kan variere, se for eksempel Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2003 s. 549, Rt. 2004 s. 858 og Rt. 2006 s. 582 som anvender «*fortsatt eller gjentatt*», Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2007 s. 920 (avsnitt 57) som benytter «*ny krenkelse*», NOU 2005: 19 s. 29 som bruker «*fornyet eller fortsatt krenkelse*» og «*ny eller fortsatt krenkelse*», og NOU 2001: 32 B s. 961 som bruker «*fortsatt eller forsterket krenkelse*».

¹⁴⁶ Se punkt 3.2 for sakens faktum.

¹⁴⁷ På side 623.

¹⁴⁸ På side 1780, se punkt 3.4 for sakens faktum.

¹⁴⁹ Rt. 1999 s. 1269.

¹⁵⁰ Se også Torgersen (2009) s. 138.

hvor han innrømmet deltakelse også i denne rømningen. Den innsatte politiagentens og polititjenestepersonens vitnemål sammen med utskrift fra båndopptakene utgjorde bevisgrunnlaget, og dermed domfellelse av fengselsbetjenten. Domfellelsen ble anket med saksbehandlingsfeil som grunnlag, og dommen ble opphevet ettersom bevisene ikke skulle vært tillatt ført, idet Høyesterett anså utspørringen av fengselsbetjenten med karakter av fordekt avhør og dermed i strid med taushetsretten etter både straffeprosessloven og EMK-retten. Høyesterett uttaler her at:

*«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det **blant annet** legges vekt på om føring av beviset vil representere en **gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset**. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en **gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet**, må beviset **normalt nektes ført**»¹⁵¹ (mine uthevninger).*

Høyesterett her kom frem til at det forelå brudd på retten til ikke å selvinkriminere seg, og en opplesning av mistenktes politiforklaring ville klart utgjøre en fortsettelse av dette rettsbruddet. Idet selvinkrimineringsvernet anses som en grunnsetning og integrert del av et grunnleggende straffeprosessuelt prinsipp, som heller ikke bør finne sted ved utradisjonelle etterforskningsmetoder, pekte også dette i samme retning. Et ytterligere eksempel på et tilfelle hvor det foreligger en fortsettelse eller gjentakelse av rettsbruddet kan være ulovlig eller utilbørlig beslag i en pasients sykejournal som politiet senere vil benytte som bevis.

Uttalelsen forstås dithen at dersom det vil foreligge en fortsettelse eller gjentakelse av rettsbruddet, bør beviset i utgangspunktet nektes ført, jf. «*normalt*». Men rettens bemerkninger synes også å ha til hensikt og utelate rom for unntak dersom det vil være tale om ekstraordinære hensyn som trekker i retning av et annet resultat. Argumentasjonsmønsteret i Rt. 1991 s. 616 underbygger også dette synspunktet hvor Høyesterett her konkluderer med at det vil være en fortsatt krenkelse dersom beviset skulle tillates ført, men velger likevel å vurdere dette mot andre mothensyn. Et siste poeng i avgjørelsen fra 1999 synes å være at hensynet til den materielle sannhet isolert sett ikke kan være et tilstrekkelig og tungtveiende mothensyn dersom det å tillate beviset ført vil representere en fortsettelse eller gjentakelse av rettsbruddet. På den

¹⁵¹ På side 1272. Senere rettspraksis viser at Høyesteretts resonnement i denne avgjørelsen følges opp, se blant annet Rt. 2003 s. 549 og Rt. 2004 s. 858.

annen side vil ikke det være avgjørende til tross for at bevisføringen vil representere en fortsettelse eller gjentakelse, nettopp fordi dette skal «blant annet» legges vekt på.

I forlengelsen av dette følger det av Rt. 19999 s. 1269 at

*«... I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det **blant annet** legges vekt på **grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset**»¹⁵² (mine uthevninger).*

I samme retning trekker uttalelsen i forarbeidene til tvisteloven § 22-7. Det fremheves der at i vurderingen av om beviset skal tillates ført:

*«... teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en **fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet. ... Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte**»¹⁵³ (mine uthevninger).*

Rettspraksis på området viser likevel at terskelen for at det oppstilles et bevisforbud som følge av en ren interesseavveining er relativt høy.¹⁵⁴ Øyen refererer til Rt. 1997 s. 795¹⁵⁵ og hevder at denne avgjørelsen er det eneste eksemplet der Høyesterett kommer frem til å avskåre beviset ut fra en interesseavveining.¹⁵⁶ Øyen forstås slik at det skal vises forsiktighet og varsomhet med

¹⁵² På side 1272.

¹⁵³ Se NOU (2001) s. 961 fjerde spalte.

¹⁵⁴ Se blant annet Rt. 2003 s. 1814, Rt. 2006 s. 582 og Rt. 2009 s. 1526 som helt klart viser denne høye terskelen.

¹⁵⁵ Se punkt 3.2 for sakens faktum.

¹⁵⁶ Se Øyen *Lov og rett* (2010) s. 436.

å oppstille et bevisforbud ut fra en interesseavveining og begrunner dette med at et bevisforbud ut fra ren interesseavveining hviler på et uklart og usikkert rettspolitisk fundament.¹⁵⁷

Det er verdt å merke seg at det finnes flere prinsipielle hensyn som både kan tale for og mot bruk av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i den enkelte sak. Jeg vil nedenfor se på betydningen av noen av de ulike hensynene med utgangspunkt i rettspraksis og teori.

4.3. Prinsipielle hensyn i helhetsvurderingen

Gjennomgangen av rettskildematerialet¹⁵⁸ viser at det i norsk straffeprosess gjelder et fundamentalt rettslig prinsipp om fri bevisføring. Et sentralt formål bak straffeprosesslovgivningen er at domstolene, gjennom blant annet bevisføring, skal ha mulighet til å skaffe seg en totaloversikt over de faktiske omstendighetene før det avsies dom. Dette fundamentale prinsippet om fri bevisføring i norsk straffeprosess kan hevdes og utledes av hensynet til den materielle sannhet.¹⁵⁹ Det materielle sannhetsprinsippet refererer seg grovt sett til domstolenes primære oppgave om å treffe materielt riktige avgjørelser og baserer seg på foreliggende bevis i ethvert saksforhold. Med dette som utgangspunkt tilfredsstilles også domstolenes overordnede oppgave, nemlig å treffe materielt riktig avgjørelse. Det faktum at ethvert konkret tilfelle skal bli best mulig opplyst fremgår av straffeprosessloven § 294 hvor også prinsippet om fri bevisførsel blir knesatt.

Det at hensynet til sakens opplysning og det materielle sannhetsprinsippet er overordnet i en vurdering av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført følger av en rekke høyesterettsavgjørelser. Et eksempel her kan være Rt. 2003 s. 1814 som gjaldt et tilfelle av promillekjøring og spørsmål om det kunne konstateres brudd på selvinkrimineringsvernet, og i så fall hvilken betydning dette skulle tillegges. Høyesterett uttaler her at:

*«Min konklusjon blir etter dette at **hensynet til den materielle sannhet tilsier at beviset tillates ført fullt ut**»¹⁶⁰ (mine uthevninger).*

¹⁵⁷ Se Øyen *Lov og rett* (2010) s. 436-437.

¹⁵⁸ Jf. punkt 4.1-4.2.

¹⁵⁹ Strandbakken (2003) s. 174.

¹⁶⁰ Avsnitt 24.

Dette underbygges også av uttalelsen i Rt. 1994 s. 1262 som gjaldt et tilfelle av narkotikaovertrødelse. Her var det spørsmål om utskrift av en telefonsamtale kunne benyttes som bevis i saken. Høyesterett bemerker også her at:

*«Det sentrale er at saken **blir best mulig opplyst**»¹⁶¹ (mine uthevninger).*

Det er videre på det rene at avskjæring av et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis vil virke preventivt. Avskjæring som konsekvens vil etablere en prosessuell ryddighet for politi- og påtalemyndighetens fremgangsmåte i fremtidige sakstyper slik at de antageligvis vil anstrenge seg for å ikke overtre ervervsnormer av prinsipiell karakter. Dette hensynet kommer særlig på spissen hvis det tenkes en situasjon hvor ulovlig- eller utilbørligheten av beviservervet medfører at en tiltalt person ikke kan domfelles og på den måten «unndrar» seg straffeforfølgelse. Hensynet kommer eksplisitt til uttrykk i forarbeidene til tvisteloven som et relevant hensyn i helhetsvurderingen:

*«Bevisavskjæring vil kunne virke preventivt».*¹⁶²

Det synes å være nettopp prevensjonshensynet Høyesterett vektlegger når det i «*Gatekjøkkenkjennelsen*»¹⁶³ på side 623 uttales at:

*«Ved en slik holdning (avskjæring) vil domstolene motvirke denne form for krenkelser».*¹⁶⁴

Forarbeidene til straffeprosessloven synes å ha noe annerledes tilnærming i tilknytning til vektleggingen av prevensjonshensynet. Hensynets vekt nedtones betraktelig ved at det uttales at:

¹⁶¹ På side 1263.

¹⁶² NOU 2001: 32B s. 961.

¹⁶³ Rt. 1991 s. 616, se punkt 3.2 for sakens faktum.

¹⁶⁴ Dette bekreftes av senere praksis på området, jf. blant annet Rt. 2001 s. 668 (på side 671) og LH-2003-20703.

«... Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved **administrative og disiplinære forholdsregler** enn ved å avskjære bevis som kanskje er avgjørende for oppklaringen av saken»¹⁶⁵ (mine uthevninger).

Rettskildematerialet for øvrig viser også at tilnærmingen er tatt til etterretning tatt i betraktning Høyesteretts henvisning til lagmannsrettens begrunnelse i Rt. 1997 s. 1778:¹⁶⁶ «Hensynet til den som krenkes ved brudd på taushetsplikt bør ivaretas gjennom eventuelle strafferettslige reaksjoner mot den som har brutt sin taushetsplikt, og ikke ved at påtalemyndigheten i praksis avskjæres fra å fremme straffesak».

Gjennomgangen gir grunn til å tro at prevensjonshensynet anses som et relevant hensyn i vurderingen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avskjæres, men vektlegges likevel i begrenset grad dersom administrative og disiplinære forholdsregler anses tilstrekkelige. Samtidig er det gode grunner for å hevde, i likhet med Torgersen, at dersom disse alternative reaksjoner sjelden eller aldri finner sted – som nettopp forarbeidsuttalelsene synes å bygge på – er bevisavskjæring det mest effektive og preventive virkemidlet i kampen mot overtredelser som begås av politi- og påtalemyndighetens tjenestemenn hva angår bevissikring. Også hensynet til effektivitet i strafferettspleien trekker i denne retning. Reaksjon som bevisforbud av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis vil også styrke interesser som ervervsnormer er ment å ivareta, og vekten av dette hensynet vil derfor bero på en vurdering av hvilken interesse krenkelsen går utover.

Høyesteretts argumentasjonsmønster viser videre at bevisets pålitelighetsreduksjon som følge av ervervshandlingen er et relevant hensyn ved vurderingen av avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Et eksempel kan være «B-Gjengen-dommen»¹⁶⁷ hvor det vedrørende spørsmål om påtalemyndighetens bevisførsel av hemmelige lydopptak uttales at:

«Videre kan den som gjør opptaket, styre samtalen for sine formål, slik at opptaket ikke gir et riktig inntrykk av realiteten. Det er dessuten mulig å forfalske/manipulere

¹⁶⁵ Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197 og punkt 4.1 for grundigere gjennomgang.

¹⁶⁶ Saken blir behandlet nærmere i punkt 4.4.

¹⁶⁷ Rt. 2009 s. 1526 (avsnitt 31).

opptakene, noe som gjør det betenkelig å akseptere avspilling av slike hemmelige opptak».

Avgjørelsen knytter seg til et tilfelle av privat beviserverv, men hensynet antas også å være av betydning i et tilfelle der politi- og påtalemyndighetens innhenting av beviset er å anse som ulovlig eller utilbørlig.

I juridisk teori er det blant annet Andenæs som har tatt til orde for det. Andenæs bemerker at pålitelighetsreduksjonen er å anse som et relevant hensyn ved vurderingen og det må ses «**på hvilken betydning ulovligheten har hatt. Undertiden fører den til at beviset er lite til å stole på**»¹⁶⁸ (mine uthevninger). Samtidig er det verdt å understreke at pålitelighetsreduksjon ikke kan være tilstrekkelig for å kunne avskjære beviset. Dette presiserer Høyesterett klart i «*Løgn-detektor-kjennelsen*»¹⁶⁹ hvor det på side 1119 uttales: «*At det hefter usikkerhet ved bevismiddelets beviskraft, gir etter norsk rett ikke grunnlag for å nekte beviset ført*».

Videre kan tilliten mellom borgerne og politi- og påtalemyndighet inkludert rettsvesenet som sådan være et relevant hensyn i den helhetsvurderingen. Når det i forarbeidene til straffeprosessloven¹⁷⁰ og Rt. 1991 s. 616¹⁷¹ presiseres at det vil fremstå som «*støtende*» dersom det ulovlig eller utilbørlig ervervede beviset tillates ført, synes det å fremme nettopp dette prinsippet. Bratholm forstås å bygge på denne forståelsen når han omtaler at dersom et ulovlig ervervet bevis tillates ført, vil det ha «*uheldige allmennpreventive virkninger*».¹⁷² Også uttalelsen i Rt. 1992 s. 698 «*Treholt II-dommen*» underbygger dette synspunktet: «*... det vil virke støtende om rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved brudd på gjeldende regler ...*» (min uthevning).

4.4. Hvilke bevis omfattes av et eventuelt bevisforbud og hvem kan påberope et bevisforbud?

¹⁶⁸ Se Andenæs (1984) s. 235.

¹⁶⁹ Rt. 1996 s. 1114.

¹⁷⁰ Se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker 1969 s. 197.

¹⁷¹ På side 623.

¹⁷² Se Bratholm (1959) s. 117.

En problemstilling i relasjon til bevisavskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis knytter seg til spørsmålet om bevisforbudet har dominoeffekt i forhold til øvrige bevis i saken. Med øvrige bevis siktes det her til bevis som kunne sikres grunnet informasjonen som den ulovlige eller utilbørlige ervervshandlingen representerte, såkalte avledede bevis.¹⁷³

I juridisk teori er det Øyen som har tatt til orde for det. Øyen hevder at det eksisterer en klar hovedregel om at et bevisforbud kun rammer den informasjon som direkte ble frembrakt som følge av den ulovlige eller utilbørlige ervervshandlingen.¹⁷⁴ Øyen understreker samtidig at unntak kan tenkes i tilfeller hvor hensynene bak bevisforbudet i et aktuelt tilfelle tilsier at bevisforbudet også bør ramme avledede bevis og dersom hensynet til sakens opplysning ikke tilsier det motsatte.¹⁷⁵

Fra rettspraksis er det særlig Rt. 1997 s. 1778 som er av interesse.¹⁷⁶ Saken gjaldt et tilfelle hvor politiet hadde fått kunnskap om en mulig voldtekt som følge av brudd på taushetsplikt fra en sykehusansatt. Et spørsmål her knyttet seg til avskjæring av avledede bevis. Det uttales her at:

«... For domstolene reguleres spørsmålet om taushetsplikt for sykehusets leger og annet personale av straffeprosessloven § 119. Det følger av bestemmelsen at retten ikke må ta imot forklaring om noe som er betrodd disse uten samtykke fra den som har krav på hemmelighold. ... De bevis som er en direkte følge av brudd på taushetsplikt i et slikt tilfelle (må) avskjæres. Bestemmelsen i § 119 rekker ikke videre. Den rammer således ikke de bevis ... som senere ble ervervet i denne saken. Det kan riktignok ikke helt utelukkes at bevisene på annet særlig grunnlag må avskjæres»¹⁷⁷ (mine uthevninger).

Høyesterett her er inne på begrunnelsen for bevisforbudet i situasjoner hvor det begås brudd på legers kallsmessig taushetsplikt. Retten gjør det helt klart at dette som hovedregel ikke rekker lenger enn til å avskjære bevis som er ervervet gjennom brudd på taushetsplikt. Uttalelsen gir grunn til å forstå det slik at et bevisforbud som følge av brudd på kallsmessig taushetsplikt har

¹⁷³ Se Øyen (2019) s. 413.

¹⁷⁴ Se Øyen (2019) s. 413.

¹⁷⁵ Se Øyen (2019) s. 413.

¹⁷⁶ Se også Rt. 2014 s. 916 (avsnitt 21 til 22).

¹⁷⁷ På side 1781 i dommen.

som sitt formål å beskytte den krenkede interessen, som i det aktuelle tilfellet ikke tilsa at også øvrige bevis ble avskåret.¹⁷⁸

I relasjon til EMK-retten i tilknytning til spørsmålet om avskjæring av avledede bevis er Gäfgen mot Tyskland¹⁷⁹ av interesse. Saken gjaldt et tilfelle hvor tiltalte hevdet at bevisene mot ham var oppnådd i strid med EMK artikkel 3 idet han ble utsatt for umenneskelig behandling under politiavhør. Videre hadde nasjonale domstoler avskåret de omstridte bevis, og hadde informert anklagede om dette og om hans rett til å forholde seg taus. Domfellelsen av Gäfgen bygde derfor i sin helhet på den uforbeholdne tilståelsen han ga under hovedforhandlingen, hvor han også hadde bistand fra forsvarer. Men idet tilståelsen ble ansett avledet, oppstilte EMD et bevisforbud med den begrunnelse at tilståelsen var frembrakt som følge av informasjon som kom frem gjennom metoder som var naturlig å anse i strid med EMK artikkel 3. I tilknytning til overtredelser av EMK artikkel 6 og 8, har EMD ikke gjort det klart at et bevisforbud også kan omfatte avledede bevis.¹⁸⁰

Hvem et bevisforbud gjelder til fordel for beror på begrunnelsen som underbygger bevisforbudet.¹⁸¹ Et bevisforbud kan forankres i tre mulige tilnærminger, nemlig rettsstatstanken, rettssikkerhetsbetraktninger og læren om gjentatt eller fortsatt krenkelse. De to førstnevnte tilnærmingene byr på en vid krets og rekker dermed vesentlig lenger enn den aktuelle saken, derunder vedkommende som konkret krenkelsen gikk utover som følge av det ulovlige eller utilbørlige beviservervet.

Derimot blir kretsen av berettigede snevert dersom bevisforbudet forankres i læren om gjentatt eller fortsatt krenkelse. Hva som skal til for at bruken av et bevis impliserer en gjentatt eller fortsatt krenkelse, avhenger av hvem beviset brukes mot, noe som igjen er av betydning for hvem bevisforbudet gjelder til fordel for. Høyesteretts ankeutvalgets uttalelser i Rt. 2009 s. 567 vil her være illustrerende. Saken gjaldt et tilfelle hvor en politimann hadde anskaffet seg tillit hos en av de mistenkte som på dette tidspunktet antagelig hadde kunnskap om tyveriet av maleriene «Skrik» og «Madonna». Vedkommende som ble utsatt for bevisprovokasjon døde før spørsmålet om tiltale ble avgjort, men tiltale ble reist mot flere av de medmistenkte i saken

¹⁷⁸ Se også Øyen (2019) s. 414.

¹⁷⁹ Gäfgen v. Germany (2010).

¹⁸⁰ Se Øyen (2019) s. 414.

¹⁸¹ Se også Øyen (2019) s. 414.

senere. En av de medmistenkede hevdet at bevisinnhentingene som følge av bevisprovokasjonen gjorde det slik at beviset ikke kunne benyttes mot ham, og anså dette som en saksbehandlingsfeil fra lagmannsrettens side ved å tillate beviset. Anførselen ble begrunnet i vernet mot selvinkriminering. Høyesteretts ankeutvalg forkastet anken og uttalte at:

«I den foreliggende saken er det imidlertid ikke spørsmål om å anvende lydopptakene som ledd i bevisførselen mot H som var part i samtalen. En eventuell avspilling av opptakene kombinert med en påfølgende forklaring fra den tjenestemannen som foretok opptakene, krenker dermed ikke Cs rett til ikke å inkriminere seg selv. Bevisførselen kan dermed ikke avskjæres på dette grunnlaget» (avsnitt 17).

1. Lover

1981	Lov om rettergangen i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
2005 28.	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28.
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

2. Forarbeider

2.1. Offentlige utredninger

NUT 1969: 3	Innstilling om rettergangen i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen. Oslo, 1969.
NOU 2001: 32 B	Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
NOU 2004: 6	Mellom effektivitet og personvern – Politimetoder i forebyggende øyemed.
NOU 2005: 19	Lov om DNA-register til bruk i strafferettspleien.
NOU 2016: 24	Straffeprosesslovutvalgets forslag til ny straffeprosesslov.
Dokument 16 (2011-2012)	Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om

menneskerettigheter i Grunnloven avgitt 19. desember 2011.

2.2. Odelstingsproposisjoner

Ot. prp. nr. 35 (1978-1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).
Ot. prp. nr. 64 (1998-1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv. (etterforskningsmetoder mv.).
Ot. prp. nr. 66 (2001-2002)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.).
Prop. 147 L (2012-2013)	Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon).

3. Rettsavgjørelser

3.1. Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1990 s. 1008	Fotoboksdommen
Rt. 1991 s. 616	
Rt. 1992 s. 698	Treholt II-dommen
Rt. 1994 s. 610	
Rt. 1994 s. 1139	
Rt. 1994 s. 1262	
Rt. 1996 s. 1114	
Rt. 1997 s. 795	
Rt. 1997 s. 1778	
Rt. 1999 s. 1269	Verkstedsbetjentdommen
Rt. 2000 s. 996	Tilleggsskatt-dommen I/Bøhler-dommen
Rt. 2000 s. 1345	
Rt. 2001 s. 668	

Rt. 2002 s. 557
Rt. 2002 s. 1216
Rt. 2003 s. 359
Rt. 2003 s. 549
Rt. 2003 s. 1266
Rt. 2003 s. 1814
Rt. 2004 s. 858
Rt. 2004 s. 878
Rt. 2004 s. 1366
Rt. 2006 s. 582
Rt. 2007 920
Rt. 2008 s. 605
Rt. 2009 s. 567
Rt. 2009 s. 1526
Rt. 2011 s. 1324
Rt. 2013 s. 1282
Rt. 2014 s. 916
Rt. 2014 s. 1105
HR-2017-1894-U
HR-2018-2109-U
LH-2003-20703

Osterhausgaten Farvehandel-dommen

B-Gjengen-dommen

3.2. Avgjørelser fra EMD

Case of Allan v. United Kingdom no. 48538/99 Strasbourg November 5, 2002.

Case of Barberà, Messegué and Jabardo v. Spania no. 10590/83 Strasbourg December 6, 1988.

Case of Beuze v. Belgium (storkammer) no. 71409/10 Strasbourg November 9, 2018.

Case of Gäfgen v. Germany (storkammer) no. 22978/05 Strasbourg June 1, 2010.

Case of Harutyunyan v. Armenia no. 36549/03 Strasbourg June 28, 2007.

- Andenæs, Johs Norsk straffeprosess. Bind I, Oslo, 1984.
- Andenæs, Johs Statsforfatningen i Norge. 2. bind, 9. utgave ved Fliflet. Universitetsforlaget, Oslo, 2004.
- Bratholm, Anders «Den straffeprosessuelle betydningen av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte». Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1959 side 109-132.
- Eckhoff, Torstein Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.
- Eckhoff, Torstein Festskrift 1978 Rettslige sider ved overvåking og sikkerhetstjeneste, i: Jus og jord. Heidersskrift til professor Olav Lid på 70-årsdagen, Oslo, 1978 s. 63-64.
- Jebens, Sverre Erik Menneskerettigheter i straffeprosessen. Oslo, 2004.
- Løvlie, Anders Rettslige faktabegreper, Oslo, 2014.
- Robberstad, Anne Viljen til å skape lov og Grunnlov, *Lov og Rett* nr. 1 (2016).
- Strandbakken, Asbjørn Uskyldspresumsjonen «In dubio pro reo». Bergen, 2003.
- Torgersen, Runar Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker. 1. utgave. Oslo, 2009.

- 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, 2010.
- Øyen, Ørnulf Straffeprosess. 1. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
- Øyen Ørnulf Straffeprosess. 2. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2019.