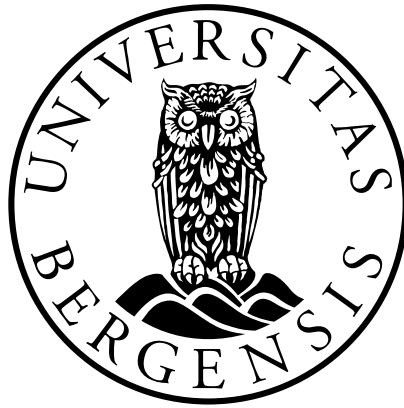


Bevisavskjæring etter tvisteloven § 22-7

Kandidatnummer: 192102

Veileder: Magne Strandberg

Antall ord: 12930



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[30. mai 2014]

INNHOLDSFORTEGNELSE

1. Innledning.....	3
1.1 Presentasjon av emnet.....	3
1.2 Tilnærming til emnet.....	4
1.3 Historikk bak tvisteloven § 22-7.....	4
2. Sentrale hensyn bak bevisavskjæringsregelen.....	7
2.1 Epistemiske og moralske grunner.....	8
2.1.1 Det epistemiske argument: sakens opplysning.....	8
2.1.2 Moralske argumenter: rettssikkerhet og personvern.....	9
2.2 Hvorfor må det være en regel om bevisavskjæring?.....	11
3. Grunnvilkåret - skaffet på «utilbørlig måte».....	11
3.1 Forholdet mellom «utilbørlig» og «ulovlig».....	11
3.2 Hva er «utilbørlig»?.....	13
3.3 Selvstendig vurdering av «utilbørlig».....	14
3.4 Nødrettsbetraktninger.....	15
4. Interesseavveiningen.....	16
4.1 Ulike fremgangsmåter for interesseavveiningen.....	16
4.2 Tilfeller hvor bevisføring innebærer en gjentatt krenkelse.....	19
4.2.1 Terminologi.....	19
4.2.2 Kan gjentakelsesmomentet anvendes i sivile saker?.....	19
4.2.3 Innholdet i gjentakelsesmomentet.....	20
4.2.4 Gjentakelsesmomentet anvendt i praksis.....	22
4.3 Øvrige momenter i interesseavveiningen.....	23
4.3.1 Generelt.....	23
4.3.2 Hensynet til sakens opplysning.....	23
4.3.3 Hensynet til den krenkede interesse.....	25
4.3.4 Hensynet til allmennhetens rettsfølelse.....	28
4.3.5 Preventive hensyn.....	28
5. Menneskerettighetsbetraktninger.....	30
6. Avsluttende betraktninger.....	31
Litteratur.....	33
Rettsavgjørelser.....	34

1. Innledning

1.1 Presentasjon av emnet

Den frie bevisføring er et grunnleggende prinsipp i sivilprosessen. Prinsippet kommer til uttrykk i tvisteloven § 21-3, og tilsier at de beviser som kan bidra til å opplyse en sak skal kunne brukes i retten. Det finnes likevel noen viktige unntak fra denne hovedregelen. Et av de mest praktiske unntakene er regelen om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede beviser. I denne oppgaven skal jeg drøfte i hvilken utstrekning domstolen kan nekte partene i en rettsak å legge frem beviser som er skaffet til veie på en ulovlig eller utilbørlig måte. Fokuset vil være på sivile saker, med utgangspunktet i tvisteloven § 22-7. Jeg vil likevel trekke inn eksempler og rettskilder fra straffeprosessen for å gi besvarelsen et bredere og komparativt perspektiv. Denne innfallsvinkelen anses nødvendig ettersom regelen i tvl. § 22-7 er en kodifisering av fellesprosessuell rettspraksis.

Det har vært vanlig å omtale emnet under betegnelsen «avskjæring av ulovlig ervervet bevis». Emnet er forholdsvis nytt, og har vært lite drøftet i juridisk litteratur, særlig for sivilprosessens vedkommende. Det som er skrevet om emnet er for det meste korte sammenfatninger som inngår i større fremstillinger av sivilprosessen som helhet.¹ Domstolene har praktisert avskjæring av ulovlige og utilbørlig ervervede beviser siden tidlig på 1990-tallet. Problemstillingen har da først og fremst vært diskutert i straffesaker, men har i løpet av de siste femten årene blitt stadig mer aktuell også i sivile saker. Rettsregelen ble lovfestet for første gang da Lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven) ble vedtatt i 2005.

Bestemmelsen i § 22-7 lyder slik: «Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.»

Emnets økende aktualitet henger i stor grad sammen med den teknologiske utviklingen, samt et økt fokus på redelighet i sivilprosessen.² Rettspraksis viser at utilbørlig bevisererv i sivile saker ofte er knyttet til ulike former for overvåking og opptak. Teknologiske fremskritt gjør det enklere å skaffe seg tilgang på informasjon på en «utilbørlig måte». Hacking og datainnbrudd er eksempler på relativt nye fenomener som kan ytterligere aktualisere spørsmålet om bevisavskjæring. I tillegg har

¹ Et unntak er Ørnulf Øyen sin artikkel «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte». Emnet er også grundig behandlet i relasjon til straffesaker i Runar Torgersens doktoravhandling: *Ulovlig bevisererv og bevisforbud i straffesaker*.

² Se NOU:32 s. 947 hvor det uttales at en generell plikt til redelighet fremgår av den nye bestemmelsen om opplysningsplikt i tvl. § 21-4.

det skjedd en utvikling av smarttelefoner som gjør overvåking og bildeopptak langt mer praktisk gjennomførbart i dag enn for bare ti år siden. Jeg antar derfor at tematikken vil bli stadig mer aktuell i årene som kommer. Sett i sammenheng med at det foreligger lite litteratur om tematikken ser jeg også behov for større klargjøring av rettsstilstanden på området.

1.2 Tilnærming til emnet

Ettersom oppgaven ville blitt altfor omfattende med en felles behandling av straffeprosessuell og sivilprosessuell bevisavskjæring, har jeg valgt å legge fokuset på det sistnevnte. Når det i oppgaven drøftes elementer av straffeprosessuell karakter er det fordi disse elementene på en eller annen måte kan belyse anvendelsen av tvl. § 22-7. Spørsmål av utelukkende straffeprosessuell karakter, eksempelvis feil ved avhør og overtredelser av politiets inngrepshjemler, har jeg valgt å holde utenfor oppgaven.

Den videre fremstillingen vil i hovedsak være abstrakt fremfor kasuistisk. De ulike typetilfellene av utilbørlig beviserverv vil bli trukket inn underveis i oppgaven, men vil i liten grad bli behandlet hver for seg. Fordi selve regelen er generelt formulert anser jeg det mest hensiktsmessig med en ikke-kasuistisk tilnærming til emnet. Hovedfokuset i oppgaven vil være å belyse de bakenforliggende hensyn og de ulike interessene som kan gjøre seg gjeldende i bevisavskjæringsvurderingen. Jeg anser denne tilnærming å være best egnet til å skape forståelse for hvordan tvl. § 22-7 skal anvendes. Oppgavens innhold vil dermed være like relevant for alle typetilfeller av bevisavskjæring i sivile saker.

Siden bevisavskjæringsregelen har utviklet seg gjennom rettspraksis, er det nødvendig med en grundig gjennomgang av de relevante avgjørelser som foreligger på området. Mange av oppgavens drøftelser vil basere seg på dommer og kjennelser fra Høyesterett, og da både straffesaker og sivile saker. På grunn av emnets fellesprosessuelle karakter vil rettspraksis fra straffesaker ofte ha elementer av overføringsverdi til sivile saker. De fleste av Høyesteretts avgjørelser på området er kjennelser, fattet av utvalg på tre dommere. Det finnes også noen få dommer og noen kjennelser med fem dommere. Dommer og kjennelser fattet av fem dommere vil kunne ha en noe større rettskildemessig verdi enn ordinære kjennelser med tre dommere. Dette fordi avgjørelser med fem dommere vanligvis er mer gjennomarbeidet. En annen sentral rettskilde på området er tvistelovens forarbeider, i hovedsak NOU 2001:32 (Rett på sak). Dette dokumentet inneholder viktig informasjon om lovgivers hensikt med å lovfeste bevisavskjæringsregelen.

1.3 Historikk bak tvisteloven § 22-7

Under arbeidet med straffeprosessloven av 1981 diskuterte man behovet for en regel om avskjæring av beviser skaffet til veie på en ulovlig måte. Anders Bratholm var en av svært få som ytret ønske om en lovfestet regel. Allerede i 1959 tok han til ordet for en avskjæringsregel etter inspirasjon fra amerikansk straffeprosess, og fremholdt at beviser må kunne avskjæres etter en konkret vurdering i hvert enkelttilfelle.³ Problematikken hadde da ingen forhistorie i norsk eller nordisk rett.⁴ I den første innstillingen fra straffeprosesslovkomiteen, som forelå i 1969, ble det uttalt at problemstillingen heller burde overlates til teori og praksis, fordi en regel om bevisavskjæring «ville belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss».⁵ Da odelstingsproposisjonen forelå ble det fremholdt at det ville være vanskelig å formulere en tilfredsstillende generell regel, og at man måtte «avvente utviklingen med hensyn til de retningslinjer som rettsavgjørelser kan gi». Man bemerket likevel at problematikken hadde fått økt aktualitet i lys av nylige tilfeller av bevisprovokasjon i narkotikasaker.⁶

På den tiden hadde man i amerikansk straffeprosess utviklet nokså omfattende regler for når et bevis må avskjæres. USAs føderale høyesterett hadde slått fast den såkalte «exclusionary rule», som innebærer at beviser innhentet i strid med grunnlovfestede rettigheter som hovedregel må avskjæres i straffesaker.⁷ I forlengelse av denne regelen må også beviser skaffet til veie som resultat av en handling i strid med grunnlovfestede rettigheter avskjæres.⁸ Utviklingen i amerikansk rett ble bemerket i forarbeidene til den norske straffeprosessloven, men man presiserte at hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side ikke var like fremtredende i Norge. Det ble ansett som mer hensiktsmessig å motvirke ulovligheter gjennom disiplinære og administrative forholdsregler, enn ved bevisavskjæring.⁹ Man tok derfor til ordet for en omvendt hovedregel - at «beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte».¹⁰ Dette synspunktet kom ikke til uttrykk i selve loven, men la føringer for hvordan den ulovfestede regelen om bevisavskjæring utviklet seg i årene som kom.

³ Anders Bratholm, «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1959 s. 109-132. Se også Bratholm, «Utkast til ny straffeprosesslov», *Lov og Rett*, 1970 s. 163.

⁴ Se Bratholm s. 122, der det legges til grunn at det ikke forelå nevneverdig rettspraksis på området, hverken i Norge eller Norden for øvrig.

⁵ NUT 1969:3 s. 197

⁶ Ot.prp.nr.35 (1978-1979) s. 139

⁷ Se f. eks *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

⁸ Læren omtales som «Fruits of the Poisonous Tree Doctrine»

⁹ NUT 1969:3 s. 197

¹⁰ NUT 1969:3 s. 197

Grunnen til at man i Norge ikke anså det som nødvendig med en hovedregel om bevisavskjæring, kan nok i stor grad forklares ut fra ulikheter i de politiske systemene. I enhetsstaten Norge er det langt enklere å vedta forholdsregler som forhindrer ulovlig beviserverv enn i USA, hvor lovverket er ulikt fra stat til stat. Å praktisere en hovedregel om bevisavskjæring var den mest effektive måten for amerikansk høyesterett å sikre det samme prosessuelle rettighetsvernet i samtlige femti delstater. I Norge anså man det mer hensiktsmessig å motvirke ulovlig beviserverv på andre måter.

Stortinget overlot spørsmålet om bevisavskjæring til domstolene, og det var det først i 1991 at det kom en avgjørelse som gav nærmere retningslinjer for hvordan vurderingen skulle foretas. Rt. 1991 s. 616 var en prinsippavgjørelse som slo fast at ikke bare ulovlige beviser kan avskjæres, men også beviser som i en konkret sak bør «anses uakseptabel». Dommen gjaldt en straffesak, men ble nevnt i Jo Hov sin fremstilling av sivilprosessen i 1994.¹¹ Hov fremholdt at det ennå ikke fantes eksempler på bevisavskjæring i sivilprosessen, men at det likevel var grunn til å tro at problemstillingen ville oppstå. Herunder påpekte han at ulovlig beviserverv trolig er mer utbredt i sivile saker enn i straffesaker, ettersom mange privatfolk ikke føler seg bundet av prinsipper og yrkesetikk på samme måte som politi- og påtalemyndighet.

Hov fikk rett i sine antakelser. Den første kjennelsen i Høyesterett som gjaldt bevisavskjæring i sivile saker var Rt. 1997 s. 795, da Høyesterett bestemte at et lydbåndopptak måtte avskjæres som bevis i en sak om samværsrett. Prinsippet fra Rt. 1991 s. 616, om at adgangen til å avskjære bevis strekker seg lengre enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling, ble her ytterligere bekreftet. Kjennelsen etablerte en avskjæringsregel for bevis i sivile saker, og videreførte samtidig prinsippene fra straffeprosessen, uten at dette ble nevnt eksplisitt. I årene etter kom det flere kjennelser i sivile saker som bygget videre på tidligere avgjørelser fra både straffeprosessen og sivilprosessen.¹² Flertallet av sivile saker gjaldt beviser skaffet til veie ved ulike former for skjult overvåking. Dette viser en klar sammenheng mellom problemstillingens økende aktualitet og en teknologisk utvikling som gjør det lettere å skaffe beviser ved hjelp av overvåking.

Den norske bevisavskjæringsregelen utviklet seg parallelt i straffesaker og sivile saker. Det er verdt å merke seg at den amerikanske «exclusionary rule», som delvis gav inspirasjon til den norske bevisavskjæringsregelen, utelukkende gjelder for straffesaker. I USA opererer man med en hovedregel om avskjæring av ulovlig ervervede beviser i straffesaker, mens det i sivile saker tillates

¹¹ Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, Oslo 1994 s. 420.

¹² Se Rt. 2001 s. 668, Rt. 2003 s. 1266 og Rt. 2004 s. 878

stort sett alle relevante beviser, uavhengig av ervervs måte.¹³ At man i Norge utviklet en fellesprosessuell regel kan ha sammenheng med et økt rettighetsfokus, og da et særlig fokus på personvern, utover 90-tallet. Personvern hensyn vil i større grad enn rettssikkerhetshensyn gjøre seg gjeldende uavhengig av om man befinner seg innenfor sivilprosessen eller straffeprosessens domene. Da menneskerettsloven ble vedtatt i 1999 ble Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) inkorporert som norsk rett, med rang over ordinære norske lover. Konvensjonen, som hadde hatt en stadig økende aktualitet i Norge, inneholder et sterkt vern av privatlivets fred gjennom artikkel 8. Samtidig oppstiller artikkel 6 en rekke rettergangsgarantier som gjelder for både straffesaker og sivile saker. Utviklingen av en rettighetstenkning med særlig fokus på EMK har nok bidratt til at norske domstoler så det hensiktsmessig å anvende samme regel for bevisavskjæring i sivile saker og straffesaker. I tillegg så man behov for et økt fokus på redelighet i sivilprosessen, noe som etter hvert kom tydelig til uttrykk gjennom sannhets- og opplysningsplikten i tvisteloven § 21-4. Bevisavskjæringsregelen er en av flere regler med siktemål å forhindre uredelige fremgangsmåter i sivile rettstvister.

Da den nye tvisteloven ble vedtatt i 2005, ble bevisavskjæringsregelen lovfestet for første gang. I forarbeidene ble det fremhevet at det hadde vært flere avgjørelser i Høyesterett, i tiden etter straffeprosessloven, som gav vesentlig bedre grunnlag for en generell regelformulering enn hvilket var tilfelle på 80-tallet. Regelen ble formulert med en generell ordlyd, i den hensikt at den skulle videreføre gjeldende rett i henhold til foreliggende rettspraksis.¹⁴ Vilkåret «utilbørlig» ble valgt for å understreke at adgangen til å avskjære bevis strekker seg utover formelle lovbrudd. Ordlyden «kan i særlige tilfeller» skulle gi uttrykk for at bestemmelsen representerer et unntak fra hovedregelen om fri bevisføring, og at den overlater stor grad av skjønn til domstolene.¹⁵ Forhistorien til § 22-7 får en spesiell betydning for anvendelsen av regelen ettersom den er en generell kodifisering av ulovfestet rett, hvor ordlyden i seg selv gir liten veiledning. Bestemmelsen bør derfor alltid anvendes sammen med relevant rettspraksis.

2. Sentrale hensyn bak bevisavskjæringsregelen

¹³ Se f. eks *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984), hvor det fastslås at «exclusionary rule» heller ikke kan påberopes i utsendelsessaker.

¹⁴ NOU 2001:32 s. 961

¹⁵ *ibid*

2.1 Epistemiske og moralske grunner

Den vage lovteksten i tvl. § 22-7 innbyr til en skjønsmessig vurdering der de bakenforliggende hensyn får stor betydning. For å forstå hvordan bestemmelsen skal anvendes er det nødvendig med en nærmere redegjørelse av hvilke hensyn regelen bygger på. De ulike bevisreglene i sivilprosessen skal ivareta forskjellige hensyn, som i enkelte tilfeller vil komme i konflikt med hverandre. Man kan si at enhver bevisregel bygger på enten epistemiske grunner, på moralske grunner eller begge deler. En regel har epistemiske grunner når målet er å oppnå sannhet, og redusere risikoen for usannhet. Man kan da si at regelen har sin forankring i epistemologien - læren om hvordan kunnskap oppnås. Hvis derimot målet med en regel er å ivareta bestemte verdier med en moralteoretisk forankring, sier vi at den bygger på moralske grunner.¹⁶ Bevisavskjæringsregelen er forankret i både epistemiske og moralske grunner, og legger opp til en konkret avveining i hvert enkelttilfelle. Domstolens avgjørelser om hvorvidt et utilbørlig ervervet bevis skal føres, handler til syvende og sist om hvorvidt epistemiske eller moralske grunnene skal få gjennomslag.

2.1.1 Det epistemiske argument: sakens opplysning

Behovet for en materielt riktig dom vil alltid være hovedargumentet for å tillate et bevis. For å opprettholde samfunnets tillit og domstolens legitimitet, er det helt avgjørende at prosentandelen feilaktige dommer holdes så lav som overhodet mulig. I forarbeidene uttrykkes en målsetning om «å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse».¹⁷ Ut fra denne argumentasjonslinjen gir det lite mening å avskjære beviser i det hele tatt. Dess flere beviser som legges frem i en rettssak, dess bedre grunnlag får domstolen til å fatte en riktig avgjørelse. Ut fra en rent epistemisk argumentasjon vil det ha underordnet betydning at et bevis er skaffet på en utilbørlig måte. Resonnement vil bli omtrent slik: «Gjort er gjort. Det som betyr noe her og nå er å sikre et best mulig avgjørelsesgrunnlag, og da må alle tilgjengelige beviser tillates».

Det epistemiske argumentet kan betraktes som en grunnmur for hele sivilprosessen, og kommer til uttrykk gjennom hovedregelen om fri bevisføring og fri bevisbedømmelse. Likevel inneholder sivilprosessen en rekke unntak fra denne hovedregelen. Dersom tvisteloven bygget utelukkende på epistemologi og sannhetssøken, ville det ikke vært noen former for bevisforbud. Alle de spesifikke bevisforbudene i tvisteloven er uttrykk for at rettssystemet også må imøtekomme visse moralske argumenter, som ikke nødvendigvis bidrar til flest mulig materielt riktige dommer. Forbudet mot beviser innhentet i strid med lovpålagt taushetsplikt (§ 22-3), vitnefritak for partenes nærstående (§ 22-8), bevisfritak for forretningshemmeligheter (§ 22-10) og medias kildevern (§ 22-

¹⁶ Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Bergen 2012 s. 178.

¹⁷ Ot.prp.nr.51 (2994-2005) s. 459

11) er eksempler på regler hvor moralske grunner har fått gjennomslag på bekostning av epistemologien. Regelen om prosessuell bevisavskjæring (§ 21-7) er en avveiningsregel hvor epistemiske grunner må veies opp mot verdien av en effektiv saksgang i det konkrete tilfellet. Bevisavskjæringsregelen i § 22-7 legger også opp til en konkret avveining, men de moralske argumentene som her står i et konkurranseforhold til det epistemiske argumentet er mer mangfoldige.

2.1.2 Moralske argumenter: rettssikkerhet og personvern

Bevisavskjæringsregelen bygger på premisset om at moralske argumenter etter omstendighetene kan gjøre seg gjeldende i så stor grad at prinsippet om fri bevisføring må vike. De moralske argumentene for å nekte et bevis vil i hovedsak være at bevisføringen krenker tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn.¹⁸ I tillegg nevner forarbeidene betydningen av at bevisavskjæring vil virke preventivt, at føringen av et utilbørlig ervervet bevis kan virke støtende på allmenheten, og at føringen av et utilbørlig ervervet bevis vil kunne oppfattes som en ny krenkelse. Alle de nevnte argumentene kan sammenfattes i at bevisavskjæring i gitte tilfeller er nødvendig for å ivareta hensynet til rettssikkerhet og personvern. At dette er de overordnede hensyn som begrunner bevisavskjæringsregelen kommer også klart til uttrykk i rettspraksis.¹⁹

«Rettssikkerhet» er et vidt og allment begrep med ulike aspekter. Kjernen i begrepet kan sies å være kravet om at enkeltindivider skal være beskyttet fra overgrep og vilkårlig maktbruk fra myndighetenes side, og ha mulighet til å forutberegne og forsvare sin rettsstilling.²⁰ Dette aspektet ved rettssikkerheten gjør seg gjeldende med særlig tyngde i straffesaker, og vil sjeldnere komme på spissen i sivile saker. Straffeprosessloven skal blant annet sikre at enhver rimelig tvil kommer tiltalte til gode under alle ledd av straffeforfølgelsen. I tillegg er politiet bundet av en mengde regler for fremskaffelse av beviser, med det siktemål å forhindre misbruk av statens makt. Det betyr likevel ikke at spørsmål om rettssikkerheten aldri vil dukke opp i forbindelse med beviserverv i sivile saker. Særlig i saker som gjelder statlige inngrep i borgernes rettssfære, kan det bli aktuelt å avskjære utilbørlig ervervede beviser av hensyn til en parts rettssikkerhet. Noen illustrerende tilfeller er saker om tilleggsskatt, inndragning av rettigheter, barnfordeling og tvangsutsendelse. Enkelte sivile saker vil ha en såpass alvorlig karakter at utfallet kan oppleves vel så inngripende som en fengselsstraff. I slike tilfeller vil rettssikkerhetshensyn gjøre seg gjeldende med særlig tyngde også innenfor sivilprosessens rammer.

¹⁸ NOU 2001:32 s. 961

¹⁹ Se Rt. 2007 s. 920 og Rt. 2004 s. 1366. Beviser kan avskjæres når føringen av det medfører «en krenkelse av tungtveiende hensyn til personvernet eller rettssikkerheten».

²⁰ Denne definisjonen benyttes i NOU 2009:15 på s. 60

Et annet aspekt ved begrepet «rettssikkerhet» er kravet om at prosessuelle regler for bevisinnhenting og bevisføring blir etterfulgt. Når man legger til grunn en slik bred forståelse av begrepet kan enhver bevisanskaffelse i strid med prosessuelle retningslinjer sies å være en krenkelse av motpartens rettssikkerhet. I denne forstand kan rettssikkerhetshensyn gjøre seg like gjeldende i sivile saker som i straffesaker. Står domstolen overfor et bevis innhentet eksempelvis ved hjelp av vold eller trusler, så må den vurdere om føringen vil være i strid med rettssikkerheten på en slik måte at det bør nektes. Bevisavskjæringsregelen legger da opp til at rettssikkerhetshensyn kan få gjennomslag på bekostning av hensynet til sakens opplysning.

Et beslektet argument som ofte står i motsetning til det epistemiske argument, er beskyttelsen av personverninteresser. Av de tilfellene av bevisavskjæring i sivile saker som har vært behandlet i Høyesterett har samtlige dreiet seg om personvernkrænkelser. Retten til ikke å få sitt privatliv krenket anses som en grunnleggende menneskerettighet, nedfelt blant annet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 og i Lov om behandling av personopplysninger. Begrunnelsen for å verne om privatlivets fred er den alminnelige oppfatningen om at alle mennesker har en iboende rett til å være i fred, og at det i forlengelsen av dette eksisterer en privat sfære som i seg selv er verneverdig.²¹ Ideen om personvernet som en grunnleggende rettighet ble drøftet av de amerikanske juristene Samuel D. Warren og Louis Brandeis allerede i 1890, i artikkelen «The Right to Privacy».²² Artikkelen satte retten til privatliv i sammenheng med retten til liv og eiendom. Disse rettighetene innebærer et vern mot fysiske inngrep i person og eiendom, men i en naturlig forlengelse følger også beskyttelse av menneskers intellekt, følelser og religiøse liv. Videre må retten til liv innebære en rett til livsutfoldelse, hvilket igjen innebærer retten til å være i fred. Eiendomsretten må likeledes strekke seg til å omfatte alt som tilhører en person, både av materiell og immateriell karakter. Det er denne forståelsen av retten til liv og eiendom som danner premissene for vernet om privatlivets fred. Ufrivillig overvåking, offentliggjøring av private opplysninger og andre inngrep i et menneskes private sfære blir da å anse som en krenkelse av personvernet. Å skaffe beviser til en rettssak handler om å skaffe seg tilgang til informasjon. Derfor vil det alltid eksistere en fristelse til å skaffe seg informasjon om motparten på måter som krenker personvernet, særlig dersom tilgangen på informasjon er liten ellers. Når slike tilfeller oppstår legger bevisavskjæringsregelen opp til at personvernens hensyn kan få gjennomslag på bekostning av sakens opplysning.

²¹ Ellen L. Hovlid, *Vern av privatlivets fred*, Bergen 2013 s. 79.

²² Samuel D. Warren og Louis Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, 1890 s. 193-220.

2.2 Hvorfor må det være en regel om bevisavskjæring?

Det kan tenkes at de hensyn som tvisteloven § 22-7 skal ivareta også kunne vært ivaretatt på andre måter. I stedet for å ta beviset ut av saken kunne man tilkjent beviset en lavere verdi i selve bevisvurderingen. En slik reduksjon i bevisverdien kan undertiden fremstå som kunstig. Et bevis som er skaffet på utilbørlig måte er ikke nødvendigvis mindre troverdig av den grunn, og domstolene bør da foreta en fri bevisvurdering basert på bevisenes reelle troverdighet. Det mest nærliggende alternativet til en avskjæringsregel ville vært en slags rettergangssanksjon i form av bøter, dersom en part har skaffet beviser på utilbørlig måte. I kapittel 10 i Lov om domstolene er det nedfelt flere regler om rettergangssanksjoner, som skal motvirke uønsket atferd i forbindelse med rettsmøter. Bøter som rettergangssanksjon ved utilbørlig beviserverv kunne hatt en viss allmennpreventiv effekt. Det er likevel nærliggende å anta at personer som først er villig til å skaffe seg beviser på ulovlige og kritikkverdige måter, ikke vil la seg stanse av frykt for bøter. Verdien som står på spill i en rettsak vil i svært mange tilfeller overstige bøtenes verdi i betydelig grad. Dessuten kan det tenkes at en slik løsning tvert imot ville oppmuntret flere til å skaffe beviser på utilbørlige måter, fordi man ved å skaffe seg bevisene har mer å vinne enn å tape. Derfor er det lite sannsynlig at en rettergangssanksjon i form av bøter vil være særlig egnet til å motvirke utilbørlige beviserverv i sivile saker.

I enkelte tilfeller vil også føringen av et utilbørlig ervervet bevis innebære en ny krenkelse overfor motparten (mer om dette under punkt 4.3). Den eneste måten å forhindre nye krenkelser i disse tilfellene er ved å nekte at beviset legges frem. I forarbeidene til tvisteloven er det ikke drøftet noen alternative løsninger til regelen i § 22-7. Det synes klart at en regel om bevisavskjæring er den eneste praktiske løsningen for å forhindre at tvistens parter tyr til klanderverdig atferd for å skaffe seg beviser, og den eneste måten å unngå at domstolene blir en arena for krenkelser.

3. Grunnvilkåret – skaffet på «utilbørlig måte»

3.1 Forholdet mellom «utilbørlig» og «ulovlig»

Bestemmelsen i tvisteloven § 22-7 legger opp til en todelt vurdering. Domstolen må først ta stilling til om et bevis er ervervet på en utilbørlig måte, for så å vurdere om det skal nektes ført i det konkrete tilfellet. Utilbørlighet blir dermed et inngangsvilkår for den nærmere vurderingen av om beviset skal avskjæres. Ut fra ordlyden «utilbørlig» gjelder regelen beviser som er skaffet på en klanderverdig eller kritikkverdige måte, men ikke nødvendigvis i strid med formelle lovregler. En slik forståelse

samsvarer med rettspraksis fra før tvisteloven trådte i kraft. I prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 ble et hemmelig video-opptak nektet ført som bevis, selv om det ikke forelå noen lovbestemmelser som direkte rammet slikt beviserwerb. Førstvoterende uttalte at fremgangsmåten medførte «et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet må ansees uakseptabel». Oppfatningen har senere blitt lagt til grunn i både sivile saker og i straffesaker. I Rt. 1997 s. 795, som gjaldt sivilprosess, uttalte Høyesterett at «den ulovfestede adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min oppfatning rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling». Tvisteloven § 22-7 kodifiserer rettstilstanden om at ulovlig fremgangsmåte ikke er et nødvendig vilkår for bevisavskjæring. Bestemmelsen rammer dermed alle tenkelige situasjoner hvor et bevis er skaffet på en moralsk uakseptabel måte, enten det er skjedd i strid med formell lov eller ikke.

Ordlyden i bestemmelsen nevner ikke ulovlig beviserwerb, men bruker kun vilkåret «utilbørlig». Et spørsmål som da melder seg, er om bestemmelsen fanger opp alle beviser ervervet på «utilbørlig eller ulovlig» måte, eller om den utelukkende gjelder beviser ervervet på «utilbørlig» måte. En fremgangsmåte for beviserwerb som er i strid med formell lov vil som et klart utgangspunkt også være utilbørlig. Hypotetisk sett kan det likevel oppstå situasjoner hvor et bevis er fremskaffet i strid med formell lov, men likevel moralsk forsvarlig i slik grad at fremgangsmåten ikke kan kalles utilbørlig. Et tenkt tilfelle kan være dersom tekniske bevis, som hår eller fingeravtrykk, er skaffet ved hjelp av mindre alvorlige lovbrudd, som naskeri eller underslag av gjenstander med ubetydelig verdi. Ettersom terskelen er forskjellig for de to vilkårene, kan ikke slike tilfeller utelukkes. I rettspraksis fra før tvisteloven er det klart at inngangsvilkåret for bevisavskjæring er at beviset er ervervet på «ulovlig eller utilbørlig» måte, slik at dette er to alternative grunnvilkår, se f. eks Rt. 2003 s. 1266. Siden § 22-7 var ment å kodifisere gjeldende rett, er det vanlig å tolke bestemmelsen slik at den også kommer til anvendelse på bevis som er ervervet på «ulovlig eller utilbørlig» måte.²³ I forarbeidene ser det derimot ut som at bestemmelsen utelukkende er ment å omfatte utilbørlig beviserwerb:

«For å anvende § 25-7 [nåværende § 22-7] kreves det at beviset er ervervet på utilbørlig måte. Utvalget understreker at det med formuleringen ikke har ment å utelukke at bevisforbud eller bevisfritak i helt eksepsjonelle tilfeller kan tenkes etablert, og da på ulovfestet grunnlag, selv om det ikke er noe utilbørlig i fremskaffelsen.»²⁴

I lys av den siterte forarbeidsuttalelsen kan det virke som at § 22-7 ikke var ment anvendes på tilfeller hvor et bevis er ervervet på en ulovlig, men ikke utilbørlig måte. Slike tilfeller vil naturligvis

²³ Tore Schei mfl., *Tvisteloven: kommentarutgave*, 2. utg., Oslo 2013 s. 863. Se også Schei mfl., *Tvisteloven: kommentarutgave*, Oslo 2007 s. 1099.

²⁴ NOU 2001:32 s. 962

være høyst sjelden, om i det hele tatt praktisk mulig. Dersom en slik situasjon likevel skulle oppstå synes det, på bakgrunn av forarbeidene, som at bevisavskjæring må skje etter ulovfestede regler, og ikke etter tvisteloven § 22-7. Dette fremstår som en nokså merkelig og unødvendig løsning. Den siterte forarbeidsuttalelsen virker lite gjennomtenkt ettersom hensikten med § 22-7 nettopp var å kodifisere regelen for bevisavskjæring, slik den hadde utviklet seg i rettspraksis.²⁵ Det gir lite mening å vedta en regel som skal kodifisere gjeldende rett, men så gjøre unntak for en snever problemstilling som fortsatt skal løses etter ulovfestet rett. En slik løsning ser ikke ut til å være lovgivers overveide hensikt, til tross for uttalelsen i forarbeidene. I den nyere avgjørelsen i Rt. 2013 s. 1282 (i avsnitt 40), legger Høyesterett til grunn at tvl. § 22-7 gjelder beviser fremskaffet på «ulovlig eller utilbørlig måte». Uttalelsen er et obiter dictum, men tyder likevel på at Høyesterett anser tvl. § 22-7 for å gjelde beviser skaffet på «ulovlig eller utilbørlig» måte. Også Skoghøy fremholder at bevis som er fremskaffet på en ulovlig men ikke utilbørlig måte må vurderes etter § 22-7.²⁶ Det synes mest forsvarlig og hensiktsmessig å se bort fra den nevnte forarbeidsuttalelsen, og heller legge til grunn at tvl. § 22-7 gjelder for beviser ervervet på «ulovlig eller utilbørlige» måte.

3.2 Hva er «utilbørlig»?

I forarbeidene til tvisteloven gis det ingen klar definisjon på «utilbørlig», men valget av «utilbørlig» som inngangsvilkår i stedet for «ulovlig» forklares med at rettspraksis ikke har lagt avgjørende vekt på hvorvidt et bevis er skaffet ved brudd på en lovregel. I denne sammenheng vises det til Rt. 1991 s. 616, hvor det ble lagt til grunn at fremgangsmåten for å skaffe beviset medførte et slikt «inngrep i den personlige integritet at den som utgangspunkt må anses uakseptabel».²⁷ Det må altså foreligge en fremgangsmåte som i seg selv er å anse som så kritikkverdig at domstolen bør vurdere om beviset skal avskjæres i den konkrete saken.

Et spørsmål som deretter melder seg er hvor stor grad av klanderverdig atferd som må til for at et beviserverv må anses «utilbørlig». Eller sagt på en annen måte, hvorvidt utilbørlighetsvilkåret har en nedre grense. Ettersom utilbørlighet er et inngangsvilkår i bevisavskjæringsvurderingen, ville det vært nyttig med en klar og definerbar grense. Partene i en rettstvist kan da lettere forutse om et bevis de har skaffet er ervervet på en utilbørlig måte. Når de ikke har overskredet den nedre grensen for utilbørlig beviserverv, kan de også være sikre på at beviset blir akseptert av domstolen, med mindre et annet bevisforbud gjør seg gjeldende. En slik nedre grense for utilbørlighetsvilkåret er imidlertid umulig å definere på en klar måte, og spørsmålet har ikke vært nærmere drøftet hverken i

²⁵ Ot.prp.nr.51. (2204-2005) s. 569

²⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utg., 2014 s. 845.

²⁷ Se NOU 2001:32 s. 691

forarbeidene eller i rettspraksis. I lys av bestemmelsens funksjon som en skjønnsbasert sikkerhetsventil er det heller ikke nødvendig med en absolutt grensedracting. Bestemmelsen overlater til rettens skjønn selve vurderingen av om et konkret bevis skal nektes ført. Siden utilbørlighet ikke er tilstrekkelig i seg selv, vil som regel beviser skaffet med en fremgangsmåte i yttergrensen av det utilbørlige måtte tillates. Dersom retten er i tvil om hvorvidt inngangsvilkåret er oppfylt, er det vanskelig å tenke seg tilfeller hvor beviset nektes ført etter den nærmere avveiningen, selv om det rent hypotetisk sett er mulig. I stedet for å fokusere på en nedre grense vil domstolene legge til grunn at utilbørlige beviserverv kan ha ulik grad av klanderverdighet, og så gjøre dette til et moment i den videre interesseavveiningen. Jo større klanderverdighet som kan knyttes til selve beviservervet - og jo mer sikker retten er på at beviset er utilbørlig ervervet – dess større er sjansen for at beviset må nektes ført. I omvendt tilfelle vil det tale sterkt mot bevisavskjæring dersom retten er usikker på hvorvidt beviservervet i det hele tatt kan kalles utilbørlig.

3.3 Selvstendig vurdering av «utilbørlig»

Den todelte vurderingen som tvl. § 22-7 legger opp til innebærer at domstolen først må foreta en vurdering av om beviset er ervervet på en utilbørlig måte, før den tar stilling til om det skal nektes ført. I hvilken grad disse to vurderingene skal holdes adskilt har vært noe uklart.

I Rt. 2002 s. 1500 var spørsmålet om e-post sendt til og fra en arbeidstakers mailadresse hos arbeidsgiveren kunne brukes som bevis i en avskjedssak. At arbeidsgiver hadde skaffet seg tilgang til mailkorrespondansen, var ikke en lovstridig handling. Kjæremålsutvalget uttalte at det «ikke kan betraktes som en feil ved lagmannsrettens kjennelse at den ikke tar stilling til spørsmålet om X's bruk av e-post meldingene var utilbørlig når den ikke ble ansett lovstridig». Det er vanskelig å tolke denne uttalelsen annerledes enn at utvalget anså det som tilstrekkelig å vurdere lovligheten av beviservervet, og at det ikke var nødvendig med en selvstendig vurdering knyttet til en eventuell utilbørlig atferd. I den aktuelle situasjonen kunne det likevel tenkes at det forelå omstendigheter som gjorde beviservervet utilbørlig, selv om det ikke var ulovlig. Med tanke på at vilkåret utilbørlig har en større rekkevidde, må det sies at utvalget ikke foretok en tilstrekkelig selvstendig vurdering av beviservervets utilbørlighet.

I Rt. 2003 s. 1266 opphevet imidlertid Høyesterett en kjennelse hvor lagmannsretten hadde tillatt et bevis ført, men ikke ansett det som nødvendig å ta stilling til om beviset var fremskaffet på en utilbørlig måte. Ifølge Høyesteretts kjæremålsutvalg var dette en feiltolkning av den ulovfestede regelen om bevisavskjæring, og følgelig måtte kjennelsen oppheves. Av kjennelsen fremgår det at «når lagmannsretten ikke har funnet det nødvendig å vurdere eller ta stilling til spørsmålet om

bevisene her var ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, bygger dette på uriktig tolkning av de ulovfestede regler om bevisavskjæring».

Tilfellet var noe annerledes enn i Rt. 2002 s. 1500 ettersom lagmannsretten da hverken hadde vurdert om beviservervet var utilbørlig eller ulovlig. Kjennelsen i Rt. 2003 s. 1266 må likevel forstås dithen at det må foretas en selvstendig vurdering av vilkårene «utilbørlig eller ulovlig», slik at det ikke er tilstrekkelig med en vurdering kun knyttet til eventuelle lovbrudd ved beviservervet. Dette standpunktet er det motsatte av det som legges til grunn i Rt. 2002 s. 1500, hvor det ikke ble betraktet som en feil at lagmannsretten kun hadde foretatt en vurdering av beviservervets lovlighet. Likevel fastslår utvalget i Rt. 2003 s. 1266 at de bygger videre på oppfatningen i Rt. 2002 s. 1500 (se avsnitt 20 i Rt. 2003 s. 1266). Etter mitt skjønn er det mer nærliggende å tolke kjennelsen i Rt. 2003 s. 1266 som en korrigerende av Rt. 2002 s. 1500. Uttalelsene om at man bygger videre på samme forståelse som ble lagt til grunn et år tidligere fremstår derfor som misvisende.

Rettstilstanden etter Rt. 2003 s. 1266 er uansett klar: domstolen må foreta en adskilt vurdering av om et bevis er skaffet på en utilbørlig måte – uavhengig av beviservervets lovlighet - før den foretar en vurdering av om beviset skal nektes ført. Denne forståelsen harmonerer også med ordlyden i tvl. § 22-7 (som ikke var vedtatt på tidspunktet for de to kjennelsene).

3.4 Nødrettsbetraktninger

Et spørsmål som har vært lite drøftet i praksis er hvordan domstolen skal stille seg til et bevis som er ervervet på en utilbørlig måte, men der vedkommende som har skaffet beviset påberoper seg nødrett. Det kan for eksempel være et tilfelle av ulovlig lydopptak for å avdekke grov vold i en barnefordelingssak. I et slikt tilfelle kan det argumenteres med at hensynet til sakens opplysning veier så tungt at alle andre hensyn må vike i den konkrete interesseavveiningen. Det kan videre tenkes at det ikke en gang er behov for å gå inn i den konkrete interesseavveiningen på grunn av at beviservervet ikke er utilbørlig. Det siste synes å være den mest naturlige innfallsvinkelen. Som nevnt inneholder vilkåret «utilbørlig» en høyere terskel enn «ulovlig». Det kan dermed tenkes situasjoner hvor et bevis er skaffet på en måte som isolert sett er ulovlig, men at vedkommende befant seg i en unntakssituasjon som gjorde at anskaffelsen av beviset ikke kan kalles utilbørlig. Videre må det kunne sies at dersom vedkommende kan påberope seg nødrett, så forelå det heller ikke noe ulovlig ved selve beviservervet. Nødrettsprinsippet i straffeloven § 47 er at ingen kan straffes for en handling som er foretatt for å berge person eller eiendom fra en ellers uunngåelig fare, når denne faren er betydelig sett i forhold til nødrettshandlingen. En handling for å skaffe et bevis som oppfyller vilkårene for nødrett, må etter prinsippet i § 47 anses som hverken ulovlig eller utilbørlig. Således må

det sies at grunnvilkåret for bevisavskjæring i slike tilfeller ikke er oppfylt. Forståelsen om at nødrettsprinsippet kan anvendes også ved prosessuelle spørsmål ble lagt til grunn i artikkelen til Bratholm fra 1959, hvor han antok at en ellers ulovlig fremgangsmåte i helt særlige tilfeller kunne bli ansett rettmessig etter strl. §§ 47 og 48 om nødrett og nødverge.²⁸ Spørsmålet om rettmessig beviserverv ut fra nødrettsbetraktninger ble også drøftet av Høyesterett i Rt. 1991 s. 616. Utvalget la til grunn at de samme avveiningene som foretas etter strl. § 47 kan anvendes i relasjon til hvorvidt et ulovlig innhentet bevis kan føres, selv om problemstilling rettslig sett er noe annerledes. Spørsmålet kom imidlertid ikke på spissen i det aktuelle tilfellet, og har heller ikke senere vært behandlet av Høyesterett, så vidt meg bekjent. Skulle det oppstå et tilfelle hvor en part i en rettsak har skaffet et bevis på en måte som oppfyller vilkårene for nødrett, så synes det klart at beviset må tillates ført, og at grunnvilkåret om utilbørlig beviserverv ikke er oppfylt.

4. Interesseavveiningen

4.1 Ulike fremgangsmåter for interesseavveiningen

Etter at domstolen har tatt stilling til om et bevis er skaffet til veie ved bruk av en utilbørlig fremgangsmåte, må den foreta en konkret vurdering av om beviset skal nektes ført. Dette fremgår av rettspraksis fra før tvisteloven, samt ordlyden i tvl § 22-7 som sier at retten «kan i særlige tilfeller» nekte beviset ført. Ordlyden tilsier at beviser som er skaffet til veie på en utilbørlig måte i utgangspunktet kan føres, men at retten i unntakstilfeller kan foreta bevisavskjæring. I NOU 2001:32 understrekes det også at ordlyden «særlige tilfeller» skal vise at bestemmelsen er «en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde». Denne uttalelsen legges også til grunn i Rt. 2007 s. 920. Når retten skal bestemme hvorvidt et bevis skal avskjæres må den foreta en konkret vurdering på bakgrunn av ulike hensyn som gjør seg gjeldende, særlig hensynet til sakens opplysning, hensynet til den krenkede interesse og allmennpreventive hensyn. En nærmere gjennomgang av de ulike momentene i avveiningen kommer under punkt 4.3. Først skal vi se på hvilken fremgangsmåte som anvendes i vurderingen av om beviset skal avskjæres.

Spørsmål om bevisavskjæring som følge av ulovlig eller utilbørlig beviserverv har ikke vært behandlet i særlig stor utstrekning av Høyesterett. Av de relativt få gangene problemstillingen har vært forelagt domstolen, er det vanskelig å finne en konsekvent tilnærming til vurderingen. Grovt sett kan det oppstilles tre forskjellige fremgangsmåter for selve bevisavskjæringsvurderingen:

²⁸ Bratholm, s. 113. Se også Schei mfl., s 870, hvor samme forståelse legges til grunn.

- 1) Retten foretar først en vurdering av om beviset er skaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Deretter gjennomfører den en bred interesseavveining på bakgrunn av prinsipielle hensyn, og i hvilken grad de gjør seg gjeldende i den konkrete saken. En slik tilnærming er anvendt i Rt. 2001 s. 668.
- 2) Retten foretar først en vurdering av om beviset er skaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Deretter vurderer retten om føringen av beviset vil fremstå som en gjentatt, fornyet eller fortsatt krenkelse. Hvis svaret er nei, foretas en bred interesseavveining på bakgrunn av prinsipielle hensyn som gjør seg gjeldende. Hvis svaret er ja, skal beviset normalt nektes ført, slik at det foreligger en presumsjon for bevisavskjæring i den påfølgende interesseavveiningen. En slik tilnærming kommer klart til uttrykk i Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2006 s. 582, som gjaldt straffeprosessuell bevisavskjæring.
- 3) Retten foretar en vurdering av om beviset er skaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Deretter må retten finne ut om et bevisforbud kan begrunnes i enten rettsstatlige hensyn, hensynet til den krenkede interesse, hensynet til rettssikkerhet eller ut fra en kumulasjon av disse tre argumentasjonslinjene. Bare unntaksvis kan retten basere bevisforbud på en ren interesseavveining. Denne fremstillingen presenteres av Ørnulf Øyen.²⁹

Fremgangsmåten som Øyen skisserer bærer preg av et ønske om å systematisere den skjønnsmessige vurderingen som har blitt utviklet gjennom rettspraksis. Tilnærmingen har gode grunner for seg. Den har klare pedagogiske fordeler ved at den knytter bevisavskjæringsvurderingen til faste og, til en viss grad, definerbare rammer. Øyens argument om at en ren interesseavveining åpner for bevisforbud på et uklart og usikkert rettspolitisk fundament³⁰ er etter min mening en betimelig innvending, men fremstår først og fremst som et argument de lege ferenda. Hvorvidt fremgangsmåten som Øyen skisserer er den fremgangsmåten som domstolene de facto benytter seg av, er etter min mening tvilsomt. Forarbeidene nevner heller ingenting om de tre argumentasjonslinjene, men peker på en bred interesseavveining basert på både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak.³¹ Høyesterett har ikke gitt uttrykk for en kategorisk fremgangsmåte der bevisforbudet må begrunnes i en av tre argumentasjonslinjer. Tvert imot synes flere avgjørelser å basere seg på klart skjønnsmessige interesseavveininger. I Rt. 2009 s. 1526 (avsnitt 30) henviser utvalget til følgende uttalelse fra tvistelovens forarbeider (NOU 2001:32B side 961): «Om et utilbørlig frembrakt bevis skal avskjæres, **beror på en avveining** av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse». I Rt. 2007 s. 920 støtter utvalget seg på en annen uttalelse fra samme dokument (s. 961):

²⁹ Ørnulf Øyen, "I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er skaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte", *Lov og rett*, nr. 7 2010 s. 423-428.

³⁰ Se siste avsnitt i artikkelens punkt 3

³¹ Se NOU 2001:32 s. 961

«Hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter **bred avveining**, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning.» (mine uthevinger).

Øyen viser til at det i samtlige tilfeller av bevisavskjæring har vært argumentert ut fra én av de tre argumentasjonslinjene, og at Høyesterett ikke har oppstilt et bevisforbud på bakgrunn av en ren interesseavveining. Selv tolker jeg rettspraksis og lovforarbeidene dithen at ethvert tilfelle av bevisavskjæring beror på en interesseavveining, og at de argumentasjonslinjene som Øyen skisserer inngår som momenter i selve avveiningen, sammen med de konkrete forholdene i hver enkelt sak. Rt. 1991 s. 616 illustrerer interesseavveiningen på en god måte. Spørsmålet var om video-opptak fra arbeidsplassen skulle avskjæres som bevis i en straffesak mot en butikkmedarbeider tiltalt for underslag. I tillegg til at det ville fremstå som en ny krenkelse, talte vesentlige personvern hensyn og preventive hensyn for å nekte beviset. I den andre vektsskålen lå hensynet til sakens opplysning og det faktum at overvåkingen var ansett nødvendig for å fremskaffe bevis i saken. Høyesterett kom frem til at de hensyn som talte mot bevisavskjæring ikke var «tilstrekkelig tungtveiende». Dommen er etter min mening et klart eksempel på at Høyesterett foretar en helhetsvurdering, der både prinsipielle hensyn og konkrete forhold i saken holdes opp mot hverandre i en bred interesseavveining.

Spørsmålet videre er om det er fremgangsmåten i punkt 1 eller punkt 2 som klarest gir uttrykk for domstolens fremgangsmåte, slik vurderingen har vært praktisert. I avgjørelsene i Rt 2006 s. 582 og Rt. 1999 s. 1269 foretar Høyesterett en vurdering i to trinn, hvor det først tas stilling til om føringen av beviset representerer en gjentatt krenkelse, for deretter å foreta en bred interesseavveining. Det kan bemerkes at Rt. 1999 s. 1269 er en av svært få avgjørelser på området som er fattet i en dom og ikke i en kjennelse, hvilket taler for å tillegge den en noe større rettskildemessig verdi. Mønsteret fra dommen ble fulgt opp i Rt. 2006 s. 582. Denne avgjørelsen er en kjennelse, men fattet av et utvalg på fem dommere, hvilket gir den tilsvarende vekt som en dom. Mønsteret som ble brukt i disse to straffesakene har derimot ikke vært anvendt like tydelig i sivile saker. I Rt. 2007 s. 920 har spørsmålet om gjentatt krenkelse en sentral plass, men vurderingen synes å inngå som en del av en bred interesseavveining. Utvalget understreker imidlertid at gjentatt krenkelse ved bevisføring er moment som er spesielt fremhevet i forarbeidene.³²

³² Se avsnitt 55 i dommen

På bakgrunn av rettspraksis må det sies at Høyesterett, noe inkonsekvent, har praktisert tilnærmingene beskrevet i punkt 1 og 2. Den klare tottrinnsvurdering som beskrives i punkt 2 har til nå ikke vært anvendt i sivile saker, men på bakgrunn av emnets fellesprosessuelle natur kan den heller ikke utelukkes. Vurderingen av gjentatt krenkelse ved bevisføring er uansett et moment som fordrer en nærmere redegjørelse, særlig på grunn momentets spesielle betydning, men også på grunn av dets noe uklare innhold. Jeg har derfor valgt å gi momentet et særlig fokus i den videre fremstillingen.

4.2 Tilfeller hvor bevisføring innebærer en gjentatt krenkelse

4.2.1 Terminologi

Terminologien som har vært brukt i de ulike rettskildene har vært varierende. Uttrykket «gjentatt eller fortsatt krenkelse» har vært det mest vanlige i rettspraksis,³³ men også uttrykket «ny krenkelse» har vært brukt.³⁴ I tvistelovens forarbeider brukes begrepene «fortsatt eller forsterket krenkelse».³⁵ Alle begrepene beskriver et moment som går ut på at det oppstår en krenkelse ved bevisføring som på en eller annen måte kan relateres til den krenkelsen som oppstod ved beviservervet. Til tross for ulik begrepsbruk må vurderingen sies å være den samme. I det følgende vil jeg benytte samlebetegnelsen «gjentakelsesmomentet», som introduseres av Torgersen.³⁶

4.2.2 Kan gjentakelsesmomentet anvendes i sivile saker?

Som nevnt avslutningsvis under punkt 4.1 kan det ikke vises til sivile saker hvor gjentakelsesmomentet har hatt en spesielt sentral betydning, slik som i Rt. 1999 s. 1269. Den todelte vurderingen som beskrives i Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2006 s. 582 – med presumsjon for bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisføring innebærer en gjentatt krenkelse – har foreløpig ikke vært praktisert i sivile saker. Gjentakelsesmomentet ble fremhevet som et særlig tungtveiende moment i den sivile saken i Rt. 2007 s. 920, men da uten at det fikk gjennomslag. Et naturlig spørsmål blir dermed om gjentakelsesmomentet er særlig forbeholdt straffesaker.

Empirisk sett er det klart at gjentakelsesmomentet ikke har vært sentralt i sivile saker. Forklaringen kan være at det i straffesaker foreligger flere regler som skal ivareta rettssikkerhet og beskytte rettsstaten. Politiet er blant annet bundet av straffeprosesslovens bestemmelser for anskaffelse av beviser. Brudd på disse reglene vil ofte være av en slik karakter at selve interessen

³³ Se Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2004 s. 858, Rt. 2003 s. 549 og Rt. 2006 s. 582

³⁴ Se Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2007 s. 920

³⁵ Se NOU 2001:32B s. 961

³⁶ Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 136.

som de er satt til å beskytte også vil krenkes når et bevis ervervet i strid med disse reglene tillates ført. Det mest illustrerende eksempelet er forklaringer innhentet i strid med siktedes rett til å forholde seg taus.³⁷ I sivile saker vil spørsmålet om gjentatt krenkelse sjeldnere komme på spissen, rett og slett fordi det er færre regler som regulerer fremgangsmåten for beviserverv. Det kan likevel tenkes tilfeller hvor det vil være tale om gjentatt krenkelse også i sivile saker. For eksempel vil bevis ervervet i strid med personvernrettigheter ofte være av en slik karakter at den krenkede interessen vil krenkes på ny dersom beviset tillates ført. Elementet av gjentatt krenkelse vil dermed gjøre seg gjeldende på samme måte som i straffesaker. Regelen fra Rt. 1999 s. 1269, om at beviser som representerer en gjentatt krenkelse ved bevisføring normalt skal nektes ført, bør da også ha overføringsverdi til sivile saker. En slik slutning er naturlig ut fra bevisavskjæringsregelens fellesprosessuelle natur. I tilfeller hvor bevisføring vil medføre en gjentatt krenkelse kan domstolen dermed foreta interesseavveiningen med en presumsjon *for* bevisavskjæring, i stedet for det motsatte.

4.2.3 Innholdet i gjentakelsesmomentet

Gjentakelsesmomentet har et noe diffust preg. To spørsmål som melder seg er hvorvidt «gjentatt krenkelse» skal forstås subjektivt eller objektivt, og hvorvidt momentet peker tilbake på selve beviservervet eller den interessen som ble krenket under beviservervet.

Allerede i prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 ble gjentakelsesmomentet tillagt sentral vekt: «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.» Uttalelsen kan tolkes som at Høyesterett la opp til en rent subjektiv vurdering av gjentakelsesmomentet, i den forstand at krenkelsen ble knyttet opp mot den krenkedes personlige opplevelse av ubehag. Dersom gjentakelsesmomentet innebærer en slik subjektiv vurdering, vil det avgjørende være hva den enkelte person i ethvert konkret tilfelle oppfatter som en krenkelse. En slik individuell vurdering kan gi meget forskjellige utfall fra sak til sak, og vil gjøre regelen høyst uklar. Forståelsen harmonerer dårlig med de øvrige momentene i interesseavveiningen, som utelukkende vektlegger større samfunnshensyn. Et moment som knytter vurderingen til partenes rent subjektive opplevelse av krenkelse vil også åpne for avskjæring i langt større utstrekning enn det som var intensjonen med regelen. Som drøftet under punkt 2 bygger regelen på premisset om at hensynet til rettssikkerhet og personvern kan få gjennomslag på bekostning av sakens opplysning. Disse interessene defineres ikke på individuelt plan, men ut fra en bred samfunnsoppfatning. Man snakker da om intersubjektivitet -

³⁷ Se Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i strafferetten*, Bergen 2010 s. 78 og utover.

en etablert felles forståelse for hvilke normer som skal ivareta menneskers personvern og rettssikkerhet. Hva som innebærer en krenkelse av disse normene blir en konkret juridisk vurdering. Vurderingen må foretas på bakgrunn av den rådende juridiske oppfatningen om når en persons rettssikkerhet eller personvern har blitt krenket.

Oppfatningen av hva som innebærer en krenkelse kan dermed forandre seg noe over tid. Det kan tenkes at videoopptaket fra Rt. 1991 s. 616 ikke nødvendigvis ville blitt ansett like krenkende i dag, i en tid hvor overvåking kanskje oppleves mer alminnelig. På den andre siden har Høyesterett vært særlig opptatt av å motvirke bruk av ulovlige videoopptak som bevis, nettopp for å sette en tydelig standard. I Rt. 2004 s. 878 ble et hemmelig videoopptak på en arbeidsplass karakterisert som «sterkt belastende» og «en alvorlig integritetskrenkelse».

Bare i tilfeller hvor krenkelsen innebærer brudd på formell lov kan man si at det objektivt sett foreligger en krenkelse. I Rt. 1991 s. 616 var det ikke snakk om et formelt lovbrudd, og krenkelsen hadde således ikke en objektiv karakter. Avskjæringen var basert på at beviservervet ut fra «alminnelige personvern hensyn» måtte anses uakseptabel. Domstolen la med andre ord til grunn en intersubjektiv oppfatning av personvernet. Høyesteretts anvendelse av gjentakelsesmomentet må forstås i lys av dette. Den siterte uttalelsen kan dermed ikke ha omhandlet den krenkedes individuelle oppfatning, men den intersubjektive forståelsen av personvernets rekkevidde. Ut fra dette kan det fastslås at gjentakelsesmomentet må baseres på en intersubjektiv forståelse av hva som er en krenkelse, med mindre det foreligger en objektiv krenkelse i form av et lovbrudd. Rent subjektive og individuelle oppfatninger av hva som er en krenkelse må holdes utenfor vurderingen.

Videre må det klargjøres om gjentakelsesmomentet peker tilbake på selve beviservervet eller den interessen som ble krenket under beviservervet. I den sentrale avgjørelsen i Rt. 1999 s. 1269 ble gjentakelsesmomentet tillagt avgjørende betydning. Høyesterett uttalte at det må legges vekt på «om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset». Uttalelsen viser at det er brudd på en objektiv norm det siktes til, men det etterlates en viss tvil om hva gjentakelsesmomentet knytter seg til. Det er vanskelig å tenke seg tilfeller hvor bevisføringen vil representere en ny krenkelse av selve rettsbruddet som fant sted ved beviservervet. Hvis det for eksempel har vært foretatt en ulovlig overvåking eller et ulovlig opptak, så vil det foreligge et rettsbrudd ved beviservervet, men selve rettsbruddet blir ikke gjentatt dersom opptakene legges frem i retten. For at gjentakelsesmomentet skal gi mening må det knyttes opp mot de interessene som ble krenket ved beviservervet, og ikke selve normbruddet. Torgersen trekker konklusjonen om at «det taler med styrke for bevisforbud dersom de interesser eller

legislative hensyn som ligger til grunn for den krenkede ervervsnormen også gjør seg gjeldende på bevisføringsstadiet»³⁸ Dette er en treffende og god beskrivelse av gjentakelsesmomentet.

4.2.4 Gjentakelsesmomentet anvendt i praksis

For å få en god forståelse for hvordan gjentakelsesmomentet skal anvendes er det nødvendig med en nærmere redegjørelse av de to avgjørelsene i Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 2006 s. 582, hvor momentet har hatt en særlig utpreget betydning.

Rt. 1999 s. 1269 gjaldt opptak av en forklaring som var innhentet i strid med siktedes rett til å forholde seg taus. Det ble betraktet som en gjentatt krenkelse å legge frem opptaket fra samtalen som bevis i retten. Forklaringen ble ansett å være innhentet i strid med selvinkrimineringsprinsippet, som regnes som et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess. Vurderingen knyttet til gjentakelsesmomentet ble ikke særlig utdypet, men det ble presisert at bevisføring ville representere en gjentakelse av rettsbruddet som ble begått ved beviservervet. Retten til å forholde seg taus kan sies å være en interesse som automatisk krenkes på nytt idet et bevis innhentet i strid med denne interessen tillates ført. Dette var trolig oppfatning som lå til grunn for Høyesterett sin vurdering.

I Rt. 2006 s. 582 var det spørsmål om avskjæring av en politiforklaring knyttet til observasjoner og beslag fra en ulovlig ransaking. Høyesterett la til grunn at det ikke ville innebære en gjentakelse av rettsbruddet å tillate politiforklaringen som bevis. Avgjørelsen inneholder ingen begrunnelse for dette standpunktet, og dermed bidrar den heller ikke til å klargjøre hva som ligger i vurderingen av gjentakelsesmomentet.³⁹ Hensynet bak reglene om politiransaking er å verne om privatlivets fred, så vel som å beskytte enkeltpersoner fra ubehaget som en politiransakelse forårsaker. Med tanke på sistnevnte hensyn er det riktig at det ikke ville oppstått en ny krenkelse på bevisføringsstadiet. Det samme ubehaget oppstår ikke på ny når en rapport fra ransakelsen legges frem som bevis. Hvis man derimot ser reglene om politiransaking ut fra et personvernsperspektiv stiller saken seg noe annerledes. Når politiet krenker personvernet ved å foreta en ulovlig politiransaking, må det kunne sies å være en fortsettelse av denne krenkelsen dersom de innhentede opplysningene legges frem i retten, særlig hvis opplysningene er av privat karakter. Når Høyesterett kom frem til at det ikke forelå en gjentatt krenkelse, er det nærliggende å anta at domstolen anså selve ubehaget ved ransakelsen som det eneste krenkende elementet, og at de overså de personvern hensyn som også gjorde seg gjeldende. Det fremgår imidlertid ikke av kjennelsen hvilken

³⁸ Torgersen, s. 141

³⁹ Se kritikk av dommen i Torgersen, s. 145.

forståelse av krenkelse som Høyesterett la til grunn, og det ble ikke presisert hvilke konkrete interesser man siktet til i vurderingen av gjentakelsesmomentet.

Etter min mening bør det være et mål for domstolene, når gjentakelsesmomentet tillegges betydelig vekt, at det forklares spesifikt hva som representerer en gjentatt krenkelse. Som et minstekrav bør det presiseres hvilken interesse som ble krenket ved beviservervet, og i hvilken grad den samme interessen vil bli krenket eller ikke under bevisføringen. Uten en slik presisering kan gjentakelsesmomentet lett fremstå som diffust, hvilket er meget uheldig med tanke på momentets særstilling i bevisavskjæringsvurderingen.

4.3 Øvrige momenter i interesseavveiningen

4.3.1 Generelt

I den videre interesseavveiningen vektlegger domstolen flere ulike momenter. Vurderingen av om et bevis skal nektes ført er sammensatt, og variere ut fra de konkrete forholdene i saken og de prinsipielle hensyn som gjør seg gjeldende. Det er særlig hensynet til sakens opplysning og betydningen av en materielt riktig avgjørelse som taler for å tillate et bevis. I den andre vektskålen havner betenkeligheten ved å tillate beviser ervervet på en kritikkverdige måte, preventive hensyn og hvorvidt føringen av et bevis vil virke støtende på allmennheten - i tillegg til om føringen av beviset vil fremstå som en gjentatt krenkelse.⁴⁰ Det siste momentet er behandlet i punkt 4.2, og vil ikke utdypes noe mer. I den videre fremstillingen vil de øvrige momentene drøftes hver for seg i lys av rettspraksis.

4.3.2 Hensynet til sakens opplysning

Behovet for å få en sak best mulig opplyst vil alltid være det klare argumentet mot å nekte et bevis ført. For at domstolen skal kunne fatte dommer som er materielt riktige og opprettholde en tillit blant befolkningen, er det avgjørende at hver sak blir fullstendig opplyst i den grad det lar seg gjøre. I den konkrete interesseavveiningen vil tyngden av argumentet knyttet til sakens opplysning variere ut fra tre faktorer: sakens viktighet, bevisets viktighet og hvorvidt det ville vært mulig å fremskaffe beviset på en annen måte.

Sakens viktighet og bevisets viktighet fikk en særlig avgjørende betydning i Rt. 2009 s. 1526. Avgjørelsen var en del av en alvorlig straffesak som gjaldt et planlagt drapsforsøk i rivaliseringen mellom de kriminelle miljøene «A-gjengen» og «B-gjengen» i Oslo-området. Drapsforsøket ble regnet

⁴⁰ Disse momentene fremheves som de mest sentrale i forarbeidene, jf. NOU 2001:32 s. 961.

som en hevnaaksjon etter en skyte-episode på Aker brygge et år i forveien. I forbindelse med rettsaken mottok politiet et bevis i form av et lydopptak fra en forsoningssamtale mellom fornærmede og domfelte fra skyte-episoden på Aker brygge. Under samtalen, som fant sted i fengselet med fengselsprestens tilstedeværelse, benyttet den domfelte en skjult lydopptaker som han etterpå leverte til politiet. Opptaket var ikke straffbart, men ble av retten ansett som utilbørlig. I den videre interesseavveiningen ble det særlig fremholdt at opptaket var illojalt fordi samtalen ble forespeilet å være konfidensiell og fortrolig, hvilket ble ytterligere understreket av prestens tilstedeværelse. Når utvalget likevel tillot beviset ført var det fordi saken gjaldt «en meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende.» Det ble også understreket at samtalen primært var mellom fornærmede og domfelte, og at det ikke forelå noe brudd på taushetsplikten fra prestens side, ettersom han var uvitende om opptaket.

Det er forståelig at terskelen for å nekte et bevis heves når det er mye som står på spill. Særlig i alvorlige straffesaker er det naturlig å tillegge hensynet til sakens opplysning mer vekt for å få et best mulig bevisbilde. På den andre siden oppstår det raskt betenkeligheter dersom retten opererer med ulike standarder i bevisavskjæringsregelen, på bakgrunn av sakens alvor. De rettssikkerhetshensyn som taler for å beskytte en tiltalt mot utilbørlig beviserverv, gjør seg gjeldende i økende grad når det er tale om alvorlige saker med høye strafferammer. Jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn i denne straffeprosessuelle problematikken siden det ligger utenfor oppgavens rammer.

I en del sivile saker, særlig de som ikke angår offentlig maktbruk, vil ikke rettssikkerhetshensyn gjøre seg gjeldende med samme tyngde som i straffesaker. Det kan da være større rom for å vektlegge sakens opplysning. I Rt. 1997 s. 795 ble et båndopptak nektet ført i en tvist om daglig omsorg for barn. Det hemmelige opptaket gjaldt en telefonsamtale mellom faren og barna, og var foretatt av den ankende part, barnas mor, som på tidspunktet for opptaket hadde foreldreansvaret for barna. Beviset ble nektet ført etter en interesseavveining, hvor utvalget la vekt på behovet for å motvirke opptak av barn som intetanende aktører, og at denne typen beviser «neppe [vil] kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi». Argumentene for å nekte beviset var med andre ord barnas personvern, kombinert med preventive hensyn og lav bevisverdi. Retten kom deretter med følgende tilleggsbemerkning: «I saker om foreldreansvar og omsorg for barn, hvor retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, er det av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig. Det kan ikke ses bort fra hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike.»

Uttalelsen illustrerer hvordan hensynet til sakens opplysning gjør seg gjeldende med en relativ tyngde på bakgrunn av bevisets verdi og sakens karakter. I saker hvor det er viktige interesser som står på spill, og hvor det utilbørlig ervervede beviset har en høy verdi, vil hensynet til sakens opplysning slå inn med full tyngde i interesseavveiningen. I motsatt tilfelle, hvor beviset har liten verdi eller liten troverdighet, og det ikke er spesielt alvorlige interesser som står på spill, vil hensynet til sakens opplysning oftere måtte vike for de argumentene som taler for bevisavskjæring.⁴¹

Den siste faktoren i tilknytning til hensynet til sakens opplysning, er spørsmålet om beviset kunne vært skaffet på en annen måte. Dette illustreres i Rt. 2007 s. 920 (Scancem). Spørsmålet om bevisavskjæring var her knyttet til et bevis som angivelig skulle dokumentere at A hadde hatt en konto i Barclays Bank Swiss SA, noe som A benektet. Motparten, Scancem, hadde innhentet beviset ved hjelp av det private etterforskningsbyrået HIBIS, som igjen hadde engasjert andre aktører for å etterspore pengestrømmer. Disse hadde fått tak i hemmelig informasjon ved å ringe bankens filialer i lunsjtiden og utgi seg for å arbeide med bankens internkontroll. Retten la til grunn at bevisene var ulovlig ervervet ved brudd på taushetsplikt. I avveiningen av om beviset skulle nektes ført ble det fremholdt at beviset ikke kunne karakteriseres som en alvorlig integritetskrenkelse, og retten uttalte at Scancem «neppe ville hatt mulighet for å fremskaffe dokumentene på annen måte. Dette, sammenholdt med hensynet til sakens opplysning taler også for at dokumentet kan legges fram». Det faktum at bevisene ikke kunne blitt skaffet på en annen måte ble av retten anvendt som et selvstendig moment sammen med hensynet til sakens opplysning. Momentet kan imidlertid også regnes som en del av det samme hensynet. Hensynet til sakens opplysning gjør seg gjeldende med særlig tyngde når det aktuelle beviset er sentralt og ikke kunne vært skaffet på noen annen måte enn ved den utilbørlige fremgangsmåten. Dersom det i tillegg er særlig viktige interesser som står på spill, bør det ligge svært tungtveiende argumenter i den andre vektskålen for å nekte beviset.

4.3.3 Hensynet til den krenkede interesse

Blant argumentene som taler for å nekte et bevis ført, er det naturlig å starte med hensynet til den krenkede interessen. Dette hensynet har en særlig tyngde dersom bevisføringen vil innebære en gjentatt krenkelse, hvilket er gjort rede for under punkt 4.2. Men også i tilfeller hvor gjentakelsesmomentet ikke er til stede vil hensynet til den krenkede interessen være et viktig moment i interesseavveiningen. De mest typiske krenkelsene er integritetskrenkelser i strid med

⁴¹ Se også Rt. 2004 s. 931 avsnitt 28, hvor det presiseres at utilbørlig ervervede beviser med liten troverdighet kan avskjæres.

personvernet, men et beviservert kan i gitte tilfeller også innebære rent fysiske krenkelser, krenkelse av rettssikkerhet, eller psykiske og følelsesmessige krenkelser.

I eksempelet fra Rt. 2009 s. 1526 var krenkelsen den illojale opptreden av personen som utførte hemmelig lydopptak under den fortrolige forsoningssamtalen i fengselet. Personen som gav opplysninger om saken ble lurt til å tro at samtalen var fortrolig. Særlig fengselsprestens tilstedeværelse bidro til å skape dette inntrykket. Retten understreket imidlertid at samtalen i hovedsak ble ført av de to partene, med presten som passiv deltaker. Dette gjorde at prestens tilstedeværelse ikke ble tillagt stor vekt i avveiningen. Det er mest nærliggende å forstå utvalgets resonnement som at dersom presten i større grad hadde tatt regi over samtalen, så ville beviservertet fremstått enda mer illojalt. Da ville hensynet til den krenkede interessen også gjort seg gjeldende med større tyngde.

Hensynet til den krenkede interesse har en nær sammenheng med vurderingen foretatt under grunnvilkåret knyttet til bevisets utilbørighet. Dess klarer det er at beviset er skaffet til veie på en utilbørlig måte, dess større tyngde får hensynet til den krenkede interessen. Videre vil karakteren av krenkelsen ha stor betydning. Det kan tenkes utallige typer krenkelser – alt ifra beviser fremtvunget ved bruk av vold til hemmelig opptak av telefonsamtaler. Det er klart at det førstnevnte eksempelet har en langt grovere karakter. Hensynet til den krenkede interessen står da betydelig sterkere i interesseavveiningen. Et eksempel på at hensynet til den krenkede interessen ikke ble tillagt stor vekt er Rt 2007 s. 920, hvor utvalget la til grunn at den utilbørlige anskaffelsen av informasjon om bankkontoer «neppe kan karakteriseres som noen «alvorlig integritetskrenkelse»». Dette ble nevnt i motsetning til situasjonen i Rt. 1991 s. 616, hvor ulovlig video-overvåking ble regnet som en «alvorlig integritetskrenkelse» der «vesentlige personvern hensyn» gjorde seg gjeldende.

Det kan spørres om det går et skille mellom krenkelser som innebærer et formelt lovbrudd og krenkelser som innebærer straffesanksjonerte normbrudd. Bjørnvik og Selfors fremholder at de klareste tilfellene av ulovlig beviservert er når det foreligger beviservert i strid med straffesanksjonert lov.⁴² Torgersen hevder på den andre siden at det neppe har betydning i seg selv hvorvidt det er en straffebestemmelse som er overtrådt.⁴³ Synet til Torgersen synes å ha best dekning i rettspraksis.⁴⁴ Hvorvidt det er en straffebestemmelse som er overtrådt kan imidlertid si noe

⁴² Arve Martin Bjørnvik og Rolf Fridtjof Selfors, «Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål», *Jussens venner*, 2000. s. 21.

⁴³ Torgersen, s. 155

⁴⁴ Ingen av Høyesteretts avgjørelser til nå oppstiller et skille mellom straffesanksjonerte normbrudd og andre typer ulovlige beviservert.

om krenkelsens karakter og alvor. Det er den krenkede interessen, og ikke selve normkrenkelsen, som har betydning i interesseavveiningen. For eksempel representerer beviser fremskaffet ved hjelp av trusler og vold en mer alvorlig krenkelse enn beviser skaffet ved hacking. Når det foreligger en alvorlig krenkelse av en viktig interesse vil dette være et tungtveiende argument for å nekte beviset ført.

Et tilleggsmoment som kan nevnes under hensynet til den krenkede interessen, er spørsmålet om motparten til den som skaffet beviset på utilbørlig måte egentlig hadde plikt til å utlevere beviset. Momentet nevnes særskilt i Rt. 1999 s. 1269, uten at det blir brukt i selve avveiningen. I sivile saker bør momentet ses i sammenheng med opplysningsplikten som er nedfelt i tvl. § 21-4. En part har plikt til å opplyse motparten om viktige bevis i saken som motparten ikke har hånd om. Opplysningsplikten gjelder uavhengig av om de aktuelle bevisene er til støtte for parten selv eller den andre parten, og selv om beviset befinner seg hos en tredjemann, jf. § 21-4 (2). Den strenge opplysningsplikten er ny i forhold til eldre rett, og innebærer et kulturskifte med tanke på redelighet i sivilprosessen.⁴⁵ En tilsvarende plikt gjelder ikke i straffesaker, og momentet er dermed særlig forbeholdt sivile saker. Spørsmålet om opplysningsplikt har imidlertid ikke kommet på spissen i noen av Høyesteretts kjennelser om bevisavskjæring. Momentets betydning må derfor sies å være noe uklart. Det kan tenkes at når en part har brutt sin opplysningsplikt, så vil hensynet til den krenkede interesse ha mindre gjennomslag i interesseavveiningen. Det kan videre argumenteres for at en krenkelse i sin helhet fremstår mindre grov dersom parten som ble utsatt for krenkelsen på forhånd hadde brutt sin opplysningsplikt. Til en viss grad kan man også hevde at krenkelsen var selvforskyldt dersom det var partens brudd på opplysningsplikten som gjorde det nødvendig for motparten å foreta et utilbørlig beviserverv. Følgelig vil brudd på opplysningsplikten kunne regnes som en slags medvirkning til det utilbørlige beviservervet, som da gjør at krenkelsen fremstår i et mildere lys. På den andre siden er det vanskelig å anvende momentet uten å legge implisitt til grunn at brudd på opplysningsplikten gjør det forsvarlig å skaffe beviser på en utilbørlig måte. Denne typen argumentasjon kan sende ut uheldige signaler, og oppmuntre til større grad av utilbørlig beviserverv i tilfeller hvor det foreligger mistanke om brudd på opplysningsplikten. Ønsket om ikke å sende ut denne typen signaler kan være grunnen til at domstolen til nå har vært tilbakeholden med å vise til eventuelle brudd på opplysningsplikten som moment i bevisavskjæringsvurderingen. Alternativt kan det være at momentet til nå ikke har hatt praktisk betydning i noen av tilfellene som har vært diskutert i Høyesterett etter at den nye tvisteloven ble vedtatt.

⁴⁵ Henry John Mæland. *Kort prosess*, 2. utg., Bergen 2009 s. 162.

4.3.4 Hensynet til allmennhetens rettsfølelse

Hensynet til den allmenne rettsfølelse har en nær sammenheng med hensynet til den krenkede interesse. At retten tillater beviser som har vært skaffet til veie på en utilbørlig måte kan oppfattes støtende i et større samfunnsperspektiv, særlig dersom bevisføringen innebærer en gjentatt krenkelse. Hensynet ble tillagt vekt i Rt. 1991 s. 616 hvor utvalget uttalte at «det vil videre virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillatt brukt». Avgjørelsen var det første prejudikatet om bevisavskjæring, og utvalget så nok et behov for å begrunne selve regelen om bevisavskjæring ut fra et større samfunnsperspektiv. Det er således litt uklart hvor stor vekt man bør tillegge dette hensynet i de konkrete enkelttilfellene. Hensynet til allmennhetens rettsfølelse har, så vidt meg bekjent, ikke vært anvendt i senere avgjørelser. Videre er det nok særlig i straffesaker, hvor krenkelsen innebærer brudd på rettsstatsprinsipper eller rettssikkerhetsgarantier, at argumentet kommer på spissen.

I sivile saker kan det tenkes at hensynet til allmenhetens rettsfølelse kan slå begge veier i interesseavveiningen. På den ene siden kan det oppleves støtende ut fra et samfunnsperspektiv å tillate beviser som er skaffet til veie på en utilbørlig måte. På den andre siden vil det også kunne oppfattes som støtende at domstolen utelukker beviser, og dermed øker risikoen for en feil dom, for å overholde bevisregler som kan oppfattes som rene formaliteter.

4.3.5 Preventive hensyn

Et viktig hensyn som tvl § 22-7 skal ivareta er regelens allmennpreventive effekt. I straffeprosessen vil tilsidesettelse av beviser kunne ha en oppdragende effekt overfor de myndigheter som står for fremskaffelsen.⁴⁶ I sivile saker er de preventive hensyn rettet mot allmenheten. Å sette til side utilbørlig ervervede beviser er en effektiv metode for å forhindre at folk skaffer seg beviser på en utilbørlig måte. Dersom man tenker seg en absolutt avskjæringsregel, hvor alle utilbørlig ervervede beviser blir nektet ført, ville den preventive effekten trolig vært enda større. Men også usikkerhet knyttet til om et utilbørlig ervervet bevis kan føres, er nok til å oppnå en viss preventiv effekt. Siden tvl. § 22-7 er en avveiningsregel vil de preventive hensyn gjøre seg gjeldende i ulik grad. Argumenter som baserer seg på preventive hensyn vil dermed veie tyngst når det er snakk om krenkelser som det er stor grunn til å motvirke.

Prinsippavgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 var et tilfelle der retten så det som viktig å motvirke den typen krenkelse det var snakk om, nemlig ulovlig overvåkning. Preventive hensyn hadde derfor en

⁴⁶ Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, Bergen 1995 s. 300.

viktig rolle i avveiningen. Av sivile saker kan Rt. 1997 s. 795 nevnes. Retten så her en grunn til å motvirke en avlyttingsaktivitet fra foreldre i samværsaker, hvor barna blir «mer eller mindre intetanende aktører». I Rt. 2001 s. 535 besluttet Høyesterett å avskjære et hemmelig video-opptak som bevis i en avskjedssak. Saken hadde flere likehetstrekk med Rt. 1991 s. 616, og Høyesterett la vekt på behovet for å motvirke skjult overvåkning. Preventive hensyn stod også sentralt i Rt. 2004 s. 955, en annen avskjedssak hvor et hemmelig video-opptak ble nektet ført. Utvalget sluttet seg til lagmannsrettens uttalelse om at «en restriktiv holdning fra domstolene vil motvirke denne form for krenkelser». I Rt. 2007 s. 920 (Scancem) kom Høyesterett derimot til at preventive hensyn ikke hadde samme vekt som i tilfellene med skjulte video-opptak. Å skaffe seg informasjon om bankkontoer ved å oppgi seg for å arbeide med bankens internkontroll er utilbørlig, men ikke en alvorlig integritetskrenkelse, slik som skjult overvåkning. Personvern hensyn gjorde seg ikke gjeldende i like stor grad, og behovet for å motvirke den utilbørlige atferden ble ikke ansett som like pressende som i tilfellene med ulovlig overvåkning.

På bakgrunn av de nevnte avgjørelsene ser det ut til at preventive hensyn ofte trekkes frem avslutningsvis i interesseavveiningen, og dermed synes å fungere som tungen på vektskålen. Når både hensynet til sakens opplysning veier tungt og hensynet til den krenkede interesse veier tungt, kan det tenkes at preventive hensyn ofte vil få en avgjørende betydning. I alle tilfellene av ulovlig video-overvåkning har retten falt ned på at beviset må nektes ført. Dette har trolig en sammenheng med at Høyesterett har sett med en viss bekymring på de personvernsutfordringer som følger i kjølvannet av den teknologiske utviklingen. Domstolen har nok hatt et ønske om å motvirke en utglidning av hva som anses akseptert når det gjelder overvåkning i samfunnet generelt, og sett dette som sin oppgave. I tilfeller som gjelder skjult overvåkning har det derfor dannet seg en presumsjon for bevisavskjæring, slik at bevisene normalt skal nektes ført.⁴⁷ De preventive hensyn synes dermed å gjelde i særlig grad for tilfeller som representerer en generell trend eller en negativ samfunnsutvikling som det er en særlig grunn til å motarbeide. For utilbørlig beviserverv som kun må anses som enkeltstående og uvanlige tilfeller, vil ikke domstolen se det samme behovet for å motvirke den aktuelle fremgangsmåten. Et typetilfelle som ennå ikke har vært oppe for Høyesterett, beviserverv ved hacking, er et tilfelle hvor preventive hensyn med stor sannsynlighet vil spille en sentral rolle i interesseavveiningen. På samme måte som med skjult overvåking vil dette være en form for utilbørlig beviserverv som det vil være særlig fristende å ty til for dem som har kompetanse på området. Personvern hensyn vil også gjøre seg gjeldende i betydelig grad. Det er derfor ikke utenkelig at Høyesterett også i slike tilfeller vil tillegge preventive hensyn en avgjørende betydning.

⁴⁷ Se Rt. 2004 s. 878, der det uttales at «ulovlig opptak ... som hovedregel ikke kan tillates».

5. Menneskerettighetsbetraktninger

I det følgende vil jeg komme med noen betraktninger om hvordan avskjæring av ulovlige eller utilbørlig ervervede bevis har blitt praktisert i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven, med forrang over ordinær norsk lov. Det følger også av prinsippet i Grunnloven § 93 at norsk lov skal være i overensstemmelse med alle bindende traktater om menneskerettigheter. Norske domstoler må således rette seg etter EMD sine avgjørelser om bevisavskjæring i medhold av EMK. Når jeg likevel har valgt å behandle emnet avslutningsvis er det fordi det i tvistelovens forarbeider legges til grunn at EMDs praksis får liten selvstendig betydning for anvendelsen av den norske bevisavskjæringsregelen, fordi «den norm som har utviklet seg i nasjonal rettspraksis tilsynelatende nokså uavhengig av EMK, synes å være vel så restriktiv.»⁴⁸ Høyesterett har likevel ved et par anledninger, i Rt. 2006 s. 582 og i Rt. 2007 s. 920, behandlet forholdet til EMK i forbindelse med bevisavskjæring. I begge tilfellene har imidlertid domstolen nøyert seg med en kort presisering avslutningsvis i premissene om at bevisføring ikke vil krenke EMK art. 6.1. EMK artikkel 6, som gir grunnlag for bevisavskjæring i EMD, garanterer en rettferdig rettergang i både sivile saker og straffesaker,⁴⁹ men den sier ikke noe eksplisitt om avskjæring av beviser. *Schenk mot Sveits* gjaldt et ulovlig telefonopptak som hadde blitt brukt som et sentralt bevis i en sveitsisk straffesak. Spørsmålet om hvorvidt beviset skulle vært nektet ført etter EMK art 6 ble anket til EMK, og domstolen kom da med følgende prinsipputtalelse:

«While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk's trial as a whole was fair»

EMD kan altså ikke avskjære bevis bare på grunn bevisets ulovlige eller utilbørlige ervervs måte. Domstolens kan kun overprøve hvorvidt rettergangen i sin helhet var «fair» (rettferdig). Kun i de tilfellene hvor føringen av et bevis medfører at rettergangen i sin helhet blir «unfair», kan beviset avskjæres i medhold av EMK art 6.

⁴⁸ NOU 2001:32 s. 962

⁴⁹ I sivile saker gjelder konvensjonsvernet for alle reelle tvister om «rettigheter og plikter».

Spørsmålet blir da hvilke typer utilbørlig ervervede beviser som kan medføre at en rettergang blir «unfair», og dermed i strid med EMK art 6. I *Schenk* ble føring av et ulovlig telefonopptak vurdert som ikke å være i strid med EMK. Den ankende part hadde hatt mulighet til kontradiksjon, til å undersøke og imøtegå beviset i de nasjonale domstolene. Det ble også uttalt at beviset ikke var det eneste beviset som domfellelsen bygget på. Av disse grunner ble rettergangen ansett som «fair». I *Khan mot Storbritannia* hadde de nasjonale domstolene tillatt et opptak fra en hemmelig romavlytting som bevis i en narkotikasak. Opptaket var ikke i strid med nasjonale regler, men i strid med hjemmelskravet i EMK art 8. Den nasjonale domstolen hadde basert domfellelsen utelukkende på beviset. EMD anså likevel rettergangen som «fair», fordi den ankende part hadde hatt mulighet til å imøtegå både bevisets autenticitet og selve bevisføringen. Uttalelsen fra *Schenk*, om at beviset ikke var hovedsakelig, ble ikke ansett som å være et avgjørende premiss for sakens utfall.

Khan-saken viser at føring av bevis som er konvensjonsstridig ervervet ikke nødvendigvis medfører at rettergangen blir «unfair», selv om dommen utelukkende baserer seg på det konvensjonsstridige beviset.⁵⁰ Det som avgjør om rettergangen er «fair» er i stor grad prosessuelle forhold som er uavhengig fra selve beviset og bevisets ervervs måte. Bevisavskjæringsvurderingen i EMD synes derfor å være kvalitativt annerledes enn den norske bevisavskjæringsvurderingen. Mens norske domstoler foretar en avveining av hensynet til sakens opplysning kontra hensynet til personvern og rettssikkerhet, synes EMD å ha et overordnet fokus på kontradiksjon og prosessuelle garantier. Tvistelovsutvalgets utredninger må dermed sies å være godt underbygget når det konkluderes med at Menneskerettsdomstolen ikke tillegger personvernhensyn og synspunktet om gjentatt krenkelse den samme vekt som Høyesterett, og at EMD «fokuseres mer på om krenkelsen har hatt reell betydning for bevisverdien, og om partene har hatt rimelige muligheter for å ivareta sine interesser og eventuelt føre motbevis under rettsaken».⁵¹ Tvistelovsutvalget legger også til grunn at avgjørelsen i *Khan* trolig ville blitt annerledes etter den norske rettsregelen. Med tanke på at Høyesterett har vært særlig opptatt av å motvirke skjult overvåkning, synes dette å være en naturlig antakelse. At EMD går lengre i å tillate utilbørlig ervervede beviser enn det norske domstoler gjør, må dermed sies å være korrekt.⁵²

6. Avsluttende betraktninger

⁵⁰ Torgersen, s. 173

⁵¹ NOU 2001:32 s. 962. Se også Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2. utg., Bergen 2009 s. 255.

⁵² Se Skoghøy, s. 567. Se også Schei mfl., s. 870.

Spørsmålet om når et utilbørlig ervervet bevis skal nektes ført i en sivil sak, er en problemstilling som kan få økende aktualitet i tiden som kommer. Å lovfeste regelen om bevisavskjæring i tvl. § 22-7 var viktig for å gjøre allmennheten oppmerksom på rettsregelen. Regelen er imidlertid vag, og bidrar ikke i stor grad til at partene i en rettstvist kan forutberegne sin rettsstilling med tanke på hvilke beviser som domstolen kan avskjære. Fra et domstolperspektiv er det en fordel med en dynamisk regel, som kan fange opp mange nyanser, utvikle seg over tid, og anvendes i tråd med rettsutvikling på området og samfunnets rettsfølelse. Fra et partsperspektiv kan derimot regelen skape en del utfordringer. Spesielt for personer uten juridisk kompetanse vil det være vanskelig å sette seg inn i hvordan regelen skal praktiseres. For å ivareta hensynet til forutberegnelighet er det viktig at vurderingen som foretas etter tvl. § 22-7 tydeliggjøres i størst mulig grad. Regelens skjønnsmessige natur fordrer en tydeliggjøring av de verdier og konkrete interesser som vektlegges i hvert enkelttilfelle. Uten en slik tydeliggjøring vil den den skjønnsmessige avveiningen fremstå uklar og lite etterprøvnbar. Den videre rettsutviklingen på området vil være tjent med en tydeligere interesseavveining og en mer konsekvent tilnærming til problemstillingen enn det som til nå har vært vanlig.

Litteratur

Bøker:

Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 2. utgave, Papinian (Oslo 1994).

Hovlid, Ellen L., *Vern av privatlivets fred*, Universitetet i Bergen, (Bergen 2013).

Mæland, Henry John, *Kort prosess: En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 2. utgave, Justian AS. (Bergen 2009).

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 2. utgave, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS (Bergen 2009).

Schei, Tore mfl., *Tvisteloven: kommentarutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2013).

Schei, Tore mfl., *Tvisteloven: kommentarutgave*, 1. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2007).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2014).

Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS (Bergen 2012).

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Papinian A.S. (Oslo 2009).

Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS. (Bergen 2010).

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

Artikler:

Bjørnvik, Arve Martin og Rolf Fridtjof Selfors, «Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i tvistemål», *Jussens venner*, 2000 s. 19-40.

Bratholm, Anders, «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1959 s. 109-132.

Bratholm, Anders, «Utkast til ny straffeprosesslov», *Lov og Rett*, 1970 s. 163.

Warren, Samuel D. og Louis Brandeis, «The right to privacy», *Harvard Law Review*, 1890 s. 193-220.

Øyen, Ørnulf, «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er skaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte», *Lov og rett*, nr. 7 2010 s. 423-428.

Rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Norges Høyesterett:

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1994 s. 1139

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1997 s. 1778

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 2001 s. 668

Rt. 2002 s. 1500

Rt. 2002 s. 1744

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2003 s. 1814

Rt. 2004 s. 858

Rt. 2004 s. 878

Rt. 2004 s. 1366

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 920

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2013 s. 323

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD):

Khan mot Storbritannia (2000), 12.05.2000, appl. No. 35394/97 (Judgment)

P.G. og J.H. mot Storbritannia (2001), 25.09.2001, appl. No. 44787/98 (Judgment)

Schenk mot Sveits (1988), 12.07.1988, appl. No. 10862/84 (Judgment – plenum)