

UiO : **Det juridiske fakultet**

Bevisavskjæring ved ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffeprosessen

En undersøkelse av straffeprosesslovutvalgets foreslåtte lovregulering av læren om bevisavskjæring ved ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis

Kandidatnummer: 613

Leveringsfrist: 25. april 2018

Antall ord: 16 851



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Metode og rettskildebildet	2
1.3	Struktur og avgrensninger.....	2
2	HENSYN.....	4
2.1	Innledning	4
2.2	Hensynet til et materielt riktig resultat.....	4
2.3	Vern av rettsstaten.....	5
2.4	Beskyttelse av rettigheter – vern mot støtende bevisføring	7
2.5	Motvirke ulovlige etterforskningsmetoder – disiplineringshensynet.....	8
3	ULOVFESTET BEVISA VSKJÆRING VED ULOVLIGE OG UTILBØRLIGE BEVIS I STRAFFEPROSESSEN.....	10
3.1	Utgangspunkt: Fri bevisføring	10
3.2	Twisteloven § 22-7 – et uttrykk for en fellesprosessuell regel	10
3.3	To trinn i læren om ulovlige bevis	12
3.4	Trinn 1: Ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis?	12
3.4.1	Ulovlig ervervet bevis	12
3.4.2	Utilbørlig ervervet bevis	14
3.4.3	Er det en prinsipiell forskjell på ulovlig ervervede bevis og utilbørlig ervervede bevis?	15
3.5	Trinn 2: Skal det ulovlige eller utilbørlige beviset avskjæres?	16
3.5.1	Utgangspunkt for vurderingen.....	16
3.6	Gjentatt eller fortsatt krenkelse	19
3.7	Interesseavveining.....	22
3.7.1	Utgangspunktet for vurderingen.....	22
3.7.2	Krenkelsens karakter - Grovheten av krenkelsen som ble begått ved ervervet	23
3.7.3	Forklarings- eller utleveringsplikt	24
3.7.4	Sakens alvor og viktighet	25
3.7.5	Bevisverdien av beviset – pålitelighetsbetraktninger	26
3.8	Oppsummering.....	27
4	REGULERING AV LÆREN OM ULOVLIG ERVERVEDE BEVIS I FORSLAGET TIL NY STRAFFEPROSESSLOV.....	28
4.1	Kort om utvalgets mandat	28

4.2	Regelens plassering.....	28
4.3	Hvorfor lovregulere læren om bevisavskjæring ved ulovlig ervervede bevis	29
4.3.1	Innledning.....	29
4.3.2	En mer tilgjengelig regel	29
4.3.3	Nye realiteter	30
4.3.4	Lovfeste for å justere dagens praksis.....	31
4.3.5	Harmonisering med tvisteloven.....	31
4.4	Innholdsmessig justering av læren	32
4.4.1	Innledning.....	32
4.4.2	Disiplineringshensyet	33
4.4.3	Hensynet til en lovformelig prosess	35
4.5	Regelens foreslåtte ordlyd.....	36
4.5.1	Lovforslaget § 8-5	36
4.5.2	«rettsstridig»	37
4.5.3	«når det er grunn til det».....	39
4.6	Vurdering av forslaget	43
4.6.1	Hvilke hensyn blir «vinnere», og blir det noen «tapere»?.....	43
4.6.2	Kommer det til å bli oppstilt flere eller færre bevisforbud?.....	45
4.6.3	Er den foreslåtte reguleringen en heldig løsning?	45
5	KONKLUSJON.....	48
6	LITTERATURLISTE	49
6.1	Litteratur.....	49
6.2	Lover og internasjonale konvensjoner	50
6.3	Forarbeider	50
6.4	Rettspraksis	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Å straffe en borger er den mest ekstreme form for myndighetsutøvelse staten kan utøve. Reglene som ligger til grunn for denne myndighetsutøvelsen er bestemt på bakgrunn av en rekke ofte motstridende hensyn. Mens et eventuelt offer, de pårørende og samfunnet har behov for at en straffesak skal oppklares, må den siktede være trygg på at behandlingen ikke går på bekostning av hans rettssikkerhet.

Spørsmålet om hvordan retten skal forholde seg til ulovlig ervervede bevis er et spørsmål som har blitt stadig mer aktualisert de siste årene. Aldri tidligere har politi hatt så god mulighet til å oppklare kriminalitet som det de har i dag. Et vell av ulike etterforskningsmetoder kan gjøre det mulig å finne fram til, og bevise, stadig flere tilfeller av kriminalitet. Avansert overvåkingsteknologi er mer tilgjengelig, og mange av oss kommuniserer på en måte som etterlater enorme mengder med digitale spor.

Hensynet til en parts rettsikkerhet tilsier at det må eksistere en hjemmel for å avskjære bevis som er skaffet til veie på en måte som er i strid med loven. Disse bevisene kalles ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis, og omfatter bevis som er ervervet i strid med både lovfestede og ulovfestede rettsregler.¹

I dag har vi på straffeprosessens område en ulovfestet lære som oppstiller retningslinjer for hvordan retten skal forholde seg til bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Læren omtales tradisjonelt som læren om bevisavskjæring ved ulovlig ervervede bevis, men inkluderer etter gjeldende rett også utilbørlig ervervede bevis.²

I denne oppgaven vil jeg undersøke rekkevidden av den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Jeg vil studere lovforslaget til ny straffeprosesslov, NOU 2016: 24, og undersøke hvilke hensyn og momenter lovutvalget har vektlagt når de gir en lovhjemmel for bevisavskjæring av ulovlige bevis.

Formålet med analysen av lovforslaget er å undersøke hvilke endringer vi kan vente oss som resultat av forslaget til lovregulering. Hva vil forslaget til ny straffeprosesslov ha å si for rekkevidden ved bevisforbud for ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis? Hvilke av hensynene

¹ Øyen (2010) s. 424/425. Se oppgavens punkt 3.4.

² Torgersen (2008) s. 8.

som vektlegges i dagens lære vil bli «vinnere» eller «tapere» som følge av den foreslåtte lovreguleringen? Vil hensynet til et materielt riktig resultat styrkes eller svekkes med den nye lovregelen, sammenlignet med dagens rettstilstand?

1.2 Metode og rettskildebildet

Oppgaven tar metodisk utgangspunkt i en vanlig rettsdogmatisk metode. Målet mitt i første del av oppgaven er å finne frem til hva som utgjør reglene for avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis per i dag. I andre del av oppgaven vil jeg forsøke å finne ut hva straffeprosesslovutvalget har lagt opp til skal være reglene for samme tema, med sitt lovforslag.

Avskjæring av ulovlig ervervede bevis i strafferetten er en ulovfestet lære. Kildene til læren er å finne andre steder enn i en trykket lov. Jeg må derfor se hen til andre rettskildefaktorer som er en del av den tradisjonelle metodelæren. Særlig rettspraksis er en relevant kilde for å forstå den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlig ervervede bevis i strafferetten. Rettspraksis vil gjennomgående prege oppgavens fremstilling, særlig i kapittel 3.

Det er etter hvert en god del rettspraksis som omhandler bevisavskjæring ved ulovlig og utilbørlig ervervede bevis.³ Jeg har funnet det tilstrekkelig å holde meg til rettspraksis fra Høyesterett.

Selv om læren er ulovfestet, er forarbeidene til dagens straffeprosesslov en relevant rettskildefaktor. Der drøftes spørsmålet om lovfesting av læren, og en del helt sentrale synspunkter for hvordan læren skal forstås. Også reelle hensyn er toneangivende for å både strukturere, og for å forstå innholdet av den ulovfestede læren.

Utover rettskildene som er en del av den tradisjonelle metodelæren, ser jeg hen til hørings svar som er avgitt som svar på lovforslaget fra straffeprosesslovutvalget når jeg skal vurdere NOU 2016:24.

1.3 Struktur og avgrensninger

Jeg vil starte med å redegjøre for noen utvalgte hensyn som enten taler for eller mot å oppstille bevisforbud for ulovlig ervervede bevis i kapittel 2. Jeg vil deretter gå videre til å redegjøre for hovedtrekkene i den ulovfestede læren i kapittel 3. Her vil jeg belyse hvordan vektleg-

³ Søk i Lovdatas databaser 25. april 2018 på strafferettslige avgjørelser fra Høyesterett (basen HRSTR) gir 15 treff på emneordet "'ulovlig* ervervet* bevis*'", 22 treff på "utilbørlig* + ervervet* + bevis*", 5 treff på "'tvistelov* § 22-7'" og 6 treff på emneordene "bevisavskjær* + ulovlig* + utilbørlig*".

gingen av ulike hensyn og momenter er kommet til uttrykk i rettspraksis. Dette danner grunnlaget for analysen av forslaget til ny straffeprosesslov, som jeg vil foreta i kapittel 4.

EMK oppstiller krav til en «fair» rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Bestemmelsen kan både danne grunnlag for bevisforbud, og medføre begrensninger i adgangen til bevisavskjæring.⁴ Selv om det absolutt kunne vært interessant, har jeg av plasshensyn ikke mulighet til å gi noen inngående redegjørelse for den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlige bevis i lys av kravet til «fairness» som oppstilles etter EMK.

⁴ Torgersen (2008) s. 69.

2 Hensyn

2.1 Innledning

Hvorfor skal det, eller skal det ikke oppstilles et bevisforbud? Dette er spørsmålet retten må ta stilling til i saker om ulovlig ervervede bevis. I rettspraksis kan man se at argumentasjonen tar utgangspunkt i en konkret vurdering i hver enkelt sak. Men det er et mønster for vurderingen, og den baserer ofte på overordnede hensyn.⁵

De overordnede hensynene taler enten for eller mot at det skal oppstilles bevisforbud for et ulovlig ervervet bevis. Også flere hensyn enn de som nevnes i dette kapittelet er relevante for vurderingen, men jeg har valgt å fokusere på hensyn som ofte går igjen, og/eller er av en prinsipiell og grunnleggende karakter i vurderingen av bevisforbudsspørsmålet. Hvilken vekt disse hensynene får i vurderingen av om beviset skal avskjæres eller føres, er særlig relevant for å vurdere endringene som vil kunne skje som følge av den foreslåtte lovreguleringen av bevisforbudslæren.

2.2 Hensynet til et materielt riktig resultat

Ønsket om å oppnå et materielt riktig resultat er helt grunnleggende for vår prosessordning. I straffesaker er det å straffe den skyldige en side av idealet om å oppnå sannhet, mens det samtidig er vel så viktig å unngå å straffe en uskyldig.⁶ Målet for en rettsstat må være å komme frem til riktige dommer. For å finne ut hva som utgjør en riktig dom, så er retten avhengig av mest mulig riktig informasjon. Bevis er kilder til helt nødvendig informasjon for riktige avgjørelser, og begrensninger i informasjon kan gi en større risiko for å fatte en dom på feilaktig grunnlag.⁷

Rent prinsipielt kan det tas til orde for at ettersom det er rettens oppgave å komme til et materielt riktig resultat, bør alle opplysninger som ikke er direkte utelukket etter loven kunne bli vurdert for å belyse en straffesak.⁸ Det vil kunne svekke tillitten til et effektivt rettssystem dersom domstolene skulle avskåret bevis som det heftet feil ved over en lav sko. I ytterste konsekvens ville skyldige kunne slippe straff dersom sentrale bevis ikke skulle kunne benyt-

⁵ Torgersen (2008) s. 145.

⁶ Torgersen (2008) s. 22.

⁷ Torgersen (2008) s. 22.

⁸ Bratholm (1959) s. 116.

tes.⁹ Hensynet til et materielt riktig resultat, hensynet til sakens opplysning og prinsippet om fri bevisføring er alle hensyn som taler for at et bevis skal kunne føres.

Hensynet til et materielt riktig resultat og hensynet til sakens opplysning er i en særstilling blant hensynene i vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført. Dette ser vi for eksempel i Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning), hvor Høyesterett trekker frem at det sentrale hensynet som taler mot et bevisforbud er hensynet til sakens opplysning.¹⁰

Hensynet til sakens opplysning springer ut av hensynet til et materielt riktig resultat. I saker som omhandler bevisavskjæring ved ulovlig ervervede bevis, konkluderer retten ofte med beviset skal tillates ført. Tilfellene hvor det har blitt oppstilt et bevisforbud, er i klart mindretall. Det synes å være en gjennomgående tendens at hensynet til sakens opplysning, veier særlig tungt i vurderingen av om beviset skal tillates eller nektes ført.¹¹

I Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak), ble bevisforbud for et hemmelig lydopptak av en fortrolig samtale mellom en prest og to innsatte vurdert avskåret i en sak om oppklaring av et drapsforsøk. Høyesterett mente avskjæring måtte bero på «[e]n avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse».¹² I den konkrete avveiningen, vektla Høyesterett at saken gjaldt «[e]n meget alvorlig kriminell handling, hvor behovet for en materielt riktig avgjørelse er tungtveiende.»¹³

Selv om hensynet til sakens opplysning taler for at beviset skal føres, er det klart at en konsekvent prioritering av hensynet i saker hvor det blir et spørsmål om bevisavskjæring, ville ført til at en rekke andre viktige målsetninger i straffeprosessen ikke ville blitt nådd. Sannheten må av og til vike for andre hensyn.¹⁴

2.3 Vern av rettsstaten

Brudd på grunnleggende og sentrale rettsstatlige normer kan være så alvorlige, at de i seg selv er grunn til å oppstille et bevisforbud.¹⁵ Brudd på disse normene kan fullstendig overskygge andre hensyn som eventuelt måtte tale for føring av beviset – hensynet til et materielt riktig

⁹ Bratholm (1959) s. 116.

¹⁰ Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

¹¹ Se for eksempel Rt. 2004 s. 858, i avsn. 18-19.

¹² Rt. 2009 s. 526, i avsn. 30. Dette vurderingstemaet går igjen i flere saker, bla. Rt. 2013 s. 323.

¹³ Rt. 2009 s. 526, i avsn. 32.

¹⁴ Torgersen (2008) s. 24.

¹⁵ Øyen (2010), s. 427.

resultat er rett og slett ikke tungtveiende nok. Hensynet til en human og verdig rettstat er alene viktig nok til å begrunne et bevisforbud.

Ved brudd på fundamentale menneskerettigheter kan det stilles spørsmål ved om man i det hele tatt burde vurdere å føre beviset, eller om det automatisk skal oppstilles et bevisforbud. Dette er først og fremst aktuelt for bevis ervervet ved brudd på EMK artikkel 3.¹⁶

EMK artikkel 3 gjelder etter menneskerettsloven § 2 som norsk lov, og innebærer et absolutt forbud mot tortur, inhuman og nedverdiggende behandling. EMD har vurdert det til at dersom det foreligger et bevis som er resultat av et brudd på artikkel 3, så vil det være et såpass grovt brudd på individuelle rettigheter at det alltid vil være i strid med fairness-vurderingen etter EMK artikkel 6 nr. 1 å føre beviset.¹⁷ Bevis ervervet ved brudd på EMK artikkel 3 skal alltid avskjæres.

Også i saker hvor spørsmålet dreier seg om brudd på andre menneskerettigheter, vil hensynet til vern av rettstaten være et moment i vurderingen av hvorvidt beviset skal føres. Her vil det imidlertid være ett av flere hensyn som spiller inn i vurderingen av hvorvidt beviset skal føres eller ikke.

Men hvilket utslag har hensynet til vern av rettstaten gitt i norsk rett? Et utslag av hensynet kan ses i Rt. 1994 s. 1139 (Amnesti). Den mistenkte mente han hadde avgitt forklaring fordi han hadde blitt lovet amnesti. Spørsmålet i saken var om det utgjorde en saksbehandlingsfeil at opplesning av den aktuelle politiforklaringen hadde blitt nektet i Herredsretten. Høyesterett mente et løfte om amnesti stred mot straffeprosessloven (strpl.) § 92 annet ledd, og politiforklaringen utgjorde dermed et ulovlig ervervet bevis. Høyesterett skriver at «[d]et kan fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede».¹⁸ Her gir Høyesterett uttrykk for en holdning om at noen verdier er så viktige å bevare i en rettstat, at det rett og slett ikke ville kunne aksepteres dersom bevis som er skaffet til veie ved brudd på en slik regel, skulle føre til domfellelse.

Videre er hensynet til vern av rettstaten utgangspunktet for at grovheten og den generelle karakteren av bruddet på en beviservervsnorm er et moment i føringen av et ulovlig ervervet bevis.¹⁹ Et viktig kjennetegn for en rettstat er at man har institusjoner som respekterer og holder seg innenfor fastsatte lover og regler. Dersom politiet for eksempel ikke har hjemmel for å

¹⁶ Øyen (2010), s. 427.

¹⁷ Øyen (2010), s. 427.

¹⁸ Rt. 1994 s. 1139, på s. 1141.

¹⁹ Øyen (2010) s. 428.

ransake, men gjør det likevel, er det en oppførsel som strider mot et grunnleggende krav om legalitet ved maktbruk fra staten. Ransaking uten hjemmel er klart brudd på en viktig beskyttelse mot vilkårlig maktmisbruk. Dersom man tillater et bevis ervervet ved ransaking uten hjemmel, kan man sakte men sikkert bidra til å bygge ned tilliten til rettstaten.

2.4 Beskyttelse av rettigheter – vern mot støtende bevisføring

En annen begrunnelse for at det kan være riktig å oppstille et bevisforbud, er for å beskytte mot støtende bevisføring. I Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning) hadde arbeidsgiver på et gategjøkken installert et videokamera som tok opp hemmelige video-opptak av de ansatte. Påtalemyndigheten ønsket å føre et opptak fra kameraet som bevis mot en av de ansatte i en sak om underslag. Høyesterett vektla at det i spørsmål om føringen av et hemmelig video-opptak ville «[k]unne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måte blir tillatt brukt».²⁰ Ved å begrunne bevisforbud ved føring av bevis med at det vil kunne virke støtende å føre det, siktes det til at man verdsetter rettigheten som har blitt krenket ved ervervet, og at det dermed vil være i strid med en allmenn rettsfølelse om beviset skulle blitt tillatt ført.²¹

I lovgivningen er det gitt skranker for hvordan det kan innhentes bevis. Disse skrankene eksisterer, svært generelt sagt, for å beskytte en konkret interesse eller rettighet. Dersom det skjer et brudd på skranken, vil rettigheten skranken skal beskytte, bli krenket. Ved å oppstille et bevisforbud kan man sikre et direkte vern av rettigheten man ønsker å beskytte mot en videre krenkelse.²² Dette har blitt vektlagt i en rekke saker, og det er særlig beskyttelse av to viktige hensyn som peker seg ut for å begrunne bevisforbud.

Det første av disse hensynene, er hensynet til den personlige integritet. I Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning) henviser Høyesterett til at det å bli video-overvåket uten at du vet om det på arbeidsplassen, er en «alvorlig integritetskrenkelse». Høyesterett mente det forelå «vesentlige personvern hensyn» til grunn for å nekte bruken av beviset.²³ I Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak) hvor det var spørsmål om å føre et hemmelig opptak fra en samtale mellom to innsatte og en prest, ble det vektlagt at det ville kunne være «illojalt å gjøre bruk av opptak fra en samtale som var forutsatt å være konfidensiell».²⁴

²⁰ Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

²¹ Schei (2013), s. 868.

²² Torgersen (2008) s. 37.

²³ Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

²⁴ Rt. 2009 s. 1526, i avsn. 31.

Det andre hensynet, er hensynet til vern av en krenket interesse. Her er det særlig beskyttelse mot ufrivillig selvinkriminering, og manglende orientering om vitnefritak som har blitt problematisert i rettspraksis.²⁵

2.5 Motvirke ulovlige etterforskningsmetoder – disiplineringshensynet

En annen begrunnelse for bevisforbud, er at det kan bidra til å disiplinere politiets atferd. Deresom påtalemyndigheten risikerer å ikke kunne bruke et ulovlig ervervet bevis i en rettsak, vil de også ha færre incentiver til å skaffe seg beviset på ulovlig måte. Et potensielt bevisforbud vil altså kunne påvirke politi og påtalemyndighet til å etterleve reglene som er satt for beviserverv, og forhindre krenkelser.²⁶

Forarbeidene til dagens straffeprosesslov tok stilling til om man skulle ha en lovregulert hjemmel for avskjæring av ulovlige bevis. I drøftelsen av dette, trakk utvalget frem at disiplinering av politiet har spilt en stor rolle i amerikansk praksis, men at dette ikke har samme vekt «under våre forhold».²⁷ De mente myndighetsmisbruk best kunne motvirkes ved disiplinære reaksjoner mot politiet, heller enn ved å avskjære bevisforbud som kunne bidra til oppklaring av en straffesak. Selv om forarbeidene ikke legger opp til at hensynet til å disiplinere politiet og påtalemyndighetens atferd er en særlig tungtveiende grunn til oppstille bevisforbud, så har momentet blitt vektlagt i rettspraksis.

I Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning) mente Høyesterett at «vesentlige personvern hensyn» talte for at domstolene nektet bruk av det hemmelige opptaket, og at domstolene ved å oppstille et bevisforbud kunne «[m]otvirke denne form for krenkelser».²⁸

Prevensjonshensynet har også blitt vektlagt i en del sivile saker.²⁹ I Rt. 1997 s. 795 (Samvær), en indispositiv samværssak, var det snakk om å føre et lydopptak som mor hadde tatt opp i hemmelighet mens far snakket med barna på telefonen. Høyesterett mente at «[e]n adgang til å legge frem lydbånd/utskrift basert på hemmelige opptak i denne type saker, ville kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene - med barna som mer eller mindre intetanende aktører - som det er grunn til å motvirke.»³⁰ Her vektlegger Høyesterett hensynet til å motvirke utilbørlig atferd mellom privatpersoner, altså ikke staten.

²⁵ Øyen (2010) s. 429-434.

²⁶ Torgersen (2008) s. 40.

²⁷ NUT 1969: 3 s. 197.

²⁸ Rt. 1991 s. 615, på s. 623.

²⁹ Se f.eks. Rt. 2001 s. 668, Rt. 2004 s. 878. Se for øvrig oppgavens punkt 3.2.

³⁰ Rt. 1997 s. 795, på s. 796.

I straffesaker har det ikke vært noen konsekvent vektlegging av disiplineringshensynet. I Rt. 1992 s. 698 (Treholt), tok Høyesterett stilling til føring av det såkalte pengebeviset. I vurderingen bygger Høyesterett på betraktningene som er gitt i forarbeidene, og slutter seg til lovkomiteens syn om at mulig misbruk fra politiets side mest hensiktsmessig adresseres gjennom disiplinerende tiltak, heller enn bevisforbud.³¹

Også i Rt. 2006 s. 582 (Ransaking) velger Høyesterett å støtte seg på synet som gis i forarbeidene. Politiet hadde foretatt ransaking av en bil uten skjellig grunn til mistanke. Høyesterett vektla at politiet hadde oppfylt mistankekravet dersom de hadde vært klar over de faktiske forhold. I vurderingen av om politiet skulle få forklare seg om hva de fant under ransakingen, anerkjenner Høyesterett disiplineringshensynet når de skriver «[a]vskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking.»³² Disiplineringshensynet veide ikke tungt nok - det utgjorde ikke en feil at politiforklaringen hadde blitt tillatt ført.

³¹ Rt. 1992 s. 698, på s. 705.

³² Rt. 2006 s. 582, i avsn. 24.

3 Ulovfestet bevisavskjæring ved ulovlige og utilbørlige bevis i straffeprosessen

3.1 Utgangspunkt: Fri bevisføring

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er at feil som hefter ved beviset ikke er til hinder for at beviset føres. Selv om et prinsipp om fri bevisføring ikke følger av straffeprosessloven, er det lagt til grunn i både forarbeider, rettspraksis, og i juridisk teori.³³ Et prinsipp om fri bevisføring innebærer at det er unntak fra muligheten til å føre et beviset som må begrunnes. Hensynet til sakens opplysning underbygger dette utgangspunktet: Jo flere relevante bevis som er tilgjengelige for retten, dess større sjanse er det for at de konkluderer i saken med en materielt riktig avgjørelse. Dersom et bevis ikke skal kunne føres, vil det måtte sannsynliggjøres at andre hensyn gjør seg gjeldende med større tyngde.

Å komme frem til riktige og sanne avgjørelser er et grunnleggende siktemål i straffeprosessen. For at retten skal treffe så riktige, og dermed så sanne avgjørelser som mulig, må de ha tilgang på etterprøvbare og sikre bevis.

Men hvordan skal man forholde seg til «feil» som hefter ved beviset? Dersom man har å gjøre med et ulovlig ervervet bevis, kan det danne grunnlag for at hensynet til et materielt riktig resultat må vike, og det kan bli behov for å avskjære beviset.³⁴ Straffeprosesslovkomiteen i 1969 la dette synet til grunn når de drøftet behovet for en lovfestet hjemmel for avskjæring, men de konkluderte med at utviklingen av læren måtte overlates til teori og rettspraksis.³⁵

3.2 Tvisteloven § 22-7 – et uttrykk for en fellesprosessuell regel

Læren om ulovlig ervervede bevis i straffeprosessen er foreløpig ulovfestet. I sivilprosessen er derimot regelen lovfestet i Tvisteloven (tvL.) § 22-7. Regelen er ment å lovfeste en hjemmel for bevisavskjæring av utilbørlige bevis i særlige tilfeller. Regelen kodifiserer læren om avskjæring av ulovlige bevis som utviklet seg i teori og rettspraksis. Rettspraksisen som dannet grunnlag for regelen i tvL. § 22-7, omfatter også straffesaker.³⁶

³³ NUT 1969: 3 s. 197. Rt. 2006 s. 582, i avsn. 22. Øyen (2010) s. 424.

³⁴ Øyen (2010) s. 423.

³⁵ NUT 1969: 3 s. 197.

³⁶ Schei (2013) s. 860. Se for eksempel Rt. 1991 s. 616. Rt. 2009 s. 1526, i avsn. 29.

I Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak) legger Høyesterett til grunn at avskjæringsvurderingen i straffesaker og i sivile saker, er lik: «Det har gjennom rettspraksis utviklet seg regler for bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak.»³⁷

Synspunktet som Høyesterett har uttrykt har også støtte i juridisk teori.³⁸ Regelen for ulovlige og utilbørlige bevis skal altså forstås og anvendes på samme måte i sivilprosessen og straffeprosessen. Men den konkrete avveiningen av hvorvidt det ulovlige eller utilbørlige ervervede beviset skal tillates ført, kan bli forskjellig i sivile saker og i straffesaker.³⁹

Tvistelovens § 22-7 har blitt brukt som rettesnor av Høyesterett når de anvender den ulovfestede læren om ulovlige bevis i straffeprosessuelle spørsmål.⁴⁰ Dette ble for eksempel gjort i Rt. 2013 s. 323. Spørsmålet i saken var om skriftlige referater fra møter mellom en person og barnevernet kunne benyttes i en etterfølgende straffesak mot personen.⁴¹ Spørsmålet ble drøftet i lys av «det generelle prinsippet om at bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte kan nektes ført», som for sivile saker er lovfestet i tvl. § 22-7.⁴² Høyesterett mente at referatene fra møtene med barnevernstjenesten ikke var «[f]remskaffet på noen utilbørlig måte, jf. prinsippet i tvisteloven § 22-7».⁴³

Et enda tydeligere eksempel på at tvl. § 22-7 gir uttrykk for en fellesprosessuell lære, finnes i Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak). Her ble forarbeidene til tvisteloven brukt som retningslinje for vurderingen av hvorvidt lydopptaket burde vært nektet ført.⁴⁴

På bakgrunn av at tvl. § 22-7 gir uttrykk for et fellesprosessuelt prinsipp, vil tvistelovens forarbeider og rettspraksis i sivile saker, være relevante rettskilder når jeg nå skal redegjøre for den ulovfestede læren om bevisforbud for ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis i straffeprosessen.

³⁷ Rt. 2009 s. 1526, i avsn. 28. Synspunktet ble også gjentatt av Høyesterett i Rt. 2014 s. 1105 i avsn. 48.

³⁸ Schei (2013) s. 861, Robberstad (2016) s. 54.

³⁹ Schei (2013) s. 861.

⁴⁰ Se blant annet HR-2017-1894-U, i avsn. 16

⁴¹ Rt. 2013 s. 323, i avsn. 1.

⁴² Rt. 2013 s. 323, i avsn. 23.

⁴³ Rt. 2013 s. 323, i avsn. 33.

⁴⁴ Rt. 2009 s. 1526, i avsn. 30.

3.3 To trinn i læren om ulovlige bevis

For å ta stilling til om et bevis skal avskjæres, er det slått fast i rettspraksis at det er en vurdering som gjøres i to trinn.⁴⁵

Det første trinnet består av en vurdering hvor det må tas stilling til om det aktuelle beviset er et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. For at det skal bli snakk om avskjæring av beviset, er det et grunnleggende vilkår at beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet.

Trinn to i vurderingen går ut på å ta stilling til hvorvidt det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset skal tillates ført.

I Rt. 2003 s. 1266 (Porno-pc) opphevet Høyesterett en kjennelse fra lagmannsretten fordi reglene om den ulovfestede læren om avskjæring av ulovlige og utilbørlige bevis var tolket på feil måte. Lagmannsretten hadde ikke vurdert hvorvidt det aktuelle beviset krenket en lov eller på annen måte var utilbørlig ervervet. De hadde gått rett til å konkludere med at det var en overvekt av hensyn som talte for at beviset kunne føres.⁴⁶ Høyesterett bekreftet at læren må forstås slik at selv om det kan være nær sammenheng mellom de to vurderingene, må vurderingene skje på selvstendig grunnlag. De to vurderingene må altså gjøres separat.⁴⁷

3.4 Trinn 1: Ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis?

3.4.1 Ulovlig ervervet bevis

Hva er et ulovlig ervervet bevis? Et ulovlig ervervet bevis, er et bevis som er ervervet i strid med en rettsregel.⁴⁸ Rettsregelen kan være lovfestet eller ulovfestet, og utgjøre en materiell, kompetansemessig eller saksbehandlingsmessig skranke for hvordan beviset kan erverves.⁴⁹

Torgersen har i sin avhandling forstått ulovlig beviserverv som brudd på rettslige beviservervsnormer.⁵⁰ Han definerer beviservervsnormer som en rettslig norm som regulerer grensene for lovlig beviserverv. Disse består av plikt- og kompetansenormer, for eksempel forbud og tillatelser. Beviservervsnormer trenger ikke ha grunnlag i formell lov, og de kan følge av

⁴⁵ Se bla. Rt. 1991 s. 616, Rt. 2003 s. 1266, i avsn. 20.

⁴⁶ Rt. 2003 s. 1266, i avsn. 18.

⁴⁷ Rt. 2003 s. 1266, i avsn. 20.

⁴⁸ Øyen (2010) s. 424/425.

⁴⁹ Øyen (2010) s. 425/425.

⁵⁰ Torgersen (2008) s. 5.

ulike rettskilder, som for eksempel forskrifter, påtaleinstruksen og legalitetsprinsippet.⁵¹ Et utgangspunkt for Torgersens forståelse av innholdet i det vide ulovlighetsbegrepet, følger av Eckhoffs lovsbegrep, hvor lov skal forstås som «alle generelle bestemmelser som anses rettslig bindende».⁵²

Torgersen belyser videre en annen problemstilling ved ulovlig ervervede bevis: Den samme beviservervshandlingen kan være ulovlig i én relasjon, men lovlig i en annen.⁵³ Til å illustrere dette, viser Torgersen til Rt. 1998 s. 407. «Skrik» av Edvard Munch var stjålet, og politiet benyttet seg av «en etterforskningsmetode med provokasjonstilsnitt» for å få tilbake bildet.⁵⁴ Politiet hadde brukt bevisprovokasjon som metode for å redde bildet. Høyesterett vurderte det til at politiets handlemåte var vellykket for å få bildet tilbake, og de anså ikke handlemåten for å være ulovlig eller urettmessig gitt at det var en «redningsaksjon». Men den såkalte redningsaksjonen av bildet, ble vurdert til å være «en rettstridig bruk av en ekstraordinær etterforskningsmetode overfor domfelte».⁵⁵ Bevisprovokasjonshandlingen for å sikre bildet var altså akseptabel, men samme handling som ledd i en domfellelse ble ikke akseptert. Vurderingstemaet ved spørsmålet om ulovlig ervervede bevis, er altså lovligheten av fremgangsmåten som blir benyttet ved selve bevisinnhentingen.⁵⁶

Når foreligger det et ulovlig ervervet bevis? Legger man til grunn at beviset er ulovlig dersom det er ervervet i strid med en beviservervsnorm, er det ikke så vanskelig å avgrense hva som er et ulovlig ervervet bevis.⁵⁷ Det finnes et en rekke rettspraksis som kan illustrere hva Høyesterett har vurdert til å være et ulovlig ervervet bevis. Et typetilfelle er for eksempel lydopptak som er ervervet som resultat av bevisprovokasjon.⁵⁸ Et annet eksempel er feil som knytter seg til politiforklaringer. I HR-2017-1894-U (Mindreårig) ble en mindreårig avhørt uten at verge hadde fått mulighet til å være tilstede, og uten oppnevnt forsvarer. Politiforklaringen var dermed avgitt i strid med strpl. § 232 tredje ledd og strpl. § 100 annet ledd, og utgjorde et ulovlig ervervet bevis.

En inngående fremstilling av alle typetilfellene hvor Høyesterett har vurdert et bevis til å være ulovlig ervervet, vil jeg imidlertid ikke ha plass til å behandle i denne masteroppgaven. Men

⁵¹ Torgersen (2008) s. 7.

⁵² Eckhoff, sitert i Torgersen (2008) s. 7.

⁵³ Torgersen (2008) s. 7.

⁵⁴ Rt. 1998 s. 407, på s. 407.

⁵⁵ Rt. 1999 s. 407, på s. 410.

⁵⁶ Torgersen (2008) s. 7.

⁵⁷ Øyen (2010) s. 424.

⁵⁸ Dette var tilfellet i Rt. 1999 s. 1269.

jeg vil komme inn på flere eksempler i den videre fremstillingen av det ulovfestede bevisforbudet for ulovlige ervervede bevis, blant annet i punkt. 3.5.

3.4.2 Utilbørlig ervervet bevis

Den ulovfestede læren om ulovlig ervervede bevis omhandlet tradisjonelt nettopp *ulovlige* bevis.⁵⁹ Men læren om ulovlig ervervede bevis har utviklet seg til å romme flere bevis enn de som er ervervet i strid med en rettslig beviservervsnorm. Også bevis som er ervervet på en «utilbørlig» måte kan avskjæres.⁶⁰

I Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning), ble det oppstilt et bevisforbud selv om det var «noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser».⁶¹ Ettersom beviset var å anse som ervervet i strid med den personlige integritet og allmenlige personvern hensyn, mente Høyesterett at det var tilstrekkelig grunnlag for at beviset skulle vurderes «under synsvinkelen av ulovlig ervervet bevis».⁶² Denne avgjørelsen viser at den ulovfestede læren om bevisforbud ved ulovlig ervervede bevis, også omfatter bevis som ikke er i strid med en bestemt lovbestemmelse.

Oppfatningen om at læren rekker lenger enn kun de ulovlige bevisene, ble bekreftet i Rt. 1997 s. 795 (Samvær). Høyesterett kom til at moren neppe hadde gjort seg skyldig i noe straffbart ved å ta lydopptak av farens samtale med barna, men konkluderte med at «[D]en 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. Slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både illojale og støtende.»⁶³

Disse prejudikatene var en del av grunnlaget for at tvistelovsutvalget valgte å bruke ordlyden «utilbørlig» i tvl. § 22-7.⁶⁴

Torgersen er i tvil om hva det rettslige innholdet av uttrykket «utilbørlig» egentlig innebærer.⁶⁵ Høyesterett har ikke gitt noen klar definisjon av uttrykkets innhold.⁶⁶ Øyen mener at

⁵⁹ Se for eksempel Bratholm (1959).

⁶⁰ Rt. 2011 s. 1324, i avsn. 33.

⁶¹ Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

⁶² Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

⁶³ Rt. 1997 s. 795, på s. 796

⁶⁴ NOU 2001: 32 B, s. 961.

⁶⁵ Torgersen (2008) s. 8-11.

⁶⁶ Øyen (2016) s. 411.

Høyesterett bruker uttrykket utilbørlig først fremst for å signalisere at et bevis kan avskjæres selv om det ikke er i strid med en rettsregel. Også bevis som er skaffet til veie på en måte som «er uforenelige med verdier som rettsordenen setter høyt, typisk alminnelige personvernhen-syn» skal kunne avskjæres.⁶⁷

Høyesterett har også betegnet bevis for å være ervervet på en «illojal» eller «kritikkverdig» måte.⁶⁸ Men vanligvis omtaler de først og fremst avskjæring av «ulovlige og utilbørlig ervervede bevis». Øyen mener bruk av disse ordene først og fremst er et terminologisk virkemiddel for å understreke læren som har vokst frem i rettspraksis: det kan oppstilles bevisforbud selv om ervervelsen ikke strider med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel.⁶⁹

I straffeprosessuelle saker som har omhandlet avskjæring av et utilbørlig ervervet bevis, har Høyesterett benyttet seg av tvl. § 22-7 for vurdere spørsmålet. Et eksempel på dette er i den tidligere nevnte saken Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak). Høyesterett kom fram til at lydopptaket ikke var ulovlig ervervet. Det var likevel et spørsmål om opptaket var å regne som utilbørlig ervervet, noe de kom fram til at det var. Beviset ble likevel tillatt ført etter samlet vurdering av den konkrete saken.⁷⁰

3.4.3 Er det en prinsipiell forskjell på ulovlig ervervede bevis og utilbørlig ervervede bevis?

Har det noe å si for det neste leddet av bevisavskjæringsvurderingen, altså trinn 2, om man har konkludert med at det aktuelle beviset er enten ulovlig ervervet, eller utilbørlig ervervet? Som tidligere nevnt er det en nær sammenheng mellom vurderingen som gjøres i trinn 1 og trinn 2.⁷¹

Høyesterett skriver i Rt. 2003 s. 1266 (Porno-pc): «Begrunnelsen for at et bevis anses frem-skaffet på ulovlig eller utilbørlig måte og grovheten i krenkelsen, har betydning ved den av-veining av hensyn som skal finne sted.» *Begrunnelsen* for at ervervelsen av et bevis er ulovlig eller utilbørlig vil ha betydning for om beviset kan føres. Har ervervet resultert i en materiell integritetskrenkelse, så skiller situasjonen seg fra et erverv som bryter med formelle regler.⁷²

⁶⁷ Øyen (2010) s. 425.

⁶⁸ Se for eksempel Rt. 2003 s. 549, i avsn. 17, og Rt. 2011 s. 1324, i avsn. 33.

⁶⁹ Øyen (2010) s. 425.

⁷⁰ Rt. 2009 s. 1526, i avsn. 27-32.

⁷¹ Se oppgavens punkt 3.3.

⁷² Schei (2013) s. 868

En materiell integritetskrenkelse vil fort kunne regnes som grovere enn brudd på formelle regler. På bakgrunn av dette skriver Schei: «[e]r handlingen stemplet som utilbørlig, peker det nok tydeligere i retning av avskjæring enn om grunnvilkåret er oppfylt som følge av formell lovstrid.»⁷³

Hvordan skal dette forstås? Jeg tolker Scheis uttalelse som at dersom beviservervshandlingen er utilbørlig, altså at den strider mot «verdier som rettsordenen setter høyt», så vil mer tale for å avskjære beviset. Det virker som han henviser til uttrykket utilbørlig som en beskrivende karakteristikk av beviservervet. Ulovlig bevis, altså bevis som strider mot en lovfestet eller ulovfestet rettsregel, vil kunne være utilbørlige *samtidig* som de er ulovlige.

Utilbørlighetsbegrepet i tvisteloven har en vid betydning.⁷⁴ Øyen anser ulovlige bevis som en underkategori av utilbørlige bevis.⁷⁵ I rettspraksis synes det ikke å være lagt spesielt stor selvstendig vekt på om man har å gjøre med et ulovlig eller et utilbørlig ervervet bevis i spørsmålet om beviset skal føres. Det er først og fremst beviservervshandlingens grovhet og karakter som har betydning, se punkt 3.7.2.

3.5 Trinn 2: Skal det ulovlige eller utilbørlige beviset avskjæres?

3.5.1 Utgangspunkt for vurderingen

Dersom man kommer til at man har å gjøre med et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis, blir det neste spørsmålet om man skal tillate eller nekte beviset i føringen av saken. Dette gir uttrykk for den tradisjonelle spørsmålsstillingen.⁷⁶ I tvl. § 22-7 er spørsmålsstillingen om det utilbørlige beviset skal nektes.⁷⁷ Spørsmålsstillingen kan tas til inntekt for at hovedregelen etter tvl. § 22-7 er at utilbørlige (i denne sammenheng må man også anta at det gjelder ulovlige) bevis kan føres.⁷⁸

Hvilken spørsmålsstilling som velges av Høyesterett ser ut til å variere. Men det klare utgangspunktet er at «feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at det føres».⁷⁹ Dette samsvarer med prinsippet om fri bevisføring.⁸⁰

⁷³ Schei (2013) s. 868.

⁷⁴ Øyen (2010) s. 425.

⁷⁵ Øyen (2010) s. 425.

⁷⁶ Robberstad (2015) s. 267.

⁷⁷ Robberstad (2015) s. 268.

⁷⁸ Robberstad (2015) s. 268.

⁷⁹ Rt. 2006 s. 582, i avsn. 22.

Det følger av Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning) at «[a]vgjørelsen [om beviset skal tillates eller nektes ført] må treffes ut fra en konkret bedømmelse.». I denne konkrete bedømmelsen skal det «[l]egges vekt både på de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak.»⁸¹ Høyesterett mener de har støtte for sitt synspunkt i forarbeidene til dagens straffeprosesslov, som angir at det ikke kan angis noe generelt svar på spørsmålet om hvilken virkning prosessuelle feil bør ha for adgangen til å bruke bevis.⁸² Ved å si at det ikke kan gis et generelt svar på hvilken virkning prosessuelle feil har for bevisføringsadgangen, antyder straffeprosesslovkomiteen at det må gjøres en konkret vurdering i hver enkelt sak.

For å ta stilling til spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal føres, må man altså gjøre en konkret bedømmelse, hvor man ser hen til prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak.⁸³ Ytterligere retningslinjer for denne vurderingen har utpenslet seg i rettspraksis. Slik jeg ser det, er det to spor som har utpenslet seg ved behandlingen av hvorvidt det skal oppstilles bevisforbud for ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis.

Det første sporet, har sitt utspring i Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent). Avgjørelsen omhandler bevissikring i strid med den mistenktes vern mot selvinkriminering. Påtalemyndigheten ønsket å bruke en «forklaring» hvor den mistenkte betjenten omtalte flere viktige bevistema i saken. Denne forklaringen hadde skjedd ved bruk av skjult mikrofon og båndopptaker.⁸⁴ Her anviser Høyesterett det nærmere innholdet i vurderingen av om beviset skal tillates ført:

«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. 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 [...]».⁸⁵

⁸⁰ Se oppgavens punkt 3.1.

⁸¹ Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

⁸² NUT 1969:3, på s. 197.

⁸³ Schei (2013), s. 867.

⁸⁴ Rt. 1999 s. 1269, sammendrag av dommen på Lovdata.

⁸⁵ Rt. 1999 s. 1269 s. 1272.

Det andre sporet Høyesterett legger til grunn for vurderingen, tar utgangspunkt i tvl. § 22-7. Naturlig nok danner denne lovbestemmelsen utgangspunktet for avskjæringsvurderingen i sivile saker, men den har også blitt brukt som retningslinje i avskjæringsvurderingen i straffesaker. I Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak) er utgangspunktet for avskjæringsvurdering som følger:

«Det har gjennom rettspraksis utviklet seg regler for bevisavskjæring i tilfeller hvor bevisene er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte. Reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak. [...] I tvisteloven er reglene som er utviklet gjennom rettspraksis, kodifisert i § 22-7. Bestemmelsen lyder: «Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.» Om et utilbørlig frembrakt bevis skal avskjæres, beror på en avveining av krenkelsen det innebærer at beviset føres, holdt opp mot betydningen av å få opplyst saken og oppnå en materielt riktig avgjørelse, jf. NOU 2001:32B side 961 «Rett på sak»». ⁸⁶

Robberstad synes å mene at det første sporet angitt i Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent) gir uttrykk for en foreldet tilnærming når hun kommenterer dommen inntatt i Rt. 2014 s. 1105 (Overskuddsmateriale). I denne saken valgte Høyesterett å ta utgangspunkt i vurderingstemaet som er oppstilt i Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent), som hun skriver er «en avgjørelse fra før tvistelovens tid». ⁸⁷

I annen teori er det 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent) som brukes som utgangspunkt i omtalen av avskjæringsvurderingen som gjøres av Høyesterett. ⁸⁸ Det er også denne dommens vurderingstema som nevnes i det nye straffeprosesslovutvalget sin fremstilling av gjeldende rett. ⁸⁹ Å sammenligne dagens rettstilstand opp mot straffeprosesslovutvalgets utkast blir lettere dersom jeg forholder meg til det samme utgangspunktet som de gjør. Jeg velger derfor å bygge opp fremstillingen av gjeldene rett rundt den metoden som gir best grunnlag for å vurdere det nye lovforslaget. Dette er grunnen til at jeg har valgt å legge opp framstillingen etter momentene som nevnes i det overnevnte sitatet fra Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent).

⁸⁶ Rt. 2009 s. 1526, i avsn. 28-30.

⁸⁷ Robberstad (2016) s. 54.

⁸⁸ Elden (2012) punkt 14.17.6.2.

⁸⁹ NOU 2016: 24 s. 271

3.6 Gjentatt eller fortsatt krenkelse

Det første momentet som må vurderes i avveiningen av hvorvidt et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført, er hvorvidt «[f]øring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset.»⁹⁰

Innholdet i begrepet «gjentakelse eller fortsettelse» sikter til at det å bruke beviset, vil gjenta krenkelsen eller føre til at krenkelsen fortsetter.⁹¹ Begrepet «rettsbrudd» har blitt tolket til å gjelde hensynene, eller interessen, som begrunner regelen eller normen som har blitt brutt.⁹² Vurderingstemaet blir altså om ulovligheten som skjedde ved beviservervet krenket de hensynene som regelen skal ivareta. Det neste spørsmålet er om føring av beviset innebærer en gjentatt eller fortsatt krenkelse av de hensynene.⁹³

Det er helt sentralt at man har å gjøre med krenkelser som er av samme karakter. Dersom det er snakk om en ny krenkelse, altså en krenkelse som er av ulik karakter enn ved krenkelsen av ervervet, faller dette utenfor ordlyden «gjentakelse eller fortsettelse».⁹⁴

Dersom man kommer til at man ved å føre beviset også vil krenke de samme hensynene som ble krenket ved ervervelsen av beviset, «må beviset normalt nektes ført.»⁹⁵ Regelen er begrunnet i en tanke om at man kan beskytte de interessene som ble krenket ved bevissikringen på en effektiv måte dersom beviset avskjæres.⁹⁶ Hvis det allerede har skjedd en krenkelse, vernes den krenkede interessen best dersom gjentakelsen ikke får fortsette eller gjenta seg.

I Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent) går Høyesterett langt i å gi uttrykk for i hvilken grad en gjentatt eller fortsatt krenkelse skal vektlegges i avveiningen av hvorvidt beviset skal føres. Når de sier at disse bevisene «normalt» skal avskjæres, er det rimelig å legge til grunn at dette skal skje i en stor overvekt av tilfellene hvor spørsmålet kommer på spissen. Men det er altså ikke snakk om å *alltid* avskjære denne typen bevis.

Dette holder døra på gløtt for at andre hensyn kan veie tyngre i avveiningen av om beviset skal nektes ført. Øyen mener det må vises en viss tilbakeholdenhet med å oppstille bevisfor-

⁹⁰ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

⁹¹ Elden (2012) punkt 14.17.6.2.

⁹² Torgersen (2008) s. 136.

⁹³ Øyen (2016) s. 414.

⁹⁴ Torgersen (2008) s. 132.

⁹⁵ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

⁹⁶ Schei (2013) s. 868.

bud dersom det er snakk om at bruken kun vil innebære «en lite vesentlig krenkelse av de hensynene den overtrådte regelen skal ivareta».⁹⁷ Han mener videre at krenkelsen som har skjedd i forbindelse med beviservervet må ha en viss styrke før det kan bli aktuelt å trumfe hensynet til sakens opplysning.⁹⁸ Dette tyder på at hensynet til sakens opplysning, og dermed hensynet til et materielt riktig resultat, er et særlig tungtveiende hensyn når det kan trumfe gjennom og tillate føring selv der Høyesterett har uttrykt at beviset «normalt» skal avskjæres.

Når vil en gjentatt eller fortsatt krenkelse føre til bevisavskjæring? Fra rettspraksis har gjentakelsesmomentet blitt drøftet i flere saker. Ofte brukes formuleringen som kom til uttrykk i Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent), mens andre ganger har Høyesterett anvendt en noe annen formulering.

Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent) er en avgjørelse hvor Høyesterett kommer til at beviset skulle vært avskåret. Forklaringen i saken var ervervet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering. I vurderingen av om beviset skulle tillates ført, skriver de: «[D]enne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det [...] måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset».⁹⁹

Skulle lydopptaket som inneholdt forklaringen blitt tillatt avspilt, ville jo dette ført til at den mistenkte inkriminerte seg selv på nytt. I avveiningen av om beviset skal føres, får gjentakelsesmomentet fullt gjennomslag. Grunnen til dette kan være at man har å gjøre med et «grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess», som tilsier at man skal ha et særlig vern mot krenkelser.

I Rt. 2003 s. 549 (Innledende samtale) gled en samtale mellom politi og en mistenkt over i det som må karakteriseres som et avhør. Før avhør, skal den mistenkte gis informasjon om retten han har til å forholde seg taus, jf. strpl. § 232 første ledd. Politiet etterlevde ikke dette, og avhøret var derfor ulovlig ervervet. I lagmannsretten fikk politiet anledning til å forklare seg om avhøret. Høyesterett mente det var skjedd en feil når lagmannsretten ikke hadde vurdert hvorvidt «bevisføringen måtte anses å krenke domfeltes grunnleggende rettigheter eller representere en gjentakelse av rettsbruddet».¹⁰⁰ Beviset skulle vært avskåret, men ettersom beviset ikke hadde virket inn på avgjørelsen i skyldspørsmålet jf. strpl. § 343, så førte manglende avskjæring ikke til oppheving.

⁹⁷ Øyen (2016) s. 414.

⁹⁸ Øyen (2016) s. 414.

⁹⁹ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1273.

¹⁰⁰ Rt. 2003 s. 549, i avsn. 18.

Ikke alle saker om selvinkriminering vurderes i lys av læren om gjentakelsesmomentet, se for eksempel Rt. 2003 s. 1814. Også denne saken omhandlet grensen mellom avhør og innledende samtale. Øyen begrunner den ulike tilnærmingen i denne saken med at det er mindre inn- gripende med et brudd på orienteringsplikten etter strpl. § 232, enn det er der forklaringen er avgitt uten at den mistenkte en gang er klar over at han snakker med politiet.¹⁰¹

Feil ved politiavhør ser ut til å være i kjernen av anvendelsesområdet gjentakelsesmomentet. I Rt. 2004 s. 858 (Verge), hadde en mindreårig avgitt forklaring uten at vergen var tilstede. Gjentakelsesmomentet ble nevnt som et mulig grunnlag for avskjæring, men Høyesterett mente at prinsippet om fri bevisføring veide tyngst, og de reservasjoner som kunne begrunne å gå bort fra dette utgangspunktet, ikke kom til anvendelse.¹⁰²

I Rt. 2006 s. 582 (Ransaking), fikk heller ikke gjentakelsesmomentet gjennomslag.¹⁰³ Be- grunnelsen var at det var selve ransakingen som utgjorde krenkelsen, ikke politiets besittelse av beviset. Dersom beviset skulle føres, så ville det ikke være snakk om en gjentatt krenkel- se.¹⁰⁴ I den aktuelle dommen, vektla dessuten Høyesterett at politiet hadde hatt hypotetisk adgang til beviset (ransakelsen hadde blitt lovlig), dersom de hadde visst om våpenet.¹⁰⁵

I to nyere saker ser vi derimot gjentakelsesmomentets tyngde. I HR-2017-1894-U (Mindre- årig) kom retten til at politiavhøret var blitt til under en situasjon hvor «flere grunnleggende rettsikkerhetsgarantier» hadde blitt krenket.¹⁰⁶ De mente at «krenkelsen ville få preg av å fortsette» dersom avhøret ble tillatt i saken om sivilt erstatningskrav.¹⁰⁷ Politiavhøret ble som følge av dette nektet ført.

I saken Rt. 2014 s. 1105 (Overskuddsmateriale), ble overskuddsmateriale ulovlig oppbevart, og spørsmålet var om det ulovlig lagrede overskuddsmaterialet kunne benyttes som bevis i en straffesak. Høyesterett kom til at overskuddsmaterialet skulle vært slettet og skriver om av- skjæring at «[T]illates materialet nå benyttet som bevis i straffesaken, vil denne bruken utgjø-

¹⁰¹ Øyen (2010) s. 433.

¹⁰² Rt. 2004 s. 858, i avsn. 18-19.

¹⁰³ Se tidligere redegjørelse for faktum i punkt 2.5.

¹⁰⁴ Elden (2012) punkt 14.17.6.2.

¹⁰⁵ Elden (2012) punkt 14.17.6.2.

¹⁰⁶ Se tidligere redegjørelse for faktum i punkt 3.4.1.

¹⁰⁷ HR-2017-1994-U, i avsn. 17.

re en gjentatt rettskrenkelse, jf. nå også Grunnloven § 102 og § 113. Jeg viser til Rt-1999-1269 som slår fast at beviset i slike tilfeller normalt skal avskjæres». ¹⁰⁸

Hjemler også Grl. § 102 og § 113 bevisavskjæring ved føring av bevis som vil utgjøre en gjentatt krenkelse? Robberstad mener Høyesterett bommer når de nevner Grl. § 102 og § 113, bestemmelser som omhandler henholdsvis privatlivets fred og legalitetsprinsippet, som hjemmel for gjentakelsesmomentet. Ingen av bestemmelsene inneholder ifølge Robberstad noe om bevisavskjæring. ¹⁰⁹ Personlig synes jeg Robberstads kritikk er betimelig.

Gjentakelsesmomentet spiller som vi har sett en særlig viktig rolle i avveiningen av hvorvidt det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset skal tillates ført. Ønsket om å effektivt verne en krenket interesse kan som vist i rettspraksis trumfe hensynet til sakens opplysning og hensynet til et materielt riktig resultat. ¹¹⁰ Gjentakelsesmomentet utgjør etter min mening et viktig rettsikkerhetsvern.

3.7 Interesseavveining

3.7.1 Utgangspunktet for vurderingen

Hvis man kommer fram til at føring av det ulovlige eller utilbørlig ervervede beviset ikke vil medføre en fortsatt eller gjentatt krenkelse, må avskjæringsspørsmålet «[b]ero på en interesseavveining». ¹¹¹ Rettspraksis gir en veiledning for hvilke momenter som skal vektlegges i denne vurderingen. I Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent) skriver Høyesterett «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.» ¹¹²

I sitatet lister Høyesterett opp momenter som det *blant annet* skal legges vekt på. Det er altså ikke snakk om en uttømmende opplisting. Etter Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåking) skal bedømmelsen legge vekt på «både de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak». ¹¹³

¹⁰⁸ Rt. 2014 s. 1105, i avsn. 50.

¹⁰⁹ Robberstad (2016) s. 56.

¹¹⁰ Torgersen (2008) s. 145.

¹¹¹ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

¹¹² Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

¹¹³ Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

Torgersen tar til orde for at det han omtaler som «overordnende hensyn» kan fungere som avveiningsmomenter i vurderingen.¹¹⁴ Disse hensynene er ifølge Torgersen de hensyn som kan begrunne bevisforbud som *ikke* dreier seg om et direkte interesse- eller rettighetsvern, som jo ivaretas av gjentakelsesmomentet.¹¹⁵

Hvilke hensyn som kan begrunne bevisforbud har jeg omtalt i kapittel 2. Disse hensynene vil være relevante avveiningsmomenter i vurderingen av hvorvidt det ulovlige eller utilbørlige beviset skal tillates ført.

Momentene som nevnes i sitater fra Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent) danner et utgangspunkt for en strukturering av fremstillingen av interesseavveiningen.

3.7.2 Krenkelsens karakter - Grovheten av krenkelsen som ble begått ved ervervet

Høyesterett skriver at det skal legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset.¹¹⁶ Momentet har nær sammenheng med spørsmålet om hvorvidt beviset er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte, og det sentrale vurderingstemaet er ervervshandlingens karakter.¹¹⁷

I Rt. 1994 s. 1139 (Amnesti) mente Høyesterett det ikke var en feil at forklaringen ble nektet ført, ettersom det «sentrale synspunktet» var at det kan «[f]remstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede, som det her vil være tale om.»¹¹⁸

Denne uttalelsen kan tas til inntekt for at dersom det foreligger brudd på en grunnleggende straffeprosessuell norm, så er det et tungtveiende moment som taler for bevisavskjæring.¹¹⁹

I HR-2017-1894-U (Mindreårig) førte mangler ved politiavhøret til at «flere grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som har til formål å beskytte ham – som barn – har blitt krenket. Sam-

¹¹⁴ Torgersen (2008) s. 145.

¹¹⁵ Torgersen (2008) s. 146. Hensynene jeg nevner er i stor grad sammenfallende med de hensyn som Torgersen lister opp, men jeg har valgt å basere fremstillingen min av hvilke hensyn som kan begrunne bevisforbud i større grad på Øyens fremstilling (2010).

¹¹⁶ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

¹¹⁷ Øyen (2016) s. 418.

¹¹⁸ Rt. 1994 s. 1139, på s. 1141. Se omtale av sakens faktum i punkt 2.3.

¹¹⁹ Øyen (2016) s. 418.

let må rettskrenkelsen da bedømmes som relativt grov».¹²⁰ Dette, i tillegg til at krenkelsen bar preg av å fortsette, var momentene som førte til bevisavskjæring.

Både Rt. 1994 s. 1139 (Amnesti) og HR-2017-1894-U (Mindreårig) er saker hvor viktige rettssikkerhetsgarantier er blitt brutt ved ervervelsen av beviset. Her ser vi at grovheten ved ervervet tillegges vesentlig vekt.

Ikke alle brudd er alvorlige og grove nok til at de fører til opphevelse.¹²¹ I Rt. 2006 s. 582 (Ransaking) avviste ikke Høyesterett bare avskjæring på bakgrunn av gjentakelsesmomentet, de mente videre at avskjæring også etter en interesseavveining var uaktuelt. Her vektla de at lovgiver «har akseptert at et bevis kan føres selv om det knytter seg formelle feil til det».¹²² De trakk også fram at saken skilte seg vesentlig fra saksforholdet i Rt. 1991 s. 616 – hvor føringen av beviset ville «kunne virke støtende».¹²³

Øyen mener det har betydning interesseavveiningen hvor klart bruddet på bevissikringsnormen er. Dersom det er sikkert at det foreligger et brudd, kan dette i større grad tale for bevisforbud, enn der det er knyttet usikkerhet til hva rekkevidden av den brutte regelen er.¹²⁴ At dette ikke ble trukket fram i Rt. 2014 s. 1105 (Overskuddsmateriale), som var en sak om hvorvidt påtalemyndighetens oppbevaring av overskuddsinformasjon var lovlig eller ikke, tyder på at momentet muligens ikke er så viktig i vurderingen av ervervshandlingens karakter.¹²⁵

3.7.3 Forklarings- eller utleveringsplikt

Det neste momentet som nevnes i Rt. 1999 s. 1269 (Fengselsbetjent), er at det skal legges vekt på «om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette».¹²⁶ Hva mener Høyesterett med dette momentet?

Øyen mener momentet må ses på som en «[h]envisning til skillet mellom brudd på materielle skranker for bevisinnhenting, og brudd på formelle regler om hvordan bevis skal sikres».¹²⁷

¹²⁰ HR-2017-1894-U, i avsn. 17.

¹²¹ Torgersen (2008) s. 159.

¹²² Rt. 2006 s. 582, i avsn. 24.

¹²³ Rt. 1991 s. 616, på s. 623.

¹²⁴ Øyen (2016) s. 418.

¹²⁵ Øyen (2016) s. 418.

¹²⁶ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

¹²⁷ Øyen (2016) s. 418.

De formelle reglene for bevissikring som siktes til her er saksbehandlingsregler og kompetanseregler.

Rt. 2013 s. 1282 (Klientliste) omhandler føring av opplysninger om telefonkontakt mellom en advokat og advokatens klient. Lagmannsretten hadde feilaktig forkastet en tingrettskjennelse, hvor de egentlig skulle overlatt beslaglagt bevismateriale til tingretten for en gjennomgang i samsvar med strpl. § 205. Påtalemyndighetens fortsatte besittelse av opplysningene ble betraktet som et ulovlig ervervet bevis. Høyesterett vektla her at det ikke var tale «om noen materiell rettskrenkelse, men om brudd på formelle regler for erverv av bevis».¹²⁸ Feilen var altså ikke til hinder for at det kunne foretas en ny vurdering av materialet, og at opplysninger som ikke var ledd i egentlig advokatbistand kunne føres.¹²⁹

Men hva er vekten av at det har forekommet brudd på en materiell skranke for bevisinnhenting? Resultatet i Rt. 2006 s. 582 (Ransaking), hvor det jo var foretatt ulovlig ransaking, var at bevist kunne tillates ført.¹³⁰ Det kan derfor antas at vekten av dette momentet ikke er særlig tungtveiende.

3.7.4 Sakens alvor og viktighet

Det neste momentet som kan vektlegges i interesseavveiningen, er «hvor alvorlig eller viktig saken er».¹³¹ Her siktes det til hvor alvorlig handlingen som er årsaken til straffesaken er. I Rt. 1992 s. 698 (Treholt), om det såkalte «pengebeviset» i Treholt-saken, bedyrer Høyesterett følgende syn:

«Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart.»¹³²

I denne saken ble det ulovlig ervervede pengebeviset tillat ført. Hensynet til sakens opplysning fikk gjennomslag. I nyere praksis har derimot Høyesterett vært tilbakeholdne for å vektlegge dette momentet.¹³³ Det er det gode grunner for.

¹²⁸ Rt. 2013 s. 1282, i avsn. 43.

¹²⁹ Rt. 2013 s. 1282, i avsn. 47.

¹³⁰ Øyen (2016) s. 418.

¹³¹ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1273.

¹³² Rt. 1992 s. 698, på s. 706.

¹³³ Se Rt. 1991 s. 616, Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2014 s. 1105 og HR-2017-1894-U.

Øyen mener det er problematisk dersom man tillater føring med en begrunnelse om at det for eksempel gjelder en alvorlig tiltale, eller av hensyn til en fornærmet.¹³⁴ Det er jo nettopp i alvorlige straffesaker, hvor samfunnets interesse og behov for oppklaring er størst, at «fristelsen» til å bryte regler som regulerer etterforskningen er størst. Dersom alvorlige brudd på etterforskningsregler ikke gjelder så lenge saken er alvorlig nok, ville reglene bære preg av å være skinnregler. Hensynet til å motvirke ulovlige etterforskningsmetoder tilsier at alvorligheten i saken ikke bør tillegges særlig vekt.

3.7.5 Bevisverdien av beviset – pålitelighetsbetraktninger

Det siste momentet som trekkes frem som et vurderingstema i Rt. 1999 s. 1269 er «bevisverdien av beviset».¹³⁵ Regelbruddet som er begått ved beviservervet kan føre til at beviset får en lav bevisverdi. En tilståelse som er avgitt under et politiavhør hvor det har blitt gitt trusler eller lovnader fra politiet, vil for eksempel ikke være like pålitelig som en tilståelse gitt frivillig og uten press. Problemstillingen er hvorvidt det er knyttet usikkerhet til bevisverdien som følge av regelbruddet ved beviservervet: Hvor pålitelig er beviset når det er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte? Vil redusert pålitelighet ved beviset kunne få konsekvenser for rettssikkerheten til den mistenkte?¹³⁶

Høyesterett har vektlagt pålitelighetsbetraktninger i en rekke saker. I Rt. 2003 s. 549 (Innløpende samtale) ble det trukket frem at retten kan nekte et bevis ført «om beviset er lite å stole på». Momentet ble ikke vektlagt i vurderingen. Den samme formuleringen ble gjentatt i Rt. 2004 s. 858 (Verge), men heller ikke her tillat Høyesterett momentet særlig vekt. Prinsippet om fri bevisføring veide tyngre, og beviset ble tillat ført.¹³⁷

I HR-2017-1894-U (Mindreårig) kom Høyesterett til motsatt resultat enn lagmannsretten i spørsmålet om det ulovlige beviset skulle tillates ført. Lagmannsretten hadde vektlagt hensynet til sakens opplysning og hensynet til et materielt riktig resultat. I følge Høyesterett kunne ikke dette veie særlig tungt i den aktuelle saken, ettersom «Bevisverdien av politiavhøret kan være svekket når rettssikkerhetsgarantiene er brutt, og det vil derfor - på generelt grunnlag - være usikkert hvilket bidrag avhøret kan gi til bevisbedømmelsen.»¹³⁸ Høyesterett gikk videre til å kommentere at den lave bevisverdien riktignok var noe retten kunne ha for øyet i be-

¹³⁴ Øyen (2016) s. 419.

¹³⁵ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

¹³⁶ Øyen (2016) s. 419.

¹³⁷ Rt. 2004 s. 858, i avsn. 18.

¹³⁸ HR-2017-1894-U, i avsn. 17.

visvurderingen dersom bevist ble tillat ført. Beviset ble etter en samlet vurdering imidlertid nektet ført, hensynet til sakens opplysning gjorde seg ikke gjeldende med stor nok tyngde.¹³⁹

En annen side ved verdien av beviset, handler om hvor viktig beviset er for avgjørelse i saken. Dersom det er snakk om et sentralt bevis, så er det mer betenkelig at beviset tillates ført.¹⁴⁰

3.8 Oppsummering

Det er ingen fastsatt struktur for hvilke hensyn som skal tas hensyn til vurderingen av om et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal tillates ført. Flere momenter og hensyn enn de som er behandlet i redegjørelsen for læren i oppgaven kunne vært inkludert. Bratholm skriver for eksempel om hvordan bruk av ulovlig ervervede bevis kan føre til en vanskeligere resosialisering av lovovertrederen.¹⁴¹ I en kort masteroppgave vil jeg ikke ha mulighet til å behandle alle mulige hensyn og momenter som kan være aktuelle i læren om ulovlig og utilbørlig erverve bevis. Jeg mener imidlertid at fremstillingen jeg har gitt gir en god oversikt over de hensynene og momentene som er mest fremtredende i avskjæringsvurderingen.

Etter en gjennomgang av læren og hvordan hensynene spiller inn på bevisforbudsvurderingen er det to poenger som er særlig viktige å ha med seg når jeg straks skal begynne drøfte forslaget til ny straffeprosesslov.

Det første poenget er tyngden til hensynet til et materielt riktig resultat og hensynet til sakens opplysning har i avskjæringsvurderingen. Det er kun et fåtall av sakene i rettspraksis hvor andre hensyn får gjennomslag, og det faktisk oppstilles bevisforbud.

Det andre poenget som er viktig å merke seg, er at det først og fremst er læren om gjentatt og fortsatt krenkelse som med tyngde klarer å «utfordre» hensynet til et materielt riktig resultat. Gjentakelsesmomentet gir et effektivt vern mot nye krenkelser av hensynene som ble krenket ved beviservervet.

¹³⁹ HR-2017-1894-U, i avsn. 18. Se også tidligere drøftelse av saken.

¹⁴⁰ Øyen (2016) s. 419.

¹⁴¹ Bratholm (1959) s. 117.

4 Regulering av læren om ulovlig ervervede bevis i forslaget til ny straffeprosesslov

4.1 Kort om utvalgets mandat

Straffeprosessutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon i 2014 for å foreta en bred gjennomgang av dagens straffeprosesslov. Gjennomgangen skulle danne grunnlag for å legge frem et helhetlig forslag til en ny straffeprosesslov.

Ønsket om en ny lov er begrunnet i flere forhold.¹⁴² For det første har kriminalitetsbildet endret seg siden vedtakelsen av dagens straffeprosesslov. Kriminaliteten er mer profesjonalisert og ofte internasjonal. Dessuten har straffeprosessloven blitt endret mange ganger, og det gjør loven mindre konsistent og sammenhengende enn den var ved vedtakelsen. En inkonsistent og lite sammenhengende lov kan i ytterste konsekvens utgjøre et rettssikkerhetsproblem. Det uttalte og overordnede målet med et nytt lovforslag, er at man skal sikre en effektiv, rettsikker og tillitsvekkende behandling av straffesaker.¹⁴³

Tvisteloven er ment å skulle tjene som utgangspunkt for reform av straffeprosessloven.¹⁴⁴ Det er lagt opp til at utvalget særlig skal trekke veksler på de vurderingene som ble lagt til grunn for Tvisteloven av 2005 ved utformingen til forslag av ny regulering av flere temaer, herunder bevisførsel.¹⁴⁵

4.2 Regelens plassering

I forslaget til ny straffeprosesslov har man foreslått en lovhjemmel for avskjæring av såkalte «rettstridige bevis». Reguleringen av bevisavskjæring for slike rettsstridige bevis er i forslaget § 8-5.

Forslagets § 8-5 lovfester langt på vei den ulovfestede læren om ulovlig og utilbørlig ervervede bevis i straffeprosessen. Forslagets kapittel 8 samler de ulike bevisforbudsreglene i et felles kapittel. Dette skiller seg fra hvordan bevisforbudsreglene er regulert i dagens lov, hvor lovfestede bevisforbud er knyttet til relasjoner eller konkrete opplysninger.¹⁴⁶ Dette gjør at bevis-

¹⁴² NOU 2016: 24 s. 93.

¹⁴³ NOU 2016: 24 s. 95.

¹⁴⁴ NOU 2016: 24 s. 94.

¹⁴⁵ NOU 2016: 24 s. 96.

¹⁴⁶ NOU 2016: 24 s. 266.

forbudene fremkommer spredt i dagens lov. Ved å samle bevisforbudene i et felles kapittel, er det lettere å få oversikt over og se sammenhenger mellom lovens bevisforbudsregler.

4.3 Hvorfor lovregulere læren om bevisavskjæring ved ulovlig ervervede bevis

4.3.1 Innledning

Når det gjelder de konkrete avveiningene som gjøres i vurderingen om avskjæring eller fortsatt føring, påpeker utvalget at læren har mange detaljer. Etersom læren inneholder en rekke nyanser, mener utvalget at det i hovedsak er i rettspraksis at læren bør avklares videre.¹⁴⁷ På tross av at læren hovedsakelig skal videreutvikles i rettspraksis, så mener utvalget at det er grunn til å ta stilling til hvorvidt læren også bør gis en forankring i straffeprosessloven. Hvordan begrunner utvalget en lovfesting av den ulovfestede læren?

4.3.2 En mer tilgjengelig regel

Dagens straffeprosesslov har på noen punkter en noe kryptisk innretning. Å lovfeste prinsippet om fri bevisføring ble for eksempel ansett som overflødig av det gamle lovutvalget.¹⁴⁸ I forslaget som nå foreligger, er prinsippet foreslått lovfestet i lovens § 7-2. Lovfestingen av dette viktige rettslige utgangspunktet er i tråd med utvalgets ønske om at bevisreglene skal få et tydeligere uttrykk i lovverket.¹⁴⁹ At gjeldende rett skal fremkomme tydelig av loven, er også et argument for å lovregulere den per i dag ulovfestede læren om bevisavskjæring av ulovlig ervervede bevis.

Utvalget skriver at det er hensiktsmessig om sentrale bevisregler får en forankring i loven.¹⁵⁰ De mener lovfesting av alminnelige bevisregler er gunstig av flere grunner. I lovforslaget har de tatt sikte på å uttrykkelig regulere viktige rettslige realiteter.¹⁵¹ De har også vektlagt at straffeprosessloven er en sentral lov for både profesjonelle og ikke-profesjonelle aktører, og at bestemmelsene ofte er gjenstand for debatt. Men det kanskje viktigste argumentet for å gjøre loven og bevisforbudsreglene mer tilgjengelige, er at det vil ha en pedagogisk effekt.

¹⁴⁷ NOU 2016: 24 s. 272.

¹⁴⁸ NUT 1969: 3 s. 197.

¹⁴⁹ NOU 2016: 24 s. 266.

¹⁵⁰ NOU 2014: 24 s. 272.

¹⁵¹ NOU 2016: 24 s. 256.

4.3.3 Nye realiteter

Den forrige straffeprosesslovkomiteen tok som tidligere nevnt stilling til hvorvidt man skulle lovfeste læren om ulovlige bevis. Dagens straffeprosesslovutvalg siterer det gamle lovutvalget.¹⁵² Komiteen mente den gang at det ikke lot seg gjøre å gi noe generelt svar på hva slags virkning prosessuelle feil burde ha for adgangen til å benytte seg av et bevis. De mente at mulig misbruk fra politiet for det første ikke var et særlig stort problem etter norske forhold. Myndighetsmisbruk lot seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler, enn ved at man skulle avskjære bevis. I spørsmålet om lovfesting, konkluderte det gamle lovutvalget med at «[e]n lovregulering av disse spørsmålene er imidlertid vanskelig, og ville belaste loven uforholdsmessig i betraktning av den nokså beskjedne praktiske betydning problemet har hos oss. Man er derfor blitt stående ved å overlate løsningen til teori og praksis på samme måte som hittil.»¹⁵³

Dagens straffeprosesslovutvalg er ikke enig i betraktningene som det gamle lovutvalget la til grunn. Slik jeg forstår det, er de uenige i både spørsmålet om lovfesting, og en del av de generelle betraktningene som det gamle lovutvalget ga uttrykk for.

For det første er forutsetningene for lovfesting andre enn da straffeprosesslovkomiteen sist vurderte spørsmålet. Det har vært en utvikling i rettspraksis, og innholdet i læren er mer avklart enn den var da det forrige lovutvalget tok stilling til spørsmålet. For det andre begrunnes lovregulering med rettighetsvernet som følger av Grunnloven og EMK, som Høyesterett har brukt for å hjemle bevisforbud. Dette gir ifølge lovutvalget et økt behov for uttrykkelig lovregulering.¹⁵⁴

Men lovutvalget mener nok ikke minst at de faktiske forutsetningene for et bevisforbud er andre i dag, enn da det forrige lovutvalget vurderte spørsmålet for nesten 50 år siden. Dette ser man i drøftelsen av hvilke hensyn som har vært tungtveiende for en innholdsmessig justering av regelen.¹⁵⁵

¹⁵² NOU 2016: 24 s. 272.

¹⁵³ NUT 1969: 3 s. 197.

¹⁵⁴ NOU 2016: 24 s. 272.

¹⁵⁵ Se oppgavens punkt 4.4.

4.3.4 Lovfeste for å justere dagens praksis

En annen begrunnelse for lovfesting som utvalget fremhever, er at det kan være grunn til å vurdere om praksis som har vokst frem i kjølvannet av læren om avskjæring av ulovlig ervervede bevis, bør justeres.¹⁵⁶

Ved å kunne formulere forslag til ny ordlyd, og drøfte ulike synspunkter i forarbeidene, får utvalget mulighet til å legge rammer for hvordan regelen skal praktiseres – altså innholdsmessige endringer. Uten lovfesting, vil nok regelen i større grad fortsette å utvikle seg basert på domstolens praktisering av den.

Ettersom det i all hovedsak er snakk om å videreføre gjeldende rett, så vil lovfesting av regelen være overkommelig rent retts teknisk ved at regelen utformes på en fleksibel måte.¹⁵⁷

4.3.5 Harmonisering med tvisteloven

Et annet moment som taler for å lovfeste den ulovfestede regelen, er at utvalget ønsker å harmonisere straffeprosessloven med tvisteloven. Utvalget viser til at læren ble lovfestet på sivilprosessens område da man vedtok ny tvistelov, hvilket ga læren om ulovlige bevis en forankring i tvistelovens § 22-7. Det er heller ikke et prinsipielt skille mellom avskjæring i sivilprosessen og avskjæring i straffeprosessen. Domstolskapt rett ville kunne være mulig å videreføre i en lovtekst tilsvarende eller lignende tvl. § 22-7.

Når tvl. § 22-7 gir uttrykk for en felles regel, og denne blir hyppig brukt som retningslinje i rettspraksis for å vurdere om et bevis skal føres, ville det dessuten være lite koherent om straffeprosesslovkomiteen kom til at det ikke ville være hensiktsmessig med en lovregulering også for straffeprosessen. At tvl. § 22-7 har den metodiske funksjonen som den har, er et ganske tungtveiende moment for å lovfeste regelen.

¹⁵⁶ NOU 2016: 24 s. 272.

¹⁵⁷ NOU 2016: 24 s. 272.

4.4 Innholdsmessig justering av læren

4.4.1 Innledning

Innholdsmessige endringer er endringer i bevisforbudsreglene som omhandler rekkevidden av bevisforbudene – skal bevisforbudet beskytte flere eller færre interesser? Skal noen interesser beskyttes med annen styrke enn det som gjelder i dag?

Det virker som om den generelle holdningen til innholdsmessige endringer av bevisforbudene i straffeprosessen er nokså lunken hos utvalget. De mener at den interesseavveiningen mellom ulike hensyn og momenter som det gis uttrykk for i dagens regler om bevisforbud, langt på vei bør videreføres.¹⁵⁸ Dette begrunner de med at dagens regler på en hensiktsmessig måte avveier ulike og kryssende hensyn. Utvalget mener dessuten at reglene, slik de har utviklet seg i rettspraksis, i det vesentlige har fått oppslutning blant straffeprosessens aktører og interessegrupper.¹⁵⁹ Endringene som legges opp til av utvalget går i hovedsak ut på å gi bevisforbudene en annen struktur og innretning enn det som følger av dagens lov.

Det er særlig ett moment utvalget later til å mene taler for en viss forsiktighet ved innholdsmessige endringer. Hvilke virkninger en endring av et bevisforbuds rekkevidde vil ha, er vanskelig å overskue på forhånd, fordi det er mange interesser og forutsetninger ved bevisforbud som er i spill på en gang.¹⁶⁰ Eventuelle fordeler og ulemper som kan oppstå som følge av et bevisforbud, kan være vanskelig å avgjøre rekkevidden av på forhånd, altså før man har sett reglene spille seg ut i praksis.¹⁶¹

Å gjøre innholdsmessige endringer kan altså by på uforutsette konsekvenser. Dette gjelder særlig dersom man innsnevrer virkeområdet for et bevisforbud. Dersom man utvider et bevisforbud til å bli oppstilt i flere tilfeller, er den sikre virkningen i hvert fall at det skjer en nedvurdering av hensynet til sakens opplysning.¹⁶²

Når det gjelder det konkrete bevisforbudet for ulovlige bevis, stiller imidlertid utvalget seg ikke like forsiktig til å gjøre endringer i lærens innhold.

¹⁵⁸ NOU 2016: 24 s. 266.

¹⁵⁹ NOU 2016: 24 s. 267.

¹⁶⁰ NOU 2016: 24 s. 267.

¹⁶¹ NOU 2016: 24 s. 267.

¹⁶² NOU 2016: 24 s. 267.

Ved lovfesting av dagens ulovfestede lære om avskjæring av ulovlige bevis, mener utvalget at regelens ordlyd bør utformes fleksibelt, og i tråd med læren slik den er utviklet i dagens rettspraksis. Tanken er at læren skal kunne videreutvikles innenfor rammene av ordlyden i lovbestemmelsen som utvalget foreslår.¹⁶³

Men utvalget er samtidig tydelige på at de ønsker å gjøre visse innholdsmessige endringer i bestemmelsen. De skriver at de ønsker å endre praksis, og at det mest effektive virkemiddelet vil være å gi uttrykk for de ønskede endringene i utformingen av en ny lovbestemmelse. Hvilke endringer er det så snakk om?

Utvalget ønsker å holde fast på to-trinnsvurderingen som er utviklet i rettspraksis. I vurderingen av om det bør oppstilles et bevisforbud for et rettstridig ervervet bevis, er utvalget av den oppfatning av at det er to hensyn som burde tillegges mer oppmerksomhet og høyere vekt i avveiningen om hvorvidt beviset skal føres. Disse hensynene er disiplineringshensynet og hensynet til en lovformelig prosess.¹⁶⁴

4.4.2 Disiplineringshensynet

Ved å oppstille et bevisforbud når politiet eller påtalemyndigheten har gått utenfor rammene av lovlig beviserverv, vil man bidra til å disiplinere politiet og påtalemyndighetens atferd. Det er dette som kalles disiplineringshensynet.¹⁶⁵

Disiplineringshensynet er et hensyn som taler for å oppstille bevisforbud. Det er etter utvalgets syn lagt for liten vekt på at et bevisforbud kan bidra til å forebygge ulovligheter. De mener hensynet har fått for liten vekt både i drøftelsen som ble gjort i forarbeidene til dagens lov, og i rettspraksis.¹⁶⁶ Det er særlig ulovligheter som oppstår i forbindelse med etterforskningen som utvalget mener ville kunne avbøtes ved at disiplineringshensynet får en annen vekt i vurderingen av om det skal oppstilles bevisforbud.

Som tidligere nevnt, foretrakk det gamle straffeprosesslovutvalget å benytte administrative og disiplinære forholdsregler, heller enn oppstille bevisforbud.¹⁶⁷ Dagens straffeprosesslovutvalg påpeker det de mener er et paradoks: Dersom man mener alternative tiltak er mer effektivt enn

¹⁶³ NOU 2016: 24 s. 272.

¹⁶⁴ NOU 2016: 24 s. 272-273.

¹⁶⁵ Se også behandlingen av hensynet i oppgavens punkt 2.5.

¹⁶⁶ NOU 2016: 24 s. 272.

¹⁶⁷ NUT 1969: 3 s. 197.

bevisforbud, så er det rart at disse alternative tiltakene ikke vies noe oppmerksomhet i praksis.¹⁶⁸

Dagens straffeprosesslovutvalg, mener det gamle utvalgets syn er utdatert. Hvilket gjennomslag disiplineringshensynet bør få, bør vurderes annerledes i dag enn før på grunn av trekk ved samfunnsutviklingen.¹⁶⁹ Nye kommunikasjonsmetoder, muligheten for overvåkning som følge av disse kommunikasjonsmetodene, en generell økt vilje til kriminalisering, kriminalisering av forberedelseshandlinger, og muligheten til å benytte flere tvangsmidler og etterforskningsmetoder enn tidligere, er eksempler på slike endrede trekk ved samfunnsutviklingen. Disse endringene skaper en økt risiko for myndighetsmisbruk.¹⁷⁰

Tanken er at dersom hensynet til å forebygge ulovligheter, altså disiplinering av politi og påtalemyndighet, vektlegges i større grad ved vurderingen av om det skal oppstilles et bevisforbud, så kan man minske risikoen for myndighetsmisbruk.¹⁷¹

I rettspraksis ser man at disiplineringshensynet er et hensyn som gjerne tas med interesseavveiningen som må foretas dersom man ikke har å gjøre med en gjentatt eller fortsatt krenkelse å gjøre. Et eksempel på fra rettspraksis som nevnes av utvalget er Rt. 2006 s. 582 (Ransakelse).¹⁷² Her var disiplineringshensynet et moment i vurderingen, men det var ikke tungtveiende nok til å skulle oppstille et bevisforbud.

En ytterligere kritikk fra utvalget er at disiplineringshensynet ikke er gitt et konsekvent gjennomslag. Disiplineringshensynet er vektlagt i Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning) og Rt. 1997 s. 795 (Samvær).¹⁷³ I disse sakene var det personverninteresser som ble krenket ved bruk av henholdsvis ulovlig videoovervåkning og telefonavlytting. Å oppstille bevisforbud for bevis som krenket disse interessene, ble antatt å skulle ha en disiplinerende effekt på henholdsvis arbeidsgivere og foreldre i samvørsaker. Dersom slike bevis ikke blir tillatt ført, så vil det heller ikke ha noen hensikt å erverve bevisene. Effekten vil forhåpentligvis da bli at man forhindrer krenkelser. Private personers ulovligheter, og ulovligheter skjedd i sivile saker, er altså saker hvor disiplineringshensynet i dag tillegges vekt.¹⁷⁴ En mulig årsak til skillet kan være at sannhetsidealet har en annen stilling i sivile saker enn i straffesaker. Dersom det er

¹⁶⁸ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁶⁹ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁷⁰ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁷¹ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁷² Se også min drøftelse av dommen i punkt 2.5.

¹⁷³ Se også her punkt 2.5.

¹⁷⁴ NOU 2016: 24 s. 273.

større interesse i å «oppklare» saken, kan det kanskje være grunn til å være mer tilbakeholden med å oppstille et bevisforbud.¹⁷⁵ Denne typen argumentasjon ser man for eksempel i Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak).¹⁷⁶

Utvalget synes imidlertid ikke det foreligger gode begrunnelser for skillet.¹⁷⁷ Faren for misbruk av bevisene er større fra myndighetens enn privatpersoner – det er myndighetene som sitter på muligheten til å benytte makt og tvangsmidler overfor borgerne. Dessuten er det sjelden at privatpersoner og sivile personer befinner seg i situasjoner hvor det er tale om å erverve bevis. Disse argumentene taler for at bevisavskjæring på bakgrunn av disiplineringshensyn er mer egnet til å disiplinere det offentlige enn privatpersoner.

På bakgrunn av dette, mener altså utvalget at disiplineringshensyn bør tillegges «en viss vekt» ved vurderingen av rettstridig ervervede bevis.

4.4.3 Hensynet til en lovformelig prosess

Det neste hensynet som utvalget mener fortjener høyere vekt i spørsmålet om et ulovlig bevis skal tillates ført, er hensynet til en lovformelig prosess. Dette hensynet, eller idealet, går kort og godt ut på at man skal følge de bevisinnhentingsreglene som følger av loven. Dersom det har forekommet et brudd på disse reglene, altså brudd på en regel for ervervelse av bevis, så kan dette avbøtes gjennom å oppstille bevisforbud. Tanken er at et bevisforbud som oppstilles i disse tilfellene, kan bidra til å avbøte krenkelser som er begått, og til å gjenopprette den brutte tilliten mellom stat og borger.¹⁷⁸

Idealet om en lovformelig prosess tilsier at dersom det foreligger et brudd på reglene for lovlig beviserverv, så bør det oppstilles et bevisforbud for føring der det har skjedd brudd på sentrale regler til vern av enkeltpersoners frihet og privatliv.¹⁷⁹ Ved å oppstille bevisforbudet, viser retten at de tar myndighetsmisbruket som har forekommet på alvor. Utvalget mener at en vektlegging av hensynet til en lovformelig prosess kan tilsi at man går bort fra dagens klare utgangspunkt om at beviset kan føres til tross for feilen.¹⁸⁰ Om man mener hensynet til en lovformelig prosess bør gis tyngre vekt, kan det tilsi at man bør gå bort fra dette utgangspunk-

¹⁷⁵ NOU 2016: 24 s. 273, se fotnote 49 i lovutkastet.

¹⁷⁶ Rt. 2009 s. 1526, i avsn. 32.

¹⁷⁷ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁷⁸ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁷⁹ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁸⁰ NUT 1969: 3 s. 197.

tet. Da ville utgangspunktet i så fall bli at et ulovlig ervervet bevis ikke skal tillates, med mindre det gis en tilstrekkelig begrunnelse for at det bør kunne føres.¹⁸¹

Utvalget har skrevet et alternativt forslag til ny ordlyd som inkluderer dette omvendte utgangspunktet: «Det gjelder bevisforbud for bevis som er innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte. Beviset kan likevel benyttes når det foreligger særlig grunner.»¹⁸²

Det er imidlertid ikke dette som er det faktiske lovforslagets foreslåtte ordlyd. Man har i stedet valgt en nøytral utforming av regelen. Hensynet til en lovformelig prosess gjør seg gjeldende med ulik styrke avhengig av hvor grov krenkelsen som ble begått ved ervervet var. Dessuten er spørsmålet om det er snakk om et ulovlig beviservert, og om det skal oppstilles et bevisforbud for det ulovlige ervervet, to adskilte spørsmål.¹⁸³ Dette skillet ville blitt mindre tydelig dersom man hadde valgt den nevnte ordlyden. Men at utvalget velger å inkludere en alternativ ordlyd i redegjørelsen, tyder på at de synes hensynet er viktig.

4.5 Regelens foreslåtte ordlyd

4.5.1 Lovforslaget § 8-5

«§ 8-5. *Bevisforbud ved rettsstridig innhenting og tilgang til bevis*

Det gjelder bevisforbud for opplysninger som er innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte, når det er grunn til det. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på

- det rettsstridige beviservertets grovhet,
- om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser, og
- om det er reagert mot beviservertet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser.»

Bestemmelsen lovfester i all hovedsak læren om ulovlig ervervede bevis.¹⁸⁴ Etter lovforslagets § 8-1, kan bevisforbudet gjøres gjeldende for enhver bruk, på ethvert stadium og for enhver aktør.

¹⁸¹ NOU 2016: 24 s. 273.

¹⁸² NOU 2016: 24 s. 274.

¹⁸³ NOU 2016: 24 s. 274.

¹⁸⁴ NOU 2016: 24 s. 576.

4.5.2 «rettsstridig»

Første punktum av bestemmelsen lyder: «Det gjelder bevisforbud for opplysninger som er innhentet eller tilgjengeliggjort på rettsstridig måte, når det er grunn til det.»

Om uttrykket «rettsstridig», skriver utvalget at uttrykket rommer brudd på lovfestede og ulovfestede rettsnormer.¹⁸⁵ Dette er i tråd med læren om ulovlig ervervede bevis slik den er forstått i dagens rettspraksis.¹⁸⁶ Men utvalget skriver videre at uttrykket rettsstridig *ikke* er ment å omfatte beviserverv som er lovlige, men som regnes som «utilbørlige». Dette skiller seg fra dagens praksis, hvor Høyesterett har uttrykt at det kan oppstilles bevisforbud når beviset er ervervet på en utilbørlig, men ikke direkte ulovlig, måte.¹⁸⁷

Hva som er bakgrunnen for å gjøre denne endringen, fremkommer ikke av utkastet. Utvalget presiserer imidlertid at dersom det er snakk om et erverv som ikke er rettstridig, så er det ikke noe i veien for at slike bevis kan avskjæres etter forslaget § 7-3 annet ledd, eller på ulovfestet grunnlag. Men er dette gunstige hjemler for avskjæring av utilbørlig ervervede bevis?

Forslagets § 7-3 annet ledd lyder:

«Retten skal også nekte at det føres bevis når bidraget til sakens opplysning ikke står i et rimelig forhold til

- a) hensynet til effektiv saksavvikling,
- b) faren for at beviset virker villedende eller forstyrrende, eller
- c) den skade bevisføringen kan påføre mistenkte, fornærmede, et vitne eller en tredjeperson.»

Bestemmelsen hjemler muligheten for retten til å avskjære bevis på bakgrunn av relevans og forholdsmessighet. Regelen har sitt utspring i hensynet til effektiv saksavvikling.¹⁸⁸

Regelen er en skal-regel. Retten må altså ta stilling til *føring* av slike bevis, det er altså ikke snakk om forbud i alle stadier av saken, som for eksempel under etterforskning. Vurderingen som må gjøres i anvendelsen av bestemmelsen er en forholdsmessighetsvurdering. Forholdsmessighetsvurderingen tar utgangspunkt i hensynet til sakens opplysning. Om bruken av uttrykket «rimelig forhold» skriver utvalget at sakens betydning og alvorlighet er momenter

¹⁸⁵ NOU 2016: 24 s. 576.

¹⁸⁶ Se oppgavens punkt 3.4.

¹⁸⁷ Jf. bla. Rt. 1991 s. 616, Rt. 2009 s. 1526.

¹⁸⁸ NOU 2016: 24 s. 571.

som skal vurderes opp mot hensynene i bokstav a-c, og at det kan hende at disse hensynene ikke får særlig vekt i vurderingen.

Avskjæringen av utilbørlig ervervede bevis er kanskje mest aktuelt etter § 7-3 annet ledd bokstav c. Vurderingstemaet her blir hensynet til sakens opplysning sett opp mot hvilken «skade» føringen av beviset vil utgjøre. Utvalget presiserer ikke hva de legger i ordlyden «skade». Men de skriver at bestemmelsen gir hjemmel for å nekte føring av mindre viktig bevis som krenker beskyttelsesverdige interesser.¹⁸⁹ Hva som vil kunne omfattes av skadebegrepet er et åpent spørsmål for utvalget. Et eksempel som gis, er gjeldende rett etter dagens strpl. § 134 om bevisføring om vitnetsandel.¹⁹⁰

Hvordan bruk av denne nye hjemmelen vil slå ut i praksis er vanskelig å si. Vurderingen av hvorvidt et utilbørlig ervervet bevis er etter dagens rett bredere enn å kun vurdere en potensiell skade ved føringen sett opp mot hensynet til sakens opplysning. Likevel vil man nok kunne tolke en del av dagens momenter inn i skadebegrepet. Et hensyn det kanskje vil være vanskeligere å finne plass til her, er disiplineringshensynet. Disiplineringshensynet var relevant i både Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning) og Rt. 1997 s. 795 (Samvær) – dette var som tidligere nevnt saker hvor man hadde å gjøre med beviserverv som ikke var direkte lovstridige, men som var å regne som utilbørlige. Øyen mener den nye bestemmelsen er et kjærkomment tilskudd i en ny straffeprosesslov, ettersom man per i dag mangler en mer allmenn avskjæringshjemmel.¹⁹¹ Han har imidlertid ikke kommentert spørsmålet om avskjæring av utilbørlig ervervede bevis opp mot hjemmelen i § 7-3.

Når utvalget skriver at det ikke er noe i veien for at utilbørlige bevis kan avskjæres på bakgrunn av ulovfestet grunnlag er det ikke helt lett å forstå hva de sikter til.¹⁹² Det kan forstås dithen at utvalget mener at læren om ulovlig ervervede bevis altså er et rettslig grunnlag som eksisterer parallelt med forslaget til lovregulering. Vi vil altså ha med å gjøre både et en lov-hjemmel som gir mulighet for å avskjære ulovlige bevis, og en ulovfestet lære som gir hjemmel for å avskjære utilbørlige bevis.

Hvordan retten vil forholde seg til disse ulike rettslige grunnlagene for avskjæring, er vanskelig å forutse. Etter normal juridisk metode vil det nok tas utgangspunkt i loven først. Hvorfor man har valgt å overlate «halve» bruksområdet for læren til enten en lov-hjemmel som ikke treffer like godt, sekundært til ulovfestet rett, er uvisst.

¹⁸⁹ NOU 2016: 24 s. 571.

¹⁹⁰ NOU 2016: 24 s. 571.

¹⁹¹ Øyen (2017) s. 10.

¹⁹² NOU 2016: 24 s. 576.

Øyen har uttrykt seg kritisk til at en regel om bevisforbud for ulovlige bevis ikke vil omfatte også utilbørlige bevis. Utilbørlige bevis omfattes jo av den ulovfestede læren i straffeprosessen, og av tvl. § 22-7. Han mener lovutvalget ikke gir en god nok begrunnelse for hvorfor regelen skal gis et snevrere virkeområde.¹⁹³ Jeg kan til dels si meg enig i dette. Tvistelovens § 22-7 bruker med vilje ordlyden utilbørlig – en ordlyd som både rommer ulovlig og utilbørlig ervervede bevis. Dette var en helt bevisst handling fra tvistelovutvalgets side.¹⁹⁴ Når straffeprosesslovutvalget velger en annen løsning, er det rart de ikke begrunner det mer inngående.

Et annet moment Øyen trekker frem i sitt høringssvar, er at det vil komplisere rettsprosessen om man må ta utgangspunkt i ordlyden «rettsstridig» i stedet for «utilbørlig». Dersom man bruker ordlyden «utilbørlig», vil man forenkle prosessen dersom man slipper å ta stilling til hvorvidt opptredenen som gir grunnlag for bevisforbudet, har vært i strid med en lovfestet eller ulovfestet regel.¹⁹⁵ På grunn av disse betraktningene mener Øyen at bruk av ordet rettsstridig bør erstattes med utilbørlig.

Når det ikke foreligger noen god forklaring fra lovutvalgets side om hvorfor man har valgt å snevre inn ordlyden til å kun omfatte rettstridige bevis, så må jeg personlig si meg enig med Øyen. Det ville være lettere å legge seg på en ordlyd som er i samsvar med dagens ulovfestede lære, og tvl. § 22-7. Særlig ettersom at sistnevnte hjemmel regnes som uttrykk for det samme vurderingstemaet som følger av den ulovfestede læren, og at hjemmelen har blitt stadig oftere brukt som veiledning for bevisavskjæringsvurderingen også i straffesaker.¹⁹⁶

4.5.3 «når det er grunn til det»

4.5.3.1 *Generelle utgangspunkter*

Dersom man har å gjøre med et bevis som er innhentet eller tilgjengeliggjort på en rettsstridig måte, kan det oppstilles bevisforbud «når det er grunn til det». Ordlyden legger så vidt jeg kan se opp til en lignende to-trinns vurdering på samme måte som etter dagens lære.¹⁹⁷ Først må man vurdere om man har å gjøre med et bevis som er innhentet eller tilgjengeliggjort på en rettsstridig måte, deretter må man ta stilling til om det det er grunn til å oppstille et bevisforbud.

¹⁹³ Øyen (2017) s. 11.

¹⁹⁴ NOU 2001:32 B, s. 961.

¹⁹⁵ Øyen (2017) s. 11.

¹⁹⁶ Se for eksempel HR-2017-1894-U.

¹⁹⁷ Se oppgavens punkt 3.3.

Hva er det som ligger i kriteriet «når det er grunn til det»? Ordlyden vitner om at man har å gjøre med en nokså skjønnsmessig vurdering. Utvalget har ved å bruke denne standarden ment å fremheve det tidligere nevnte hensynet til lovformelighet.¹⁹⁸ De mener kriteriet «når det er grunn til det» bør tolkes slik at den skiller seg distinkt fra tilnærmingen som følger av dagens rett, hvor eventuelle feil ved beviset ikke er til hinder for at det føres.¹⁹⁹ Utvalget skriver eksplisitt at den skjønnsnormen de har valgt, er ment å skulle understreke en bevissthet rundt ulovligheter som forekommer ved beviservert.²⁰⁰

Men er det naturlig å forstå ordlyden «når det er grunn til det» som et klart signal om at man må ta større hensyn til en lovformelig prosess? Øyen synes ikke lovformelighetsidealet og det rettslige konsekvenser er kommet til uttrykk på en klar måte i det faktiske forslaget.²⁰¹ Jeg er enig med ham. Når det er et mål for komiteen at loven skal gi uttrykk for bevisforbudene på en dekkende måte, er det problematisk at de har valgt denne måten å markere lovformelighetshensynet på. Den er ikke særlig intuitiv.

Det er ikke bare en bevissthet rundt beviservert lovutvalget har ønsket å gjøre straffeprosessens aktører oppmerksomme på. Vilkårene for å benytte rettstridig ervervede bevis forutsettes praktisert på en noe strengere måte.²⁰² Når vilkårene skal praktiseres strengere, vil dette kunne senke terskelen for når det oppstilles et bevisforbud.

Robberstad er også kritisk til kriteriet «når det er grunn til det». Hun mener det svært uforutsigbart hva som egentlig skal legges vekt på, selv om det listes opp momenter som skal fungere som retningslinjer for vurderingen. Robberstad mener formuleringen er «en innbydelse til forsvarere til krangler og uthaling i hver eneste sak».²⁰³ Robberstad påpeker dette i sammenheng med et resonnement om at lovutvalget legger opp til en «amerikanisering» av straffeprosessen. Hun mener lovutvalget heller burde brukt tvl. § 22-7 som utgangspunkt.²⁰⁴ Jeg ser hvorfor Robberstad mener du hun gjør. Ordlyden i tvisteloven er også skjønnsmessig. Etter tvl. § 22-7 kan et ulovlig ervert bevis nektes ført i «særlige tilfeller». Dette er et kriterium hvor man nesten forventer at domstolen kommer til å angi retningslinjer for vurderingen som skal gjøres, og dessuten kan støtte seg på hva forarbeidene mener er et særlig tilfelle. Når

¹⁹⁸ NOU 2016: 24 s. 576.

¹⁹⁹ Rt. 2006 s. 582, i avsn. 22.

²⁰⁰ NOU 2016: 24 s. 576.

²⁰¹ Øyen (2017) s. 11.

²⁰² NOU 2016: 24 s. 576.

²⁰³ Robberstad (2017) s. 314.

²⁰⁴ Robberstad (2017) s. 314.

straffeprosesslovutvalget sier at det vilkårene for når et ulovlig bevis kan føres skal praktiseres strengere, i tillegg til at de legger til grunn en veldig generell ordlyd som vurderingskriterium, så er jeg enig med Robberstad i at dette kan innby til flere anførsler om bevisavskjæring.

Lovforslagets ordlyd er, i motsetning til ordlyden i tvl. § 22-7, ikke fri for retningslinjer når det gjelder spørsmålet om «når det er grunn til» å oppstille et bevisforbud. Forslagets § 8-5 annet punktum gir en anvisning må momenter som skal vektlegges i vurderingen av hva som utgjør en tilstrekkelig «grunn» til å oppstille bevisforbudet. Utvalget fremhever at listen med momenter ikke er uttømmende, jf. ordlyden «særlig legges vekt på». Utvalget skriver at momentene skal vurderes i sammenheng, men også et enkelt moment kan gjøre seg gjeldende med en styrke som tilsier at det ikke gjelder et bevisforbud.²⁰⁵

4.5.3.2 *Grovhet*

Det første momentet er «*det rettstridige beviserervets grovhet*». Grovheten av beviserervet er en vurdering av beviserervets karakter - utvalget skriver at dersom det er snakk om et bevisererv hvis rettstridighet utgjør en bagatellmessig overtredelse, så skal beviset som oftest føres.²⁰⁶

Beviserervets karakter er også et moment som vurderes etter dagens lære, men er først et selvstendig element i den konkrete interesseavveiningen som må gjøres dersom man kommer til at føring av beviset ikke vil representere en gjentatt eller fortsatt krenkelse. Men som tidligere nevnt, har beviserervets karakter nær sammenheng med om man i det hele tatt har å gjøre med ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis.

4.5.3.3 *Beskyttelsesverdige interesser*

I momentet «*om bruken av beviset vil krenke beskyttelsesverdige interesser*» skal det vurderes hvilke interesser som rammes ved at man benytter beviset på et senere tidspunkt.²⁰⁷ Her viser utvalget til at den nye ordlyden fraviker læren om ulovlige bevis, som i dag fokuserer på fortsatt eller gjentatt krenkelse av interessene som ble krenket ved selve beviserervet. Utvalget mener «beskyttelsesverdige interesser» skal forstås vidt. De gir ingen nærmere anvisning på hva begrepet inneholder. Jeg tenker det er nærliggende at beskyttelsesverdige interesser i hvert fall omfatter menneskerettigheter og et vern mot støtende og illojal bevisføring.

²⁰⁵ NOU 2016:24 s. 576.

²⁰⁶ NOU 2016:24 s. 576.

²⁰⁷ NOU 2016:24 s. 576.

Den store forskjellen fra i dag er altså at det er krenkelsen ved føringen av beviset som er sentral, ikke om den samme krenkelsen skjedde også ved selve ervervelsen av beviset. Momentet åpner altså for at *nye* interesser som vil oppstå ved føringen av beviset, kan tillegges vekt.

4.5.3.4 Reaksjon for å forebygge fremtidige krenkelser

Det siste momentet den foreslåtte lovregelen mener det skal legges vekt på er «*om det er reagert mot beviservervet på en måte som må antas å forebygge fremtidige krenkelser*». Vurderingen som må gjøres, er om et bevisforbud vil motvirke fremtidige krenkelser.

Utvalget mener dette momentet gir uttrykk for et ønsket fokus på disiplineringshensynet. Som tidligere omtalt er utvalget av den oppfatning av at dette hensynet bør tillegges mer vekt i spørsmålet om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført.²⁰⁸

Utvalget gir ganske omstendelige anvisninger på innholdet i dette momentet. De skriver at vurderingen må ta utgangspunkt i «objektive og saksspesifikke omstendigheter og vil gjøre seg gjeldende ulikt avhengig av de konkrete forhold i saken».²⁰⁹ Vi har altså å gjøre med en konkret vurdering i hver enkelt sak, men vurderingen skal skje på bakgrunn av objektive kriterier.

Det første kriteriet utvalget angir for vurderingen er *hvordan og hvor strengt* det eventuelt er reagert på en overtredelse. Hvis ikke reaksjonen som er gitt er adekvat, taler dette for bevisforbud.²¹⁰ Men hva er det som utgjør en adekvat reaksjon?

Det er ikke noe krav om at det skal være gitt en formell reaksjon. Men det skal ses hen til hva slags type reaksjon som er ilagt, og det øvrige etterspillet av ulovligheten som oppstod ved beviservervet. Utvalget går så over til å utdype hva man «blant annet» kan legge vekt på når man skal vurdere reaksjonen, momentene som nevnes er således ikke uttømmende. De skriver at det er forskjell på om det er gitt muntlig eller skriftlig advarsel fra en overordnet, eller om det er ilagt ordensstraff eller reist straffesak. De to sistnevnte reaksjonene tilsier at det er forekommet rettstridig erverv av et visst alvor. Utvalget skriver at det også vil utgjøre en forskjell dersom tiltak som er iverksatt for å motvirke fremtidige overtredelser, er av formell eller uformell karakter.

²⁰⁸ NOU 2016:24 s. 576.

²⁰⁹ NOU 2016:24 s. 576.

²¹⁰ NOU 2016:24 s. 576.

Utvalget kommenterer også samspillet mellom strekpunkt tre om en eventuell reaksjon, opp mot strekpunktet om grovheten av beviservervet, og strekpunktet om beskyttelsesverdige interesser.

Den ilagte reaksjonen skal vurderes opp mot overtredelsens alvorlighet.²¹¹ Dersom det er snakk om mindre brudd på ordensforskrifter, skal det normalt ikke oppstilles noe bevisforbud. Men dersom ulovligheten det er snakk om knytter seg til innarbeidet praksis, og særlig dersom det har vært mulig å endre den innarbeidede praksisen, vil det kunne være aktuelt å oppstille et bevisforbud.

Når det gjelder samspillet mellom strekpunkt to om beskyttelsesverdige interesser og strekpunkt tre om eventuelt ilagt reaksjon på beviservervet, skriver utvalget at dersom politiet med «åpne øyne» har brutt sentrale rettsikkerhetsgarantier, så kreves det en tydelig reaksjon dersom det ikke skal bli snakk om noe bevisforbud. Selv om det reageres mot bruddet i disse tilfellene, mener utvalget at dette ikke nødvendigvis vil hindre at det oppstilles bevisforbud. Dette innebærer at det må kreves en tydelig reaksjon når det har vært brukt tvangsmidler uten at det foreligger skjellig grunn til mistanke, men det i ettertid har vist seg at det egentlig forelå hjemmel for ransaking.²¹² Dette skiller seg fra dagens rettstilstand, jf. Rt. 2006 s. 582 (Ransaking).

Generelt om avveiningen som skal gjøres ved vurdering av reaksjonen som er gitt, mener utvalget at det skal legges vekt på om det kommer fram at det ikke tas lett på overtredelsen ved at det for eksempel er gjort interne undersøkelser eller det er tatt en gjennomgang av retningslinjer. Dette vil være særlig aktuelt ved anonyme feil.²¹³ Dersom det gjelder en overtredelse som er et resultat av et strukturelt og vedvarende problem, mener utvalget at det uansett må veie tungt at bevisforbud kan motvirke fremtidige krenkelser.²¹⁴

4.6 Vurdering av forslaget

4.6.1 Hvilke hensyn blir «vinnere», og blir det noen «tapere»?

Det har vært helt bevisst fra utvalgets side å justere hvilke hensyn som skal få mest vekt i vurderingen av om et rettstridig bevis skal tillates ført. I dagens rettstilstand er det to hensyn

²¹¹ NOU 2016:24 s. 577.

²¹² NOU 2016:24 s. 577.

²¹³ NOU 2016: 24 s. 577.

²¹⁴ NOU 2016: 24 s. 577.

som har særlig vekt i vurderingen: Hensynet til et materielt riktig resultat, og hensynet til vern av en krenket interesse.²¹⁵

Hensynet til et materielt riktig resultat har en helt særegen rolle i straffesakene, og det er ofte dette hensynet som veier tyngst på vektskålen når retten vurderer spørsmålet om bevisforbud. Målet er å treffe en sann avgjørelse. Når utvalget ønsker å justere læren, så må hensynene og momentene de ønsker skal vektlegges, til syvende og sist veie tungt nok til at de ikke lar seg trumfe av hensynet til sakens opplysning, utgangspunktet om fri bevisførsel og målsetningen om å treffe en sann avgjørelse.

Et ønske om at disiplineringshensynet skal veie tyngre i vurderingen av om det bør oppstilles et bevisforbud, kommer til uttrykk i § 8-5 strekpunkt tre, som omhandler hvorvidt det er reagert mot den rettstridige oppførselen som skjedde ved beviservervet. Hvilken effekt det vil ha at hensynet i større grad skal tas i betraktning enn i dag, blir til dels signalisert gjennom at utvalget går langt i å antyde at resultatet i avgjørelsen Rt. 2006 s. 582 (Ransaking) ville kunne blitt annerledes med anvendelsen av den nye regelen.

Selv om disiplineringshensynet er et viktig hensyn også etter dagens rett, har jeg påpekt tidligere at det ikke er gitt et konsekvent gjennomslag. Blir hensynet framhevet så tydelig som utvalget har foreslått, er det nok grunn til å tro at det i hvert fall det vil måtte vektlegges i større grad enn i dag.

Etter dagens lære, så må man ved spørsmålet for om det skal oppstilles et bevisforbud, først tas stilling til om det er snakk om en gjentatt eller fortsatt krenkelse. Når utvalget går bort fra denne inndelingen, vil disiplineringshensynet bli løftet opp fra å «bare» være et hensyn i interesseavveiningen, til å bli et hensyn som det må tas stilling til ved avveiningen av om det rettstridige beviset skal tillates ført.

Ambisjonen om å styrke lovformelighetsprinsippet anser jeg for å være mindre vellykket. Hensynet kommer ikke klart nok til uttrykk i den foreslåtte ordlyden til at jeg tror det vil gis et vesentlig annerledes gjennomslag i praksis.

Beviservervets karakter er slik jeg ser det allerede et ofte brukt moment i vurderingen av hvorvidt beviset skal føres. Jeg tror ikke utvalgets fremheving av det vil føre til noen endret retts-tilstand.

²¹⁵ Se oppgavens punkt 3.8.

Når det gjelder momentet om beskyttelsesverdige interesser, og at det skal vurderes om et bevisforbud vil kunne beskytte mot fremtidig krenkelse av disse interessene, har utvalget sagt at beskyttelsesverdige interesser må forstås bredt. Hensynene dette momentet er ment å verne, er ikke presisert, men det er nok de samme type sakene som blir vurdert under gjentatt eller fortsatt krenkelse som vil aktualisere seg også under dette momentet. Forskjellen nå, er at man ikke sier at en gjentatt krenkelse av disse bevisene «normalt» skal avskjæres. Men ved å ha det med som et opplistet moment som *skal* vektlegges i vurderingen, vil det nok ikke denne forskjellen ha så mye å si for hvilken vekt hensynet til direkte rettighetsvern vil få.

Det er naturlig å tenke seg at dersom hensyn som taler for at det oppstilles bevisforbud får økt vekt, så vil det også tilsi at hensynet til et materielt riktig resultat, blir svekket. Jeg tror imidlertid, i likhet med Øyen, at momentene som utvalget trekker frem som retningslinjer for vurderingen, kanskje ikke er de som er best egnet til å trumfe dette hensynet.²¹⁶

4.6.2 Kommer det til å bli oppstilt flere eller færre bevisforbud?

Retten er i dag ganske sparsomme med å oppstille bevisforbud på bakgrunn av ulovlig ervervede bevis. Dersom disiplineringshensynet blir gitt et større gjennomslag, ville det kanskje kunne ende med at det ble oppstilt bevisforbud i noe flere saker. Men dette er jo bare spekulasjon. En viktig endring som følge av lovforslaget, er at det legger opp til en innsnevring av virkeområdet når det gjelder utilbørlige bevis. Hvorvidt dette vil ende med at det vil oppstilles flere bevisforbud er også umulig å si på forhånd. Utvalget har jo foreslått en alternativ hjemmel.

Når utvalget sier eksplisitt at de ønsker å praktisere vilkårene for når et rettstridig bevis kan føres på en strengere måte, så kan det godt hende, at man med et så tydelig signal i forarbeidene, vil være mer skeptiske til å tillate føring av rettstridige bevis. Det kan tenkes at dette vil kunne føre til at det oppstilles flere bevisforbud i situasjoner hvor beviset er ulovlig ervervet.

4.6.3 Er den foreslåtte reguleringen en heldig løsning?

Jeg har allerede nevnt to innvendinger mot forslaget som omhandler effektivitet. Øyen har påpekt at forslaget § 8-5 vil innebære at retten må ta stilling til om et bevis er ervervet på en rettsstridig måte. Utilbørlig ervervede bevis er ikke en del av regelens virkeområde. Hadde man gjort som tvistelovsutvalget, og gått for ordlyden utilbørlig, så ville man spart retten for den ekstra drøftelsen det innebærer å måtte etablere hvorvidt beviset faktisk er rettsstridig.

²¹⁶ Øyen (2017) s. 12.

Robberstads innvending mot kriteriet «når det er grunn til det», er knyttet til hennes frykt for en «amerikanisering» av straffeprosessen. Jeg har til dels sagt meg enig med både Øyen og Robberstad angående deres betraktninger.

Øyen mener det er andre omstendigheter som bør ligge til grunn for vurderingen av hvorvidt et bevis skal tillates ført eller ikke.²¹⁷ Hans synspunkt er at retningslinjene for vurderingen bør fokusere på hvilken type regler eller ideelle interesser som krenket gjennom bevissikringen. Når det foreligger et brudd på en materiell skranke for bevissikring eller bevisinnhenting, er det aller størst grunn til å oppstille et bevisforbud.²¹⁸ Dette gjelder særlig dersom det er snakk om brudd på individuelle rettigheter gjennom brudd på Grunnloven eller EMK. Videre mener Øyen at det er mindre grunn til å oppstille et bevisforbud dersom bruddet det er snakk om er i strid med legalitetsprinsippet, saksbehandlingsregler eller kompetanseregler om bevissikring.²¹⁹ Denne gradsforskjellen, materiell integritetskrenkelse kontra brudd på legalitetsprinsippet, saksbehandlingsregler og kompetanseregler, er jeg enig i burde vært reflektert i lovutkastet.

Øyen mener videre at det fortsatt bør ha betydning om hensynene bak bevissikringsskranken tilsier at det bør gjelde et bevisforbud. Hvis ikke hensynene medfører at det er så betenkelig å benytte informasjonen, så er det ikke noen god grunn til å oppstille bevisforbud.²²⁰

Dessuten mener Øyen at det bør ha betydning om handlingen begått ved beviservervet svekker mistenktes rettsikkerhet. Dette vil fort kunne være tilfellet når det beviset er mindre etterprøvbart, og fort kan lede til feilslutninger.²²¹ Jeg er enig i at også dette momentet burde vært inkludert i lovforslaget. Utvalgets moment om hvorvidt beskyttelsesverdige interesser vil bli krenket, knytter seg til hvis beviset skal benyttes på et senere tidspunkt.

Jeg synes ordlyden alt i alt er helt grei. Jeg er i likhet med Robberstad av den oppfatning at det hadde vært best å støtte seg på en ordlyd som var mer lik tvl. § 22-7. Det virker som om utvalget har lagt seg på en mellomløsning, hvor de på den ene siden mener dagens ulovfestede lære i det store og hele gir uttrykk for en fornuftig avveining mellom viktige hensyn, mens på den andre siden er de nokså endringsvillige, og vil vektlegge lovformelighetshensynet og disiplineringshensynet. Endringsviljen har ført til at de, i motsetning til tvistelovsutvalget, i stør-

²¹⁷ Øyen (2017) s. 12.

²¹⁸ Øyen (2017) s. 12.

²¹⁹ Øyen (2017) s. 12.

²²⁰ Øyen (2017) s. 12.

²²¹ Øyen (2017) s. 12.

re grad har gått inn for å styre vurderingen av når et bevis skal avskjæres, i stedet for å overlate utviklingen i all hovedsak til rettspraksis.

5 Konklusjon

Jeg har i denne oppgaven vist hvordan straffeprosesslovutvalget har et ønske om å justere dagens avveining av hvorvidt et rettstridig ervervet bevis skal tillates ført. Jeg har vurdert forslaget, og sett på hvordan det kan resultere i en endret praksis i hvilke tilfeller det vil oppstilles et bevisforbud, og at det kan tenkes at dette vil skje noe oftere.

Jeg sitter igjen med et spørsmål om det er lurt å lovfeste regelen. Dagens lære gir uttrykk for det jeg mener er en god balanse mellom ulike hensyn. Det er snakk om en skjønnsmessig tilnærming i hver sak, men det betyr langt i fra at ikke det er nyttig med noen felles retningslinjer for avveiningen. Disse fremgår i dag av rettspraksis, og læren som har vokst fram her anvendes i dag, slik jeg vurderer det, ganske konsekvent.

Et viktig argument for lovfesting av læren, er at det vil være lettere å bevisstgjøre om muligheten for avskjæring ved feil som har oppstått. Tvl. § 22-7 blir i dag brukt som retningslinje for læren på straffeprosessens område, og det å da ikke lovfeste en hjemmel for samme læren ved vedtakelsen av ny lov, vil være spesielt.

Det blir spennende å se i hvilken grad Regjeringen tar innover seg kritikken som er fremmet når de skal inngi en innstilling til ny lov. Det blir ikke minst spennende å se om, og i så fall hvordan, den endelige loven vil forholde seg til en lovregulering av læren om rettstridig erverve bevis.

6 Litteraturliste

6.1 Litteratur

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

Elden, John Christian, Anders Brosveet, Håkon Bodahl-Johansen. *Straffeprosess – en veiledning*, Rettsdata.no, 2012. [sitert 20.02.2018].

Jahre, Hans-Petter. «Bevisavskjæring – Begrensninger i opplesningsadgangen når det er prosessuelle feil ved en tidligere avgitt forklaring», *Tidsskrift for strafferett* volum 16, nr. 2 (2016), s. 131-160.

Robberstad, Anne. *Sivilprosess*, (3.utgave), Oslo: Fagbokforlaget, 2015.

Robberstad, Anne. «Viljen til å skape lov og Grunnlov», *Lov og rett* volum 55, nr. 1 (2016), s. 49-64.

Robberstad, Anne. «Partsprosessen og fornærmede», *Tidsskrift for strafferett* volum 17, nr. 4 (2017), s. 311-328.

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, mfl. *Tvisteloven: (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister): kommentarutgave: D. 2: §§ 21-1 til 37-3*, (2.utgave), Oslo: Universitetsforlaget, 2013. Digital versjon. Sitert fra kommentarutgaver.no. [sitert 16.02.2018].

Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo: Unipub, 2008.

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* volum 49, nr. 7 (2010), s. 423-438.

Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*, Bergen: Fagbokforlaget, 2016.

6.2 Lover og internasjonale konvensjoner

1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
EMK	The European Convention on Human Rights, Roma 4. november 1950

6.3 Forarbeider

NUT 1969: 3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen
NOU 2001: 32	Rett på sak – Lov om tvisteløsning
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov

Øyen, Ørnulf. (2017) Høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, 2. juni 2017. [<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/?uid=ea6d93dc-d9f6-4845-8f65-cbef34380f2a>] [sitert 25.03.18]

6.4 Rettspraksis

Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkning)
Rt. 1992 s. 698 (Treholt)
Rt. 1994 s. 1139 (Amnesti)
Rt. 1997 s. 795 (Samvær)
2003 s. 549 (Innledende samtale)
Rt. 2003 s. 1266 (Porno-pc)
Rt. 2003 s. 1814
Rt. 2004 s. 858 (Verge)
Rt. 2006 s. 582 (Ransaking)
Rt. 2009 s. 1526 (Lydopptak)
Rt. 2011 s. 1324
Rt. 2013 s. 1282
HR-2017-1894-U (Mindreårig)