

Det juridiske fakultet

Bruk av overskuddsinformasjon fra kommunikasjonskontroll, som bevis for straffbare forhold som ikke kunne ha begrunnet kontrollen

av Lotte Bjørnefjell

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2014

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|-----------|
| 1. Innledning | 4 |
| 1.1 Tema | 4 |
| 1.2 Metode og rettskilder..... | 6 |
| 1.3 Avgrensning | 7 |
| 2. Kommunikasjonskontroll som etterforskningsmetode | 7 |
| 2.1 Generelt..... | 7 |
| 2.2 Kort om kommunikasjonsavlytting..... | 8 |
| 2.3 Kort om annen kontroll av kommunikasjonsanlegg | 8 |
| 2.4 Kort om romavlytting | 9 |
| 2.5 Vilkårene for å iverksette tvangsmidlene..... | 10 |
| 2.5.1 Kravet om «skjellig grunn» til mistanke | 10 |
| 2.5.2 Krav til nødvendighet..... | 10 |
| 2.5.3 Tillatelse må gis ved kjennelse | 11 |
| 2.5.4 Lempeligere vilkår for kommunikasjonskontroll i avvergende øyemed | 11 |
| 2.6 Konklusjon..... | 11 |
| 3. Overskuddsinformasjon – begrep og historikk | 12 |
| 3.1 Innledning | 12 |
| 3.2 Avklaring av begrepet overskuddsinformasjon..... | 12 |
| 3.3 Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon - historikk | 13 |
| 3.3.1 Bevisadgang for avlyttingsmateriale var ikke lovregulert..... | 13 |
| 3.3.2 Generelt bevisforbud for avlyttingsmateriale | 13 |
| 3.3.3 Ny lovrevisjon – overskuddsinformasjon tillates som bevis | 14 |
| 3.3.4 Bevisadgangen for overskuddsinformasjon utvides i rettspraksis | 14 |
| 3.3.5 Dagens regler | 16 |
| 4. Hensynene bak dagens adgang til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon | 17 |
| 4.1 Innledning | 17 |
| 4.2 Behovet for kriminalitetsbekjempelse..... | 17 |
| 4.2.1 Utgangspunkt..... | 17 |
| 4.2.2 Effektiv etterforskning og oppklaring av straffesaker | 18 |
| 4.2.3 Hensynet til materielt riktige avgjørelser..... | 19 |
| 4.2.4 Tillitshensyn..... | 19 |
| 4.2.5 Kriminalitetsutviklingen | 20 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3 Personvern og rettsikkerhet | 20 |
| 4.3.1 Hensynet til personvernet | 20 |
| 4.3.2 Misbruksfare | 23 |
| 4.3.3 Tillitshensyn – motsatt effekt? | 25 |
| 5. Bevisadgangen i strpl. § 216i (1-d) de lege lata..... | 25 |
| 5.1 Innledning - unntak fra hovedregelen..... | 25 |
| 5.2 Kravet om nødvendighet | 27 |
| 5.2.1 Utgangspunkt..... | 27 |
| 5.2.2 Må alle egnede etterforskningsmetoder utprøves?..... | 28 |
| 5.2.3 Andre forhold av betydning for nødvendighetsvurderingen..... | 29 |
| 5.2.4 Overskuddsinformasjonens bevisverdi..... | 30 |
| 5.3 Kravet om forholdsmessighet | 30 |
| 5.3.1 Sakens art..... | 31 |
| 5.3.2 Forholdene ellers | 32 |
| 5.4 Betydningen av § 216 (1-d) annet punktum..... | 36 |
| 5.4.1 Innledende bemerkninger | 36 |
| 5.4.2 Videreføring av tidligere rett | 36 |
| 5.5 Domstolens behandling av spørsmålet om bevisavskjæring..... | 38 |
| 6. Vernet etter Norges folkerettslige forpliktelser | 40 |
| 6.1 Innledning | 40 |
| 6.2 Vernet i EMK art. 8..... | 40 |
| 6.2.1 Inngrepet må skje «in accordance with national law» | 42 |
| 6.2.2 Inngrepet må være «necessary in a democratic society» | 46 |
| 6.3 Vernet i EMK art. 6..... | 48 |
| 7. Bevisadgangen de lege ferenda..... | 48 |
| Kilderegister | 50 |

1. Innledning

1.1 Tema

Utgangspunktet for bevisføringen i norsk straffeprosess er at partene fritt kan føre de bevis de måtte ønske.¹ Dette gjelder også bevismessig bruk av opplysninger som gjelder andre straffbare forhold enn det etterforskningen tok sikte på å avdekke.² For bevis som er avdekket gjennom kommunikasjonskontroll og romavlytting, er hovedregelen imidlertid den motsatte.

Kommunikasjonskontroll er samlebetegnelsen på etterforskningsmetoder som hovedsakelig går ut på å avlytte samtaler som enten foregår gjennom ulike kommunikasjonsanlegg som telefon og datamaskin, eller i private og offentlige rom.³ Metodebruken medfører at politiet får tilgang til store mengder sensitiv informasjon. Opplysningene kan være av mer eller mindre fortrolig art, og i ytterste skala være egnet til å belyse andre straffbare forhold enn det etterforskningsskrittet tok sikte på å avdekke, såkalt overskuddsinformasjon.⁴

Kommunikasjonskontroll vil nødvendigvis måtte skje uten den mistenktes eller andre berørtes underretning⁵, og inngrepet representerer et vesentlig innhugg i borgernes private sfære. Metodebruken er derfor begrenset til etterforskning av svært alvorlig kriminalitet og betinget av strenge vilkår.⁶ Som følge av kommunikasjonskontrollens ekstraordinære karakter, er den bruksmessige reguleringen av opplysningene fra slik metodebruk, underlagt et annet regelsett enn det øvrige etterforskningsmaterialet.⁷ Hovedregelen fremgår av straffeprosessloven (strpl.) § 216i (1), som bestemmer at «[a]lle skal bevare taushet om at det er begjært eller besluttet kommunikasjonskontroll i en sak, og om opplysninger som fremkommer ved kontrollen. Det samme gjelder andre opplysninger som er av betydning for etterforskningen, og som de blir kjent med i forbindelse med kontrollen eller saken». Opplysningene er således gitt et særlig vern mot eksponering for andre.

¹ Se blant annet Rt. 2002 s. 1744 (s. 1746) og Rt. 2008 s. 605 (avsnitt 13).

² NOU 2009: 15 s. 263 (punkt 25.3).

³ Se kapittel 2 nedenfor.

⁴ Nærmere om dette begrepet under punkt 3.2, nedenfor.

⁵ Se strpl. § 216j.

⁶ Se kapittel 2, nedenfor.

⁷ Andre opplysninger reguleres av hovedregelen om taushetsplikt i strpl. § 61 a, og av de vidtrekkende unntakene i §§ 60 b og 60 c. Fra 1. juli 2014 vil taushetsplikten reguleres av politiregisterloven § 23, jf. forskrift 13. desember 2013 nr. 1449.

Av ulike hensyn, herunder behovet for kriminalitetsbekjempelse, må taushetsplikten tåle et knippe unntak. Hovedregelen er blant annet ikke til hinder for at opplysningene benyttes i etterforskningen, eller til å forhindre at noen uskyldige blir straffet jf. tredje punktum henholdsvis bokstav a og e. Videre gjøres unntak for bevismessig bruk for det straffbare forholdet som begrunnet kommunikasjonsskontrollen, men også for andre straffbare forhold som «etter sin art kunne ha begrunnet» den aktuelle kontrollen, jf. henholdsvis bokstav b og c.

Ved lov 21. juni 2013 nr. 86 om endringer i straffeprosessloven mv. fikk taushetsplikten i § 216i (1) et nytt unntak, jf. bokstav d. Lovendringen utvider bevisadgangen for overskuddsinformasjon i betydelig grad,⁸ og oppstiller to svært vage og skjønnsmessige kriterier for bevisbruken. Bestemmelsen i bokstav d tillater at kommunikasjonsskontrollmaterialet benyttes

«som bevis for et annet straffbart forhold som etter sin art ikke kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonsskontroll som opplysningene stammer fra, såfremt slik bruk etter sakens art og forholdene ellers ikke vil være et uforholdsmessig inngrep, og oppklaring av forholdet uten bruk av opplysningene i vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort. Er det andre forholdet påtalt som en overtredelse som kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonsskontroll som opplysningene stammer fra, eller belyser opplysningene også et straffbart forhold som etter sin art kunne ha begrunnet slik kontroll, kan opplysningene uansett brukes som bevis».

Loven åpner altså for en vidtrekkende adgang til å benytte materiale fra en svært integritetskrenkende og strengt regulert metodebruk, som bevis for straffbare forhold som under ingen omstendighet kunne hjemlet slik kontroll. Dette er temaet for avhandlingen. Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon fra kommunikasjonsskontroll innebærer eksponering av sensitive opplysninger som er innhentet på lovlig vis, men som politiet egentlig ikke skulle hatt tilgang til. Ikke bare står den siktede i kontrollsaken i fare for å tiltales for ethvert forhold som måtte oppdages gjennom kontrollen. Enhver person som har kontakt med den siktede, kan risikere det samme. I tillegg medfører bevisadgangen at uskyldige tredjepersoner i større utstrekning vil kunne få sine fortrolige samtaler eksponert for

⁸ Bruce og Haugland (2014) s. 288-289.

åpen rett. Slik bevismessig bruk står således i et betydelig spenningsforhold til den enkelte borgerens personvern.

Respekt for privatliv er en rettighet som beskyttes i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 8 nr. 1. Det kan derfor reises spørsmål om hvorvidt de skjønsmessige kriteriene for bevisadgangen i strpl. § 216 (1-d) er egnet til å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser. Et grunnleggende spørsmål i så henseende blir hva som er viktigst; behovet for kriminalitetsbekjempelse eller hensynet til borgerens personlige integritet og personvern?

Formålet med denne avhandlingen er å undersøke hvilken rettsstilstand som kan utledes av bestemmelsen i strpl. § 216i (1-d). Temaet for avhandlingen nødvendiggjør en kortfattet behandling av reglene som gjelder for politiets bruk av kommunikasjonskontroll. Det er også hensiktsmessig å foreta en historisk undersøkelse av bevisføringsadgangen for denne typen informasjon, idet utviklingen er egnet til å belyse dagens regel. En viktig del av avhandlingen er videre å undersøke hvilke hensyn som begrunner bevisadgangen, og hvilke hensyn som taler mot. Oppgaven vil videre berøre regelens forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, med særlig hensyn til art. 8.

1.2 Metode og rettskilder

Ettersom undersøkelsen ikke er knyttet opp mot en konkret sak, vil gjeldende rett klarlegges gjennom rettsdogmatisk argumentasjon på bakgrunn av de tradisjonelle rettskildene.⁹

Temaet ligger sentralt for legalitetsprinsippets rekkevidde og lovens ordlyd vil derfor utgjøre den viktigste rettskilden for argumentasjonen. De lovforberedende uttalelsene i prop. 147 L (2012-2013), samt Metodeutvalgets utredning i NOU 2009: 15, vil videre utgjøre tungtveiende rettskilder. Da bestemmelsen i § 216i (1-d) er ny i straffeprosessloven, finnes det foreløpig ingen rettspraksis som direkte omhandler denne. Tidligere rettspraksis vil likevel kunne gi noe veiledning. Temaet er for øvrig lite behandlet i teorien, men noe argumentasjon forekommer.

Bestemmelsen i § 216i (1-d) berører viktige hensyn, herunder personvern, rettssikkerhet og kriminalitetspreventive hensyn. Disse overordnede hensynene vil derfor få betydning ved

⁹ Eckhoff (2001) s. 23.

undersøkelsen. Som følge av presumsjonsprinsippet og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens forrang i norsk rett,¹⁰ vil bevisadgangen endelig tolkes i lys av konvensjonens bestemmelser og Den europeiske menneskerettighetsdomstolens rettspraksis.

1.3 Avgrensning

Avhandlingen vil omfatte *bevismessig bruk* av opplysninger som er avdekket gjennom etterforskningsmetodene kommunikasjonsavlytting, annen kontroll av kommunikasjon, og romavlytting, under hovedforhandlingen i straffesak. Undersøkelsen er avgrenset til å gjelde bevismessig bruk for straffbare forhold som etter sin art *ikke* kunne begrunnet den aktuelle kommunikasjonskontrollen opplysningene stammer fra.

Avhandlingen omfatter ikke bevis som er innhentet gjennom Politiets sikkerhetstjenestes forebyggende bruk av kommunikasjonskontroll, jf. politiloven § 17 d, idet den bruksmessige reguleringen av slikt materiale reguleres av egen hjemmel, jf. politiloven § 17 f. Avhandlingen gjelder således opplysninger som er avdekket av politiet gjennom etterforskning.¹¹

2. Kommunikasjonskontroll som etterforskningsmetode

2.1 Generelt

Straffeprosessloven inneholder en rekke bestemmelser som gir politiet hjemmel til å benytte ulike tvangsmidler som ledd i etterforskningen av straffbare handlinger.¹² Politiet har de senere årene fått stadig mer tilgang til bruk av utradisjonelle tvangsmidler. Slike etterforskningsmetoder kjennetegnes ved at gjennomføringen foregår i det skjulte, uten mistenkes kunnskap om tvangsbruken.¹³ Kommunikasjonskontroll omtales som ekstraordinær tvangsmiddelbruk, og er regulert av strpl. Kapittel 16a.¹⁴ Kommunikasjonskontroll er en svært integritetskrenkende etterforskningsmetode som omfatter kommunikasjonsavlytting, annen kontroll av kommunikasjon, og romavlytting. For å få en klarere forståelse av kommunikasjonskontrollens ekstraordinære karakter, er det nødvendig å foreta en

¹⁰ Menneskerettsloven § 3 og strpl. § 4.

¹¹ Jf. strpl. § 224.

¹² Jf. straffeprosesslovens fjerde del.

¹³ I motsetning til tradisjonelle tvangsmidler som for eksempel ransaking og pågripelse.

¹⁴ Med kapitteloverskriften «Avlytting og annen kontroll av kommunikasjonsanlegg (kommunikasjonskontroll)».

undersøkelse av hvordan metodene gjennomføres, og hvilke vilkår som må være oppfylt for å ta dem i bruk.

2.2 Kort om kommunikasjonsavlytting

Adgangen til å iverksette kommunikasjonsavlytting er hjemlet i strpl. § 216a. Metoden «kan bestå i å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke», jf. tredje ledd. Kommunikasjonsavlyttingen gjennomføres således ved at politiet kobler seg på en teknisk innretning, og overvåker den umiddelbare kommunikasjonen som foregår. Noen uttømmende regulering av gjennomføringen kan imidlertid ikke utledes av ordlyden. Selv om uttrykket «avlytte» ikke er helt treffende, må det være tale om overvåkning av alle former for informasjonsutveksling som finner sted gjennom et bestemt kommunikasjonsanlegg. Både film, bilde og tekst er dermed omfattet.¹⁵ For å beskytte befolkningen mot unødig avlytting, er adgangen begrenset til enheter som den mistenkte besitter eller antas å ville bruke. Avlytting vil derfor normalt være begrenset til kommunikasjonsenheter som den mistenkte disponerer, men unntak vil kunne forekomme.¹⁶

De straffbare handlingene som kvalifiserer til kommunikasjonsavlytting er i første rekke handlinger «som etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer», jf. § 216a (1) bokstav a. I utgangspunktet vil forhøyelse av maksimumsstraffen ikke komme i betraktning, jf. annet ledd siste punktum. Et viktig unntak gjelder imidlertid for tilfeller der handlingene er begått som ledd i en «organisert kriminell gruppe» jf. straffeloven § 60a første og tredje ledd. I slike tilfeller doubles maksimumsstraffen, med inntil 5 års forhøyelse. Bestemmelsen vil derfor kunne få stor betydning for strafferammevilkåret i strpl. § 216a. Uavhengig av strafferamme, kvalifiserer også en rekke narkotikalovbrudd samt forbrytelser mot statens selvstendighet og sikkerhet til kommunikasjonsavlytting, jf. første ledd bokstav b.¹⁷ Dette viser at kommunikasjonsavlytting stort sett er forbeholdt svært alvorlig kriminalitet.

2.3 Kort om annen kontroll av kommunikasjonsanlegg

Politiet har også adgang til å gjennomføre «annen kommunikasjonskontroll» jf. strpl. § 216b (1). Dette kan blant annet gå ut på å identifisere ulike kommunikasjonsanlegg som omfattes

¹⁵ Ot.prp. nr. 64 (1998-99) s. 156.

¹⁶ I Rt. 2006 s.1546 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg frem til at en telefon i tredjemanns besittelse kunne avlyttes.

¹⁷ Strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. § 90, §§ 104a første ledd annet punktum, 104a annet ledd jf. første ledd annet punktum, 147d, 162, 317, jf. § 162 og lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v.4 § 5.

av bestemmelsen i § 216a, jf. § 216b (1) bokstav c. Denne formen for kommunikasjonskontroll er normalt mindre integritetskrenkende enn kommunikasjonsavlytting, idet den ikke gir hjemmel for å lese av det konkrete innholdet i kommunikasjonen. Metoden er av samme grunn mindre egnet til å avdekke overskuddsinformasjon, og vil derfor få mindre betydning for bevismessig bruk for andre straffbare forhold enn det som ga grunnlag for kontrollen.

Etterforskningsmetoden er forbeholdt straffbare handlinger «som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer», jf. første ledd bokstav a, samt en rekke andre handlinger som hovedsakelig angår rikets sikkerhet og narkotikakriminalitet, jf. bokstav b.¹⁸

Bestemmelsen i strl. § 60a vil få tilsvarende betydning som ved kommunikasjonsavlytting, jf. strpl § 216b (1) siste punktum.

2.4 Kort om romavlytting

Romavlytting ble innført som ny etterforskningsmetode ved lov av 17. juni 2005 nr. 87, som følge av et forverret kriminalitets- og trusselbilde, særlig med hensyn til terrorhandlinger.¹⁹

Politiet har etter innføringen hatt adgang til å «foreta annen hemmelig avlytting enn kommunikasjonsavlytting ved tekniske midler» jf. strpl. § 216m (1). Avlytting vil bare kunne gjennomføres på steder hvor den mistenkte «må antas» å ville oppholde seg, jf. fjerde ledd. Om avlyttingen foretas innendørs eller utendørs, i private eller offentlige rom er således uten betydning. Avlytting vil normalt skje ved bruk av hemmelige mikrofoner og annet opptaksutstyr, som plasseres i rom hvor den mistenkte oppholder seg.²⁰ Denne formen for kommunikasjonskontroll skiller seg derfor fra metodene ovenfor, idet den vil fange opp alle lyder som måtte finne sted i det rommet som avlyttes, alt fra samtaler til sosial aktivitet. Metoden er av samme grunn svært egnet til å avdekke opplysninger som vedrører utenforstående tredjepersoner. Etterforskningsmetoden er således av ytterst integritetskrenkende karakter.

Romavlyttingens krenkende karakter reflekteres også av dens svært begrensede anvendelsesområde. Nærmere angitt kan metoden kun brukes ved mistanke om terrorhandlinger, forsettlig drap, grovt ran og alvorlig narkotikakriminalitet, begått i

¹⁸ Strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. § 90, §§ 145 (2), 162, 162c, 201a, 204a, 317, jf. §§ 162 eller 390a.

¹⁹ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 97.

²⁰ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 81 (punkt 7.2).

virksomheten til en organisert kriminell gruppe.²¹ Romavlytting er altså begrenset til etterforskning av meget alvorlig kriminalitet.

2.5 Vilkårene for å iverksette tvangsmidlene

2.5.1 Kravet om «skjellig grunn» til mistanke

Et grunnvilkår for tillatelse til kommunikasjonskontroll er at politiet har «skjellig grunn» til å mistenke at noen har begått eller har forsøkt å begå en straffbar handling som kvalifiserer til iverksettelse av den aktuelle typen kommunikasjonskontroll, jf. strpl. § 216a (1), § 216b (1) og § 216m (1).²² Kravet om «skjellig grunn» til mistanke innebærer etter en naturlig ordlydsforståelse et krav om meget gode grunner for å anta at en person har begått eller har forsøkt å begå, vedkommende handling saken omhandler. I rettspraksis er uttrykket tolket som et krav om sannsynlighetsovervekt jf. Rt. 1993 s. 1302. Det er altså tale om et krav om kvalifisert mistanke. Videre er det bestemt at kontrollen «kan besluttes selv om straff ikke kan idømmes på grunn av bestemmelsene i straffeloven § 44 eller § 46».²³ Dette må tolkes som at mistankekravet ellers må omfatte alle straffbarhetsvilkårene.

2.5.2 Krav til nødvendighet

Det er videre et vilkår for iverksettelse av tvangsmidlene at inngrepet antas å være av «vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort».²⁴ Etter ordlyden må den aktuelle kommunikasjonskontrollen være godt egnet til avdekke viktige bevis for den aktuelle straffbare handlingen, og den må være en siste utvei når andre metoder ikke strekker til. Tvangsmidlene forbeholdes altså tilfeller der det er helt nødvendig fordi andre midler ikke er tilstrekkelig effektive.

For tilfeller der telefonen eller rommet som skal avlyttes «er tilgjengelig for et større antall personer», gjelder i tillegg et skjerpet vilkår om «særlige grunner» for å ta i bruk kommunikasjonskontroll.²⁵ Under slike omstendigheter er det stor fare for at avlyttingen vil kunne ramme tredjepersoner. Avlytting kan derfor bare skje når det er svært viktig for oppklaring av saken.

²¹ Se strl. §§ 147a første og tredje ledd, 233, 233, jf. § 132a, 268 annet ledd jf. 267, 162 tredje ledd, jf. 60a.

²² Vilåret om «skjellig grunn» er en standardformulering som gjelder for de fleste tvangsmidlene i straffeprosesslovens fjerde del.

²³ Strpl. § 216a (2), § 216b (1) siste punktum jf. § 216a (2), og § 216m (2).

²⁴ Strpl. § 216c jf. § 216m (4).

²⁵ Strpl. § 216c (2) første punktum. og § 216m (4) annet punktum.

2.5.3 Tillatelse må gis ved kjennelse

Kommunikasjonskontroll er alltid avhengig av tillatelse fra domstolen i form av kjennelse.²⁶ Dette er en viktig prosessuell garanti, som skal bidra til å forhindre at vilkårlig avlytting finner sted. Den klare hovedregelen er naturligvis at slik tillatelse må innhentes *før* det aktuelle tvangsmiddelet kan iverksettes. Påtalemyndigheten er imidlertid gitt en hastekompetanse til å treffe beslutning om iverksettelse, i tilfeller der det er «stor fare for at etterforskningen vil lide» ved opphold, jf. § 216d (1) og § 216m siste ledd jf. § 216d (1). Dette må forstås som et krav om at viktige bevis eller opplysninger vil gå tapt dersom politiet må vente på tillatelse. Selv om påtalemyndighetens beslutning om å benytte hastekompetansen må fremlegges domstolen snarest, og senest innen ett døgn,²⁷ medfører adgangen likevel en fare for iverksettelse av kommunikasjonskontroll uten at lovens vilkår var oppfylt. Bestemmelsen i § 216d bør derfor tolkes strengt, slik at hastekompetansen bare kan benyttes der det er helt nødvendig. Dette samsvarer med forarbeidene der departementet har uttalt at «det skal en del til før denne bestemmelsen kan brukes».²⁸

2.5.4 Lempeligere vilkår for kommunikasjonskontroll i avvergende øyemed

Endelig må bestemmelsen i strpl. § 222d trekkes frem. Bestemmelsen utvider politiets adgang til å benytte nærmere bestemte tvangsmidler, herunder kommunikasjonskontroll, som ledd i etterforskningen når det er «rimelig grunn til å tro» at noen vil begå en nærmere angitt straffbar handling, jf. første ledd. Bestemmelsen gir altså hjemmel for iverksettelse av kommunikasjonskontroll i avvergende øyemed, såfremt dette gjøres som et ledd i etterforskning, jf. strpl. § 224. Etter ordlyden kan det ikke stilles noe tilsvarende krav om kvalifisert mistanke, slik som ovenfor under punkt 2.5.1. En viss sannsynlighet må være nok. Etter annet ledd gjelder det også her et subsidaritetsvilkår, samt et skjerpet krav om «særlige grunner».²⁹

2.6 Konklusjon

Som undersøkelsen viser er kommunikasjonskontrollen begrenset til etterforskning av alvorlige straffbare handlinger, og er regulert av strenge vilkår. Den er videre svært integritetskrekkende. Ikke bare skjer kontrollen i det skjulte langt innenfor den private sfære, den er i tillegg svært egnet til å avdekke sensitive opplysninger og annen kommunikasjon enn det metoden tok sikte på å avdekke. Bruk av kommunikasjonskontrollmaterialet som bevis for

²⁶ Se §§ 216a (1), 216b (1) og 216m (1).

²⁷ Strpl. § 216d annet punktum.

²⁸ Ot.prp. nr. 40 (1991-1992) s. 41.

²⁹ Se punkt 2.5.2, ovenfor.

andre straffbare forhold, reiser derfor en del prinsipielle betenkeligheter. I særdeleshet gjelder dette for straffbare handlinger som under ingen omstendighet kunne gitt formell begrunnelse for kontrollen.

3. Overskuddsinformasjon – begrep og historikk

3.1 Innledning

I det følgende skal det gis en nærmere avklaring av begrepet *overskuddsinformasjon*. Det skal deretter foretas en historisk undersøkelse av de regler som har vært gjeldende for adgangen til bruk av overskuddsinformasjon som bevis ved irettføringen av straffbare handlinger. Av hensyn til sammenhengen i lovverket vil reglene om adgangen til å foreta kommunikasjonskontroll bli tatt i betraktning også her.

3.2 Avklaring av begrepet overskuddsinformasjon

Begrepet *overskuddsinformasjon* har ikke fått noen allmenngyldig definisjon i loven. Det er likevel et innarbeidet begrep på etterforskningsarenaen og i straffeprosessen, og omtales både i forarbeidene, i rettspraksis, og i juridisk teori.³⁰ Etter en naturlig ordlydsforståelse, og i en etterforskningskontekst, dreier det seg om opplysninger etterforskningen ikke tok sikte på å avdekke. Metodeutvalget har påpekt at begrepet kan brukes om alle typer opplysninger som er samlet inn i etterforskningen, men at det vanligste likevel er å snakke om overskuddsinformasjon som politiet har blitt kjent med gjennom bruk av kommunikasjons- og romavlytting.³¹ Opplysningene vil ofte være helt uten betydning for politiets arbeid. I enkelte tilfeller vil opplysningene derimot kunne ha stor betydning, idet de belyser andre straffbare forhold. Politiet har for eksempel ved mistanke om en alvorlig narkotikaforbrytelse avlyttet en rekke samtaler, og i den forbindelse også avdekket opplysninger som gir grunn til mistanke om et innbrudd. Det kan likeledes være tale om overskuddsinformasjon i tilfeller hvor opplysningene, samtidig som de omhandler det forholdet som begrunnet kontrollen, i tillegg belyser andre straffbare forhold. Opplysningene i eksempelet ovenfor vil altså kunne relatere seg til den handlingen som begrunnet kontrollen, samtidig som de samme opplysningene belyser innbruddet som politiet tilfeldigvis ble kjent med. Her blir det avgjørende hvorvidt opplysningene benyttes i relasjon til først- eller sistnevnte forhold.³²

³⁰ Blant annet Prop. 147 L (2012-2013) s. 72 flg. Rt. 2010 s. 956 (avsnitt. 20). Torgersen (2009) s. 445. Auglend mfl. (2012) s. 639. Bruce og Haugland (2014) s. 276.

³¹ NOU 2009: 15 s. 262.

³² NOU 2009: 15 s. 262-263.

I den videre fremstillingen vil begrepet *overskuddsinformasjon* omfatte opplysninger fra kommunikasjonskontroll,³³ som belyser andre straffbare forhold enn det etterforskingsskrittet hadde til formål å avdekke.

3.3 Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon - historikk

3.3.1 Bevisadgang for avlyttingsmateriale var ikke lovregulert

Hemmelig avlytting av kommunikasjon har fungert som lovlig etterforskningsmetode i nesten 100 år. I 1915 kom loven om kontroll av post- og teletjenester. Adgangen til å benytte post- og telefonkontroll var begrenset til saker der det var påkrevd av hensyn til rikets sikkerhet, jf. § 1, typisk spionsaker. Loven tok ikke stilling til spørsmålet om opplysningene kunne brukes som bevis under hovedforhandling i en eventuell straffesak. Spørsmålet om bruken av overskuddsinformasjon var heller ikke berørt.

Adgangen til å foreta hemmelig avlytting ble senere utvidet til å omfatte narkotikasaker etter midlertidig lov om telefonavlytting i narkotikasaker av 17. des. 1976 nr. 99. Lovens saklige virkeområde omfattet forbrytelser etter strl. § 162, og senere § 162a³⁴ jf. § 1. Loven ga ikke hjemmel for å bruke overskuddsinformasjon i etterforskningen av andre lovbrudd enn narkotikaforbrytelser, jf. § 1.³⁵ Hvorvidt det var adgang til å benytte opplysningene som bevis, var derimot ikke regulert. Bevisføringsadgang ble senere fastslått av Høyesterett i avgjørelsene inntatt i Rt. 1991 s. 1018 og Rt. 1991 s. 1142. Det er antatt at resultatet måtte ha blitt det samme for overskuddsinformasjon, dersom opplysningene ville ha betydning som bevis for andre narkotikaforbrytelser.³⁶

3.3.2 Generelt bevisforbud for avlyttingsmateriale

I 1992 ble reglene om telefonavlytting gjort permanente, og inntatt i et nytt kapittel 16a i straffeprosessloven.³⁷ Departementet foreslo å lempe noe på forbudet mot bruk av overskuddsinformasjon som ledd i etterforskningen. Selv om telefonkontroll ble ansett som et betydelig inngrep, mente departementet at forbudet mot å bruke opplysningene i etterforskningen, representerte et brudd med politiets plikt til å bekjempe kriminalitet.³⁸

³³ Det vil si kommunikasjonsavlytting, annen kontroll av kommunikasjon, og romavlytting.

³⁴ Bestemmelsen er opphevet i dag.

³⁵ Ot.prp. nr.40 (1991-92) s. 22 og Ot.prp. nr.60 (1984-85) s. 15.

³⁶ Ot.prp. nr. 40 (1991-92) s. 22 og NOU 2009: 15 s. 265.

³⁷ Lov 5. juni 1992 nr. 52 om endringer i straffeprosessloven.

³⁸ Ot.prp.nr. 40 (1991-92) s. 25-26 (punkt 4.4.3).

Når det gjaldt den bevismessige bruken av telefonkontrollmaterialet, gikk departementet derimot inn for et totalforbud.³⁹ Departementet mente at et slikt forbud neppe ville medføre noen vanskeligheter for politiet, da informasjonen som fremkom ved kontrollen sjelden ville ha noen reell bevisverdi.⁴⁰ Etter dette var rettsstilstanden vesentlig endret. Opplysninger fra telefonkontroll kunne fritt brukes i etterforskningen av narkotikaforbrytelser og andre straffbare forhold. Opplysningene kunne derimot overhodet ikke benyttes som bevis under en eventuell rettergang jf. strpl. § 216i.

3.3.3 Ny lovrevisjon – overskuddsinformasjon tillates som bevis

I 1999 gjennomførte Stortinget en rekke endringer i straffeprosessloven, herunder i kapittel 16a.⁴¹ Avlyttingsadgangen ble utvidet fra kun å omfatte narkotikasaker, til å inkludere andre typer kriminalsaker.⁴² Samtidig ble det igjen åpnet for å fremlegge opplysningene fra kontrollen som bevis under hovedforhandlingen. Departementet mente det ikke fantes tilstrekkelige grunner til å opprettholde et forbud.⁴³ Resultatet ble dermed at det generelle bevisforbudet i § 216i, som gjaldt for alt materiale fra kommunikasjonskontroll,⁴⁴ falt bort.

Dette gjaldt også bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. Av hensyn til avlyttingens inngripende karakter, ble bevisadgangen for overskuddsinformasjon imidlertid begrenset til straffbare forhold som selv «etter sin art» kunne ha begrunnet kontrollen, jf. strpl. § 216i (1-b),⁴⁵ likelydende dagens § 216i (1-c).

3.3.4 Bevisadgangen for overskuddsinformasjon utvides i rettspraksis

Etter lovendringen i 1999 var hovedregelen at overskuddsinformasjon bare kunne brukes som bevis i relasjon til andre straffbare forhold, av samme art som det forholdet kontrollen var formelt begrunnet med. I rettspraksis ble det imidlertid etablert en ulovfestet regel, som medførte at overskuddsinformasjon i visse tilfeller også kunne brukes som bevis for mindre alvorlig kriminalitet.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 1200 hadde påtalemyndigheten ført opplysninger fra kommunikasjonsavlytting som bevis for forsøk på grovt ran.⁴⁶ De tiltalte i saken ble frifunnet

³⁹ Ot.prp.nr. 40 (1991-92) s. 31 (punkt 4.5.4).

⁴⁰ Ot.prp.nr. 40 (1991-92) s. 26.

⁴¹ Lov 3. desember 1999 nr. 82 om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.

⁴² Ot.prp.nr. 64 (1998-99) s. 46.

⁴³ Ot.prp.nr. 64 (1998-99) s. 67.

⁴⁴ Begrepet «telefonavlytting» erstattes av «kommunikasjonskontroll».

⁴⁵ Ot.prp.nr. 64 (1998-99) side 75.

for ransforsøket, men ble på bakgrunn av de samme opplysningene dømt for en rekke andre lovbrudd, alle med strafferamme under 10 års fengsel. Spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om taushetsplikten i strpl. § 216i utgjorde et forbud mot å bruke overskuddsinformasjonen som bevis for de mindre overtredelsene, når opplysningene allerede var lovlig ført for retten for det forhold som begrunnet kontrollen. Høyesteretts kjæremålsutvalg sluttet seg til tingrettens synspunkt om at det måtte «skilles mellom det å føre beviset og det å ta beviset med i rettens vurdering når det lovlig er ført under hovedforhandlingen».⁴⁷

I Rt. 2007 s. 1409 tok Høyesteretts kjæremålsutvalg stilling til en lignende problemstilling. Spørsmålet i denne saken var om domstolen i bevisvurderingen kunne vektlegge overskuddsinformasjon som var ført som bevis for et straffbart forhold som kunne ha begrunnet kontrollen, når retten valgte å bygge på et mindre alvorlig forhold enn det tiltalen gjaldt. Tiltalen omhandlet ulovlig innførsel og omsetning av alkohol. Straffebudene hadde isolert sett strafferamme på under 10 års fengsel, men ble forhøyet til over 10 år, da påtalemyndigheten mente handlingene hadde skjedd «som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe» jf. strl. § 60a. Bevisene var i hovedsak overskuddsinformasjon, innhentet gjennom kommunikasjonsavlytting fra en annen sak som gjaldt overtredelse av narkotikalovgivningen. Dette forholdet ble ikke pådømt, og bevisene ble kun ført for alkoholovertredselsene. Etter bevisbedømmelsen i lagmannsretten, mente retten at vilkårene i strl. § 60a ikke var oppfylt, hvilket medførte at overtredelsene fikk en strafferamme på under 10 års fengsel.

Lagmannsretten mente at overskuddsinformasjonen må kunne fremlegges som bevis, men at retten må se bort fra opplysningene i tilfelle nedsubsumering. Høyesteretts kjæremålsutvalg var uenig i dette. På den ene siden ble det lagt vekt på at en plikt for retten til å se bort fra lovlig førte bevis «harmonerer dårlig med det grunnleggende målet å avsi materielt riktige dommer, med rettsfølelsen og med norsk rettstradisjon».⁴⁸ På den annen side ble faren for misbruk i form av oppsubsumering trukket frem. Kjæremålsutvalget var imidlertid av den oppfatning at misbruk i tilstrekkelig grad kunne hindres ved å innta en sikkerhetsventil, i tilfeller der påtalemyndighetens henføring av forholdet måtte fremstå som et «klart

⁴⁶ Strpl. § 267 jf. § 268 (2), med øvre strafferamme på 12 års fengsel.

⁴⁷ Rt. 2005 s. 1200 avsnitt 16.

⁴⁸ Avsnitt 23.

misbruk».⁴⁹ Resultatet ble etter dette at retten kunne ta i betraktning det bevismaterialet som var lovlig ført for den, selv om det ikke ble funnet bevis for å bygge på det straffebud som tiltalen opprinnelig gjaldt. Avgjørende for bevisadgangen var således subsumsjonen i påtalemyndighetens tiltalebeslutning. Standpunktet ble fulgt opp i Rt. 2010 s. 956.

I Rt. 2006 s. 972 ønsket påtalemyndigheten å føre overskuddsinformasjon som bevis for en straffbar handling som på gjerningstidspunktet ikke kunne gitt grunnlag for kommunikasjonskontroll. På det tidspunkt handlingen ble påtalt, ble forholdet derimot subsumert under straffebudet i strl. § 276a jf. § 276b om grov korrupsjon, og ville på dette tidspunktet derfor ha oppfylt vilkåret for bevisføring i strpl. § 216i (1-b). Kjæremålsutvalgets flertall mente, under henvisning til personvern hensyn, at det ikke kunne åpnes for bruk av overskuddsinformasjon, med den begrunnelse at unntaket i § 216i (1-b) hadde vært oppfylt dersom det ulovlige hadde funnet sted på et senere tidspunkt.

Avgjørelsene viser at overskuddsinformasjon kunne brukes som bevis for straffbare forhold som ikke kunne ha begrunnet kontrollen, også før utvidelsen av bevisadgangen i strpl. § 216i (1-d). Forutsetningen var at opplysningene allerede var lovlig ført for retten i tråd med subsumeringen i tiltalebeslutningen. Adgangen måtte likevel begrenses til tilfeller der vilkåret var oppfylt på gjerningstidspunktet.

3.3.5 Dagens regler

I NOU 2009: 15 ble det drøftet om det skulle åpnes for bruk av overskuddsinformasjon som bevis for alle typer straffbare handlinger. Metodeutvalget delte seg i et mindretall og et flertall, der flertallet foreslo å åpne for bevisadgang for alle typer kriminelle forhold.⁵⁰

Forslaget innebar imidlertid at domstolen skulle ha en viss adgang til å nekte bevisene ført, dersom «særlige grunner» måtte tilsi det.⁵¹

Departementet var i det vesentlige enig med flertallets forslag, men uttalte at «et vilkår om at overskuddsinformasjon ikke kan brukes som bevis «når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep» bedre gjenspeiler de avveininger som bør foretas mellom personvern hensyn og behovet for en effektiv kriminalitetsbekjempelse».⁵² Det ble

⁴⁹ Avsnitt 27.

⁵⁰ NOU 2009: 15 s. 27-28.

⁵¹ NOU 2009: 15 s. 28.

⁵² Pop. 147 L (2012-2013) s. 80.

videre foreslått et tilleggsvilkår om at «oppklaring av saken uten bruk av overskuddsinformasjonen i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort».⁵³ Videre var det ønskelig å videreføre den ulovfestede bevisadgangen som ble utviklet gjennom rettspraksis.⁵⁴ Departementets forslag ble vedtatt av Stortinget ved lov 21. juni 2013 nr. 86.

4. Hensynene bak dagens adgang til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon

4.1 Innledning

Som undersøkelsen ovenfor viser, har adgangen til å benytte overskuddsinformasjon blitt stadig utvidet. Det er særlig tre hensyn som med tyngde har gått igjen ved vurderingen opp gjennom årene. Dette er for det første behovet for effektiv kriminalitetsbekjempelse, som med styrke taler for en vid adgang til å bruke overskuddsinformasjon som bevis, også for mindre alvorlige straffbare handlinger. På den annen side har hensynet til personvernet, og muligheten for misbruk av kommunikasjonskontrolladgangen, utgjort grunnlaget for den restriktive holdningen til bruk av overskuddsinformasjon. I det følgende skal de bakenforliggende hensyn som taler henholdsvis for og i mot bevisadgangen i § 216i (1-d), gis en nærmere klarlegging.

4.2 Behovet for kriminalitetsbekjempelse

4.2.1 Utgangspunkt

Kriminalitetsbekjempelse omfatter all virksomhet som tar sikte på å beskytte borgerne og samfunnet mot kriminalitet.⁵⁵ I straffeloven er en rekke handlinger gjort straffbare. Litt enkelt forklart skyldes dette at handlingene er uønskede i vårt samfunn. Det ble uttalt i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 17 at «[s]traffelovgivningen avspeiler hvilke verdier et samfunn setter høyt, hvor utsatt verdiene er, og hvor strengt fellesskapet finner det nødvendig og rettferdig å straffe dem som krenker verdiene. Strafferettspleien skal være human, men samtidig effektiv og målrettet nok til å gi samfunnet og befolkningen tilstrekkelig beskyttelse». Kriminalitet utgjør en fare mot samfunnsstabiliteten som igjen er en forutsetning for å opprettholde

⁵³ Pop. 147 L (2012-2013) s. 81.

⁵⁴ Pop. 147 L (2012-2013) s. 82.

⁵⁵ NOU 2009: 15 s. 68.

kvaliteten i samfunnet vårt.⁵⁶ Behovet for kriminalitetsbekjempelse ligger dermed i sakens natur, og må legges til grunn som et overordnet ønske.

4.2.2 Effektiv etterforskning og oppklaring av straffesaker

Som et ledd i kriminalitetsbekjempelsen, ligger et mål om å oppklare straffbare forhold som har funnet sted. Oppklaring av straffesaker, i form av pådømmelse, vil kunne bidra til straffebehandling ved sin preventive effekt.⁵⁷ Politiet har på denne bakgrunn en viktig plikt til å forebygge, stanse og avdekke kriminelle forhold, samt til å straffeforfølge slike, i samsvar med loven jf. politiloven § 2 nr. 2 og 3. I denne sammenheng er politiet avhengig av et lovverk som gir tilfredsstillende prosessuelle virkemidler. Kommunikasjonskontroll utgjør ett virkemiddel i så henseende. Muligheten for å bruke alle opplysningene fra denne kontrollen for å oppklare straffbare handlinger, utgjør et annet. Begrensinger på bevisadgangen vil derimot utgjøre en hindring for politiets muligheter for å få et straffbart forhold pådømt og sanksjonert.

Begrensninger på bevisadgangen vil videre kunne få uheldige virkninger på etterforskningsarbeidet. I enkelte tilfeller kan politiet ha plikt til å gripe inn for å avverge eller stanse mindre alvorlige lovbrudd, som det blir oppmerksomme på under en pågående kommunikasjonskontroll.⁵⁸ I følge høringsuttalelsen fra Kripós vil man i slike tilfeller kunne «risikere at gjerningspersonene ikke vil bli tiltalt for forhold som kan hjemle henholdsvis kommunikasjonskontroll og romavlytting, og at bevis innhentet ved hjelp av metodene ikke kan føres i retten».⁵⁹ Avvergingsplikten kan altså resultere i at politiet mister muligheten til å oppklare det straffbare forholdet som begrunnet kontrollen, samtidig som det ikke kan benytte kommunikasjonskontrollmaterialet som bevis for oppklaring av det mindre alvorlig straffbare forholdet.

Politiet har under etterforskningen fri adgang til bruk av overskuddsinformasjon, jf. strpl. § 216 i (1-a). Dette betyr at politiet uansett kan forsøke å avdekke bevis for det aktuelle lovbruddet, ved bruk av andre etterforskningsmetoder. Dersom politiet ikke lykkes i så henseende, ville et bevisforbud resultere i henleggelse. Etterforskningsadgangen har blitt vektlagt som et hensyn som taler for utvidet adgang til bruk av overskuddsinformasjon i

⁵⁶ NOU 2009: 15 s. 22.

⁵⁷ Bruce og Haugland (2014) s. 21.

⁵⁸ Jf. politinstruks § 10-2 (2).

⁵⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 77.

bevismessig øyemed.⁶⁰ I denne sammenheng er det også lagt vekt på at bevisadgangen for overskuddsinformasjon kan være ressursbesparende for politiet. Tanken har vel vært at ytterligere etterforskingsskritt kan begrenses.⁶¹ Etter min mening har det samfunnsøkonomiske aspektet begrenset betydning. For det første må det innvendes at utstrakt bruk av overskuddsinformasjon, som bevis for straffbare forhold er egnet til å generere flere straffesaksbehandlinger.⁶² Videre vil subsidiaritetsvilkåret i strpl. § 216i (1-d), som ble innført i tråd med departementet forslag, uansett medføre at politiet må forsøke å avdekke andre bevis før overskuddsinformasjonen kan benyttes.⁶³ Jeg har derfor vanskelig for å se noen samfunnsøkonomisk fordel med utvidet adgang til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon.

4.2.3 Hensynet til materielt riktige avgjørelser

I norsk rett gjelder et prinsipp om fri bevisføring. Dette er en viktig del av prosessen for å oppnå materielt riktige avgjørelser, gjerne kalt «den materielle sannhets prinsipp».⁶⁴ Prinsippene har nær sammenheng med ønsket om å oppklare straffesaker.

Bevismessig adgang til bruk av overskuddsinformasjon vil være i tråd med etterforskningens formål, som er å innhente opplysninger som blant annet skal gi grunnlag for rettens behandling av straffesaken, jf. strpl. § 226 (1) jf. bokstav b. Et forbud mot bevismessig bruk av overskuddsinformasjon vil medføre begrensinger på det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse. Som Gammeltoft-Hansen har påpekt, er hensynet til materielt riktige avgjørelser derfor et tungtveiende argument mot å operere med prosessuelle bevisføringsforbud.⁶⁵

4.2.4 Tillitshensyn

En viktig forutsetning for politiets arbeid er at det har tillit i befolkningen. Tillit øker kvaliteten på etatens arbeidsutførelse og resultatoppnåelse, ettersom publikum lettere vil være behjelpelig med bistand og annen støtte.⁶⁶ Et slikt tillitsforhold forutsetter blant annet at politiet oppnår resultater som samsvarer med det befolkningen forventer.⁶⁷ Begrenset bevisadgang kan være egnet til å svekke tillitten til politiet, da det kan medføre at politiet blir

⁶⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 75.

⁶¹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁶² Agder statsadvokatembeters høringsuttalelse i prop. 147 L (2012-2013) s. 78.

⁶³ Se punkt 5.2.2, nedenfor.

⁶⁴ NOU 2009: 15 s. 279. Gammeltoft-Hansen (1981) s. 217. Rt. 2007 s. 1435 s. 38.

⁶⁵ Gammeltoft-Hansen (1981) s. 217.

⁶⁶ Auglend m.fl. (2004) s. 209.

⁶⁷ Auglend m.fl. (2004) s. 211.

sittende med et fellende bevis uten å kunne få forholdet pådømt i retten. Dette samsvarer dårlig med de forventningene befolkningen har til politiets arbeid. Tillitshensynet taler således for vidtrekkende adgang til å føre overskuddsinformasjon som bevis.

4.2.5 Kriminalitetsutviklingen

Behovet for utvidet adgang til å bruke overskuddsinformasjon må videre ses i sammenheng med de endringene som er skjedd i kriminalitetsbildet. I metodeutvalgets utredning ble det redegjort for kriminalitetsutviklingen de siste årene.⁶⁸ Endringene relaterer seg først og fremst til kriminalitetens karakter, der utviklingen av den teknologiske og den organiserte kriminaliteten var særlig markant.⁶⁹ Tendensene stiller nye og høyere krav til politiets arbeid, som på sin side i større grad blir avhengig av utradisjonelle etterforskningsmetoder. Ved større bruk av utradisjonelle politimetoder, slik som kommunikasjonskontroll, må det også antas en økning i omfanget overskuddsinformasjon. Dette blir også en følge av den organiserte kriminalitetens karakter, der det gjerne er en nær sammenheng mellom flere straffbare handlinger.⁷⁰ Endringene i kriminalitetsbildet skaper således økt behov for utvidet adgang til bevisføring av overskuddsinformasjon, også for andre straffbare handlinger enn den som begrunnet kontrollen.

4.3 Personvern og rettssikkerhet

4.3.1 Hensynet til personvernet

Til nå har hensynene som begrunner bevisadgangen i § 216i (1-d) fått en nærmere drøfting. Det er således på tide å trekke frem og undersøke hvilke hensyn som taler i mot. Det viktigste hensynet i så henseende er forholdet til personvernet.

a) Hva er personvern?

Begrepet *personvern* har ingen allmenngyldig definisjon i norsk rett, men kan betraktes som et grunnleggende prinsipp i en rettsstat. Dette er en følge av det særlige behovet den enkelte har for en personlig sfære, hvor man kan uttrykke og bevege seg fritt, uten uønsket intervensjon fra staten eller andre.⁷¹ Når det tales om personvern, handler det langt på vei om å opprettholde og beskytte denne privatsfæren. Personvernet har således nær tilknytning til konvensjonsvernet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 8 nr. 1, som

⁶⁸ NOU 2009: 15 s. 74 flg.

⁶⁹ NOU 2009: 15 s. 78-79.

⁷⁰ NOU 1997: 15 punkt 3.1.3.1.

⁷¹ NOU 2009: 15 s. 49-50.

beskytter borgernes rett til respekt «for his private and family life, his home and his correspondence».⁷²

Retten til å bestemme over opplysninger som gjelder en selv har blitt en vesentlig del av personvernet. Dette har blant annet bakgrunn i den teknologiske utviklingen.⁷³ En viktig del av personvernet blir således å beskytte borgerne mot unødvendig innsamling og bruk av informasjon som angår dem.

b) Betydningen av personvernet ved bevisføring av overskuddsinformasjon

Tidligere ble den restriktive adgangen til å bruke overskuddsinformasjon som bevis under hovedforhandling, begrunnet med at det ville medføre en forsterkning av kommunikasjonskontrollinngrepet.⁷⁴ Metodeutvalget har imidlertid lagt til grunn at all bruk av personopplysninger utgjør et selvstendig inngrep i personsfæren, uten hensyn til innsamlingsmetode.⁷⁵ Uavhengig av betraktningmåte er det tale om et inngrep i den personlige sfære. Personvernet taler således for å beskytte den siktede og andre mot tilfeldige belastninger som følge av kommunikasjonskontrollen.

Det har vært diskutert hvorvidt metodebrukens karakter kan brukes som argumentasjon mot bevismessig adgang for overskuddsinformasjon. Som Torgersen uttaler, er kommunikasjonskontrollvilkårene «avstemt slik at det skal være forholdsmessighet mellom den kriminalitet som etterforskes, og de midler som benyttes for å etterforske den aktuelle typen lovbrudd».⁷⁶ Som Wennergren har påpekt, relaterer vilkårene for metodebruken seg imidlertid ikke til den videre bruken av opplysningene. På denne bakgrunn mener han at forholdsmessighetskravet ikke kan utgjøre noen begrensning for resultatet av tvangsbruken.⁷⁷ Vilråene skal riktignok beskytte borgerne mot inngripende tvangsmiddelbruk, og ikke mot eventuell straffeforfølging. Helt løsrevet fra innsamlingsmetoden er den bevismessige bruken likevel ikke. Selv om bevismessig bruk er et selvstendig inngrep, intensiveres det av innsamlingsmetodens integritetskrenkende karakter. På denne bakgrunn må det, ved vurderingen av bevisadgangen, kunne legges vekt på den særlig vernede sfæren de er hentet ut fra.

⁷² Mer om EMK art. 8 under punkt 6.2, nedenfor.

⁷³ NOU 2003: 21 s. 27.

⁷⁴ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 75.

⁷⁵ NOU 2009: 15 s. 268.

⁷⁶ Torgersen (2009) s. 453.

⁷⁷ Wennergrens redegjørelse gjengitt i Ds 2003:13 s. 75.

Det kan argumenteres for at bevisføringen, og det inngrep dette innebærer, kan rettfærdiggjøres i tiltaltes eget forhold. Såfremt bevisene viser at vedkommende har begått en straffbar handling, kan det sies at tiltaltes interesse i hemmelighold er lite beskyttelsesverdig.⁷⁸ Det kan derimot ikke argumenteres for en slik rettfærdiggjøring av inngrepet, i tilfeller der utenforstående tredjemenn, som ikke har begått noen straffbar handling, også berøres av bevisfremleggelsen. Disse har ikke gjort noe galt, og bør derfor beskyttes mot eksponering. Metodeutvalget har på denne bakgrunn lagt til grunn at «[d]et sterkeste argumentet for å begrense adgangen til bruk av overskuddsinformasjon er (...) at slik bruk, i tillegg til å berøre personvernet til den som er tiltalt i saken, også kan utgjøre et inngrep overfor andre personer som informasjonen omhandler, og som ikke har gjort noe straffbart».⁷⁹

Departementet har uttalt at personvern hensyn tilsier «at det bør oppstilles visse begrensninger i adgangen til å bruke overskuddsinformasjon som bevis, der det er tale om overtredelser som ikke i seg selv kunne ha begrunnet bruk av den metoden som fremskaffet beviset».⁸⁰ I relasjon til personvernet kan det spørres hvorvidt det er grunn til å operere med et skille mellom overskuddsinformasjon som belyser henholdsvis straffbare forhold som kunne begrunnet kommunikasjonskontrollen, men som ikke gjorde det, og straffbare handlinger som ikke kunne gitt grunnlag for slik kontroll. I begge tilfeller vil inngrepet skje i form av eksponering av privat kommunikasjon, tilveiebrakt på en svært integritetskrenkende måte. Teknisk sett er krenkelsen derfor den samme overfor den det måtte gjelde. Borgerens forventning om å kunne kommunisere med andre, uten innblanding fra myndighetene, kan imidlertid sies å være mer berettiget der det straffbare forholdet under ingen omstendighet kunne gitt grunnlag for kontrollen. Bruk av kommunikasjonskontrollmaterialet som bevis for straffbare handlinger som ikke kunne gitt grunnlag for kontroll, er således mer betenkelig enn bevisføring for straffbare handlinger av en art som kunne kvalifisere til kommunikasjonskontroll.

⁷⁸ NOU 2009: 15 s. 271.

⁷⁹ NOU 2009: 15 s. 271.

⁸⁰ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

4.3.2 Misbruksfare

a) Begrepet misbruksfare

Faren for misbruk av reglene om kommunikasjonskontroll har blitt trukket frem som et argument mot bevismessig og annen bruk av overskuddsinformasjon ved flere anledninger.⁸¹ Når det tales om *misbruksfare* dreier det seg her om en risiko for at kommunikasjonskontroll blir foretatt med hensikt å innhente opplysninger om andre straffbare forhold enn det som begrunnet kontrollen. Som sagt under punkt 2.5.3 ovenfor, er det domstolen som gir politiet tillatelse til kommunikasjonskontroll. Misbruket vil derfor måtte skje ved at det formelle grunnlaget for kommunikasjonskontrollen blir «oppkonstruert» med sikte på å avdekke overskuddsinformasjon.⁸² Oppkonstruering kan gjøres på ulike måter. Blant annet kan siktelsen overdimensjoneres til å omfatte lovbrudd som kunne gitt grunnlag for kontroll, uten at dette stemmer med den faktiske mistanken.⁸³ Politiet mistenker for eksempel vedkommende avlyttingsobjekt for å ha begått et ran jf. strl. § 267, som har en strafferamme på inntil 5 års fengsel jf. § 268 (1), men siktelsen går likevel ut på grovt ran jf. strl. § 265. Ettersom grovt ran har en strafferamme på inntil 12 års fengsel jf. strl. § 268 (2), vil forholdet havne innenfor anvendelsesområdet til strpl. § 216a (1-a). Politiet vil således urettmessig kunne iverksette kommunikasjonsavlytting, dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. I relasjon til denne typen misbruk har bestemmelsen i strl. § 60a, som fordobler strafferammen der den kriminelle handlingen er begått i organisert kriminalitet, et særlig farepotensiale for misbruk. Andre former for misbruk vil videre kunne skje ved at politiet overbeviser domstolen om at kontrollen er nødvendig i en lengre tidsperiode eller i et større omfang av flere telefoner eller rom, enn det som egentlig er nødvendig for å oppklare den aktuelle saken.⁸⁴ Tanken er altså at en adgang til å bruke overskuddsinformasjon som bevis for straffbare forhold som ikke kunne gitt hjemmel for kommunikasjonskontrollen, øker faren for at politiet forsøker å omgå vilkårene for tvangsinngrepet.

b) Er begrenset bevisadgang for overskuddsinformasjon egnet til å motvirke misbruk?

Når lovgiver har tatt et valg med hensyn til hvilken adgang politiet skal ha til å gjennomføre tvangsinngrep i form av kommunikasjonskontroll, og hvilken adgang påtalemyndigheten videre skal ha til å bruke opplysningene som bevis i en straffesak, er det et selvsagt mål at reglene etterfølges. Ett virkemiddel i så måte er å gjøre det mindre attraktivt for politiet å

⁸¹ Ot.prp.nr. 40 (1991-92) side 23, NOU 1997: 15 punkt 6.2.9.1, Prop.147 L (2012-2013) s. 20.

⁸² Torgersen (2009) s. 449.

⁸³ Torgersen (2009) s. 449.

⁸⁴ Torgersen (2009) s. 450.

gjennomføre kontroll med det vikarierende mål for øyet å avdekke overskuddsinformasjon. Dette kan blant annet gjøres ved å begrense bevisadgangen for denne typen opplysninger. Desto større adgang politi og påtalemyndighet har til å nyttiggjøre seg overskuddsinformasjonen, herunder til bevismessig formål, jo mer motiverende vil en omgåelse forholde seg. Som Metodeutvalget har fremholdt, må det imidlertid antas at risikoen for uhjemlede avlyttinger ikke er større der loven tillater overskuddsinformasjon ført som bevis for mindre alvorlig kriminalitet, ettersom politiet uansett vil kunne iverksette etterforskning på grunnlag av opplysningene fra kommunikasjonskontrollen.⁸⁵ Den ubegrensede adgangen politiet har til å nyttiggjøre overskuddsinformasjonen i etterforskningen jf. strpl. § 216i (1-a), vil også, og kanskje i større grad genere eventuelle misbrukstilfeller. De store kostnadene og ressursene som kreves for å gjennomføre kommunikasjonskontroll, må også tenkes å sette en demper på politiets motivasjon for å gjennomføre avlytting ved mindre alvorlig kriminalitet.⁸⁶ Det må således antas at motivasjonen for misbruk ikke forholder seg noe særlig større ved en utvidelse av bevisadgangen. Etter disse betraktningene fremstår en begrenset bevisadgang for overskuddsinformasjon ikke som et særlig egnet virkemiddel mot misbruk.

Den reelle faren for misbruk avhenger ikke bare av hvilken motivasjon politiet måtte ha for å gjennomføre et misbruk, men også de faktiske mulighetene for å klare det. I denne sammenheng får ulike prosessuelle kontrollmekanismer stor betydning. Som en sammenfatning av de viktigste faktorene som reduserer faren for misbruk har Riksadvokaten uttalt at *«tvangsmidlene er strengt regulert og undergitt omfattende kontroll. Ledelsen ved politidistriktet eller særorganet har reell kontroll med metodebruken ved at kompetansen til å begjære kommunikasjonskontroll og romavlytting er lagt til politimesteren/sjefen for særorganet. Det kreves tillatelse fra retten og offentlig advokat skal oppnevnes. Enhver kjennelse med underlagsdokumenter innberettes fortløpende til riksadvokaten og et eksternt kontrollutvalg foretar etterkontroll. Det må kunne legges til grunn til at eventuelt forsøk på misbruk av regelverket for å få tilgang til opplysninger om mindre alvorlig kriminalitet vil avdekkes av disse kontrollsystemene»*.⁸⁷ Hvorvidt disse mekanismene faktisk hindrer misbruk er vanskelig å få noen avklaring på. Holdningen til misbruksfaren er derfor reverserende.⁸⁸ Selv om faren for misbruk har sine grunner, er jeg likevel enig i at kontrollsystemene i stor

⁸⁵ NOU 2009: 15 s. 269.

⁸⁶ Prop. 147 L (2012-2013) s. 77.

⁸⁷ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁸⁸ Mindretallet i NOU 2009: 15 s. 275. Elden (2005) s. 100.

grad må antas å dempe frykten, og mulighetene, for misbruk. Dette synes også å være departementets synspunkt.⁸⁹

4.3.3 Tillitshensyn – motsatt effekt?

Ovenfor under punkt 4.2.4 ble det lagt til grunn at publikums tillit til politiet og rettsvesenet vil kunne svekkes dersom det får nyss om at politiet sitter med beviser om straffbare handlinger, uten å kunne få forholdet pådømt. Det ble påstått at utvidet bevisadgang for overskuddsinformasjon kan styrke den alminnelige tilliten i befolkningen. Det må imidlertid innvendes at slik bruk av kommunikasjonskontrollmateriale også vil kunne få motsatt effekt, i form av svekket tillit i befolkningen.

Denne faren har særlig blitt trukket frem ved vurderingene av adgangen til bruk av skjulte tvangsmidler. Det ble uttalt i Justis- og politidepartementets⁹⁰ høringsbrev 8. november 1984 at «en utvidet adgang for politiet til å foreta hemmelig avlytting av privatpersoners samtaler, vil kunne skape usikkerhet hos den enkelte og frykt for at ens samtaler blir avlyttet og på lengre sikt kunne svekke publikums tillit til politiet».⁹¹ I enda større grad må dette gjelde i kombinasjon med et høyt håndhevingsnivå, særlig ved bagatellmessig kriminalitet. Riktignok vil bevismessig bruk ikke få noen innvirkning på det totale overvåkningsnivået i samfunnet.⁹² Utstrakt bruk av overvåkning, samtidig med ubegrenset adgang for myndighetene til å nyttiggjøre informasjonen, kan imidlertid, som Torgersen skriver, «i ytterste konsekvens gi et overvåkingssamfunn de færreste ønsker seg».⁹³ Tillitshensyn kan således også tale for en viss begrensning av den bevismessige bruken av overskuddsinformasjon, på bekostning av myndighetenes praktiske behov.

5. Bevisadgangen i strpl. § 216i (1-d) de lege lata

5.1 Innledning - unntak fra hovedregelen

Hovedregelen for bruk av materialet fra kommunikasjonskontroll, fremgår av strpl. § 216i. Dette er en spesialbestemmelse som får anvendelse fremfor andre bestemmelser om taushetsplikt,⁹⁴ som følge av prinsippet om *lex specialis*. Hovedregelen er at politiet eller

⁸⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁹⁰ Justis- og beredskapsdepartementet fra 1. januar 2012.

⁹¹ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 83.

⁹² NOU 2009: 15 s. 271.

⁹³ Torgersen (2009) s. 457.

⁹⁴ Strpl. § 61a flg. Personopplysningsloven. Politiloven § 24.

andre har taushetsplikt om «opplysninger som fremkommer ved kontrollen» og andre opplysninger i saken «som er av betydning for etterforskningen, og som de blir kjent med i forbindelse med kontrollen eller saken», jf. første ledd, første og andre punktum. Etter ordlyden gjelder således et forbud mot videreformidling av all informasjon som er anskaffet gjennom kontrollen, og andre opplysninger i den aktuelle saken som politiet måtte ha behov for å holde hemmelig overfor utenforstående.

Taushetsplikten medfører at bevismessig bruk av overskuddsmateriale ikke er tillat. Når politiets tjenestemenn er underlagt taushetsplikt, vil opplysningene ikke kunne videreformidles, og av den grunn ikke brukes som bevis i straffesak.⁹⁵ Av første ledd tredje punktum bokstavene a til g er det imidlertid gitt noen unntak, hvor bokstavene b, c og d gjelder den bevismessige bruken.

Etter bokstav b kan opplysningene anvendes «som bevis for det straffbare forholdet som begrunnet kontrollen». Bestemmelsen regulerer således opplysninger som etterforskningsmetoden tok sikte på å avdekke. Disse opplysningene vil kunne føres som bevis for den straffbare handlingen som formelt lå til grunn for det aktuelle tvangsinngrepet. Etter bokstav c vil opplysningene også kunne brukes «som bevis for et annet straffbart forhold som etter sin art kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra». Denne adgangen gjelder altså for overskuddsinformasjon. Forutsetningen er at den straffbare handlingen «etter sin art» kunne begrunnet den aktuelle kontrollen. En hypotetisk vurdering av alle vilkårene for å ta det aktuelle tvangsmiddelet i bruk ville være svært tungvint. Det er således lagt til grunn at kravet er oppfylt der forholdet oppfylder tvangsmiddelets kriminalitetskrav. jf. Borgartings lagmannsretts avgjørelse inntatt i Rg. 2008 s. 1104 og Prop. 147 L (2012-2013) s. 73.

Bestemmelsen i bokstav d inneholder en langt videre hjemmel for bruk av overskuddsinformasjon som bevis i straffesak. Bestemmelsen omfatter i utgangspunktet alle straffbare forhold som ikke kunne gitt grunnlag for kontroll, idet den ikke inneholder noe kriminalitetskrav. To kumulative vilkår må imidlertid være oppfylt før bevisføring kan tillates. Bevisføringen må både være forholdsmessig og nødvendig. I det følgende skal

⁹⁵ NOU 2004: 6 s. 131.

vilkårene underlegges en nærmere undersøkelse. Kravet til nødvendighet behandles først, da dette også vil kunne tillegges vekt under vurderingen av inngrepets forholdsmessighet.

5.2 Kravet om nødvendighet

5.2.1 Utgangspunkt

Kravet om at oppklaring ville ha blitt vesentlig vanskeliggjort dersom overskuddsinformasjonen ikke tillates, er et såkalt subsidaritetsvilkår eller nødvendighetsvilkår, og er inntatt i en rekke bestemmelser som angår tvangsbruk, både i straffeprosessloven og i politiloven.⁹⁶

Når det nærmere innholdet i vilkåret skal presiseres er det nødvendig å ta en nærmere titt på vilkårets ordlyd, som lyder slik: «såfremt (...) oppklaring av forholdet uten bruk av opplysningene i vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort». For det første tales det om «oppklaring» som etter en naturlig språklig forståelse betyr at politiet i etterforskningen av saken oppnår endelig klarhet i hva som faktisk er skjedd. Da straffesaken er kommet så langt i prosessen at det er tale om å tiltale forholdet, blir det likevel mer naturlig å tolke «oppklaring» som at påtalemyndigheten oppnår pådømmelse av den straffbare handlingen. Videre krever bestemmelsen at oppklaring «i vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort». Med «vanskeliggjort» forstås at pådømmelse vil hindres ved bevisnektelse, men uten at det er helt umulig. Hvor krevende oppklaring må være beskrives med uttrykket «vesentlig grad», som etter en naturlig forståelse legger listen høyt. Endelig peker uttrykket «ville ha blitt» på en hypotetisk vurdering av bevissituasjonen uten overskuddsinformasjonen.

Etter ordlyden oppstilles dermed et strengt krav, om at påtalemyndigheten i stor grad ville blitt hindret i å oppnå pådømmelse av det straffbare forholdet, dersom de aktuelle opplysningene ikke tillates som bevis under hovedforhandlingen. Overskuddsinformasjonen kan dermed bare benyttes når politiet ikke har klart å frembringe andre bevis for det straffbare forholdet. I tråd med departementets uttalelser vil avgjørelsen dermed bero på en «vurdering av hvor vanskelig det ville være å fremskaffe andre bevis for det aktuelle forholdet».⁹⁷ Denne vurderingen reiser en del spørsmål av praktisk og rettslig karakter, som må undersøkes nærmere.

⁹⁶ Blant annet strpl. §§ 200a, 202c, 216c, 222d, og politiloven § 17d.

⁹⁷ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

5.2.2 Må alle egnede etterforskningsmetoder utprøves?

Når domstolen skal ta stilling til om bevisføring av kommunikasjonskontrollmaterialet er nødvendig, må den vurdere hvorvidt politiet kunne avdekket andre bevis gjennom etterforskningen. Dersom forholdet kunne bevises på annen måte, må kommunikasjonskontrollmaterialet avskjæres som bevis i straffesaken. Det kan i enkelte tilfeller være åpenbart at andre etterforskningsmetoder ikke var egnet i så måte. Undertiden vil det imidlertid fremstå som usikkert. Spørsmålet her er hvor langt politiet må ha strukket seg i forsøket på å fremskaffe andre bevis for det straffbare forholdet.

Ordlyden gir uttrykk for et strengt krav til politiets forsøk. Formuleringen «i vesentlig grad» peker på høy grad av sannsynlighet for at forholdet ikke kan pådømmes uten overskuddsinformasjonen. Dette taler for at alle egnede etterforskningsmetoder må ha vært utprøvd uten hell. Et slikt krav synes imidlertid å være i strengeste laget. Det kan ikke ha vært lovgivers hensikt å kreve at politiet må utføre etterforskningsarbeid som neppe ville resultert i noen bevis. Dette taler for å velge et mildere tolkningsalternativ.

En annen måte å tolke kravet på er å lese det på samme måte som det tilsvarende vilkåret i § 216c, der uttrykket «må antas at» er oppstilt foran subsidiaritetsvilkåret. Begrepet «må antas» gir uttrykk for et krav om gode grunner for å regne med at andre etterforskningsmetoder ikke er egnet til å avdekke nye bevis. Det vanlige er å kreve mer enn en ren formodning, men likevel ikke så mye som sannsynlighetsovervekt.⁹⁸ Uttrykket «må antas» er ikke tatt med i § 216i (1-d). Hvorvidt dette var tiltenkt for å stramme inn vilkåret, har lovgiver ikke uttalt seg om. I forarbeidene til § 216i (1-d) har departementet imidlertid uttalt at kravet «samsvarer med det subsidiaritetskravet som må være oppfylt for å ta metodene i bruk».⁹⁹ Dette taler for å bruke uttrykket «antas» analogisk på nærværende bestemmelse. Reelle hensyn taler også for en slik tolkning. Det er ingen gode grunner for å tillegge vilkåret i § 216i (1-d) et strengere innhold enn det som gjelder i § 216c. Tvert i mot taler personvern hensyn for en strengere nødvendighetsvurdering der det er snakk om å iverksette det meget inngripende tvangsmiddelet kommunikasjonskontroll. Utelatelsen kan skyldes at bestemmelsene er noe ulikt utformet, eller at det måtte betraktes som overflødig. Det blir derfor forsvarlig å tolke subsidiaritetsvilkåret i § 216i (1-d) i samsvar med bestemmelsen i § 216c.

⁹⁸ Bjerke mfl. (2011) s. 750.

⁹⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

Det kreves således ikke at politiet har forsøkt alle mulige etterforskningsmetoder, dersom det var grunn til å regne med at metoden ikke ville føre frem.

5.2.3 Andre forhold av betydning for nødvendighetsvurderingen

Videre må det reises spørsmål om andre omstendigheter kan få betydning for subsidiaritetsvurderingen. Kan vilkåret være oppfylt til tross for at egnede etterforskningsmetoder ikke er utprøvd? Det skal først ses på ressursøkonomiske betraktninger, og deretter betydningen av hvem som berøres av bevisføringen.

a) Økonomi- og ressurs hensyn

Som sagt ovenfor under punkt 4.2.2, ble samfunnsøkonomiske betraktninger vektlagt da departementet bestemte at adgangen til å bruke overskuddsinformasjon skulle utvides til å omfatte andre straffbare handlinger som ikke kunne ha begrunnet kontrollen. Der politiet allerede sitter med fellende bevis for et straffbart forhold, synes det ut fra et ressursøkonomisk ståsted lite hensiktsmessig å bruke ytterligere midler for å innhente nye bevis. Det blir derfor naturlig å spørre om slike betraktninger også kan få en plass under subsidiaritetsvurderingen.

Lovteksten gir ingen antydning i retning av en slik adgang, men utelukker det heller ikke. Uttalelser i forarbeidene gir derimot klare indikasjoner på at det må gjøres rom for ressursøkonomiske hensyn. Departementet har i denne relasjon uttalt at et «subsidiaritetskrav vil virke bevisstgjørende på politiet og påtalemyndigheten, med tanke på om forholdet som er avdekket med overskuddsinformasjonen uten altfor store ressurser kunne vært belyst på annen måte».¹⁰⁰ Det synes med dette at lovgiver har tatt det som en selvfølge at ressursmessige hensyn skal vektlegges i subsidiaritetsvurderingen. Tilsvarende synspunkter er blitt lagt til grunn i forarbeidene med hensyn til subsidiaritetskravet i strpl. § 222d, som gjelder for tvangsbruk i politiets forebyggende arbeid.¹⁰¹ Dette taler for å åpne for ressursøkonomiske betraktninger i vurderingen av om alternative etterforskningskritt er egnet til å avdekke andre bevis.

På den andre siden er slike hensyn lite forenlig med subsidiaritetsvilkårets formål, idet vilkåret søker etter å unngå unødig eksponering av sensitive opplysninger. Dersom politiet gjennom etterforskning faktisk hadde hatt mulighet til å frembringe nye bevis, kan personvern hensyn

¹⁰⁰ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 60 (2004-2005) s. 71-72.

tale for at slike gjennomføres, uavhengig av kostnadene. Dette er nok likevel å gå noe langt. Som følge av hensynet til fornuftig bruk av offentlige ressurser, og lovgivers forutsetninger, bør personvern hensyn ikke få avgjørende vekt her. Det må dessuten kunne argumenteres for at oppklaring faktisk ble vanskelig gjort som følge av store økonomiske omkostninger eller ressursmangler i politiet. Ressursøkonomiske betraktninger må etter dette kunne aksepteres, såfremt slike ikke blir førende for selve vurderingen.

b) Strengere krav der uskyldige tredjemenn berøres

Det må ha betydning for subsidiaritetsvurderingen om opplysningene kun berører den tiltale, eller om andre, uskyldige, tredjepersoner også vil eksponeres. Lovgiver har gitt klart uttrykk for et slikt skille. I følge departementet er det særlig behov for å synliggjøre subsidiaritetskravet i tilfeller der opplysningene «er egnet til å kompromittere sensitive opplysninger om tredjeperson».¹⁰² Overfor uskyldige tredjemenn vil inngrepet for det første ikke kunne rettferdiggjøres på samme måte som overfor den som har gjort seg skyldig i et straffbart forhold. Overfor uskyldige tredjepersoner vil det bli et valg mellom å utsette vedkommende for en ny krenkelse i form av eksponering av sensitiv informasjon, eller å la vedkommende være beskyttet. Alternativet for den mistenkte er derimot å bli utsatt for nye etterforskningskritt. For den som er mistenkt, vil det altså foreligge et valg mellom det ene eller det andre inngrepet. Det bør på denne bakgrunn stilles strengere krav til politiets forsøk på å avdekke andre bevis, der overskuddsinformasjonen berører uskyldige tredjepersoner.

5.2.4 Overskuddsinformasjonens bevisverdi

Dersom bevisføringen skal kunne betraktes som nødvendig, må det endelig stilles krav til opplysningenes bevisverdi. Når bevisføringsadgangen avhenger av at pådømmelse «ville ha blitt» hindret uten slik tillatelse er den naturlige motsats at pådømmelse med høy grad av sannsynlighet vil kunne oppnås ved bruk av overskuddsinformasjonen. Ut fra hensynet til behovet for kriminalitetsbekjempelse, er inngrepet bare nødvendig dersom opplysningene faktisk gir grunnlag for pådømmelse av det straffbare forholdet. Et slikt krav samsvarer likeledes med det nødvendighetskravet som oppstilles i EMK art. 8 nr. 2.¹⁰³ Det må altså stilles krav om at overskuddsinformasjonen utgjør et tungtveiende bevis.

5.3 Kravet om forholdsmessighet

Selv om bevisføringen er nødvendig for å oppnå pådømmelse, kan inngrepet likevel betraktes som uforholdsmessig. Kravet om at bevisadgangen ikke ville medføre «et uforholdsmessig

¹⁰² Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

¹⁰³ Nærmere om dette under punkt 6.2.2, nedenfor.

inngrep» viser til en vurdering av forholdet mellom mål og middel. Det er altså et krav om at bevisføringen har så gode grunner for seg at den kan rettferdiggjøre det inngrepet bevisføringen vil innebære for den enkelte. I følge departementet gjenspeiler forholdsmessighetskravet i § 216i (1-d) «de avveininger som bør foretas mellom personvern hensyn og behovet for en effektiv kriminalitetsbekjempelse».¹⁰⁴ Det skal således skje en vurdering av om bevisfremleggelsen, og den krenkelse det innebærer, står i rimelig forhold til behovet for oppklaring av straffesaken. En rekke forhold kan få betydning for avveiningen, avhengig av enkelthetene i den konkrete sak. En viss veiledning kan utledes av lovteksten, der det angis at avveiningen skal skje på bakgrunn av «sakens art og forholdene ellers». Dette skal undersøkes nærmere i det følgende.

5.3.1 Sakens art

Med «sakens art» må det siktes til karakteren av det kriminelle forholdet saken omhandler. Dette gjenspeiler en vurdering av det generelle behovet for å pådømme den aktuelle typen straffbare handling. Det betyr at det har betydning hva slags form for kriminalitet det er tale om, eksempelvis tyveri, legemsbeskadigelse, dokumentforfalskning og så videre. Som illustrasjon på betydningen av forholdets karakter har departementet vist til «at det er urimelig at overskuddsinformasjon fra *romavlytting*¹⁰⁵ som beviser et drap,¹⁰⁶ ikke skal kunne føres i retten. Motsatt bør hensynet til å ivareta tredjepersoners personvern veie tyngre når det er spørsmål om å bruke overskuddsinformasjonen som bevis for mindre alvorlige handlinger».¹⁰⁷ Betydningen av forholdets art kommer også til uttrykk i EMDs dom *Buck mot Tyskland*, hvor det ble konstatert konvensjonsbrudd jf. EMK art. 8 som følge av urettmessig ransaking og beslag. Ved vurderingen av inngrepens proporsjonalitet la EMD særlig vekt på at inngrepet hadde skjedd i forbindelse med en mindre overtredelse av en forskrift.¹⁰⁸ Strafferammen i den aktuelle straffebestemmelsen vil langt på vei gi veiledning om hvor alvorlig det straffbare forholdet regnes for å være. Lovbrudd som etter sin art faller innenfor samme kriminalitetssjanger eller straffebestemmelse, vil imidlertid kunne skille seg vesentlig fra hverandre i alvorlighetsgrad. Det vil således kunne bli aktuelt å ta i betraktning forventet straff. Høyesterett har godtatt forventet straff som ett av de momenter som kan tillegges vekt ved forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a.¹⁰⁹ Dette må derfor antas å gjelde også her.

¹⁰⁴ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

¹⁰⁵ Min utheving.

¹⁰⁶ Drap jf. strl. § 233 gir grunnlag for kommunikasjonsavlytting, men ikke romavlytting.

¹⁰⁷ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

¹⁰⁸ Avsnitt 52.

¹⁰⁹ Rt. 1994 s. 937 på s. 938.

Det bør imidlertid utvides stor forsiktighet med denne typen forhåndsbetraktninger av straffen.

Forholdets art og grovhet er altså en viktig faktor ved avveiningen. Lovgivers valg, med å oppstille et forholdsmessighetskrav som kriterium for overskuddsinformasjon, medfører imidlertid at det ikke lar seg gjøre å presisere hvilke straffbare handlinger som kan begrunne bevisadgang, og hvilke som ikke kan det. Dette vil alltid måtte avhenge av hva slags type sensitiv informasjon inngrepet vurderes opp mot. Sett i lys av det forholdsmessighetskrav som oppstilles i EMK art. 8 nr. 2 bør det imidlertid gjøres en avgrensning mot bagatellmessige forhold. I slike saker vil det ikke foreligge noe stort behov for å oppnå pådømmelse, og kriminalitetshensynet vil dermed vanskelig kunne veie opp for det inngrep bevisføringen medfører. Det må altså tåles at visse saker av mindre alvorlig karakter blir henlagt, i tilfeller der politiet ikke klarer å avdekke andre bevis.

5.3.2 Forholdene ellers

Avveiningen skal også skje på bakgrunn av «forholdene ellers». Dette er et svært vidt begrep, som omfatter alle øvrige hensyn som måtte gjøre seg gjeldende i vedkommende sak. I det følgende skal de relevante hensyn i så henseende identifiseres.

a) Behovet for overskuddsinformasjonen

Ovenfor, under punkt 5.3.1, kom det frem at det generelle behovet for kriminalitetsbekjempelse får stor betydning ved avveiningen. Det må videre legges vekt på det konkrete behovet for overskuddsinformasjonen i den enkelte saken. Mens det generelle behovet reflekteres ut fra alvorlighetsgrad, vil det konkrete behovet avhenge av opplysningenes bevisverdi og det øvrige bevisbildet. Der det hefter tvil ved opplysningene, er det mindre grunn til å tillate eksponering. Særlig må dette gjelde der hvor opplysningene berører uskyldige tredjepersoner.¹¹⁰ Etersom avlyttingen ble gjennomført på bakgrunn av et annet straffbart forhold enn det overskuddsinformasjonen belyser, kan det lett tenkes at opplysningene mangler tilstrekkelig kontekst eller på annen måte er ufullstendige. Usikre opplysninger egner seg generelt dårlig som bevis i straffesaker, som følge av det meget strenge skyldkravet. Videre er det allerede knyttet betenkeligheter til bruk av overskuddsinformasjon.¹¹¹ Når det i tillegg er knyttet usikkerhet til opplysningene som sådan, må kriminalitetsoppklaringshensynet stå særlig svakt i forhold til det inngrep bevisbruken

¹¹⁰ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

¹¹¹ Se punkt 4.3, ovenfor.

medfører. Etter min mening kan det bare unntaksvis aksepteres at overskuddsinformasjon av usikker karakter fremlegges som bevis. Inngrepet vil i slike tilfeller vanskelig rettferdiggjøres ut fra hensynet til kriminalitetsbekjempelse.

Videre må det legges vekt på bevisgrunnlaget for øvrig. I Rt. 2004 s. 1210 hadde politiet foretatt en midlertidig tilbakekallelse av den siktedes førerkort jf. vegtrafikkloven § 33 nr. 3, for brudd på trafikkreglene i form av kjøring med for kort avstand til bilen foran. Det var spørsmål om beslagleggelsen var et uforholdsmessig stort inngrep jf. strpl. § 170a. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at «[d]et vil vere eit moment om domfelling framstår som meir eller mindre sikkert, sjølv om minstevilkåret om skilleg grunn er oppfylt».¹¹² Lignende vurderinger må kunne foretas ved forholdsmessighetsavveiningen etter § 216i (1-d), ettersom oppklaringshensynet står sterkere der det er stor sannsynlighet for at tiltalen vil føre til domfellelse.

b) Den gjennomførte kontrollens karakter

Departementet har lagt til grunn at det bør legges vekt på hva slags metodebruk overskuddsinformasjonen stammer fra, og hvor inngripende kontrollen var.¹¹³ Som sagt tidligere, er kontrollen og behandlingen av opplysningene i utgangspunktet å anse som to adskilte inngrep.¹¹⁴ Dette kunne tilsi at det i prinsippet ikke skulle ha noen betydning ved forholdsmessighetsvurderingen hvor opplysningene opprinnelig stammer fra. At det opereres med to ulike inngrep har imidlertid størst betydning i den forstand at den videre behandlingen av opplysningene også må ha en selvstendig hjemmel. Fordi den totale følelsen av krenkelse vil øke med avlyttingens integritetskrenkende karakter, blir det riktig å skille mellom informasjon som stammer fra henholdsvis romavlytting, kommunikasjonsavlytting og annen kommunikasjonskontroll, der romavlytting er det mest integritetskrenkende. Når kontrollen i tillegg er foretatt i det private hjem, må hensynet til personvernet styrkes ytterligere ved avveiningen av bevisføringens forholdsmessighet.

c) Bevisfremleggelsens inngripende karakter

Hvorvidt inngrepet er forholdsmessig, beror selvsagt på hvor krenkende bevisfremleggelsen vil være for den det måtte gjelde. Det understrekes at inngrepet utelukkende gjelder

¹¹² Avsnitt 20.

¹¹³ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

¹¹⁴ Se punkt 4.3.1, ovenfor.

behandlingen av personopplysninger, i form av eksponering av kommunikasjon eller sensitiv informasjon, og ikke selve straffeforfølgelsen.

Når forholdet mellom inngrepet og behovet for kriminalitetsbekjempelse skal bedømmes, er det nødvendig å klarlegge hvor inngripende bevisfremleggelsen vil være for den det gjelder.

Krenkelsesnivået vil variere etter hva slags type informasjon det er tale om å benytte.

Opplysningene kan være av helt hverdagslig, til særdeles ømfintlig, karakter. Utgangspunktet er klart; desto høyere en kommer opp på sensitivitetsskalaen, jo mer trengende må behovet for pådømmelse være, før bevismessig bruk av overskuddsinformasjonen kan tillates.

Departementet har som eksempler på informasjon som regnes som særlig sensitiv vist til helsemessige, seksuelle og religiøse forhold.¹¹⁵ Dette er således opplysninger som kan betegnes som sensitive på generell basis. Personopplysningloven kan gi ytterligere veiledning om hva som skal betraktes som sensitiv informasjon, der blant annet rasemessig og etnisk bakgrunn, samt politisk og filosofisk oppfatning, er inkludert.¹¹⁶ Behovet for hemmelighold av opplysninger som i seg selv kan betraktes som sensitive, vil også kunne bli forsterket av andre omstendigheter. For eksempel seksuelle forhold utenfor ekteskapet, av hensyn til familien. Krenkelsesnivået vil etter dette ikke bare avhenge av hva slags type opplysninger det er tale om, men det individuelle behovet for hemmelighold.

Selv om det ikke er nevnt særskilt, kan det selvsagt foreligge et behov for beskyttelse for andre opplysninger som isolert sett ikke fremstår som spesielt sensitive. Det er i den forbindelse viktig å presisere at eksponering av fortrolig kommunikasjon i seg selv utgjør et inngrep, uavhengig av det nærmere innholdet, jf. EMK art. 8 nr. 1.

d) Når opplysningene berører uskyldige tredjemenn

Ovenfor¹¹⁷ er det lagt til grunn at subsidiaritetskravet skjerpes i tilfeller der uskyldige tredjemenn berøres av overskuddsinformasjonen. Hvorvidt opplysningene berører uskyldige tredjemenn, må også tillegges betydning ved forholdsmessighetsvurderingen

¹¹⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

¹¹⁶ Personopplysningsloven § 2 nr. 8 bokstav a. Etter politiregisterloven § 7 må behandling av personopplysninger være «strengt nødvendig» dersom opplysningene gjelder «nasjonal eller etnisk bakgrunn, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningstilhørighet eller opplysninger om helsemessige eller seksuelle forhold».

¹¹⁷ Punkt 5.2.3 bokstav b.

Det mest tungtveiende argumentet for å begrense bevisadgangen for overskuddsinformasjon i § 216i (1-d) var i følge metodeutvalget at bevisføringen også kan utgjøre et inngrep overfor uskyldige tredjemenn.¹¹⁸ Personvernet veier altså tyngre i slike tilfeller. Som uttalt i NOU 2004: 6 i relasjon til strpl. § 170a, knytter forholdsmessighetsvurderingen seg opp mot den mistenkte, «men det er ofte hensynet til de uskyldelige¹¹⁹ tredjemenn som har størst vekt. Uskyldige tredjeparter har et sterkere krav på vern enn personer som planlegger straffbare handlinger og derved selv har svekket sitt krav på vern».¹²⁰ Tilsvarende må være utgangspunktet for bevisbruken av overskuddsinformasjon. Den som er mistenkt for et straffbart forhold, må regne med å få sensitive opplysninger om seg selv eksponert for åpen rett. En uskyldig utenforstående som rammes har derimot ikke hatt noen tilsvarende foranledning, og eksponering må derfor betraktes som et større inngrep. Den krenkedes forbindelse med saken må således tillegges vekt ved avveiningen. Som påpekt av metodeutvalget vil tredjepersoner heller ikke alltid få mulighet til å kommentere opplysningene, og vedkommende vil ikke nødvendigvis være kjent med at opplysningene blir brukt som bevis.¹²¹ Slike omstendigheter bør det også ses hen til ved forholdsmessighetsvurderingen.

e) Betydningen av tiltaltes forhold til kommunikasjonskontrollen

Det kan stilles spørsmål ved betydningen av tiltaltes forhold til kommunikasjonskontrollen. Har det noen betydning hvorvidt han ble tilfeldig berørt av kontrollen, eller om han var den som kontrollen opprinnelig rettet seg mot? I sistnevnte tilfelle var vilkårene for tvangsbruken oppfylt, og opplysningene kan av den grunn betraktes som mindre tilfeldige,¹²² selv om opplysningene angår et annet straffbart forhold enn det som begrunnet kontrollen. Det kunne på denne bakgrunn argumenteres for at bevisbruken er mer berettiget enn i tilfeller der tiltaltes opprinnelig var en tilfeldig tredjemann som ble berørt. Etter min mening er dette ingen god argumentasjon. En mistenkt som har blitt utsatt for en kontroll, basert på en uriktig mistanke, har på samme måte som en tilfeldig tredjemann, blitt utsatt for et inngrep som egentlig ikke skulle ha skjedd. Han har således ikke hatt noen større foranledning for kontrollen enn den tilfeldige tredjemann. Kjæremålsutvalget i Rt. 2010 s. 956 kunne heller ikke se noen grunn til å operere med et skille her. Det er i avsnitt 20 uttalt at det ikke er noen «større betenkeligheter ved å anvende overskuddsinformasjon i forhold til en tilfeldig tredjemann» i forhold til den

¹¹⁸ NOU 2009:15 s. 271.

¹¹⁹ Skal være *uskyldige*.

¹²⁰ side 192 punkt 10.6.6.

¹²¹ NOU 2009:15 s. 271.

¹²² Gammeltoft-Hansen (1981) s. 228.

som kontrollen uriktig var rettet mot. Det ble videre vist til at faren for eventuelt misbruk av kommunikasjonskontrolladgangen «knappt er tenkelig i forhold til den tilfeldige tredjemann».¹²³ Synspunktet er altså at bevisets økende grad av tilfeldighet faktisk gjør bevismessig bruk mindre betenkelig. Det må på denne bakgrunn legges til grunn at det ikke har noen betydning hvorvidt den tiltalte var opprinnelig siktet for det forholdet som begrunnet kontrollen, eller ikke.

5.4 Betydningen av § 216 (1-d) annet punktum

5.4.1 Innledende bemerkninger

Til nå har vilkårene for å fremlegge overskuddsinformasjon som bevis for straffbare handlinger som ikke kunne begrunnet kontrollen, vært underlagt en nærmere undersøkelse. Rettstilstanden for bevisadgangen er ikke klarlagt med dette. Strpl. § 216i (1-d) annet punktum inneholder en ytterligere regulering av bevisføringsadgangen.

5.4.2 Videreføring av tidligere rett

Bestemmelsen i annet punktum lyder slik: *«Er det andre forholdet påtalt som en overtredelse som kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra, eller belyser opplysningene også et straffbart forhold som etter sin art kunne ha begrunnet slik kontroll, kan opplysningene uansett brukes som bevis».*

Første del av annet punktum omtaler tilfeller der tiltalebeslutningen gjelder et forhold som selv kunne ha begrunnet kommunikasjonskontrollen, men hvor domstolen velger å bygge på et mildere straffebud. Dette er et tilfelle tilsvarende situasjonen i Rt. 2007 s. 1409, omtalt ovenfor under punkt 3.3.4. Siste del av annet punktum omtaler et forhold som tilsvarende saksforholdet i Rt. 2005 s. 1200, nemlig tilfeller der opplysninger som er fremlagt som bevis for et straffbart forhold som kunne begrunnet kontrollen, også har betydning for mindre alvorlige forhold i samme sak. Som tidligere sagt, har Høyesterett betraktet bevisene i disse tilfellene for lovlig fremlagt, og derfor gitt domstolen adgang til å vektlegge dem ved bedømmelsen av et mindre alvorlig forhold. Nå har denne rettstilstanden fått klart uttrykk i loven. Slik videreføring av ulovfestet rett var departementets klare forutsetning.¹²⁴

Bestemmelsen i annet punktum får således den konsekvens at vilkårene i første punktum om forholdsmessighet og nødvendighet, ikke gjelder i tilfeller der opplysningene allerede er blitt

¹²³ Avsnitt 20.

¹²⁴ Prop. 147 L (2012-2013) s. 82.

lovlig ført for retten. Lovgiver har altså ikke ønsket å innskrenke den bevisadgangen som etter ulovfestet rett gjaldt for mindre alvorlige forhold, ved innføringen av skjønnskriteriene i første punktum.

Hva angår nedsubsummeringstilfellene, der domstolen velger å bygge på et mildere straffebud enn det tiltalen gjelder, ble videreføringen blant annet begrunnet med at man er «kommet såpass langt i straffesaksbehandlingen at overskuddsinformasjon ikke bør nektes ført fordi det skulle være uforholdsmessig eller unødvendig».¹²⁵ Dette kan i og for seg være et godt argument for å utelukke bevisavskjæring. Det er imidlertid grunn til å knytte et par bemerkninger til begrunnelsen. Nedsubsummeringen må nødvendigvis skje etter bevisføringen. Opplysningene er således allerede blitt lagt frem for retten. Det vil da bli spørsmål om domstolen skal se bort fra opplysningene ved bedømmelsen av det mindre alvorlige forholdet. Som poengtert av departementet, er man da kommet såpass langt i prosessen at det kan synes uriktig å pålegge dommeren å se bort fra bevisene. Dette kan dels også begrunnes med at opplysningene i slike tilfeller allerede er blitt eksponert. Hvorvidt opplysningene inkluderes i avgjørelsen, kan på den annen side innebære en stor forskjell for den opplysningene gjelder, idet rettsavgjørelser i utgangspunktet er offentlig tilgjengelige, jf. domstolloven. § 130. Lovgiver har imidlertid besluttet at dette ikke skal ha noen betydning.

Bestemmelsen i annet punktum har ikke inntatt en tilsvarende reservasjon som den Høyesterett fastsatte i Rt. 2007 s. 1409, for tilfeller der påtalemyndighetens subsummering av forholdet måtte fremstå som «klart misbruk». Hvorvidt reservasjonen fremdeles utgjør gjeldende rett, fremstår derfor som noe uklart. I lovforarbeidet uttalte departementet at det hadde «liten tro på at forhold uberettiget oppsubsummeres av påtalemyndigheten for å oppnå adgang til å føre materiale fra kommunikasjonkontroll eller romavlytting som bevis».¹²⁶ Det var derfor unødvendig å lovfeste reservasjonen. Utelatelsen fremstår likevel ikke som en benektelse av reservasjonens eksistens, i den grad det måtte bli bruk for den. Utelatelsen synes for meg heller å bygge på en motvilje mot å anerkjenne muligheten for tillitsbrudd fra påtalemyndighetens side. Dersom det mot lovgivers formodning skulle skje at påtalemyndigheten henfører lovbruddet under en straffebestemmelse som det klart ikke er bevismessig grunnlag for, må domstolen fremdeles ha muligheten til å avskjære beviset. En slik reservasjon kan få betydning i form av preventiv effekt mot denne typen misbruk. For

¹²⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 82.

¹²⁶ Prop. 147 L (2012-2013) s. 82.

øvrig er jeg enig med departementet i at det vanskelig kan tenkes at påtalemyndigheten vil anføre en strengere straffebestemmelse for å få opplysningene fremlagt. Etter utvidelsen av bevisadgangen vil mindre alvorlige forhold selv kunne begrunne irettføring av overskuddsinformasjonen, hvilket vil gjøre oppsummering unødvendig. Misbruk i form av oppsummering vil i tilfelle bli mest aktuelt der påtalemyndigheten selv finner at vilkårene om forholdsmessighet og nødvendighet ikke er oppfylt, og således ønsker å omgå kravene.

Bestemmelsen i § 216i (1-d) annet punktum omtaler heller ikke hvilket tidspunkt som er avgjørende, der loven har blitt endret, slik tilfellet var i Rt. 2006 s. 972. I denne saken kom kjæremålsutvalget frem til at lovgivningen på gjerningstidspunktet måtte bli avgjørende der loven var endret til ugunst for tiltalte.¹²⁷ Spørsmålet får liten praktisk betydning etter lovendringen, da overskuddsinformasjonen uansett vil kunne fremlegges i medhold av bokstav d, såfremt det er forholdsmessig og nødvendig. I tråd med departementets forutsetning om å videreføre tidligere rett, må det likevel legges til grunn at bevisfremleggelsen i slike tilfeller må hjemles i § 216i (1-d), og ikke bokstav c.

5.5 Domstolens behandling av spørsmålet om bevisavskjæring

Et praktisk viktig spørsmål er hvordan domstolsprøvingen av påtalemyndighetens vurdering av vilkårene i § 216i (1-d) første punktum skal foregå. Dette blir for det første et spørsmål om hvilket tidspunkt domstolen må ta stilling til bevisavskjæringsspørsmålet. Videre er det interessant å undersøke hvordan personvernet blir ivaretatt der bevisføringen innebærer et uforholdsmessig inngrep.

I utgangspunktet gjelder de alminnelige reglene om behandlingen av bevisføringsspørsmålet. Det vil si at spørsmålet kan avgjøres under saksforberedelsen, i forberedende rettsmøte, jf. strpl. § 272 (1-c), eller under hovedforhandlingen.¹²⁸ I utgangspunktet vil det være en fordel å få avklart bevisføringsspørsmålet på et tidlig stadium av saken, før bevisføringen. Dette skyldes den plikten dommeren har til kun å ta i betraktning de bevis som er blitt lovlig ført for retten, jf. strpl. § 305. Der bevisavskjæring skjer *etter* bevisføringen, vil dommeren stilles i en vanskelig situasjon, der han må se bort i fra de opplysninger som allerede er blitt ham bekjent. Som Torgersen uttaler, kan det «være psykologisk vanskelig å fri seg fra kunnskap man

¹²⁷ Se punkt 3.3.4, ovenfor.

¹²⁸ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

besitter, og innsyn i et bevis som skulle vært holdt utenfor forhandlingen, vil både kunne bli tillagt direkte vekt i bevisvurderingen, og påvirke fortolkningen av andre bevis». ¹²⁹

Det vil imidlertid ikke være helt uproblematisk for dommeren å treffe slik avgjørelse under saksforberedelsen, før alle bevisene er ført for retten. Dette er noe lovgiver sannsynligvis ikke har tenkt så grundig gjennom. Departementet har uttalt at retten vil «kunne få tilgang til den aktuelle informasjonen gjennom utlån av saksdokumentene eller under muntlige forhandlinger, og derfor ha gode forutsetninger for å fatte en forsvarlig avgjørelse om hvorvidt informasjonen skal benyttes som bevis eller ikke». ¹³⁰ Noe støtte vil antakelig dommeren også få gjennom bestemmelsen strpl. § 262 (1) annet punktum, som pålegger påtalemyndigheten å angi i bevisoppgaven hvilke opplysninger som utgjør overskuddsinformasjon, med en begrunnelse for hvorfor den mener vilkårene i strpl. § 216i (1-d) første punktum er oppfylt. En reell overprøving av kravene til nødvendighet og forholdsmessighet forutsetter imidlertid at dommeren har fullstendig oversikt over bevisbildet og nærmere innsyn i overskuddsinformasjon. Fordi hovedforhandlingen alltid skal foregå muntlig ¹³¹ og bevisene må føres umiddelbart for retten, vil dommeren først oppnå denne kunnskapen etter bevisføringen, under hovedforhandlingen. Særlig problematisk vil betydningen av de øvrige bevis være der vitner skal forklare seg for retten. ¹³² Hensynet til en materielt riktig avgjørelse av bevisføringsspørsmålet taler derfor for at spørsmålet avgjøres *etter* bevisføringen. På bakgrunn av de personvern hensyn som begrunner bevisavskjæringen i slike tilfeller, mener jeg likevel at bevisavskjæringsspørsmålet bør avklares under saksforberedelsen i et muntlig rettsmøte, for å unngå videre eksponering av kommunikasjonskontrollmaterialet.

Behandlingen av bevisføringsspørsmålet for overskuddsinformasjon etter § 216i (1-d) reiser imidlertid flere «personvernmessige utfordringer». ¹³³ I utgangspunktet skal rettsmøtene være åpne for offentligheten, og forhandlingene og rettsavgjørelsene skal kunne gjengis offentlig. ¹³⁴ Behovet for hemmelighold, som utgjør selve begrunnelsen for avskjæringen, blir dermed stående i en sårbar situasjon, også der bevisavskjæringsspørsmålet avgjøres i forberedende rettsmøte. Disse problemene har lovgiver forsøkt å begrense gjennom regler om

¹²⁹ Torgersen (2009) s. 471.

¹³⁰ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

¹³¹ Strpl. § 278 (1).

¹³² Strpl. § 296.

¹³³ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

¹³⁴ Domstoll. § 124.

unntak fra offentlighet. Samtidig med utvidelsen av bevisadgangen ble det således inntatt en særskilt regel om at muntlige forhandlinger, om bevisføringsspørsmålet for opplysninger som omfattes av § 216i (1-d) første punktum, skal holdes for lukkede dører, jf. domstoloven § 125 siste ledd. Videre pålegger domstoloven § 128 annet punktum «de tilstedeværende» taushetsplikt om de opplysninger som fremkommer under behandlingen. Endelig vil en kjennelse, om å nekte overskuddsinformasjonen ført som bevis, bare kunne gjengis offentlig i anonym form, jf. domstoloven § 130. Hensikten med disse reglene er å begrense eksponeringen av de aktuelle opplysningene til en mindre krets av personer, inntil domstolen eventuelt treffer kjennelse om å tillate opplysningene. I tilfeller der påtalemyndigheten uberettiget har tatt ut tiltale på bakgrunn av overskuddsinformasjonen, vil den krenkede dermed beskyttes mot fullstendig eksponering.

6. Vernet etter Norges folkerettslige forpliktelser

6.1 Innledning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon er gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 1 inkorporert som norsk rett. Ved motstrid mellom en konvensjonsbestemmelse og andre bestemmelser skal konvensjonsbestemmelsen gis forrang, jf. menneskerettsloven § 3. På straffeprosessens område gjelder dessuten et sektormonistisk prinsipp, som medfører at de internrettslige reglene i straffeprosessloven må tolkes innskrenkende i tilfelle motstrid med folkerettslige bestemmelser, jf. strpl. § 4. Som følge av dette, og den særlige kontrollfunksjonen EMK har gjennom klageadgangen til den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg jf. EMK art. 34, har konvensjonens bestemmelser stor betydning på straffeprosessens område. I tråd med presumsjonsprinsippet ble bestemmelsen i strpl. § 216i (1-d) i undersøkelsen ovenfor¹³⁵ derfor tolket i lys av konvensjonen. I det følgende skal det foretas en selvstendig vurdering av bestemmelsen opp mot konsesjonskravene.

6.2 Vernet i EMK art. 8

Bestemmelsen i strpl. § 216i (1-d) må særlig vurderes opp mot EMK art. 8. Art. 8 nr. 1 gir den enkelte borger krav på respekt «for his private and family life, his home and his correspondence». Ethvert inngrep i disse rettighetene er som hovedregel forbudt etter art. 8 nr. 2.

¹³⁵ Se kapittel 5.

De forente nasjoners konvensjon om sivile og politiske rettigheter¹³⁶ art. 17 inneholder en lignende beskyttelse av privatlivet som EMK art. 8. Som følge av den særlige håndhevingsmekanismen EMK har gjennom Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, får SP gjerne mindre praktisk betydning. Lovgiver har like fullt plikt til å overholde konvensjonskravene i SP. Det må imidlertid antas at bestemmelsen ikke rekker noe lengre enn vernet etter EMK art. 8.¹³⁷ Som følge av den særlige presiseringen vernet i EMK har fått gjennom rettspraksis fra EMD, vil undersøkelsen knyttes opp mot konvensjonsbestemmelsen i EMK.

Hvorvidt konvensjonsbestemmelsen setter skranker for bevisadgangen, avhenger først og fremst av om bevisføring av overskuddsinformasjon er beskyttet av rettighetene i artikkelens første avsnitt. Alternativet «private life» er et svært vidtomfattende begrep. Etter ordlyden er det tale om en sfære hvor den enkelte kan motsette seg innblanding fra det offentlige og andre individer. I henhold til konvensjonsordlyden, vil bevismessig bruk av overskuddsinformasjon således være et inngrep som bestemmelsen beskytter borgeren mot. EMD har ikke tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet, men tilsvarende bør kunne sluttet av dommen Craxi mot Italia. I denne saken var materiale fra telefonavlytting lest opp av påtalemyndigheten i en rettssak, og innholdet var senere gjengitt i media. Domstolen poengterte at telefonsamtalene var beskyttet av retten til «private life» og «correspondence», og la derfor til grunn at både avlesningen under rettssaken, og den senere gjengivelsen, representerte inngrep etter EMK art. 8.¹³⁸ EMD har også lagt til grunn at videreformidling av personlige opplysninger fra en offentlig myndighet til en annen er omfattet av retten til «private life», idet opplysningene gjøres kjent for en videre krets av personer.¹³⁹ Det må derfor konstateres at også bevismessig bruk av overskuddsinformasjon under hovedforhandling vil være et inngrep, som beskyttes av vernet i art. 8 nr. 1, da det er tale om å videreformidle innholdet av privat kommunikasjon eller personlige opplysninger.

Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon innebærer altså en tilsidesettelse av vernet av privatlivet etter EMK art. 8 nr. 1. Inngrepshjemmelens rettmessighet avhenger således av om vilkårene i art. 8 nr. 2 er tilfredsstilt. Bestemmelsen lyder slik:

¹³⁶ Inkorporert som norsk lov jf. menneskerettighetsloven § 2 nr. 3.

¹³⁷ NOU 2004: 6 s. 36.

¹³⁸ Se avsnitt 57.

¹³⁹ Kjølbro (2010) s. 607 med henvisning til M.S mot Sverige (avsnitt 35).

«There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

Det oppstilles således to kumulative hovedkrav som kan rettferdiggjøre inngrepshandlingen. Disse skal få en nærmere vurdering.

6.2.1 Inngrepet må skje «in accordance with national law»

Konvensjonsbestemmelsen oppstiller først og fremst et krav om at inngrepshandlingen må skje «in accordance with national law». Av ordlyden kan det utledes et krav om at inngrepet er forankret i en nasjonal hjemmel. Det avgjørende blir således om den enkelte bevisføringen faktisk har skjedd i tråd med den inngrepshjemmelen som strpl. § 216i (1-d) oppstiller. Kravet er imidlertid todelt. Det følger av EMDs praksis at den materielle regelen også må tilfredsstillе visse kvalitetskrav.¹⁴⁰ Det som gir grunnlag for en nærmere undersøkelse her, er om den materielle regelen i strpl. § 216i (1-d) tilfredsstillер disse kvalitetskravene.

Hva som kreves av den nasjonale hjemmelen, er blitt presisert av EMD i flere dommer. Dette ble blant annet gjort i dommen Olsson mot Sverige. Her ble det uttalt i avsnitt 60 (A) at en bestemmelse ikke vil kunne betraktes som «law» med mindre den er formulert med så vidt tilstrekkelig presisjon, at det for borgeren er mulig å forutse konsekvensene av sine handlinger.

Selv om utenforstående tredjemenn også står i fare for å få sin private kommunikasjon fremlagt i retten, har slike utenforstående likevel ikke det samme behovet for å forutberegne bevisadgangen. Den tiltalte har derimot et sterkt behov for å vite hvilke beviser som vil bli ført mot ham, av hensyn til forberedelsene av forsvaret. Det avgjørende blir således om den tiltalte i rimelig grad har mulighet til å beregne om vilkårene for bevismessig bruk av overskuddsinformasjon etter strpl. § 216i (1-d), er oppfylt eller ikke.

På denne bakgrunn må det oppstilles krav om tilstrekkelig presisjon av hjemmelens anvendelsesområde og vilkår.

¹⁴⁰ Kjølbro (2010) s. 589 og blant annet Olsson mot Sverige (avsnitt 60 (A)).

a) Inngrepets anvendelsesområde

Bestemmelsen i § 216i (1-d) gjelder for bevismessig bruk av kommunikasjonskontrollmateriale for «andre straffbare handlinger» som ikke kunne oppfylt vilkårene for kommunikasjonskontroll. Hjemmelen for bevismessig bruk av overskuddsinformasjon er således klar i sin ordlyd når det gjelder ulovlige handlinger som verken ga, og heller ikke kunne begrunnet, kommunikasjonskontrollen. Det kan imidlertid vurderes om bestemmelsen er tilstrekkelig klar for å gjøre inngrep overfor *andre personer* enn den som kontrollen opprinnelig rettet seg mot.

Uttrykket «andre straffbare forhold» kan være enhver straffbar handling uavhengig av hvem som har begått den. Ordlyden skiller altså ikke mellom bevismessig bruk mot personer som var opprinnelig gjenstand for kontrollen, og mot andre personer. I relasjon til konvensjonens særlige krav til presisjon, kan det likevel spørres om inngrep overfor andre må ha en klarere hjemmel. Bevismessig bruk av kontrollmaterialet fremstår som mer tilfeldig, der det brukes mot en person som ikke på noe tidspunkt var siktet for det straffbare forhold som ga grunnlag for kontrollen. Selv om kontrollen var lovlig, bærer den i større grad preg av å være en omgåelse av kommunikasjonskontrollvilkårene, der opplysningene brukes mot tredjemenn enn mot den mistenkte i kontrollsaken. På denne bakgrunn fremstår hjemmelen for bevismessig bruk overfor slike, ikke like fullt så klar. En presisering på dette punkt hadde etter min mening vært på sin plass slik at inngrep overfor tredjepersoner fikk eksplisitt uttrykk i bestemmelsen.

b) Vilkårene for inngrep – beskyttelse mot vilkårlige inngrep

Vilkårene for bevisføringen er angitt med svært skjønnsmessige kriterier. Dette vil etter EMDs praksis likevel ikke stride i mot konvensjonens kvalitetskrav, såfremt omfanget av og utøvelsen av skjønnet er angitt i tilstrekkelig utstrekning, og borgeren er gitt tilfredsstillende beskyttelse mot vilkårlige inngrep fra det offentlige.¹⁴¹ Kravet til presisjon handler altså ikke utelukkende om muligheten for å forutberegne når inngrep vil kunne skje. Presisjonskravet kan være tilfredsstillt dersom borgeren er beskyttet mot vilkårlige inngrep eller misbruk.

Vilkårene i § 216i (1-d) er vage og skjønnsmessige. Det henvises langt på vei til en avveining av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Dette betyr at vurderingsmomentene er relative. Helt fritt er skjønnet likevel ikke.

¹⁴¹ Olsson mot Sverige (avsnitt 60 (C)).

Forholdsmessighetsvurderingen skal i følge lovteksten skje på bakgrunn av «sakens art». Alvorligheten i det straffbare forholdet vil således alltid måtte bli veiledende for skjønnnet. Hva angår henvisningen til «forholdene ellers» har denne mindre selvstendig betydning som retningslinje. Ordlyden viser til skiftende omstendigheter fra sak til sak, og gir ingen rammer for hvilke hensyn myndighetene må vektlegge ved skjønnsutøvelsen. Inngrepshjemmelen som sådan, fremstår derfor ikke som tilstrekkelig klar i sin utforming.

En viktig innvending her er imidlertid den presiseringen som gis lovens forarbeider. En rekke av de vurderingselementene som skal inngå i avveiningen kommer til uttrykk i Prop. 147 L (2012-2013), og gir derfor myndighetene en viss ramme for skjønnsutøvelsen. Ved bedømmelsen av den nasjonale hjemmelen vil EMD måtte ta i betraktning den internrettslige lovtradisjonen, fordi det er denne borgeren må forvente å forholde seg til.¹⁴² Ettersom norsk rettstradisjon i stor grad preges av korte lovtekster, med utfyllende uttalelser i lovforarbeidene, må det antas at EMD vil godta denne form for lovteknikk, når den vurderer om den norske lovbestemmelsen oppfyller konvensjonens lovkrav. I *Olsson mot Sverige* tok EMD nettopp hensyn til at det, i forarbeidene til den ellers så vide og skjønnsbaserte svenske lovregelen, var gitt veiledning for skjønnavgjørelsen.¹⁴³ Retningslinjene i lovforarbeidene taler derfor i retning av at bestemmelsen oppfyller konvensjonens lovkrav.

Ett særlig usikkerhetsmoment knytter seg likevel til bevisverdien, som utgjør en sentral del av den konkrete skjønnsanvendelsen. Ettersom den reelle bevisverdien avhenger av det totale bevisbildet, vil bevisføringsadgangen aldri kunne forutberegnes med fullstendig sikkerhet. Denne usikkerheten gjør bestemmelsen dårlig egnet til å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser om en tilstrekkelig klar og presis hjemmel. Når EMD vurderer om inngrepshjemmelen tilfredsstillende kvalitetskravet, ser den imidlertid ikke bare på innholdet i den materielle regelen.¹⁴⁴ Siden kravet til presisjon, og dermed forutberegnelighet, skal sikre borgeren mot vilkårlige avgjørelser, står øvrige rettssikkerhetsgarantier også sentralt ved vurderingen. Viktig i denne sammenheng er således om tiltalte er gitt tilfredsstillende beskyttelse mot vilkårlig bruk av overskuddsinformasjonen. I så henseende har det betydning at myndighetenes skjønnsutøvelse er underlagt både domstolskontroll og prosessuelle

¹⁴² Som uttalt i *Bykov mot Russland* i avsnitt 76: «the phrase “in accordance with the law” not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law».

¹⁴³ Se avsnitt 62.

¹⁴⁴ Kjølbro (2010) s. 593.

skranker. Der påtalemyndigheten tar ut tiltale på bakgrunn av overskuddsinformasjonen, vil de aktuelle opplysningene alltid måtte fremlegges for domstolen.¹⁴⁵ Dette blir en nødvendig følge av formålet med bevisbruken, som nettopp er å føre bevisene for domstolen. Videre vil den tiltalte part ha en offentlig oppnevnt forsvarer under hovedforhandlingen og ved bevisopptaket til denne, jf. strpl. § 96 og § 97. Denne forsvarerfunksjonen vil også utgjøre et bidrag ved beskyttelsen mot vilkårlige inngrep.

En forutsetning for å hindre misbruk, er at borgeren gis en adekvat begrunnelse for myndighetenes skjønnsutøvelse.¹⁴⁶ En viktig prosessuell beskyttelse er derfor den plikten påtalemyndigheten har til å begrunne avgjørelsen om å ta ut tiltale på bakgrunn av overskuddsinformasjon etter strpl. § 216i (1-d), jf. strpl. § 262 (1) annet punktum. Tilsvarende gjelder ved begjæring om tilståelsesdom etter strpl. § 248 (1), jf. (2). Begrunningsplikten gir den tiltalte og domstolen bedre forutsetninger for å overprøve myndighetenes beslutning. Begrunningsplikten gjør det også lettere for tiltalte å forutberegne hvilke bevis som vil bli benyttet mot ham straffesaksbehandlingen. Selv om bevisverdien kan fremstå som usikker, vil tiltalte gjennom bevisoppgaven likevel få klar beskjed om hvilke opplysninger påtalemyndigheten planlegger å bruke mot ham.

En ytterligere styrking av vernet må videre antas å følge av påtaleinstruksen § 22-2 (1). Bestemmelsen har fått et siste punktum som medfører at tiltalebeslutningen, som politiet¹⁴⁷ etter strpl. § 67 (3) jf. (2) har kompetanse til å avgjøre, tilbakeføres statsadvokaten i tilfeller der tiltale tas ut på bakgrunn av overskuddsinformasjon etter § 216i (1-d). En slik regel innebærer at avgjørelsen om å reise tiltale på bakgrunn av overskuddsinformasjon, ikke kan treffes av den politijuristen som hadde ansvar for etterforskningen av saken. Dette kan bidra til at avgjørelsen får en utelukkende objektiv vurdering. På denne måten vil bruk av overskuddsinformasjon som bevis for straffbare handlinger som ikke kunne gitt grunnlag for kommunikasjonskontroll, for så vidt gjennomgå to kontroller; hos overordnet påtalemyndighet og domstolen. Også i relasjon til eventuelle tredjemenn som får sin private kommunikasjon fremlagt i retten, må det antas at kontrollmekanismene, og forsvarerinstittuttet, gir vedkommende en tilstrekkelig grad av rettssikkerhet. På denne

¹⁴⁵ Se nærmere om dette under punkt 5.5, ovenfor.

¹⁴⁶ I Glas N. E. og Elenkov mot Bulgaria medførte manglende begrunnelse for en nektelse av TV-lisens basert på skjønnsmessige regler, konvensjonsbrudd med art. 10 (avsnitt 48-52).

¹⁴⁷ Det vil si påtalemyndigheten i politiet jf. strpl. § 55 (1) nr. 3.

bakgrunn antar jeg at inngrepshjemmelens skjønnsmessige vilkår oppfyller konvensjonens lovkrav som et minimum.

Når det gjelder bestemmelsen i strpl. § 216i (1-d) annet punktum, utgjør regelen en lovfesting av ulovfestet rett. Etter lovfestingen samsvarer ordlyden bedre med den faktiske bevisadgangen, i forhold til hva som var tilfellet før lovfestingen i annet punktum. Selv om inngrepshjemmelen har fått formelt grunnlag, betyr det nødvendigvis ikke at bestemmelsen er tilstrekkelig klar og presis for å forhindre misbruk. Fordi bevisadgangen ikke er bestemt ut fra skjønnsmessige kriterier, slik som i første punktum gir loven klarere rammer for når bevismessig bruk er tillatt. Misbruk vil likevel kunne forekomme i form av oppsubsumering av det straffbare forholdet, ettersom påtalemyndighetens henføring av lovbruddet i tiltalebeslutningen er avgjørende. Misbruk må imidlertid betraktes som lite tenkelig, som følge av den selvstendige adgangen påtalemyndigheten har til å føre overskuddsinformasjon etter første punktum.¹⁴⁸ Dersom åpenbare tilfeller av misbruk likevel skulle forekomme, har retten dessuten en mulighet for å avskjære bevisene. Bestemmelsen i annet punktum byr derfor ikke på særlige problemer i så måte.

6.2.2 Inngrepet må være «necessary in a democratic society»

EMK art. 8 nr. 2 krever videre at inngrepet er «necessary in a democratic society». Vilåret relaterer seg til bestemte formål som konvensjonsbestemmelsen oppstiller. Dette er formålet til henholdsvis «national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others». Siden bevisadgangen i strpl. § 216i (1-d) er begrunnet i kriminalitetsbekjempende hensyn, er det naturlig å knytte nødvendighetsvurderingen opp til alternativet «for the prevention of disorder or crime». Av ordlyden kan det utledes et forholdsmessighetskrav mellom inngrepshandlingen og det formålet inngrepet er begrunnet med. Dette samsvarer dels med det kravet som EMD i sin praksis har stilt til «a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued».¹⁴⁹ Det må altså påvises et vesentlig, men ikke uunnværlig, behov for bevisadgangen i strpl. § 216i (1-d). Bevisadgangen må videre stå i forhold til behovet for kriminalitetsbekjempelse.

¹⁴⁸ Se mer om dette under punkt 5.4.2, ovenfor.

¹⁴⁹ Blant annet Buck mot Tyskland (avsnitt 44) og Olsson mot Sverige (avsnitt 67).

Undersøkelsen ovenfor av hensynene bak bevisadgangen, under punkt 4.2, viser at det er et behov for en hjemmel til å føre overskuddsinformasjonen som bevis, også for straffbare handlinger som ikke kunne gitt selvstendig hjemmel for etterforskningsmetoden. Behovet for bevisadgangen er begrunnet i kriminalitetsbekjempende hensyn og almene interesser. Inngrep etter strpl. § 216i (1-d) vil således skje med sikte på «prevention of disorder or crime». Fordi nødvendighetsvilkåret vil måtte bero på de interne forholdene i de enkelte medlemsstatene, er nasjonalstatene gitt det som EMD kaller «[a] margin of appreciation».¹⁵⁰ Vurderingen av om inngrepet er nødvendig, er med dette i høy grad overlatt til den enkelte staten selv å vurdere, såfremt det skjer med ett av konvensjonsformålene for øyet. Mer kan derfor ikke kreves av behovet for inngrepshjemmelen etter min mening. Hvorvidt den enkelte anvendelse av inngrepshjemmelen tilfredsstillter konvensjonskravet, vil for øvrig kunne variere fra sak til sak.

Selv om det er konstatert et faktisk behov for bevisføringsadgangen i strpl. § 216i (1-d), må inngrepet også være proporsjonalt i forhold til formålet. Dette vil avhenge av hvor viktig bevisføringen er i det enkelte tilfellet. Som følge av det subsidiaritetsvilkåret inngrepshjemmelen oppstiller, sørger den materielle hjemmelen for at bevisføringen faktisk er påkrevet for å oppnå pådømmelse av det straffbare forholdet. Dette er en nødvendig forutsetning for å oppfylle konvensjonens krav til proporsjonalitet.

Forholdsmessigheten av bevisføringen, vil videre avhenge av det straffbare forholdets alvorlighet og art. I dommen *Buck mot Tyskland* var det blant annet spørsmål om en ransaking av forretningslokaler var et proporsjonalt inngrep etter EMK art. 8 nr. 2. Det ble i denne saken blant annet lagt stor vekt på at det straffbare forholdet, en trafikkforseelse, var «a petty offence» og var av «minor importance».¹⁵¹ Dette skyldtes at straffehjemmelen var flyttet til spesiallovgivningen, og var ikke lenger kategorisert under «criminal offences» etter den tyske straffelovgivningen.¹⁵² Inngrepet var ikke proporsjonalt i forhold til formålet som var å oppklare saken. Ved mindre lovovertrædelser står kriminalitetshensynet svakere. Det skal vanskelig påvises noe stort behov for å påtale alle mindre lovbrudd som kommunikasjonskontrollen måtte belyse. Etter min mening taler dette for at det norske

¹⁵⁰ Se blant annet *S. og Marper mot Storbritannia* (avsnitt 102).

¹⁵¹ Avsnitt 52 jf. 47.

¹⁵² Avsnitt 26 og 47.

rettssystemet må tåle at enkelte lovbrudd går straffet hen, når lovbruddet må betraktes som bagatellmessig eller mindre viktig.¹⁵³

Den materielle regelen har i og for seg lagt opp til en proporsjonalitetsvurdering som avstemmer med de kravene konvensjonen stiller til forholdsmessighet. Jeg kan derfor vanskelig se at konvensjonskravet legger noen videre begrensninger på bevisadgangen enn det som kan innfortolkes i lys av konvensjonsbestemmelsen.

På denne bakgrunn betrakter jeg den materielle regelen for bevisadgangen i strpl. § 216i (1-d) som «necessary in a democratic society» for å forhindre «disorder or crime».

6.3 Vernet i EMK art. 6

EMK art. 6 nr. 1 og det overordnede kravet til «a fair trial» kunne også tenkes å inneholde skranker for bevisadgangen i strpl. § 216i (1-d). Det synes imidlertid å følge av EMDs praksis at art. 6 ikke inneholder noen begrensninger for den nasjonale bevisføringen. Domstolen betrakter nemlig bevisadgangen som et nasjonalt anliggende.¹⁵⁴ EMDs oppgave er ifølge domstolen selv å vurdere hvorvidt rettergangen «as a whole» har fremstått som rettfærdig.¹⁵⁵ Det må dermed legges til grunn at bruk av overskuddsinformasjon som bevis for mindre alvorlige straffbare handlinger, ikke bryter med konvensjonsvernet i art. 6.

7. Bevisadgangen de lege ferenda

Mitt førsteinntrykk av bestemmelsen i strpl. § 216i (1-d) var positivt. Min mening var at politi og påtalemyndighet må kunne nyttiggjøre alle lovlige bevis i sitt kriminalitetsbekjempende arbeid. Undersøkelsen har vist at utvidelsen av bevisadgangen for overskuddsinformasjon hadde gode grunner for seg. Det er ikke riktig å la prinsipielle synspunkter bli avgjørende, når praktiske behov krever endringer. Hensynet til personvern og eventuelle muligheter for misbruk fra myndighetenes side, bør håndteres på annen måte enn ved prosessuelle bevisforbud. Tøylesløs bruk er likevel ikke ønskelig med hensyn til det totale kontrollnivået i samfunnet. Likeledes gjør personvern det nødvendig med enkelte begrensninger. I denne

¹⁵³ Hvilke lovbrudd som må kvalifiseres som bagatellmessige er det ikke rom for å undersøke nærmere i denne avhandlingen.

¹⁵⁴ *Gäfgen mot Tyskland* (avsnitt 162).

¹⁵⁵ Se blant annet *Khan mot Storbritannia* (avsnitt 38) og *Ellis, Simms og Martin mot Storbritannia* (avsnitt 70).

relasjon har lovgiver oppstilt en regel som bygger på et kompromiss mellom hensynet til kriminalitetsbekjempelse på den ene siden, og personvern på den annen. To bærende og legislative hensyn i så henseende. Resultatet har imidlertid blitt en meget vag og skjønnsbasert bestemmelse, med tvangsinngrepsterminologisk utforming. Bestemmelsen bærer i det hele preg av å være en inngrepshjemmel, når den i realiteten er, og i praksis skal anvendes, som en bevisavskjæringsregel.

I teorien kan et subsidiaritetsvilkår, i kombinasjon med krav til forholdsmessighet, synes godt egnet for å oppnå rimelig bruk av overskuddsinformasjon. Når domstolen i praksis skal anvende vilkårene på enkelttilfeller, synes det imidlertid å oppstå enkelte vanskeligheter. Et sentralt moment for avgjørelsen vil være opplysningenes bevisverdi. Regelen forutsetter således at dommeren foretar en bevisbedømmelse, *før* bevisbedømmelsen. Videre må dommeren avgjøre bevisavskjæringsspørsmålet ut fra en tenkt situasjon hvor overskuddsinformasjonen ikke hadde utgjort en del av bevisbildet. Dette utgjør en svakhet ved regelen, samtidig som det fremstår som en nødvendig løsning for å unngå overflødig bruk av overskuddsinformasjon.

Forholdsmessighetskravet kan være godt egnet til å hindre at påtalemyndigheten bruker bevis som i urimelig grad vil kompromittere tiltalte eller andre utenforstående. Hensynet til personvernet har imidlertid ikke fått noe konkret uttrykk i bestemmelsen, og det kan stilles spørsmål ved hvor sentralt slike hensyn i det hele tatt vil stå i den enkelte sak. Når dommeren har fått kunnskap om opplysninger som beviser tiltaltes straffeskyld, er det fare for at personvernens hensyn vil fremstå som så abstrakt, at de kun vil bli tillagt en teoretisk betydning ved avveiningen.¹⁵⁶ En særlig presisering av personvernet som ramme for skjønnsutøvelsen hadde i denne sammenheng vært hensiktsmessig. En slik presisering hadde også vært egnet til å tilfredsstille våre folkerettslige forpliktelser på en bedre måte.

I tilfeller der hensynet til uskyldige tredjepersoner fører til bevisavskjæring, vil resultatet bli en tilfeldig fordel for tiltalte. Når det ikke er heftet andre betenkeligheter ved bevisene, fremstår en slik løsning som et urimelig resultat. I tilfeller der opplysningene er egnet til å kompromittere tredjepersoner, kunne en løsning være å anvende reglene om unntak fra offentlighet,¹⁵⁷ og tillate bevismessig bruk av opplysningene mot den tiltalte.

¹⁵⁶ Mindretallet i NOU 2009: 15 s. 275.

¹⁵⁷ Jf. domstoloven § 125 siste ledd, § 128 annet punktum og § 130, se punkt 5.5, ovenfor.

Endelig er det uheldig at bestemmelsen ikke inneholder en nedre strafferammebegrensning, slik det opereres med i dansk rett.¹⁵⁸ Bruk av kommunikasjonskontrollmateriale som bevis for bagatellmessige handlinger kan ikke godtas, og dette bør få klart uttrykk i loven. Et kriminalitetskrav som begrenser inngrep mot mindre alvorlige straffbare forhold hadde også vært på sin plass.

Kilderegister

Norsk lov

Lov 22. mai 1902 nr. 10 *Den almindelig Borgerlig Straffelov (Straffeloven)*.

Lov 24. juni 1915 nr. 5 *om kontroll med post- og telegrafforsendelser og med telefonsamtaler*.

Lov 13. august 1915 nr. 5 *om domstolene (domstolloven)*.

Midlertidig lov 17. desember 1976 nr. 99 *om adgang til telefonkontroll ved etterforskning av overtredelser av narkotikalovgivningen*.

Lov 22. mai 1981 nr. 25 *om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)*.

Lov 5. juni 1992 nr. 52 *om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker)*.

Lov 04. august 1995 nr. 53 *om politiet (politiloven)*.

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

Lov 3. desember 1999 nr. 82 *om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)*.

Lov 14. april 2000 nr. 31 *om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)*.

17. juni 2005 nr. 87 *om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)*.

Lov 86. mai 2010 nr. 16 *om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)*.

Lov 21. juni 2013 nr. 86 *om endringer i straffeprosessloven mv (behandling og beskyttelse av informasjon)*.

¹⁵⁸ Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon for straffbare handlinger som ikke kunne begrunnet kontrollen, er blant annet betinget av at «sagen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover», jf. rettlejeloven § 789 stk. 3 nr. 2.

Dansk lov

Lov om rettens pleje nr. 90 af 11. april 1916 (Retsplejeloven).

Forskrifter

Forskrift 28. juni 1985 nr. 1678 om ordningen av påtalemyndigheten (*Påtaleinstruksen*).

Forskrift 13. desember 2013 nr. 1449 *Ikraftsetting av lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven) og lov 21. juni 2013 nr. 82 om endringer i politiregisterloven mv.*

Forarbeider

Ot.prp.nr. 40 (1991-1992) *Om lov om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker).*

Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) *Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v).*

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) *Om lov om straff (straffeloven).*

Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) *Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven. (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet).*

Prop.147 L (2012-2013) *Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon).*

NOU 1997: 15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet Delutredning II.*

NOU 2003: 21 *Kriminalitetsbekjempelse og personvern - politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger.*

NOU 2004: 6 *Mellom effektivitet og personvern, politimetoder i forebyggende øyemed.*

NOU 2009: 15 *Skjult informasjon - åpen kontroll Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker (Metodekontrollutvalget).*

Svenske offentlige dokumenter

Ds 2003: 13 *overskottsinformation.*

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1991 s. 1018.

Rt. 1991. s 1142.

Rt. 1994 s. 937.

Rt. 2002 s. 1744.

Rt. 2004 s. 1210.

Rt. 2005 s. 1200.

Rt. 2006 s. 111.

Rt. 2006 s. 972.

Rt. 2006 s. 1546.

Rt. 2007 s. 1409.

Rt. 2008 s. 605.

Rt. 2010 s. 956.

Lagmannsretten

Rg. 2008 s. 1104.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Buck mot Tyskland 28. april 2005 (saksnummer 41604/98).

Craxi mot Italia 17. juli 2003 (saksnummer 25337/94).

Gäfgen mot Tyskland 3. juni 2010 (saksnummer 22978/05).

Ellis, Simms og Martin mot Storbritannia 10. april 2012 (saksnummer 46099/06 og 46699/06).

Olsson mot Sverige 24. mars 1988 (saksnummer 10465/83).

Bykov mot Russland 10 mars 2009 (saksnummer 4378/02).

S. og Marper mot Storbritannia 4. desember 2008 (saksnummer 30562/04 og 30566/04).

Glas Nadezhda Eood og Elenkov mot Bulgaria 11. oktober 2007 (saksnummer 14134/02).

Khan mot Storbritannia 12. mai 2000 (saksnummer 35394/97).

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4. november 1950.

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter.

Juridisk litteratur

Torgersen (2009): Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (Eidsberg) 2009.

Elden (2005): John Christian Elden, *Ytring Om personvern, avlytting og politistat*, Tidsskrift for Strafferett 2005 s. 97.

Gammeltoft-Hansen (1981): Hans Gammeltoft-Hansen, *Straffeprocessuelle tvangsindgreb: retspolitiske studier*, (København) 1981.

Auglend mfl. (2004): Runar L. Auglend, Henry John Mæland, Knut Røsandhaug *Politirett 2.* utgave (Sarpsborg/Bergen) 2004.

Kjølbrot (2010): Jon Fridrik Kjølbrot, *Den Europæiske menneskerettigheds konvention – for praktikere* 3. udgave (Kjøbenhavn) 2010.

Bjerke mfl. (2011): Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven Bind II*, 4. utgave (Oslo) 2011.

Eckhoff (2001): Torstein Eckhoff, Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo) 2001.

Bruce og Haugland (2014): Ingvild Bruce og Geir Sunde Haugland, *Skjulte tvangsmidler* (Oslo) 2014.