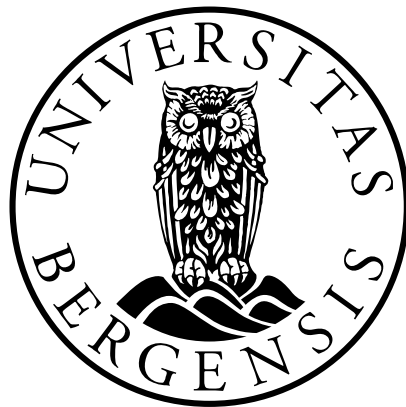


Bruk av overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting som bevis i straffesaker

Kandidatnummer: 127

Ord: 14 466



JUS399 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2015

Innhald

Innhald.....	2
1 Innleiing	4
1.1 Tema	4
1.2 Problemstilling.....	5
2 Hemmeleg avlytting som etterforskningsmetode.....	6
2.1 Omgrep og avgrensing.....	6
2.2 Kommunikasjonsavlytting.....	7
2.2.1 Kva metoden inneber	7
2.2.2 Vilkår for å ta metoden i bruk	8
2.3 Romavlytting	9
2.3.1 Kva metoden inneber	9
2.3.2 Vilkår for å ta metoden i bruk	10
2.4 Særleg om hemmeleg avlytting for å avverje kriminalitet	11
3 Overskotsinformasjon	12
4 Historikk - frå bevisforbod til skjønnsprega bevisføringsregel.....	13
5 Omsyn som gjer seg gjeldande ved bruk av avlyttingsmateriale som bevis i straffesaker 14	
5.1 Personvern	14
5.2 Rettstryggleik.....	14
5.3 Kampen mot kriminalitet.....	15
5.4 Særlege omsyn av betydning for bruk av overskotsinformasjon	16
6 Bruk av materiale frå hemmeleg avlytting som bevis for eit forhold som kunne grunnleggjande avlyttinga.....	17
6.1 Straffeprosesslova § 216i.....	17
6.2 Bruk av avlyttingsmateriale som ikkje er overskotsinformasjon	18
6.3 Bruk av overskotsinformasjon som kunne grunnleggjande avlyttinga.....	19
7 Bruk av overskotsinformasjon som bevis etter straffeprosesslova § 216i bokstav d.....	20
7.1 Den nye regelen i bokstav d første punktum	20
7.1.1 Utgangspunkt	20
7.1.2 Forholdsmessigheitsvilkåret.....	20
7.1.3 Subsidiaritetkravet	23
7.2 Bokstav d andre punktum	24

7.2.1	Avlyttingsmaterialet belyser både eit forhold som kunne grunnleggjande avlyttinga, og eit forhold som ikkje kunne gjort det	24
7.2.2	Tiltalen gjeld forhold som kunne grunnleggjande avlyttinga, men retten vil dømme etter eit mildare straffebod	26
7.3	Reglane om sletteplikt si betydning for bruk av overskotsinformasjon som bevis	30
7.3.1	Bevisforbod	30
7.3.2	Samtalar med advokat mv.	31
7.3.3	Samtalar med mistenkte sine nærstående	32
7.3.4	Unntak for mistenkt samtalepart	33
8	Betydinga av Grunnlova og internasjonale plikter for bruken av overskotsinformasjon som bevis	35
8.1	Utgangspunkt	35
8.2	EMK artikkel 8	36
8.2.1	Utgangspunkt	36
8.2.2	Lovkravet	37
8.2.3	Formålsskravet	38
8.2.4	Forholdsmessigheitskravet	38
8.3	Andre internasjonale vern av privatlivet	39
8.4	EMK artikkel 6	39
8.5	Er bevisføringsregelen i straffeprosesslova § 216i bokstav d i strid med lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2?	40
9	Rettspolitisk drøfting	41
9.1	Innleiing	41
9.2	Reglane om bruk av overskotsinformasjon i Danmark og Finland	41
9.2.1	Dansk rett	41
9.2.2	Finsk rett	42
9.3	Bruk av overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting som bevis i straffesaker - de lege ferenda	42
	Kjeldeliste	47

1 Innleiing

1.1 Tema

Temaet for denne avhandlinga er bruk av overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting som bevis i straffesaker.

Hemmeleg avlytting består av kommunikasjonsavlytting og romavlytting. Når politiet brukar desse metodane under etterforsking vil det ofte komme fram opplysningar som ikkje er relevant for etterforskinga. I tillegg vil politiet kunne avdekke andre straffbare forhold enn det dei hadde mistanke om. Alt dette er overskotsinformasjon.¹

Tidlegare kunne slikt materiale berre brukast som bevis for forhold som i seg sjølv kunne danna grunnlag for avlytting. Etter lovendringa 21. juni 2013 nr. 86 er det i prinsippet opna for bruk av overskotsinformasjon i alle typar saker. Departementet viste til kriminalitetsutviklinga som bakgrunn for lovendringa, og meinte at omsynet til ein effektiv kamp mot kriminalitet talte for at politi- og påtalemakt i større grad enn tidlegare skulle kunne nytte dei opplysningane dei satt med etter bruk av hemmeleg avlytting.²

Samtidig er det klart at både avlyttinga og den seinare bruken av avlyttingsmaterialet er inngrep i den enkelte sitt personvern. Personvernomsyn kan seiast å ha fått større aktualitet dei siste åra, noko som dels har samanheng med den teknologiske utviklinga, og dels med den rettslege utviklinga.³ Dermed vil omsynet til oppklaring av kriminalitet på den eine sida stå opp mot personvernet, og særleg retten til privatliv, på den andre sida. Ein del av den metodiske utfordringa består i at ein har ein ny lovregel om bevisføring som legg opp til ein utstrakt bruk av skjønn. Forarbeida gir nokre retningslinjer, men spørsmålet har enno ikkje vore direkte problematisert i Høgsterett. Rettstilstanden er dermed noko usikker.

¹ Sjå nærare om uttrykket under punkt 3 i avhandlinga.

² Prop. 147 L (2012-2013) s. 79-80.

³ Innst. 186 S (2013-2014) s. 6.

1.2 Problemstilling

Hovudproblemstillinga eg skal undersøkje i avhandlinga er kva som er gjeldande rettstilstand når det gjeld høve til å bruke overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting som bevis i straffesaker. Ei særleg underproblemstilling er kva som ligg i vilkåra «vanskeliggjort i vesentlig grad» og «uforholdsmessig inngrep» i lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosesslova) § 216i første ledd tredje punktum bokstav d (punkt 7.1). Ei anna underproblemstilling er kor vidt reglane er i tråd med lovkravet i den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 nr. 2 (punkt 8.5). Eg vil også sjå på kva reglane om sletteplikt for avlyttingsmateriale har å seie for bruken av overskotsinformasjon (punkt 7.3). Mot slutten vil eg gi ei kort oversikt over korleis rettsreglane på dette området er i to andre nordiske land (punkt 9.2). Dette vil vere med som ein komparativ del av ei avsluttande rettspolitisk drøfting (punkt 9.3).

2 Hemmeleg avlytting som etterforskningsmetode

2.1 Omgrep og avgrensing

Samfunnet er i stadig forandring. Eitt av områda ein ser store omveltingar på er i kampen mot kriminalitet. Den organiserte kriminaliteten er under vekst, og representerer store utfordringar.⁴ Omsetning av narkotika skjer ofte med organiserte distribusjonsnett. Her vil moglege vitne kunne føle frykt for represaliar frå miljøet.⁵ Samtidig er etterforskningsmetodar som spaning og infiltrasjon vanskeleg i lukka miljø. Det vert då eit behov for skjulte tvangsmidlar. Skjulte tvangsmidlar er lovregulerte metodar som brukast utan at den eller dei metoden rettar seg mot har kunnskap om det, og som ein kan utsetje eller unnlate å informere om.⁶

Kommunikasjonskontroll eller «KK» er ei form for skjulte tvangsmidlar. Uttrykket er ofte brukt som samleining om avlytting etter straffeprosesslova § 216a og annan kontroll med kommunikasjon etter § 216b.⁷ Sistnemnde inneber ikkje ei avlytting, og gir dermed politiet ingen tilgang til kommunikasjonen sitt *innhald*. Dette er reflektert i dei mindre strenge vilkåra for slik kontroll. Denne avhandlninga vil fokusere på materiale frå dei metodane som inneber avlytting, ettersom desse som regel inneber eit større inngrep i personvernet.

Kommunikasjonskontroll etter § 216b vil ikkje bli behandla nærare.

Når eg brukar uttrykket «hemmeleg avlytting» meiner eg politiet sin bruk av kommunikasjonsavlytting og romavlytting, og ikkje ulovleg avlytting utført av andre.⁸ Eg vil avgrense mot PST sin bruk av hemmeleg avlytting etter straffeprosesslova § 222d andre ledd og lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politilova) § 17d. Vidare vil eg avgrense mot samtalar der politiet sjølv deltar, eller den eine samtaleparten har samtykka til opptak, jf. straffeprosesslova § 216l.

⁴ Prop. 147 L (2012-2013) s. 79-80.

⁵ Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgåve ved Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009 s. 258.

⁶ Bruce, Ingvild og Geir Sunde Haugland, *Skjulte tvangsmidler*, Oslo 2014 s. 13.

⁷ Til dømes Prop. 147 L (2012-2013) s. 79-80.

⁸ Etter lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffelova) § 205 er strafferamma fengsel i to år for krenking av retten til privat kommunikasjon.

Vilkåra for å setje i gang hemmeleg avlytting er relevante for høvet til å bruke avlyttingsmateriale som bevis etter straffeprosesslova § 216i. Det er difor hensiktsmessig med ein kort gjennomgang av korleis avlyttinga føregår, og på kva vilkår politiet kan ta i bruk metodane.

2.2 Kommunikasjonsavlytting

2.2.1 Kva metoden inneber

Kommunikasjonsavlytting inneber 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. straffeprosesslova § 216a tredje ledd. Som kommunikasjonsavlytting reknast også «identifisering av kommunikasjonsanlegg ved hjelp av teknisk utstyr, jf. § 216b annet ledd bokstav c, som skjer ved å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon». Det må leggjast til grunn at politiet også har heimel til å ta opptak og lagre den kommunikasjonen dei avlyttar.⁹

Uttrykket «annan kommunikasjon» viser at telefonsamtalar berre er eit døme på kommunikasjon. I tillegg omfattast overføring av tekst, til dømes sms og e-post, samt bilete og film. Dermed vil all informasjonsveksling mellom kommunikasjonsanlegg vere omfatta, uavhengig av kva form eller innhald informasjonen har.¹⁰

Ordlyden talar om å «avlytte» kommunikasjon. Sjølv om uttrykket ikkje alltid er treffande, til dømes ved overføring av bilete, vil det danne ei skranke for kva innsamling av informasjon politiet har heimel til. Kommunikasjonen kan berre avlyttast og takast opp samtidig som den skjer. Informasjon som er lagra på ein harddisk eller server kan dermed ikkje hentast ut med heimel i § 216a. Skal politiet få tak i slik informasjon, må dei kontakte teletilbydar, eller nytte reglane om utleveringspålegg og beslag.¹¹ Desse regelsetta utfyller såleis kvarandre.

Politiet kan etter ordlyden berre avlytte anlegg som «mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke». Lova opnar dermed ikkje for avlytting av telefonar eller datamaskiner som ein kan rekne med at mistenkte ringer *til*.¹² Det er likevel klart at både utgåande og innkomande kommunikasjon kan avlyttast. Ordlyden «kan antas å ville bruke» opnar i utgangspunktet for

⁹ Straffeprosesslova § 216g talar om «opptak eller notater» som er gjort under avlyttinga.

¹⁰ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 156.

¹¹ NOU 2009: 15 s. 176.

¹² Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 157.

ein utstrakt bruk av kommunikasjonsavlytting. Difor er det i § 216c andre ledd eit krav om «særlige grunner» for avlytting av telefonar eller datamaskiner som er tilgjengeleg for eit større tal personar, i tillegg til særskilde yrker som advokatar, legar, prestar og journalistar.¹³

Avlyttingstillatinga gjeld for «bestemte» kommunikasjonsanlegg. Anlegget må difor som hovudregel identifiserast i den rettslege avgjersla.¹⁴ Spesifikasjonskravet gjeld ikkje for såkalla falske basestasjonar, der politiet identifisera kommunikasjonsanlegg ved hjelp av teknisk utstyr, jf. § 216a tredje ledd andre punktum, jf. § 216b andre ledd bokstav c. Metoden kan innebære ei avlytting av all kommunikasjon som skjer på eit bestemt område, for å identifisere mistenkte sitt anlegg. Avlyttinga vil dermed med stort sannsyn kunne omfatte samtalar mellom personar utan tilknytning til etterforskinga. Difor er det i § 216c tredje ledd eit krav om særlege grunnar også i slike tilfelle. Metoden er meint til bruk berre i situasjonar der identifisering av kommunikasjonsanlegg ikkje kan skje på andre måtar.¹⁵

2.2.2 Vilkår for å ta metoden i bruk

Grunnvilkåra for å setje i gang kommunikasjonsavlytting er at nokon med «skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på handling» som nemnd i straffeprosesslova § 216a første ledd bokstav a eller b. Etter bokstav a gjeld dette straffebod «som etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer». Reglar om konkurrans gjeld ikkje ved utrekning av strafferamma.¹⁶ Dermed kan ikkje kommunikasjonsavlytting setjast i gang sjølv om mistanken knyt seg til fleire grove tjuveri, då grovt tjuveri berre har ei strafferamme på fengsel i seks år.¹⁷ Dersom mistanken går ut på at det grove tjuveriet er gjennomført som ledd i verksemda til ei organisert kriminell gruppe, vil politiet derimot kunne starte avlytting.¹⁸

I bokstav b er det lista opp straffebod med lågare strafferamme enn fengsel i 10 år, der det likevel er opna for bruk av kommunikasjonsavlytting. Desse omhandlar i all hovudsak narkotika- og terrorsaker, i tillegg til saker knytt til riket sin tryggleik. Bokstav b viser til dømes til lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffelova) § 231 om narkotikalovbrot. Aktlaust narkotikalovbrot har etter andre ledd ei øvre strafferamme på fengsel i eitt år, og er dermed

¹³ Unntak gjeld der vedkommande sjølv er mistenkt. Sjå om tilsvarende unntak frå sletteplikt under punkt 7.4.4.

¹⁴ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 157.

¹⁵ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 110.

¹⁶ Straffelova § 79 første ledd bokstav a og b.

¹⁷ Straffelova § 322.

¹⁸ Straffelova § 79 tredje ledd, jf. første ledd bokstav c.

betrakteleg lågare enn kravet til strafferamme i straffeprosesslova § 216a første ledd bokstav a.

Politiet må som den klare hovudregel få avlyttingstillating frå retten «ved kjennelse».¹⁹ Kravet om «skjellig grunn» til mistanke inneber eit krav om sannsynsovervekt. Det må vere meir sannsynleg at den mistenkte har føretatt den straffbare handlinga enn at han ikkje har det. Det er ikkje eit krav om kvalifisert sannsynsovervekt.²⁰ Paragraf 216a andre ledd slår fast det ikkje er relevant kor vidt mistenkte er utilrekneleg etter straffelova § 20.

Etter straffeprosesslova § 216c kan politiet berre starte avlytting dersom det «må antas» at dette vil vere av «vesentlig betydning» for å oppklare saka, og at oppklaringa elles i «vesentlig grad vil bli vanskeliggjort». Det første vilkåret omtalast gjerne som eit indikasjonskrav, medan det andre kallast eit subsidiaritetskrav. Det må vere snakk om avgjerande informasjon som ikkje kan skaffast på annan måte. Ettersom kommunikasjonsavlytting er eit straffeprosessuelt tvangsmiddel, må også vilkåra i straffeprosesslova § 170a vere oppfylt. Her er det eit krav om at avlyttinga må vere forholdsmessig og hensiktsmessig.

Tillating til kommunikasjonsavlytting kan ikkje bli gitt for lenger enn to veker, jf. straffeprosesslova § 216f. I tillegg skal retten nemne opp ein offentleg advokat etter reglane i straffeprosesslova § 100a. Han har teieplikt, også ovanfor mistenkte, jf. § 216i.

2.3 Romavlytting

2.3.1 Kva metoden inneber

Reglane om romavlytting er eit av dei mest omtalte og utreda spørsmål i norsk straffeprosess.²¹ I ein periode frå 1984 til 2004 var spørsmålet oppe til utredning og høringsbehandling seks gongar.²² Romavlytting som etterforskningsmetode vart først vedtatt ved lov 17. juni 2005 nr. 87. Politiet fekk med dette enda eit middel til bruk i etterforskning, i tilfelle der alminneleg kommunikasjonsavlytting kanskje ikkje ville gitt resultat.

¹⁹ Påtalemakta har i unntakstilfelle ei såkalla hastekompetanse etter straffeprosesslova § 216d.

²⁰ Rt. 1997 s. 1856.

²¹ Andenæs (2009) s. 334.

²² Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 83-93.

Romavlytting er «annen hemmelig avlytting enn kommunikasjonsavlytting ved tekniske midler», jf. straffeprosesslova § 216m. Romavlytting er såleis negativt avgrensa til å omfatte all form for hemmeleg avlytting som ikkje er kommunikasjonsavlytting etter § 216a tredje ledd. Vilåret om bruk av «tekniske midler» gjer at politiet utan hinder frå paragrafen kan lytte til samtalar utan bruk av slike midlar, til dømes utanfor opne vindauge eller frå eit naborom.²³ Ordet «avlytting» avgrensar politiet sin heimel mot til dømes opptak av bilete. Ved lovendringa gjekk departementet imot Politimetodeutvalet sitt fleirtal, som ville opne for kameraovervaking i det private rom. Etter departementet si meining ville det vere eit for stort inngrep i personvernet om politiet kunne sjå kva personar gjer bak lukka dører.²⁴

Tillating til romavlytting kan berre bli gitt for den stad det «må antas» at den mistenkte vil opphalde seg, jf. § 216m fjerde ledd. Det er ikkje noko vilkår at avlyttinga skjer innanfor huset sine fire veggar. Dei særleg strenge vilkåra for avlytting på offentleg stad eller av særskilte yrkesgrupper gjeld derimot også for romavlytting, jf. fjerde ledd andre og tredje punktum. Etter fjerde ledd fjerde punktum må avlyttinga innrettast slik at den fangar opp minst mogleg av samtalar mellom utanforståande. Dersom det er nødvendig kan politiet gjere innbrot for å plassere eller fjerne utstyr, jf. femte ledd.

2.3.2 Vilkår for å ta metoden i bruk

Hovudforskjellen mellom vilkåra for kommunikasjonsavlytting og romavlytting er Alvoret i den straffbare handlinga som mistanken må knytte seg til. I straffeprosesslova § 216m er det i bokstav a til c gitt ei uttømmende liste av dei aktuelle straffbare handlingane. Bokstav a gjeld handlingar relatert til terror. Bokstav b omhandlar svært grove narkotikabrotsverk, drap og grove ran. Her er det eit tilleggsvilkår at det må vere mistanke om at desse handlingane er utført som ledd i aktivitetane til ei organisert kriminell gruppe. Etter bokstav c kan romavlytting gjennomførast dersom det er mistanke om at drap har skjedd for å motarbeide rettsvesenet, anten forsettleg eller grovt aktaust. Drap i seg sjølv er utifrå dette ikkje tilstrekkeleg.

²³ NOU 2009: 15 s. 200.

²⁴ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 81-82.

Tillating til romavlytting kan ikkje bli gitt for lenger enn to veker, jf. § 216m sjette ledd. Utover dette er vilkåra for å ta metoden i bruk tilsvarende dei som gjeld for kommunikasjonsavlytting, jf. ovanfor i punkt 2.2.2.

2.4 Særleg om hemmeleg avlytting for å avverje kriminalitet

Straffeprosesslova § 222d første ledd opnar for at politiet som ledd i etterforsking kan bruke tvangsmidlar for å avverje kriminalitet. Vilkåret er at det er «rimelig grunn til å tro» at nokon «kommer til å begå» ei alvorleg straffbar handling som er lista opp i bokstav a-c. Vilkåret «rimelig grunn til å tro» skal etter forarbeida bety at mistanken må vere forankra i objektive haldepunkt og ha ei klar forankring i bevis.²⁵ Mistanken om at den straffbare handlinga skal bli gjennomført må vere konkret, og faren må vere nærliggjande i tid. Etter tredje ledd må det vere «særlige grunner» for å ta i bruk kommunikasjonsavlytting eller romavlytting. Dei andre vilkåra knytt til politiet sin bruk av hemmeleg avlytting for å avverje kriminalitet vil ikkje bli nærare drøfta.

²⁵ NOU 2009: 15 s. 226.

3 Overskotsinformasjon

Under etterforskning av eit straffbart forhold vil politiet ofte avdekke opplysningar om andre forhold enn det dei etterforska, anten straffbare handlingar eller andre involverte, i tillegg til opplysningar om forhold som ikkje er straffbare. Alt dette er overskotsinformasjon i generell forstand.²⁶ Omgrepet er ikkje definert i lova, men er eit godt innarbeida uttrykk.²⁷ Den klare hovudregelen er at politiet kan bruke denne informasjonen under etterforskning, til førebygging og også som bevis i ei seinare straffesak.²⁸

Dersom politiet under etterforskinga av eit drap har avlytta telefonen til mistenkte, som i ein samtale med ein kamerat gir detaljerte opplysningar om drapet, vil dette ikkje vere overskotsinformasjon. Her gjeld informasjonen nettopp det politiet etterforska. Dersom samtalen kunne tolkast som at begge var involvert, ville kameraten si involvering måtte reknast som overskotsinformasjon. Hadde mistenkte derimot avslørt at han mishandlar kona, er også dette overskotsinformasjon. Opplysningane ville i tillegg vore overskotsinformasjon dersom han ovanfor kameraten hadde avslørt at han har vore utru med nabokona. Sistnemnde er ikkje ei opplysning om eit straffbart forhold, men det er like fullt overskotsinformasjon frå den hemmelege avlyttinga.

Utifrå dette vil eg bruke omgrepet overskotsinformasjon om opplysningar som hentast inn ved bruk av hemmeleg avlytting og som har relevans for andre straffbare forhold eller som ikkje har relevans for noko straffbart forhold.²⁹

²⁶ Sjøå til dømes Prop. 147 L (2012-2013) s. 72.

²⁷ NOU 2009: 15 s. 226.

²⁸ Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysningar i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterlova) § 4, jf. Prop. 114 L (2012-2013) s. 6.

²⁹ NOU 2009: 15 s. 262-263.

4 Historikk - frå bevisforbod til skjønnsprega bevisføringsregel

Kommunikasjonsavlytting er den eldste etterforskningsmetoden som spesifikt gjeld elektroniske bevis. Det vart opna for bruk av metoden i saker om riket sin tryggleik allereie i 1915.³⁰ Ved midlertidig lov 17. desember 1976 nr. 99 vart det opna for telefonavlytting i narkotikasaker. Denne ordninga vart gjort permanent i 1992.³¹ Når det gjeld materialet frå kommunikasjonsavlyttinga var det derimot eit generelt bevisforbod i straffeprosesslova § 216i tredje ledd fram til lovendringa 3. desember 1999 nr. 82. Det vart då opna for bruk av avlyttingsmaterialet som bevis for straffbare forhold av eit visst alvor. Overskotsinformasjon kunne berre brukast dersom den i seg sjølv kunne grunngitt avlyttinga (punkt 6). Lovendringa hadde som målsetting å gjere det «lettere å oppklare alvorlig og organisert kriminalitet».³² Særleg var behovet stort der det var «organiserte lukkede kriminelle miljøer» som stod bak lovbrota.³³

På midten av 2000-talet vart regelen tolka i rettspraksis til også å omfatte to særlege tilfelle. Det eine er der tiltalen gjeld eit forhold som kunne grunngitt avlyttinga, altså at den straffbare handlinga oppfyller kravet til strafferamme, men dommaren vel å dømme etter eit mildare straffebod (punkt 7.2.2). Det andre tilfellet er der avlyttingsmaterialet belyser både eit straffbart forhold som kunne grunngitt avlyttinga, og forhold som ikkje kan det (punkt 7.2.1). Denne rettsstilstanden vart lovfesta 21. juni 2013 nr. 86. Ved lovendringa vart det også opna for bruk av overskotsinformasjon som bevis for straffbare forhold som ikkje kunne grunngitt avlyttinga opplysningane kom ifrå (punkt 7.1). Dette var ei betydeleg utviding av påtalemakta sitt høve til å bruke materiale frå hemmeleg avlytting som bevis i straffesaker.

³⁰ Lov 24. juni 1915 nr. 5 om kontroll med post- og telegrafforsendelse og med telefonsamtaler.

³¹ Lov 5. juni 1992 nr. 52 om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker).

³² Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 7.

³³ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 45.

5 Omsyn som gjer seg gjeldande ved bruk av avlyttingsmateriale som bevis i straffesaker

5.1 Personvern

I utgangspunktet har alle enkeltmenneske behov for ei privat sfære, der ein kan vere i fred utan innblanding frå utanforståande, verken myndigheitene eller andre enkeltmenneske.³⁴

Denne private sfæra er eit vesentleg element både ved personvernet og den personlege integritet. I tillegg kan den reknast som ein føresetnad for mennesket sin dannelsingsprosess og myndiggjering, samt for demokratiet og maktbalansen.³⁵ Den private sfæra bør dermed i utgangspunktet vere fri for regulering og innsyn frå det offentlege.

Personvernkommissjonen gjer i si utredning³⁶ greie for bakgrunnen for personvernomgrepet og behovet for personvern i eit moderne samfunn. Dei definerer omgrepet personvern som «ivaretakingen av personleg integritet; ivaretakingen av enkeltindividens mulighet til privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse».³⁷ Personvernet byggjer derimot ikkje berre på eit behov for å vere i fred frå andre, men også ein rett til å ha kontroll over opplysningar om sitt eige personlege forhold. Denne retten omtalast som eit personopplysningsvern, og er verna i lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningslova).

Retten til privatliv er ein viktig del av personvernet, og er å rekne som ein menneskerett etter den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 og FN sin konvensjon om sivile og politiske rettar (SP) artikkel 17. Retten til privatliv er no også å finne i Grunnlova § 102. Sjå nærare om dette under punkt 8.

5.2 Rettstryggleik

Kjerna i omgrepet rettstryggleik er at enkeltindividet skal vere beskytta mot overgrep og vilkårligheit frå myndigheita si side. Samtidig skal vedkomande ha moglegheit til å berekne

³⁴ NOU 2009: 15 s. 49.

³⁵ NOU 2009: 15 s. 51.

³⁶ NOU 2009: 1 Individ og integritet.

³⁷ NOU 2009: 1 s. 32.

si rettsstilling og forsvare sine rettslege interesser. Vernet mot overgrep og vilkårlegheit er likevel ikkje eit absolutt vern mot inngrep i enkeltpersonar si rettssfære. Slike inngrep kan ha legitime grunnar, og vil i mange tilfelle vere heilt nødvendig i eit demokratisk samfunn. Til dømes vil omsynet til motarbeiding av kriminalitet kunne rettferdiggjere inngrep i borgarane si rettssfære. Vernet mot overgrep og vilkårlegheit går derimot ut på at dette må skje innanfor dei rettslege rammene for inngrepet, slik desse er fastsett gjennom demokratiske prosessar.³⁸

5.3 Kampen mot kriminalitet

Utgangspunktet for det demokratiske samfunnet er at alle individ har ein handlefridom. For at eit moderne samfunn skal fungere, er denne fridomen avgrensa av ulike lovreglar som legg føringa for menneskeleg sameksistens. Kriminaliteten utgjer ein trussel mot stabiliteten og kvaliteten på det samfunnet vi lev i. Difor har samfunnet eit behov for å beskytte seg mot kriminelle handlingar.

Etter EMK artikkel 2 har staten ei positiv plikt til å beskytte borgarane sine liv mot alle formar for truslar, som til dømes kriminelle handlingar. Staten si plikt kjem også fram av politilova § 1, som slår fast at staten skal sørge for den polititenesta samfunnet har behov for. Omfanget av politiet si oppgåve med å motarbeide kriminelle handlingar vil i stor grad vere avhengig av kriminalitetsutviklinga.³⁹

Etter straffeprosesslova § 216i første ledd tredje punktum bokstav a kan politiet bruke opplysningar frå hemmeleg avlytting «som ledd i etterforskningen av et straffbart forhold». Dette gjeld uavhengig av om opplysningane er overskotsinformasjon.⁴⁰ Opplysningane kan vidare brukast til oppmoding om ny avlytting eller andre rettslege etterforskingsskritt som til dømes ransaking og varetektsfengsling.⁴¹

I Rt. 2002 s. 1744 kom Høgsterett sitt kjæremålsutval til at materiale som var henta inn ved telefonavlytting i Spania kunne brukast i ei sak om varetektsfengsling i Noreg, til tross for at avlyttinga ville vore ulovleg her. Rekkevidda av denne avgjersla og andre problemstillingar knytt til avlyttingsmateriale frå andre land vil eg ikkje behandle utover dette.

³⁸ Prop. 147 L (2012-2013) s. 17.

³⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 18.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 75.

⁴¹ Ot.prp. nr. 40 (1991-1992) s. 43 og Rt. 2004 s. 411.

5.4 Særlege omsyn av betydning for bruk av overskotsinformasjon

Prinsippet om fri bevisføring dannar utgangspunktet for partane sitt høve til å føre opplysningar som bevis for norske domstolar.⁴² Hovudregelen er at alle relevante opplysningar kan førast som bevis, og at bevisavskjering krev særskilt rettsleg grunnlag. Dette tilseier at påtalemakta bør kunne leggje fram alle innsamla opplysningar som bevis. Dersom politi- og påtalemakt har bevis for relativt alvorlege handlingar, men er avskore frå å få lovbrota ført for retten, vil dette kunne ha ein negativ verknad på straffa sin allmennpreventive verknad og redusere tilliten til politiet og også rettssystemet i sin heilskap.

Prinsippet om den materielle sanning inneber at det er eit hovudmål med straffeprosessen å kome fram til materielt riktige avgjersler. Eit forbod mot bruk av overskotsinformasjon som påtalemakta reint faktisk har, vil føre til at retten ikkje har det best moglege faktiske grunnlaget å avgjere saka på. Dermed vil omsynet til materielt riktige avgjersler tale imot å ha prosessuelle bevisføringsforbod.⁴³

På den andre sida vil omsynet til personvernet, og då særleg omsynet til utanforståande tredjepersonar, tale for at bruken av overskotsinformasjon vert avgrensa. Det same gjeld omsynet til å motverke mogleg misbruk av reglane, ved til dømes å oppmode om avlytting der det reelle motivet er ønsket om overskotsinformasjon.

⁴² I sivile saker er dette prinsippet heimla i lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvistelova) § 21-3 første ledd, medan det i straffeprosessen er ulovfesta.

⁴³ Gammeltoft-Hansen, Hans, *Straffeprocessuelle tvangsindgreb: retspolitiske studier*, København 1981 s. 217.

6 Bruk av materiale frå hemmeleg avlytting som bevis for eit forhold som kunne grunngitt avlyttinga

6.1 Straffeprosesslova § 216i

Påtalemakta sitt høve til å bruke materiale frå hemmeleg avlytting er regulert i straffeprosesslova § 216i. Den lyder som følgjer:

«Alle 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 av saken. Taushetsplikten er ikke til hinder for at opplysningene brukes

- a) som ledd i etterforskningen av et straffbart forhold, herunder i avhør av de mistenkte,
- b) som bevis for det straffbare forholdet som begrunnet kontrollen,
- c) som bevis for et annet straffbart forhold som etter sin art kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra,
- d) som bevis for et annet straffbart forhold som etter sin art ikke kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra, såfremt slik bruk etter sakens art og forholdene ellers ikke vil være et uforholdmessig inngrep, og oppklaring av saken 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 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,
- e) for å forebygge at noen uskyldige blir straffet,
- f) for å avverge en straffbar handling som kan medføre frihetsstraff, eller
- g) for å gi opplysninger til kontrollutvalget.

§ 216 a annet ledd gjelder tilsvarende.

Alle skal bevare taushet overfor uvedkommende om opplysninger om noens private forhold som de blir kjent med i forbindelse med kommunikasjonskontrollen.»

Paragrafen er formulert som ein regel om teieplikt. Denne teieplikta gjeld etter ordlyden for alle som er involvert i ei avlyttingssak. Regelen har først og fremst som formål å hindre at etterforskinga vert øydelagd av lekkasjar, men skal også sikre personvernet.⁴⁴ Brot på

⁴⁴ Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven*, 4. utgåve bind I, Oslo 2011 s. 757-758.

teieplikta vil kunne medføre straff etter straffelova §§ 209 og 210. Utgangspunktet etter straffeprosesslova § 216i første ledd første og andre punktum er dermed eit forbod mot ein vidare bruk av opplysningar om og frå den hemmelege avlyttinga utad.

Straffeprosesslova § 216i første ledd tredje punktum bokstav b til d (heretter § 216i bokstav b til d) gjer unntak frå dette, og opnar for at påtalemakta kan bruke avlyttingsmaterialet som bevis i ei straffesak.⁴⁵ Ordet «bruk» tilseier at det gjeld både partane sitt høve til å føre opplysningane og retten sitt høve til å vektleggje dei.⁴⁶ Opplysningar som lovleg kan leggjast fram, kan dermed også vektleggjast av retten. Dersom vilkåra for å leggje fram beviset ikkje er oppfylt, vil retten ha plikt til å avskjere beviset. Har retten derimot lagt vekt på eit bevis som ikkje lovleg kunne leggjast fram, er dette ein sakshandsamingsfeil som kan føre til oppheving etter anke, jf. straffeprosesslova § 345 andre ledd andre punktum, jf. § 343.⁴⁷

Paragraf 216i bokstav e slår fast at avlyttingsmaterialet kan bli brukt «for å forebygge at noen uskyldige blir straffet». Etter forarbeida gjeld dette også i tilfelle der materialet kan føre til ei vesentleg nedsubsumering av det straffbare forholdet det er tatt ut tiltale for.⁴⁸ Eg vil derimot fokusere på påtalemakta sin bruk av overskotsinformasjon som bevis *mot* tiltalte. Eg vil vidare avgrense avhandlinga mot problemstillingar knytt til læra om ulovleg beviserverv. Føresetnaden for den vidare behandlinga er dermed at alle materielle og prosessuelle vilkår for avlyttinga var oppfylt, slik at påtalemakta sitt med avlyttingsmateriale som er lovleg innhenta.

6.2 Bruk av avlyttingsmateriale som ikkje er overskotsinformasjon

Etter straffeprosesslova § 216i bokstav b kan avlyttingsmaterialet brukast som «bevis for det straffbare forholdet som begrunnet kontrollen». Materialet kan dermed fritt brukast som bevis i den saka det var innhenta. Føresetnaden er at det blir tatt ut tiltale for det same straffbare forholdet som var grunnlaget for oppmodinga om den hemmelege avlyttinga. Bokstav b gjeld dermed ikkje overskotsinformasjon, slik omgrepet er definert i punkt 3.

⁴⁵ Bruk av materiale som bevis ved rettslege etterforskingsskritt som varetektsfengsling mv. er heimla i bokstav a, jf. tidlegare i punkt 5.3.

⁴⁶ Jf. også Rt. 2005 s. 1200 (avsnitt 16-17).

⁴⁷ Sjå til dømes Rt. 2006 s. 972.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 161, jf. Rt. 1994 s. 1337.

6.3 Bruk av overskotsinformasjon som kunne grunnlagt avlyttinga

Etter straffeprosesslova § 216i bokstav c kan avlyttingsmaterialet brukast som «bevis for et annet straffbart forhold som etter sin art kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra». Lovteksten talar om eit «annet straffbart forhold», og regulerer dermed bruk av overskotsinformasjon.

Etter ordlyden kan overskotsinformasjonen brukast som bevis dersom det straffbare forholdet som materialet skal belyse «etter sin art» kunne ha grunnlagt den aktuelle avlyttinga. Dersom det er snakk om å bruke overskotsinformasjon frå kommunikasjonsavlytting, må det straffbare forholdet vere av eit slikt alvor at det oppfyller vilkåra i straffeprosesslova § 216a første ledd. Forholdet må dermed kunne medføre fengsel i 10 år eller meir, jf. § 216a første ledd bokstav a, eller vere av dei straffeboda som er lista opp i § 216a første ledd bokstav b. Er det spørsmål om bruk av overskotsinformasjon frå romavlytting, må det straffbare forholdet vere lista opp i § 216m bokstav a til c.

Dersom tiltalen i ei sak gjeld eit straffbart forhold som etter sin art kunne grunnlagt den avlyttinga opplysningane kom ifrå, men retten vel å dømme etter eit mildare straffebod, er dette regulert i § 216i bokstav d andre punktum, jf. nedanfor i punkt 7.2.2.

7 Bruk av overskotsinformasjon som bevis etter straffeprosesslova § 216i bokstav d

7.1 Den nye regelen i bokstav d første punktum

7.1.1 Utgangspunkt

Straffeprosesslova § 216i bokstav d slår fast at opplysningar frå «kommunikasjonskontroll» kan brukast

«som bevis for et annet straffbart forhold som etter sin art ikke kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonskontroll 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».

Etter ordlyden gjeld paragrafen for opplysningar frå «kommunikasjonskontroll». Under høringsrunden vart det foreslått å vente med å opne for bruk av overskotsinformasjon frå romavlytting til ein hadde meir erfaring med metoden.⁴⁹ Departementet gjekk derimot vekk ifrå eit slikt skilje.⁵⁰ Det er dermed klart at § 216i bokstav d også gjeld for overskotsinformasjon frå romavlytting. Reglane gjeld i tillegg der materialet er innhenta ved bruk av avlytting for å avverje alvorleg kriminalitet, jf. § 222d femte ledd andre punktum.

Dersom det er sett i gang romavlytting på bakgrunn av mistanke om terrorhandlingar, og ein under avlyttinga får bevis for grov kroppsskade, kan avlyttingsmaterialet brukast dersom dette 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». Overskotsinformasjonen kan dermed brukast som bevis dersom dei to kumulative vilkåra er oppfylt. Det første er eit krav om forholdsmessigheit, medan det andre er eit såkalla subsidiaritetskrav.

7.1.2 Forholdsmessigheitsvilkåret

Bokstav d første punktum vart som nemnd i punkt 4 tatt inn i lova i 2013. Lovforslaget bygde på Metodekontrollutvalet si utredning.⁵¹ Fleirtalet i utvalet foreslo å opne for bruk av

⁴⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 77.

⁵⁰ Prop. 147 L (2012-2013) s. 82.

⁵¹ NOU 2009: 15 Skjult informasjon - åpen kontroll.

overskotsinformasjon for alle forhold, men gjere unntak der «særlige grunner» tilseier at beviset ikkje burde førast.⁵² Departementet valde å gå vekk ifrå denne ordlyden, og la i staden til eit vilkår om forholdsmessigheit. Dei meinte at ordlyden «når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep» betre spegla dei avvegingane som må gjerast mellom personvernomsyn og behovet for ein effektiv kamp mot kriminalitet.⁵³

Det må gjerast ei heilskapsvurdering i kvar sak ein ønskjer å føre overskotsinformasjon som bevis.⁵⁴ Ordlyden av «sakens art» tilseier at alvoret i den straffbare handlinga vil stå sentralt. Departementet slår fast at overskotsinformasjon frå romavlytting som beviser eit drap skal kunne førast som bevis i retten, til tross for at drap i seg sjølv ikkje er blant dei straffbare handlingane som er lista opp i straffeprosesslova § 216m.⁵⁵

For alle tilfelle som går under § 216i bokstav d vil det vere snakk om straffbare forhold som lovgivar ikkje har opna for avlytting ved mistanke om. Likevel er det eit stort spenn i alvorsgrad i strafferammer, alt frå bot og opp mot fengsel i 10 år for saker om kommunikasjonsavlytting. Her vil eg minne om at reglar om konkurrens ikkje skal gjelde ved utrekning av strafferamma. Ein person har til dømes utført fleire kroppsskader og grove tjuveri. Ettersom ingen av desse i seg sjølv kunne grunnleggjande avlyttinga, vil bevisføringa vere avhengig av kor vidt vilkåra i bokstav d er oppfylt. Ordlyden av «sakens art» tilseier at det i heilskapsvurderinga vil vere eit moment om det aktuelle avlyttingsmaterialet belyser fleire straffbare forhold.

Forarbeida peikar vidare på at omsynet til å ivareta utanforståande sitt personvern bør vege tyngre når det er spørsmål om å bruke overskotsinformasjon som bevis for mindre alvorlege handlingar.⁵⁶ Særleg gjeld dette der beviset vil røpe sensitive opplysningar om tredjepersonar, til dømes om helseforhold, seksuelle forhold eller religiøse forhold. Dermed kan det verke som det først og fremst er omsynet til utanforståande tredjepersonar sitt personvern, i motsetning til sikta sitt eige, som kan tale mot bruk av overskotsinformasjon som bevis.⁵⁷

Det sistnemnde kan etter mi meining ikkje gjelde absolutt. Overskotsinformasjon vil neppe kunne brukast som bevis i alle tilfelle der bevisføringa berre er eit inngrep i tiltalte sitt

⁵² NOU 2009: 15 s. 273-274.

⁵³ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁵⁴ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁵⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁵⁶ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁵⁷ Bruce og Haugland (2014) s. 289.

personvern. Er det snakk om å føre bevis som inneber ei blottlegging av svært sensitive opplysningar for å bevise eit relativt bagatellmessig straffbart forhold, vil det neppe vere forholdsmessig om påtalemakta kan leggje fram beviset.

Situasjonen kan til dømes vere at den tiltalte tilfeldigvis var innom kontoret til ein som var under romavlytting. Her kom det så fram opplysningar om ei mindre unndraging av skatt, i ein samtale som samtidig tar opp tiltalte sin helsesituasjon eller andre svært personlege opplysningar, til dømes av seksuell karakter. Påtalemakta har dermed ved ei tilfeldigheit fått tak i opplysningar om eit straffbart forhold utført av ein person dei kanskje ikkje hadde nokon mistanke til frå før. Dersom påtalemakta i slike tilfelle skulle fått leggje fram avlyttingsmaterialet i retten, ville dei sensitive opplysningane blitt blottlagd. Her meiner eg tiltalte sitt personvern må vege tyngst.

I heilskapsvurderinga kan det også ha noko å seie kor inngripande metodebruken har vore.⁵⁸ Romavlytting er som tidlegare illustrert meir inngripande enn kommunikasjonsavlytting. Terskelen vil difor vere høgare for å bruke overskotsinformasjon frå romavlytting som bevis. Eit anna relevant moment er kor lenge overvakinga har vart. Terskelen for å godta bevisføring vert høgare for materiale som stammar frå langvarig overvaking, enn frå overvakingar som berre har vart nokre få dagar.

Forarbeida peikar vidare på at dersom bevisverdien av overskotsinformasjonen verkar usikker, vil dette tale for ei viss varsamheit med å nytte informasjonen som bevis.⁵⁹ Metodekontrollutvalet talar om tilfelle der overskotsinformasjonen ikkje klart viser at vedkomande har gjort den aktuelle straffbare handlinga.⁶⁰

Her vil eg leggje til at det i utgangspunktet verkar noko upraktisk å stille opp ein regel der bevisverdien er avgjerande for kor vidt avlyttingsmaterialet kan leggjast fram. Ei vurdering av kva relativ vekt dei ulike bevisa vil ha under skyldspørsmålet, vil uansett vere opp til retten si frie bevisvurdering. I tillegg vil det føre til ei kunstig rekkefølge å først vurdere verdien til eit bevis, før ein tar stilling til kor vidt det kan brukast.⁶¹ Når dette er sagt, vil utgangspunktet som forarbeida stiller opp i høgaste grad gjelde for svært sensitive opplysningar som ikkje er relevante for det straffbare forholdet.

⁵⁸ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁵⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

⁶⁰ NOU 2009: 15 s. 274.

⁶¹ Jf. også det som blir uttalt i Rt. 2007 s. 1409 (avsnitt 25).

Generelt vil eg nemne at avlyttingsmateriale frå personar som ikkje veit at dei er avlytta, ofte vil ha eit innhald med den budskapet samtaleparten ønskjer å formidle. Materialet vil i motsetning til vitnebevis ikkje vere gjenstand for problem med hukommelse eller falske forklaringar. Innhaldet i kommunikasjonen må likevel vurderast. Ofte vil ironi og overdrivingar vere vanskeleg å oppfatte, særleg der materialet består av e-post, sms eller liknande. Her må ein uansett rekne med at dommaren er klar over problema knytt til dette i vurderinga av beviset sin relative verdi.

Vidare vil eg leggje til at *beviskvaliteten* vil kunne ha betydning for kor vidt bevisføringa er i tråd med retten til rettferdig rettargang etter EMK artikkel 6.⁶² Dersom nøyaktigheita av beviset er usikker, vil dette tale for at beviset ikkje bør kunne førast. Eit døme er tilfelle der avlyttingsmaterialet er svært fragmentert og ute av kontekst.

7.1.3 Subsidiaritetskravet

Det andre vilkåret for å bruke overskotsinformasjonen som bevis er at «oppklaring av forholdet uten bruk av opplysningene i vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort», jf. straffeprosesslova § 216i bokstav d. Departementet kallar dette for eit «subsidiaritetskrav».⁶³ Kravet samsvarar med det vilkåret som må vere oppfylt for å ta metodane i bruk, jf. § 216c første ledd og § 216m tredje ledd. Kor vidt oppklaring av saka i vesentleg grad vil bli vanskeleggjort utan bruk av overskotsinformasjonen, vil også kunne inngå i ei forholdsmessigheitsvurdering, men departementet meinte det var rimeleg at dette kom til syne som eit eige vilkår.⁶⁴

Etter ordlyden må oppklaringa av saka bli vanskeleggjort i «vesentlig grad». Det må dermed vere snakk om eit bevis som det ville vore vanskeleg å få tak i ved bruk av andre metodar. For retten vil det rett nok vere vanskeleg å gjere ei reell overprøving av politiet og påtalemakta si vurdering av kor vanskeleg det vil vere å skaffe andre bevis for det aktuelle forholdet. Dette føresetter ofte ei djupare innsikt i politiet sine metodar generelt, i tillegg til kunnskap om den konkrete etterforskinga i saka. Departementet påpeikar i høve dette at forsvarar kan kome med innvendingar om at politiet ikkje har gjort nok, og dermed påverke retten si stilling i spørsmålet om bevisavskjering.⁶⁵ I tillegg hevda departementet at subsidiaritetskravet vil

⁶² EMD sin storkammerdom 10. mars 2009 *Bykov mot Russland* avsnitt 90.

⁶³ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

⁶⁴ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

⁶⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

verke bevisstgjerande på politiet og påtalemakta, når det gjeld spørsmålet om kor vidt forholdet utan store ressursar kunne vore belyst på ein annan måte. Ei slik bevisstgjerung er særleg viktig der overskotsinformasjonen er eigna til å blottleggje sensitive opplysningar om tredjepersonar.

7.2 Bokstav d andre punktum

7.2.1 Avlyttingsmaterialet belyser både eit forhold som kunne grunngitt avlyttinga, og eit forhold som ikkje kunne gjort det

Andre alternativ i straffeprosesslova § 216i bokstav d andre punktum gjeld situasjonen der innsamla materiale både belyser eit forhold som i seg sjølv kunne grunngitt avlyttinga, og eit forhold som ikkje kunne gjort det. I slike tilfelle kan materialet «uansett brukes som bevis», det vil seie utan at forholdsmessigheitsvilkåret og subsidiaritetskravet i bokstav d første punktum må vere oppfylt.⁶⁶

Dette alternativet er ei lovfesting av avgjersla i Rt. 2005 s. 1200.⁶⁷ Avgjersla gjaldt ei lovtolking av det som då utgjorde bokstav b, som berre opna for bruk av opplysningane som bevis for eit straffbart forhold som kunne grunngitt avlyttinga som opplysningane stamma ifrå.⁶⁸

I saka var det sett i gang telefonavlytting som ledd i etterforskinga av eit forsøk på ran av ein verditransport. Det vart tatt ut tiltale mot to personar for forsøk på grovt ran, i tillegg til heleri av diverse utstyr og brot på våpenlova. Den eine vart også tiltalt for medverknad til bilbrukstjuveri. Forutan ransforsøket kunne ingen av forholda i seg sjølv danna grunnlag for kommunikasjonsavlytting. Avlyttingsmaterialet vart likevel lagt fram som bevis for alle forholda. Tingretten frifann dei tiltalte for ransforsøket, men dømde dei for dei mindre alvorlege forholda. Dei tiltalte anka dommen til lagmannsretten, og hevda det var gjort feil ved lovbruken og sakshandsaminga. Lagmannsretten nekta anken fremma. Høgsterett sitt kjæremålsutval tok stilling til om lagmannsretten si ankenekting var rettmessig. Spørsmålet var om tingretten kunne vektleggje lydopptak som var relevante både for ranstiltalen og dei mindre alvorlege forholda, når den valde å frifinne for ransforsøket, som var det forholdet som

⁶⁶ Prop. 147 L (2012-2013) s. 178.

⁶⁷ Prop. 147 L (2012-2013) s. 178-179.

⁶⁸ Lov 3. desember 1999 nr. 82.

danna grunnlaget for avlyttinga. Dersom svaret var nei, skulle tingretten ha sett vekk ifrå dei aktuelle opplysningane.

Tingretten hadde i si grunngjeving uttalt 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». ⁶⁹ Når eit bevis først var ført på lovleg vis, kunne ikkje retten i si bevisvurdering ha plikt til å sjå vekk ifrå den informasjonen den reint faktisk hadde fått. Det kunne dermed ikkje leggast nokon avgrensing på retten si frie bevisvurdering. Høgsterett sitt kjæremålsutval kom til at dette var ei riktig forståing av straffeprosesslova sine reglar om høvet til å bruke avlyttingsmateriale som bevis under hovudforhandlinga. Kjæremålet vart dermed forkasta.

Året etter kom spørsmålet opp for kjæremålsutvalet på ny i Rt. 2006 s. 972. Her omfatta tiltalen mellom anna grov korrupsjon, med ei strafferamme på fengsel i 10 år, og grov økonomisk utruskap, med ei strafferamme på fengsel i seks år. ⁷⁰ Spørsmålet var om lydopptak som ikkje hadde betydning som bevis for tiltalen for grov korrupsjon, kunne brukast som bevis for tiltalen for grov økonomisk utruskap. Kjæremålsutvalet var einig i rettssetninga frå saka i Rt. 2005 s. 1200, når det gjaldt bruk av overskotsinformasjon som bevis. Dersom opptak hadde blitt ført som bevis for korrupsjonstiltalen, men også kasta lys over utruskapsforholdet, kunne bevismaterialet dermed leggast vekt på ved vurderinga av denne tiltaleposten.

I avgjersla frå 2006 gjaldt det derimot bruk av opplysningar som ikkje på nokon måte belyste tiltalepunktet om grov korrupsjon. Opplysningane var berre relevante for tiltalen for grov økonomisk utruskap. Det var såleis ein vesentleg forskjell mellom dei to sakene. Kommunikasjonsavlytting kunne ikkje brukast ved mistanke om grov økonomisk utruskap, ettersom strafferamma var for lav. Då kunne heller ikkje materialet brukast som bevis for dette forholdet. Lagmannsretten si avgjersle vart dermed oppheva, vel å merke under dissens.

Dissensen knytte seg til kor vidt bokstav b skulle forståast slik at overskotsinformasjon likevel kunne brukast der tiltalen gjaldt eit forhold som, dersom det var gjort på eit seinare tidspunkt, ville gitt grunnlag for kommunikasjonsavlytting. Tiltalen for den grove økonomiske utruskapen gjaldt eit forhold som strakk seg frå august 1998 til april 2003. Den 4. juli 2003 trådte ei lovendring i kraft som ville gjort at forholdet kunne blitt subsumert som grov korrupsjon. Mindretalet meinte at det ikkje var noko i vegen for å nytte den prosessuelle

⁶⁹ Rt. 2005 s. 1200 (avsnitt 16).

⁷⁰ Høvesvis lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffelova 1902) § 276a, jf. § 276b og § 275, jf. § 276.

regelen om bevisføring i straffeprosesslova § 216i bokstav b for desse eldre forholda. Mindretalet viste til Rt. 2005 s. 1200 og peika på at denne opna for å bruke opplysningar frå avlytting som bevis for forhold som ikkje under noko omstende kunne gitt grunnlag for avlytting. I 2006-saka var det snakk om å nytte opplysningar for å bevise forhold som i alle fall på avgjersletidspunktet kunne gitt grunnlag for avlytting. Mindretalet meinte difor at det ikkje var noko verneverdig interesse som tilsa at avlyttingsmaterialet ikkje kunne brukast som bevis også for tiltalen for grov økonomisk utruskap. Fleirtalet var ikkje einig i denne argumentasjonen.

Hadde saka kome opp i dag ville spørsmålet om bruk av avlyttingsmaterialet blitt vurdert etter den nye regelen i § 216i bokstav d første punktum. Det avgjerande ville då vore kor vidt forholdsmessigheitsvilkåret og subsidiaritetskravet var oppfylt.

Det er ikkje gjort eksplisitt klart i § 216i bokstav d andre punktum, men det må vere eit vilkår at opplysningane ikkje kan skiljast frå kvarandre ved redigering.⁷¹ Høgsterett sitt kjæremålsutval er inne på dette i Rt. 2005 s. 1200 (avsnitt 16) ved at dei peikar på tilfelle der ein og same telefonsamtale er relevant for begge forholda. Det vil såleis ikkje vere tilstrekkeleg at opplysningane om dei to straffbare forholda begge er ein del av eit samla avlyttingsmateriale, dersom dei er frå to uavhengige samtalar.

Eit døme på opplysningar som ikkje kan skiljast utan å gå utover beviskvaliteten er bilete. Dersom det sendte biletet viser mistenkte med eit stole gevær framfor eit utbytte frå ei gullsmedforretning, vil dette kunne brukast som bevis både for våpentjuveriet og det grove ranet. Frå dette vil det vere ein flytande overgang til tilfelle der opplysningane kan skiljast frå kvarandre. Til dømes vil ofte sms og e-post måtte lesast i samanheng for at kvar enkelt melding skal gi mening. I slike tilfelle må det avgjerast konkret kva som eventuelt kan skiljast ut. Det sentrale, som etter mi meining i alle høve må bli ivaretatt, er at beviset ikkje blir så fragmenteret at det mistar sin kvalitet og pålitelegheit.

7.2.2 Tiltalen gjeld forhold som kunne grunnleggjande avlyttinga, men retten vil dømme etter eit mildare straffebod

Første alternativ i straffeprosesslova § 216i bokstav d andre punktum gjeld tilfelle der det er tatt ut tiltale for eit forhold som «kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonsskontroll

⁷¹ Jf. også Andenæs (2009) s. 333.

som opplysningene stammer fra», men retten vil dømme for eit mindre alvorleg forhold som ikkje kunne grunnleggjande avlyttinga. Tiltalen gjeld til dømes grov menneskehandel, som etter straffelova § 258 har ei strafferamme på fengsel i 10 år. Beviset består av materiale frå kommunikasjonsavlytting. Dersom retten kjem til at menneskehandelen ikkje var grov, vert strafferamma fengsel i seks år etter straffelova § 257. I slike tilfelle «kan opplysningene uansett brukes som bevis», jf. straffeprosesslova § 216i bokstav d andre punktum. Tilleggsvilkåra i bokstav d første punktum skal dermed ikkje gjelde i desse tilfella.⁷²

Reglen er ei vidareføring av resultatet i Rt. 2007 s. 1409.⁷³ Tiltalen i saka gjaldt mellom anna ulovleg innføring og omsetning av alkohol, utført som ledd i verksemda til ei organisert kriminell gruppe, og hadde ei øvre strafferamme på fengsel i 11 år.⁷⁴ Bevisa bestod i hovudsak av overskotsinformasjon frå telefonavlytting som var satt i gang på grunnlag av mistanke om innføring av narkotika. Det var dermed snakk om bruk av overskotsinformasjon frå ei anna sak.

Fem personar vart tiltalt for ulovleg innføring av til saman 56 000 liter øl, og omsetning av betydelege mengder av ølet. Etter tiltalen skulle innføringa ha skjedd 5. og 7. august 2003. Lagmannsretten konkluderte med at handlingane ikkje var utført som ledd i verksemda til ei organisert kriminell gruppe etter lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffelova 1902) § 60a. Strafferamma vart med dette nesten halvvert, til fengsel i seks år. Retten såg difor vekk ifrå avlyttingsmaterialet som var spelt av, og frifann to av dei tiltalte heilt, medan dei tre andre vart frifunne for tiltalepostane som gjaldt innføringa av øl 5. august 2003.

Påtalemakta anka lagmannsretten sin dom, og meinte det var gjort ein sakshandsamingsfeil då lagmannsretten valde å sjå vekk ifrå avlyttingsmaterialet. Saka vart behandla av Høgsterett i avdeling. Dei prinsipielle sidene ved bevisføringshøvet, som då var regulert i bokstav b vart utførleg drøfta. Førstvoterande uttalte i avsnitt 11:

«Jeg kan ikke se at ordlyden i straffeprosessloven § 216i første ledd bokstav b gir noe entydig svar. Det er nærliggende å tolke den slik de tidligere retter har gjort, at ingen, heller ikke retten, kan bruke kommunikasjonskontrollmateriale som bevis i saker med lavere

⁷² Prop. 147 L (2012-2013) s. 178.

⁷³ Prop. 147 L (2012-2013) s. 82.

⁷⁴ Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. § 10-1 tredje ledd, jf. straffelova 1902 § 60a.

maksimumsstraff enn fengsel i 10 år. Den kan imidlertid også tolkes slik at når påtalemyndighetens taushetsplikt er opphevet fordi materialet legges fram som bevis for et straffbart forhold med maksimumsstraff på 10 år eller mer, vil ikke rettens bruk av beviset representere noen krenkelse av taushetsplikt.»

Førstvoterande viser deretter mellom anna til avgjersla i Rt. 2005 s. 1200, før ho i avsnitt 19 uttalar:

«Vår sak skiller seg fra saken i Rt. 2005 side 1200 ved at det der dreide seg om kommunikasjonskontrollmateriale som var innhentet i samme sak som tiltalen gjaldt. En domstol hadde derfor vurdert og funnet at det forelå skjellig grunn til mistanke om et tilstrekkelig alvorlig forhold - grovt ran - og at de øvrige vilkårene for kommunikasjonskontroll var oppfylt, jf. straffeprosessloven § 216 b. I vår sak har ingen rettsinstans vurdert om det er skjellig grunn til å mistenke de tiltalte for organisert kriminalitet før dette materialet legges fram som bevis. Selv om man skulle slutte seg til rettsoppfatningen i Rt. 2005 side 1200, er det derfor ikke gitt at man kommer til samme resultat i vår sak.»

Avgjersla måtte gjerast utifrå ei «avveining av de ulike prinsipielle og praktiske hensyn som gjør seg gjeldende», jf. avsnitt 20. Utgangspunktet for denne avveinga er at «kommunikasjonskontroll innebærer et betydelig inngrep i den private sfære», og at også bruken av slike opplysningar som bevis er integritetskrenkande, jf. avsnitt 21. Førstvoterande uttalar deretter i avsnitt 23:

«På den annen side kan det å forlange at retten skal se bort fra lovlig fremlagte bevis, tvinge retten til å avsi dommer som den vet er uriktige. Dette harmonerer dårlig med det grunnleggende målet å avsi materielt riktige dommer, med rettsfølelsen og med norsk rettstradisjon. Forsvarerne har pekt på at dette ikke er enestående. For eksempel kan manglende påtalebegjæring gjøre at retten må frifinne den tiltalte der tiltalen går ut på legemsbeskadigelse mens retten finner at det dreier seg om en legemsfornærmelse. Jeg kan imidlertid ikke se at dette, som baserer seg på respekt for fornærmedes vilje, rokker ved at det er prinsipielt uheldig å måtte se bort fra allerede fremlagte bevis som det ikke hefter betenkeligheter ved ut fra hensynet til tiltaltes rettssikkerhet.»

Førstvoterande nemner så omsynet til sjølve prosessen for domstolen, ved at retten vil bli tvungen til å vurdere saka i ei kunstig rekkefølge. Ho drøftar deretter misbruksfaren som ligg i å la tiltalen vere avgjerande for høvet til å føre overskotsinformasjon som bevis, ved at forholdet kan bli «oppsubsumert» for å omgå reglane. Denne faren vart derimot ikkje tillagt

avgjerande vekt, ettersom kontroll frå overordna påtalemyndighet burde vere tilstrekkeleg til å forhindre slik misbruk.

Høgsterett kom etter denne totalvurderinga til at det ikkje burde bli ei anna løysing enn i Rt. 2005 s. 1200. Når materialet var lagt fram som ledd i bevisføringa av eit forhold som kunne gitt grunnlag for avlytting, var det lovleg lagt fram. Retten kunne dermed leggje vekt på materialet i si bevisvurdering.

Aktor hadde foreslått at dersom det var «direkte uskjønnst» av påtalemakta å ta ut tiltale for eit forhold under eit straffebod som opnar for bruk av avlyttingsmateriale som bevis, måtte retten kunne sjå vekk ifrå materialet. Forsvararane hevda at ein slik skjønnsprega regel ville stride mot lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2. Dette var retten ueinig i.

Departementet fann ingen grunn til å lovfeste ein reservasjon om at retten kan sjå vekk ifrå materialet i tilfelle der det er «direkte uskjønnst» av påtalemakta å ta ut tiltale etter det aktuelle straffebodet. Misbruksfaren vart rekna som minimal.⁷⁵ Spørsmålet er om denne reservasjonen likevel gjeld.

Det må først nemnast at det var aktor sitt forslag. Høgsterett tok berre stilling til kor vidt ein slik sikkerheitsventil ville stride mot lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2, og kommenterte at det måtte «eventuelt være en mulighet ved klart misbruk - ikke en vurdering som retten må foreta rutinemessig».⁷⁶ Etter mi meining ville det i alle høve vore problematisk å operere med ein bevisfølingsregel som gjer at retten må ta stilling til påtalemakta si skjønnsutøving ved utforming av tiltalen. Dersom påtalemakta tar ut tiltale for eit forhold som ikkje er reelt, på ein måte som kan karakteriserast som «direkte uskjønnst», vil det vere eit straffbart myndighetsmisbruk. På bakgrunn av den svake rettskjeldemessige forankringa og den nemnde innvendinga vil reservasjonen neppe vere å rekne som gjeldande rett.

Problemstillinga vil rett nok vere mindre aktuell i dag, etter lovfestinga av straffeprosesslova § 216i bokstav d.

Ei særleg problemstilling kom opp i Rt. 2010 s. 956. Her gjaldt den opphavlege tiltalen grovt ran, men tingretten dømde dei tiltalte for simpelt ran. Dei tiltalte anka dommen, medan påtalemakta godtok den. Påtalemakta heldt likevel ved tiltalen for grovt ran i lagmannsretten. Det overordna spørsmålet var om det var høve til å føre avlyttingsmaterialet som bevis, til

⁷⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 82.

⁷⁶ Rt. 2007 s. 1409 (avsnitt 27).

tross for tingretten si nedsubsumering. Forsvararane hevda mellom anna at saka skilde seg frå Rt. 2007 s. 1409 ved at det her ikkje handla om høvet til å vektleggje lovleg førte bevis, men høvet til å føre bevis i lagmannsretten i strid med tingretten si frifinjing for grovt ran. I tillegg hevda dei at Høgsterett si forståing av straffeprosesslova § 216i i Rt. 2007 s. 1409 var i strid med lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2. Høgsterett konkluderte derimot med at ein rettsstilstand der lovtæksten sitt innhald er avklart gjennom rettspraksis, ikkje er i strid med EMK.

Førstvoterande uttalte vidare at det ville vere «meningsløst å akseptere at de aktuelle bevis kan føre til domfellelse i tingretten, dersom slike domfellelser som en systematisk konsekvens ikke kunne opprettholdes etter anke til lagmannsretten».⁷⁷ Avlyttingsmaterialet kunne dermed brukast som bevis.

I dag ville ei tilsvarande sak gått under straffeprosesslova § 216i bokstav b dersom lagmannsretten ville domfelle for grovt ran, eller under bokstav d andre punktum første alternativ dersom lagmannsretten ville domfelle for simpelt ran. Så lenge tiltalen for det forholdet som låg til grunn for avlyttinga eller eit forhold som i seg sjølv kunne grunnleggjend blir oppretthaldt i lagmannsretten, vil det dermed vere eit absolutt høve til å bruke opplysningane der. Hadde påtalemakta ikkje oppretthaldt tiltalen for grovt ran, ville høvet til bevisføring vore avhengig av om vilkåra i straffeprosesslova § 216i bokstav d første punktum var oppfylt.⁷⁸

7.3 Reglane om sletteplikt si betydning for bruk av overskotsinformasjon som bevis

7.3.1 Bevisforbod

Straffeprosesslova inneheld ingen generelle reglar om sletting av etterforskningsmateriale.⁷⁹ I straffeprosesslova § 216g er det likevel ein særskilt sletteregel for materiale frå hemmeleg avlytting. Etter straffeprosesslova § 216g bokstav a skal påtalemakta sørge for at «opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonsskontrollen, snarest mulig blir tillintetgjort i den utstrekning de ... er uten betydning for forebyggelsen eller etterforskningen av straffbare

⁷⁷ Rt. 2010 s. 956 (avsnitt 19).

⁷⁸ Jf. også Bruce og Haugland (2014) s. 294.

⁷⁹ Sjå derimot politiregisterlova § 50 første ledd.

forhold». Materiale som verken påtalemakta eller forsvarar har funne å ha nokon bevisverdi vil dermed som klar hovudregel måtte slettast.⁸⁰

Regelen om sletting «snarest mulig» må lesast i lys av Høgsterett si avgjersle i Rt. 2005 s. 1137 (avsnitt 73-74). Her vart det slått fast at tiltalte sin rett til rettferdig rettargang etter EMK artikkel 6 nr. 1 medfører at materialet først kan slettast etter at sikta har fått innsyn.⁸¹ Andre problemstillingar knytt til sikta sin rett til innsyn i saka sine dokument vil ikkje bli behandla nærare. Når det gjeld overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting stiller kommunikasjonskontrollforskrifta § 9 første ledd tredje punktum opp ei grense på tre månader frå opptaket vart gjort. Dersom vidare etterforsking ikkje er sett i gang, må opptaket slettast.

Etter straffeprosesslova § 216g bokstav b gjeld sletteplikta også når avlyttingsmaterialet «gjelder uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen».

Ettersom påtalemakta må slette avlyttingsmaterialet, kan det klart nok ikkje brukast som bevis. Sletteplikta medfører dermed i realiteten eit bevisforbod.⁸² Påtalemakta sitt høve til å bruke overskotsinformasjon som bevis etter straffeprosesslova § 216i bokstav d vil dermed vere avgrensa av regelen om sletteplikt i § 216g bokstav b. Det nærare innhaldet i sletteplikta må difor undersøkjast.

7.3.2 Samtalar med advokat mv.

Straffeprosesslova § 119 stiller opp eit vitneforbod for opplysningar som er under såkalla kallsmessig teieplikt. Særleg vil korrespondansen mellom advokat og klient vere sterkt beskytta av EMK artikkel 8.⁸³ Opptak av slike samtalar må som hovudregel slettast, jf. § 216g bokstav b. At avlyttingsmaterialet i sin heilskap inneheld samtalar med advokat, betyr derimot ikkje at alle samtalar skal slettast. Utgangspunktet er at påtalemakta skal gå igjennom avlyttingsmaterialet for å ta stilling til kva delar som må slettast.⁸⁴

⁸⁰ Det er ved lovendring 21. juni 2013 nr. 86 opna for sperring av materiale, av omsyn til moglegheita for gjenopning av saker. Denne har i skrivande stund ikkje trådd i kraft.

⁸¹ Jf. også EMD sin dom 31. mars 2009 *Natunen mot Finland* avsnitt 39 om “equality of arms”.

⁸² Prop. 147 L (2012-2013) s. 103-104 og Rt. 2014. s 1105 (avsnitt 56).

⁸³ EMD sin dom 6. desember 2012 *Michaud mot Frankrike* avsnitt 119.

⁸⁴ Rt. 2015 s. 81 (avsnitt 15-21).

Dette utgangspunktet vart i Rt. 2015 s. 81 (avsnitt 23) modifisert for tilfelle der det på førehand er klart at opptaket er av ein samtale som fell under straffeprosesslova § 119. I slike tilfelle vil ein gjennomgang frå påtalemakta vere ulovleg.⁸⁵ Avlyttingsmaterialet skal då utan vidare sorterast ut og slettast. Alternativt kan påtalemakta sende materialet til tingretten, slik at retten går igjennom materialet. Samtalar som ikkje er verna etter § 119 kan deretter sendast tilbake til påtalemakta. Ein slik framgangsmåte ville etter Høgsterett si meining vere i tråd med EMK artikkel 8.⁸⁶

Etter forarbeida gjeld sletteplikta uavhengig av om den som har krav på hemmelegald samtykker.⁸⁷ Forutan i tilfelle der det er mistanke mot advokaten, jf. punkt 7.3.4, er det såleis eit bevisforbod for avlyttingsmateriale frå samtalar med advokat. Dette bevisforbodet gjeld uavhengig av om materialet elles oppfyller vilkåra for bevisføring i straffeprosesslova § 216i. Skulle det aktuelle opptaket innehalde ein samtale der mistenkte innrømmer eit straffbart forhold, vil det likevel ikkje kunne brukast som bevis.

7.3.3 Samtalar med mistenkte sine nærstående

Sletteplikta etter straffeprosesslova § 216g bokstav b gjeld også for samtalar som er verna etter § 122. Denne paragrafen stiller opp eit vitnefritak for sikta sine nærstående. Fritaket er av omsyn til at tiltalte sine næraste skal sleppe å bidra til domfelling av tiltalte.⁸⁸ I motsetning til etter § 119 er det derimot ikkje eit vitneforbod. Den nærstående har inga teieplikt.

Karakteren av avlyttingsmateriale som inneheld slike samtalar er dermed noko anna enn materialet som består av samtalar med advokat.

Dette har ført til at det i praksis har kome opp spørsmål om kor langt sletteplikta i § 216g bokstav b rekk for samtalar som er underlagt vitnefritak etter § 122. I Rt. 2009 s. 396 uttalte Høgsterett sitt ankeutval at sletteplikta etter § 216g berre gjeld for det den nærstående seier. Ankeutvalet la dermed til grunn at det den tiltalte sjølv seier i slike samtalar, som utgangspunkt ikkje måtte slettast, og dermed kunne brukast som bevis. Ein måtte med andre ord «sladde» det samtaleparten sa. Dette gjorde at avlyttingsmaterialet som kunne brukast som bevis potensielt kunne bli svært fragmentert, og dermed noko misvisande.

⁸⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 109.

⁸⁶ Rt. 2015 s. 81 (avsnitt 28).

⁸⁷ Prop. 147 L (2012-2013) s. 103-104.

⁸⁸ NUT 1969: 3 s. 204.

I Rt. 2014 s. 1105, «Acta-saka», tok Høgsterett stilling til spørsmålet på ny, denne gong i avdeling. Avgjersla frå 2009 vart fråvike, under dissens 3-2. Førstvoterande, som representerte fleirtalet, la vekt på at rettstilstanden etter 2009-saka innebar ei undergraving av sletteregelen sitt formål og eit innhogg i vernet etter straffeprosesslova § 122. Høgsterett konkluderte med at sletteplikta gjaldt samtalanane med dei nærstående i sin heilskap.⁸⁹ Ettersom materialet skulle ha vore sletta, kunne det ikkje brukast som bevis. I slike tilfelle må retten gjere ei bevisavskjering dersom påtalemakta likevel legg fram avlyttingsmaterialet.

7.3.4 Unntak for mistenkt samtalepart

Utgangspunktet om sletteplikt, og dermed bevisforbod, gjeld ikkje der «vedkommende [samtaleparten] mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen», jf. straffeprosesslova § 216g bokstav b. Mistanken må etter ordlyden vere knytt til ei handling som i seg sjølv oppfyller vilkåra for den aktuelle avlyttinga, anten i straffeprosesslova §§ 216a eller 216m. Påtalemakta mistenker til dømes advokaten eller den nærstående for grov kroppsskade, som etter straffelova § 274 har ei strafferamme på fengsel i 10 år. Dersom opptaket er innhenta ved romavlytting, vil påtalemakta framleis ha plikt til å slette opptaket, ettersom grov kroppsskade ikkje er blant dei straffeboda som er lista opp i straffeprosesslova § 216m for å ta romavlytting i bruk. Vart samtalen derimot tatt opp ved kommunikasjonsavlytting etter § 216a, vil kravet til mistanke mot samtaleparten vere oppfylt. Då vil ikkje påtalemakta ha plikt til å slette opptaket, og det kan førast som bevis.

Når det gjeld tidspunktet for mistankevurderinga er det grunn til å nemne ei avgjersle frå Eidsivating lagmannsrett.⁹⁰ Tre brør var sikta for grov menneskehandel, og underlagt kommunikasjonsavlytting. Mora var opphaveleg berre sikta for grovt heleri i same sak. Dette forholdet kunne ikkje danne grunnlag for avlytting, slik at unntaket frå sletteplikta ikkje gjorde seg gjeldande. Etter å ha fått opptak av samtalar mellom brørne og mora, vart ho sikta for medverknad til grov menneskehandel. Spørsmålet for retten var om politiet måtte ha mistanke til mora før dei hørte gjennom dei aktuelle samtalanane, for at unntaket om mistenkt samtalepart skulle gjelde.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i forarbeida til midlertidig lov 17. desember 1976 nr. 99 som slo fast at unntaket frå sletteplikta særleg var gjort «for å gjøre det klart at det ikke er

⁸⁹ Rt. 2014 s. 1105 (avsnitt 56-60).

⁹⁰ LE-2015-63454 (Eidsivating lagmannsrett).

nødvendig å ødelegge opptak av en telefonsamtale hvor eksempelvis siktede ringer sin far som i telefonsamtalen avslører seg som bakmannen».⁹¹ På bakgrunn av dette la lagmannsretten til grunn at det ikkje var eit vilkår at mistanken måtte vere konstatert før ein hørte igjennom avlyttingsmaterialet. Materialet måtte dermed ikkje slettast, og kunne brukast som bevis. Saka vart anka til Høgsterett, og skal avgjerast i avdeling.⁹²

⁹¹ Innst. O. nr. 21 (1976-1977) s. 2.

⁹² HR-2015-1807-U.

8 Betydinga av Grunnlova og internasjonale plikter for bruken av overskotsinformasjon som bevis

8.1 Utgangspunkt

Grunnlova del E omhandlar menneskerettar. Her finn ein mellom anna § 95 om retten til rettferdig rettargang og § 102 om retten til privatliv. Etter lex superior-prinsippet vil desse avgrense rekkjevidda av bevisføringsregelen i straffeprosesslova § 216i bokstav d.

Hovudformålet med grunnlovsreforma i 2014 var å «styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett».⁹³ Det vart samtidig understreka at reforma ikkje skulle innebere ei endring av tidlegare rettstilstand, men vere ei synleggjering gjennom prinsipielle reglar i Grunnlova.⁹⁴ Lønning-utvalet, som var oppnemnd av Stortinget for å utarbeide eit samla forslag til nye menneskerettsreglar i Grunnlova, uttalte at «Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser ... må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse».⁹⁵ Dei internasjonale menneskerettskonvensjonane utgjer eit minimumsvern.⁹⁶ Føresetnaden er dermed at Grunnlova ikkje skal gi eit svakare vern enn dei tilsvarande internasjonale reglane.⁹⁷

Ettersom Stortinget vedtok grunnlovsreforma under føresetnaden at dei nye grunnlovsreglane skulle tolkast «i lys av» konvensjonsrettsleg praksis, vil praksis frå den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) fram til vedtakingstidspunktet kunne brukast ved tolkinga av Grunnlova.⁹⁸ Eg vil difor sjå på kva minstekrav som følgjer av den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950 (EMK), som er inkorporert i norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettslova) § 2.

⁹³ Jf. mellom anna Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 86.

⁹⁴ Jf. mellom anna Dok. nr. 16 (2011-2012) punkt 30.6.6.2.

⁹⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 89-90.

⁹⁶ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 87.

⁹⁷ Jf. også Bårdsen, Arnfinn, «Høyesteretts utfordringer anno 2015», *Nytt norsk tidsskrift*, 4/2015 s. 392-399 (s. 397).

⁹⁸ Sjå om framtidig praksis frå internasjonale handhevingsorgan i Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57).

EMK artikkel 8 vernar privatlivet, medan artikkel 6 vernar om retten til rettferdig rettargang. Spørsmålet er kva skrankar konvensjonen stiller opp for bruk av overskotsinformasjon som bevis etter straffeprosesslova § 216i bokstav d.

8.2 EMK artikkel 8

8.2.1 Utgangspunkt

EMK artikkel 8 nr. 1 slår fast at “[e]veryone has the right to respect for his private and family life, his home and correspondence”. Alternativa “private and family life”, “home” og “correspondence” glir i noko grad over i kvarandre, og ofte brukast berre kortforma «vernet om privatlivet» når elementa i EMK artikkel 8 omtalast.⁹⁹ Dette uttrykket vil bli nytta vidare i omtalen av den verna retten etter EMK artikkel 8.

Artikkel 8 nr. 2 slår fast hovudregelen om at “[t]here shall be no interference by a public authority with the exercise of this right”. Utgangspunktet er dermed at staten ikkje kan gjere inngrep i privatlivet til borgarane. Det er klart at hemmeleg avlytting inneber eit inngrep i retten til privatliv. Dette har EMD slått uttrykkeleg fast i fleire tilfelle.¹⁰⁰ Det følgjer derimot ikkje klart, verken av konvensjonsteksten eller EMD sin praksis, om også bruk av overskotsinformasjon frå avlyttinga som bevis i ei straffesak er eit inngrep i retten etter EMK artikkel 8. EMD har likevel slått fast at både intern bruk og vidareformidling til andre myndigheiter av opplysningar som omfattast av retten til privatliv, utgjer eit inngrep etter EMK artikkel 8. Det same gjeld lagring av slike opplysningar, uavhengig av den seinare bruken.¹⁰¹ I sakene 17. juli 2003 *Craxi mot Italia* og 1. mars 2007 *Heglas mot Tsjekkia* vart dette utgangspunktet presisert til også å gjelde bevisføring av innhaldet i avlytta samtalar, samt lister over ein person sine telefonsamtalar.¹⁰² Utifrå dette må ein kunne leggje til grunn at bruk av overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting som bevis vil vere eit inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8, uavhengig av innhaldet i opplysningane.¹⁰³

Retten til privatliv er likevel berre eit utgangspunkt, og ikkje ein absolutt rett. EMK artikkel 8 nr. 2 opnar for å gjere inngrep i privatlivet. Inngrep kan derimot berre gjerast når

⁹⁹ Sjå til dømes Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgåve, Bergen 2011 s. 194.

¹⁰⁰ Sjå til dømes EMD sin plenumsdom 6. september 1978 *Klass m.fl. mot Tyskland* avsnitt 41.

¹⁰¹ EMD sine dommar 26. mars 1987 *Leander mot Sverige* avsnitt 48 og 3. april 2007 *Copland mot Storbritannia* avsnitt 44.

¹⁰² NOU 2009: 15 s. 266.

¹⁰³ Sjå i tillegg Osnes, Anett Beatrix, *Bruk av materiale fra hemmelig avlytting av kommunikasjon som bevis i straffesak – absous non tollit usum?*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor, Tromsø 2012 s. 169-176.

inngrepshandlinga er “in accordance with the law and ... 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”, jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Det er dermed tre vilkår for å gjere inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 nr. 2.

8.2.2 Lovkravet

Inngrepet må for det første vere “in accordance with the law”, jf. EMK artikkel 8 nr. 2.¹⁰⁴ Det sentrale ved dette lovkravet er at tiltak som gjer inngrep i dei verna rettane må ha heimelsgrunnlag i nasjonal rett.¹⁰⁵ Lovkravet stiller derimot ikkje formelle krav til det nasjonale rettsgrunnlaget.¹⁰⁶ Det er såleis ikkje eit vilkår etter EMK at inngrepsheimelen må vere i formell lov. Dette er særleg av omsyn til konvensjonsstatar med common law-tradisjon. EMD har med utgangspunkt i dette tolka inn eit krav om at det nasjonale rettsgrunnlaget må vere “compatible with the rule of law”.¹⁰⁷ Denne formuleringa er noko vidare enn ordlyden i EMK artikkel 8 nr. 2, og inneber eit krav om at det nasjonale rettsgrunnlaget må vere av ein slik rettskjeldemessig rang at inngrepet ikkje kjem i materiell eller formell konflikt med nasjonal eller internasjonal rett. Det vil såleis tale imot at lovkravet er oppfylt dersom ein inngrepsheimel er i rettskjelder av lågare rang enn formell lovgjeving, i statar med ein svært positivistisk lovgivingstradisjon.¹⁰⁸

EMD har vidare stilt opp nokre minimumskrav til innhaldet og kvaliteten i det nasjonale rettsgrunnlaget. Nasjonal rett må for det første beskytte mot vilkårlige inngrep i privatlivet.¹⁰⁹ I tillegg må rettsreglane vere “accessible”¹¹⁰ og “sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures”.¹¹¹ Rettsgrunnlaget som opnar for bevisføring av avlyttingsmateriale må dermed vere tilgjengeleg og tilstrekkeleg klar til å skape «forutberekelegheit» for i kva tilfelle bevis kan førast. Jo meir skjønn

¹⁰⁴ Jf. også legalitetsprinsippet i Grunnlova § 113.

¹⁰⁵ EMD sin dom 24. april 1990 *Kruslin mot Frankrike* avsnitt 27.

¹⁰⁶ Aall (2011) s. 104.

¹⁰⁷ *Bykov mot Russland* avsnitt 76.

¹⁰⁸ Osnes (2012) s. 179.

¹⁰⁹ EMD sin plenumsdom 2. august 1984 *Malone mot Storbritannia* avsnitt 68.

¹¹⁰ EMD sin dom 18. mai 2010 *Kennedy mot Storbritannia* avsnitt 151.

¹¹¹ *Bykov mot Russland* avsnitt 76.

spørsmålet om bevisføring opnar for, desto mindre vil inngripande bevisbruk vere forankra i “law”.¹¹² Slike reglar vil vere svake garantiar mot vilkårlegheit og misbruk.

8.2.3 Formålskravet

Det andre vilkåret for å gjere inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 nr. 2 er konvensjonen sitt formålskrav. Inngrep kan til dømes gjerast “for the prevention of disorder or crime”, som ofte vil vere det aktuelle formålet ved bruk av materiale frå hemmeleg avlytting som bevis. Det avgjerande er då kor vidt det tredje og siste vilkåret for å gjere inngrep i privatlivet er oppfylt.

8.2.4 Forholdsmessigheitskravet

Det tredje vilkåret er at inngrepet må vere “necessary in a democratic society”, jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Det er såleis opna for å gjere inngrep i enkeltpersonar sine rettar når det er nødvendig for å sikre staten eller andre borgarar sine verna interesser etter konvensjonen. Kva som er nødvendig vil kunne variere i tid, og også mellom ulike statar. Her har EMD gitt statane ein skjønnsmargin, “margin of appreciation”, som gir staten rom for å bruke verkemiddel som svarar til den konkrete stat sine kriminalitetsproblem.¹¹³ EMD har rett nok stilt opp nokre ytre rammer for staten sin skjønnsmargin. Skjønnsmarginen er til dømes avgrensa der ein spesielt viktig del av borgaren sin identitet står på spel.¹¹⁴ I plenumsdommen 6. september 1978 *Klass m.fl. mot Tyskland* uttalte EMD om tolking av nødvendigheitskravet i EMK artikkel 8 nr. 2:

“This paragraph, since it provides for an exception to a right guaranteed by the Convention, is to be narrowly interpreted. Powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions. (...) Nevertheless, the Court stresses that this does not mean that the Contracting States enjoy an unlimited discretion to subject persons within their jurisdiction to secret surveillance. The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the

¹¹² Osnes (2012) s. 181.

¹¹³ I EMD sin dom 22. februar 1994 *Raimondo mot Italia* avsnitt 30 uttalar EMD at den forstår at den italienske stat må ta relativt harde midlar i bruk for å slå ned på mafiaen.

¹¹⁴ EMD sin dom 4. desember 2008 *S. og Marper mot Storbritannia* avsnitt 102.

Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate.”¹¹⁵

Avgjersla stadfestar at nødvendigheita når si grense når tiltak i kampen mot kriminalitet går så langt at dei får ei undergravande verknad på dei rettsstatlege verdiane som tiltaket skal handheve. På den eine sida vil ein ha borgarane si forventning om å kunne leve sine liv utan at staten blandar seg inn i deira private sfære. Dette må vegast mot samfunnet sitt behov for å ta i bruk tiltak som sikrar staten sin tryggleik, til dømes i kampen mot kriminalitet. Det er ikkje eit krav om at inngrepet skal reknast som uunnverleg, samtidig som det ikkje er tilstrekkeleg at inngrepet er «nyttig».¹¹⁶ Det sentrale ved vilkåret om at inngrepet må vere nødvendig er at det er forholdsmessigheit mellom mål og midlar.

8.3 Andre internasjonale vern av privatlivet

FN sin konvensjon om sivile og politiske rettar (SP) artikkel 17 inneheld eit liknande vern om privatlivet som EMK artikkel 8. Det kan hevdast at dette vernet ikkje rekk lenger enn vernet etter EMK artikkel 8.¹¹⁷ EMK har i tillegg ein særleg handhevingsmekanisme gjennom EMD, som gjer at SP får mindre praktisk betydning. Privatlivet er også verna i den europeiske union sitt charter om grunnleggjande rettar artikkel 7 og FN si verdserklæring om menneskerettar artikkel 12. Desse vil ikkje bli drøfta nærare.

8.4 EMK artikkel 6

EMK artikkel 6 nr. 1 gir den som er sikta for ei straffbar handling rett til ein rettferdig rettargang. Artikkelen er derimot taus når det gjeld spørsmålet om kva bevis som kan førast. Europarådet sine medlemsstatar har svært ulike reglar når det gjeld kva bevis som blir godteke i straffesaker. EMK si tilnærming til dette er at spørsmålet om rettmessigheita av bevisføring i utgangspunktet er opp til medlemsstatane sjølv. Dette betyr ikkje at bevisbruken er utanfor EMD sin kontroll. EMD gjer ei heilskapleg vurdering av straffesaka, der det avgjerande er om det har vore ein rettferdig rettargang. Retten til kontradiksjon er gitt særleg merksemd.¹¹⁸

¹¹⁵ *Klass m.fl. mot Tyskland* avsnitt 42 og 49.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) s. 39.

¹¹⁷ NOU 2004: 6 s. 36.

¹¹⁸ Sjø til dømes *Bykov mot Russland* avsnitt 88.

Det er ikkje dømer frå EMD der bevisføring i strid med EMK artikkel 8 i seg sjølv har ført til brot på artikkel 6. På bakgrunn av dette har Lindell m.fl. (2005) stilt seg avvisande til at EMK artikkel 6 i det heile kan ha noko betyding for avgrensing av bevisføringa.¹¹⁹ Osnes (2012) er ueinig i denne argumentasjonen, ettersom det skal mykje til før ein med sikkerheit kan seie at bevisføringa har gjort at saka ikkje har blitt behandla “fair”.¹²⁰ EMK artikkel 6 nr. 1 har først og fremst betyding ved ei eventuell etterfølgjande vurdering av om bevisavskjering skulle vore gjennomført for at rettssaka skulle reknast som ei “fair hearing”. Når det allereie ved bevisframlegginga er klart at det å føre eit spesifikt bevis vil gjere at rettssaka ikkje vert “fair”, vil det som regel vere klart også etter nasjonal rett at beviset ikkje kan brukast.

8.5 Er bevisføringsregelen i straffeprosesslova § 216i bokstav d i strid med lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2?

Når straffeprosesslova § 216i bokstav d kjem på spissen for Høgsterett, vil retten måtte vurdere kor vidt den er i strid med lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2. Lovteksten må supplerast med forarbeida som gir retningslinjer for bruken av skjønn. I tillegg vil bokstav d andre punktum klargjere nokre tilfelle der overskotsinformasjonen i alle fall kan brukast som bevis. Vidare vil rekkjevidda bli avgrensa av sletteregelen i § 216g bokstav b.

Spørsmålet er likevel om bevisregelen er tilstrekkeleg klar, slik at den skapar «forutberekelegheit» for i kva tilfelle overskotsinformasjon kan brukast som bevis.¹²¹ Metodekontrollutvalet foreslo som nemnd å gjere det som hovudregel at overskotsinformasjon kan brukast som bevis, og gjere unntak der «særlige grunner» tilsa at det ikkje kan førast. Såleis må det leggjast til grunn at den lovteksten som vart vedtatt er betre i tråd med lovkravet. Likevel vil reglar som opnar for utstrakt bruk av skjønn kunne vere svake garantiar mot vilkårlegheit og misbruk. Her blir det interessant å sjå korleis Høgsterett ser på spørsmålet.

¹¹⁹ Lindell, Bengt (red.) m.fl., *Straffeprosessen*, Uppsala 2005 s. 45.

¹²⁰ Det følgjande er basert på Osnes, Anett Beatrix, *Bruk av materiale fra hemmelig avlytting av kommunikasjon som bevis i straffesak – absous non tollit usum?*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor, Tromsø 2012 s. 186-187.

¹²¹ *Bykov mot Russland* avsnitt 76.

9 Rettspolitisk drøfting

9.1 Innleiing

Eg vil i punkt 9.2 gjere ein kort presentasjon av korleis reglane om bruk av overskotsinformasjon som bevis er i dansk og finsk rett. Desse har vald interessante system, som eg vil bruke som samanlikningsgrunnlag i punkt 9.3. Der vil eg sjå på om dei norske reglane er slik dei burde vere, eller om det kan tenkast løysingar som er meir i tråd med dei omsyna som gjer seg gjeldande ved bruk av overskotsinformasjon som bevis i straffesaker.

9.2 Reglane om bruk av overskotsinformasjon i Danmark og Finland

9.2.1 Dansk rett

I dansk rett er bruk av «tilfældighedsfund» (overskotsinformasjon) frå hemmeleg avlytting regulert i lov om rettens pleje nr. 90 af 11. april 1916 (retsplejeloven) § 789.

Overskotsinformasjon kan etter første ledd, som i Noreg, fritt brukast under etterforskning. Når det gjeld bevisføring er utgangspunktet etter § 789 andre ledd at overskotsinformasjon som ikkje kunne grunnleggjande avlyttinga den kom ifrå, heller ikkje kan brukast som bevis. Frå dette utgangspunktet er det gjort unntak i tredje ledd, som stiller opp tre kumulative vilkår. For det første er det berre aktuelt å bruke overskotsinformasjon som bevis der «andre etterforskningsskritt ikkje vil være egnede til at sikre bevis i saken». Dette kan samanliknast med subsidiaritetskravet i norsk rett. Det andre vilkåret er at «sagen angår en lovovertrædelse, der efter loven kan medføre fængsel i 1 år og 6 måneder eller derover». Det er med dette satt eit minstekrav til strafferamma for det aktuelle brotsverket som overskotsinformasjonen skal bevise.

Det siste vilkåret for å kunne bruke overskotsinformasjon som bevis er at «retten i øvrigt finder det ubetænkeligt», jf. retsplejeloven § 789 tredje ledd. Retten skal her vurdere om det er rimeleg at overskotsinformasjonen kan brukast som bevis i retten, med omsyn til korleis tilhøvet var då politiet fekk avlyttingstillatinga. Eit moment i denne vurderinga er om politiet, i tillegg til overskotsinformasjonen, har funne bevis for det brotsverket som danna grunnlag

for avlyttinga.¹²² Dersom dette er tilfellet vil det ofte vere «ubetænkeligt» å bruke overskotsinformasjonen som bevis i retten. Vurderinga vil såleis kunne fungere som ein tryggleiksventil mot at politiet ber om avlytting på vaklande grunnlag, der dei mest er ute etter overskotsinformasjonen.

9.2.2 Finsk rett

I finsk rett er det lov 22. juli 2011 nr. 806 om tvångsmedel som regulera bruk av overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting. Etter kapittel 10, § 56 første ledd kan overskotsinformasjon som utgangspunkt berre brukast under etterforsking og seinare som bevis, dersom opplysningane gjeld eit brotsverk som i seg sjølv kunne ha grunnlagt avlyttinga.

Deretter er det i andre ledd opna for bruk av overskotsinformasjon som bevis for straffbare handlingar som ikkje kunne grunnleggjast avlyttinga. Eit minstevilkår er at ein kan rekne med at overskotsinformasjonen vil vere av «synnerlig vikt», særleg betydning, for oppklaring av det straffbare forholdet. Dette vilkåret er noko tilsvarande subsidiaritetskravet i norsk rett. I finsk rett er det i tillegg som hovudregel eit krav om at strafferamma for det aktuelle forholdet er fengsel i minst tre år. På same måte som i Danmark er det dermed sett opp minstekrav til alvorret i det straffbare forholdet som overskotsinformasjonen skal bevise.

Dersom forholdet ikkje oppfyller kravet til strafferamme, er det i andre ledd lista opp nokre alternative brotsverk, der overskotsinformasjon uansett kan førast som bevis i retten. Til dømes vil overskotsinformasjon kunne brukast som bevis der det gjeld overfall, deltaking i slagsmål, framkalling av fare, ulovlege truslar, tvang og utpressing.

9.3 Bruk av overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting som bevis i straffesaker - de lege ferenda

Innleiingsvis kan det vere grunn til å nemne at paragrafen reint lovteknisk helst burde vore i kapitlet om bevisføring. I staden er den utforma som eit unntak frå teieplikt, i kapitlet om

¹²² Danske rettsavgjersler U 2001 945 Ø og TfK 2003 99/1 Ø.

bruk av tvangsmiddel under etterforsking. Det er såleis ei noko utradisjonell utforming av ein bevisregel, noko som kan få utilsikta konsekvensar.

Det er vidare grunn til å minne om at det først og fremst vil vere eit spørsmål om bevisavskjering i retten. Likevel kan det oppstå situasjonar der retten først etter at beviset er lagt fram ser at det var feil å tillate dette. Her må retten som nemnd sjå vekk ifrå beviset. Dette er eit særleg problem, ettersom det er vanskeleg å sjå vekk ifrå bevis som allereie er lagt fram. Opplysningane kan også føre til at vurderinga av andre bevis vert påverka. Ein liknande situasjon vil ein stå ovanfor der dommaren som gav politiet avlyttingstillatinga også skal dømme under hovudforhandlinga. I Rt. 2004 s. 477 førte dette til at dommaren var inhabil etter lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstollova) § 108. Det må likevel gjerast ei konkret vurdering. Her vil eg nøye meg med å påpeike at det i slike tilfelle kan oppstå problem med tanke på tiltalte sin rettstryggleik.

Det er klart at omsynet til oppklaring av saka vil tale for det ikkje skal vere noko avgrensing i bevisføringshøvet. Problemet kjem særleg på spissen der avlyttingsmaterialet er det einaste beviset av særleg verdi. Her er konsekvensen at dersom retten vel å avskjere beviset, vil påtalemakta ikkje ha noko sak. Samtidig kan avlyttingsmaterialet klart bevise at den mistenkte til dømes mishandlar ungane sine. Her vil eit bevisforbod stride mot den allmenne rettskjensla.

Departementet sitt argument om at eit forbod mot bruk av overskotsinformasjon vil harmonere dårleg med «politiets generelle plikt til å forebygge og oppklare straffbare handlinger»¹²³, må likevel ikkje strekkjast for langt. Ser ein stort på det, vil alle straffeprosessuelle reglar stride mot denne plikta. Det er av ein grunn at ein har slike prosessuelle skrankar.

Det tidlegare bevisforbодet for overskotsinformasjon førte til at politiet måtte finne ein annan måte å få tilgang til dei same opplysningane. Dette kan potensielt vere svært ressurskrevjande. I tillegg kunne det vere forledande ovanfor dei andre partane i saka, som var uvitande om at politiet visste kva dei lette etter.¹²⁴ Utifrå eit samfunnsøkonomisk perspektiv er det lite

¹²³ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

¹²⁴ Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker*, Oslo 2015 s. 360.

tilfredsstillande at politiet etter § 216i bokstav a kan etterforske på bakgrunn av eit fellande bevis, samtidig som påtalemakta er avskore frå å bruke beviset i ei straffesak.¹²⁵

Mindretalet i Metodekontrollutvalet la vekt på misbruksfaren slike bevisreglar fører med seg.¹²⁶ Her er det grunn til å nemne dei reglar og kontrollordningar ein har i høve bruken av hemmeleg avlytting. Det er for det første strenge vilkår for å ta metodane i bruk. Særleg vil vilkåret om domstolskontroll minke faren for misbruk. I tillegg til dei vilkåra som tidlegare er nemnd er det også grunn til å nemne Kontrollutvalet for kommunikasjonskontroll, som er oppretta med heimel i straffeprosesslova § 216h. Dette er eit uavhengig utval som skal føre kontroll med bruken av avlytting og avlyttingsmateriale. Utvalet kan etter § 216h tredje ledd krevje å få overlevert dokument og lydopptak, og i tillegg kalle inn tenestemenn frå politiet og påtalemakta til avhør, jf. fjerde ledd.

Det er vidare grunn til å nemne dei prosessuelle skrankane som vart vedtatt ved lovendringa i 2013. Påtalekompetansen i saker om bruk av overskotsinformasjon frå hemmeleg avlytting vart lagt til statsadvokaten, jf. påtaleinstruksen § 22-2 første ledd tredje punktum.

Bevisoppgåva skal uttrykkeleg angi kva bevis som er overskotsinformasjon, og grunngi kvifor påtalemakta meiner vilkåra for å føre opplysningane er oppfylt, jf. straffeprosesslova § 262.

Det same gjeld for påtalemakta si oppmoding om tilståingsdom, jf. § 248 andre ledd.

Munnlege forhandlingar om bevisavskjering av overskotsinformasjon skal haldast for lukka dører, og rettsavgjerla skal berre trykkast i anonymisert form, jf. domstollova §§ 125 tredje ledd og 130 fjerde ledd. Tanken bak lovendringa var å kvalitetssikre bruken av overskotsinformasjon, og dempe ei eventuell frykt for at hemmeleg avlytting vart tatt i bruk på feil grunnlag.¹²⁷

Det må også nemnast at det norske straffeprosessuelle systemet byggjer på ein tillit til at politi- og påtalemakt opptrer objektivt, både under etterforsking og ved seinare bevisføring i straffesaka, jf. også no straffeprosesslova § 55 fjerde ledd. Dette talar for at misbruksfaren i seg sjølv ikkje bør vere avgjerande for bevisføringshøvet. Likevel er det grunn til å nemne den danske modellen der det er eit moment kor vidt politiet, i tillegg til overskotsinformasjonen, har funne bevis for det brotsverket det var mistanke om. Dersom dette er tilfelle, vil det ofte vere «ubetænkeligt» å bruke overskotsinformasjonen som bevis i

¹²⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

¹²⁶ NOU 2009: 15 punkt 25.8.

¹²⁷ Prop. 147 L (2012-2013) s. 81.

retten.¹²⁸ Dette er ein god tryggleiksventil, som hindrar oppmoding om avlytting på vaklande grunnlag.

Generelt må det seiast om lovendringa at lovgjevar har innført eit forholdsmessigheitskrav som ein tradisjonelt ikkje har hatt i norsk bevislære. Dette medfører eit svært skjønnsprega unntak frå prinsippet om fri bevisføring. Spørsmålet er om dette er hensiktsmessig. Det vil vere vanskeleg for retten å avgjere kva som er nødvendig og proporsjonal bevisføring i det enkelte tilfelle. Spørsmålet vil ofte vere avhengig av ei oversikt over bevisstillinga og saka elles, noko som kan opne for vilkårlegheit. Dette talar for at ein bør operere med ei større formalisering av bevisføringsreglar.

Når det gjeld subsidiaritetskravet, kor vidt oppklaring av saka blir vanskeleggjort i vesentleg grad, vil det vere svært vanskeleg for retten å gjere slike vurderingar i ettertid av etterforskinga. Vurderinga etter straffeprosesslova § 170a blir gjort undervegs i etterforskinga. Då er det lettare å påpeike andre tiltak politiet kan gjere for å få tak i same opplysningar. I etterkant er konsekvensen av å hevde at politiet ikkje har gjort nok, at det innhenta materialet ikkje kan brukast som bevis. Såleis kan det vere for store konsekvensar til at det blir gjort ei reell vurdering av subsidiaritetskravet ved spørsmålet om bevisavskjering.

Som EMD poengterer i dommen *Klass m.fl. mot Tyskland* (ovanfor i punkt 8.2.4) er hemmeleg overvaking karakteristisk for politistaten. Som eit motstykke bør dermed rettsstaten ha som mål å avgrense det samla overvakingsnivået i samfunnet.¹²⁹ Dette er vanskeleg å handheve på enkeltsaksnivå, der ein gjerne har bevis for at tiltalte er skuldig. Det generelle omsynet til personvern i samfunnet kan dermed bli for abstrakt i den enkelte sak, noko som talar for at ein på førehand bør ha så klare reglar som mogleg.

Spørsmålet er då om ein bør stille opp eit minstekrav til den straffbare handlinga sitt alvor, slik det er gjort i dansk og finsk rett. Minstekravet etter dansk rett er at den straffbare handlinga som overskotsinformasjonen skal bevise kan medføre ei straff på fengsel i eitt og eit halvt år, medan grensa som utgangspunkt er fengsel i tre år etter finsk rett.¹³⁰ Dei har med dette klare grenser, som gjer at overskotsinformasjon ikkje kan brukast i mindre alvorlege saker. Departementet sitt argument mot å stille opp slike minstekrav var at det vil skape eit

¹²⁸ Jf. ovanfor i punkt 9.2.1.

¹²⁹ Jf. også NOU 2009: 15 s. 275.

¹³⁰ Hordaland statsadvokatembeter foreslo ei nedre grense på tre års strafferamme i Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 74.

«uoversiktlig system».¹³¹ Det kan vel neppe hevdast at eit slikt system ville blitt meir uoversiktleg enn det er i dag.

I finsk rett er det gjort unntak frå strafferammekravet for nokre lovbrøt som er lista opp. Fokuset er på handlingar som har andre enkeltpersonar som fornærma, og ikkje staten. Ei slik løysing er interessant. Bruk av overskotsinformasjon vil i slike saker kunne følast meir rettkomen for dei det går utover, enn om det til dømes brukast som bevis mot ein person som har unndrege nokre tusen kroner i skatt. I sistnemnde tilfelle ville ein kanskje i større grad trekke samanlikninga til ein politistat.

All form for kriminalitet er i utgangspunktet ein trussel mot det demokratiske samfunnet. Samfunnet vil likevel ikkje vere tent med ei for omfattande overvaking. Tiltak som går på kostnad av personvernet er ofte vanskeleg å reversere. Når den samla overvakingsmengda i samfunnet auka, og stadig meir av opplysningane kan brukast, også for mindre forhold, vil dette samla sett kunne ha ei negativ effekt på samfunnet. På den eine sida vil ein ha borgarane si forventning om å kunne leve sine liv utan at staten blandar seg inn i deira private sfære. Dette må vegast mot samfunnet sitt behov for å ta i bruk tiltak som sikra staten og borgarane sin tryggleik. Samtidig må det vere klart at nødvendigheita av inngrepet når si grense når tiltak i kampen mot kriminalitet går så langt at dei får ei undergravande verknad på dei rettsstatlege verdiane som tiltaket skal handheve. Her blir det interessant å sjå kor Høgsterett legg lista.

¹³¹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 80.

Kjeldeliste

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov.

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffelova 1902).

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

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstollova).

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 (straffeprosesslova).

Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (alkoholloven).

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

Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politilova).

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).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffelova).

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterlova).

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

Forskrifter

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

Forskrift 31. mars 1995 nr. 281 om kommunikasjonskontroll (kommunikasjonskontrollforskriften).

Forarbeid

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. 60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven.

Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) Om lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).

Prop.114 L (2012-2013) Endringer i politiregisterloven mv.

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

Innst. O. nr. 21 (1976-1977) Om midlertidig lov om adgang til telefonkontroll ved etterforskning av overtredelse av narkotikalovgivningen.

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

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

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

NOU 2009: 1 Individ og integritet. Personvern i det digitale samfunnet.

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

Andre offentlige dokument

Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Høgsterett

Rt. 2004 s. 477.

Rt. 2005 s. 1137.

Rt. 2007 s. 1409.

Rt. 2010 s. 956.

Rt. 2014 s. 1105.

Rt. 2015 s. 81.

Rt. 2015 s. 93.

Høgsterett sitt kjæremålsutval/ ankeutval

Rt. 1994 s. 1337.

Rt. 1997 s. 1856.

Rt. 2002 s. 1744.

Rt. 2004 s. 411.

Rt. 2005 s. 1200.

Rt. 2006 s. 972.

Rt. 2009 s. 396.

HR-2015-1807-U.

Lagmannsretten

LE-2015-63454 (Eidsivating lagmannsrett).

Internasjonale konvensjonar

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (den europeiske menneskerettskonvensjon) 4 November 1950.

International Covenant on Civil and Political rights (FN sin internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettar) 16 December 1966.

Charter of Fundamental Rights of the European Union (den europeiske union sitt charter om grunnleggande rettar) 7 December 2000.

Den europeiske menneskerettsdomstolen

Klass m.fl. mot Tyskland 6. september 1978 (saksnummer 5029/71).

Malone mot Storbritannia 2. august 1984 (saksnummer 8691/79).

Leander mot Sverige 26. mars 1987 (saksnummer 9248/81).

Kruslin mot Frankrike 24. april 1990 (saksnummer 11801/85).

Raimondo mot Italia 22. februar 1994 (saksnummer 12954/87).

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

Heglas mot Tsjekia 1. mars 2007 (saksnummer 5935/02).

Copland mot Storbritannia 3. april 2007 (saksnummer 62617/00).

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

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

Natunen mot Finland 31. mars 2009 (saksnummer 21022/04).

Kennedy mot Storbritannia 18. mai 2010 (saksnummer 26839/05).

Michaud mot Frankrike 6. desember 2012 (saksnummer 12323/11).

Dansk lov

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

Finsk lov

Lov 22. juli 2011 nr. 806 om tvångsmedel.

Danske rettsavgjersler

U 2001 945 Ø.

TfK 2003 99/1 Ø.

Juridisk litteratur

Aall (2011): Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgåve (Bergen 2011).

Aarli (2015): Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker* (Oslo 2015).

Andenæs (2009): Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utgåve ved Tor-Geir Myhrer (Oslo 2009).

Bjerke, Keiserud og Sæther (2011): Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven*, 4. utgåve bind I (Oslo 2011).

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

Bårdsen, Arnfinn, «Høyesteretts utfordringer anno 2015», *Nytt norsk tidsskrift*, 4/2015 s. 392-399.

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

Lindell m.fl. (2005): Lindell, Bengt (red.), m.fl., *Straffprocessen* (Uppsala 2005).

Osnes (2012): Osnes, Anett Beatrix, *Bruk av materiale fra hemmelig avlytting av kommunikasjon som bevis i straffesak – absous non tollit usum?*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor (Tromsø 2012).