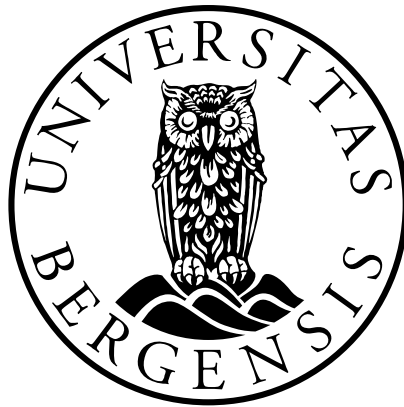


# Overskuddsinformasjon som bevis

*Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon på forhold som ikke  
kunne begrunnet tvangsmiddelbruken*

Kandidatnummer: 155

Antall ord: 14758



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

09.12.15

## **Forord**

Inspirasjonen til oppgaven var en avisartikkel der en stortingspolitiker ble siktet for narkotikalovbrudd på bakgrunn av overskuddsinformasjon. Saken fikk mye oppmerksomhet i mediene og fikk meg til å tenke på noen prinsipielle spørsmål rundt bruken av overskuddsinformasjon som bevis.

Arbeidet med oppgaven har vært en lang og strevsom prosess med til tider stor frustrasjon, særlig grunnet mangelen på autoritative rettskilder. På den andre siden har det vært givende å få skrive om et så aktuelt og samtidig lite utforsket tema som det bevismessig bruk av overskuddsinformasjon er.

Jeg vil sende en stor takk til min veileder, som har hjulpet meg i arbeidet og ledet meg inn på riktig spor. En takk går også til tre av mine beste studiekamerater som har utfordret meg på mine standpunkter og kommet med gode innspill. En ekstra takk går til mine foreldre som tålmodig har lest korrektur og støttet meg gjennom hele perioden.

## INNHOLDSFORTEGNELSE

<b>1</b>	<b>PROBLEMSTILLING, AKTUALITET OG FREMGANGSMÅTE</b>	<b>5</b>
1.1	Avgrensning av problemstillingen	6
1.2	Rettskildebilde og metode	6
1.3	Fremgangsmåte	7
<b>2</b>	<b>KOMMUNIKASJONSKONTROLL SOM TVANGSMIDDEL</b>	<b>7</b>
2.1	Kommunikasjonsavlytting	8
2.2	Romavlytting	9
2.3	Vilkårene for kommunikasjonskontroll	10
2.3.1	Vilkåret «skjellig grunn til mistanke»	10
2.3.2	Vilkåret «vesentlig betydning for å oppklare saken»	10
2.3.3	Vilkåret «vesentlig grad vil bli vanskeliggjort»	11
2.3.4	Vilkåret «særlige grunner»	11
2.4	Oppsummering	12
<b>3</b>	<b>BEVISMESSIG BRUK AV OVERSKUDDSFORSYNING</b>	<b>12</b>
3.1	Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon før lovendringen	12
3.2	Bakgrunnen for lovendringen	14
3.3	Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon i dag	15
3.3.1	Vilkåret om «uforholdsmessig inngrep»	16
3.3.2	Momentet «sakens art og forholdene ellers»	16
3.3.2.1	Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse	17
3.3.2.2	Hensynet til personvern	18
3.3.2.3	Andre relevante hensyn i vurderingen	21
3.3.3	Vilkåret «vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort»	22
3.3.4	Oppsummering	23
3.4	Tidspunktet for rettens vurdering av bevisavskjæringsspørsmålet	24
3.5	Rettsikkerhetsmessige betenkeligheter ved strpl. § 216i (d-1)	26
3.5.1	Straffeprosessuelle legalitetsprinsipp og kravet til klar hjemmel	26
3.5.2	Farene for misbruk	28
<b>4</b>	<b>BEVISMESSIG BRUK AV OVERSKUDDSFORSYNING I LYS AV MENNESKERETTIGHETENE</b>	<b>30</b>
4.1	EMK på straffeprosessens område	31
4.2	Rettsanvendelsen av EMK	31
4.3	Artikkel 6 – Retten til rettfærdig rettergang	32
4.4	Artikkel 8 – Retten til privatliv	33
4.4.1	In accordance with the law	35
4.4.1.1	Kravet til tilgjengelighet	35
4.4.1.2	Kravet til presisjon	36

4.4.2	Necessary in a democratic society	38
4.4.2.1	Inngrepet må være forankret i et legitimt samfunnshensyn	39
4.4.2.2	Inngrepet må være proporsjonalt	40
4.5	Oppsummering	42
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE DE LEGE FERENDA</b>	<b>43</b>
	<b>KILDELISTE</b>	<b>45</b>

# 1 Problemstilling, aktualitet og fremgangsmåte

Opgavens tema vil være bruk av overskuddsinformasjon som bevismateriale i straffesaker som ikke kunne begrunnet tvangsmiddelbruken.

Bakgrunnen for temaet er endringen som trådte i kraft den 13. september 2013 i straffeprosessloven<sup>1</sup> § 216i, første ledd, tredje punktum, bokstav d, første punktum<sup>2</sup> (heretter referert til som strpl. § 216i (d-1)). Lovendringen åpnet for utvidet bruk av overskuddsinformasjon som bevismateriale enn det som tidligere var tilfellet.

Overskuddsinformasjon vil alltid stamme fra en kommunikasjonskontroll (heretter KK). KK kan kort forklares som et tvangsmiddel som går ut på å overvåke noens samtaler. En forutsetning for å kunne iverksette en slik kontroll er at man har en skjellig grunn til mistanke om at en person har gjort seg skyldig i et straffebud med mer enn 10 års strafferamme. Gjennom en slik avlytting vil politiet få tilgang på svært mye informasjon som ikke er relevant for det straffebudet som begrunnet KK. Denne informasjonen kalles overskuddsinformasjon.

Før dagens strpl. § 216i (d-1) kunne overskuddsinformasjon bare benyttes som bevis dersom det forelå et «straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra»<sup>3</sup>. Med andre ord kunne man i utgangspunktet bare benytte overskuddsinformasjon som bevis for straffbare handlinger som kunne innebære fengsel i mer enn 10 år. Det var dermed utelukket å benytte seg av overskuddsinformasjon som bevis ved mindre alvorlige forbrytelser.

Begrunnelsene for å endre bestemmelsen var blant annet endringer i kriminalitetsbildet<sup>4</sup> og viktigheten av at lovverket holdt tritt med denne kriminalitetsutviklingen. Det ble også pekt på tillitshensyn<sup>5</sup>, da borgerens tillit til myndighetene kunne bli svekket dersom politiet satt på bevis for straffbare handlinger, uten å kunne påtale forholdet.

Resultatet ble en lovendringen som gav domstolene ansvaret for å vurdere hvorvidt overskuddsinformasjonen kan tillates ført som bevis. Denne vurdering skal tas på bakgrunn av om det etter «sakens art og forholdene ellers» ikke ville være et «uforholdsmessig inngrep» og oppklaringen av forholdet uten bruk av opplysningene ville blitt «vesentlig vanskeliggjort».

---

<sup>1</sup> Jf. LOV-1981-05-22-25, Lov om rettergangsmåten i straffesaker

<sup>2</sup> Jf. LOV-2013-06-21-86, Endringslov

<sup>3</sup> Jf. LOV-1999-12-03-82, Endringslov

<sup>4</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 79

<sup>5</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 18

Disse vilkårene er av en vag karakter og fremstår som skjønsmessige, siden oppgavens tema klart nok befinner seg på legalitetsprinsippets område er ikke dette nødvendigvis uproblematisk. Samtidig medfører hjemmelen en mer liberal tilnærming til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon enn det som tidligere var tilfellet. Det kan i utgangspunktet se ut som om påtalemyndigheten får et relativt vidt spillerom for anvendelsen av denne typen bevis. Dette kan føre med seg personvernrettslige- så vel som rettssikkerhetsmessige utfordringer.

Det vil også være aktuelt å se på om en utvidelse av bevismessig bruk av overskuddsinformasjon vil være problematisk i lys av Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (heretter EMK). De aktuelle artiklene vil i denne forbindelse være artikkel 6, om retten til rettferdig rettergang og artikkel 8, om retten til privatliv.

Oppgavens problemstilling vil dermed være todelt. Den første delen vil omhandle vurderingen av vilkårene etter strpl. § 216i (d-1), deriblant når retten bør ta stilling til bevisavskjæringsvurdering og hvilke eventuelle rettssikkerhetsmessige problemer bestemmelsen kan tenkes å medføre. Den andre delen vil omhandle strpl. § 216i (d-1) i relasjon til de folkerettslige forpliktelser Norge har påtatt seg som signatarstat av EMK.

## **1.1 Avgrensning av problemstillingen**

Fokuset i oppgaven vil være bevismessig bruk av overskuddsinformasjon for straffbare forhold som ikke kunne begrunnet tvangsmiddelbruken, jf. strpl. § 216i, (d-1). De aktuelle tvangsmidler som knytter seg til overskuddsinformasjon vil være strpl. §§ 216a og 216m. Overskuddsinformasjon kan også forekomme i avvergende øyemed, jf. § 222d, men dette vil ikke bli problematisert ytterligere.

## **1.2 Rettskildebilde og metode**

Det vil i oppgaven bli tatt utgangspunktet i de alminnelige rettskilder. Lovteksten vil være den sentrale rettskilden, men da denne er svært vag vil også forarbeidene måtte ilegges betydelig vekt. De aktuelle forarbeidene vil være NOU 2009:15 «Skjult informasjon, åpen kontroll» og Prop.147 L (2012-2013). Siden lovbestemmelsen er relativt ny finnes det svært lite rettspraksis på området. Spørsmålet om bevismessig bruk av overskuddsinformasjon har kun vært problematisert en gang av Høyesterett<sup>6</sup> etter lovendringen og denne avgjørelsen omhandler ikke kjernen av problemstillingen. Rettspraksis vil dermed ha begrenset verdi som rettskilde i avhandlingen. Temaet for oppgaven er i liten grad behandlet i juridisk teori, men vil bli benyttet i den grad det finnes.

I den neste delen av oppgaven vil EMK være den primære rettskilden, men siden denne er av en særdeles dynamisk karakter vil også rettspraksis fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

---

<sup>6</sup> Jf. Rt. 2014 s. 1105

(heretter EMD) ha stor rettskildemessig vekt. Videre vil det i denne delen av oppgaven bli benyttet en del juridisk teori.

Metoden som vil anvendes vil være den tradisjonelle juridiske metode, der man må ta utgangspunkt i lovens ordlyd, for så å supplere tolkningen med øvrige rettskilder. Det vil også bli foretatt enkelte rettspolitiske betraktninger.

### **1.3 Fremgangsmåte**

Siden KK alltid vil være en forutsetning for fremskaffelse av overskuddsinformasjon vil det være relevant å først gjøre rede for hvilke typer KK, samt hvilke vilkår som må oppfylles før KK kan iverksettes.

Deretter vil det kort gjøres rede for tidligere rettstilstanden vedrørende bevismessig bruk av overskuddsinformasjon.

I oppgavens neste del vil dagens strpl. § 216i (d-1) gjennomgås og drøftes. Det vil her foretas en dypere analyse av hvordan de kryssende hensynene i vurderingen vil påvirke domstolens vurdering av om beviset kan tillates ført. Det vil også sees på hvilket steg av den rettslige prosessen retten bør ta stilling til bevisavskjæringen og hvordan dette kan ivareta de hensynene som ble nevnt innledningsvis. Deretter vil det sees nærmere på hvilke rettsikkerhetsmessig betenkeligheter hjemmelen kan tenkes å medføre, og om det finnes tilstrekkelig vern mot eventuelt misbruk av bestemmelsen.

I oppgavens neste del vil den aktuelle bestemmelsen sees på i lys av EMK. Siden problemstillingen omhandler spørsmål om kontradiksjon, legalitetsprinsipp og personvern vil artikkel 6 og 8 i konvensjonen være aktuelle i denne delen.

Til sist vil det bli foretatt en avsluttende de lege ferenda drøftelse.

## **2 Kommunikasjonskontroll som tvangsmiddel**

KK var opprinnelig ment som en fellesbetegnelse for tvangsmidler som innebar overvåking av noens kommunikasjon og har tradisjonelt sett kunnet deles i to kategorier, kontroll av kommunikasjonsanlegg<sup>7</sup> og kommunikasjonsavlytting<sup>8</sup>.

Begrepet har i dag fått noe utvidet betydning ettersom flere andre former for kommunikasjonsovervåking har blitt vedtatt, herunder romavlytting<sup>9</sup>. Dette har skapt noe forvirring i

---

<sup>7</sup> Jf. strpl. § 216b

<sup>8</sup> Jf. strpl. § 216a

<sup>9</sup> Jf. strpl. § 216m

teorien, da enkelte teoretiker operer med KK og romavlytting som to separate begreper, mens andre benytter seg av KK som en fellesbetegnelse. I denne avhandlingen vil KK relatere seg til fellesbetegnelsen.

Vanligvis får en mistenkt person stilling som siktet<sup>10</sup> dersom et tvangsmiddel brukes mot vedkommende. Dette er ikke tilfellet ved iverksettelsen av KK, da dette er et skjult tvangsmiddel man ikke blir underrettet om<sup>11</sup>. I utgangspunktet er dette problematisk, da man vanskelig kan kontradiktere bruken av et tvangsmiddel man ikke er klar over. For å ivareta rettsikkerheten til mistenkte får man derfor oppnevnt en hemmelig forsvarer som kan sikre mistenktes interesser<sup>12</sup>. Bakgrunnen for den manglende informeringen er begrunnet i at et skjult tvangsmiddel ville være formålsløst i de tilfeller mistenkte blir underrettet om tvangsmiddelbruken.

Siden fremskaffelsen av overskuddsinformasjon er betinget av en forutgående KK vil det være relevant å se nærmere på hvilken type overvåking de aktuelle formene for KK hjemler, samt hvilke prosessuelle skranker som må være innfridd for å iverksette KK. Etersom kontroll av kommunikasjonsanlegg ikke medfører at man får innsyn i noens korrespondanse vil ikke denne formen for KK behandles nærmere, da denne formen for KK følgelig ikke vil produsere overskuddsinformasjon.

## **2.1 Kommunikasjonsavlytting**

Hjemmelen for kommunikasjonsavlytting fremkommer av strpl. § 216a. Av bestemmelsens 3. ledd, 1. punktum blir kommunikasjonsavlytting definert som å: «avlytte samtaler eller annen kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon».

En naturlig språklig forståelse av «annen kommunikasjon» taler for at bestemmelsen ikke kun omfatter samtaler, men også andre måter å kommunisere elektronisk på, deriblant e-post. Dette støttes i forarbeidene<sup>13</sup> der det slås fast at med «annen kommunikasjon» omfattes all informasjonsutveksling mellom kommunikasjonsanlegg, uavhengig av hvilken form eller hvilket innhold informasjonen måtte ha.

Ordlyden av «andre anlegg» taler for at bestemmelsen er teknologinøytral, slik at andre enheter enn «telefoner» og «datamaskiner» kan omfattes, eksempelvis nettbrett. Dette finner støtte i forarbeidene<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Jf. strpl. § 82, 1. ledd, 1. punktum, og 3. ledd, 1. punktum

<sup>11</sup> Jf. strpl. § 216e

<sup>12</sup> Jf. strpl. § 100a, 1. ledd, 1. punktum

<sup>13</sup> Jf. Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 156

<sup>14</sup> Jf. Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 157



der det fremgår at avlyttingsadgangen er «uavhengig av hvilke tekniske hjelpemidler som benyttes i kommunikasjonen».

Kommunikasjonsavlytting er et integritetskrenkende tvangsmiddel da det utgjør et sterkt inngrep i privatlivet. Dette reflekteres også av at man må være mistenkt for en kriminell handling med en strafferamme på 10 år eller mer, eventuelt mistenkt for et straffebed som er nevnt i bestemmelsen<sup>15</sup>.

## **2.2 Romavlytting**

Bestemmelsen for romavlytting finnes i strpl. § 216m. Av 1. ledd defineres romavlytting som «annen hemmelig avlytting enn kommunikasjonsavlytting ved tekniske midler».

Ordlyden av «annen hemmelig avlytting enn kommunikasjonsavlytting ved tekniske midler» taler for at skjult opptak eller videreformidling av lyd omfattes. Forskjellen fra kommunikasjonsavlytting vil være at overvåkingen ikke er rettet mot en kommunikasjonsenhet, men heller mot der mistenkte antas å befinne seg. Begrepet «romavlytting» vil derfor bety «rom» i ordets videste forstand. For øvrig er det eksplisitt påpekt i forarbeidene<sup>16</sup> at bestemmelsen ikke under noen omstendighet hjemler opptak av bilder eller video.

Romavlytting er i juridisk teori<sup>17</sup> sett på som den mest integritetskrenkede formen for overvåking. Dette fordi romavlyttingen medfører en kontinuerlig kontroll der det blir overvåket, i motsetning til kommunikasjonsavlytting som forutsetter at enheten rent faktisk blir benyttet.

At romavlytting anses som mer integritetskrenkende enn kommunikasjonsavlytting kommer også til uttrykk i form av at kjennelsen maksimalt kan gis for to uker av gangen<sup>18</sup>. Ved kommunikasjonsavlytting kan kjennelsen gis for fire til åtte uker<sup>19</sup>. I tillegg kan romavlytting kun anvendes ved mistanke om brudd på de straffebed<sup>20</sup> som er kasuistisk oppramset i bestemmelsen.

Et siste moment er at det ved romavlytting pliktes å innrette avlyttingen slik at den i minst mulig grad fanger opp samtaler hvor den mistenkte ikke er part<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup> Jf. strpl. § 216a, 1. ledd, bokstav a og b

<sup>16</sup> Jf. Ot.prp.nr.60 (2004-2005) s.146

<sup>17</sup> Jf. Torgersen s. 438

<sup>18</sup> Jf. strpl. § 216m, 6. ledd, 1. punktum

<sup>19</sup> Jf. strpl. § 216f, 1. ledd 2. og 3. punktum

<sup>20</sup> Jf. strpl. § 216m, 1. ledd, bokstav a, b og c

<sup>21</sup> Jf. strpl. § 216m, 4. ledd, 4. punktum

## **2.3      Vilkårene for kommunikasjonskontroll**

Nå som det kort er gjort rede for hvilke typer tvangsmidler som vil være egnet til å fange opp overskuddsinformasjon vil det være hensiktsmessig å gjennomgå vilkårene for iverksettelsen av KK. Vilrårene som skal gjennomgå i det følgende vil måtte bli lagt frem for retten til vurdering, da iverksettelsen av KK er avhengig av at det foreligger en kjennelse og denne må dermed ha «grunner»<sup>22</sup>.

En naturlig språklig forståelse av «grunner» taler for at kjennelsen må begrunnes. Dommeren må altså foreta en realitetsvurdering av vilrårene som i det følgende skal gjennomgå før KK kan settes i verk. Ved kjennelsen skal også mistenktes hemmelige advokat være til stede for å ivareta sin klients interesser ved å argumentere for hvorfor vilrårene ikke anses som oppfylt. Politiet har også en hastekompetanse<sup>23</sup> til å iverksette KK uten kjennelse, men denne vil ikke bli problematisert ytterligere i oppgaven av hensyn til avhandlingens lengde.

Ettersom vilrårene for kommunikasjonsavlytting og romavlytting er tilnærmet identiske, dog med noen unntak, vil vurderingen av disse tas samlet. De aktuelle vilrårene er: «skjellig grunn til mistanke», «vesentlig betydning», «vesentlig vanskeliggjort» og «særlige grunner».

### **2.3.1      Vilkåret «skjellig grunn til mistanke»**

Før KK kan iverksettes må det foreligge «skjellig grunn til mistanke». Ordlyden «skjellig grunn til mistanke» taler for at man må ha en objektivt begrunnet mistanke.

Vilkåret knytter seg til det generelle mistankekravet i strpl. § 171, 1. ledd, 1.punktum. I relasjon til denne bestemmelsen uttalte Høyesterett i Rt.1993 s.1302 at det må være «mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det». Med andre ord må det ved iverksettelsen av KK være mer sannsynlig at mistenkte har begått den kriminelle handlingen, enn at han ikke har gjort det.

### **2.3.2      Vilkåret «vesentlig betydning for å oppklare saken»**

En naturlig språklig forståelse av «vesentlig betydning for oppklare saken» taler for at KK må være egnet til å gi et bidrag av en viss tyngde for oppklaringen av saken.

---

<sup>22</sup> Jf. strpl. § 52, 1. ledd, 1. punktum

<sup>23</sup> Jf. strpl. § 216d

Forarbeidene<sup>24</sup> gir uttrykk for at vilkåret «vesentlig betydning for å oppklare saken» må sees i sammenheng med det neste vilkåret «vesentlig grad vil bli vanskeliggjort» og suppleres med den generelle forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 170a, andre punktum.

En forholdsmessighetsvurdering vil være en interesseavveining hvor man vekter målet med inngrepet opp mot den ulempen inngrepet medfører i den konkrete sak.

### **2.3.3 Vilkåret «vesentlig grad vil bli vanskeliggjort»**

Ordlyden av «vesentlig grad vil bli vanskeliggjort» taler for at det mistenkte forholdet vil være betydelig vanskeligere å oppklare uten å anvende tvangsmiddelet. Dermed settes det en relativt høy terskel før KK kan bli benyttet. Av forarbeidene<sup>25</sup> fremkommer det at vilkåret må tolkes som at mindre inngripende etterforskningskritt ikke ville gitt resultat. Vilkåret er med andre ord et subsidiaritetsvilkår.

Det må altså foretas en forholdsmessighetsvurdering av om KK vil gi et vesentlig bidrag til å oppklare saken, samt at mindre inngripende etterforskningskritt ikke ville gitt noe resultat, sett opp mot hvor inngripende det aktuelle tvangsmiddelet er i saken.

### **2.3.4 Vilkåret «særlige grunner»**

Både ved kommunikasjonsavlytting<sup>26</sup> og romovervåking<sup>27</sup> stilles det opp et krav om «særlige grunner» dersom det overvåkede objekt antas å være tilgjengelig for et større antall personer.

En naturlig språklig forståelse av «særlige grunner» taler for at det må være meget gode årsaker for å tillate KK der kontrollen kan fange opp informasjon fra tilfeldige personer. Av forarbeidene<sup>28</sup> blir det lagt til grunn at dette er et skjerpende krav til forholdsmessighetsvurderingen. Det skal med andre ord mer til for at KK kan anses som forholdsmessig i slike situasjoner.

En slik skjerpet forholdsmessighet må også legges til grunn dersom kontrollen er innrettet på en slik måte at yrkesgrupper som erfaringsmessig fører samtaler av en svært fortrolig art, risikerer å bli rammet av kontrollen. Imidlertid vil ikke dette gjøre seg gjeldene i de tilfeller et medlem av den aktuelle yrkesgruppen selv er mistenkt i saken.

---

<sup>24</sup> Jf. Ot.prp.nr.60 (2004-2005) s. 147

<sup>25</sup> Jf. Ot.prp.nr.60 (2004-2005) s. 147

<sup>26</sup> Jf. strpl. § 216c, 2. ledd, 1. punktum

<sup>27</sup> Jf. strpl. § 216m, 4. ledd, 2. punktum

<sup>28</sup> Jf. Ot.prp.nr.60 (2004-2005) s. 152

## 2.4 Oppsummering

Som man ser av gjennomgangen er det strenge prosessuelle skranker for å iverksette KK. For det første må det være «skjellig grunn til mistanke», altså at det må være mer sannsynlig enn usannsynlig at mistenkte har brutt straffebudet. Dette straffebudet må være kvalifisert ved å ha en relativt høy strafferamme, eventuelt må straffebudet være konkret nevnt i strpl. §§ 216a eller 216m.

Videre må det foretas en forholdsmessighetsvurdering på bakgrunn av «vesentlig grad» og «vesentlig vanskeliggjort» der målet som søkes oppnådd må veies opp mot de ulempene dette vil medføre for mistenkte. Forholdsmessighetsvurderingen blir ytterligere skjerpet dersom KK er egnet til å ramme uskyldige tredjepersoner eller en av yrkesgruppene som har særlig behov for vern.

## 3 Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon

Som tidligere nevnt vil en iverksettelse av KK som oftest gi politiet tilgang til store mengder informasjon. Overskuddsinformasjon er i denne forbindelse all informasjon som fremkommer ved KK som ikke har relevans for det straffebud som ga grunnlag for kontrollen<sup>29</sup>. Gjennom overskuddsinformasjon vil man også kunne få opplysninger om andre lovbrudd som mistenkte, eller tilfeldig tredjepersoner kan ha begått, samt personopplysninger om uskyldige tredjepersoner.

I det følgende vil rettstilstanden før lovendringen redegjøres for. Deretter vil det sees på bakgrunnen for endringen i strpl. § 216i (d-1) som fant sted i 2013. Etter dette vil dagens bestemmelse undersøkes nærmere og det vil sees på når retten bør ta stilling til om bevisføringen av overskuddsinformasjon skal tillates. Til slutt skal det gjøres rede for de potensielt sett problematiske sider ved rettsanvendelsen av strpl. § 216i (d-1).

### 3.1 Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon før lovendringen

Før 2013 regulerte strpl. § 216i<sup>30</sup> taushetsplikten i saker som omhandler KK, samt bruken av informasjon fra slike kontroller og eventuelt overskuddsmateriale som kom frem under kontrollen.

Overskuddsinformasjon ble da kun akseptert lagt fram som bevis i en straffesak «som bevis for et straffbart forhold som kan begrunne den form for KK som opplysningene stammer fra»<sup>31</sup>. Dersom man tar loven på ordet medførte bestemmelsen i utgangspunktet at man bare kunne anvende overskuddsinformasjon som bevis ved mistanke om lovbrudd med en strafferamme på over 10 år<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Jf. Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 73

<sup>30</sup> Jf. LOV-1999-12-03-82

<sup>31</sup> Jf. strpl. § 216i, 1. ledd, bokstav b

<sup>32</sup> Jf. Kapittel 2.1

Imidlertid ble adgangen til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon gradvis utvidet i rettspraksis<sup>33</sup>. Gjeldende rett før lovendringen kan sees i Rt. 2010 s. 956. Saken dreide seg om bevismateriale fra en KK foretatt på bakgrunn av mistanke om alvorlig narkotikaforbrytelse. Ut fra undersøkelsen kom det frem opplysninger om et ran. På bakgrunn av dette ble det tatt ut tiltale om grovt ran (strafferamme 12 år), noe retten så nedsubsumerte til ran (strafferamme 5 år)<sup>34</sup>.

Det avgjørende bevis i saken var overskuddsinformasjonen som hadde kommet frem på bakgrunn av KK. Høyesterett kom til at: «retten må kunne legge til grunn det bevismaterialet som lovlig er fremlagt for den, for hele saken, selv om den ikke finner bevis for det forholdet som medførte at materialet kunne fremlegges». Samme synspunkt ble for øvrig lagt til grunn i Rt. 2007 s. 1409.

Ut fra dette kan det tolkes at dersom overskuddsinformasjonen var lovlig fremlagt på bakgrunn av tiltalebeslutningen, ville retten i tilfellet nedsubsumering som følge av strpl. § 38, ikke måtte se bort fra beviset.

Misbruk som følge av at påtalemyndigheten bevisst oppsubsumerer tiltalen for å få overskuddsinformasjon ført for retten ble også berørt i rettspraksis før lovendringen. Høyesterett uttalte i relasjon til dette i Rt. 2007 s. 1409 at: «Jeg finner det imidlertid vanskelig å tillegge faren for oppsubsumering avgjørende vekt». De avgjørende hensyn bak denne uttalelsen synes å være at kontroll fra overordnet påtalemyndighet bør forhindre misbruk, samt at retten må se bort fra materiale i de tilfellene påtalemyndighetens henføring er «direkte uskjønnsomt». Hva Høyesterett legger i ordlyden av «direkte uskjønnsomt» er uklart, men det antas at overskuddsinformasjon må avskjæres fra bevisføringen dersom tiltalen åpenbart ikke kan rettferdiggjøres ut fra det faktum som foreligger i den aktuelle sak.

Rettstilstanden før lovendringen i 2013 var dermed at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon kunne benyttes i de tilfellene der tiltalen gjaldt et straffebed med en strafferamme på over 10 år. Om dette så skulle bli nedsubsumert av retten til et mildere straffebed med en strafferamme på under 10 år kunne beviset fortsatt tillates ført, såfremt dette ikke var direkte uskjønnsomt.

For ordens skyld nevnes det at standpunktet om at overskuddsinformasjon kan føres som bevis der straffebestemmelsen som er påtalt har en strafferamme på over 10 år, men så blir nedsubsumert av retten, nå er kodifisert i strpl. § 216i (d-2)<sup>35</sup>. Sikkerhetsventilen som førte til at man kunne nekte

---

<sup>33</sup> Se. Rt. 2005 s. 1200

<sup>34</sup> Jf. LOV-1902-05-22-10, § 268

<sup>35</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 82

beviset ført dersom det var «direkte uskjønnsomt» ble imidlertid ikke videreført i denne bestemmelsen<sup>36</sup>.

### **3.2 Bakgrunnen for lovendringen**

Endringen i strpl. § 216i (d-1) ble til på bakgrunn av utredningen «Skjult informasjon, åpen kontroll» som ble utarbeidet av Metodekontrollutvalget<sup>37</sup>. Deres mandat var først og fremst å etterkontrollere reglene om nye etterforskningsmetoder som ble til ved endringslov av 3. desember 1999 nr. 82<sup>38</sup>.

Utredningen dannet så grunnlaget for Prop.147 L (2012-2013). Departementet foreslo på bakgrunn av Metodekontrollutvalgets utredning og den påfølgende høringen, at det generelle forbudet mot å bruke overskuddsinformasjon som bevis i straffesaker som ikke kunne begrunne KK, burde oppheves.

Den sentrale begrunnelsen for lovendringen var bekjempelse av kriminalitet, begrunnet med endringer i kriminalitetsbildet. Metodekontrollutvalgets<sup>39</sup> konklusjon om at fremveksten av organisert kriminalitet har vært tiltakende de senere årene ble her særlig vektlagt.

Tillitshensyn ble også vektlagt i departementets vurdering, og det ble påpekt at tillit til staten var en forutsetning for vår samfunnsorden og vårt demokrati<sup>40</sup>. Dersom politiet hadde lovlig innhentet bevis, uten at disse kunne benyttes som bevis i en straffesak ville dette kunne være egnet til å skade denne tilliten<sup>41</sup>.

I tillegg ble det pekt på en samfunnsøkonomisk gevinst ved å utvide adgangen til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. Dette ble begrunnet med at politiet i alle tilfeller vil ha mulighet til å etterforske på bakgrunn av overskuddsinformasjon. Dersom påtalemyndigheten samtidig var avskåret fra å bruke den informasjonen som innledet etterforskningen som bevis,<sup>42</sup> ville ikke dette være lønnsomt i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

Det ble bemerket at krenkelsen ved innhenting av informasjon på bakgrunn av KK vil være større enn ved bruk av andre tvangsmidler, eksempelvis hemmelig ransaking av privat bolig. Imidlertid kunne

---

<sup>36</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 82

<sup>37</sup> Jf. NOU 2009:15

<sup>38</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 21

<sup>39</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 74

<sup>40</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 18

<sup>41</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 76

<sup>42</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

ikke dette, etter departementets<sup>43</sup> vurdering, være tungtveiende nok til å nekte lovlig innhentet bevis ført.

Vedrørende personvern hensyn nevner departementet<sup>44</sup> at de ikke uten videre er enig med mindretallet i Metodekontrollutvalget om at «personvern hensyn vil fremstå som så abstrakte i den enkelte sak, at det i liten grad vil bli tillagt vekt». Man nevner også enkelte endringer i domstolsloven<sup>45</sup> som etter departementets<sup>46</sup> syn er egnet til å beskytte personvernet, og at disse et stykke på vei er egnet til å imøtekomme mindretallet i Metodekontrollutvalgets bekymringer.

For å imøtegå eventuelle rettssikkerhetsmessige problemer ble påtalekompetansen til å ta ut tiltale på bakgrunn av overskuddsinformasjon tillagt statsadvokaten, samt at det ble lagt til et krav i strpl. § 262 om at bevis som stammer fra overskuddsinformasjon uttrykkelig skal fremkomme av bevisoppgaven<sup>47</sup>. I tillegg blir det påpekt at forsvareren til mistenkte har anledning til å be retten avskjære beviset, noe retten for øvrig også kan avgjøre ex officio.

### **3.3 Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon i dag**

Dagens strpl. § 216i<sup>48</sup> trådte i kraft den 13. september 2013. Som tidligere regulerer bestemmelsen i utgangspunktet taushetsplikten i forbindelse med bruk av KK. I tillegg ble (d-1) lagt til, som åpner for bevismessig bruk av overskuddsinformasjon for annet straffbart forhold som ikke kunne begrunne KK. Strpl. § 216i (d-1) er således en lex specialis-bestemmelse som vil gå foran den generelle taushetsplikten<sup>49</sup>.

I nye strpl. § 216i (d-1) fremkommer det at taushetsplikten ved KK ikke er til hinder for at opplysningene brukes:

*«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.»*

Som man kan lese direkte ut fra lovteksten er ordlyden til de forskjellige vilkårene vagt formulert. Det som imidlertid er klart er at begrepet «uforholdsmessig inngrep» må sees opp mot «sakens art og

---

<sup>43</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 79

<sup>44</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

<sup>45</sup> Jf. LOV-1915-06-13-5

<sup>46</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 81

<sup>47</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 81

<sup>48</sup> Jf. LOV-2013-06-21-86

<sup>49</sup> Jf. strpl. § 216i, 1. ledd, 1. og 2. punktum

forholdene ellers». I tillegg ligger det også et krav til at oppklaringen av forholdet uten bruk av opplysningene måtte i «vesentlig grad ha blitt vanskeliggjort».

### **3.3.1 Vilkåret om «uforholdsmessig inngrep»**

Av bestemmelsen fremgår det at anvendelsen av overskuddsinformasjonen som bevismateriale ikke må medføre et «uforholdsmessig inngrep» sett opp mot «sakens art og forholdene ellers».

Ordlyden «uforholdsmessig inngrep» antyder at bevismessig bruk av overskuddsinformasjonen må være forholdsmessig. Som tidligere nevnt vil en forholdsmessighetsvurdering være en interesseavveining hvor man veier målet med inngrepet opp mot den ulempen inngrepet medfører i den konkrete sak.

Av forarbeidene<sup>50</sup> fremkommer det at dette vil være den samme typen forholdsmessighetsvurdering som ved anvendelsen av andre tvangsmidler<sup>51</sup>. Denne avveiningen må da foretas på bakgrunn av momentene «sakens art og forholdene ellers».

### **3.3.2 Momentet «sakens art og forholdene ellers»**

En naturlig språklig forståelse av «sakens art» taler for at det må dreie seg om en sak av en viss alvorlighetsgrad og kriminalitetstype. Det må altså foreta en avgrensning der overskuddsinformasjon ikke kan brukes som bevis for mindre alvorlige forbrytelser. Hvor lovgiver har tenkt at en slik grense skal gå er ikke klart ut fra ordlyden, og det fremgår heller ikke av forarbeidene. Det må likevel antas at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon på forbrytelser av mer bagatellmessig art vil anses som uforholdsmessig. Sammenlignet med den tidligere rettstilstanden, der utgangspunktet var en strafferamme på 10 år, vil uansett grensen etter dagens strpl. § 216i (d-1) måtte antas å gå langt lavere.

Ordlyden av «forholdene ellers» taler for at alle relevante forhold som kan ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen vil kunne inngå i drøftelsen. I forarbeidene<sup>52</sup> fremkommer det at relevante momenter i denne vurderingen vil være hvor inngripende metodebruken var, samt personvern hensyn. Dette må således sees opp mot det formålet inngrepet søker å oppnå, altså effektiv kriminalitetsbekjempelse.

---

<sup>50</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

<sup>51</sup> Jf. strpl. § 170a

<sup>52</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80



De sentrale kryssende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen vil dermed være hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse og hensynet til personvern<sup>53</sup>. Andre momenter kan også være relevante i vurderingen da ordlyden av «forholdene ellers» ikke kan anses for uttømmende.

### **3.3.2.1 Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse**

I forarbeidene<sup>54</sup> til strpl. § 216i (d-1) blir kriminalitetsbekjempelse definert som «en samlebetegnelse på den virksomhet som drives for å hindre at samfunnet og borgerne utsettes for kriminelle handlinger». En kriminell handling vil i så måte være handlinger som samfunnet, representert ved den lovgivende forsamling, finner så kritikkverdig at de bør lede til straff.

I vår samfunnsordning er det staten, gjennom politiet som skal sørge for kriminalitetsbekjempelse. Dette fremkommer indirekte av politiloven<sup>55</sup> § 1 at «Staten skal sørge for den polititjeneste samfunnet har behov for».

Kriminalitetsbekjempelse er et sentralt mål i en stat. Begrunnelsen for dette er at et samfunn vanskelig kan være velfungerende uten at individene har en viss følelse av trygghet og sikkerhet. Norge har også gjennom internasjonale konvensjoner forpliktet seg til å sikre fundamentale rettigheter. Av EMK artikkel 1 fremkommer det blant annet at staten har en positiv sikringsplikt til å sikre menneskerettighetene. En sentral del av dette vil være å bekjempe kriminalitet, da kriminalitet i mange tilfeller kan krenke de øvrige rettighetene i EMK.

Et sentralt aspekt ved kriminalitetsbekjempelsen vil være målet om at den skal være effektivt. Dette er blant annet avgjørende dersom kriminalitetsbekjempelsen skal ha den ønskede preventive virkning. Begrunnelsen for dette er at det vil virke mer avskrekkende å begå en straffbar handling desto større sannsynlighet det er for at man blir straffet.

I en forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 216 (d-1) vil behovet for å bekjempe kriminalitet måtte veie tyngre i de tilfeller det er tale om forbrytelser av en alvorlig grad<sup>56</sup>, mens personvern<sup>57</sup> vil veie tyngre i saker der forbrytelsen er mindre alvorlig.

Hvor kritikkverdig samfunnet finner et kriminelt forhold er i straffeloven<sup>58</sup> representert ved strafferammen i straffebudet. Det er imidlertid klart at alvorlighetsgraden av en forbrytelse kan ha

---

<sup>53</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

<sup>54</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 17

<sup>55</sup> Jf. LOV-1995-08-04-53

<sup>56</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

<sup>57</sup> Jf. Kapittel 3.3.2.2

<sup>58</sup> Jf. LOV-2005-05-20-28

store konsekvenser for utmålingen av straff. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende ved sammenstøt av forbrytelser eller kriminelle gjerninger begått i felleskap<sup>59</sup>. Det må i slike tilfeller ikke tas utgangspunkt i den øvre strafferammen, da det er klart det kan finnes store variasjoner i straffenivået innenfor et aktuelt straffebed. Utgangspunkt må derfor være hvor alvorlig det aktuelle forhold er i den konkrete sak.

### 3.3.2.2 Hensynet til personvern

Personvern er en sentral rettighet i en rettsstat. Rettigheten er nedfelt i EMK artikkel 8 og har også blitt innlemmet i den nylig reviderte versjonen av Grunnloven § 102.

En generell definisjon av begrepet personvern er ikke lett å gi, ettersom uttrykket ikke har noen enhetlig betydning. Et utgangspunkt kan være definisjonen i personopplysningsloven<sup>60</sup> § 1, der personvern hensyn blir beskrevet som behovet for «personlig integritet, privatlivets fred». Altså et behov for en sfære som er privat.

Personvernkommisjonen legger til grunn at personvern er ivaretagelsen av personlig integritet, og at denne sekkebestemmelsen har tre underkategorier: «ivaretagelsen av enkeltindividets mulighet til privatliv, selvbestemmelse og selvutfoldelse»<sup>61</sup>. Metodekontrollutvalget<sup>62</sup> ser langt på vei ut til å stille seg bak denne definisjonen i sin utredning.

I relasjon til personvern bør det nevnes at det ikke er tale om en absolutt rettighet. Inngrep i den private sfæren kan forekomme i de tilfeller det finnes hjemmel i lov<sup>63</sup> etter norsk rett, altså i tråd med legalitetsprinsippet<sup>64</sup>, eller om det er «necessary in a democratic society»<sup>65</sup> etter EMK.

Hensynet til personvern har vært den største innvendingen mot å tillate bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. Flertallet i Metodekontrollutvalget viser i til at selve tvangsmiddelbruken og den påfølgende anvendelsen av overskuddsinformasjonen må sees på som to separate krenkelser, der selve tvangsmiddelbruken anses som mer inngripende enn anvendelsen av overskuddsinformasjonen som bevis. Flertallet begrunner dette med at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon ikke innebærer et «direkte inngrep i den private sfære, og rammer dermed ikke i like stor grad

---

<sup>59</sup> Jf. strl. § 79

<sup>60</sup> Jf. LOV-2000-04-14-31

<sup>61</sup> Jf. NOU 2009:1 s. 32

<sup>62</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 48

<sup>63</sup> Jf. Auglend m.fl. s. 102

<sup>64</sup> Jf. Kapittel 3.5

<sup>65</sup> Jf. EMK. art. 8

enkeltmenneskets behov for en privat sfære der vedkommende kan tenke og ytre seg helt fritt uten frykt for overvåking, som jo er den grunnleggende begrunnelsen for personvernet»<sup>66</sup>.

Mindretallet i Metodekontrollutvalget stiller seg bak flertallet i at tvangsmiddelbruken og eventuell anvendelse av overskuddsinformasjon må sees på som to forskjellige inngrep. Imidlertid anser mindretallet at «for det store flertall vil trolig ikke selve innhentingene virke som det mest integritetskrenkende tiltak, men faren for at materialet eventuelt blir spredd i det offentlige rom, herunder i forbindelse med straffeforfølgningen»<sup>67</sup>.

At selve bruken av KK, og en senere bevisføring av informasjon som stammer fra KK må sees på som to forskjellige inngrep er en naturlig slutning. Når det gjelder selve integritetskrenkelsen synes det at mindretallets syn har mye for seg.

Det er klart integritetskrenkende å bli overvåket av en liten krets av personer, til tross for at alle er pålagt taushetsplikt. Likevel mener jeg at det vil være betydelig mer integritetskrenkende dersom denne informasjonen skulle bli ført i en rettsal. Dette fordi man uansett vil spre opplysningene til flere personer, enn de som rent faktisk utførte overvåkingen. Det at domstolsloven pålegger at retten skal gå for lukkede dører<sup>68</sup> ved muntlige forhandlinger om bevisavskjæring av overskuddsinformasjon, samt at de tilstedeværende blir pålagt taushetsplikt<sup>69</sup>, endrer etter mitt syn ikke dette utgangspunktet.

I tillegg bør det tas med at på dette stadiet av prosessen risikerer man faktisk straffeforfølgelse, noe som må sees på som betydelig mer integritetskrenkende enn overvåkingen og bevisbruken isolert sett. Dersom man faktisk blir idømt fengsel, må dette sees på som den absolutte form for integritetskrenkelse.

### **Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon mot den KK retter seg mot**

Hensynet til personvern kan i forholdsmessighetsvurderingen ha flere forskjellige betydninger. Departementet<sup>70</sup> uttaler at det blant annet må vurderes hvor inngripende metodebruken har vært. Dette blir et spørsmål om tid og grad av intensitet.

Dersom KK har foregått over en lengere tidsperiode vil personvernensyn derfor måtte veie tyngre i forholdsmessighetsvurderingen. Dette forutsetter at man er innenfor den konkrete tidsfristen som er

---

<sup>66</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 270

<sup>67</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 275

<sup>68</sup> Jf. dl. § 125, 3. ledd, 1. punktum

<sup>69</sup> Jf. dl. § 128, 1. ledd, 2. punktum

<sup>70</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

fastsatt i kjennelsen i forkant av kontrollen. Dersom politiet derimot skulle gå utover tidsfristen satt i kjennelsen vil bevisføringen av informasjon fra kontrollen uansett måtte anses som uforholdsmessig.

Intensiteten av metodebruken må også tillegges vekt. I så måte vil personvern hensyn måtte tillegges mer vekt i vurderingen dersom det er tale om romavlytting, da dette vil medføre en mer kontinuerlig avlytting og således en større integritetskrenkelse enn det som er tilfellet ved kommunikasjonsavlytting. I tillegg må det sees på hvordan KK har vært implementert i den aktuelle sak. Terskelen vil dermed være lavere dersom overskuddsinformasjonen stammer fra kommunikasjonsavlytting enn ved romavlytting.

Flertallet<sup>71</sup> i Metodekontrollutvalget synes å mene at mistenktes personlige integritet ikke er beskyttelsesverdig i det tilfellet «tiltalte faktisk har begått den aktuelle kriminelle handlingen». Det vises i denne forbindelse til svenske forarbeider<sup>72</sup> som har den samme oppfatningen.

Etter mitt syn virker denne formuleringen uheldig, all den tid det faktisk er retten som skal ta stilling til bevisvurderingen og følgelig avgjøre om tiltalte har utvist skyld. Uttalelsene kan imidlertid forsvares dersom man tolker flertallet som at beviset fra overskuddsinformasjon åpenbart viser at tiltalte har oppfylt den objektivt gjerningsbeskrivelsen i tiltalen, uten dermed å uttale seg om hvorvidt subjektiv skyld foreligger.

Synspunktet til flertallet er på dette punkt ikke tatt opp i departementets vurdering, og kan nok ikke ilegges for mye vekt. Flertallet i Metodekontrollutvalget<sup>73</sup> moderer seg i noen grad senere i drøftelsen og nevner da at personvern hensyn i noe grad kan ilegges vekt der overskuddsinformasjonen i større eller mindre grad kun er med på å underbygge tiltalen.

### **Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon mot tilfeldig tredjeperson**

Et relevant spørsmål er om personvern hensyn vil ha en større vekt i vurderingen av bevismessig bruk av overskuddsinformasjon dersom opplysningen blir brukt mot en tredjeperson som tilfeldigvis ble fanget opp av KK. Departementet<sup>74</sup> nevner problemstillingen, men gir ikke noe videre veiledning om hvorvidt dette kan ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen.

Flertallet<sup>75</sup> i Metodekontrollutvalget gir uttrykk for at dette hensynet kan være relevant, og legger vekt på at den tilfeldige overvåkingen av disse personene ikke har vært gjenstand for en vurdering av

---

<sup>71</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 271

<sup>72</sup> Jf. Ds 2003:13 s. 69

<sup>73</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 271

<sup>74</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 79

<sup>75</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 275

vilkårene for iverksettelsen av KK. Mindretallet<sup>76</sup> i Metodekontrollutvalget legger vekt på de samme vurderingene som flertallet, men anfører at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon ikke bør forekomme mot tredjepersoner.

Dette må tolkes som at personvern hensyn må veie tyngre dersom bevis fra overskuddsinformasjon blir anvendt mot tredjeperson. Dette er for så vidt naturlig siden denne personen tilfeldigvis ble fanget opp ved KK som var iverksatt mot en annen person. I disse tilfellene vil ikke påtalemyndigheten ha skjellig grunn til å mistenke vedkommende, og de øvrige vilkårene for iverksettelsen av KK vil ikke være vurdert, samt de vil heller ikke ha vært gjenstand for domstolsbehandling. Det at en tilfeldig person ender opp med å bli utsatt for noe så integritetskrekkende som straffeforfølgelse på bakgrunn av disse bevisene, taler for at personvern hensyn bør tillegges betydelig vekt.

### **Overskuddsinformasjon som omhandler sensitive opplysninger om tredjepersoner**

Et siste aspekt vedrørende personvern vil være overskuddsinformasjon som omhandler uskyldige tredjepersoner, altså de som tilfeldigvis har blitt rammet av KK. Eksempelvis fordi de tilfeldigvis har befunnet seg på samme sted som der romavlyttingen foregikk. I denne forbindelse uttaler departementet<sup>77</sup> at personvern hensyn vil veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen dersom føringen av beviset vil kunne røpe sensitive opplysninger om tredjepersoner. Det vil i denne vurderingen måtte sees på hva som konkret fremkommer av personlige opplysninger om tredjepersoner i bevismateriale som blir fremlagt for retten i den aktuelle sak.

#### **3.3.2.3 Andre relevante hensyn i vurderingen**

Som tidligere nevnt er vilkåret «sakens art og forholdene ellers» ikke uttømmende. Andre relevante argumenter kan også tas med.

Et eksempel på at andre hensyn har blitt vektlagt under forholdsmessighetsvurderingen finnes i en dom fra lagmannsretten<sup>78</sup>. Dommen handlet om fremlegging av overskuddsinformasjon som var innhentet før lovendringen fant sted i 2013. Der ble overskuddsinformasjonen akseptert lagt frem som bevis på bakgrunn av at de siktede var tiltalt for relativt alvorlige lovbrudd, samt at inndragning av siktedes verdier hadde på dette tidspunktet vært av en omfattende karakter. På bakgrunn av dette mente man at det materielle sannhetsprinsipp talte for å tillate føringen av overskuddsinformasjonen som bevis.

---

<sup>76</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 275-276

<sup>77</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

<sup>78</sup> Jf. LG-2013-52571-1

Det bør i denne sammenheng nevnes at hensynet til et materielt riktig resultat er et sentralt prinsipp på straffeprosessens område. Dette blir blant annet uttalt i Rt. 2007 s. 1435, der spørsmålet var om tiltalte hadde rett til innsyn i «sakens dokumenter»<sup>79</sup> i en annen straffesak, da disse dokumentene kunne bevise hans uskyld. Førstevoterende refererte da til det materielle sannhetsprinsipp, og uttalte i denne forbindelse at prinsippet var en «bærebjelke i straffeprosessen, og påtalemyndigheten har en særlig plikt til å påse at ingen uskyldige blir straffet».

Til tross for at dommen fra lagmannsretten ikke har noen prejudikatsverdi, illustrer den poenget med at også andre overordnede hensyn kan tas med i forholdsmessighetsvurderingen. Likevel kan ikke prinsippet om materielt riktig resultat tillegges for mye vekt i forholdsmessighetsvurdering, da det isolert sett taler for at alle bevis kan føres uavhengig av ervervsgrunnlag. Dette til tross for at eksempelvis hensynet til kriminalitetsbekjempelse tilsier at føringen av beviset ville være uforholdsmessig.

Her bør også strpl. § 294 nevnes som omhandler rettens plikt til å sørge for at «saken blir fullstendig opplyst». Avskjæring av bevis er i utgangspunktet noe problematisk sett i sammenheng med denne bestemmelsen, såfremt beviset var egnet til å opplyse saken. Imidlertid fremkommer det av andre ledd at retten kan «beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen». Det er med andre ord ingenting i veien for at retten, ved tvilstilfeller om vilkårene for forholdsmessighet er oppfylt, kan beslutte at nye bevis bør innhentes.

### **3.3.3 Vilkåret «vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort»**

For å anvende overskuddsinformasjon som bevis forutsettes det i strpl. § 216i (d-1) at oppklaringen av den straffbare handling i «vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort». Ordlyden av «vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort» taler for at oppklaringen av forholdet ville blitt betydelig mer krevende uten bruk av overskuddsinformasjonen. Ordlyden «vesentlig» taler i utgangspunktet for at det vil være en høy terskel før vilkåret anses oppfylt.

Av forarbeidene<sup>80</sup> fremgår det at «vesentlig grad vil ha blitt vanskeliggjort» er et subsidiaritetsvilkår som skal tolkes likt som subsidiaritetsvilkåret i bestemmelsene om KK<sup>81</sup>. En vesentlig forskjell fra subsidiaritetsvilkåret i KK-bestemmelsene er at man i strpl. § 216i (d-1) har valgt å separere subsidiaritetsvilkåret fra forholdsmessighetsvurderingen. Av departementets uttalelser er det likevel klart at subsidiaritetsvurderingen kan inngå som en del av forholdsmessighetsvurderingen, og at separeringen er begrunnet i at det vil virke «bevisstgjørende på politiet og påtalemyndighet med tanke

---

<sup>79</sup> Jf. strpl. § 264

<sup>80</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 81

<sup>81</sup> Jf. Kapittel 2.3.3

på om forholdet som er avdekket med overskuddsinformasjon uten altfor store ressurser kunne vært belyst på annen måte»<sup>82</sup>.

På den ene siden setter ordlyden «vesentlig» terskelen relativt høyt når det dreier seg om hvor langt politiet må ventes å strekke seg etter å få tak i beviset på en annen måte. Imidlertid taler forarbeidene for at vurderingen dreier seg om at beviset kunne blitt fremskaffet på annen måte uten altfor store ressurser.

Slik sett taler forarbeidene for at det må foretas en vurdering av hvor mye ressurser man må legge ned i å eventuelt kunne opplyse saken på en annen måte. I enkelte saker vil det være åpenbart at beviset vanskelig kan skaffes på en annen måte uten store ressurser. I slike tilfeller må subsidiaritetsvilkåret anses oppfylt, forutsatt at føringen for øvrig er forholdsmessig. Videre er det ikke noe krav om at man faktisk må forsøke å skaffe bevisene på en annen måte, det vil holde at påtalemyndigheten sannsynliggjør at andre politimetoder ikke vil føre frem. Denne tolkningen støttes av de bakenforliggende hensynene i lovendringen, der den samfunnsøkonomiske gevinsten blir påpekt. Dersom man stiller for strenge krav til subsidiaritetsvilkåret vil denne gevinsten utebli.

Slik sett kan det se ut til at subsidiaritetsvilkåret ikke setter noen særlig begrensning i bevisførselen av overskuddsinformasjon. Eksempelvis vil det i saker om omsetning av narkotika ofte være tilnærmet umulig å finne ut hvor mye tiltalte har solgt av et bestemt stoff uten slik informasjon. Til tross for at ordlyden av «vesentlig» taler for at det foreligger en høy terskel, vil nok ikke dette alltid være tilfellet.

Man kan dermed trekke slutningen at subsidiaritetsvilkåret i en del tilfeller vil kunne inngå i forholdsmessighetsvurdering sammen med de øvrige hensyn. Imidlertid er dette valget overlatt til rettsanvender. Videre ser det ut til at ressursøkonomiske hensyn må tas med i betraktningen av hvorvidt politiet har strukket seg langt nok i å fremskaffe beviset på en annen måte.

### **3.3.4 Oppsummering**

Som man ser av undersøkelsen over vil spørsmålet om man kan tillate bevisføring av overskuddsinformasjon bero på en forholdsmessighetsvurdering av de ulike hensyn. Særlig hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse og personvern hensyn vil være sentrale, men også andre hensyn kan vektlegges, avhengig av det konkrete saksforhold. Subsidiaritetsprinsippet vil et stykke på vei dreie seg om en avveining av ressursøkonomiske hensyn, men må også vurderes opp mot hvor tungt personvern hensyn vil veie i saken.

---

<sup>82</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 81

Det viktigste er likevel å merke seg at i en forholdsmessighetsvurdering vil sakens alvor ha stor betydning. Er det påtalte forhold ansett som lite alvorlig vil det i de aller fleste tilfeller ikke kunne anses forholdsmessig å bruke overskuddsinformasjon som bevis.

### **3.4 Tidspunktet for rettens vurdering av bevisavskjæringsspørsmålet**

Nå som vilkårene og vurderingsmomentene for å tillate overskuddsinformasjon som bevis er gjennomgått vil det være aktuelt å se nærmere på hvilke tidspunkt i rettsprosessen det vil være mest hensiktsmessig for domstolen å foreta vurderingen etter strpl. § 216i (d-1).

Utgangspunktet finnes i strpl. § 262. Av første punktum fremkommer det at påtalemyndigheten skal sende retten en kopi av bevisoppgaven idet de har besluttet å reise tiltale. Av andre punktum fremgår det at bevisoppgaven skal «uttrykkelig angi» hvilke opplysninger som stammer fra overskuddsinformasjon, samt «begrunne hvorfor vilkårene for å føre disse som bevis anses oppfylt».

En naturlig språklig forståelse av «uttrykkelig angi» taler for et absolutt krav om å informere retten om at beviset har kommet påtalemyndigheten i hende på bakgrunn av overskuddsinformasjon.

Ordlyden av «begrunne hvorfor vilkårene for å føre disse som bevis anses oppfylt» taler for at påtalemyndigheten må foreta en realitetsvurdering av om vilkårene i strpl. § 216i (d-1) er oppfylt i den aktuelle saken.

Et spørsmål er da i hvilket steg av den rettslige prosessen domstolen bør foreta vurderingen av vilkårene i strpl. § 216i (d-1).

Av forarbeidene<sup>83</sup> fremkommer det at bevisavskjæringsspørsmålet kan tas i rettsmøtet under saksforberedelsen til hovedforhandlingen, eller i selve hovedforhandlingen. I utgangspunktet kan det tenkes at vurderingen bør tas under hovedforhandlingen, da det er på dette tidspunkt retten vil ha det helhetlige bevisbildet i saken. Det må antas at dette kan gjøre det lettere for domstolen å ta stilling til vurderingsmomentene i strpl. § 216i (d-1), siden man da vil ha bedre oversikt over bevisbildet i saken.

I utgangspunktet kan dette virke problematisk av hensyn til personvern, da hovedforhandlingen som hovedregel skal foregå offentlig<sup>84</sup>. Lovgiver har imidlertid forsøkt å bøte på dette problemet ved at rettsmøter om bevisavskjæring vedrørende overskuddsinformasjon skal holdes for lukkede dører<sup>85</sup>. I

---

<sup>83</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 81

<sup>84</sup> Jf. dl. § 124, 1. ledd, 1. punktum

<sup>85</sup> Jf. dl. § 125, 3. ledd, 1. punktum



tillegg blir de som er til stede pålagt taushetsplikt<sup>86</sup>, samt at kjennelse skal gis i anonymisert form<sup>87</sup>. Dette kan dermed bøte noe på de personvernmessige betenkelighetene rundt denne fremgangsmåten.

Et annet problem med å behandle spørsmålet om bevisavskjæring under hovedforhandlingen, er at det kan være vanskelig for retten å fri seg fra informasjon som er lagt frem. Som Matningsdal<sup>88</sup> så elegant uttaler: «mennesker har i motsetning til datamaskiner, ikke noen deleteknapp».

Til tross for at kun lovlig førte bevis under hovedforhandlingen skal tas i betraktning<sup>89</sup> kan kunnskap om annet bevismateriale, selv om det har blitt avskåret, farge rettens vurderingen av andre bevis. Imidlertid vil dette bero på hvor godt innsyn retten får i det omstridte bevis før avskjæringen noe som kan variere fra sak til sak.

Et alternativ er å foreta bevisavskjæringsvurderingen før hovedforhandlingen. En slik løsning vil lettere kunne ivareta rettens nøytralitet da det ikke er noen forutsetning at dommeren som behandler saken på det forberedende stadiet, har befatning med saken under hovedforhandlingen<sup>90</sup>. Retten kan riktignok igjen ta opp spørsmålet om bevisavskjæring under hovedforhandlingen, da de ikke er bundet av saksforberedende avgjørelser<sup>91</sup>, men partene vil uansett være bundet av den tidligere avgjørelsen om hvorvidt beviset kan føres.

Personvernmessig vil det også være en fordel å behandle spørsmålet om bevisavskjæring før hovedforhandlingen, eksempelvis i et saksforberedende møte<sup>92</sup>. Dette vil hindre vitner og andre som ellers ville vært tilstedeværende under en hovedforhandling å få innsyn i det omstridte bevis.

Det kan imidlertid innvendes at det i enkelte tilfeller vil være vanskeligere for dommeren å foreta en konkret vurdering av vilkårene etter strpl. § 216i (d-1) med denne fremgangsmåten, avhengig av hvor stort innsyn man får i beviset som stammet fra overskuddsinformasjon, samt bevisbildet for øvrig.

Ut fra momentene over mener jeg at det virker mest hensiktsmessig å foreta bevisavskjæringsspørsmålet før hovedforhandlingen, da dette vil gi den beste forutsetningen for å sikre rettens nøytralitet. Dette vil også være den løsningen som best vil ivareta personvern hensyn siden påtalemyndigheten vil måtte trekke saken i de tilfeller påtalen er basert på bevis som stammer fra overskuddsinformasjon og dette beviset blir avskåret under et rettsforberedende møte.

---

<sup>86</sup> Jf. dl. § 128, 1. ledd, 2. punktum

<sup>87</sup> Jf. dl. § 130, 5. ledd, 1. punktum

<sup>88</sup> Jf. Matningsdal s. 136

<sup>89</sup> Jf. strpl. § 305

<sup>90</sup> Jf. Torgersen s. 475, samt dl. § 19

<sup>91</sup> Jf. strpl. § 272, 5. ledd

<sup>92</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 81

Dersom man benytter seg av den andre fremgangsmåten og foretar bevisavskjæringsvurderingen under hovedforhandlingen risikerer man at personopplysninger om en potensielt uskyldig person blir opplest eller avspilt i en rettsal. Dette er selv med taushetsplikt og anonymisert kjennelse, problematisk med tanke på personvern hensyn.

### **3.5 Rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved strpl. § 216i (d-1)**

Det er nå gjort rede for vilkårene i strpl. § 216i (d-1), samt sett på hvilke tidspunkt det vil være mest hensiktsmessig å foreta vurderingen om bevisavskjæring. I det følgende vil det sees nærmere på hvilke rettssikkerhetsmessige betenkeligheter strpl. § 216i (d-1) medfører. I denne forbindelse vil det sees på om det er problematisk at bestemmelsen er vag og om det er noen fare for misbruk ved en mer liberal bruk av overskuddsinformasjon.

#### **3.5.1 Straffeprosessuelle legalitetsprinsipp og kravet til klar hjemmel**

Legalitetsprinsippet er et prinsipp som innebærer at inngrep fra myndighetene i noens rettsfære krever hjemmel i lov. Den rettslige forankringen av legalitetsprinsippet finnes i Grunnloven § 113, der det fremkommer at «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». EMD har gjennom langvarig praksis også stilt opp et presisjonskrav til den nasjonale hjemmelen, dette vil bli nærmere behandlet under punkt 4.4.1.2.

Kravet om hjemmel i lov har særlig vekt på strafferettens område der det settes høye krav til forutberegnelighet og de eventuelle sanksjonene mot individet (straff) er svært inngripende. Prinsippet gjør seg også gjeldene på straffeprosessens område, da særlig ved bruken av tvangsmidler som innebærer inngrep i noens liv. Frøberg omtaler legalitetsprinsippet i straffeprosessen som at hensynet til borgeren «fordrer videre at inngrepshjemmelen er utformet med tilstrekkelig presisjon»<sup>93</sup>. Med tilstrekkelig presisjon siktes det her til klarhetskravet. Dette prinsippet har blitt utpenslet i rettspraksis, blant annet i Rt. 1995 s. 530. Førstevoterende utaler i forbindelse med klarhetskravet at «kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».

Strpl. § 216i (d-1) er en hjemmel på det straffeprosessuelle området. Dette rettsområdet omhandler gangen i en straffesak, samt en rekke tvangsmidler. Som utgangspunkt bør dermed kravet til klar lovhjemmel stå sterkt. Imidlertid er det ikke tale om en tradisjonell inngrepshjemmel, da bestemmelsen regulerer føringen av bevis. Det taler for at kravet til klar hjemmel ikke er strengt på det aktuelle området.

---

<sup>93</sup> Jf. Frøberg s. 69

Når det gjelder arten av inngrepet er det tale om bevisføring som stammer fra skjulte tvangsmidler. Det er tidligere slått fast at dette er integritetskrenkende, samt at det kan være integritetskrenkede for flere parter. Likevel har selve inngrepet, som her vil relatere seg til iverksettelsen av KK, strenge krav og strpl. § 216i (d-1) regulerer kun bevisføringen, noe som taler for at kravet til en klar hjemmel ikke står så sterkt på området.

Det er klart at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon kan ramme personen det gjelder hardt og være tyngende. Man har for det første hensynet til personlig integritet som blir krenket av å føre bevis fra overskuddsinformasjon. I tillegg risikerer man å bli straffeforfulgt og kanskje også dømt på bakgrunn av bevisfremleggelsen. Dette taler for et strengt klarhetskrav på dette området.

Likevel er det her tale om bevisføring som kommer til på bakgrunn av en ekstraordinær etterforskningsmetode. Det bør være en viss terskel for å bruke bevis fra slik kontroll, særlig når det ikke dreier seg om bevis som er relevant for det forhold som begrunnet kontrollen. Når et slikt bevis kan være såpass tyngende for en person, bør kravet til klar hjemmel være strengt.

I lys av dette blir spørsmålet om «uforholdsmessig inngrep» etter «sakens art og forholdene ellers» og «vesentlig vanskeliggjort» er tilstrekkelig klart sett opp mot at dette rettsområdet.

Vilkårene som har blitt gjennomgått gir henvisninger til en forholdsmessighetsvurdering og det fremkommer av forarbeidene at de to kryssende hensynene vil være kriminalitetsbekjempelse og personvern. En slik vurdering vil alltid være basert på skjønn. Det er for så vidt ikke uvanlig at lovbestemmelser i utstrakt grad er skjønnsbaserte, men ofte er det også med et absolutt vilkår som må oppfylles. Eksempelvis er det krav om at mistanken må dreie seg om et lovbrudd med en strafferamme på minst 10 år for å iverksette kommunikasjonsavlytting.

Det er klart at det ikke finnes noe absolutt vilkår for å akseptere bevisførselen av overskuddsinformasjon, samt at konsekvensene for den enkelte kan være store ved slik bevisførsel. Samtidig er ikke strpl. § 216i (d-1) en tradisjonell inngrepshjemmel, men en bevisføringshjemmel. Selv om konsekvensene av bevisføringen kan være store, vil det likevel ikke være et inngrep i klarhetskravets tradisjonelle forstand. Det avgjørende vil derfor være at bevisførselen av overskuddsinformasjon ikke kan sies å være et inngrep, men heller en naturlig videreføring av at et inngrep har funnet sted.

Dermed har jeg, under noe tvil, kommet til at strpl. § 216i (d-1) oppfyller kravet til klarhet slik det kommer til uttrykk i Rt. 1995 s. 530.

### 3.5.2 Farene for misbruk

Det er i det foregående slått fast at lovendringen i strpl. § 216i (d-1) medfører en betydelig økt adgang til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. Det vil derfor være aktuelt å se på hvilke misbruksfarer lovendringen medfører, og om bestemmelsen sikrer et tilstrekkelig vern mot misbruk.

En gjennomgående bekymring ved å åpne for økt bruk av overskuddsinformasjon som bevis, er frykten for at politiet med vikarierende motiv skal iverksette KK med det mål for øyet å avdekke overskuddsinformasjon. Dette kan for eksempel skje ved at politiet pretenderer at mistanken er knyttet til et mer alvorlig lovbrudd enn det som det egentlig er grunnlag for. Et annet mulighet kan være strl. § 79 om fastsetting av straff utover maksimumsstraffen som da kan øke strafferammen slik at KK kan iverksettes, eksempelvis ved mistanke om at den straffbare handling er utøvet som ledd i en organisert kriminell gruppe.

En annen bekymring er at politiet vil la KK pågå lenger når det er økt adgang til bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. Av strpl. § 216f, andre ledd fremgår det at KK skal stanses før avslutningsfristen i kjennelsen, dersom vilkårene for kontroll ikke lenger «antas å være til stede», eller dersom kontroll ikke lenger anses «hensiktsmessig». Med andre ord skal politiet avslutte kontrollen før tidsfristen i kjennelsen dersom de har framskaffet bevis for det straffebudet som begrunnet kontrollen, eventuelt dersom gjennomføring av kontrollen ikke lenger er hensiktsmessig.

Faremomentet går ut på at politiet kan la KK pågå til tross for at vilkårene ikke kan «antas å være til stede» eller «hensiktsmessig», grunnet motivasjonen til å fremskaffe overskuddsinformasjon. Dette blir muliggjort fordi vilkårene for avslutning av KK før fristen er vage, samt at det her kun er opp til politiet selv å vurdere vilkårene. Dessuten vil politiet i alle tilfeller kunne pretendere at man fortsatte KK fordi man ønsket et bredere bevisbilde i saken.

Et annet bekymringspunkt gjelder rettsanvendelsen av strpl. § 216i (d-1). Mindretallet i Metodekontrollutvalget påpeker at det må antas å skulle «mer til for å holde fanen høyt på personvernets område dersom man står overfor en konkret vurdering av om man skal påtale forhold som er oppdaget ved hjelp av slike inngrep eller legge saken bort»<sup>94</sup>. Hypotesen går ut på at når man har gått så langt som å iverksette KK, antas det at terskelen er høy for å nekte bevisføring som stammer fra denne kontrollen. Det må anses som relativt sikkert at det foreligger en viss terskel for å vektlegge personvern hensyn tungt når det først foreligger en kjennelse om KK.

---

<sup>94</sup> Jf. NOU 2009:15 s. 275

Et spørsmål i sammenheng med misbruksfaren er hvorvidt de prosessuelle skranker lovgiver har satt er egnet til å motvirke at strpl. § 216i (d-1) blir misbrukt.

Av påtaleinstruksen<sup>95</sup> fremkommer det at kun statsadvokaten<sup>96</sup> kan ta ut tiltale på bakgrunn av overskuddsinformasjon. I tillegg skal bevisoppgaven uttrykkelig angi hvilke bevis som stammer fra overskuddsinformasjon og hvorfor vilkårene for bevismessig anvendelse av overskuddsinformasjonen anses som oppfylt<sup>97</sup>. Dette vil for øvrig også gjelde i saker om tilståelsesdom<sup>98</sup>.

At kun statsadvokaten kan ta ut tiltale på bakgrunn av overskuddsinformasjon kan virke mer betryggende enn om denne kompetansen var tildelt påtalemyndigheten i politiet. I tillegg vil det være statsadvokaten som må foreta den innledende vurderingen av om vilkårene i strpl. § 216i (d-1) er oppfylt og legge dette ved i bevisoppgaven. Denne kvalitetssikringen er til en viss grad egnet til å dempe frykten for misbruk.

I tillegg har man et kontrollutvalg<sup>99</sup> som vurderer politiets og påtalemyndighetenes behandling av saker som omhandler KK, herunder også bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. Av kommunikasjonskontrollforskriften<sup>100</sup> fremkommer det at kontrollutvalget er uavhengig<sup>101</sup>, og at politiet og påtalemyndighet skal gi utvalget «de opplysninger, dokumenter, lydbandopptak mv. om kommunikasjonskontroll»<sup>102</sup> som utvalget finner nødvendig av hensyn til sin kontrollfunksjon. Videre kan utvalget innkalle samtlige tjenestemenn som har befattning med KK. Disse plikter å forklare seg uten hensyn til taushetsplikten i strpl. § 216i, første ledd, første punktum.

At man har et uavhengig kontrollutvalg med fullt innsyn i virksomheten rundt KK og anvendelsen av overskuddsinformasjon, vil bidra til å dempe frykten for misbruk. Dette gjelder særlig frykten for iverksettelse av KK med vikarierende motiv og til en viss grad tidsaspektet til overvåkingen.

Samtidig fremkommer det av kontrollutvalgets rapport<sup>103</sup> at politiet i 2014 benyttet seg av KK 164 ganger mot 464 mistenkte, noe som medførte at 1050 telefoner ble avlyttet. Det at KK utføres i et slikt omfang og kun blir kontrollert av 3 faste medlemmer, kan tale for at kontrollorganet ikke vil ha kapasitet til å utøve sin kontrollfunksjon tilstrekkelig. Likevel er det ingenting i uttalelsen til utvalget

---

<sup>95</sup> Jf. FOR-1985-06-28-1679

<sup>96</sup> Jf. Påtaleinstruksen § 22-2, 1. ledd, 3. punktum

<sup>97</sup> Jf. strpl. § 262, 1. ledd, 2. punktum

<sup>98</sup> Jf. strpl. § 248, 2. ledd, 1. punktum

<sup>99</sup> Jf. strpl. § 216h

<sup>100</sup> Jf. FOR-1995-03-31-281

<sup>101</sup> Jf. KK-forskriften § 18

<sup>102</sup> Jf. KK-forskriften § 16

<sup>103</sup> Jf. Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, årsrapport 2014 s. 3

som tilsier at kontrollutvalget mangler ressurser for å gjennomføre sitt mandat. Det må derfor legges til grunn at kontrollutvalgets kontrollerende virksomhet vil kunne virke betryggende sett opp mot misbruksfaren.

Frykten for at dommeren ikke vil finne personvern hensyn tilstrekkelig tungtveiende når inngripende tvangsmidler allerede har blitt satt i verk, finnes det ingen sikkerhetsmekanismer mot. En måte å bøte på dette kunne være å innføre et minstekrav for hvor alvorlig en forbrytelse må være før man kan vurdere å bruke overskuddsinformasjonen som bevis. Forsvarergruppen av 1977<sup>104</sup> uttaler under høringsrunden ganske treffende i så måte at de kan «leve med at mindre alvorlig og mindre samfunnsskadelige kriminaliteten forblir uoppklart, dersom andre hensyn er mer tungtveiende».

Et minstekrav for anvendelse av overskuddsinformasjon vil i større grad være egnet til å ivareta tillitshensynet regelen er bygget på, da man vil slippe at informasjonen blir anvendt som bevis for bagatellmessige forhold. Samtidig vil ikke den effektive kriminalitetsbekjempelsen lide noe stort tap, siden man fortsatt vil kunne bruke informasjonen som bevis ved mer alvorlig kriminalitet. Uansett vil ikke en slik terskel hindre politiets iverksettelse av etterforskning på bakgrunn av overskuddsinformasjonen. Denne løsningen ble for øvrig nevnt av departementet<sup>105</sup>, men ble forkastet med henvisning til at det ville skape et «uoversiktlig system».

#### **4 Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon i lys av menneskerettighetene**

I en stadig mer globalisert verden med en økende grad av overnasjonal rett vil det være aktuelt å se på bestemmelsen om bevismessig bruk av overskuddsinformasjon i lys av EMK. Det vil først bli gjort rede for konvensjonens relevans innenfor straffeprosessens område, for så å ta et kort blick på rettsanvendelsen av EMK. Deretter vil bestemmelsen om bevismessig bruk av overskuddsinformasjon blir vurdert opp mot EMK artikkel 6 og EMK artikkel 8.

Det finnes andre konvensjoner som Norge er folkerettslig forpliktet til å følge som langt på vei beskytter de samme interessene som EMK artikkel 6 og artikkel 8, da særlig FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter SP). Særlig vil SP 14 være relevant i relasjon til artikkel 6 og SP 17 i forbindelse til artikkel 8. Av hensyn til lengden på oppgaven vil disse imidlertid ikke bli problematisert ytterligere i drøftelsen.

---

<sup>104</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 78

<sup>105</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 80

#### **4.1 EMK på straffeprosessens område**

I Norge opererer man med det såkalte presumpsjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at det råder en oppfatning eller forventning hos rettsanvender om at nasjonal rett er i samsvar med internasjonale traktater. Dette innebærer at man tolker norske lovbestemmelser så langt det er mulig i tråd med internasjonale traktater som Norge har inngått.

En forlengelse av presumpsjonsprinsippet ble implementert i den gamle straffeprosessloven fra 1887 i 1962<sup>106</sup>. Det ble lagt inn en hjemmel der det fremkom at norsk straffeprosess måtte vike for folkeretten eller andre overenskomster med andre land. Bestemmelsen har blitt videreført i dagens strpl. § 4.

Imidlertid har strpl. § 4 mindre betydning i dag, da man langt på vei har gått vekk fra slik sektormonisme, altså at man innenfor et gitt rettsområde inkorporerer overnasjonal rett. Dagens rettstilstand bærer i større grad preg av mer vidtrekkende inkorporeringslover. Dette ser man blant annet i menneskerettsloven<sup>107</sup> som ble vedtatt i 1999. Målet ved menneskerettsloven var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Av mrl. § 2 blir det slått fast at de nevnte konvensjonene er å betrakte som norsk lov og av mrl. § 3 fremkommer det at ved motstridene rettsregler skal menneskerettighetene har forrang for ordinær lovgivning.

En del av menneskerettighetene har nå også blitt inkorporert i Grunnloven<sup>108</sup>, da man nylig fikk innført et eget kapittel<sup>109</sup> som omhandler menneskerettigheter. Med andre ord står EMK sammen med en rekke tilleggsprotokoller og enkelte andre konvensjoner i en særstilling i norsk rett.

#### **4.2 Rettsanvendelsen av EMK**

Som i tradisjonell norsk juridisk metode, må det også ved tolkningen av EMK legges stor vekt på de forskjellige artiklers ordlyd<sup>110</sup>. Av Golder mot Storbritannia<sup>111</sup> fremkommer det at Wien-konvensjonens artikkel 31-33 gir utgangspunkt for hvordan konvensjonen skal tolkes. Av Wien-konvensjonen artikkel 31 fremkommer det at konvensjoner skal bli tolket «in good faith» i samsvar med «the ordinary meaning». Med andre ord skal konvensjonen tolkes i god tro i henhold til hva man i Norge ville kalle den naturlige språklige forståelsen.

---

<sup>106</sup> Jf. LOV-1887-07-01-5, § 5

<sup>107</sup> Jf. LOV-1999-05-21-30

<sup>108</sup> Jf. LOV-1814-05-17

<sup>109</sup> Jf. Grl. kapittel E

<sup>110</sup> Jf. Aall s. 36

<sup>111</sup> Jf. Golder v. United Kingdom 4451/70

Konvensjonen finnes på to offisielle språk, engelsk og fransk. Disse er likeverdige og er ment å ha samme betydning. Det vil i den følgende fremstillingen tas utgangspunkt i den engelskspråklige versjonen.

Det bør også nevnes at begrepsbruken i konvensjonen er autonome, altså må ordlyden tolkes på bakgrunn av hva de forskjellige vilkårene betyr i konvensjonen. Lokale normer på hva som ligger i de forskjellige begrepene i diverse signatarstaters sin interne rett vil dermed ikke kunne tas i betraktning<sup>112</sup>.

I tillegg til ordlyden utgjør rettspraksis fra EMD en sentral tolkningsfaktor av konvensjonen. Rettspraksis som tolkningsfaktor er en følge av at bestemmelsene i konvensjonen bevisst er utformet relativt vagt slik at konvensjonen skal kunne ta høyde for forandringer i tiden og samfunnet for øvrig. Dette er det primære virkemiddelet for å holde EMK dynamisk, og henger sammen med ønsket om at konvensjonen skal være et «living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions»<sup>113</sup>.

#### **4.3      Artikkel 6 – Retten til rettferdig rettergang**

EMK artikkel 6 punkt 1. regulerer retten til en «fair trial», altså rettferdig rettergang. Presiseringer i saker som befinner seg på strafferettens område finnes i punkt 2 og 3. Spørsmålet i denne forbindelse er derfor om bevismessig bruk av overskuddsinformasjon kan medføre et brudd på rettigheten til en «fair trial».

Artikkel 6 inneholder ikke noe kvalitative krav til de nasjonale lovhjemlene som skal sikre retten til en «fair trial», bortsett fra at den aktuelle instansen «the tribunal» som skal avgjøre saken er opprettet ved lov. Det finnes riktig nok et lovkrav i 2. punkt der det blir klargjort at alle som blir siktet for en kriminell handling skal antas uskyldig frem til det motsatte er bevist «according to law». Imidlertid må det ut fra en naturlig forståelse legges til grunn at «according to law» knytter seg til det konkrete straffebudet som har blitt brutt, snarere enn de prosessuelle regler under rettergangen.

Med andre ord kan man si at retten til en «fair trial» kan være oppfylt, selv om straffeprosesslovens minstekrav er brutt. Det avgjørende i vurderingen om det foreligger brudd på «fair trial» er ikke hvorvidt den interne retten i en nasjons straffeprosesslovgivning er fulgt, men at visse prosessuelle garantier er ivaretatt i hovedforhandlingen.

---

<sup>112</sup> Jf. Aall s. 37

<sup>113</sup> Jf. Tyrer v. United Kingdom 5856/72



Schenk mot Sveits<sup>114</sup> klargjør på generelt grunnlag EMD sin vurdering av bevisavskjæring. Saken dreide seg om ulovlig telefonovervåking. I relasjon til bevisavskjæring ble det uttalt at «While Article 6 [...] of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such which is therefor primarily a matter for regulation under national law».

EMD uttaler altså at EMK i utgangspunktet ikke innehar noen bevisavskjæringsregler. Dermed er det opp til den nasjonale lovgivningen å ta stilling til om bevis bør tillates ført. Synspunktet finner støtte også i Khan mot Storbritannia<sup>115</sup>, der det konkret fremgår at «It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible».

Ut fra de to avgjørelsene ser det ut til at EMD legger seg på en svært varsom linje når det kommer til vurderingen av bevisavskjæringsspørsmål. En av grunnene til denne tilbakeholdenheten kan være mangelen på rettslig standardisering av bevisavskjæringsspørsmål i Europa.

Det er med andre ord ingen automatikk ut fra EMDs praksis at eventuelle ulovlig ervervede bevis er å anse som et brudd på «fair trial». Dette blir utdypet ytterligere i den tidligere nevnte Khan mot Storbritannia, der det uttales at spørsmålet er «whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained were fair. This involves an examination of the «unlawfulness» in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation».

Dermed kan man trekke slutningen at det sentrale i artikkel 6 vil være om rettergangen som helhet er å anse som rettferdig. Spørsmålet om føringen av bevis vil da langt på vei være opp til staten å avgjøre siden EMD synes å være tilbakeholden i bevisavskjæringsspørsmål. Konklusjonen vil derfor være at strpl. § 216i (d-1) i utgangspunktet ikke medfører brudd på artikkel 6, forutsatt at de øvrige prosessuelle krav, eksempelvis kontradiksjon og effektivt forsvar, er ivarettatt.

#### **4.4 Artikkel 8 – Retten til privatliv**

EMK artikkel 8, 1. punkt lyder «Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». En naturlig språklig forståelse av «his private and family life, his home and his correspondence» taler for at man i kraft av å være en borger i en av signatarstatene har rett til et privatliv innenfor en viss privat sfære.

---

<sup>114</sup> Jf. Schenk v. Switzerland 10862/84

<sup>115</sup> Jf. Khan v. United Kingdom 35394/97

Aall<sup>116</sup> definerer den vernede interessen for en «sfære hvor individet kan motsette seg at andre, det seg være private eller offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke». At KK i seg selv innebærer et inngrep i denne rettigheten synes ikke tvilsomt.

Spørsmålet blir da om bevismessig bruk av overskuddsinformasjon medfører et inngrep i artikkel 8, 1. punkt.

Et utgangspunkt for denne vurderingen fremkommer av M.S. mot Sverige<sup>117</sup>. Saken dreiet seg om en sak der et sykehus måtte utlevere personopplysninger om en pasient til et statlig organ. Dette ble konstatert som et brudd på artikkel 8, 1. punkt da informasjon som var beskyttet av artikkelen ble gjort tilgjengelig «to another public authority and therefore to a wider circle of public servants». At alle de offentlige tjenestemennene som hadde befatning med saken var pålagt taushetsplikt, var uten betydning.

Det er klart at bruk av overskuddsinformasjon som bevis i en straffesak vil tilgjengeliggjøre personopplysninger for en annen offentlig myndighet, altså domstolen, og for et større antall personer. En slik bevisfremleggelse vil være mer integritetskrenkende enn i saken over, da man også risikerer å bli domfelt på bakgrunn av disse opplysningene. Dette taler for at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon i utgangspunktet medfører brudd på artikkel 8, 1. punkt. Om bevisavskjæringsvurderingen finner sted under et saksforberedende møte eller selve hovedforhandlingen vil her være uten betydning, da overskuddsinformasjonen i alle tilfeller blir publisert til en «wider circle of public servants». Det at man pålegger de tilstedeværende taushetsplikt under hovedforhandlingen synes heller ikke å kunne forhindre at bruken av overskuddsinformasjon medfører brudd på rettigheten<sup>118</sup>.

At informasjon fra tvangsmiddelbruk anses som brudd på artikkel 8, 1. punkt taler også Craxi mot Italia<sup>119</sup> for. Saken handlet om innholdet i en telefonavlytting som ble opplest for retten, og denne samtalen ble senere gjengitt i media. EMD kom til at både opplesningen i retten, samt gjengivelsen i media medførte et brudd på den tiltalte «private life» og «correspondence». Overskuddsinformasjon vil klart nok alltid stamme fra tvangsmiddelbruk og dermed synes det forsvarlig å hevde at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon vil medføre et inngrep i artikkel 8, punkt 1.

Imidlertid er det klart at retten til privatliv ikke er en absolutt rettighet. Av artikkel 8, 2. punkt blir det gjort rede for når et inngrep i rettigheten i 1. punkt kan være akseptabelt. Av denne fremkommer det at

---

<sup>116</sup> Jf. Aall s. 195

<sup>117</sup> Jf. M.S. v. Sweden 20837/92

<sup>118</sup> Jf. Kapittel 3.4

<sup>119</sup> Jf. Craxi v. Italy 25337/94

inngrepet i rettigheten er akseptabelt hvis det skjer «in accordance with the law» og er «necessary in a democratic society» for å nå ett av de bakenforliggende målene i bestemmelsen, eksempelvis «for the prevention of disorder or crime».

#### **4.4.1 In accordance with the law**

Ordlyden av «in accordance with the law» taler for at inngrepet i rettigheten må være i samsvar med nasjonal lov, altså et lovkrav. Med andre ord må en stat ha hjemmel i lovgivningen for å gjøre inngrep i retten til privatliv. EMD har ikke lagt avgjørende vekt på om lovhjemmelen er formell, eller bygger på uskreven rett<sup>120</sup>, men heller fokusert på et overordnet minstekrav om at hjemmelen må være «compatible with the rule of law»<sup>121</sup>. Hjemmelen må med andre ord være i tråd med de rettstatelige grunnprinsipper om legalitet og rettsikkerhet. Aall<sup>122</sup> oppsummerer kort lovkravet som at det «må tilfredsstillende kvalitative krav til forutberegnelighet ved å være tilgjengelig og så presis som mulig».

##### **4.4.1.1 Kravet til tilgjengelighet**

Tilgjengelighetskravet er nært bundet sammen med forutberegnelighetshensyn. Forutberegnelighet går ut på at man som borger skal kunne forutse sin rettsstilling. Hensynet blir ivaretatt ved at myndighetene benytter seg av hjemler som er tilgjengelige og tilstrekkelig presise til at borgeren vet hvilke tilfeller inngrep kan forekomme. Imidlertid fremkommer det av Malone mot Storbritannia<sup>123</sup> at forutberegnelighetskravet ikke må tolkes slik at «an individual should be enabled to foresee when his communications are likely to be intercepted so that he can adapt his conduct accordingly». Dette blir av Fause<sup>124</sup> sett på som at forutberegnelighetshensynet har en mindre sentral rolle i de tilfeller det er tale om rettshåndhevende formål, enn det som er tilfellet der det dreier seg om hjemler som har et adferdsregulerende formål.

Dette synet blir også støttet av Aall<sup>125</sup> som presiserer at i normer som primært retter seg mot myndighetene vil kravet om tilgjengelighet være begrunnet i å forhindre vilkårlighet og annen form for myndighetsmisbruk. Således er det tilstrekkelig om hjemmelen finnes før inngrepet finner sted.

Bestemmelsen om bruk av overskuddsinformasjon er i så henseende en rettshåndhevende regel, da den primært retter seg mot myndighetene og regulerer den bevismessige bruken av informasjonen som

---

<sup>120</sup> Jf. Aall s. 104

<sup>121</sup> Jf. Malone v. United Kingdom 8691/79

<sup>122</sup> Jf. Aall s. 112

<sup>123</sup> Jf. Malone v. United Kingdom 8691/79

<sup>124</sup> Jf. Fause s. 51

<sup>125</sup> Jf. Aall s. 116

fremkommer ved bruk av KK. I så henseende stilles det dermed ikke strenge krav til forutberegnelighet.

Spørsmål vedrørende tilgjengelighetskravet handler i utgangspunktet om kunngjøring og ikrafttredelsestidspunkt. Det avgjørende er at strpl. § 216i (d-1) har trådt i kraft før man benytter seg av bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. I dette tilfellet er det klart at strpl. § 216i (d-1) både har blitt kunngjort og trådt i kraft, og således oppfyller hjemmelen kravet til tilgjengelighet.

#### **4.4.1.2 Kravet til presisjon**

Presisjonskravet kan forklares som et kvalitativt krav som stilles til den aktuelle lovbestemmelsen og innebærer at denne må være tilstrekkelig presis. Presisjonskravet i EMK har en del likhetstrekk med klarhetskravet etter Grunnloven som tidligere ble gjort rede for i punkt 3.5.1. Blant annet ble det i Rt. 2014 s. 238 lagt til grunn at klarhetskravet i Grunnloven stiller samme krav til klarhet som EMK artikkel 7. Selv om lovkravet i artikkel 7 ikke er direkte sammenliknbart med lovkravet i artikkel 8 er likevel kravet til presisjon sentralt i begge.

Aall<sup>126</sup> omtaler presisjonskravet i EMK som at hjemmelen må være så presis at den gir tilstrekkelig veiledende varsel, altså at borgeren skal kunne anslå når bevismessig bruk av overskuddsinformasjon kan bli brukt mot seg.

I *Kruslin mot Frankrike*<sup>127</sup> uttales det om presisjonskravet i relasjon til hemmelig overvåking at «the law must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity [...] to give the individual adequate protection against arbitrary interference». Med andre ord omhandler presisjonskravet at lovbestemmelsen må være tilstrekkelig presis slik at anvendelsen av den ikke blir vilkårlig.

Det er imidlertid klart at det ikke kan stilles for strenge krav til presisjon i lovgivningen. Dette fremgår av *Sunday Times mot Storbritannia*<sup>128</sup> der man aksepterer en viss grad av skjønnsmessige inngrepsjhemler: «whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with the changing circumstances».

Fause<sup>129</sup> synes å inneha samme synspunkt, og nevner at der det er tale om skjønnsmessige kriterier, må rammen for denne skjønnsutøvelsen være tilstrekkelig klar.

---

<sup>126</sup> Jf. Aall s. 119

<sup>127</sup> Jf. *Kruslin v. France* 11801/85

<sup>128</sup> Jf. *Sunday Times v. The United Kingdom* 6538/74

<sup>129</sup> Jf. Fause s. 53

I den foreliggende problemstilling er det ikke tale om bruken av tvangsmidler, men heller bevismessig bruk av den informasjonen som kom frem ved bruken av tvangsmiddelet. Det sentrale vil derfor være om strpl. § 216i (d-1) er presis nok til at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon ikke vil ramme vilkårlig.

Det er klart at strpl. § 216i (d-1) i bygger på vage vilkår. Vilkår som «sakens art og forholdene ellers», «uforholdsmessig inngrep» og «vesentlig grad ville ha blitt vanskeliggjort» legger i utgangspunktet opp til en skjønnsmessig vurdering. Isolert sett kan vilkårene lede til såpass uskjønnsom rettsanvendelse at bestemmelsen kan betegnes som vilkårlig. Imidlertid har man i forarbeidene til bestemmelsen i større grad utbrodert hvilke vurderinger som antas å være legitime i relasjon til vilkårene<sup>130</sup>.

Spørsmålet blir dermed om forarbeidene til strpl. § 216i (d-1) kan bøte på bestemmelsens manglende presisjon.

At forarbeidene defineres som å være «compatible with the rule of law» er lite tvilsomt. Det blir blant annet uttalt i Olsson mot Sverige<sup>131</sup> at «Moreover, in interpreting and applying the legislation, the relevant preparatory work [...] provides guidance as to the exercise of the discretion it confers». Saken dreide seg om en lovtekst som var relativt vag, men ble akseptert da lovforarbeidene gav mer utfyllende informasjon om hvilke vurderinger som måtte tas.

Av den tidlige drøftelsen<sup>132</sup> er det klart at bevis som stammer fra overskuddsinformasjon må være gjenstand for en konkret vurdering av den aktuelle dømmende instansen. Videre er det klart at bestemmelsen oppstiller et subsidiaritetsvilkår, der man må kunne sannsynliggjøre at mindre inngripende tiltak vanskelig ville føre frem. De vage vilkårene «sakens art og forholdene ellers» må knyttes opp mot «uforholdsmessig inngrep», da altså en forholdsmessighetsvurdering. Det er med andre ord noen prosessuelle skranker påtalemyndigheten må gjennom før beviset kan tillates ført.

Aall<sup>133</sup> oppstiller i relasjon til presisjonsproblematikken at en retningslinje for vurderingen vil være om det er mulig å formulere bestemmelsen mer presist, samtidig som man kan bevare legitime hensyn til rimelig fleksibilitet. I så henseende ville en nedre strafferamme for anvendelsen av overskuddsinformasjon som bevis være en tydeliggjøring som vil virke presiserende. Man ville da hatt en konkret nedre terskel som ville innskrenket adgangen til føringen av beviset, noe som ville dempet vilkårlighetsproblematikken. Hensynet til rettsikkerhet og privatliv er også tungtveiende hensyn som

---

<sup>130</sup> Jf. Kapittel 3.3

<sup>131</sup> Jf. Olsson v. Sweden 10465/83

<sup>132</sup> Jf. Kapittel 3.3

<sup>133</sup> Jf. Aall s. 120

taler for at en minstegrense burde vært oppstilt i bestemmelsen. Man vil likevel få en mindre fleksibel bestemmelse ved en slik utforming.

Et annet alternativ kan være å ha en kasuistisk oppramsing av straffebud som klargjør når det er tillat å føre overskuddsinformasjon som bevis. Dette ville imidlertid gitt svært statisk bestemmelse, som ikke ville gitt mye rom for fleksibilitet. Dette alternative vil måtte anses som mer statisk enn det foregående forslag. På samme måte som at romavlytting er en mer statisk bestemmelse enn kommunikasjonsavlytting.

Ut fra dette er det klart at man vanskelig kan formulere strpl. § 216i (d-1) mer presist uten å inkludere noen absolutte vilkår, noe som igjen vil fjerne en del av fleksibiliteten i bestemmelsen.

Siden forutberegnelighetskravet ikke så strengt når bestemmelsen primært retter seg mot myndighetene, sett i sammenheng med at forarbeidene et stykke på vei presiserer vurderingene og det vil være vanskelig å formulere bestemmelsen mer presist uten at den blir mindre fleksibel, oppfylder strpl. § 216i (d-1) kravet til presisjon. Det bør også nevnes at EMD har lang tradisjon for å benytte seg av forholdsmessighetsvurderinger<sup>134</sup>, noe gjør det lite sannsynlig at EMD ville finne en nasjonal bevisføringshjemmel som for upresis fordi den inneholdt en forholdsmessighetsvurdering. Dette forutsetter at forholdsmessighetsvurderingen blir foretatt på en forsvarlig måte i tråd med forarbeidene og slik sett gir et tilstrekkelig vern mot vilkårlig bevisføring av overskuddsinformasjon.

Bestemmelsen om bevismessig bruk av overskuddsinformasjon er således «in accordance with the law» i artikkel 8, 2. punkt.

#### **4.4.2 Necessary in a democratic society**

Ordlyden av «necessary in a democratic society» taler for at inngrepet må være av en viss nødvendighetsgrad i et demokratisk samfunn for at inngrep i rettigheten kan anses som konvensjonsmessig.

EMD har gjennom langvarig praksis utledet hva som ligger i ordlyden «necessary in a democratic society». Av *S. og Marper mot Storbritannia*<sup>135</sup> fremkommer det en presisering av vilkåret, der det uttales at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn «for a *legitimate aim* if it answers a «*pressing social need*» and, in particular, if it is *proportionate to the legitimate aim pursued*»<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Jf. Kapittel 4.4.2.2

<sup>135</sup> Jf. *S.M. v. The United Kingdom* 30562/04 og 30566/04

<sup>136</sup> Min kursivering

#### 4.4.2.1 Inngrepet må være forankret i et legitimt samfunnshensyn

Begrepet «for a legitimate aim» må her forstås som at inngrepet i rettigheten etter artikkel 8, 1. punkt må være nødvendig i et demokratisk samfunn for å nå et legitimt formål. Disse formålene fremgår av artikkel 8, 2. punkt.

Formålene er av en vidtrekkende karakter, noe som har sammenheng med den dynamiske karakteren konvensjonen har, altså ønsket om at konvensjonen ikke skal miste sin relevans som følge av endrede samfunnsforhold. Formål som «national security», «public safety» og «for the prevention of disorder or crime» er typiske hensyn som kan begrunne straffeprosessuelle regler.

Strpl. § 216i (d-1) vil i utgangspunktet kunne begrunnes i alle de tre overnevnte formålene. Likevel vil «for the prevention of disorder or crime» være det mest aktuelle formålet, da det fremkommer av departementets<sup>137</sup> uttalelser at motivasjonsfaktoren for lovendringen var kriminalitetsbekjempelse.

Spørsmålet blir da om formålet «for the prevention of disorder or crime» svarer til et «pressing social need».

Fause<sup>138</sup> uttaler i relasjon til «pressing social need» at det må tas en «generell vurdering av inngrepets nødvendighet hensett til de til enhver tid rådende samfunnsforhold». Det bør her nevnes at uttalelsen er i relasjon til en annen dom<sup>139</sup> enn den som det har blitt tatt utgangspunkt i her, likevel er det langvarig praksis i EMD at rettssetningen «pressing social need» er innbakt i «necessary in a democratic society» vilkåret.

Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon vil være begrunnet i kriminalitetsbekjempelse. Departementet<sup>140</sup> viser til at den organiserte kriminaliteten er økt og slik sett svarer strpl. § 216i (d-1) til et «pressing social need».

Videre viser rettspraksis fra EMD at domstolen legger vekt på statens skjønnsmargin i vurderingen av om det foreligger et «pressing social need». Dette fremkommer blant annet i Sunday Times mot Storbritannia<sup>141</sup> der det blir uttalt at statene har «a margin of appreciation». Med andre ord vil EMD i utgangspunktet være varsom med å overprøve departementets vurdering av at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon vil svare til et «pressing social need».

---

<sup>137</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 79-80

<sup>138</sup> Jf. Fause s. 55

<sup>139</sup> Jf. Yefimenko v. Russia 152/04

<sup>140</sup> Jf. Prop.147 L (2012-2013) s. 79-80

<sup>141</sup> Jf. Sunday Times v. The United Kingdom 6538/74

Aall<sup>142</sup> påpeker at EMD sin prøvingsintensitet vil bero på om avgjørelsen forutsetter nærhet til begivenheten. Dersom nærhet til begivenheten er en forutsetning vil EMD være varsom med å overprøve den nasjonale domstolen.

I dette tilfellet er det tale om inngrep i retten til privatliv, i form av bevismessig bruk av informasjon som ikke kunne begrunnet bruken av KK. I utgangspunktet synes dette å være et rettsområdet som i liten grad forutsetter nærhet til begivenheten. Dette begrunnes i at vurderinger knyttet til artikkel 8 vil være i kjernen av en sentral rettighet i EMK, samt at rikholdig rettspraksis viser at EMD er komfortable med å foreta denne type avveininger knyttet til personvern og kriminalitetshensyn.

Rettspraksis fra EMD viser også at hvilket «legitimate aim», som «pressing social need» har sin begrunnelse i påvirker statens skjønnsmargin. Dette ser man blant annet i Klass mot Tyskland<sup>143</sup> der EMD synes å gi uttrykk for at inngrep som har sin begrunnelse i «national security» eller «for the prevention of disorder or crime» vil gi staten en vid skjønnsmargin.

I dette tilfellet er det tale om en bevisregel som i utgangspunktet medfører brudd på artikkel 8. At det er et brudd på en rettighet som ikke nødvendigvis er avhengig av nærhet til hendelsen taler for at EMD har gode forutsetninger for å overprøve statens skjønn.

Imidlertid er bevisregelen forankret i et formål som det er antatt er dårlig egnet for overprøving av EMD, samt at staten innenfor dette området har en «margin of appreciation». Dette taler for at EMD som hovedregel vil være tilbakeholden med prøving av strpl. § 216i (d-1). Samlet sett må konklusjonen derfor bli at EMD ikke vil overprøve Norges vurdering av om strpl. § 216i (d-1) svarer til et «pressing social need».

#### **4.4.2.2 Inngrepet må være proporsjonalt**

At et inngrep i en rettighet må være «proportionate to the legitimate aim pursued» forstås som at den krenkelse som inngrepet medførte for den berørte, må være proporsjonalt med samfunnets gevinst av inngrepet. Der de tidligere vurderingene av om det foreligger konvensjonsbrudd langt på vei er objektive, gir kravet om proporsjonalitet henvisninger til en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette fremgår blant annet i storkammeravgjørelsen Nada mot Sveits<sup>144</sup> der det uttales at proporsjonalitetskravet er egnet for å unngå «mechanical application of domestic law».

---

<sup>142</sup> Jf. Aall s. 144

<sup>143</sup> Jf. Klass v. Germany 5029/71

<sup>144</sup> Jf. Nada v. Switzerland 10593/08



Videre ligger det i proporsjonalitetsvurderingen en type subsidiaritetskrav. Fause<sup>145</sup> betegner dette som et «minste inngreps prinsipp». Mindre inngripende midler skal tas i bruk der de er egnet til å oppnå det samme resultat som det mer inngripende middelet. Et eksempel på dette finnes i Robathin mot Østerrike<sup>146</sup>. Saken dreide seg om kopiering av samtlige filer som en advokat hadde på sin datamaskin på bakgrunn av at man ønsket informasjon om to av hans klienter. EMD påpekte at målet kunne bli nådd med et avgrenset søk på datamaskinen, og anså dermed ikke inngrepet som proporsjonalt, noe som følgelig medførte brudd etter artikkel 8. Dette «minste inngreps prinsipp» minner således mye om subsidiaritetsprinsippet i strpl. § 216i (d-1).

Slik sett vil vurderingen av om inngrepet er «proportionate to the legitimate aim pursued» minne mye om vurderingene man må ta etter strpl. § 216i (d-1). I begge tilfeller må domstolen foreta en forholdsmessighetsvurdering, og et subsidiaritetsvilkår må oppfylles.

Imidlertid må det etter norsk rett sees på om bevisføringen av overskuddsinformasjon er forholdsmessig sett opp mot en avveining mellom hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse og hensynet til personvern. Etter EMK må man se om inngrepet i privatlivet, som bevisføringen medfører, er proporsjonal med formålet «for the prevention of disorder or crime». Forskjell i disse avveiningene kan derfor tenkes å forekomme som følge av at det er nyanseforskjeller i kriteriene som blir vektet i vurderingene.

Elden<sup>147</sup> advarte i sin artikkel om at vurderingen av vilkårene for KK ofte var å anse som et rent pliktlop. Dette ble riktignok uttalt i forbindelse med det gamle regelsettet om KK, men uttalelsene kommer i relasjon til forholdsmessighetsprinsippet og artikkelen har dermed relevans. Dersom Elden har rett når han uttaler at det er sjelden at forholdsmessigheten «overhodet drøftes i premissene» i norsk rett, vil dette være en «mechanical application of domestic law». En slik avgjørelse vil kunne anses som disproportjonal av EMD, og således medføre brudd.

Likevel må proporsjonalitetsprinsippet etter EMK vurderes i fra sak til sak. Det samme vil være tilfellet ved forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 216i (d-1). Det er vanskelig å konkludere generelt på en vurderingen knyttet til forholdsmessighet og proporsjonalitet. Det må likevel legges til grunn at dersom forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 216i (d-1) blir foretatt på bakgrunn av de momenter som finnes i forarbeidene, vil en fremleggelse av overskuddsinformasjon som bevis bli

---

<sup>145</sup> Jf. Fause s. 57

<sup>146</sup> Jf. Robathin v. Austria 30457/06

<sup>147</sup> Jf. Elden s. 99

ansett som proporsjonalt av EMD. Dette er fordi fremleggelsen da vil være «necessary in a democratic society».

Et siste spørsmål vil være om et eventuelt brudd på EMK artikkel 8, som følge av at bevisfremleggelsen ikke var proporsjonal, vil kunne medføre brudd på retten til «fair trial» i artikkel 6. I følge Torgersen<sup>148</sup> har EMD aldri konstatert krenkelse av artikkel 6 som følge av at beviset krenket artikkel 8. Det er likevel ikke utenkelig at dette kan skje i fremtiden, men som det fremkom av den tidligere nevnte Khan mot Storbritannia<sup>149</sup> vil dette bero på om helheten av rettergangen var rettferdig, og «where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation».

#### **4.5 Oppsummering**

Av undersøkelsen ser det ut til at strpl. § 216i (d-1) i utgangspunktet ikke vil være i strid med EMK artikkel 6. Det avgjørende vil være om rettergangen i sin helhet er å betegne som rettferdig. Videre viser undersøkelsen at EMD er tilbakeholden i vurderingen om bevisavskjæring. Dette er mest sannsynlig en følge av manglende koherens i bevisføringsreglene i konvensjonstatene. Et punkt som bør nevnes i denne forbindelse er at EU nå jobber mot en ny, felles straffeprosesslov for medlemslandene. En slik utvikling vil være egnet til å gjøre den europeiske bevisretten mer koherent, noe som kan medføre at EMD i fremtiden i større grad vil behandle denne problemstillingen.

Videre er det klart at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon i utgangspunktet medfører brudd på artikkel 8, 1. punkt, om retten til privatliv. Dette er likevel ikke problematisk da de kvalitative kravene som stilles til den nasjonale lovhjemmel i EMK synes å være tilfredsstillende. Nødvendigheten av inngrepet har sin forankring i et formål der EMD har gitt statene en vid skjønnsmargin og dermed synes nødvendigheten av strpl. § 216i (d-1) å være adekvat.

Det siste punktet er proporsjonalitetsvurderingen. Denne må vurderes individuelt i hver enkelt sak. Likevel innebærer denne vurderingen et stykke på vei de samme vurderingsmomentene som man finner i strpl. § 216i (d-1). Ut fra dette kan følgende konklusjon trekkes: dersom forholdsmessighetsvurderingen i strpl. § 216i (d-1) er foretatt på bakgrunn av vurderingene som fremkommer i forarbeidene, vil inngrepet i artikkel 8, 1. punkt være «in accordance with the law» og «necessary in a democratic society».

---

<sup>148</sup> Jf. Torgersen s. 76

<sup>149</sup> Jf. Khan v. United Kingdom 35394/97

## 5 Avsluttende de lege ferenda

Som nevnt innledningsvis ble kriminalitetsbekjempelse og tillitshensyn vektlagt i vurderingen av hvorvidt man skulle akseptere en mer liberal lovgivning ved bevismessig bruk av overskuddsinformasjon.

Særlig hensynet til kriminalitetsbekjempelse er et mål lovgiver synes å sette høyt de senere årene. Dette ser man ikke kun i saker som omhandler KK og overskuddsinformasjon, men også ved at mange straffebud har fått høyere strafferammer enn tidligere. Eksempelvis har den maksimale straffen man kan få i Norge i de senere år økt fra 21 til 30 år<sup>150</sup>.

En fare ved denne tøffere linjen mot kriminalitet er at man til stadighet tøyer grensen for hva som aksepteres på bekostning av andre grunnleggende rettigheter i en rettstat. Etter mitt syn bør man forholde seg varsom til en slik «målet helliger alle midler» mentalitet.

Samtidig er det klart at nye former for kriminalitet og organiseringen av denne, fordrer nye etterforskningsmetoder, nye regelsett og nye bestemmelser for føringen av bevis. Når man gradvis åpnet for økt bruk av KK, først telefonavlytting, så romavlytting, var frykten for et økt overvåkningsnivå i samfunnet sterk. Denne frykten kan forenklet beskrives som frykten for et Orwellsk<sup>151</sup> «storebror ser deg» samfunn. Etter mitt syn viser denne frykten seg å ikke være berettiget, da skrankene for å iverksette KK er basert på absolutte vilkår, så vel som skjønsmessige vurderinger og etterkontroll.

Når det gjelder utvidelsen av bruk av overskuddsinformasjon som bevis synes det at argumentene fra politiet og påtalemyndighet om kriminalitetsbekjempelse har fått for stort gjennomslag i departementets utformingen av lovbestemmelsen. Etter mitt syn ser det ut til at lovgiver har overvurdert effekten av vilkårene i strpl. § 216i (d-1), samt de sikkerhetsmekanismer de har oppsatt for å hindre misbruk. Selv om vilkårene i strpl. § 216i (d-1) viser seg å ikke medføre brudd på kravet til legalitet i Grunnloven, og heller ikke EMK, kan bestemmelsen ha uheldige utslag.

I denne forbindelse tenker jeg særlig på de tilfeller der overskuddsinformasjon blir benyttet som bevis mot tredjepersoner som kontrollen ikke var rettet mot. Politiet vil i disse tilfellene ikke ha noe rettslig grunnlag for den overvåkingen vedkommende ble utsatt for. De etter min mening betryggende kravene for iverksettelse av KK, vil i disse tilfellene heller ikke være vurdert. Bevismessig bruk av overskuddsinformasjon mot tredjepersonen er da kun betinget av en forholdsmessighetsvurdering og et subsidiaritetsvilkår. Etter mitt syn er ikke dette tilstrekkelig.

---

<sup>150</sup> Eks. strl. § 132

<sup>151</sup> Se. George Orwells 1984

Dersom strpl. § 216i (d-1) i tillegg til forholdsmessighetsvurderingen og subsidiaritetsvilkåret hadde angitt en spesifikk nedre grense for bevismessig bruk av overskuddsinformasjonen, ville dette virket betryggende. En slik løsning vil ikke i nevneverdig grad skade hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse, da man uansett ville kunne benytte overskuddsinformasjon som bevis i mer alvorlige saker. Dette vil også i bedre grad kunne ivareta tillitshensynet, siden det da vil være lavere risiko for at overskuddsinformasjon vil bli brukt som bevismateriale i saker der det ikke vil være forholdsmessig. En slik minsteterskel vil heller ikke hindre politiet i å etterforske på bakgrunn av overskuddsinformasjon.

Høyesterett<sup>152</sup> avsa nylig kjennelse i en sak som dreide seg om beslag av upublisert filmmateriale hos en dokumentarfilmskaper. Dokumentarfilmen skulle belyse hvorfor norske borgere lot seg verve som fremmedkrigere i den pågående konflikten i Syria. Beslaget ble tatt på bakgrunn av etterforskning av strl. § 147d, om støtte til terrororganisasjoner. Man hadde her en avveining mellom «viktige samfunnsinteresser» mot «særlig sterke kildevern hensyn». Høyesterett opphevet beslaget av filmmateriale.

Retten til kildevern er avgjørende for at pressen skal kunne utføre sin samfunnsfunksjon og dette utgjør en grunnleggende rettsstatlig verdi, på samme måte som retten til personvern.

Selv i lys av utvikling i Syria og den økte frykten for terror, viser Høyesterett her ingen tegn til å være reaksjonær, men ivaretar grunnleggende verdier i et demokratisk samfunn. Vi får håpe dommerne som vurderer forholdsmessigheten av bevismessig bruk av overskuddsinformasjon vil være like standhaftige.

---

<sup>152</sup> Jf. HR-2015-2308-A

# Kildeliste

## Norske lover:

### *Grunnloven:*

Kongeriket Norges Grunnlov LOV-1814-05-17

### *Straffeprosesslov av 1887:*

Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager LOV-1887-07-01-5

### *Straffelov av 1902:*

Almindelig borgerlig Straffelov LOV-1902-05-22-10

### *Domstolsloven:*

Lov om domstolene LOV-1915-08-13-5

### *Straffeprosessloven:*

Lov om rettergangsmåten i straffesaker LOV-1981-05-22-25

### *Politoloven:*

Lov om politiet LOV-1995-08-04-53

### *Menneskerettighetsloven:*

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett LOV-1999-05-21-30

### *Endringslov til straffeprosessloven:*

Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv. LOV-1999-12-03-82

### *Personopplysningsloven:*

Lov om behandling av personopplysninger LOV-2000-04-14-31

### *Straffelov av 1905:*

Lov om straff LOV-2005-05-20-28

### *Endringslov til straffeprosessloven:*

Lov om endringer i straffeprosessloven mv. LOV-2013-06-21-86

**Norske forskrifter:***Påtaleinstruksen:*

Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten FOR-1985-06-28-1679

*KK-forskriften:*

Forskrift om kommunikasjonskontroll FOR-1995-03-31-281

**Norske forarbeider:**

Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv. Ot.prp.nr.64 (1998-1999)

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

Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunn NOU 2009:1

Skjult informasjon - åpen kontroll NOU 2009:15

Endringer i straffeprosessloven mv. Prop.147 L (2012-2013)

**Svenske forarbeider:**

Överskottsinformation Ds. 2003:13

**Rapporter:**

Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll Årsrapport 2014

**Rettspraksis fra Høyesterett:**

Rt.1993 s. 1302

Rt.1995 s. 530

Rt.2005 s. 1200

Rt.2007 s. 1409

Rt.2007 s. 1435

Rt.2010 s. 956

Rt.2014 s. 238

Rt.2014 s. 1105

HR-2015-2308-A

**Rettspraksis fra lagmannsretten:**

LG-2013-52571-1

**Rettspraksis fra EMD:**

Golder v. United Kingdom	4451/70
Klass v. Germany	5029/71
Tyrer v. United Kingdom	5856/72
Sunday Times v. United Kingdom	6538/74
Malone v. United Kingdom	8691/79
Olsson v. Sweden	10465/83
Schenk v. Switzerland	10862/84
Kruslin v. France	11801/85
M.S. v. Sweden	20837/92
Craxi v. Italy	25337/94
Khan v. United Kingdom	35394/97
Yefimenko v. Russia	152/04
S.M. v. United Kingdom	30562/04 og 30566/04
Robathin v. Austria	30457/06
Nada v. Switzerland	10593/08

**Juridisk teori**

*Auglend m.fl.*

Auglend, Ragnar Line. Mæland, Henry John. Røsandhaug, Knut – Politirett  
2. utgave (2004), 5. opplag (2012), Gyldendal Norsk Forlag  
ISBN: 978-82-05-29892-7

*Matningsdal:*

Matningsdal, Magnus – Siktedes rett til å eksaminere vitner

1. utgave (2007), 1. opplag (2007), Fagbokforlaget

ISBN: 978-82-450-0580-6

*Torgersen:*

Torgersen, Runar – Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker

1. utgave (2009), 1. opplag (2009), Papinian

ISBN: 978-82-91060-19-4

*Aall:*

Aall, Jørgen – Rettstat og menneskerettigheter

3. utgave (2011), 2. opplag (2013), Fagbokforlaget

ISBN: 978-82-450-1258-3

*Fause:*

Fause, Anett Beatrix Osnes – Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves polisiær eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr.1

Publisert i: Tidsskrift for Strafferett 2014, nr.1 s. 45-58

*Elden:*

Elden, John Christian – Om personvern, avlytting og politistat

Publisert i: Tidsskrift for Strafferett 2005, nr. 2 s. 96-104

*Frøberg:*

Frøberg, Thomas – Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsipp

Publisert i: Jussens Venner vol. 50 s. 46-71