

Mastergradsoppgave

JUS399

SIKTEDES RETT TIL DOKUMENTINNSYN
DET STRAFFERETTSLIGE DOKUMENTBEGREP I EN
DIGITALISERT VERDEN

Kandidatnummer: 168724

Veileder: Nils Dalseide

Antall ord: 14367

12. desember 2011

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning	4
1.1 Hva handler oppgaven om i et nøtteskall?	4
1.2 Hvorfor er emnet interessant og aktuelt?	4
1.3 Avgrensning	5
1.4 Plassering av temaet i det juridiske landskap	5
1.5 Hvilken betydning har det om noe faller innenfor eller utenfor dokumentbegrepet?	5
1.6 Legislative hensyn	6
1.6.1 Materielle sannhetsprinsipp	6
1.6.2 Objektivitetsprinsippet	7
1.6.3 Kontradiksjon	7
1.6.4 Personvern	7
1.6.5 Partslikhet.....	8
1.6.6 Kontrollhensyn	8
1.6.7 Hensynet til politiets arbeidsmetoder	8
1.6.8 Konflikt mellom de straffeprosessuelle hensyn	9
1.7 Den videre fremstillingen	9
2. Hovedteksten	10
2.1 Nærmere om Strprl. § 242	10
2.2 Hvem har rett til innsyn?	10
2.2.1 «Mistenkte»	10
2.2.2 «Forsvarer»	11
2.3 Innholdet	12
2.3.1 «Sakens dokumenter»	12
2.3.1.1 Hva er et «dokument»?	13
2.3.1.1.1 Interne dokument.....	14
2.3.1.1.2 Påtalemyndighetens innstillinger.....	14
2.3.1.1.3 Arbeidsnotater	15
2.3.1.2 Når blir noe et dokument i en «sak»?	15
2.3.1.2.1 Skille mellom etterforskning og etterretning.....	16
2.4 Unntak	17
2.4.1 Kommunikasjonskontroll.....	17
2.4.1.1 På etterforskningsstadiet.....	18
2.4.1.2. Etter tiltale.....	19
2.4.2 Ressurs og prioritethensyn	20
2.4.3 Særlig om beskyttelse av politiets etterforskningsmetoder etter Strprl § 242a	21
2.4.4 Speilkopiering	23
2.4.5 Innsyn i andre straffesaker.....	25
2.4.5.1 Flere siktede, men ett straffbart forhold	25
2.4.5.2 Flere straffbare forhold	25
3. Internasjonale forpliktelser	26
3.1 Innsynsretten etter EMK	27
3.1.1 Når inntretr innsynsretten etter EMK?.....	27
3.1.1.1 'Interne dokument'	28
3.1.1.2 'Påtalemyndighetens innstillinger'	29
3.1.2 Når starter en «sak» etter EMK?	29
3.2 Kommunikasjonskontroll	30
3.2.1 Beskyttelse av politiets etterforskningsmetoder.....	30
3.2.2 Stadiet i etterforskningen	30
3.2.3 Prosessuelle garantier	31
3.2.3.1 Kontradiksjon	31
3.2.3.2 Krav om kontroll.....	31

3.2.3.3 Forsvarers rett til innsyn	32
4. Er reglene om siktedes innsynsrett hensiktsmessig utformet?	33
4.1. Gjenstandsbegrepet.....	33
4.2 Påtalemyndigheten skjønn	33
4.3 Innholdet i «sakens dokumenter» - «sak»	33
4.4 Kommunikasjonskontroll.....	34
4.5 Innsyn i andre straffesaker	34
4.6 Muligheten til å gi forvareren innsyn der mistenkte nektes	35
Litteraturliste	36

1. Innledning

1.1 Hva handler oppgaven om i et nøtteskall?

Opgaven vil ta for seg utviklingen av dokumentbegrepet på straffeprosessens rettsområde, da spesielt vinklet mot siktedes rett til innsyn i straffesaksdokumenter. På bakgrunn av den løpende kriminalitets- og samfunnsutvikling, blant annet innenfor teknologi, er det viktig at lovgiver og domstoler følger med i utviklingen. Lovgiver bør oppdatere straffelovgivningen etter den naturvitenskapelige og teknologiske utvikling, i tillegg er det viktig at domstolene har best mulig kunnskap om bevis som skal vurderes i de saker som forelegges domstolene. Sett i lys av den teknologiske utvikling blir fokuset rettet spesielt mot elektroniske bevis.

1.2 Hvorfor er emnet interessant og aktuelt?

Spørsmålet om hvilke handlinger som skal være straffbare har sammenheng med både samfunnsforhold og hvordan man begrunner bruk av straff. Straffesystemer er derfor i vesentlig grad tids- og kulturbestemte.¹ De interesser som strafferetten skal tjene har vekslet mellom blant annet styreform, religion og økonomiske system. Store deler av straffeloven har således et dynamisk preg. Blant annet har kriminalitetsutviklingen ført til at straffebudene som retter seg mot vold og seksualkrenkelser sammen med blant annet økt terrorfrykt og ulike typer datakriminalitet ført til en opp-kriminalisering i straffelovgivningen. Spørsmålet i denne oppgaven er om det også bør foretas en endring på straffeprosessens område. Spesielt sett i lys av den økende grad av elektroniske spor som finnes i straffesaker.

Tekniske bevis som DNA og bevistilbudet om elektroniske spor - da ved bruk av mobiltelefon, bankkort, adgangskort og så videre kan gi indikasjoner på hvor en person har vært på et bestemt tidspunkt. Disse tekniske bevisene spiller som følge av kriminalitetsutviklingen og naturvitenskapens utvikling en stadig større rolle og gir ofte sikrere resultat enn vitnebevis.

Også de tinglige bevismidler, herunder dokumentbevis står i en særstilling da det som regel er meningsinnholdet som er av betydning. Lydbåndopptak har nært slektskap med dokumenter da disse kan oppbevare menneskelige utsagn. Forskjellen ligger bare i den tekniske måten oppbevaringen skjer på. I dag vil det også i stor grad bli spørsmål om hvilken informasjon som ligger lagret på datamaskiner.²

Reglene om siktedes rett til innsyn i straffesaksdokumenter har de senere år vært behandlet en rekke ganger og vært gjenstand for mange endringer. Blant annet på bakgrunn av de stadig nye og flere etterforskningsmetoder som er tatt i bruk av påtalemyndigheten og økt fokus på siktedes rettssikkerhet og kontradiksjon i norsk og internasjonal rett er temaet interessant og dermed viktig å klarlegge. Hva er rettsstillingen i norsk rett i dag, og bør den eventuelt videreføres eller revideres?

1 Mæland (2004) s.44

2 Andenæs (2009) s.164

1.3 Avgrensning

Oppgavens primære fokus er å redegjøre for siktedes innsynsrett i straffesaksdokument under etterforskningen etter norske og internasjonale rettskildefaktorer. Herunder hvordan de ulike legislative hensyn gjør seg gjeldene på de ulike stadier av etterforskningen. Oppgaven har fokus på innsynsretten ved påtalemyndighetens innhenting av elektroniske spor, da spesielt rettet mot kommunikasjonskontroll.

1.4 Plassering av temaet i det juridiske landskap.

Straffeprosessloven (heretter strpl) omfatter reglene om behandlingen av straffesaker. I denne delen av loven finnes kompetanseregler for politi, påtalemyndighet, forsvarer og domstoler, regler om siktedes og fornærmedes rettigheter, og om de fremgangsmåter som skal følges fra etterforskningen starter til endelig straffedom avsies og fullbyrdes.³ Hovedregelen er at alle saker om straff behandles etter straffeprosesslovens regler.⁴ Det avgjørende er om lovgivningen karakteriserer en rettsfølge som straff eller ikke.⁵

Første stadiet i en straffesak er etterforskningen. Etterforskningen tar først og fremst sikte på å skaffe påtalemyndigheten materiale til å avgjøre om en tiltale bør reises eller ikke. På grunnlag av dokumentene fra etterforskningen tar påtalemyndigheten standpunkt til tiltalespørsmålet. Påtalemyndighetens alternativ er da henleggelse, eller om det finnes grunn til straffereaksjon; påtaleunntatelse,- forelegg, siktelse og eventuelt utferdigelse av tiltalebeslutning mot den antatte gjerningsmann. Blir det tatt ut tiltale er det neste ledd forberedelse til hovedforhandling, hvor det bringes på det rene hvilke bevis partene vil benytte seg av. I det hovedforhandlingen er slutt, blir saken tatt opp til doms, og etter en votering mellom dommerne blir dommen avsagt. Er en part misfornøyd med dommen kan dommen angripes ved bruk av rettsmidler, da først og fremst ved bruk av anke til en høyere instans.⁶

Ved siktedes krav om innsyn i straffesaksdokument anvendes straffeprosessloven § 242 som hjemmel. Bestemmelsen er plassert under kapittel 18 i straffeprosesslovens femte del under overskriften «saksbehandlingens enkelte ledd. Kapitlet regulerer det første stadiet i en straffesak «Etterforskning».

1.5 Hvilken betydning har det om noe faller innenfor eller utenfor

dokumentbegrepet?

Retten til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter utgjør en sentral del av det kontradiktoriske prinsipp, som igjen er et viktig middel til å skape en god prosessordning som ivaretar rettsikkerheten og er tillitsvekkende. Retten til dokumentinnsyn har størst betydning for mistenkte og gir han eller henne detaljert innsikt i hva anklagen gjelder og hva den er basert på. Dokumentinnsyn gjør det dermed mulig å avkrefte mistanken eller forberede forsvaret.⁷ Innsyn i

3 Mæland (2004) s.23

4 Jf strpl §1

5 Strl.§ 15

6 Andenæs (2009) s.12 flg

7 Andenæs (2009) s.267

dokumentene gjør det mulig å presentere alternative forklaringer på hendelser og opplysninger som politiet har tolket på en inkriminerende måte, eller påpeke feil, mangler eller ufullstendigheter i bevismaterialet.⁸

En eventuell nektelse av innsyn i straffesaksdokumenter skjer altså som ledd i en straffeforfølgelse. Andorsen, som henviser til Gammeltoft, peker på at et «inngrep (i innsynsretten) mot noen som ledd i å straffeforfølge særkjennes ved et nødrettslig preg, et slags unntak fra normalsituasjonen, beroende på en interesseavveining».⁹

Formålet er å hindre siktede i å ødelegge bevis i saken. Det kan følgelig ha betydning for politiets etterforskning og arbeidsro at siktede ikke får innsyn i dokumentene, for på den måten å sikre at politiet ikke blir hindret i deres arbeid med å bringe alle relevante fakta på bordet.

På den andre side vil siktede kunne sitte inne med opplysninger som vil supplere og eventuelt forandre på det inntrykket påtalemyndigheten har av saken. En nektelse av siktedes innsynsrett i straffesaksdokumentene kan altså føre til at saken ikke blir godt nok opplyst. Følgelig kan nektet dokumentinnsyn etter strpl § 242 rubriseres som et tvangsinngrep i straffeprosessuell forstand.¹⁰

1.6 Legislative hensyn

«Alle mennesker er i utgangspunktet frie individer som beskyttes av et sett med grunnleggende rettigheter. Blant disse er retten til personvern og rettsikkerhet. For at staten skal kunne gjøre inngrep i disse rettighetene, må den kunne påvise et legitimt behov og påvise at dette behovet er så tungtveiende at inngrepet kan rettferdiggjøres. Behovet for å bekjempe kriminalitet kan være et slikt legitimt hensyn».¹¹

Den siktede har blant annet krav på å varsles til rettsmøtene, være til stede under forhandlingene, til å gjøre seg kjent med anklagemateriale og ta til motmæle mot det.¹² Det er dette som i det følgende er sentralt. Siktedes rettsstilling vil imidlertid arte seg noe ulikt på de forskjellige trinn av saken.

1.6.1 Materielle sannhetsprinsipp

Et helt grunnleggende krav er for det første at avgjørelsene som treffes skal være materielt riktige. Det er viktig at samfunnets borger har tillit til avgjørelsene som skal treffes både når det gjelder resultat og måten avgjørelsene blir truffet på. Sannhetsprinsippet taler således for å gi mistenkte fullt innsyn i saksdokumentene. Mistenkte kan på den måten kontrollere om de opplysninger som foreligger er riktige og fullstendige. Dette vil igjen øke muligheten til å få saken best mulig opplyst før dom skal treffes. Mistenkte vil dessuten kunne vurdere de foreliggende opplysninger på en annen måte enn hva politi og påtalemyndighet vil gjøre.^{13 14}

På den annen side vil det materielle sannhetsprinsipp også tale for at det legges til rette for en effektiv etterforskning, slik at man får frem hva som har skjedd. Dokumentinnsyn som er til skade

8 Ibid.

9 Andorsen (2000)

10 Ibid.

11 NOU 2009:15 2.5

12 Andenæs (2009) s.54/55

13 NOU 2009:15 26.3

14 Magnussen (2005) s.13

for etterforskningen vil da tale mot innsyn i saksdokumentene.¹⁵

1.6.2 Objektivitetsprinsippet

Videre har politi og påtalemyndighet sammen med domstolene en plikt til å opptre i tråd med objektivitetsprinsippet. Prinsippet innebærer en plikt til å opptre upartisk og kommer til uttrykk for politi og påtalemyndighet i strl § 226 (3) som angir at etterforskningen skal søke og klarlegge både det som taler for og mot mistenkte. Desto sterkere mistenktes innsynsrett begrenses, desto viktigere er det at politiet opptre i tråd med denne regelen.¹⁶ For domstolen er objektivitetsplikten lovfestet i strpl § 292.

1.6.3 Kontradiksjon

Kontradiksjonsretten er i de senere år fremhevet sterkere enn tidligere i rettspraksis. Først og fremst har dette kommet til uttrykk gjennom en rekke avgjørelser som har presisert og utvidet retten til dokumentinnsyn og retten til å eksaminere vitner.¹⁷ Forpliktelsene Norge har overfor Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) har blant annet ført til at Høyesterett ved avgjørelser har satt seg utover en klar lovbestemmelse fordi den ikke lenger antas å svare til nåtidens rettsoppfatning.¹⁸ Følgelig kan inngrep i grunnleggende rettigheter, som kontradiksjonsretten, av hensyn til kriminalitetsbekjempelse bare skje innenfor de konstitusjonelle og folkerettslige rammer som gjelder for norsk lovgivning.¹⁹

At mistenkte skal ha kjennskap -og mulighet til å imøtegå påtalemyndighetens anførsler og bevis er en sentral del av kontradiksjonsprinsippet. Innsyn i de opplysninger som påtalemyndigheten vil føre som bevis er en forutsetning for reell kontradiksjon. Muligheten til da å korrigere og dementere påtalemyndighetens anførsler er en sentral del av mistenktes rettsikkerhet.²⁰

1.6.4 Personvern

Hensynet til personvernet skal sikre enkeltindivid oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om seg selv, og at enkeltpersoner med visse unntak skal ha mulighet til å bestemme hva andre skal få vite om hans eller hennes personlige forhold.

Det er liten tvil om at politiets bruk av skjulte tvangsmidler medfører inngrep i enkeltmenneskers personvern. Selv eksistensen av regler som åpner for tvangsmiddelbruk vil utgjøre inngrep overfor alle som faktisk kan rammes av dem, uavhengig av om reglene faktisk brukes. Reglene om politiets skjulte tvangsmidler omhandler observasjon, innsamling og behandling om individer og angår dermed personvernet i stor grad.²¹ Kunnskap om andre mennesker vil kunne gi makt, både i alminnelighet, og spesielt over de menneskene kunnskapen gjelder. Dersom det offentliges

15 Ibid.

16 NOU 2009:15 26.3

17 Andenæs (2009) Kap 33

18 Jf Rt.1997,1019

19 Andenæs (2009) s.55

20 NOU 2009:15 2.7.2

21 Ibid. 6

kunnskap om borgernes privatliv øker, for eksempel ved at statens mulighet til å overvåke borgerne utvides, vil faren for maktmisbruk øke. Dette kan igjen påvirke den tillit borgerne har til de offentlige myndigheter.

1.6.5 Partslikhet

EMK oppstiller, som vesentlig element i retten til rettferdig rettergang, kravet til «equality of arms».²² I dette ligger at partene skal være likestilte under rettergangen.

Prinsippet om partslikhet innebærer at begge parter i en straffesak skal ha like gode muligheter til å tale og underbygge sin sak. Partslikhet taler for å gi mistenkte rett til innsyn, også i de opplysninger påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis i saken. På denne måten kan mistenkte påberope seg disse opplysningene til egen fordel, for eksempel dersom det foreligger opplysninger som peker i retning av en straffrihetsgrunn eller at en annen person har begått den straffbare handlingen.

Hovedelementene i kravet om «equality of arms» kan på bakgrunn av EMD praksis sies å være at begge parter skal ha hatt muligheten til å være til stede og til å ha representasjon, ha den samme adgang til rettsbøker og sakens øvrige dokumenter, ha samme adgang til kontradiksjon, og samme adgang til å avhøre vitner og til å foreta bevisførsel.²³ Videre sikrer kravet til partisklikhet objektivitetsprinsippet.

1.6.6 Kontrollhensyn

Siktedes innsynsrett vil dessuten ivareta viktige kontrollhensyn ved at den gir siktede og hans forsvarer mulighet til å føre tilsyn med at påtalemyndigheten opptrer lovmessig. Innsyn er en forutsetning for å kontrollere at de bevis som føres er innhentet på lovlig vis, og at politiet opptrer i tråd med det nevnte objektivitetsprinsippet.

Ettersom innsynsretten utgjøre en kontrollmekanisme vil vid innsynsrett også være egnet til å styrke mistenktes og allmennhetens tillit til straffeprosessen. Motsetningsvis vil manglende åpenhet rundt hva som foregår i etterforskningen kunne medføre fare for økt mistro mot politiets arbeidsmetoder.

1.6.7 Hensynet til politiets arbeidsmetoder

Det er imidlertid liten tvil om at politiet vil kunne ha behov for å unnta opplysninger fra innsyn. Dette behovet kan oppstå ved politiets interne saksforberedelse like mye som det er viktig å verne om politiets etterforskningsmetoder, samt beskytte politiets kilder. Politiet sikrer da en effektiv etterforskning, og kan dermed bekjempe kriminalitet.²⁴

Sannhetsprinsippet vil kunne tale for at mistenktes innsyn i opplysninger om etterforskningen begrenses dersom det er grunn til å tro at han vil bruke dem til å skade politiets etterforskning. Hensynet til politiets fremtidige bruk av etterforskningsmetoder kan tilsi at det bør gis muligheter til

22 Jf EMK Art. 6

23 Magnussen (2005) s.18

24 NOU 2009:15 2.8

å hindre at informasjon om disse sprer seg til kriminelle miljø. Dette vil kunne medføre at det vil bli enklere for gjerningspersonene å hindre at kriminelle handlinger avdekkes. Uten mulighet til å holde identiteten til informanter eller polititjenestemenn som har infiltrert kriminelle miljøer hemmelig, vil ikke politiet i fremtiden kunne dra nytte av disse personene, eller andre personer i samme situasjon.²⁵

Også hensynet til tredjepersoner vil kunne tale mot mistenktes innsynsrett, særlig dersom tredjepersonene vil kunne utsettes for fare fordi vedkommende har opptrådt som vitne eller informant i saken. På den side annen medfører dagens etterforskningsmetoder også store innsamlinger av informasjon om tredjepersoners privatliv som ikke er relevant i straffesaken. Innsyn vil dermed kunne innebære vesentlig inngrep i tredjemanns personvern.

Videre vil hensynet til en effektiv prosess kunne tilsi at innsynet begrenses, gjennomgang av store mengder opplysninger vil kunne være tidkrevende både for politi og forsvarere. På den annen side vil innsyn kunne effektivisere prosessen ved at mistenkte bringer klarhet i omstendigheter som politiet ellers ville ha brukt tid på å finne ut av.²⁶

1.6.8 Konflikt mellom de straffeprosessuelle hensyn

De hensyn som taler for innsyn kan som vist til tider komme i konflikt med hverandre, og med andre straffeprosessuelle hensyn. Den mistenkte vil ofte ha et annet syn på innsynsspørsmålet enn hva påtalemyndigheten eller tredjemann har.

På bakgrunn av partenes ulike interesser kan også ett og samme hensyn i noen tilfeller tale både for og mot innsyn. For eksempel kan personvern hensyn og rettsikkerhetshensyn stå imot hverandre. Det kan være tilfellet hvor hensynet til en persons rettsikkerhet tilsier at staten bør få gjøre inngrep i vedkommendes personvern, for eksempel ved oppnevning av advokat uten mistenktes samtykke for å vareta vedkommendes interesser, eller fordi hensynet til én persons rettsikkerhet tilsier inngrep i en annen persons personvern.²⁷

Som denne fremstillingen viser vil konfliktens intensitet variere ut ifra hvilket stadium i straffeprosessen man befinner seg på. I hvilken grad mistenkte skal gis tilgang til dokumentene i straffesaken mot ham, vil bero på en avveining av de ulike legislative hensyn. Det klare utgangspunkt i dag, både i norsk og internasjonal rett, er at mistenkte har rett til innsyn, og at det er unntakene fra denne retten som krever særskilt begrunnelse.²⁸

1.7 Den videre fremstillingen

Utgangspunktet for oppgaven er reguleringen i straffeprosessloven § 242. Hvem som har rett til innsyn og innholdet i bestemmelsen vil bli redegjort for nærmere i punkt 2. De særlige forhold som gjør seg gjeldende ved elektronisk bevisinnhenting, herunder kommunikasjonskontroll og speilkopiering, belyses i punkt 2.4.1 flg. Retten til innsyn i straffesaksdokumenter gjør seg imidlertid gjeldene på ulike stadier av etterforskningen, noe som vil bli eksemplifisert fortløpende.

I punkt 3 gis en redegjørelse for innsynsretten etter EMK. Det vil også gjøres en vurdering av de internasjonale forpliktelsene sett opp i mot norsk rett.

25 Magnussen (2005) s.61

26 Ibid. s.17

27 NOU 2009:15 26.3

28 Ibid.

Avslutningsvis i punkt 4 vil det vurderes hvorvidt reglene er hensiktsmessig og hvordan de eventuelt kan utformes i fremtiden.

2. Hovedteksten

Straffeprosessloven §§ 242, 264, 267 og 28 regulerer retten til dokumentinnsyn på de ulike stadier av en straffesak. Gjenstand for innsyn etter §§ 242, 264 og 267 er «sakens dokumenter», mens gjenstand for innsyn etter § 28 er angitt som «dokumenter i en straffesak». Forståelsen av begrepene antas imidlertid å samsvare.²⁹

2.1 Nærmere om Strprl. § 242

Etter § 242 (1) er det «mistenkte, hans forsvarer, fornærmede, etterlatte i lovbestemt rekkefølge og bistandsadvokaten» som på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter.

Fra dette utgangspunktet oppstilles det imidlertid unntak i bestemmelsen. I strpl § 242 gis mistenkte og hans forsvarer som utgangspunkt rett til innsyn i sakens dokumenter under etterforskningen så fremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjemann. Det samme gjelder for opplysninger fra kommunikasjonskontroll dersom innsyn vil kunne skade etterforskningen av andre saker. Strpl § 242a oppstiller ytterligere rett til unntak for opplysninger som ikke vil bli påberopt som bevis i saken.³⁰

2.2 Hvem har rett til innsyn?

2.2.1 «Mistenkte»

Strpl § 242 (1) benytter uttrykket «mistenkte», som rekker lenger enn uttrykket «siktete». Strpl § 82 avgjør når noen er siktet, mens det ikke finnes en tilsvarende bestemmelse som klargjør vilkårene for når noen er mistenkt.

Avgjørelsen av om noen er å anse som «mistenkt» beror på en konkret helhetsvurdering av om vedkommende er behandlet som «mistenkt» i etterforskningen.³¹ Det avgjørende er om etterforskningen er rettet mot en eller flere enkeltpersoner. Etterforskning på personnivå skilles fra etterforskning på saksnivå, der det etterforskes med utgangspunkt i en eller flere kriminelle handlinger eller der undersøkelsene er rettet mot en gruppe eller et miljø, men ikke mot enkeltpersoner innen gruppen. Dersom slik etterforskning går over til å rette seg mot en eller flere enkeltpersoner, vil disse anses som «mistenkte».³² Er det iverksatt bruk av skjulte tvangsmidler mot en person må det foreligge «skjellig grunn til mistanke» mot vedkommende, og han er dermed å anse som mistenkt.³³ I juridisk litteratur er det lagt til grunn at en person er mistenkt dersom etterforskning iverksettes i henhold til anmeldelse mot vedkommende og der politiet uttrykkelig

29 bla Magnussen (2005) s.20/21

30 se Unntak pkt 2.4

31 Jf bla NOU 2009:15 26.2

32 Riksadvokatens rundskriv 22 desember 1999 (RA-1999-3) s. 5-6

33 Jf bla. strpl § 216a

betegner han som mistenkt.³⁴

Straffeprosessen er i hovedsak en partsprosess med påtalemyndigheten mot den siktede. Først når en får status som siktet anses en egentlig som part med bestemte partsrettigheter og plikter. Etter strpl av 1981 har sontringen mellom mistenkt og siktet ikke så stor betydning som tidligere. Tidligere hadde mistenkte bare den prosessuelle rett som omtalt i § 241, nemlig adgangen til å begjære foretatt rettergangsskritt til avkreftelse av mistanken hos retten. Etter den nåværende lov er mistenkte blitt likestilt med siktede på flere punkter. Det gjelder blant annet hensyn til retten til dokumentinnsyn under etterforskningen.³⁵

I bestemmelsene om utenrettslig etterforskning i kapittel 18 og i påtaleinstruksen kapittel 8, er "mistenkte" brukt som fellesbetegnelse for den siktede og den som er mistenkt uten å være siktet. Det at mistenkte gis så mange rettigheter gjør at forskjellen til å være siktet ikke er så stor som etter den gamle straffeprosesslov. Grensegangen mellom mistenkt og siktet har imidlertid betydning, da den siktede oppnår flere partsrettigheter (adgang til å føre bevis, nedlegge påstand og anvende rettsmidler) og underlegges noen flere bestemte plikter. De bestemmelser som gjelder den mistenkte får også full anvendelse for den siktede.³⁶ På den annen side er det viktig å merke seg at den som er siktet ikke har noen videregående rett til innsyn i sakens dokumenter.³⁷ De to posisjonene er med andre ord likestilt i forhold til gjenstandsbegrepet i § 242.

Ved utenrettslig etterforskning vil ofte dokumentinnsynet være sterkt begrenset av hensynet til etterforskningen. Iverksettelse av tvangsmidler medfører at siktede har en ubetinget rett til å få vite hva saken gjelder og ved skriftlig beslutning rett til å få innsyn i denne og om nødvendig få kopi.³⁸ De rettigheter som siktede har etter straffeprosessloven må tolkes og suppleres³⁹ med de rettigheter den straffeforfulgte har etter folkeretten.⁴⁰

Mistenkte har sterkere krav på dokumentinnsyn ved rettslig etterforskning. Etter strpl § 242 (1) kan ikke forsvarer nektes innsyn i "dokumenter som fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøtet". Forsvarerinteresser slår her igjennom overfor motstående hensyn. Unntak gjelder for rettsmøte som avholdes for å avsi kjennelse etter annet ledd, det vil si rettsmøte som skal ta standpunkt til politiets avslag på begjæringen om dokumentinnsyn. Den legislative begrunnelse er åpenbar; i motsatt fall ville forsvarer ved å fremprovosere rettsmøte etter annet ledd kunne skaffe seg kjennskap til utenrettslige etterforskningsdokumenter som han ellers ville være avskåret fra etter første ledd første pkt.⁴¹

Partsrettigheten er delvis et utslag av det kontradiktoriske prinsipp. Som nevnt er dette helt grunnleggende for å få til en betryggende og rettferdig rettergang.

2.2.2 «Forsvarer»

Etter ordlyden gjelder innsynsretten og unntaksbestemmelsen både mistenkte og hans «forsvarer». Det følger imidlertid forutsetningsvis av § 242 (1) 3pkt og (3) samt § 242a (5) at forsvareren mot

34 Magnussen (2005) s.63

35 Jf § 242

36 Andenæs (2009) s.61/62

37 Jf Rt.1997,138

38 Se strpl §§ 177, 200(1), 205(1) se også EMK art 6 (3) a.

39 Jf strpl § 4

40 Se særlig EMK art. 5 (2)-(5) og 6 (3)

41 Jf Magnussen (2005) s.63

taushetsplikt kan gis innsyn selv om den siktede nektes. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis.⁴²

2.2.2.1 Særlig om den offentlige forsvarer

Etter strpl § 100a får offentlig advokat oppnevnt i forbindelse med bruk av etterforskningsmetoder uten mistenktes kunnskap, rett til innsyn i sakens dokumenter med de begrensninger som følger av §§ 242 og 242a. Ettersom denne advokaten har taushetsplikt skal det gjennomgående mer til før dokumenter unntas den offentlige advokatens innsyn.⁴³

Følgelig er det forskjeller mellom offentlig og privat engasjert forsvarer. Dette gjelder imidlertid etter dagens straffeprosesslov kun ved bruk av skjulte tvangsmidler hvor mistenkte er uten kunnskap om tvangsmiddelbruken. For den øvrige innsynsretten sikrer det frie forsvarervalg at det ikke er forskjeller mellom offentlig og privat engasjert forsvarer.⁴⁴

Første ledd første punktum klargjør altså hvilke personer i straffeprosessen som har innsynsrett, samt de nærmere vilkår for slikt innsyn. I det følgende vil det avgrenses mot «fornærmede, etterlatte og bistandsadvokaten».⁴⁵

2.3 Innholdet

I første omgang er det påtalemyndigheten som tar stilling til om en begjæring om innsyn i dokumentene bør etterkommes. Dersom innsyn blir avslått, kan avslaget bringes inn for forhørsretten som avgjør spørsmålet ved kjennelse.⁴⁶ De dokumentene som legges frem i rettsmøte for slik behandling av avslått innsyn kan mistenkte ikke kreve innsyn i.⁴⁷

Selv om Høyesterett har slått fast at avgrensningen av begrepet er det samme etter §§ 242 og 264⁴⁸, har vektingen av de legislative hensyn, både i norsk rett og EMK, ført til at begrepet nok er noe snevrere på etterforskningsstadiet enn etter at tiltale er tatt ut.⁴⁹

2.3.1 «Sakens dokumenter»

Retten til dokumentinnsyn kan avgrenses etter to linjer. Innsynet er for det første avgrenset ved at kun opplysninger som regnes som en del av «sakens dokumenter» kan kreves innsyn i.⁵⁰ Anses eller defineres dokumenter til ikke å være sakens dokumenter, faller innsynsretten bort. Det er da ikke nødvendig å foreta en vurdering av om unntakene kommer til anvendelse. Begrepet innebærer således en begrensning av innsynsretten. Den andre linje er at det «etter en interesseavveining er bestemt at innsyn på nærmere bestemte vilkår, for tiden eller varig, kan nektes i enkelte typer saksopplysninger eller dokumenter».⁵¹

Begrepet «sakens dokumenter» er altså avgjørende for hva som er gjenstand for innsyn etter de bestemmelser som gir rett til innsyn. Gjenstanden for innsyn er dermed som utgangspunkt den

42 Jf bla Rt 1993,1142, Rt 1995,1054 og Rt 2005,110

43 NOU 2009:15 26.2

44 Jf Strpl § 94

45 Jf § 242 (1)

46 Jf § 242 (2)

47 Jf § 242 (1) 2 pkt.

48 Jf Rt. 2006,157

49 Jf oppgaven flg.

50 Jf Strpl § 242 (1)

51 Andenæs (2009) s.268/269

samme på alle stadier, med unntak av kommunikasjonskontroll.⁵² Unntakene er derimot forskjellige på de ulike stadier av rettergangen.

Hensynene som taler for at siktede gis innsynsrett taler for at det ikke trekkes for snevre grenser for hva som anses som en del av «sakens dokumenter». For mistenkte er det viktig å kunne forsvare seg mot påtalemyndighetens anførsler da disse ofte utgjør viktige bevis i saken. Videre kan innsyn være avgjørende også der påtalemyndigheten vurderer opplysningene til ikke å benyttes som bevis. Mistenkte og hans forsvarer kan vurdere opplysningene annerledes enn påtalemyndigheten og på den måten bringe nytt lys over saken. I tillegg kan innsynsretten fungere som en kontrollmekanisme mot at påtalemyndigheten overser opplysninger og at disse faktisk har betydning for saken.⁵³

På den andre siden vil det også foreligge hensyn som taler mot innsyn. Blant annet at etterforskningen kan ta skade av at mistenkte gis innsyn i straffesaksdokumentene, eksempelvis hvor det er fare for at siktede vil korrigere sin forklaring etter det som fremgår av dokumentene eller hvor det er fare for bevisforspillelse.

2.3.1.1 Hva er et «dokument»?

I juridisk teori, ved Bjerke og Keiserud, er det hevdet at dokumentbegrepet bør tolkes på samme måte som reglene i forvaltningsloven og offentlighetsloven om dokumentinnsyn.⁵⁴

Etter lovendringen ble definisjonen av dokumentbegrepet i forvaltningsloven § 2(1) og offentlighetsloven § 3 endret til å omfatte lyd og videoopptak, e-post og datafiler mv. Følgelig er det ikke lenger like store forskjeller mellom det offentlige og -/forvaltningsrettslige dokumentbegrep og det strafferettslige dokumentbegrep. I så måte er Bjerke og Keiserud sitt syn holdbart ettersom det ikke lenger er nødvendig å tillegge det strafferettslige dokumentbegrep en utvidende tolkning.

Hensynene som taler for dokumentinnsyn er imidlertid sterkere ved innsyn i en straffesak enn i en forvaltningssak. Det kan på denne bakgrunn likevel være grunn til å opprettholde et videre dokumentbegrep. Dette fordi det er ansett viktigere med en materielt riktig avgjørelse i en straffesak enn i en forvaltningssak som ikke er like inngripende overfor en privatperson.⁵⁵

Det er videre av viktighet å fastlegge hva som er å anse som «ett» dokument da dette vil ha betydning for de enkelte unntakene fra innsynsretten i § 242 som gjør unntak for dokumentet i sin helhet. Kommer man til at det er tale om flere dokumenter i stedet for ett, må vilkårene for å nekte innsyn være oppfylt for hvert av disse dokumentene.⁵⁶

Reglene om dokumentfortegnelse og nummerering av dokumentene viser at dokumentene utgjør en enhet. Sakens «dokument» er de dokument som er samlet i dokumentomslaget. Dette utgjør en enhet, og politi og påtalemyndighet kan ikke på skjønnsmessig grunnlag velge å ta ut dokumenter som er lagt inn i omslaget, eller bare legge frem visse deler av dokumentene for retten.⁵⁷ Man vil ellers ikke vite om det er dokumenter som går motsatt retning. I Rt.2004,1642 uttalte Høyesterett at «det sier seg selv at bevismateriale av betydning ikke kan holdes utenfor innsynsretten utelukkende

52 Se «Kommunikasjonskontroll» pkt 2.4.1

53 Magnussen (2005) s.21

54 Norsk Lovkommentar v/ Bjerke & Keiserud II

55 Magnussen (2005) s.27

56 Ibid.

57 Jf Rt.1993,1121 (1126-27)

ved at det ikke føres i dokumentfortegnelsen».⁵⁸

Politiet har altså en dokumentasjonsplikt. Blant annet er det fastlagt i strpl §§ 157, 175, 205 og 222a at det ved bruk av tvangsmidler, på grunnlag av beslutning fra påtalemyndigheten, enten skal gjøres skriftlig eller nedtegnes så snart som mulig. Videre har politiet plikt til å utarbeide rapporter om avhør.⁵⁹ Plikten til å utarbeide rapporter er viktig da disse er avgjørende for politiets arbeid. Dokumentene er sentrale ved avgjørelsen av tiltalespørsmålet og som bevis i saken. Videre er dokumentasjon viktig for at det skal kunne føres kontroll med at politiets etterforskning ligger innenfor det lovlige, og at denne har vært tilstrekkelig omfattende og grundig.⁶⁰

Avgjørende etter dette blir dermed hvilke dokumenter, utover de som er ført i dokumentlisten, som er en del av «sakens dokumenter».

2.3.1.1.1 Interne dokument

Dokumentasjonsplikten gjelder bare etterforskningskritt som er foretatt, og ikke hva politiet planlegger å gjøre.⁶¹ I praksis er det lagt til grunn at andre dokumenter av ren intern karakter, som korrespondanse, notater, og taktiske vurderinger, kan unntas innsyn.⁶²

2.3.1.1.2 Påtalemyndighetens innstillinger

Videre vil innstillinger fra underordnet til overordnet påtalemyndighet også falle utenfor dokumentbegrepet i § 242, jf Bjugn-saken, hvor statsadvokatens innstilling til riksadvokaten om påtalespørsmålet ble unntatt innsynsretten.⁶³ Synspunktet er at slike innstillinger ikke er beviser, men vurderinger og overveielser og at påtalemyndigheten har et behov for å kunne kommunisere uforstyrret seg i mellom. Skriftlige vurderinger av det foreliggende etterforskningsmateriale som underordnet påtalemyndighet foretar i innstilling til overordnet myndighet anses dermed ikke som "sakens dokumenter". Høyesterett har lagt vekt på at påtalemyndigheten har et klart behov for å kunne arbeide internt og uforstyrret med egne vurderinger før det tas beslutninger som meddeles utad, og uttalte videre at begrepet omfatter de av politiets dokumenter som inneholder opplysninger og bevis vedrørende selve saksforholdet i vid forstand.⁶⁴

Det er følgelig lagt vekt på at interne vurderinger skal kunne foregå fritt i etterforskningen, uten at politi og påtalemyndighet skal kunne bli konfrontert med sine standpunkter i ettertid og at det vil skapes tvil om påtalemyndighetens standpunkt utad. Fordelen er at det vil bidra til kvalitet i etterforskningen og dermed til mistenktes rettsikkerhet ved at politiet får arbeidsro uten frykt for at deres interne vurderinger og synspunkt vil kunne problematiseres i ettertid.⁶⁵

58 Jf (11)

59 Jf Strpl § 230

60 Williksen/Bjerknes (2005) s.36 v/ Magnussen (2005) s.29

61 Jf Rt.1999,498

62 Jf feks RG.1998,992

63 Jf Rt 1993,1077

64 Ibid. (1081)

65 NOU 2009:15 26.7.2

2.3.1.1.3 Arbeidsnotater

Et annet problem i praksis har vært om politiet har adgang til å vurdere hva som i det hele tatt skal gjøres til et dokument i saken. Et eksempel er såkalte tysteropplysninger som bare skal brukes som utgangspunkt for etterforskning.

Det er antatt at politiet har «en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt arbeidsnotater om tips som mottas fra publikum, tysteropplysninger mv. skal gjøres til saksdokumenter og dermed falle inn under § 242, eller om de bare skal brukes som utgangspunkt for etterforskningen...». ⁶⁶ En forutsetning er at påtalemyndigheten ikke har lagt frem dokumentet i rettsmøte. ⁶⁷ I en dom fra 1993 forutsetter Høyesterett at hvert enkelt dokument det er tale om, må vurderes selvstendig og konkret. ⁶⁸ Noe som forøvrig gjelder generelt i relasjon til strpl. § 242 om nektet innsyn for mistenkte og forsvareren. ⁶⁹ Dette samsvarer også godt med den vurdering EMK har lagt til grunn i praksis. ⁷⁰

I Rt.2003,887 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at det følger både av tradisjonell norsk rett og EMK artikkel 5 og 6 at adgangen til helt eller delvis å nekte dokumentinnsyn etter § 242 må balanseres og begrenses av hensyn til siktedes prosessuelle rettigheter. Det ble uttalt at «mens det ofte vil være grunnlag for nektelse av dokumentinnsyn på de tidligere stadier av etterforskningen, vil kravet om dokumentinnsyn stå sterkere etterhvert som tiden går». Dette bekreftes i Rt.2008,378 hvor det uttales at kravet kan tenkes oppfylt ved at saksdokumentene gjøres kjent for forsvarer og at utformingen av siktelsen vil ha en viss betydning for om dokumentinnsyn er nødvendig.

Etter rettspraksis er det altså politiet og påtalemyndighetens subjektive vurderinger av saken som kan unntas innsynsrett. Derimot synes det som at faktiske opplysninger som kan ha betydning som bevis og ikke finnes andre steder i saksdokumentene, ikke kan unntas. Videre er det av betydning på hvilket stadium i saken det kreves innsyn i straffesaksdokumentene.

2.3.1.2 Når blir noe et dokument i en «sak»?

Gjenstand for innsyn er «sakens» dokumenter, men bare for så vidt gjelder ens egen straffesak, ikke andre mistenktes forhold. ⁷¹ I utgangspunktet trekkes grensen for hva som anses som en sak ut fra det straffbare forhold som er under etterforskning, eller det forhold det er tatt ut tiltale for. ⁷² ⁷³ Det har imidlertid i den senere tid vært omtvistet i praksis hva som danner utgangspunktet for når «saken» starter.

Årsaken til at det er nødvendig å trekke et slikt skille er at det er bestemmende for hvem som har ansvaret og for hvilke regler som kommer til anvendelse. ⁷⁴ Dersom et tiltak politiet iverksetter anses som etterforskning kommer straffeprosessloven til anvendelse. ⁷⁵ Er det derimot ikke en

⁶⁶ Jf Rt.1993,1121, samt Rt.2003,648 og Rt.2004,1642 avsnitt 14

⁶⁷ Jf Rt.2004,1080.

⁶⁸ Rt.1993,1121 (1127)

⁶⁹ se Rt.1998,1853

⁷⁰ se «relevansvurderingen» pkt 3.1 flg

⁷¹ Jf § 242(3)

⁷² Jf § 224

⁷³ Jf § 252

⁷⁴ Magnussen (2005) s.37

⁷⁵ Jf § 224

etterforskning, men etterretning politiet utfører, er det politiloven som gjelder.⁷⁶

2.3.1.2.1 Skille mellom etterforskning og etterretning

Utgangspunktet er at en «sak» vil løpe fra det tidspunkt etterforskningen igangsettes. Altså der vilkårene i strpl § 224 anses oppfylt.

Grensen mellom etterforskning og etterretning trekkes i norsk rett etter formålsbetraktninger.⁷⁷ Det fremgår også av ordlyden i strpl § 226 (1) at formålsbetraktninger er avgjørende. Dersom formålet med å iverksette tiltak er å avdekke om et straffbart forhold finner eller har funnet sted, og i tilfelle hvor, når og hvem som er ansvarlig, vil tiltaket være å anse som etterforskning.⁷⁹ Mens der politiet innhenter informasjon eller lignende uten at det eksisterer noen konkret sak eller mistanke, og formålet eksempelvis er å forebygge lovbrudd, vil virksomheten derimot reguleres av politiloven § 2 nr 2. For eksempel i de tilfeller politiet spaner er det formålet med spaningen som avgjør hvorvidt det er etterforskning eller etterretning.

Problemet oppstår hvor opplysninger innhentet ved spaning danner grunnlaget for etterforskningen. I et slikt tilfelle vil dokumentene fra spaningen ikke være å anse som en del av «sakens» dokumenter etter strpl §242.

I juridisk teori hevdes det at spørsmålet avhenger av den nærmere situasjonen. Forestår etterforskningen av annet personell enn dem som gjennomførte den forebyggende tjenesten, vil det finne sted en overføring av opplysninger. Opplysningene som overføres etterforskerne vil i forhold til dem anses ervervet i straffesak og straffeprosessloven vil gjelde. For de tjenestemenn som opprinnelig innhentet opplysningene er det imidlertid forvaltningsloven som gjelder.⁸⁰

Hvor ulike typer virksomhet foretas av de samme tjenestemenn må det imidlertid foretas et valg mellom regelsett. Myhrer hevder løsningen må bli at «for opplysninger som inngår i straffesaken må straffeprosesslovens regler anvendes, selv om tjenestemannen rent faktisk har fått kjennskap til dem i en tjeneste hvor taushetsplikten reguleres av forvaltningsloven».⁸¹ Avgjørende vil da ikke være hvorvidt formålet med informasjonsinnhenting var etterforskning, men i stedet hvorvidt opplysningene inngår i straffesaken.

Også reelle hensyn taler for at etterforskningsbegrepet ikke kan være avgjørende. For mistenkte er det innholdet i opplysningene som er interessant, ikke hvilket formål politiets virksomhet hadde da opplysningene kom frem. Det er liten grunn til å unnta opplysninger av betydning for straffesaken mot mistenkte kun fordi disse ikke er innhentet under etterforskningen.

Hvorvidt mistenkte har rett til innsyn i dokumenter innhentet som ledd i forebyggende virksomhet og som ikke er tatt inn i etterforskingssaken er nå behandlet i rettspraksis. Senest i 2009 kom Høyesterett til, under henvisning til at det er forskjell mellom PST sin forebyggende og etterforskende virksomhet, at straffeprosessloven ikke hjemler innsyn i PST sine forebyggende saker.⁸² Der en forvaltningssak danner grunnlag for etterforskning vil ikke forvaltningsorganets

76 Jf Politiloven § 2

77 NOU 1997:15 side 51

78 Myhrer (2001) s.8

79 Riksadvokatens rundskriv 22/1271999 (RA-1993-3) Kapittel II pkt 2)

80 Lola Magnussen (2005) s.38 v/ Myhrer (2001) s.341-342

81 Myhrer (2001) s. 342

82 Jf Rt.2009,1075 (28 flg)

dokumenter som ikke er oversendt politiet inngå i straffesaksdokumentene. Som sikkerhetsmyndighet driver ikke PST noen etterforskning mot en siktet i straffeprosesslovens forstand før det eventuelt innleveres en anmeldelse og det tas en beslutning om å innlede etterforskning.

Retten til innsyn etter § 242 oppstår etter dette først når politiets informasjonsinnhenting er å anse som etterforskning. I de tilfeller politiets forebyggende virksomhet går over i etterforskning, vil den informasjonen som ble innhentet som ledd i den forebyggende virksomheten som utgangspunkt inngå i straffesakens dokumenter. Men dette gjelder kun den informasjonen som forvaltningsorganet oversender politiet. Følgelig er det avgjørende, hvorvidt dokumentene inngår i straffesaken mot den siktede.

2.4 Unntak

Innsynsretten kan, som nevnt, ikke gjelde ubegrenset. Etter Strpl § 242 (1) 1 pkt. reserveres innsynsretten mot «skade eller fare for etterforskningens øyemed». I første ledd annet punktum er det videre lagt til en begrensning hvor det heter at «innsyn i.. dokumenter som inneholder opplysninger fra kommunikasjonskontroll... kan også nektes dersom innsyn kan skade etterforskningen av andre saker».⁸³

Første punktum fastslår at en begjæring om dokumentinnsyn kan avslås dersom innsyn kan skade etterforskningen av *vedkommende sak*, mens annet punkt tar særlig sikte på at en begjæring om innsyn i dokumenter som inneholder opplysninger fra kommunikasjonskontroll, kan nektes dersom innsyn vil kunne skade etterforskningen av *andre saker*.

Etter forarbeidene er det faren for bevisforspillelse det siktes til.⁸⁴ Fra rettspraksis er det særlig faren for at mistenkte skal kunne påvirke vitner eller andre mistenkte i saken til å fjerne bevis eller avgi uriktig forklaring som omfattes.⁸⁵ Også faren for at innsyn i saksdokumentene vil kunne påvirke mistenktes egen forklaring, der det i dokumentene eksempelvis ligger avhør av andre mistenkte, kan begrunne avslag på begjæring om dokumentinnsyn.⁸⁶

2.4.1 Kommunikasjonskontroll

Ved utvidelsen av § 242 (1) 2 pkt. om nektelse av dokumentinnsyn ved opplysninger fra kommunikasjonskontroll tok lovgiver særlig sikte på «situasjonen hvor to saker har tilknytning til hverandre, og hvor det vil skade etterforskningen i den ene saken om innsyn gis i den andre».⁸⁷ Forarbeidene peker på at det ofte vil kunne skade etterforskningen om det blir kjent at politiet har slike opplysninger. Unntaksregelen var ment som særlig praktisk i narkotikasaker, men er ikke utelukkende begrenset til slike.⁸⁸

Reglene om kommunikasjonskontroll tilgodeser altså hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Hensynet til siktedes rettsikkerhet og retten til kontradiksjon står mot

83 Jf § 242

84 Jf Innst. O. Nr 37 (1980-81) s.28

85 Rt.1993,1142.

86 Rt.1991,167,Rt.1995,1054 og Rt.2003,1125

87 Jf Ot.prp nr. 64 (1998-99) kap.23 (163-164)

88 Ibid.

personvern og hensynet til politiets etterforskning og beskyttelse av etterforskningsmetoder.

Partslikhetsprinsippet tilsier i de tilfeller påtalemyndigheten påberoper opplysninger fremkommet gjennom kommunikasjonskontroll besluttet overfor en eller flere personer, at siktede ikke bare må få rett til innsyn i det materiale som påtalemyndigheten påberoper, men også i det øvrige materiale som er fremkommet ved kommunikasjonskontrollen overfor disse personene. For siktede vil det være av interesse å se de opplysninger som påtalemyndigheten påberoper som bevis, i sammenheng med det som forøvrig har fremkommet gjennom kommunikasjonskontrollen.

Forholdet vil imidlertid stille seg annerledes i tilfelle hvor materialet som er fremkommet gjennom kommunikasjonskontrollen, ikke blir påberopt som bevis av påtalemyndigheten. Det er påtalemyndigheten som må føre bevis for siktedes skyld, og dersom påtalemyndigheten ikke påberoper noen del av kommunikasjonskontroll-materiale som bevis, vil siktede ikke ha det samme behov for innsyn i materiale som er fremkommet.

Ved avveiningen av siktedes behov for rettferdig rettergang og personvernet for de som er blitt berørt, kan det argumenteres med at hensynet til personvernet for de berørte vil gjøre seg gjeldende med større tyngde, særlig om den eller de som har kommunisert under kontrollen, er andre enn siktede selv. For disse vil det være av stor betydning at de opplysninger som fremkommer gjennom kontrollen blir holdt innenfor en snever personkrets.

På den annen side vil kravet til rettssikker behandling komme inn med stor tyngde. En siktet må gjennom sin forsvarer bli gitt en likeverdig mulighet som påtalemakten til å gjøre seg kjent med bevismateriale og forsvareren må ha mulighet til å vurdere hvilke deler av bevismateriale som er relevant. Dette er ikke noen mistillit til påtalemyndigheten sitt ønske om å legge frem relevant materiale, men forsvareren kan ha en annen innfallsvinkel og ha bedre forutsetninger for å finne frem til materiale som taler til den siktedes fordel.

Loggiver besluttet i 1992 at materiale fra kommunikasjonskontroll ikke skulle brukes som bevis under hovedforhandlingen. Dette med grunnlag i bekymringen for at etterforskningen av tilknyttede saker ville ta skade dersom tiltalte fikk innsyn i materiale fra telefonkontroll, og de rettssikkerhetsproblemer som ville oppstå dersom påtalemyndigheten alene skulle ha kontroll over om og i hvilken grad slik materiale skulle fremlegges som bevis.⁸⁹ Forbudet ble imidlertid opphevet ved lovendring i 1999, begrunnet i det materielle sannhetsprinsipp og hensynet til kontradiksjon.⁹⁰

Etter at kommunikasjonskontroll-opplysninger ble tillatt benyttet som bevis, oppsto spørsmålet om dokumentene fra kommunikasjonskontrollen var å regne som «sakens dokumenter» etter strpl § 242, selv om politiet ikke tar dem inn i den ordinære straffesaken og avstår fra å bruke kontrollopplysningene som bevis.⁹¹

2.4.1.1 På etterforskningsstadiet

I 2004 kom Høyesterett til, under henvisning til rettspraksis,⁹² at der dokumenter fra kommunikasjonskontroll ikke er benyttet under etterforskningen må de anses som interne og undergitt taushetsplikt.⁹³ Høyesterett uttalte at sammenhengen i regelverket og reelle hensyn taler

89 Jf NOU 1997: 15 s.71

90 Jf Ot.prp nr.64 (1998-99) s.61 flg

91 Andenæs (2009) s.269

92 Rt.1991,1018 og Rt.1991,1142

93 Jf Rt 2004,2023

sterkt for at så lenge opplysningene som stammer fra kommunikasjonskontroll ikke er brukt i etterforskningen, det vil si at de holdes interne, bør omfattes av taushetspliktreglene i § 216i og falle utenom de alminnelige innsynsreglene i § 242 (1).⁹⁴ Det ble lagt vekt på at en forutsetning for kommunikasjonskontroll som etterforskningsmetode, er at de som kommuniserer, ikke skal vite verken at de avlyttes eller hva som kommer ut av avlyttingen. Å gi mistenkte innsyn i kommunikasjonskontroll-materiale under en etterforskning, særlig der kommunikasjonskontroll fortsatt pågår «vil kunne skade etterforskningen i egen eller andres sak eller skade tredjemann. konsekvensen av et slikt innsyn..vil være at kommunikasjonskontrollen ofte må avbrytes».⁹⁵ Opplysningene var dermed ikke til hinder for bruk som ledd i etterforskningen av et straffbart forhold, herunder avhør av mistenkte eller som bevis for et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra.

Videre var retten av den oppfatning at også krav overfor retten om å få opplyst hvorvidt kommunikasjonskontroll var iverksatt ville vanskeliggjøre kommunikasjonskontrollen både for påtalemyndigheten og retten. Dette ble begrunnet i at behandlingen og grunnivningen måtte innrettes slik at «mistenkte ikke kan utlede noe om hvorvidt slik kontroll foregår. Samtidig vil det altså regelmessig være gitt at innsynsrett må nektes».⁹⁶

Selv om siktede ved innsyn i kommunikasjonskontroll vil kunne få en rettsavgjørelse om utstrekningen av sin innsynsrett var argumentet ikke tilstrekkelig til å slå igjennom mot konsekvensen av regelsettet, nemlig at opplysningene må holdes hemmelig av hensyn til formålet med etterforskningsmetoden.⁹⁷

Høyesterett opprettholdt beslutningen i 2008.⁹⁸ Der disse unntaksmulighetene er *tatt i bruk*⁹⁹ vil imidlertid opplysningene ikke lenger være undergitt samme taushetsplikt. Når slike opplysninger ble ansett for å være tatt i bruk ble likevel ikke sagt noe om.

2.4.1.2. Etter tiltale

Innsynsretten stiller seg annerledes etter tiltale er tatt ut og innsynet bedømmes etter § 264.¹⁰⁰ Høyesterett fremholdt da at tiltalte skulle ha tilgang på alt som var kontrollert av medtiltaltes kommunikasjon, selv om det dreide seg om opplysninger som åpenbart ikke hadde tilknytning til straffesaken. Hensynet til kontradiksjon måtte veie tyngre enn hensynet til etterforskningen og forsvareren må da få innsyn.

Etterforskningen vil ved doms stadiet være avsluttet og behovet for å beskytte denne vil dermed ikke være like stort. På den andre siden vil innsyn i opplysninger, fortsatt kunne være skadelig for politiets etterforskning og forfølgning av andre lovbrudd. Bakgrunnen er at for hensynet til tredjemann og politiets etterforskningsmetoder er det ikke den konkrete straffesaken som taler for nektelse av innsyn, men virkningene innsyn har på forhold utenfor saken som er det sentrale. Sannhetsprinsippet vil dermed også etter tiltale er tatt ut tale mot innsyn, dersom det er grunn til å tro at siktede vil bruke informasjonen til å forsøke å hindre etterforskningen eller påvirke vitner i forbindelse med saken mot ham.

94 Ibid.(32)

95 Ibid.(33)

96 Ibid.(34)

97 Ibid.(35)

98 Rt.2008,378

99 min utheving

100 Jf Rt 2005,1137 (66 flg)

Under hovedforhandlingen vil likevel hensynet til tiltaltes kontradiksjon stå sterkt. Hovedforhandlingen er tiltaltes siste mulighet til å imøtegå bevisene mot ham og vil veie opp for påtalemyndighetens vide fullmakter på etterforskningsstadiet. Også hensynet til partslikhet og sannhetsprinsippet er sentrale. Det at tiltalte får innsyn medfører at disse hensyn styrkes. Han får da bedre muligheter til å imøtegå påtalemyndighetens påstander og til å supplere materiale. Også fordi forsvarer kan ha en annen innfallsvinkel enn påtalemyndigheten bør innsyn gis, også i de deler av materiale påtalemyndigheten ikke ønsker å legge frem for retten. Dette leder til større likestilling mellom partene og til at mulighetene for å få sannheten frem øker.¹⁰¹

Etter rettspraksis er følgelig «sakens dokumenter» snevrere på etterforskningsstadiet ved at begrepet ikke omfatter opplysninger som er fremkommet gjennom kommunikasjonskontroll, og som ikke er tatt i bruk under etterforskningen. Hensynet til etterforskningen og politiets metoder er dermed ansett som viktigere å ivareta enn hensynet til siktedes kontradiksjon så tidlig i etterforskningen.

2.4.2 Ressurs og prioritets hensyn

I rettspraksis er det også åpnet for at påtalemyndigheten har anledning til å avslå begjæring om dokumentinnsyn på grunnlag av ressurs og prioritets hensyn uten å foreta den konkrete vurderingen § 242 legger opp til om «skade eller fare for etterforskningens øyemed».¹⁰²

Ettersom den aktuelle saken var av stor karakter med omfattende dokumentmengde og mulig straffansvar for et større antall personer måtte hensynet til kontradiksjon vike for andre presserende arbeidsoppgaver i en innledende fase av etterforskningen.¹⁰³ For en periode kunne dermed innsynsretten unntas mistenkte.

Høyesterett uttalte at «ressursspørsmål er et moment i den konkrete avveiningen mellom mistenktes og påtalemyndighetens interesser». Blant de relevante momenter ved vurderingene av mistenktes rettigheter måtte det foretas en avveining hvor vekten av hensyn kunne endres over tid. Det ble uttalt at det vil være relevant å ta i betraktning behovet for innsyn og på hvilket stadium etterforskningen befinner seg, herunder dens konsekvenser for mistenkte og om det anvendes tvangsmidler. Retten mente det var «en belastning å være under mistanke, særlig når mistenkte ikke er gjort kjent med hvilke straffbare forhold mistanken gjelder. Lang tid i seg selv kan derfor også få betydning». Hvilken vekt de forskjellige momenter har måtte derfor vurderes konkret.¹⁰⁴

Hensynene som taler mot innsynsrett, hensynet til etterforskningen, tredjemann og hensynet til politiets fremtidige bruk av etterforskningsmetoder vil på etterforskningsstadiet ofte veie tyngre enn på de senere stadier, særlig gjelder dette hensynet til etterforskningen.¹⁰⁵ Dette blir begrunnet i at etterforskningen vil kunne ta skade av at mistenkte får innsyn, særlig på et tidlig stadium og i kompliserte saker.

Spesielt der mistenkte fremstilles for varetekt må kontradiksjonsprinsippet likevel ivaretas på etterforskningsstadiet slik at vedkommende får mulighet til å imøtegå påtalemyndighetens syn. Har mistenkte vært under etterforskning over lengre tid vil han eller hun ha stor interesse i å få avkreftet mistanken. Får mistenkte innsyn i straffesaksdokumentene vil han eller hun kunne bli oppmerksom

101 Magnussen (2005) s.128

102 Jf Rt.2004,1308

103 Ibid.(37)

104 Ibid.(38)

105 Magnussen (2005) s.61

på forhold som tilsier at det iverksettes ytterligere undersøkelser, men som politiet har oversett.¹⁰⁶ Dette kan bidra til at man får frem nye opplysninger av betydning for saken.

Senest i 2011 la Høyesterett vekt på nettopp dette.¹⁰⁷ Saken gjaldt en teleanalyse av trafikkdata hvor rådataene ikke hadde blitt fremlagt for forsvareren eller retten. Da vedkommende var varetektsfengslet var dokumentene ansett å ha åpenbar betydning for fengslings spørsmålet. Man var ikke lenger i en innledende fase av etterforskningen. Hensynet til siktedes kontradiksjon ble ansett å ha større vekt enn påtalemyndighetens ressurs og prioriterings hensyn. Siktede ved sin forsvarer måtte etter dette ha innsynsrett i dokumentene.

Graden av hensynet til politiets ressurser og prioritet vil dermed avhenge av stadiet i etterforskningen man er på ved bruk av kommunikasjonskontroll. Som tidligere nevnt, og med støtte i rettspraksis, vil hensynet til kontradiksjon og siktedes rettsikkerhet i større grad gjøre seg gjeldende desto lenger ut i etterforskningen man kommer. Siktede vil ved et fengslingsmøte ha større interesser av å få innsyn i dokumentene ettersom han er avhengig av å forsvare seg mot grunnlaget for fengslingen eventuelt komme med tilleggsopplysninger som bringer saken i et nytt lys. Det materielle sannhetsprinsipp og objektivitetsprinsippet vil dermed slå igjennom overfor politiets hensyn til ressurser.

2.4.3 Særlig om beskyttelse av politiets etterforskningsmetoder etter Strpl § 242a

Etter § 242a litra c kan påtalemyndigheten ved rettens kjennelse «nekte den mistenkte og forsvareren innsyn i opplysninger som påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis i saken» der det kan være «fare for at muligheten for politiet til å forebygge eller etterforske forbrytelser..blir vesentlig vanskeliggjort fordi informasjon om andre saker eller om politiets metodebruk blir kjent...»

Hovedbegrunnelsen for eventuelt å nekte dokumentinnsyn etter § 242a er et ønske om å beskytte politiets kilder og informanter, gjenbruksverdien av politifolk som har deltatt skjult i etterforskningen, politiets generelle metodebruk og opplysninger om andre straffesaker.¹⁰⁸

Ettersom påtalemyndigheten kan unnta opplysninger av den grunn at de ikke vil føre dem som bevis er det tatt inn et krav om at slike dokumenter kun kan unntas i tilfeller som omhandler alvorlige forbrytelser.¹⁰⁹ For siktede kan det imidlertid være like viktig å få innsyn i disse opplysningene. Siktede kan for eksempel vurdere betydningen av opplysningene annerledes enn påtalemyndigheten. Dette fremheves også i forarbeidene.¹¹⁰

I motsetning til hva som gjelder for unntakene i § 242 (1)1pkt vil begrensninger etter § 242a gjelde på alle stadier av saken.¹¹¹ Bestemmelsen vil imidlertid ha ulik betydning på de forskjellige stadiene. På etterforskningsstadiet vil man ha dobbel hjemmel for å unnta dokumenter fra innsyn som blant annet ved beskyttelse av politiets etterforskningsmetoder etter § 242 (1) 2 pkt og 242a (1) bokstav c. På domstols-stadiet har § 242a derimot større selvstendig betydning. Bestemmelsen gir også beskyttelse av skjulte etterforskningsmetoder som sporing i § 202 og kommunikasjonskontroll i § 216. Disse skjulte tvangsmidlene har dermed også dobbel hjemmel på etterforskningsstadiet.

106 Ibid

107 Rt.2011,1457

108 Ot.prp nr. 24 (2002-2003) s.27 flg og 69 flg samt Innst.O. nr.73 (2002-2003)

109 Jf § 242a (3)

110 Ibid s.21

111 Magnussen (2005) s.84

Bestemmelsen i § 242a (1) litra c beskytter altså politiets generelle kriminalitetsbekjempende arbeid i motsetning til § 242 (1) 1 pkt som beskytter politiets etterforskning i den nærværende sak.

Etter forarbeidene er det kun adgang til å nekte innsyn dersom årsaken til dette enten er at informasjonen om andre saker blir kjent, eller at informasjonen om politiets metodebruk blir kjent. Når det gjelder metodebruk uttales det i forarbeidene at det for det første må dreie seg om opplysninger som ikke er alminnelig kjent fra før.¹¹² Videre må metoden være såpass viktig at det vil kunne ha vesentlige skadevirkninger at den blir kjent.

I forarbeidene nevnes «saker mot flere aktører i samme sakskompleks» som eksempel på når alternativet om andre saker vil være aktuelt.¹¹³ Skaden vil da kunne skje ved at den siktede gjør de andre aktørene oppmerksom på at de er mistenkt, slikt at de kan ta nødvendige forholdsregler.¹¹⁴

I tillegg til de 'informasjons-forebyggende' alternativ kommer det inn et farekriterium, hvor retten må vurdere betydningen av at siktede får opplysningene, og risikoen for at de blir spredt hvis de blir kjent i en sak.¹¹⁵ Hensynet til kontradiksjon veies altså opp mot hensynet til politiets etterforskning. Momenter ved vurderingen vil være sakens art og omfang og hva slags miljø den siktede tilhører.

Videre har lovgiver oppstilt to skjønnsmessige tilleggsvilkår. Nektet innsyn må være «strengt nødvendig» og ikke medføre «vesentlige betenkeligheter av hensyn til siktedes forsvar».¹¹⁶

Vilkåret «strengt nødvendig» samsvarer med EMK art 6 hvor det i flere saker er åpnet for unntak fra innsynsregelen dersom det anses strengt nødvendig. Anvendelsen av vilkåret «strictly necessary» gir imidlertid EMD sin praksis liten veiledning om. Dette skyldes at EMD ved vurderingen av om nektet innsyn er i strid med EMK, ikke anser det for sin oppgave å foreta vurderingen av om nektet innsyn er «strengt nødvendig». Dette fordi de nasjonale domstolene anses bedre egnet til å gjøre dette, da det som hovedregel er de nasjonale domstolene som vurderer bevisene.

EMD har ikke uttrykkelig oppstilt et vilkår tilsvarende «vesentlig betenkelig av hensyn til den siktedes forsvar». Jf § 242a (1) litra c. Hensynet til siktedes forsvar vil likevel være sentralt i vurderingen av om rettergangen er rettferdig.

Etter forarbeidene skal det foretas en forholdsmessig totalvurdering av om innsyn bør nektes.¹¹⁷ Vurderingstemaet er hvilken betydning opplysningene har for siktedes forsvar. Utgangspunktet for vurderingen er ifølge forarbeidene om opplysningene er av en slik art at forsvaret vil være tjent med å få tilgang til dem.¹¹⁸

Hensynet til siktedes behov for kontradiksjon vil da veie tyngre enn de hensyn som taler for nektet innsyn, herunder hensynet til politiets etterforskningsmetoder. Forsvarets nytte av opplysningene kan for eksempel ligge i at de på bakgrunn av disse vil kunne settes i stand til å se andre forhold som taler til siktedes fordel.

Ved at det er domstolen som må vurdere hvorvidt disse vilkårene er oppfylt sikrer lovgiver at påtalemyndigheten ikke alene vurderer opplysningenes betydning for saken. Dette er også en

112 Ot.prp nr.24 (2002-2003) s.72

113 Ibid s.71

114 Magnussen (2005) s.99

115 Ot.prp nr.24 (2002-2003) s.72

116 Jf § 242a (1) siste pkt

117 Ot.prp. nr.24 (2002-2003) s.49

118 Ibid. s.73

sikkerhet mot at politiet forsøker å holde tilbake viktige bevis.¹¹⁹

Kravet samsvarer også med EMK kravet om kontroll ved nektelse av siktedes innsynsrett i straffesaksdokumentene¹²⁰. Viktigheten av domstolskontroll må her anses å være av stor betydning da det er opplysninger påtalemyndigheten ikke vil bruke som bevis, men som er gjennomgått. EMK har i praksis uttalt at siktede skal ha innsyn hvor påtalemyndigheten har gått gjennom opplysningene.

En forutsetning for å benytte skjulte tvangsmidler er som nevnt at mistenkte ikke har kunnskap om at de brukes.¹²¹ Hensynet til politiets fremtidige bruk av etterforskningsmetoder vil kunne tilsi at det bør gis muligheter til å hindre at informasjon om disse sprer seg til kriminelle miljø. Noe som vil kunne medføre at det vil bli enklere for gjerningspersonene å hindre at kriminelle handlinger avdekkes. Videre vil hensynet til en effektiv prosess kunne tilsi at innsynet begrenses.

2.4.4 Speilkopiering

Ulike hensyn har vist å gjøre seg gjeldende av ulik grad på de forskjellige stadier av etterforskningen. Vektingen av de legislative hensyn som begrunner siktedes rett til innsyn vil imidlertid også kunne variere etter hva slags tvangsmidler påtalemyndigheten benytter seg av, da spesielt sett i lys av inngrepets styrke, hensynet til personvern og påtalemyndighetens ressurser.

Bevis som finnes i datalagret informasjon kan ha stor betydning i straffesaker. Moderne kommunikasjon foregår elektronisk og på en slik måte at mesteparten av den informasjon som produseres kun finnes datalagret. Eksempler på slikt materiale er epost eller elektroniske dokumenter, brukt ved eksempelvis databedrageri eller «grooming». Det er derfor åpenbart at datasystemer inneholder informasjon som kan ha betydning som bevis i straffesaker, og at dette er bevis som ikke kan finnes eller dokumenteres på noen annen måte enn å analysere datasystemer.

Samtidig er det slik at bevis som er lagret i datasystemer er svært sårbare. Datafiler kan enkelt kopieres, flyttes, manipuleres og slettes. Dette medfører at man bør bruke spesielle fremgangsmåter ved sikring og analyse av bevis som er lagret i et datasystem. Løsningen som er blitt utviklet som svar på denne utfordringen er å bruke en teknikk som kalles speilkopiering.¹²² Dersom vilkårene for det er oppfylt, kan politiet ransake og beslaglegge informasjon på datamaskinen ved å «speile»- det vil si - kopiere - aktuell informasjon på harddisken. På den måten vil politiet kunne skaffe seg tilgang til informasjon som både relaterer seg til kommunikasjon og annen usendt, sensitiv eller privat informasjon mv, og til en viss grad også informasjon som mistenkte har ment å slette.¹²³ Politiet kan derfor i dag i prinsippet skaffe seg tilgang til all informasjon for eksempel i en datamaskin gjennom reglene om hemmelig ransaking og beslag.

Høyesterett har tidligere ikke tatt stilling til om «sakens dokumenter» omfatter speilkopier. I Rt.2011,1744 krevde imidlertid tiltalte innsyn i speilkopier som politiet hadde tatt av beslaglagte harddisker og andre elektroniske lagringsmedier (databærere) som tilhørte medtaltale, andre mistenkte og vitner. Høyesterett kom til at formuleringen "sakens dokumenter" bare omfattet de dokumenter som politiet faktisk hadde hentet ut, og ikke alle dokumenter i speilkopiene i motsetning til ved opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll. På grunn av den store

119 Magnussen (2005) s.103

120 Se pkt 3.2.3.2

121 Jf Rt.2004,2023 (33)

122 Willassen (2006)

123 NOU 2009:15 23.2.2

filmengden hadde ikke politiet, praktisk mulighet til å gå igjennom alt. Informasjonsinnhenting ble derfor foretatt med målrettet søk basert på filtype, stikkord og lagringssted.

Hverken ordlyden eller formålet i bestemmelsen kunne gi klart svar på om innsyn kunne kreves i dokumentene som ikke var gjennomgått av politiet. Høyesterett måtte derfor søke svar i de legislative hensyn.

Ettersom det var tale om databærere som tilhørte tredjemenn måtte personvernet gjøre seg gjeldende i det speilkopier normalt vil inneholde privat materiale. Hensynet ville stilt seg annerledes ved innsyn i tiltaltes egen databærer i det tiltalte normalt vil ha originalen for hånden. Personvernens hensynet ville da ikke gjort seg gjeldene i samme grad.

På den andre siden vil hensynet til kontradiksjon og partslikhet generelt kunne tilsi at tiltalte skal ha utstrakt innsynsrett. Men ettersom tiltalte hadde fått innsyn i de dokumenter som var uthentet av speilkopierne, hadde han tilgang til de samme dokumenter som politiet. Tiltalte «vil således under den videre behandling av straffesaken sitte på det samme materiale politiet har».¹²⁴ Hensynet til partslikhet og kontradiksjon var i så måte ivaretatt.

Høyesterett har i saker om kommunikasjonskontroll fremholdt at tiltalte skal ha tilgang på alt som er kontrollert av medtiltalte sin kommunikasjon, selv om det dreier seg om opplysninger som åpenbart ikke har tilknytning til straffesaken.¹²⁵

Om overføringsverdien fra saker om kommunikasjonskontroll uttalte imidlertid Høyesterett at dette ikke hadde noen særlig overføringsverdi. «For kommunikasjonskontroll er det etablert et eget regelverk. Slik kontroll må normalt besluttes av retten og det kreves at strenge vilkår er oppfylt...I motsetning til hva som gjelder for speilkopier, vil politiet dessuten sette seg inn i all den kommunikasjon som kontrolleres; tungtveiende hensyn tilsier da at også forvarer får sette seg inn i dette».¹²⁶ Videre var innsynsretten ikke i strid med EMK art 6. Dokumentene som ikke er hentet ut av politiet ble ikke ansett å omfattes av «material evidence».¹²⁷

Følgelig er det en forskjell mellom speilkopiering og kommunikasjonskontroll forøvrig. Speilkopiering er en måte å sikre at alle filer, også de skjulte, blir gjort tilgjengelig for granskning ved beslag av mistenktes databærer. Et beslag gjøres ikke i det skjulte i motsetning til ved kommunikasjonskontroll.

Kommunikasjonskontroll må videre besluttes av retten,¹²⁸ mens beslag kan gjøres på initiativ fra påtalemyndigheten.¹²⁹ Videre kreves det at strenge vilkår er oppfylt dersom kommunikasjonskontroll skal kunne gjennomføres. Påtalemyndigheten setter seg da inn i all informasjon som fremkommer som følge av kommunikasjonskontrollen. Noe som ikke er en selvfølge ved speilkopiering. Som retten påpeker er det mer kostnadseffektivt å benytte presise søk i form av filtyper, stikkord og lagringssted. Politiet vil altså ikke rekke igjennom all informasjon.

Hensynet til partslikhet taler dermed for at siktede får innsyn i den mengde informasjon politiet har fått tilgang til. Kontradiksjonsprinsippet vil i så måte være ivaretatt i tilstrekkelig grad, også sett opp i mot EMK art 6 og EMD's praksis.¹³⁰

124 Rt.2011,1744 (41)

125 Rt.2005,1137, se pkt 2.4.1

126 Rt.2011,1744 (46)

127 Rowe mot Storbritannia. 16/02/2000. Se om Innsynsretten etter EMK under pkt 3.

128 Jf Strpl. § 216a

129 Jf Strpl § 203

130 Jf bla Rowe & Davis mot Storbritannia. 16/02/2000

2.4.5 Innsyn i andre straffesaker

Som nevnt vil det som et utgangspunkt trekkes en grense for hva som anses som en sak ut fra det straffbare forhold som er under etterforskning, eller det forhold det er tatt ut tiltale for. Problem kan imidlertid også oppstå hvor det er tale om flere siktede eller flere lovbrudd.

Etter Strpl § 242 (4) gjelder ikke innsynsretten «dokumenter som bare gjelder andre mistenktes forhold».¹³¹ Denne unntaksretten gjelder selv om de aktuelle dokumentene er fremlagt i rettsmøte.¹³²

2.4.5.1 Flere siktede, men ett straffbart forhold

Dokumentinnsyn som kreves hvor det er flere siktede, men kun ett straffbart forhold er mindre problematisk. Etter forarbeidene er det avgjørende om dokumentene har betydning for vedkommende selv.¹³³ På bakgrunn av forarbeidene ble det i rettspraksis slått fast at det siktede og forsvarer har krav på, er innsyn i de dokumentene som gjelder siktedes sak.¹³⁴

I Rt.2006,157 ble det uttalt at der «dreier det seg om ett straffbart forhold med flere siktede, er lovens utgangspunkt at alle har innsyn i samtlige av sakens dokumenter med unntak for dokumenter som bare gjelder andre siktedes forhold». I saker med flere siktede må det dermed foretas en konkret vurdering av om det aktuelle dokumentet angår vedkommendes sak. På bakgrunn av ordlyden og det utgangspunkt som er oppstilt i Høyesteretts praksis må det kunne sluttet at siktede bør gis innsyn dersom det er noen som helst tvil om dokumentet kan være relevant for vedkommendes sak. Følgelig er det ikke en høy terskel for at siktede skal kunne kreve innsyn i dokument om andre mistenktes forhold.

Det samme er lagt til grunn for dokumenter knyttet til begjæring om kommunikasjonskontroll.¹³⁵ Er for eksempel kommunikasjonskontroll benyttet overfor andre mistenkte, men omhandler siktedes forhold vil det kunne kreves innsyn i disse dokumentene. Så fremt disse er blitt tatt i bruk under etterforskningen¹³⁶ eller dersom vedkommende er tiltalt vil alt materiale kunne kreves fremlagt i retten. Hensynet til siktedes kontradiksjon slår altså igjennom overfor personvern hensyn.

2.4.5.2 Flere straffbare forhold

For de tilknyttede saker er det større tvil om hva som anses som «sakens dokumenter» . Problemstillingen er om alle opplysningene fra den saken som har gitt foranledning til etterforskningen, er å regne som «sakens dokumenter» i den nye sak.¹³⁷

I rettspraksis er det lagt til grunn at det må avgrenses etter hva som innholdsmessig angår siktedes sak. Det at dokumenter er blitt til eller er innhentet i etterforskning av de handlingene en sak gjelder har dermed ikke betydning i denne sammenheng. Se eksempelvis Rt.2004,1813 hvor det var

131 Tilsvarende etter at tiltale er tatt ut jf § 264 (siste ledd)

132 Rt.2004,854 (21)

133 Ot.prp.nr 35 (1978-1979) s.192

134 Jf bla Rt.2004,1813 (20 flg)

135 Rt.2005,1137 (31 og 33)

136 Se «Kommunikasjonskontroll» pkt.2.4.1

137 Andenæs (2009) s.270

spørsmål om siktede hadde rett til innsyn i materiale fra kommunikasjonskontroll i en straffesak mot to personer som var forent med siktedes egen sak. Da materialet ikke inneholdt opplysninger vedrørende siktedes forhold var det uten betydning at saken hans var forent med to andre siktede til en felles behandling.

Standpunktet har senere blitt fulgt opp. I Rt.2006,157 ble overskuddsinformasjon i en narkotika sak brukt i en sak som omhandlet trussel mot vitner. Retten kom til at alt materiale innhentet ved bruken av kommunikasjonskontroll ikke kunne gis innsyn i. Påtalemyndigheten måtte ha en viss skjønsmessig adgang til å vurdere hvilket kommunikasjonskontroll-materiale som var relevant i saken.

Hva som innholdsmessig er samme sak ble presisert i 2007.¹³⁸ På bakgrunn av lovens ordlyd og taushetspliktreglene i § 216i anførte retten at dette tilsa en avgrensning på bakgrunn av 2004 dommen. Det avgjørende måtte være hva som prosessuelt sett var samme sak.

Høyesterett uttalte at begrepet sikter til «dokumenter som er blitt til eller fremkommet under etterforskingen av den sak tiltalen gjelder» og at innsynsretten i utgangspunktet er begrenset til å gjelde slike dokumenter.¹³⁹

Da politiet i den aktuelle saken ikke hadde benyttet materiale fra kommunikasjonskontroll fra den tilknyttede saken som bevis i siktedes sak hadde ikke siktede rett til ytterligere innsyn. I saker der materiale fra andre saker ikke brukes som bevis i den aktuelle saken, har siktede dermed bare krav på innsyn i den grad retten finner at opplysningene vil være av betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet eller straffespørsmålet etter § 294.¹⁴⁰

På bakgrunn av den sistnevnte avgjørelse vektlegger domstolen dermed hensynet til personvernet fremfor hensynet til sakens opplysning og siktedes mulighet for kontradiksjon ved dokumentinnsyn i tilknyttede straffesaker. Påtalemyndighetens skjønsmessige adgang til å vurdere hvilke dokumenter som er av betydning for saken er dermed utvidet til også å omfatte opplysninger som ikke er av betydning for skyld- eller straffespørsmålet.

3. Internasjonale forpliktelser

Straffeprosessloven § 4 bestemmer at «lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat». Det følger også av det generelle presumsjonsprinsipp som gjelder forholdet mellom norsk rett og folkeretten at man skal unngå å komme i strid med folkerettens regler ved tvilstilfeller. Straffeprosessloven går imidlertid lenger idet de folkerettslige begrensninger direkte er gjort til en del av norsk rett.¹⁴¹ Tilsvarende gjelder for den materielle strafferetten.¹⁴²

Bestemmelsen i § 4 tar sikte på de regler som følge direkte av folkeretten og traktater som Norge har inngått. Særlig viktig som skranke for straffeprosessen er den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK. Konvensjonen og den internasjonale praksis som knytter seg til denne handler i stor utstrekning om den siktedes rettigheter i straffeprosessen. Som nevnt vil det i tilfelle kollisjon mellom EMK og Norsk rett vil det etter § 4 være EMK som slår igjennom.¹⁴³

138 Rt.2007,1435

139 Ibid. (37)

140 NOU 2009:15 26.5.4

141 Andenæs (2009) s.9

142 Jf strl.§ 1(2)

143 Andenæs (2009) s.9

I forarbeidene til straffeprosessloven er forholdet til EMK ikke nevnt. Man har derfor gått ut fra at loven tilfredsstillende konvensjonens krav.^{144 145} Det kan imidlertid tenkes at spørsmål er oversett og at de internasjonale organer (EMD) tolker konvensjonen på en slik måte at det viser seg å oppstå motstrid. Dette må være avgjørende også for norske domstoler, spesielt med tanke på EMK.

3.1 Innsynsretten etter EMK

EMK har flere nokså detaljerte regler om den anklagede sine rettigheter.¹⁴⁶ I det følgende vil jeg behandle innsynsretten etter EMK. Det vil vises til eksempler hvor det kan reises tvil om loven tilfredsstillende konvensjonens krav. Som nevnt er utgangspunktet i folkeretten, som i norsk rett, at mistenkte som hovedregel innsynsrett. Etter EMK hjemles hovedregelen i mistenktes rett til en rettferdig rettergang etter artikkel 6 nr.1.

3.1.1 Når inntreter innsynsretten etter EMK?

Avgjørende for om vedkommende etter EMK har rett til «fair hearing», herunder innsyn i straffesaksdokument, er om det foreligger en «criminal charge».¹⁴⁷

EMD har lagt til grunn at det avgjørende er hvorvidt personen er «substantially affected» som følge av en straffeprosessuell etterforskning mot ham.¹⁴⁸ Følgelig må vedkommende være berørt av etterforskningen, eksempelvis ved bruk av tvangsmidler. Hvor påtalemyndigheten benytter skjulte tvangsmidler eller annen elektronisk sporing er det på det rene at vedkommende er berørt av etterforskningen, og følgelig utsatt for en «criminal charge» etter EMK artikkel 6.

Spørsmålet om siktede har rett til å gjøre seg kjent med dokumenter i straffesaken er ikke direkte regulert i EMK. Formålet med EMK artikkel 6 nr.1 sammenholdt med artikkel 6 nr. 3b, som er å sikre en rettferdig rettergang og muliggjøre et effektivt forsvar for siktede tilsier imidlertid at det må gjelde en rett til dokumentinnsyn.¹⁴⁹ Dette er også slått fast av den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) i flere saker.¹⁵⁰ Retten til dokumentinnsyn er ansett som en sentral del av kravet til en rettferdig rettergang. Hva som er gjenstand for innsyn etter EMK må dermed avgjøres etter avgrensningen lagt til grunn i EMD.

I saken *Edwards mot Storbritannia* ble det uttalt at artikkel 6 § 1 krever at påtalemakten må gjøre forsvaret kjent med «all material evidence in their possession for or against the accused».¹⁵¹ EMD har dermed slått fast at "fair trial prinsippet" innebærer en plikt for anklagemyndighetene til å gjøre den siktede kjent med alt relevant materiale. Avgjørende for om siktede kan kreve innsyn er en vurdering av om materialet er relevant i forhold til det personen er tiltalt for. Det må dermed foretas en vurdering av dokumentets innhold.

Videre har EMD uttalt at en viktig del av kravet til rettferdig rettergang er siktedes mulighet til å

144 Ot.prp .s. 14, 127, 130

145 Andnæs (2009) s.9

146 Spesielt EMK art 5 og 6

147 Jf EMK art 6.

148 Jf bla *Deweer mot Belgia*. 27/2/1980

149 *Jebens* (2004) s.487

150 Se under flg.

151 *Edwards og Lewis Storbritannia*. 22/6/2003 (52-53)

kommentere bevisene mot ham «even if the facts relate to a point of procedure rather than the alleged offense of such».¹⁵² Følgelig kan materiale som også knytter seg til forhold utenom det straffbare være relevant. Det er ved relevansvurderingen altså ikke avgjørende om materialet taler for eller mot tiltaltes skyld, eller om materiale er del av det påtalemyndighetens ønsker å føre som bevis eller ikke.¹⁵³

Noen nedre grense for hva som omfattes av innsynsretten er vanskelig å fastlegge ut fra EMD praksis utover at et må bero på en konkret vurdering hvor dokumentets innhold vurderes opp mot det straffbare forhold mistanken gjelder.¹⁵⁴ Av viktighet er imidlertid det nevnte likhetsprinsippet, «equality of arms», som er fremhevet av EMD. Det kan etter dette ikke kreves en høy grad av relevans for at mistenkte kan kreve innsyn i straffesaksdokumentene.

Av saken A m.fl mot Storbritannia synes omfanget av innsynsretten på etterforskningsstadiet å bero på alvoret i saken. EMD vurderte lovligheten av beslutningsprosessen rundt de britiske terrorismistenkte som var deternert i Belmarsh-fengselet, og uttalte at en prosedyre først ved hovedforhandling ikke var tilstrekkelig til å sikre en rettfærdig rettergang «where the undisclosed material related, or may have related, to an issue of fact which formed part of the prosecution case, which the trial judge, rather than the jury, had to determine and which might have been of decisive importance to the outcome of the applicants' trials».¹⁵⁵ Saken tyder på at det stilles vesentlig strengere krav til innslaget av kontradiksjon i vurderingen av om det kan gjøres unntak fra innsyn der materialet som er begjært unntatt relaterer seg til faktiske omstendigheter som er en del av påtalemyndighetens sak mot tiltalte, og som kan være avgjørende for sakens utfall.

Det avgjørende er etter dette om opplysningene er relevante for faktiske omstendigheter som er av betydning som bevis i saken, for eksempel at tiltalte har vært utsatt for provokasjon, og ikke om påtalemyndigheten har gjort opplysningene til en del av saken.

Retten til «disclosure of relevant evidence is not, however an absolute right».¹⁵⁶ Det er i EMD's praksis lagt til grunn at det kan gjøres unntak fra innsynsretten der dette er strengt nødvendig av tungtveiende hensyn som nasjonal sikkerhet, beskyttelse av vitner eller vern av politiets etterforskningsmetoder.¹⁵⁷

3.1.1.1 'Interne dokument'

Etter EMK artikkel 6 skal det legges til grunn en relevansvurdering som avgjørende for omfanget av innsynsretten. Materiale innhentet i forbindelse med en sak, vil dermed falle utenfor innsynsretten der det viser seg at dette ikke inneholder opplysninger av relevans for saken, og mistenkte ikke har behov for å se disse av hensyn til forberedelsen av sitt forsvar.¹⁵⁸

Frem til høyesterett kom til at tiltaltes innsynsrett omfatter alle sakens dokumenter - uavhengig av om de var påberopt som bevis av påtalemyndigheten eller inneholdt opplysninger av betydning for avgjørelsen av saken etter § 292, kunne påtalemyndigheten unnta dokumenter fra dokumentlisten utover dette.¹⁵⁹ Følgelig kunne ikke materiale som knyttet seg til forhold utover det straffbare gis innsyn i. Etter dette kan det synes som at norsk rett ikke var i samsvar med EMK.

152 Kamasinski mot Østerrike. 19/12/1989 (102)

153 Jebens (2004), s.488 og Magnussen (2005) s.24

154 Magnussen (2005) s.25

155 A mfl. mot Storbritannia. 19/2/2009 (217)

156 Rowe og Davis mot Storbritannia. 16/2/2000 (61)

157 Se pkt. 3.2.1 flg

158 Magnussen (2005) s.41

159 Rt.2005,1137

Etter den nevnte dom er det imidlertid lagt til grunn at «sakens dokumenter» sikter til dokumenter som er blitt til eller fremkommet under etterforskningen av den sak tiltalen gjelder. Det er dermed klart at vilkårene i § 292 i dag ikke utgjør begrensninger i mistenktes innsynsrett.

Det vil etter dette ikke lenger være anledning til å nekte innsyn i dokumenter som er relevante for forberedelsen av siktedes forsvar. Utgangspunktet er dermed at norsk rett oppfyller EMK's kriterier for hva som omfattes av innsynsretten.

3.1.1.2 'Påtalemyndighetens innstillinger'

Relevansvurderingen kan trekke i retning av at det bør gjøres en mer konkret vurdering av om innstillinger fra underordnet til overordnet kan unntas fra innsyn. Det må etter EMK vurderes om innstillingen inneholder opplysninger mistenkte har behov for å se i forbindelse med forberedelsen av sitt forsvar. Hensynet til å skjerme interne beslutningsprosesser kan ikke slå igjennom overfor mistenktes behov for tilgang til opplysningene.

På den andre siden vil innsyn i påtalemyndighetens vurderinger kunne føre til at det blir mindre åpenhet i de vurderinger som gjøres. For eksempel vil påtalemyndigheten trolig være mer forsiktig med å gi uttrykk for tvil angående bevisene dersom dette kommer til mistenktes kunnskap.¹⁶⁰

I *Jespers mot Belgia* ble det likevel vurdert om dokumenter som var inntatt i en «special folder» kunne unntas fra innsyn.¹⁶¹ Denne inneholdt blant annet intern korrespondanse hos påtalemyndigheten, personlige notater mv. EMD la til grunn at samme relevans vurdering måtte foretas. Dersom dokumentene inneholdt relevante opplysninger av betydning for mistenktes forsvar var det ikke anledning til å holde disse unntatt fra innsyn. Hensynet til å skjerme interne beslutningsprosesser kan etter EMK dermed ikke slå igjennom overfor mistenktes behov for tilgang til opplysningene.¹⁶²

3.1.2 Når starter en «sak» etter EMK?

Som nevnt kan det i norsk rett være avgjørende for om mistenkte kan kreve innsyn i straffesaksdokumentene om vedkommende er under etterforskning eller ikke. Dette gjelder spesielt dokumenter utarbeidet av forvaltningsorgan i forebyggende virksomhet som ikke regnes som en del av «sakens dokumenter» etter § 242.¹⁶³

Relevansvurderingen i EMK tilsier at det avgjørende ikke er formålet med informasjonsinnhenting, men om mistenkte vil kunne ha behov for å se opplysningene for å kunne forberede sitt forsvar i tilstrekkelig grad. Utgangspunktet er dermed ulikt i norsk rett og EMK.

EMK har likevel åpnet for, etter EMD praksis, at tungtveiende hensyn som politiets etterforskningsmetoder, kan veie opp for mistenktes manglende kontradiksjonsrett.¹⁶⁴ Avgjørende etter EMK er om det finnes prosessuelle garantier som ivaretar mistenktes rettsikkerhet hvor kontradiksjonsprinsippet ikke vinner frem. Domstolen, eller i det minste forsvarers innsynsrett, kan veie opp for manglende kontradiksjon.¹⁶⁵ Etter EMK kan rettsikkerheten da være tilstrekkelig

160 Magnussen (2005) s.46

161 *Jespers mot Belgia*, 14/12/1981 (59 flg)

162 Magnussen (2005) s.47

163 Jf Rt.2009,1075 se pkt 2.3.1.2

164 Jf bla. Rowe og Davis mot Storbritannia. 16/2/2000

165 Se pkt. 3.2.2

ivaretatt.¹⁶⁶

3.2 Kommunikasjonskontroll

3.2.1 Beskyttelse av politiets etterforskningsmetoder

EMD har i saken Rowe og Davis mot Storbritannia trukket frem at behovet for å holde politiets etterforskningsmetoder hemmelig kan tilsi begrensinger i innsynsretten. Viktige offentlige interesser anses da for å veie tyngre enn hensynet til siktede. Det kan her sies å være det offentlige interesse i at lovbrudd etterforskes og forfølges som er avgjørende.

Også hensynet til beskyttelse av gjenbruksverdi av etterforskningsmetoder ble i saken Van Mechelen mot Nederland ansett å begrunne anonym vitneførsel.¹⁶⁷ Det er i forhold til begge disse tilfellene hensynet til kontradiksjon som står mest sentralt. I Forarbeidene til straffeprosessloven ble det antatt at den nevnte EMD praksis viser at hensynet til beskyttelse av gjenbruksverdien er et relevant hensyn i vurderingen av om innsyn kan nektes.¹⁶⁸

Hemmeligholdelse av politiets etterforskningsmetoder er dermed ansett som et tilstrekkelig hensyn til å unnta siktedes innsynsrett i straffesaksdokumentene. At det i norsk rett er gjort unntak fra innsyn ved kommunikasjonskontroll- materiale som ikke er tatt i bruk, kan dermed antas å være i samsvar med EMK. Dette begrunnet i hensynet til politiets etterforskning og beskyttelse av fremtidige etterforskningsmetoder.

3.2.2 Stadiet i etterforskningen

I Garcia Alva mot Tyskland ble det uttalt at EMD anerkjenner behovet for effektiv etterforskning «which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice.»¹⁶⁹ EMD aksepterer altså at hensynet til politiets etterforskning kan tilsi en snevrere innsynsrett på etterforskningstadiet enn etter at tiltale er tatt ut.

Et avgjørende moment i vurderingen av innsynsretten er dermed hvilket stadiet i etterforskningen anklagemyndigheten befinner seg på. Dette støttes av Windisch mot Østerrike hvor EMD påpekte at konvensjonen «does not preclude reliance, at the investigation stage..However, the subsequent use of their statements by the trial court to found a conviction is another matter».¹⁷⁰ Altså vil det være større adgang for politiet til å holde tilbake informasjon såfremt informasjonen bare brukes på etterforskningsstadiet og ikke som bevis under straffesaken.

Avgjørelsene tyder på at vektleggingen av de legislative hensyn i stor grad vurderes etter de samme retningslinjer som i norsk rett. Hensynet til etterforskningen har større betydning på et tidlig stadiet i etterforskningen enn hvor saken er oppe til doms og kontradiksjonsretten i større grad gjør seg gjeldende.

166 se krav om «kontroll» pkt 3.2.3.2

167 Dom 23/4/1997 (57)

168 Ot.prp nr. 24 (2002-2003)

169 Dom 13/2/2001 (42)

170 Windisch mot Østerrike. 27/9/1990 (30)

3.2.3 Prosessuelle garantier

EMD har gitt nasjonale myndigheter stort skjønnsmessig spillerom ved vurderingen av om det er nødvendig å unnta dokument fra innsyn. Domstolen foretar først og fremst en vurdering av om de prosessuelle reglene som gjelder for innsynsvurderingen i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til siktedes rettsikkerhet. EMD har formulert spørsmålet som «whether that handicap for the defence had been counterbalanced by appropriate procedural guarantees and justified by any legitimate interest».¹⁷¹

3.2.3.1 Kontradiksjon

EMD har lagt til grunn at domstolsprosessen må gi den frihetsberøvede en effektiv mulighet til å utfordre lovligheten av frihetsberøvelsen, herunder være kontradiktorisk og sikre likestilling mellom partene.

I Schops mot Tyskland uttalte EMD at partene ikke vil være likestilte dersom forsvaret nektes adgang til dokumenter i etterforskningen «which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his clients detention».¹⁷² Dette ble fulgt opp i den nevnte Garcia Alva mot Tyskland hvor politiets etterforskningsmetoder begrunnet unntak fra innsynsretten. Likevel kunne ikke et legitimt formål «be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence». Relevant informasjon i relasjon til siktedes varetekt måtte derfor gjøres tilgjengelig for forsvarer.¹⁷³ Retten tilføyer at siktedes forsvarer uansett har krav på innsyn i dokumenter som legges frem for å begrunne en frihetsberøvelse, samt andre dokumenter som er av betydning for frihetsberøvelsens lovlighet.

3.2.3.2 Krav om kontroll

EMD har imidlertid stilt ytterligere krav for at siktedes rettsikkerhet skal være ivaretatt ved begrensninger i innsynsretten.

Saken Natunen mot Finland gjaldt kommunikasjonskontroll, hvor påtalemyndigheten hadde destruert materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll (telefonovervåkning) uten å gjøre domstolen eller forsvaret oppmerksom på at noe var unntatt ikke var i samsvar med EMK art. 6. EMD synes i denne saken å legge til grunn en forutsetning om at domstolen involveres i avgjørelsen av om innsyn skal kunne nektes og la vekt på at «the decision regarding the undisclosed evidence was, presumably, made in the course of the pre-trial investigation without providing the defence with the opportunity to participate in the decision-making process».¹⁷⁴

I relasjon til den aktuelle saken påpekte EMD at «the destruction of the material obtained through telephone surveillance made it impossible for the defence to verify its assumptions as to its relevance and to prove their correctness before the trial courts».¹⁷⁵ Da forsvareren ikke hadde fått mulighet til å delta i prosessen av om dokumentet skulle fremlegges var dette en prosessuell feil.

Avgjørende for om den aktuelle ordningen i tilstrekkelig grad ivaretar tiltaltes rettssikkerhet synes særlig å bero på «whether the judge weighed the public interest against the interests of the accused

171 Edwards og Lewis mot Storbritannia (53)

172 Schops mot Tyskland. 13/2/2001 (44)

173 Garcia Alva mot Tyskland. 13/2/2001 (42)

174 Natunen mot Finland. 31/3/2009 (47)

175 Ibid.

and afforded the defence an opportunity to participate in the decision-making process to the maximum extent possible».¹⁷⁶ I Mirilashvili-saken la EMD vekt på at den nasjonale domstolen ikke syntes å ha foretatt en vurdering av innholdet av den tilbakeholdte informasjonen opp mot betydningen for den mistenkte og eventuelle offentlige interesser, men hadde basert sin avgjørelse på hva slags type dokumenter det dreide seg om. Dette tilsier at domstolen må foreta en konkret vurdering av de aktuelle opplysningene for at en eventuell nektelse av siktedes rett til innsyn i straffesaksdokumenter skal godtas.

I saken Jasper mot Storbritannia godtok EMD en ordning der dommeren under hovedforhandlingen avgjorde om innsyn skulle avskjæres.¹⁷⁷ Det fremgår for det første at domstolen la vekt på at forsvarer var informert om begjæringen og fikk mulighet til å delta i beslutningsprosessen så langt det var mulig uten å gis innsyn i det relevante materialet.

En ordning der påtalemyndigheten selv avgjør omfanget av siktedes innsynsrett, uten å gjøre domstolen eller forsvareren oppmerksom på at noe er unntatt, er ikke i samsvar med EMK art.6. Det er dermed en forutsetning at domstolen involveres i avgjørelsen av om innsyn kan nektes. Der forsvarer ikke har fått mulighet til å delta i prosessen av om dokumentet skal fremlegges anses som en prosessuell feil etter EMK.

3.2.3.3 Forsvarers rett til innsyn

Muligheten til å gi forsvarer innsyn til tross for at mistenkte nektes er en sentral rettsikkerhetsgaranti, noe som reflekteres av at mistenktes innsynsrett etter EMK er likestilt med forsvarers innsynsrett. I Kamasinski mot Østerrike ble det ansett mindre betenkelig å avskjære anklagede fra informasjonen om forsvareren informeres. Følgelig identifiseres siktede med sin forsvarer etter EMK.¹⁷⁸

Kravet om kontroll kan således tenkes oppfylt der det blir oppnevnt en såkalt «special advocate», liknende den norske ordningen med oppnevning av advokater etter straffeprosessloven § 100a, for å ivareta siktedes interesser.¹⁷⁹

EMD har flere ganger behandlet saker med spørsmål om oppnevning av slike advokater. I saken Chahal mot Storbritannia, uttalte Kommisjonen at oppnevning av egne sikkerhetsklarerte advokater er eksempel på «techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice».¹⁸⁰ Også i saken A mot Storbritannia ble det tatt til ordet for en slik ordning. Det ble lagt vekt på at en «special advocate» vil kunne være en viktig bidragsyter i avveiningen av om siktede skal nektes innsynsrett eller om det skal være en åpen høring. EMD begrunnet dette i at forsvareren kan «testing the evidence and putting arguments on behalf of the detainee during the closed hearings».¹⁸¹

Avgjørelsene trekker i retning av at oppnevning av særskilt advokat vil være et element i EMD`s vurdering av om prosessen i tilstrekkelig grad ivaretar tiltaltes rettssikkerhet. Norsk rett er følgelig i samsvar.

176 Mirilashvili mot Russland. 11/12/2008 (205)

177 Jasper mot Storbritannia. 16/2/2000 (55-56)

178 Kamasinski mot Østerrike. 19/12/1989

179 se «forsvarer» pkt. 2.2.2

180 Chahal mot Storbritannia. 1/9/1994

181 Dom 19/2/2009 (220)

4. Er reglene om siktedes innsynsrett hensiktsmessig utformet?

På bakgrunn av den ovenstående gjennomgang av de legislative hensyn i norsk rett og internasjonale rettskildefaktorer kan det stilles spørsmål om utformingen av gjenstandsbegrepet «sakens dokumenter» og de lovfestede unntak er hensiktsmessig.

4.1. Gjenstandsbegrepet

Hovedregelen om innsyn i «sakens dokumenter» er innarbeidet i både rettspraksis og juridisk teori. Gjenstandsbegrepet i seg selv bør følgelig stå urørt, både av hensyn til sakens opplysning og mistenktes rettsikkerhet. Sett i lys av EMK praksis bør «sakens dokumenter» omfatte alle opplysninger som er fremkommet eller innhentet i løpet av etterforskningen som er relevant for sakens opplysning, enten disse er til mistenktes gunst eller ugunst.¹⁸² Et forslag som også har støtte i Metodeutvalgets innstilling «skjult informasjon-åpen kontroll».¹⁸³

På den andre siden vil det foreligge hensyn som taler mot innsyn. Blant annet at etterforskningen kan ta skade av at mistenkte gis innsyn i straffesaksdokumenter. I stedet for å bruke disse som argument for en begrensning av gjenstanden for innsynsrett kan de heller ivaretas ved at det åpnes for konkrete unntak. «Det vil da i større grad kunne tas hensyn til at motstridende hensyn gjør seg gjeldene i alle saker, og at disse ikke vil gjelde på alle sakens stadier».¹⁸⁴ Alle unntak fra hovedregelen i norsk og internasjonal rett om siktedes rett til innsyn i straffesaksdokument bør derfor fremgå av loven. «Dette bidrar til et klarere regelverk, noe som er svært viktig i lys av de senere års uenigheter og uklarheter rundt innsynsreglene».¹⁸⁵

4.2 Påtalemyndigheten skjønn

En konsekvens av at alle opplysninger som innhentes i løpet av etterforskningen skal omfattes av dokumentbegrepet, er at påtalemyndigheten da ikke lenger vil ha en skjønnsmessig adgang til å unnta opplysninger innhentet i saken. Dette samsvarer også i stor grad med den praksis EMD har lagt til grunn. Påtalemyndigheten bør ikke ha adgang etter eget skjønn til å holde opplysninger utenfor innsyn, noe som begrunnes i siktedes rettsikkerhet og kravet til kontroll.¹⁸⁶ Som Metodeutvalget påpeker, vil det slik loven nå er utformet bero på tilfeldigheter hvorvidt forsvaret får kunnskap om at opplysninger holdes unna etter påtalemyndighetens skjønn.¹⁸⁷

4.3 Innholdet i «sakens dokumenter» - «sak»

Sett i lys av EMK's relevansvurdering kan det argumenteres med at tidspunktet for når etterforskningen settes i gang ikke lenger bør være avgjørende. Hensynet til siktedes rettsikkerhet tilsier at all relevant informasjon, enten denne fremkommer under etterforskningen eller ved forebyggende tiltak som utgangspunkt bør omfattes av innsynsretten. Eventuelle unntak, enten begrunnet i hensynet til etterforskningen som sådan eller politiets metodebruk, bør derfor være konkrete og lovfestet. Det vil da i større grad være mulig å ta hensyn til de motstridende hensyn på de ulike stadier av saken. Det sentrale etter EMK er at det finnes prosessuelle garantier som veier

182 Jf bla. Rowe og Davis mot Storbritannia. 16/2/2000

183 NOU 2009:15 26.7.1

184 Magnussen (2005) s.22

185 NOU 2009:15 26.7.1

186 Jf bla Natunen mot Finland

187 NOU 2009:15 26.7.1

opp for manglende kontradiksjon.¹⁸⁸

4.4 Kommunikasjonskontroll

Det er klart at politiet har behov for å kunne unnta opplysninger fra innsyn. Disse unntakene bør i hovedsak ta sikte på å verne politiets interne saksforberedelse og dets metoder.

Som nevnt over kan opplysninger fremkommet ved kommunikasjonskontroll, men som ikke er «tatt i bruk» under etterforskningen unntas siktedes innsynsrett etter norsk rett. Med støtte i Metodeutvalget fordrer dette en vurdering av når opplysninger fremkommet gjennom kommunikasjonskontroll kan sies å være «tatt i bruk» under etterforskningen.¹⁸⁹ Etter rettspraksis er ikke dette klart.¹⁹⁰ Følgelig må en eventuell avgrensning søkes i annen rettspraksis og reelle hensyn.

Slik rettstilstanden er per nå kan ikke siktede og forsvarer kreve retten til innsyn prøvd for domstolen dersom påtalemyndigheten, ved hjelp av skjønn, skulle finne det for godt å utelate dokument fra kommunikasjonskontroll fra etterforskningen. Dette kan medføre et problem i forhold til EMK idet det er på det rene at forsvarer til siktede vil ha bedre forutsetninger i å ivareta sin klients interesser ved å gå igjennom kommunikasjonskontroll-materiale enn hva påtalemyndigheten har.¹⁹¹

Utgangspunktet for hva som utgjør sakens dokumenter etter § 242 er politiets dokumentliste. Politiets adgang til å unnta opplysninger fra kommunikasjonskontroll fra sakens dokumenter kan dermed ikke gjelde for opplysninger ført opp på dokumentlisten, disse må anses å være «tatt i bruk» under etterforskningen. Videre oppstiller straffeprosessloven § 216i unntak fra taushetsplikten der «opplysningene brukes som ledd i etterforskningen av et straffbart forhold, herunder i avhør av de mistenkte». Dette taler for at en opplysning i alle fall må anses brukt i etterforskning der mistenkte er konfrontert med dem. Ifølge § 242 første ledd tredje punktum har offentlig forsvarer innsynsrett også i opplysninger som på grunnlag av de kriteriene som er angitt foran ikke omfattes av «sakens dokumenter», dersom de fremlegges i rettsmøte.¹⁹² Opplysningene må dermed anses å være tatt i bruk i etterforskningen dersom de er fremlagt i et rettsmøte. Dersom en eller flere opplysninger fra kommunikasjonskontroll først er tatt i bruk i etterforskningen, må det være klart at mistenkte har rett til innsyn i hele kommunikasjonskontroll-materialet.

Etter dette omfatter begrepet «sakens dokumenter» på etterforskningsstadiet ikke materiale fra kommunikasjonskontroll som ikke er innført i politiets dokumentliste, og som heller ikke er forelagt mistenkte i avhør eller fremlagt i rettsmøte.¹⁹³

4.5 Innsyn i andre straffesaker

Som nevnt har høyesterett vektlagt hensynet bak taushetspliktreglene fremfor siktedes rett til innsyn i andre straffesaker.¹⁹⁴ Siktede har da kun krav på innsyn hvor det prosessuelt sett er samme sak.

Hensynet bak taushetspliktreglene tilsier at spredningen av straffesaksopplysninger bør begrenses. På den annen side er retten til innsyn en forutsetning for at mistenkte skal kunne utøve retten til

188 Jf Bla Natunen mot Finland

189 NOU 2009:15 26.7.3

190 Jf Rt.2008,378 (35)

191 Jf prosessuelle garantier pkt 3.2.3

192 Jf Rt.2004,1080 (18)

193 Jf NOU 2009:15 26.5.2

194 Jf Rt.2007,1435 se pkt 2.4.5

bevisførsel. Hensynet til sakens opplysning og mistenktes rettsikkerhet tilsier derfor at det ikke bør kreves påvist at opplysningene har betydning for skyld- eller straffespørsmålet for at mistenkte skal ha rett til innsyn. Det må være tilstrekkelig at opplysningene kan antas å ha betydning for saken. Noe som er i tråd med EMK's relevansvurdering. Med støtte i Metodeutvalgets innstilling bør det dermed forekomme en lovfesting av vurderingstema av hensyn til klarhet i lovverket.¹⁹⁵

4.6 Muligheten til å gi forsvareren innsyn der mistenkte nektes

Avslutningsvis bør retten til å gi forsvarer innsyn til tross for at mistenkte nektes lovfestes eksplisitt, noe Metodeutvalget også tar til orde for. Dette begrunnes i at innsynsretten er en sentral rettsikkerhetsgaranti.¹⁹⁶ At forsvareren identifiseres med siktede er samtidig lagt til grunn i EMD's praksis og er etter EMK en prosessuell sikkerhetsgaranti som kan veie opp for siktedes manglende innsynsrett.¹⁹⁷

195 NOU 2009:15 26.7.7

196 Ibid 26.7.8

197 Jf bla A mot Storbritannia

Litteraturliste

Bøker:

- Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 2 utgave. Bergen, 2007
- Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4 utgave. Oslo, 2008
- Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004
- Magnussen, Lola. *Retten til dokumentinnsyn, med særlig vekt på straffeprosessloven § 242a*. Oslo, 2005.
- Mæland, Henry Johan. *Innføring i alminnelig strafferett*, 3 utgave. Bergen, 2004
- Williksen, Eldrid. *Politirapport*. Eldrid Williksen og Ole Thomas Bjerknes. 2 Utgave. Oslo 2005

Artikler mv.:

- Andorsen, Kjell. *Mistenktes rett til dokumentinnsyn på etterforskningsstadiet*. I Lov og rett 2000 nr 1.
- Myhrer, Tor Geir. *Etterforskningsbegrepet*. I tidsskrift for strafferett 1/2001.
- Svein Y. Willassen, «Om speilkopiering av data» lov og data nr. 87, 2006.

- Norsk Lovkommentar v/ Bjerke & Keiserud II kommentar til § 242 avsn. nr. 5, s. 872-874.
- Norsk Lovkommentar v/ Ingolf Skaflem 11.05.2011

Lover:

- Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) 22 mai. 1981 nr. 25
- Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) 22 mai. 1902 nr.10
- Lov om politiet (Politoloven) 4 august 1995 nr.53
- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Forvaltningsloven) 10 februar 1967
- Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (Offentleglova) 19 mai 2006 nr.16

Traktater:

- EMK, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

Rettspraksis:

Retstidende

- Rt.1991 s. 167
- Rt.1991 s. 1018
- Rt.1991 s. 1142

- Rt 1993 s. 1077
- Rt.1993 s. 1121
- Rt.1993 s. 1142

- Rt 1995 s. 1054

- Rt.1997 s. 138
- Rt.1997 s. 1019

- Rt.1999 s. 498

- Rt.2003 s. 648

- Rt.2003 s. 1125
- Rt.2004 s. 854
- Rt.2004 s. 1080.
- Rt.2004 s. 1308
- Rt.2004 s. 1642
- Rt.2004 s. 1813
- Rt 2004 s. 2023
- Rt 2005.s. 110
- Rt 2005 s. 1137
- Rt.2006 s. 157
- Rt.2007 s. 1435
- Rt.2008 s. 378
- Rt.2009 s. 107
- Rt.2011 s. 744
- Rt.2011 s. 1457

Lagmannsretten

- RG.1998 s. 992 (Borgarting)

EMD – praksis:

- Dewer mot Belgia. Dom 27.februar 1980. EMD (saksnummer 6903/75)
- Kamasinski mot Østerrike. Dom 19. desember 1989. EMD (saksnummer 9783/82)
- Windisch mot Østerrike. Dom 27. september 1990. EMD (saksnummer 12489/86)
- Edwards mot Storbritannia. Dom 16.desember 1992. EMD (saksnummer13071/87)
- Van Mechelen o.a mot Nederland. Dom 23.april 1997. EMD (saksnummer 55/96)
- Jasper mot Storbritannia. Dom 16.februar. 2000. EMD (saksnummer 27052/92)
- Rowe og Davis mot Storbritannia. Dom 16 februar 2000. EMD (saksnummer 28901/95)
- Garcia Alva mot Tyskland. Dom 13 februar 2001. EMD (saksnummer 23541/94)
- Schops mot Tyskland. Dom 13 februar 2001. EMD (saksnummer 25116/94)
- Edwards og Lewis mot Storbritannia. Dom 22 juli 2003. EMD (saksnummer40461/98)
- Mirirashvili mot Russland. Dom 11 desember 2008. EMD(saksnummer 6293/04)
- A m.fl. Mot Storbritannia. Dom 19 februar 2009. EMD (saksnummer 3455/05)
- Natunen mot Finland. Dom 31 mars 2009. EMD (saksnummer 21022/04)

The European Commision of Human Rights.

- Jaspers mot Belgia. 14 desember 1981. DR 27 (1982) s.7

Forarbeid:

- NOU 1997:15 «Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet»
- NOU 2009:15 «Skjult informasjon – Åpen kontroll»

- Ot.prp nr. 35 (1978-1979) «Forslag til ny straffesakslov»
- Ot.prp nr. 64 (1998-99) «Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)»
- Ot.prp nr. 24 (2002-2003) «Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)»

- Innst.O. nr.37 (1980-81) Innstilling til ny Straffeprosesslov
- Innst.O. nr.73 (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)

Rundskriv og uttalelser:

- RA-1993-3. Riksadvokatens rundskriv av 22 desember 1999. *Etterforskning*.