



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

De rettslige rammene for bruk av overskuddsinformasjon ved mobilransaking

En rettsdogmatisk analyse av hvilke rettslige begrensninger som foreligger for bevisføring av overskuddsinformasjon innhentet fra en mobilransaking.

Elise Nikoline Lindgård

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Presentasjon av tema og aktualitet.....	1
1.2	Metode og rettskildebildet	3
1.2.1	Alminnelig juridisk metode.....	3
1.2.2	Legalitetsprinsippet	3
1.2.3	Betydningen av EMK og EMD i norsk rett.....	4
1.3	Videre fremstilling og avgrensninger	6
2	Rammene for mobilransaking.....	7
2.1	Kort om mobilransaking.....	7
2.2	Vilkårene for mobilransaking.....	9
2.2.1	Krav til «skjellig grunn» til mistanke.....	9
2.2.2	Kriminalitetsvilkåret.....	10
2.2.3	De spesielle formålsvilkårene	11
2.2.4	Ransakingsobjektene	13
2.2.5	Forholdsmessighet som alminnelig skranke for tvangsmiddelbruken	15
2.3	Krav til innhold i ransakingsbeslutningen	18
2.3.1	Straffeprosessloven § 197 tredje ledd	18
2.3.2	Krav til ransakingsbeslutningen etter EMK	19
2.4	Oppsummering	21
3	Bevisføring av overskuddsinformasjon.....	22
3.1	Innledning.....	22
3.2	Prinsippet om fri bevisføring og grunnleggende hensyn.....	23
3.3	Begrensninger og unntak fra hovedregelen om fri bevisføringen	25
3.3.1	Innledning.....	25
3.3.2	Relevanskravet i strpl. § 292	26
3.3.3	Taushetsbelagte opplysninger	28

3.3.4	Den ulovfestede læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis	31
3.4	Oppsummering	42
4	Folkerettslige begrensninger for bevisføring av overskuddsinformasjon	43
4.1	EMK artikkel 8 – om retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse	43
4.1.1	Bruk av overskuddsinformasjon representerer et inngrep i den private sfære ...	43
4.1.2	Bruk av overskuddsinformasjon må skje i samsvar med loven	44
4.1.3	Bruk av overskuddsinformasjon må forfølge et legitimt formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn	47
4.2	EMK artikkel 6 – retten til en rettferdig rettergang	49
4.3	Oppsummering	51
5	Avsluttende bemerkninger	52
	Kilderegister	56

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og aktualitet

Temaet for denne avhandlingen er bevisføring av overskuddsinformasjon fra en mobilransaking. Bakgrunnen for avhandlingens tema er at en moderne mobiltelefon inneholder, og gir politiet tilgang til, svært omfattende privat informasjon. Den aktuelle informasjonen er etter sin art ofte av svært privat karakter og det er av interesse å undersøke hvilke rettslige rammer som foreligger for bruk av overskuddsinformasjon innhentet fra en slik mobilransaking.

Overskuddsinformasjon er ikke legaldefinert i straffeprosessloven, men er et godt innarbeidet begrep i forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori.¹ Med overskuddsinformasjon menes informasjon som er fremskaffet gjennom etterforskningen av *ett* straffbart forhold, men som kan belyse *et annet*. Ransakingsbeslutningen som baserer seg på siktelsen angir ransakingens ytre rammer, både for hvorvidt tvangsmidlet skal iverksettes og for hva politiet kan søke etter bevis for. Overskuddsinformasjon er informasjon som faller utenfor det straffbare forhold politiet etterforsker og dermed også ransakingsbeslutningens ytre rammer, men som kan være relevant å bruke ved iretteføringen av et annet straffbart forhold.² Problemstillingen som skal undersøkes er i hvilken grad overskuddsinformasjon kan føres som bevis, og hvorvidt ransakingsbeslutningen setter noen rammer for bevisføringen.

Opplysningene innhentet fra en mobiltelefon kan spille en betydelig rolle i avdekking og oppklaring av kriminelle forhold. Den teknologiske utviklingen av mobiltelefonen har medført at den har en funksjon som en liten datamaskin, hvor den inneholder og oppbevarer store datamengder av privat og sensitiv informasjon. Et illustrerende eksempel på hvor de elektroniske sporene spilte en vesentlig rolle i oppklaringen av saken er TOSLO-2020-20518-2, også kjent som Bertheussen-saken. Fra tingsrettens dom fremgår følgende:

«De digitale beslagene, søk på internett og øvrig bruk av mobiltelefon, viser imidlertid at dette ikke kan være riktig. Politioverbetjent N4 forklarte at han hadde gjennomgått As mobiltelefonbruk, og kunne se av «backlight-status» at mobiltelefonen

¹ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999), Prop. 147 L (2012-2013), Rt. 2014 s. 1105 og Bruce og Haugland (2018) punkt 14.2 og Øyen (2019) side 395.

² Nærmere om begrepet under punkt 3.1.

hadde vært i bruk fra midnatt og utover. Kl. 00.31 var lydbok-appen Fabel i fokus på skjermen, og det var den flere ganger frem til kl. 01.10. Ruter-appen var i fokus kl. 01.09. Helsedata viser også bevegelser frem mot kl. 01.30.»

Det er ransakingen som gir politiet kunnskap om innholdet i mobiltelefonen, og som en konsekvens av en forutgående mobilransaking blir det foretatt digitale beslag. I så henseende er det interessant å undersøke vilkårene som hjemler tvangsmiddelbruken og hvilke krav som stilles til spesifisering av ransakingsbeslutningen. Mobilransaking er et straffeprosessuelt tvangsmiddel som forutsetter at vilkårene i strpl.³ kapittel 15 er oppfylt. Hvilke krav som stilles til ransakingsbeslutningen følger av strpl. § 197, sammenholdt med de krav som følger av EMK.

Det siste året har også politiets ransakingspraksis vært mye omtalt, og kritisert, i mediene.⁴ Kritikken har først og fremst knyttet seg til den ulovlige ransakingen i mindre narkotikasaker som ble avdekket gjennom Riksadvokatens rapport av 14. september 2022.⁵ Rapporten viser at mobiltelefongjennomgangene i disse tilfellene synes å skje på stedet ved en beslutning av polititjenesteperson. Flere av mobilgjennomgangene manglet relevant etterforskningsformål og det fremsto usikkert hva politiet søkte etter.⁶ I disse tilfellene utvikler søket seg fort til en ren fisketur etter bevis. Dette vil øke sjansen betydelig for å avdekke og etablere tilgang til overskuddsinformasjon. I andre tilfeller, særlig på grunn av datamengden og ofte mangel på kunnskap om hvilke bevis som er relevant, vil overskuddsinformasjon være en uunngåelig konsekvens av mobilransakingen.

En gjennomgang av mobiltelefonen, samt videre bruk av personlige opplysninger vil berøre enhvers rett til respekt for privatlivet som er vernet gjennom Grunnloven⁷ § 102 og EMK⁸ artikkel 8. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 verner om fire rettigheter: privatlivet, familielivet, hjemmet og korrespondansen. Vernet etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 er imidlertid ikke absolutt, og lovlige inngrep kan gjøres på nærmere angitte vilkår, blant annet med formål om forebygging av uorden eller kriminalitet. Det innebærer at videreformidling av

³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven eller strl.).

⁴ Se blant annet <https://www.nrk.no/norge/riksadvokaten-vil-ha-full-gjennomgang-av-ransaking-i-narkotikasaker-1.15454197>, innhentet 09.03.2022. <https://rett24.no/articles/mener-statsadvokaten-tar-feil-om-ransakingspraksis>, innhentet 27.04.2022. «Systematiske feil» i mindre narkotikasaker: Justisdepartementet beklager (dagbladet.no), innhentet 27.04.2022.

⁵ Riksadvokaten (2022).

⁶ Riksadvokaten (2022) punkt 6.2.4.

⁷ Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven eller Grl.).

⁸ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 4. november 1950 (EMK).

informasjon innhentet fra en mobilransaking er underlagt overordnede begrensninger og kan derfor ikke brukes «fritt» i en annen straffesak.⁹ Hvorvidt føringen av denne typen bevis skal tillates etter norsk rett og EMK, beror i korte trekk på en avveining mellom borgernes rettigheter på den ene siden og myndighetenes behov for å oppklare saken på den annen side. En del av avhandlingen blir dermed å undersøke hvilke hensyn som taler for og mot bevismessig bruk av overskuddsinformasjon. Utgangspunktet i norsk prosessrett er fri bevisføring, som innebærer at partene kan føre de bevis de måtte ønske til støtte for sin sak. Avhandlingens siktemål er dermed å undersøke om og i så fall hvilke begrensninger som foreligger for bevisføring av overskuddsinformasjon i den enkelte straffesak.

1.2 Metode og rettskildebildet

1.2.1 Alminnelig juridisk metode

Avhandlingen er en rettsdogmatisk analyse som baserer seg på tradisjonell juridisk metode. Som ledd i avklaringen av problemstillingen vil det også knyttes enkelte rettspolitiske betraktninger til temaet, herunder om dagens rettstilstand er tilfredsstillende og hensiktsmessig.

På straffeprosessens område, og særlig i tilknytning problemstillingen, er det enkelte metodiske utfordringer som det bør rettes oppmerksomhet mot. Som jeg vil redegjøre for i det følgende, er dette for det første knyttet til legalitetsprinsippets stilling på straffeprosessens område. For det annet er internasjonale folkerettslige forpliktelser, som EMK, en sentral rettskilde for denne avhandling. I tillegg må underrettspraksis, særlig fra lagmannsretten benyttes, for å belyse problemstillingen.

1.2.2 Legalitetsprinsippet

I norsk rett er legalitetsprinsippet forankret gjennom Grunnloven § 113, som bestemmer at myndighetene må ha grunnlag i lov for å gripe inn i borgernes rettssfære. Kravet om lovhjemmel utgjør en sentral rettssikkerhetsgaranti. I Rt. 2014 s. 1105 ble det fastsatt i forbindelse med et inngrep i Grunnloven § 102 at det også stilles kvalitative krav til det formelle rettsgrunnlaget. Det er ikke tilstrekkelig at «loven er formelt sett i orden [...] Det gjelder også *kvalitative krav*: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater», jf. avsnitt 30.

⁹ Dette behandles nærmere under punkt 4.1.1.

De siste årene har også kravet til klar lovhjemmel på straffeprosessens område blitt ytterligere skjerpet.¹⁰ I HR-2016-1833-A kom Høyesterett til at straffeprosessloven § 157 ikke ga adgang til ved tvang å bruke siktedes finger til å få tilgang til innholdet på mobiltelefonen. Ifølge Høyesterett kunne ikke adgangen utledes av en naturlig språklig forståelse av ordlyden i bestemmelsen og lovskravet ble av den grunn ikke ansett oppfylt.

Utgangspunktet er at loven må tolkes ut fra en alminnelig språklig forståelse av ord og uttrykk. Ordlyden skal ikke tillegges et meningsinnhold utover det den vanlige språkforståelsen gir grunnlag for. Lovskravet utgjør en viktig rettsikkerhetsgaranti for borgerne ved å sørge for at den enkelte skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og ivareta sine rettslige interesser.¹¹ På den andre siden vil hensynet til en materielt riktig avgjørelse og effektiv kriminalitetsbekjempelse tilsi at hjemmelsgrunnlaget ikke kan bli for snevert. For å unngå et handlingslammet politi i bekjempelse mot kriminalitet må ordlyden i loven suppleres med øvrige rettskilder.

Legalitetsprinsippet vil først og fremst innebære et krav til formell lovhjemmel for inngrep i borgernes private sfære, men vil også ha betydning ved tolkningen av eksisterende rettsgrunnlag. Den teknologiske utviklingen kan medføre et behov for nye politimetoder, men dette kan ikke lovlig benyttes uten allerede eksisterende lovhjemler.¹² Kravet til forutsigbarhet og rettsikkerhet er mer fremtredende ved inngripende tilfeller, som innebærer at loven ikke skal tolkes på en måte som ikke naturlig kan forutses. Legalitetsprinsippet utgjør dermed en beskyttelse for borgerne mot misbruk og vilkårlighet fra myndighetene ved å sette en skranke for politiets og påtalemyndighetens handlinger som ikke omfattes av en naturlig forståelse av loven.¹³

1.2.3 Betydningen av EMK og EMD i norsk rett

Menneskerettsloven¹⁴ § 2 nr. 1 fastsetter at EMK er inkorporert på formell lovs nivå. Ved motstridende bestemmelser i annen lovgivning bestemmer mrl. § 3 at konvensjoner og protokoller nevnt i § 2 skal gis forrang. På straffeprosessens område gjelder dessuten et

¹⁰ Se Rt. 2009 s. 394 og HR-2016-1833-A, hvor politiets fremgangsmåte ikke omfattes av en naturlig språklig forståelse av ordlyden.

¹¹ Prop. 147 L (2012-2013) side 17.

¹² Bruce og Haugland (2018) side 37 og 38.

¹³ Rt. 2009 s. 394 og HR-2016-1833-A.

¹⁴ Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller «mrl.»).

sektormonistisk prinsipp forankret i strpl. § 4, som slår fast at norsk rett skal gjelde med de begrensninger som følger av folkeretten. Som følge av dette, og det subsidiære kontrollansvaret til EMD, jf. EMK artikkel 34, kan enhver borger ta opp en sak for EMD slik at medlemstatene vil være forpliktet til å etterleve avgjørelsen etter EMK artikkel 46.

Det følger av EMK artikkel 1 at statene skal respektere og sikre rettighetene i konvensjonen. Bestemmelsen pålegger statene både en positiv og en negativ sikringsplikt. Den negative sikringsplikten innebærer at staten skal avstå fra ulovlige inngrep i rettighetene, mens den positive sikringsplikten innebærer at statene skal handle aktivt for å sikre at konvensjonsrettighetene gis en effektiv beskyttelse. Det sentrale er at statene har en plikt til å aktivt hindre krenkelser av rettigheten inntatt i EMK, som artikkel 8 nr. 1 som gir den enkelte borger rett til respekt for sitt «privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse».

Ved grunnlovsreformasjonen i 2014 ble også sikringsplikten inntatt i Grunnlovens § 92, som forplikter staten til å respektere og sikre menneskerettigheten på det nivået de er gjennomført i norsk rett.¹⁵ I tillegg ble retten til respekt for privatlivet inntatt i Grunnloven § 102, som da fikk grunnlov rang. Grunnlovsbestemmelsene vil dermed gå foran ved motstrid med vanlig lov. EMK artikkel 8 er imidlertid gjennomført på et lovnivå lavere enn grunnlovsbestemmelsene, men har likevel en betydelig stilling i norsk rett etter mrl. § 3.

Hovedforskjellen mellom Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 er at sistnevnte tilhører folkeretten, hvor de individuelle rettighetene i EMK håndheves av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), mens Høyesterett har ansvar for å tolke, avklare og utvikle menneskerettighetsbestemmelsen i Grunnloven.¹⁶ En naturlig konsekvens av dette er at Grunnloven § 102 må tolkes som en selvstendig rettsregel. Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at grunnlovsbestemmelsene skal tolkes i lys av sine folkerettslige forbilder.¹⁷ Uttalelser fra EMD tillegges derfor betydelig vekt i fastsettingen av innholdet i grunnlovsbestemmelsen uten at domstolene er bundet av uttalelsene, hvilket betyr at domstolene har siste ord i hvilken tolkning som skal legges til grunn for Grunnloven § 102.

¹⁵ HR-2016-2554-P avsnitt 70.

¹⁶ Rt. 2015 s. 93.

¹⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

Høyesterett har ved flere anledninger uttalt hvordan retten skal gå frem for å fastlegge menneskerettighetskonvensjonens innhold.¹⁸ Det må foretas en selvstendig tolkning av konvensjonsbestemmelsen, men likevel slik at retten følger EMDs metode ved å forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser.¹⁹ Ved tvil om forståelsen av konvensjonen, kan norske domstoler trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk rett.²⁰ Det ovenstående innebærer at den løpende tolkningen som foretas av EMD vedrørende EMK artikkel 8 vil ha betydning ved fastsettingen av grunnlovsvernet i § 102.

1.3 Videre fremstilling og avgrensninger

Siden fremskaffelsen av overskuddsinformasjon er betinget av en forutgående mobilransaking vil det i kapittel 2 redegjøres for de rettslige krav det stilles til en ransakingsbeslutning, herunder vilkårene som må være oppfylt for å ha lovlig adgang til å ransake en mobiltelefon. Dette er for å angi rammene for undersøkelsen og bevissikringen. Hvorvidt databevisene kan tas i beslag i vil falle utenfor oppgaven. Avhandlingen vil fokusere på bevis tilgangen og deretter bevisbruken når overskuddsinformasjonen allerede er i politiets besittelse.

I kapittel 3 vil det redegjøres for utgangspunktet for bevisføring av overskuddsinformasjon med dets begrunnelse, samt sentrale unntak fra bevisføringen. Herunder vil læren om ulovlig og utilbørlig bevis vil bli behandlet, men en generell redegjørelse av hvilke grunner som kan forsvare et unntak fra hovedregelen om fri bevisføring vil falle utenfor. Hovedpoenget vil være å se om overskuddsinformasjon kan utgjøre et slik unntak, samt om ransakingsbeslutningen utgjøre en skranke for bevisføringen. I avhandlingen vil «rettsstridig» benyttes for å markere både ulovlige og utilbørlige ervervede bevis.

I kapittel 4 vurderes om EMK setter noen øvrige begrensninger på bevisføringen. EMK vil være av betydning, både for å belyse de rettslige rammene for ransaking og for redegjørelsen av bevisavføringsadgangen. En omfattende drøftelse av inngrepskriteriene i henhold til mobilransaking vil imidlertid falle utenfor problemstillingen. EMK og EMD vil kun behandles

¹⁸ Rt. 2000 s. 966 og Rt. 2005 s. 833.

¹⁹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

²⁰ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

kort i disse tilfellene hvor dette anses nødvendig for å svare på problemstillingen. Avslutningsvis i kapittel 5 vil det knyttes noen bemerkninger til avhandlingens innhold.

2 Rammene for mobilransaking

2.1 Kort om mobilransaking

En gjennomgang av siktedes mobiltelefon vil anses som straffeprosessuell ransaking og kan derfor kun benyttes når samtlige vilkår etter straffeprosessloven kapittel 15 er oppfylt. Ransaking må forstås som «en enkeltstående og tidsmessig avgrenset handling»,²¹ som foretas i etterforskningsøyemed av privat område uten eiers samtykke.²² Ransaking kan foretas i det åpne eller i det skjulte.²³ I denne avhandling vil vilkårene for åpen mobilransaking behandles. Ved åpen ransaking skal den som utsettes for inngrepet underrettes om ransaking før den foretas.²⁴ Når ransakingen iverksettes vil innehaveren av mobiltelefonen få stilling som siktet.²⁵

Gjennom en undersøkelse av mobilen vil politiet kunne få omfattende kunnskap og kjennskap til en persons oppførsel, meninger og følelser. Kjennskap til disse opplysningene kan politiet få via meldingslogger, bilder og videoer på telefonen, e-postkontoer, kontoer på sosiale medier eller andre applikasjoner. Som følge av den omfattende informasjonen politiet kan tilegne seg gjennom slik mobilransaking, utgjør slik mobilransaking – som gir informasjon om enkeltindividets identitet og kommunikasjons – et inngripende tiltak.²⁶ En innsamling av opplysninger som ligger åpent tilgjengelig på internett, kan politiet innhente uten å gjennomgå siktedes mobiltelefon. Dette vil være lovlig etter den alminnelige handlefriheten, som også gjelder for politiet. Derimot vil en innsamling av opplysninger som ligger på det åpne internett også være et inngrep i privatlivet dersom informasjonen systematisk samles inn og lagres,²⁷ men anses som mindre inngripende fordi borgerne etter omstendighetene må forvente at innholdet blir registrert og synlig for andre.²⁸

²¹ Prop. 68 L (2015-2016) side 263, definisjonen knytter seg til strpl. § 200 a, men må også gjelde for ordinær ransaking.

²² Bruce og Haugland (2018) side 186.

²³ Se strpl. § 192 og strpl. § 200 a.

²⁴ Strpl. § 200 første ledd

²⁵ Strpl. § 82.

²⁶ *Saber mot Norge*, no. 459/18 [2020] avsnitt 48.

²⁷ *Rotaru mot Romania*, no. 28341/95 [2000] avsnitt 43.

²⁸ *Uzun mot Tyskland*, no. 35623/05 [2010] avsnitt 44.

For å ha adgang til å undersøke siktedes mobiltelefon må det som hovedregel foreligge en ransakingsbeslutning. En ransakingsbeslutning forstås som en erklæring utstedt av overordnet myndighet som gir en politimann fullmakt til å ransake et spesifisert sted med et visst formål – ofte for å søke etter bevis – uten samtykke fra den det gjelder. Denne beslutningen treffes som utgangspunkt av retten etter strpl. § 197 første ledd. I situasjoner hvor det er «fare ved opphold» gir annet ledd påtalemyndigheten kompetanse til å treffe beslutning om ransaking. I denne sammenheng forstås påtalemyndigheten som tjenestepersonene nevnt i strpl. § 55 a. Som oftest vil dette være vakthavende jurist. I tillegg har den enkelte polititjenestepersonen adgang til å ransake uten forutgående beslutning av retten eller påtalemyndigheten. Denne kompetansen er forankret i strpl. § 198, og kommer kun til anvendelse i de nevnte situasjoner opplistet i første ledd nr. 1 til 3.²⁹ Beslutningsmyndigheten til påtalemyndigheten og politiet foreligger kun i hastesituasjoner. Den primære kompetansen til å beslutte om vilkårene for ransaking er til stede er lagt til retten.³⁰

For å gjennomgå en mobiltelefon uten samtykke må vilkårene i strpl. § 192 første ledd være oppfylt. Straffeprosessloven § 192 første ledd lyder slik:

«Når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan det foretas ransaking av hans bolig, rom eller oppbevaringssted for å sette i verk pågrep eller for å søke etter bevis eller etter ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i.»

Bestemmelsen oppstiller flere vilkår. Det gjelder et mistankekrav, et kriminalitetskrav, et krav til målrettethet og i tillegg må ransakingen knytte seg til en av de opplistede ransakingsobjektene. Videre må bestemmelsen suppleres av det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet forankret i strpl. § 170 a. Disse vilkårene skal i det følgende redegjøres nærmere for, samt hvilke krav det stilles til utformingen av ransakingsbeslutningen. Påtalemyndigheten – som har det overordnede ansvaret for etterforskningen – skal tilveiebringe bevisene,³¹ og sørge for at inngrepet gjennomføres innenfor de rammene som er satt av

²⁹ Strpl. § 198 første ledd nr. 1 gjelder «på sted som nevnt i § 193», nr. 2 gjelder tilfeller der mistenkte «treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor» og nr. 3 gjelder når det er «sterk mistanke om en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn 6 måneder, og det er nærliggende fare for at formålet med ransakingen ellers vil forspilles».

³⁰ En nærmere redegjørelse av den personelle kompetansen vil imidlertid falle utenfor avhandlingens problemstilling, og jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på dette.

³¹ HR-2018-1901-U avsnitt 21.

ransakingsbeslutningen.³² Dette skal inngi tillit til at bevis innhentes i tråd med mistanken og formålet.

2.2 Vilkårene for mobilransaking

2.2.1 Krav til «skjellig grunn» til mistanke

Det må foreligge en viss grad av mistanke om et straffbart forhold for å lovlig iverksette ransaking. Mistankekravet er i bestemmelsen angitt som «skjellig grunn til mistanke». Ordlyden angir graden av mistanke som kreves for å anvende et tvangsmiddel mot en borger. Det må foreligge en god grunn til mistanke om at en person har begått eller eventuelt begår en straffbar handling. Dette stiller et krav til saklighet, hvilket innebærer at det må foreligge visse objektive holdepunkter som underbygger mistanken om det straffbare forholdet.

I rettspraksis har det blitt innfortolket et krav til sannsynlighetsovervekt i begrepet «skjellig grunn». En sentral kjennelse er Rt. 1993 s. 1302, som riktignok gjaldt strpl. § 171 om pågripelse og fengsling, men hvor det ble uttalt «at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det».³³ Det må være mer sannsynlig at samtlige straffbarhetsvilkår er oppfylt enn at de ikke er det,³⁴ noe som innebærer et krav om sannsynlighetsovervekt for at siktede har handlet som beskrevet i siktelsen. Dersom sannsynlighetsovervekten ikke er til stede, er vilkåret ikke oppfylt. Beviskravet betegnes som «simpel sannsynlighetsovervekt».

Kravet om «skjellig grunn» er gjennomgående for alle tvangsmidler i straffeprosessloven fjerde del og kravet om sannsynlighetsovervekt til mistanken må gjelde uavhengig av hvilke tvangsmidler det er tale om å anvende. Dette er bekreftet i Rt. 2006 s. 582, hvor førstvoterende fastslo at kravet om sannsynlighetsovervekt også må gjelde i forhold til § 192 og § 195. Kravet om «skjellig grunn» innebærer ikke et krav om skyld som sådan. En vurdering av om siktede faktisk har begått den straffbare handlingen er imidlertid et spørsmål forelagt til domstolene. Skjellig grunn legitimerer kun bruken av tvangsmiddelet, og er ofte en vurdering som bygger på en anmeldelse, observasjoner fra politiet eller andre opplysninger.

³² Strpl. § 225.

³³ Rt. 1993 s. 1302 side 1303.

³⁴ HR-2019-02282-U avsnitt 11.

Videre skal mistanken som alminnelig utgangspunkt referere seg til den straffbare handlingen saken gjelder, og ikke til at en eller annen straffbar handling er begått, jf. Rt. 1993 s. 1025 på side 1027. Det vil for eksempel ikke være tilstrekkelig for å oppfylle krav til skjellig grunn at vedkommende er en gammel kjenning av politiet. Rt. 2006 s. 582 kan tjene som eksempel på et slik tilfelle. I saken ble en bil stoppet og ransaket i medhold av vegtrafikkloven § 10 og straffeprosessloven §§ 192 og 195. Bakgrunnen for stoppet var angivelig at bilen hadde en logo på seg som politiet knyttet til et ransmiljø og selve ransakingen skyldtes førerens nervøsitet. Retten anså ikke dette som et tilstrekkelig grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke. Vilkårene for ransaking var ikke oppfylt og ransakingen ble ansett å være ulovlig.³⁵

Hvorvidt kravet om skjellig grunn til mistanke er oppfylt, beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Som det ovenstående viser må objektive holdepunkter være til stede og disse må underbygge den konkrete mistanken om at vedkommende har begått en straffbar handling. Dette vil både redusere sjansene for feilgrep fra myndighetene sin side, og ha en beskyttelsesfunksjon ved å hindre at uskyldige rammes.

2.2.2 Kriminalitetsvilkåret

For mobilransaking gjelder det et såkalt strafferammekrav, også kjent som kriminalitetskravet. Dette kommer til uttrykk ved at mobilransaking kun kan benyttes på handlinger eller forsøk på handlinger som kan medføre «frihetsstraff», jf. strpl. § 192. Ordlyden «frihetsstraff» forstås som en form for sanksjon som fratrar en person sin personlige frihet. I forarbeidene er det lagt til grunn at «frihetsstraff» tar sikte på straffebed hvor strafferammen er høyere enn bøter.³⁶ Som redegjort for ovenfor må mistanken knytte seg til en bestemt straffbar handling, og ikke bare «en eller annen» straffbar handling. Dette er avgjørende for å kunne vurdere hvorvidt kriminalitetsvilkåret er oppfylt da dette beror på det enkelte straffebed som angir strafferammene. Den mistenkte handlingen må være av en bestemt karakter, og må ramme et straffebed med en nærmere bestemt øvre abstrakt strafferamme.

Straffeloven kapittel 5 gir en oversikt over de strafferettslige reaksjonene, og hvilke reaksjoner som kan ilegges finnes i det enkelte straffebedet.³⁷ Eksempelvis ved mistanke om hensynsløs atferd i straffeloven § 266, som straffes med «bot eller fengsel inntil 2 år» vil

³⁵ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 20.

³⁶ NUT 1969:3 side 248.

³⁷ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

kriminalitetsvilkåret i strpl. § 192 være oppfylt. Hvorvidt strafferammekravet er oppfylt er en vurdering av den mulige straffen vedkommende kan bli ilagt av domstolene, ikke hva vedkommende faktisk blir idømt. Dette har en side til påtalemyndighetens tiltalekompetanse, som innebærer at de kan henlegge saken som etterforskes før det tas ut tiltale.³⁸ Bakgrunnen er blant annet det strenge beviskravet i straffesaker. Påtaleansvarlig må være overbevist om gjerningspersonens straffeskyld, samt at det kan føres tilstrekkelig bevis for straffeskyld i retten. Det innebærer at den mistenkte vil kunne bli utsatt for et tvangsmiddel – som ransaking – uten å bli ilagt en straffereaksjon.

Kriminalitetsvilkåret vil forsøke å avgrense tvangsmiddelbruken til å gjelde straffebed som retter seg mot handlinger av en viss alvorlighetsgrad. Kriminalitetsvilkåret gir også en indikasjon på hvilke holdninger lovgiver har til tvangsinngrepets karakter. For mer inngripende tvangsmidler kreves det en høyere strafferamme, som eksempelvis kommunikasjonskontroll hvor strpl. § 216 a første ledd bokstav a fastsetter kriminalitetsvilkåret til en handling som kan medføre «straff av fengsel i 10 år eller mer».

Strafferammekravet for ransaking er nokså lavt, hvilket innebærer en vid adgang til å benytte seg av ransaking dersom mistanken knytter seg til en handling som medfører høyere straff enn bot og de øvrige vilkårene er oppfylt. Strafferammekravet vil således være nødvendig, men ikke en tilstrekkelig forutsetning for ransaking. Dette er – som det vil fremgå under punkt. 2.2.3 og 2.2.5 – fordi det må påvises et klart behov for ransaking, samtidig som metoden til en viss grad må være formålstjenlig.

2.2.3 De spesielle formålsvilkårene

Etterforskning er formålsstyrt og må oppfylle kravet til et saklig etterforskningsformål etter strpl. § 226. Dessuten er det et krav for inngripende etterforskningsskritt at også de spesielle formålsvilkårene er oppfylt. For ransaking forutsetter strpl. § 192 at dette skjer med det formål å iverksette «pågrepelse, søke etter bevis eller etter ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i». Som ting regnes også elektronisk lagret informasjon.³⁹ Formuleringen «eller»

³⁸ Straffeprosessloven §§ 65-67 om hvem som avgjør spørsmålet om tiltale (Riksadvokaten, statsadvokaten eller politiet).

³⁹ Straffeloven § 69 annet ledd.

innebærer at formålsvilkårene er alternative, hvilket innebærer at mobilransaking kan rette seg mot et spesifikt formål eller omfatte flere formål.

Formålet med mobilransaking vil i praksis ofte være avdekking og innsamling av bevis. Hjemmelen gir politiet adgang til å skaffe seg digitale bevis lagret på mobiltelefonen som avkrefter eller bekrefter det straffbare forholdet mistanken retter seg mot.⁴⁰ Imidlertid foreligger det ikke et sannsynlighetskrav for funn, det vil si et krav om at formålet *må* oppnås gjennom ransakingen.⁴¹ En rimelig mulighet vil være tilstrekkelig for at formålsvilkåret anses oppfylt.⁴² Årsaken er at det ofte er uklart hva man vil kunne finne av bevis og om ransakingen i det hele tatt avdekker bevis, slik at det ikke kan kreves en nærmere konkretisering av hva man kan søke etter eller et positivt funn.

Ransaking av mobil i beslagsøyemed forutsetter at det er lovlig adgang til å beslaglegge datamaterialet. En forutsetning for beslagsadgangen er at datamaterialet ikke omfattes av et beslagsforbud.⁴³ Hvorvidt det foreligger beslagsadgang reguleres av strpl. § 203, hvor det fremgår at politiet kan ta beslag i ting som antas å ha betydning som bevis.⁴⁴ Har politiet grunn til å tro at det foreligger beslagsfrie opplysninger på mobiltelefonen skal politiet ikke foreta en ransaking eller stanse den pågående ransakingen. I disse tilfellene skal en spesiell prosedyre utføres for å utsortere det beslagsfrie materialet.⁴⁵

Det ovennevnte viser at de spesielle formålene ikke vil avgjøre behovet for tvangsmiddelbruken som sådan, men kun begrense bruken ved at mobilransaking ikke benyttes uten at det foreligger et reelt behov for dette. Først og fremst vil spesifisering av formålet med ransaking kunne bidra til å redusere faren for såkalt feiltreff (overskuddsinformasjon). Det er sakens art og omstendighetene for øvrig som bestemmer om det er naturlig og rimelig å gå til et slikt etterforskningsstadium,⁴⁶ uavhengig av hva formålet med ransakingen er. Likevel vil formålsvilkårene få en betydelig rolle i forholdsmessighetsvurderingen, som gir anvisning på en konkret vurdering av om tvangsmiddelet står i rimelig forhold til det formål som søkes

⁴⁰ Ref. punkt 2.2.1.

⁴¹ NUT 1969:3 side 249.

⁴² Rt. 1998 s. 1839, Rt. 1999 s. 1115 og Rt. 1999 s. 2063, avgjørelsen gjelder strpl. § 203 om beslag, men har overføringsverdi til § 192.

⁴³ Se for eksempel strpl. § 204.

⁴⁴ En nærmere redegjørelse av beslagsadgangen anses ikke nødvendig på bakgrunn av avhandlingens problemstilling.

⁴⁵ RA-2020-2219-2.

⁴⁶ NUT 1969:2 side 249.

oppnådd. Formuleringen «kan» i straffeprosessloven § 192 må forstås som en henvisning til forholdsmessighetsprinsippet forankret i strpl. § 170 a.⁴⁷

2.2.4 Ransakingsobjektene

Etter strpl. § 192 kan politiet foreta undersøkelser av «bolig, rom eller oppbevaringssted». Bestemmelsen gir en uttømmende liste på hvilke ransakingsobjekter politiet kan undersøke. Ordlyden «bolig» og «rom» forstås som fysiske steder personer kan oppholde seg. Mobiltelefon faller klart utenfor ordlyden, og spørsmålet er dermed hvorvidt en mobiltelefon er omfattet av begrepet «oppbevaringssted».

En naturlig forståelse av «oppbevaringssted» tilsier et sted hvor ting som ikke for øyeblikket er i bruk oppbevares, typisk et arkiv eller et lager. Det vil si ting som befinner seg på et oppbevaringssted er i ro og uforanderlig. En ting lagres på et oppbevaringssted for å tas i bruk senere med den forutsetningen at tingen er uforandret. Et oppbevaringssted rammer nokså vidt og kan være ethvert sted en person har mulighet til å lagre noe. Formuleringen omfatter etter forarbeidene til strpl. § 192 andre *fysiske* oppbevaringssteder, som ikke faller inn under betegnelsene «bolig» eller «rom», eksempel siktedes parkerte bil eller koffert.⁴⁸ Det er videre slått fast at det ikke kan være tvilsomt at datamaskiner og datalagringsmedier kan ransakes på samme måte som en arkivmappe.⁴⁹

En mobiltelefon er et datasystem og inneholder elektronisk lagret informasjon. I den forstand kan en mobiltelefon anses som et oppbevaringssted for bilder, notater, telefonkontakter o.l. Imidlertid er dagens mobiltelefoner tekniske smarttelefoner, som gir brukerne tilgang til å installere og bruke avanserte programvarer. Gjennom disse programmene kan datamaterialet enkelt manipuleres, endres og fjernes. Politiet kan beslaglegge en mobiltelefon, men før den blir gjennomgått kan en person via en annen enhet få tilgang på disse programmene. På den måten kan innehaveren av mobiltelefonen kommunisere med andre personer samtidig som politiet gjennomgår mobiltelefonen.⁵⁰ Dette vil i praksis medføre en form for telefonavlytting.

⁴⁷ Elden (2012) punkt 6.3.

⁴⁸ NUT 1969:3 side 249.

⁴⁹ NOU 1997:15 punkt 4.2.1.3.

⁵⁰ Politiet har også mulighet til å speilkopiere innholdet på mobiltelefonen. En speilkopi er en eksakt kopi av innholdet i en databærer. Filene og informasjon om filene («metadata») «fryses» ved tidspunktet for kopieringen. Dette innebærer at speilkopien inneholder all historisk informasjon om de aktuelle filene, som når de ble opprettet, tidspunkt for siste endring og størrelsen på filen, jf. Rt. 2013 s. 968 avsnitt 20. Hvilken metode politiet benytter seg av vil ikke behandles nærmere.

Mobiltelefonen har flere dynamiske elementer ved seg, slik at ordlyden «oppbevaringssted» ikke er en særlig dekkende beskrivelse av enheten. Dette er fordi den alminnelige språklige forståelsen av «oppbevaringssted» tar sikte på ting som ikke er i bruk og på den måten utelukker ting hvor innholdet kan forandre på seg fortløpende.

Den teknologiske utviklingen medfører at det er et stort behov for aktiv rettsutvikling fra Høyesterett sin side på dette området, som blant annet illustreres i Rt. 2011 s. 1188. Saken gjaldt tolkningen av straffeprosessloven § 264 første ledd og om speilkopier av databærere faller inn under formuleringen «sakens dokumenter». Førstvoterende uttalte i den forbindelse følgende:

«Paragrafen ble skrevet og vedtatt i en tid da tradisjonelle dokumenter fremdeles nærmest var enerådende, og lovgiver har ganske sikkert ikke hatt nåtidens forhold i tankene – hvor elektroniske dokumenter er blitt dominerende, og der selv små mobile databærere har enorm lagringskapasitet. Etter min mening åpner dette for å legge betydelig vekt på reelle hensyn ved tolkningen; ikke minst bør de hensyn som ligger bak § 264 første ledd første punktum, trekkes inn.»⁵¹

Avgjørelsen viser at lovgivningen må tolkes i tråd med den teknologiske utviklingen, fordi loven vil ha vanskeligheter for å henge med samfunnsutviklingen og nøytrale ordlydsbestemmelser kan fort bli udatert. Utviklingen i verden er kompleks og med tanke på at dagens straffeprosesslov fra 1981 er et resultat av utredningskomiteen sitt forslag i 1969⁵² og for så vidt øvrige endringer foretatt i ettertid,⁵³ vil det være urealistisk å operere med et krav om at lovgivningen skal være oppdatert til enhver tid. Effektivitetsbetraktninger og behovet for kriminalitetsbekjempelse taler for å tolke ordlyden i samsvar med samfunnsutviklingen, slik at «oppbevaringssted» omfatter mobiltelefonen.

I HR-2019-610-A avsnitt 27 stadfester førstvoterende at «oppbevaringssted» omfatter lagringssted for datamateriale. En mobiltelefon må per definisjon anses som et lagringssted for datamateriale all den tid mobiltelefonen inneholder og lagrer store mengder datamateriale.

⁵¹ Rt. 2011 s. 1188 avsnitt 38.

⁵² NUT 1969:3.

⁵³ Se f.eks. NOU 1992: 28 og NOU 1997:15.

Avgjørelsen kan av den grunn også tas til inntekt for at politiet kan foreta ransaking av virtuelle rom som e-poster og kontoer i sosiale medier, som Facebook og Snapchat via mobiltelefonen.⁵⁴

Inger Marie Sunde har i en utredning til Justis- og beredskapsdepartementet om ransaking og beslag av databevis imidlertid sett seg kritisk til å benytte «oppbevaringssted» for ransaking av en databærer (mobiltelefon).⁵⁵ På side 61 i utredningen uttalte hun følgende: «*Generelt å karakterisere et datasystem som et «oppbevaringssted» er imidlertid lite treffende, og tolkingen har mer preg av nødløsning enn å være en robust ordning.*»⁵⁶(min kursivering). Bakgrunnen for utredningen er departementets ønske om å modernisere bestemmelsene om ransaking og beslag, som viser bevissthet om problemer som kan oppstå ved ransaking og beslag av databevis.

Som redegjort innledningsvis innebærer en gjennomgang av mobiltelefonen et vesentlig inngrep i innehaverens personvern. Når politiet foretar inngrep i borgernes privatliv og kommunikasjon foreligger det rettsstatlige og folkerettslige begrensninger som skal sikre tilstrekkelig klarhet i fremgangsmåten til politiet, jf. EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102, jf. Grunnloven § 113. Det kan dermed stilles spørsmål ved om Høyesterett tolkning av ordlyden er for utvidende i lys av det strenge legalitetsprinsippet på straffeprosessens område, men denne problemstillingen faller imidlertid utenfor herværende avhandling.

2.2.5 Forholdsmessighet som alminnelig skranke for tvangsmiddelbruken

Straffeprosesslovens krav om forholdsmessighet er forankret i § 170 a som befinner seg i lovens kapittel 13 a. Bestemmelsen får anvendelse på samtlige tvangsmidler fastsatt i straffeprosesslovens fjerde del.⁵⁷ Bestemmelsen stiller krav om en vurdering av om tvangsmidlet *bør* anvendes selv om det er adgang til det etter strpl. § 192.

Etter strpl. § 170 a må det foreligge en «tilstrekkelig grunn» til å bruke tvangsmiddelet, og det må ikke benyttes dersom det etter «sakens art og forholdene ellers» ville være et «uforholdsmessig inngrep».

⁵⁴ I noen tilfeller kan informasjonen (dataen) være lagret hos en tjenestetilbyder. Dersom politiet ønsker å gjennom slik informasjon må dette hjemles i straffeprosessloven § 192 tredje ledd (tredjemannsransaking).

⁵⁵Inger Marie Sunde, «*Effektiv, tillitvekkende og rettsikker behandling av databevis*» (2021).

⁵⁶ Inger Marie Sunde, «*Effektiv, tillitvekkende og rettsikker behandling av databevis*» (2021), side 61.

⁵⁷ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) side 146.

Ordlyden «tilstrekkelig grunn» tilsier et krav om nødvendighet. Det må foreligge et behov for å benytte akkurat mobilransaking i etterforskningen. I denne vurderingen må det vises til at mindre inngripende tiltak ikke vil være tilstrekkelig for å oppnå formålet – i så fall skal disse velges.⁵⁸ Vilkåret om tilstrekkelig grunn vil ha en selvstendig betydning i den grad at retten ikke kan legge til grunn lovlig bruk av tvangsmiddelet dersom det er tilstrekkelig å anvende mindre inngripende tiltak.⁵⁹ Dette innebærer at det må foretas en hensiktsmessighetsvurdering av tvangsmiddelbruken, som strekker seg noe lengre enn en ren forholdsmessighetsvurdering.⁶⁰

I bestemmelsens annet punktum stadfestes forholdsmessighetsprinsippet. Uttrykket formuleres som at en innblanding fra myndighetene ikke må fremstå som «et uforholdsmessig inngrep». Hvorvidt mobilransaking er et forholdsmessig tvangsmiddel å benytte i den aktuelle saken må vurderes ut fra «sakens art» og «forholdenes ellers».

Formuleringen «sakens art» retter seg mot sakens alvor, herunder hvilke straffebud den siktede mistenkes for å ha begått eller eventuelt begår. Sakens art vil si noe om behovet for allmennpreventive reaksjoner og på den måten hvilke strafferettslige tiltak som kan aksepteres. Ved alvorlige lovovertridelser skal det mer til for å anse tvangsmiddelbruken uforholdsmessig enn ved mindre alvorlig lovbrudd.⁶¹ Hvilken straff siktede kan forvente, er også et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen.⁶² Ordlyden «forholdene ellers» utvider hvilke momenter som vil være relevant i forholdsmessighetsvurderingen og må forstås som om alle forhold av betydning for saken, både forhold på siktede sin side og myndighetene sin side kan trekkes inn i vurderingen. Hvilke momenter dette kan være vil variere fra sak til sak.

Forholdsmessighetsprinsippet har både betydning for spørsmålet om hvorvidt ransakingen kan benyttes og for hvordan ransakingen skal gjennomføres.⁶³ Et tvangsinngrep er et alvorlig

⁵⁸ I ny straffeprosesslov er det foreslått å lovfeste formulering at det skal «tas hensyn til om mindre inngripende tiltak i tilstrekkelig grad kan ivareta formålet», jf. NOU 2016:24 lovutkastet til § 14-1 annet ledd.

⁵⁹ Andenæs og Myhrer (2009) side 281.

⁶⁰ Rt. 2011 s. 211 avsnitt 16.

⁶¹ Til illustrasjon fremholder Riksadvokaten i brev av 9. april 2021⁶¹ at det er grunn til å utvise tilbakeholdenhet ved mobilransaking i mindre narkotikasaker, under henvisning til at bruk av ulovlige rusmidler og befatning med narkotika, blir vurdert som lite alvorlig på grunn av en strafferamme i de nedre sjikt og ingen fornærmede. I et slikt tilfelle kan forholdsmessighetsprinsippet utgjøre en skranke for bruk av tvangsmidlet ransaking. Videre fremheves det at for kriminalitet som bedømmes strengere vil forholdsmessighetskravet i mindre grad utgjøre en skranke for bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler.

⁶² Rt. 1994 s. 937 side 938.

⁶³ I ot.prp.nr.64 (1998-1999) står det følgende «Forholdsmessighetsprinsippet har både betydning for spørsmålet om et tvangsmiddel kan brukes og for spørsmålet om hvor lenge et tvangsmiddel skal brukes, eventuelt om det skal opphøre før lengstefristen har løpt ut», jf. side 146.

inngrep overfor den som rammes, og det er derfor nødvendig med en særskilt sikkerhetsventil for maktbruk i tillegg til de materielle ransakingsvilkårene i strpl. § 192. Bestemmelsen angir at selv om de spesielle vilkårene for ransaking er til stede, må tvangsmiddelbruken også oppfylle kravene etter § 170 a. Dette gjelder uavhengig av hvem som treffer beslutningen om ransakingen.⁶⁴

Kravet om forholdsmessighet er bestemmende for hvilke midler politiet kan ta i bruk for å oppnå formålet. Et overordnet formål med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysningene for å avdekke om det er skjedd noe ulovlig.⁶⁵ For å lykkes er det avgjørende for politiet og påtalemyndigheten å ha effektive virkemidler til sin disposisjon. Dette innebærer at politiet noen ganger må benytte seg av inngripende metoder for å få tilgang på relevant informasjon. Forholdsmessighetsvurderingen innebærer altså en vurdering av politiets behov for å benytte mobilransaking i etterforskningen mot de skader og ulemper ransakingen medfører for siktede.

Eksempelvis vil det å gjennomgå en større del av siktedes mobiltelefon fort anses som et uforholdsmessig inngrep dersom politiet på forhånd vet hvor de skal lete i mobiltelefonen for å fremskaffe de bevis som er relevant for siktelsen. Ransakingen og gjennomføringen skal stå i balanse med det som søkes oppnådd. Dette kan også utledes av strpl. § 201, som stiller krav til skånsomhet ved ransakingen.

I lys av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 har Høyesterett aksentuert at adgangen til å gjennomføre ransaking og beslag i data beror på om inngrepet er «egnet, nødvendig og forholdsmessig» i det konkrete tilfellet.⁶⁶ Det avgjørende for hvorvidt mobilransaking skal anvendes er om det utover de materielle vilkårene fremstår som et rimelig og fornuftig virkemiddel. Dersom inngrepet har større ulemper enn fordeler, kan tvangsmiddelet ikke benyttes. På den måten vil forholdsmessighetsprinsippet kunne sette en skranke for den materielle adgangen til å foreta ransakingen, men også stille krav om hvordan den skal gjennomføres.

⁶⁴ Retten, påtalemyndigheten og den enkelte polititjenesteperson kan treffe beslutning om ransaking, se punkt 2.1.

⁶⁵ Se strpl. § 226 første ledd bokstav a.

⁶⁶ HR-2018-104-A avsnitt 23 og HR-2018-104-A avsnitt 32.

2.3 Krav til innhold i ransakingsbeslutningen

2.3.1 Straffeprosessloven § 197 tredje ledd

Straffeprosesslovens utgangspunkt for ransaking er at det skal foreligge rettslig kjennelse før den gjennomføres. Hvilke krav det stilles til en ransakingsbeslutning følger av strpl. § 197 tredje ledd, som fastsetter at det i beslutningen skal opplyses om «hva saken gjelder, formålet med ransakingen og hva den skal omfatte». Bestemmelsen har nær sammenheng med strpl. § 200 første ledd, som fastsetter at siktede skal opplyses om det samme før ransakingen finner sted.

I LB-2018-87329 redegjorde lagmannsretten for hvilke ytterlige krav som stilles til spesifisering og konkretisering ved en ransakingsbeslutning av elektronisk materiale. Lagmannsretten uttalte følgende:

«Lagmannsretten finner [...] at det av beslutningen må fremgå hva som er hjemmelsgrunnlaget for ransakingen. Videre må det fremgå hva siktede mistenkes for, herunder en beskrivelse av mistankegrunnlaget, formålet med ransakingen og hvor det kan søkes etter bevis. Det må også beskrives hva ransakingen kan omfatte, og denne beskrivelsen må være så presis som praktisk mulig. Det vil i den sammenheng kunne få betydning at man ved en beslutning om ransaking normalt ikke vet nøyaktig hva man leter etter, noe som gjør at detaljeringsgraden kan bli lavere enn ved avgjørelser om beslag.»⁶⁷

Avgjørelsen viser at mistanke- og hjemmelsgrunnlaget skal angis i ransakingsbeslutningen. I tillegg bør det angis hvor det kan søkes etter bevis, og i den grad det er mulig praktisk mulig beskrives hvilke bevis det søkes etter. Saken skal være opplyst på en måte som gjør siktede i stand til å forstå hva han er siktet for. Klarhet i ransakingsbeslutningen vil gi siktede en indikasjon på hvilke datamateriale som kan gjennomgås og sikres fra politiets side. Imidlertid kan politiet under en ransaking avdekke overskuddsinformasjon som belyser et annet straffbart forhold. Tilfeldighetsfunnet av overskuddsinformasjon må ikke forveksles med en adgang til søke etter bevis for dette straffbare forholdet, som forutsetter at vilkårene i strpl. § 192 og § 170 a er oppfylt.

⁶⁷ LB-2018-87329 punkt 2.

Riksadvokaten har fremholdt i sitt brev av 9. april 2021 at ransakingsbeslutningen er viktig for å sikre notoritet om hvem som har fattet beslutningen og grunnlaget for tvangsmiddelbruken. Dette vil være avgjørende «for en meningsfull vurdering av *mistankekravet*, inngrepets *forholdsmessighet*, den nærmere *gjennomføringen* av inngrepet og effektiv *legalitetskontroll*». ⁶⁸ Begrunnelsen for ransakingen må således foreligge i forkant og baseres på andre opplysninger enn det som antas å kunne finnes på mobiltelefonen.

I utgangspunktet skal en ransakingsbeslutning være skriftlig, men ordlyden i bestemmelsen forhindrer ikke muntlige beslutninger. Disse skal i så fall snarest mulig nedtegnes, jf. strpl. § 197 tredje ledd siste setning. Ordlyden «skal» taler for å anse bestemmelsen som en gyldighetsregel. Dette vil ivareta notoritetshensynet, som gjør beslutningen kontrollerbar. Likevel vil ikke manglende nedtegnelse ha betydning for gyldigheten av ransakingen, jf. RG. 2009 s. 246. Dette synes å være fordi loven i noen tilfeller åpner opp for ransakingen uten forutgående beslutning fra retten eller påtalemyndigheten. ⁶⁹ Dersom ransakingen er gyldig på gjennomføringstidspunktet, kan ikke manglende nedtegnelse i ettertid medføre ugyldighet. ⁷⁰

Videre «skal» det skrives en rapport om ransakingen, enten «på stedet eller snarest mulig», jf. strpl. § 199 annet ledd. Ordlyden «skal» i bestemmelsen innebærer en rapporteringsplikt, uavhengig av funn. Rapporten er viktig for å kontrollere om det har vært sammenheng mellom mistankegrunnlaget i ransakingsbeslutningen og eventuelle funn.

2.3.2 Krav til ransakingsbeslutningen etter EMK

Hvilke kriterier EMK setter til en ransakingsbeslutning vil være relevant for hvordan ransakelsesbeslutningen etter strpl. § 197 skal utformes, ettersom straffeprosessloven gjelder med de begrensningene som følger av folkeretten, jf. strpl. § 4.

I *Posevini mot Bulgaria* ⁷¹ fastslo EMD at en ransaking som medfører beslag av utstyr som inneholder elektronisk data er et inngrep i retten til privatlivet. En slik inngrep kan skje der det foreligger en hjemmel, hvor inngrepet forfølger et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn. I saken måtte EMD ta stilling til om politiet hadde gjennomført

⁶⁸ RA-2021-955-1 punkt 2.

⁶⁹ Se strpl § 198 første ledd, som gir en tjenesteperson adgang på visse vilkår til å beslutte ransaking.

⁷⁰ RG. 2009 s. 246.

⁷¹ *Posevini mot Bulgaria*, no. 63638/14 [2017].

ransakingen i tråd med rettens kjennelse. Dette var en vurdering av nødvendigheten ved inngrepet.

Hvorvidt et inngrep er nødvendig vil bero på om nasjonal lovgivning har effektive rettssikkerhetsgarantier mot misbruk og vilkårlighet, og om disse rettssikkerhetsgarantiene fungerer i praksis.⁷² En autorisasjon på forhånd av en domstol vil utgjøre et rettssikkerhetstiltak, men det vil også ha betydning for rettssikkerheten om undersøkelsen er i samsvar med beslutningen. Hvor strenge krav det kan stilles til spesifisering vil avhenge av arten av lovbruddet og om det foreligger et hasteelement i saken.⁷³ Kravet til spesifisering er desto viktigere i saker hvor objektet som ransakes kan inneholde advokatbetroelser, jf. *Heino mot Finland*⁷⁴ avsnitt 43. I sistnevnte avgjørelse var ransakingen rettet mot et advokatkontor og deres korrespondanse, hvor beslutningen ble fattet av etterforskerne som skulle gjennomføre ransakingen. Dette ga etterforskerne et vidt skjønn til å avgjøre hva som kunne undersøkes og beslaglegges. EMD konkluderte med at inngrepet utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8 på bakgrunn av mangelfull rettslig overprøving av ransakingsbeslutningen, både i forkant og i ettertid av ransakingen.⁷⁵ Selv om det forelå et rettslig grunnlag for ransakingen i finsk lov, forelå det ikke rettssikkerhetsgarantier som kunne tilfredsstillte kvaliteten på lovskravet.⁷⁶

EMD har imidlertid akseptert en vag ransakingsbeslutning hvor etterforskerne får et vidt skjønn i de tilfellene sakens alvor og omstendighetene for øvrig tilsier dette. Illustrerende er *Sher mfl. mot Storbritannia*⁷⁷ som gjaldt ransaking og beslag i fornærmedes hjem etter bevis om et forestående terrorangrep. I den forbindelse iverksatte myndighetene en omfattende ransaking for å avverge angrepet. Ransakingsbeslutningen var utformet bredt og tillot et ubegrenset søk om hva myndighetene kunne ransake og beslaglegge. EMD skulle vurdere om ransakingsbeslutningen og gjennomføringen var nødvendig i et demokratisk samfunn. På bakgrunn av sakens alvor, herunder kampen mot terrorisme og hastesituasjonen om å få oppklart saken, tillot EMD en beslutning på bredere vilkår enn de ellers ville tillat.⁷⁸

⁷² *Posevini mot Bulgaria* [2017] avsnitt 69.

⁷³ *Posevini mot Bulgaria* [2017] avsnitt 70-71.

⁷⁴ *Heino mot Finland*, no. 56720/09 [2011].

⁷⁵ *Heino mot Finland* [2011] avsnitt 45-46.

⁷⁶ I *Heino mot Finland* tok EMD nasjonalstaten på lovskravet når de konkluderte med konvensjonsbrudd. Vanligvis vil manglende rettssikkerhetsgarantier ha betydning for spørsmålet om et inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn.

⁷⁷ *Sher mfl. mot Storbritannia*, no. 5201/11 [2015].

⁷⁸ *Sher mfl. mot Storbritannia* [2015] avsnitt 172-174.

Avgjørelsene viser at en ransakingsbeslutning normalt må være underlagt visse begrensninger. En beslutning som mangler informasjon om saken eller gjenstandene som skal beslaglegges, vil ikke medføre en rettferdig balanse mellom de konkurrerende interessene i saken på grunn av makten dette gir etterforskerne. Vedkommende inngrepet retter seg mot skal underrettes om saksgangen må en måte som gjør vedkommende i stand til å kunne avdekke, forebygge og rapportere misbruk, jf. *Van Rossem mot Belgia*.⁷⁹ Ransakingsbeslutningen må spesifiseres på en måte som ikke gir rom for spekulasjoner om omfanget og gjennomføringen av ransakingen. Kravet til spesifisering og presisjon kan imidlertid tillegges mindre vekt når flere menneskeliv står i fare eller på grunn av sakens alvor eller når saken haster, jf. *Sher mfl. mot Storbritannia*. I slike tilfeller må politiet få en viss fleksibilitet til å vurdere hva som er relevant å undersøke og beslaglegge for å oppklare saken.

Flere av de ovennevnte avgjørelsene gjelder husransaking, men uttalelsene angående ransakingsbeslutningen må gjelde tilsvarende for mobilransaking. Søk på elektroniske enheter vil gi myndighetene en omfattende tilgang på personlig og sensitiv informasjon. Et rettsikkerhetstiltak mot overdrevet innblanding av personopplysningen vil være å utstede en så presis ransakingsbeslutning som overhodet mulig. Hvorvidt innblanding er overdrevet beror først og fremst på alvorlighetsgraden av lovbruddet. En potensielt ubegrenset ransakingsbeslutning vil kunne gjøre inngrepet uforholdsmessig og dermed ulovlig.

2.4 Oppsummering

Som det fremgår av det foregående skal ransakingen være formålsorientert og innrettet mot mistanken fastsatt i ransakingsbeslutningen, som vil angi den ytre rammen for hvilke bevis som forfølges i saken. Måltetthet i ransakingen vil bidra til å øke bevisstheten mellom mål og middel. Påtalemyndigheten har et selvstendig ansvar for å sørge for at straffeforfølgningen «skjer i samsvar med lov og instruks», jf. påtaleinstruksen⁸⁰ § 7-5 annet ledd. Dette innebærer at etterforskningen, herunder beviservervelsen og bevissikringen må være i samsvar med loven og de øvrige rettslige rammene – som EMK og Grunnloven. Dersom politiet ønsker å søke etter bevis for et annet straffbar forhold enn siktelsen i ransakingsbeslutningen, må det innhentes en ny beslutning.⁸¹ Likevel, i møte med store datamengder og ikke alltid tilstrekkelig kunnskap

⁷⁹ *Van Rossem mot Belgium*, no. 41872/98 [2004] avsnitt 46-47.

⁸⁰ FOR-1985-06-28-1679.

⁸¹ RA-2020-2219-2 punkt 3. krav om ransakingsbeslutning.

om hva det søkes etter, vil overskuddsinformasjon være en bieffekt og en unngåelig konsekvens av ransakingen.

Krav til presisjon, klarhet og avgrensning i ransakingsbeslutningen vil variere ut fra omstendighetene i saken. Ved alvorlig kriminalitet kan ikke kriteriene i ransakingsbeslutningen bli for strenge ettersom man vil kunne risikere, som påpekt i Sher mfl. mot Storbritannia, at viktige bevis går tapt. I andre saker vil imidlertid en for vid ransakingsbeslutning medføre en ubalanse mellom samfunnet og borgernes interesser, fordi faren for misbruk øker betydelig ved å gi etterforskerne et vidt skjønn til hvordan ransakingen skal gjennomføres.

Ransakingsbeslutningen skal utformes så presist det er praktisk mulig og på en måte som er begrenset til å holde seg innenfor siktelsen som etterforskes. Det er staten som må rettferdiggjøre et inngrep i privatlivet og mangelfull eller manglende ransakingsbeslutning vil være lite egnet for etterkontroll. På den måten vil det være vanskelig å vurdere om forholdet mellom formålet som søkes oppnådd og midlene som tas i bruk kan anses som forholdsmessig.

3 Bevisføring av overskuddsinformasjon

3.1 Innledning

Det er selve ransakingen som gir tilgangen til overskuddsinformasjon. Som det er redegjort for må samtlige vilkår for ransaking være oppfylt for at politiet skal kunne benytte seg av tvangsmiddelet. Ransakingsbeslutningen skal bidra til å gi en klar indikasjon på hva som kan søkes etter av bevis, og på den måten søker ransakingsbeslutningen å redusere omfanget og forekomsten av overskuddsinformasjon. Som fremholdt forekommer det likevel at politiet under etterforskningen kommer i besittelse av overskuddsinformasjon. I dette kapitlet vil fokuset rette seg mot selve bevisføringen av overskuddsinformasjon, nærmere bestemt adgangen til å føre overskuddsinformasjon for et annet straffbart forhold når politiet allerede er i besittelse av informasjonen.

Overskuddsinformasjon er informasjon etterforskningen opprinnelig ikke tok sikte på å avdekke.⁸² Opplysninger som er relevant for det straffbare forholdet som begrunnet tvangsmiddelbruken vil naturligvis ikke betegnes som overskuddsinformasjon. Hvorvidt opplysninger innhentet fra mobiltelefonen utgjør overskuddsinformasjon vil dermed bero på

⁸² Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) punkt 8.9.1 (side 73).

hvilken mistenkt straffbar handling opplysningene omtales i relasjon til eller brukes for å belyse. Dersom opplysningene skal brukes i relasjon til andre straffbare forhold enn det som fremkommer av ransakingsbeslutningen, som enten mistenkte eller tilfeldige tredjepersoner kan ha begått, omtales det som overskuddsinformasjon. Overskuddsinformasjon kan dermed ha utslagsgivende virkninger for domsresultatet i en annen sak. Interessant i så henseende er spørsmålet om overskuddsinformasjon fritt kan føres som bevis.

I straffeprosessretten er utgangspunktet og hovedregelen prinsippet om fri bevisførsel. Dette innebærer i korte trekk at alle relevante opplysninger vedrørende saken kan føres som bevis.⁸³ Det samme gjelder for overskuddsinformasjon.⁸⁴ Av den grunn vil jeg innlede min analyse med å redegjøre for innholdet og de hensyn som begrunner prinsippet om fri bevisførsel under punkt 3.2. Prinsippet om fri bevisførsel gjelder på generelt grunnlag imidlertid ikke uten unntak og begrensninger. Følgelig vil jeg i det påfølgende under punkt 3.3 og 3.4 undersøke hvilke begrensninger som foreligger, samt hvilken betydning dette eventuelt har for bruk av overskuddsinformasjon som bevis.

3.2 Prinsippet om fri bevisføring og grunnleggende hensyn

I norsk prosessrett gjelder prinsippet om fri bevisførsel, både i sivilprosessen og i straffeprosessen. For sivile saker fremgår prinsippet direkte av tvisteloven⁸⁵ § 21-3 første ledd første punktum som gir partene rett til å føre de bevis de måtte ønske. I straffeprosessloven er ikke prinsippet forankret i en lovhjemmel, men det er sikker rett at straffeprosessen bygger på tilsvarende prinsipp.⁸⁶ Dette er uttrykkelig fremholdt i Rt. 1990 s. 1008, hvor følgende ble uttalt:

«Etter norsk straffeprosess har partene i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetningen er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er likevel klar.»⁸⁷

⁸³ Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13.

⁸⁴ Rt. 1990 s. 1008 og Rt. 2010 s. 956 avsnitt 20.

⁸⁵ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven eller tvl.).

⁸⁶ Straffeprosesslovutvalget foreslår å lovfeste prinsippet i en ny straffeprosesslov, se NOU 2016:24, side 38 lovutkastet § 7-2. Det uttales også her at prinsippet om fri bevisføring er velkjent, selv om det ikke fremgår av dagens straffeprosesslov, se side 256.

⁸⁷ Rt. 1990 s. 1008 på side 1010.

Prinsippet om fri bevisførsel innebærer en rett til å føre ethvert relevant bevis som kan ha betydning for faktum i saken.⁸⁸ Dette gir både siktede og påtalemyndigheten rett til å føre hvilke bevis de måtte ønske i kraft av prinsippet.⁸⁹ Dersom retten skal kunne avskjære bevis kreves det et særskilt rettsgrunnlag.⁹⁰ Dette må innebære at det ikke er bevisføringen som må begrunnes, men innvendinger og begrensninger mot bevisførselen.

I Rt. 1990 s. 1008 tillot Høyesterett å bruke et fotobevis ervervet ved automatisk trafikkontroll som bevismiddel for andre forhold enn trafikkforseelse. Det ble videre fremholdt at dersom man ønsker å begrense bruken av fotografiet må dette i så fall lovreguleres.⁹¹ Overskuddsinformasjon kan også føres som bevis ovenfor utenforstående tredjepersoner, jf. Rt. 2010 s. 956 avsnitt 20.

Avgjørelsene kan tas til inntekt for at utgangspunktet om fri bevisførsel også gjelder fullt ut for overskuddsinformasjon. Ifølge Øyen foreligger det ikke et allment forbud mot å benytte seg av informasjon som er skaffet til veie for ett straffbart forhold som bevis for et annet.⁹² Dermed kan overskuddsinformasjon som utgangspunktet og hovedregel fritt føres som bevis, både som bevis for andre straffbare forhold de måtte kaste lys over, så vel som bevis mot andre personer enn etterforskningen opprinnelig var rettet mot. Dersom overskuddsinformasjon skal avskjæres må dette begrunnes i et lovfestet eller ulovfestet rettsgrunnlag.

Prinsippet om fri bevisføring bygger på den materielle sannhet og hensynet til sakens opplysning.⁹³ Den materielle sannhets prinsipp gir uttrykk for målsetningen om å komme frem til en materielt riktig avgjørelse. God opplysning av saken vil være en forutsetning for å oppnå et materielt riktig resultat. Ved å tillate alle relevante bevis i en straffesak vil man klarlegge sannheten. På den måten vil skyldige straffes, samtidig som man forhindrer at uskyldige dømmes. Den materielle sannhets prinsipp vil modifieres og vektlegges annerledes i straffeprosessen enn i sivilprosessen. Dette er på bakgrunn av det strenge beviskravet i straffesaker. For å dømme tiltalte for den straffbare handlingen, må tiltaltes skyld være bevist

⁸⁸ Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13.

⁸⁹ Øyen (2019) side 380.

⁹⁰ Rt. 1990 s. 1008 s. 1010 og Øyen (2019) side 379.

⁹¹ Rt. 1990 s. 1008 side 1011.

⁹² Øyen (2019) s. 396.

⁹³ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) side 66, Rt. 2002 s. 1744 på s. 1746 og Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13.

utover enhver rimelig og fornuftig tvil.⁹⁴ Beviskravet i straffesaker er gjerne formulert som om all rimelig og forstandig tvil skal komme tiltalte til gode.⁹⁵

Det vil være til ugunst for samfunnet dersom en gjerningsperson skal gå fri som følge av bevisavskjæring. Det er en generell allmenn interesse i å straffeforfølge kriminelle handlinger og få et korrekt resultat i domstolen. Den materielle sannhet utgjør ifølge Høyesterett en bærebjelke i norsk straffeprosess.⁹⁶ Som følge av dette vil hensynet til den materielle sannhet og sakens opplysning tale for en vid bevisføringsadgang, hvilket underbygger at hovedregelen og utgangspunktet er fri bevisføring. Overskuddsinformasjon vil kunne bidra til å komme frem til den materielle sannhet ettersom informasjonen vil gjøre eksistensen av et faktum mer eller mindre sannsynlig. På den måten vil overskuddsinformasjon kunne benyttes for å oppnå domfellelse, hvilket ivaretar den allmenne interessen om å straffeforfølge kriminelle handlinger og få korrekte resultater i domstolen.

3.3 Begrensninger og unntak fra hovedregelen om fri bevisføringen

3.3.1 Innledning

Prinsippet om fri bevisførsel danner utgangspunktet for adgangen til å føre overskuddsinformasjon som bevis for norske domstoler, hvor det materielle sannhetsprinsipp utgjør hovedbegrunnelsen. Det er likevel klart at den materielle sannhet ikke kan eller bør oppnås for enhver pris. Av den grunn foreligger flere unntak og begrensninger fra utgangspunktet om fri bevisføring. En domstol kan både avvise bevisfremleggelse av overskuddsinformasjon med hjemmel i lovfestede regler og på grunnlag av de ulovfestede reglene om ulovlig og utilbørlig beviservervelse. Disse begrensningene utfordrer både det materielle sannhets prinsipp og hensynet til sakens opplysning.

Det foreligger ikke en eksplisitt lovregel som forhindrer bruken av overskuddsinformasjon som sådan, og i det følgende vil det derfor redegjøres for noen avskjæringsregler som kan komme til anvendelse. Det gjelder for det første strpl. § 292, som gir retten adgang til å avskjære bevis på grunn av manglende relevans. Denne adgangen redegjøres for i punkt 3.3.2.

⁹⁴ Til sammenligning er beviskravet i sivilprosessen som hovedregel formulert som et krav om sannsynlighetsovervekt, jf. Rt. 1996 s. 864 på s. 869 og Pedersen og Skoghøy (2020) side 287.

⁹⁵ Rt. 2008 s. 1659 avsnitt 17.

⁹⁶ Rt. 2007 s. 1435 avsnitt 38.

I utgangspunktet har politiet og påtalemyndigheten alminnelig taushetsplikt for opplysninger knyttet til etterforskningen. Det er imidlertid gjort flere unntak fra taushetsplikten hvilket gir en vidtgående adgang til å anvende bevis i straffesaker. Dette, samt noen straffeprosessregler om bevisforbud, skal behandles i punkt. 3.3.3. Straffeprosesslovens regler om bevisforbud gjelder uavhengig om det er tale om overskuddsinformasjon eller ikke, og kommer kun til anvendelse fordi informasjonen er av et visst innhold. Av den grunn vil bare noen av disse reglene omtales kort.

I punkt. 3.3.4 redegjøres for den ulovfestede læren om ulovlig og utilbørlig bevis. Hovedfokuset vil ligge på praksis som tar for seg bevis innhentet ved feil i ransakingsbeslutningen og hvilke syn rettspraksis har på bruk av overskuddsinformasjon i lys av læren om ulovlig og utilbørlig bevis.

3.3.2 Relevanskravet i strpl. § 292

Straffeprosessloven § 292 annet ledd bokstav a til c gir retten adgang til å avskjære bevis på grunn av manglende relevans. Med «manglende relevans» må forstås et bevis som ikke har betydning for den avgjørelsen som skal treffes. Bestemmelsen kommer kun til anvendelse for bevis som er «for hånden» og i de tilfelle tiltalte ikke har gitt en fullstendig tilståelse.⁹⁷ Med uttrykket «for hånden» menes bevis som allerede foreligger eller er til stede i retten.⁹⁸ Det er altså tale om bevis påtalemyndigheten allerede besitter. Når politiet har gjennomgått en mobiltelefon og fått kunnskap om overskuddsinformasjon vil informasjonen anses å være et bevis som er «for hånden». Relevanskravet vil kunne begrense bruken av overskuddsinformasjon såfremt ett av de alternative vilkårene opplistet i bokstav a til c er oppfylt. I disse tilfellene kan overskuddsinformasjonen både avskjæres under saksforberedelsen og under hovedforhandlingen.⁹⁹

Etter bokstav a kan retten nekte partene å føre bevis som er for hånden dersom det gjelder forhold som er «uten betydning for dommens innhold». En naturlig forståelse av ordlyden tilsier bevis som ikke har påvirkning på avgjørelsesgrunnlaget.¹⁰⁰ Hvilke bevis som vil kunne påvirke

⁹⁷ Se strpl. § 292 første ledd og strpl. § 293 for bevis som ikke er for hånden.

⁹⁸ Keiserud mfl. (2021): *Straffeprosessloven: kommentarutgave*, til strpl. § 292.

⁹⁹ Ot.prp.nr. 66 (2001-2002) side 138.

¹⁰⁰ Et «avgjørelsesgrunnlag» kan defineres som det retten kan bygge sin avgjørelse på. Avgjørelsesgrunnlaget i en sak kan deles i to deler, det rettslige og det faktiske. Det rettslige avgjørelsesgrunnlaget er de rettsreglene som kan anvendes på det aktuelle forholdet, og det faktiske avgjørelsesgrunnlaget er bevisene som er ført i saken, og som underbygger partenes påstander, jf. Hjort (2018) under punkt 1.

dommens innhold beror først og fremst på det straffbare forholdet inntatt i tiltalebeslutningen.¹⁰¹ En omstendighet kan angå saken, men likevel ikke ha en betydning for dommens innhold.¹⁰² I så fall kan retten avskjære beviset. Dette gjelder imidlertid ikke der beviset kan ha en viss betydning for dommens innhold.¹⁰³

Etter bokstav b vil bevis kunne nektes ført såfremt dette gjelder forhold som «allerede er tilstrekkelig bevist», hvilket må forstås som overflødige bevis som ikke vil tilføye noe nytt i saken. På den måten reduseres bevisomfanget samtidig som effektivitetshensynet blir ivarett. Et illustrerende eksempel er når et større antall vitner skal avgi forklaring om akkurat samme hendelsen. Når retten selv ikke mener det er behov for ytterlig bevisføring om det aktuelle temaet, kan bevis avskjæres.¹⁰⁴

Etter bokstav c kan retten nekte et bevis som «åpenbart ikke har noen beviskraft». Det må være tale om et bevis som ikke har noen verdi for saken og uten interesse for sakens opplysning. Dette må ikke forveksles med hvilken vekt bevisene skal tillegges, som avgjøres på et senere stadium og ikke under avskjæringsvurderingen. Ordlyden «åpenbart» gir ikke rom for tvil som taler for at dette er en snever unntaksregel fra hovedregelen om fri bevisføring. Av forarbeidene må det være tale om et betydningsløst bevis ut fra bevismidlets art, karakter og lignede forhold.¹⁰⁵ Dette beror på en konkret vurdering og vilkåret skal tolkes strengt.¹⁰⁶ Dette innebærer at selv bevis av liten betydning må i utgangspunktet tillates ført etter alternativ c.

Bestemmelsen har en nær sammenheng med rettens selvstendige ansvar for å «våke over at saken blir fullstendig opplyst», jf. strpl. § 294 første punktum. Retten skal etter denne bestemmelsen sørge for så en forsvarlig saksopplysning som overhodet mulig. Bevisavskjæring vil kunne gå på bekostning av saken opplysning, og dermed vil strpl. § 294 fungere som en innskrenkning i bevisavskjæringsadgangen etter strpl. § 292 annet ledd. Dessuten er avskjæringsadgangen etter strpl. § 292 en «kan»-bestemmelse, som gjør vurderingen

¹⁰¹ Tiltalebeslutningen er påtalemyndighetens anklage mot siktede og trekker opp rammen for saken som skal avgjøres i domstolen. Retten skal i utgangspunktet forholde seg til det straffbare forholdet som følger av tiltalebeslutningen når de tar stilling til om tiltale er skyldig eller ikke, jf. strpl. § 38.

¹⁰² Ot.prp.nr.66 (2001-2002) side 138.

¹⁰³ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) side 138.

¹⁰⁴ Andenæs og Myhrer (2009) side 399.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) side 138.

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.66 (2001-2002) side 138.

skjønnspreget ved at domstolene selv bestemmelsen om bevisene skal avskjæres når vilkårene er oppfylt.

Torgersen mener relevanskravet må anses som et grunnvilkår for bevisadgangen.¹⁰⁷ Dette vil, ifølge han, skape en mest mulig balansert avveining mellom hensyn som taler for og mot bevisføring. Kravet til relevans er på den måten en forutsetning for denne avveiningen.¹⁰⁸ Tankegangen er at dersom et bevismiddel – som partene ønsker å føre for domstolen - ikke har noen reell betydning, foreligger det heller ikke et behov for en avveining av hvorvidt et bevis skal føres eller ikke, fordi beviset allerede må utelukkes på grunn av manglende relevans.

Overskuddsinformasjon i opprinnelsessaken vil klart ikke være relevant for denne saken, slik at beviset må avskjæres. Dette stiller seg imidlertid annerledes når politiet ønsker å bruke overskuddsinformasjon i irrettføringen av det straffbare forholdet overskuddsinformasjonen belyser. Overskuddsinformasjon vil i den sammenheng sjeldent bli avskåret, fordi informasjonen vil være relevant for saken. En forutsetning for å straffeforfølge og irettføre den nye saken er jo nettopp funnet av overskuddsinformasjonen. Relevanskravet spiller en rolle i hvordan sak overskuddsinformasjonen skal føres, og for den nye saken medfører relevanskravet i praksis ingen vidtgående begrensninger for bevisføringen.

3.3.3 Taushetsbelagte opplysninger

I utgangspunktet har politiet og påtalemyndigheten taushetsplikt for de opplysningene som innhentes i forbindelse med etterforskningen, jf. politiregisterloven¹⁰⁹ § 23, jf. § 3. Taushetsplikten skal hindre at opplysninger om en person gjøres tilgjengelig for andre, og innebærer at forhold som tjenestemenn blir kjent med gjennom sitt arbeid ikke skal videreformidles. Dette gjelder både overfor utenforstående personer som dommere, men også for personer innad i påtalemyndigheten og politiet, jf. politiregisterloven § 23 fjerde ledd.

Ved gjennomgang av en mobiltelefon kan politiet finne opplysninger som angår det forhold som etterforskes, men også opplysninger som belyser andre straffbare forhold og personlige opplysninger uten interesse for politiet. De to sistnevnte typen av opplysninger vil anses som overskuddsinformasjon, og taushetsplikten gjelder også for disse tilfellene. Loven bygger på et formålsbestemthetsprinsipp som skal fungere som en skranke for politiets adgang til å utlevere

¹⁰⁷ Torgersen (2006) punkt 2.

¹⁰⁸ Torgersen (2006) punkt 2.

¹⁰⁹ Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).

opplysninger til et annet formål enn det formål opplysningene er innsamlet til.¹¹⁰ Overskuddsinformasjon faller utenfor det opprinnelig mistenkte forholdet som politiet i utgangspunktet etterforsket, og bruk av informasjonen vil være uforenelig med innsamlingsformålet. Prinsippet skal ivareta forutberegneligheten til borgerne, ved å gi klarhet og oversikt over bruksadgangen.¹¹¹ Dette trekker i retning av at loven stenger for bruk av overskuddsinformasjon når overskuddsinformasjonen rammes av reglene om taushetsbelagte opplysninger, men fra utgangspunktet om taushetsplikt og formålsrettet bruk av opplysninger foreligger det flere unntak.

For det første tillater politiregisterloven § 4 første ledd bruk av opplysninger til «andre politimessige formål». Politimessige formål er blant annet definert som «politiets kriminalitetsbekjempende virksomhet, herunder etterforskning, forebyggende arbeid og ordenstjeneste», jf. politiregisterloven § 2 nr. 13 bokstav a. Dette gir en utvidende adgang til å benytte informasjonen til å gjelde også andre formål enn det opprinnelige innsamlingsformålet.

For det andre er heller ikke taushetsplikten til hinder for at opplysningene innhentet ved etterforskningen brukes i den enkelte straffesak, herunder til «etterforskning, saksforberedelse, avgjørelse, gjennomføring av avgjørelsen, oppfølging og kontroll», jf. politiregisterloven § 26. Med «opplysningene» siktes det til de opplysningene som er innhentet som ledd i etterforskningen. Ifølge forarbeidene til bestemmelsen vil dette gjelde alle opplysningene, uavhengig av i hvilken sammenheng opplysningene er innhentet.¹¹² Dette betyr at overskuddsinformasjon kan brukes som bevis for en straffbar handling, selv om denne handlingen ikke begrunnet det tvangsmidlet som avdekket informasjonen.

Taushetsplikten i § 26 er altså ikke til hinder for å føre opplysninger i en straffesak som opprinnelig var innhentet til et annet formål. Dersom taushetsplikten skal være til hinder for å føre overskuddsinformasjon må det forankres i lovbestemmelser som gjør unntak fra § 26. Dette vil være unntak som blant annet finnes i straffeprosessloven, som inneholder flere regler om bevisforbud- og begrensninger for taushetsbelagte opplysninger. Straffeprosesslovens regler om bevisforbud må derfor anses å avskjære hvilken adgang det ellers kunne vært til å dele

¹¹⁰ Ot.prp.nr.108 (2008-2009) side 58.

¹¹¹ Bruce (2015) side 340.

¹¹² Ot.prp.nr.108 (2008-2009) side 305.

overskuddsinformasjon, fordi overskuddsinformasjon kan ha et innhold som gjør at prinsippet om fri bevisførsel må vike for en større interesse.

Noen viktige og praktiske lovfestede avskjæringsregler i straffeprosessloven er opplysninger som er underlagt taushetsplikt, jf. strpl. §§ 117-120. Bestemmelsene er formulert som regler om vitneforbud, og skal sette en skranke for hvilke forklaringer som kan tillates ført som bevis i retten. Eksempelvis skal strpl. § 119 hindre retten å ta imot forklaring fra blant annet advokater om noe som er betrodd advokaten i hans stilling. Lovgiver har lagt til grunn at i disse tilfellene må taushetsplikten gå foran vitneplikten. Bakgrunnen er at klienter skal kunne søke profesjonell bistand uten frykt for at disse opplysningene blir videreformidlet.¹¹³ Politiet har heller ikke adgang til å ta beslag i dokumenter som inneholder slike opplysninger, jf. strpl. § 204. Dette kan for eksempel være e-postkorrespondanse mellom innehaveren av mobiltelefonen og advokat. På den måten vil reglene om vitneforbud i realiteten regulere et bevisforbud. Flere av disse bestemmelsene som angir bevisforbud er imidlertid ikke absolutte, hvilket innebærer at det på nærmere angitte vilkår likevel er adgang til å føre opplysningene som bevis. For eksempel ved et samtykke eller når en advokat er mistenkt for å være medskyldig i det straffbare forhold.¹¹⁴

Dersom overskuddsinformasjon skal avskjæres etter straffeprosesslovens regler beror dette på innholdet i informasjonen, ikke at opplysningene anses som overskuddsmateriale som sådan. Disse reglene skiller ikke mellom adgangen til å føre opplysninger som bevis for den saken de er innhentet i og som bevis for andre straffbare forhold (overskuddsinformasjon). Hvilken betydning reglene om bevisforbud har for bruk av overskuddsinformasjon som bevis, vil således avhenge av innholdet i overskuddsinformasjonen. Dersom innholdet består av taushetsbelagte opplysninger, for eksempel tiltaltes betrodde e-postkorrespondanse med vedkommendes advokat – som er informasjon som vil kunne tilgjengeliggjøres ved en mobilransaking – så vil informasjonen ikke kunne føres som bevis, jf. strpl. § 119, jf. strpl. 204.

I straffeprosessloven finnes det bare en bevisavskjæringsregel som eksplisitt behandler overskuddsinformasjon ved irettføringen, og det er overskuddsinformasjon innhentet fra kommunikasjonskontroll i strpl. § 216 i. Tilsvarende lovbestemmelse som begrenser bruken av

¹¹³ De overordnede hensynene bak taushetsplikten er understreket av Høyesterett en rekke ganger, se f.eks. Rt. 2010 s. 1638 avsnitt 33 og HR-2011-1948-U avsnitt 13.

¹¹⁴ Se for eksempel strpl. § 204 annet ledd.

overskuddsinformasjon i lys av å være overskuddsinformasjon ved straffesaken finnes altså ikke for andre tvangsmidler, heller ikke for mobilransaking.

3.3.4 Den ulovfestede læren om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis

3.3.4.1 Personvern-, rettssikkerhets- og prevensjonshensyn for avskjæring

Under punkt 3.2 ble hensynet til den materielle sannhet og sakens opplysning nevnt som de to grunnleggende hensynene bak prinsippet om fri bevisføring. Et overordnet mål for rettsprosessen er å komme frem til materielt riktige avgjørelser. For å oppnå et materielt riktig resultat er det nødvendig at saken er tilstrekkelig opplyst. I forlengelsen av dette bør derfor alle relevante bevis fremlegges for og vurderes av retten. På den måten vil avgjørelsesgrunnlaget for domstolene være så sikkert som mulig. En eventuell bevisavskjæring, der beviset nektes ført, vil dermed kunne medføre en dårligere opplysning av saken, hvilket vil utfordre det materielle sannhets prinsipp.

Selv om overskuddsinformasjon etter sin art er tillat, kan det foreligge omstendigheter ved saken som tilsier at sakens opplysning og den materielle sannhet må vike til fordel for andre interesser. Bevisavskjæring skal hindre at saken blir avgjort på grunnlag av bevis som krenker interesser som personvern- og rettssikkerhetshensyn. Borgerne skal beskyttes mot at politiet går utover de rettslige begrensningene som foreligger ved ransakingen. Mobilransaking vil utgjøre et inngrep i den personlige integriteten og innsamling av privat informasjon skal ikke gå utover det nødvendige. Hensyn til personvern-, rettssikkerhet og prevensjon vil tale for avskjæring av overskuddsinformasjon som bevis.¹¹⁵ Avgjørelsen av om et bevis skal tillates ført eller avskjæres beror dermed på en avveining mellom flere hensyn.

Med «personvern» forstås i denne sammenheng den enkeltes behov for en privat sfære uten innblanding fra myndighetene eller andre utenforstående mennesker.¹¹⁶ Retten til personvern innebærer en rett til kontroll over den informasjonen som omhandler en selv og muligheten til å ta egne valg om hva man ønsker å dele med andre.¹¹⁷ Dette gjelder særlig opplysninger som oppleves som personlige. Etter personopplysningsloven¹¹⁸ vil opplysninger om rase, politisk

¹¹⁵ Flere hensyn vil kunne gjøre seg gjeldende når man skal drøfte problemstillinger knytte til læren om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis. Disse behandles imidlertid ikke her, fordi personvern og prevensjon anses som de to viktigste mothensynene for prinsippet om fri bevisførsel i denne avhandlingen.

¹¹⁶ Prop. 147 L (2012-2013) side 15.

¹¹⁷ NOU 1997:19 side 21 og NOU 2009:1 individ og integritet side 35.

¹¹⁸ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

eller religiøs oppfatning, helseforhold og seksuelle forhold anses som mer sensitive enn andre opplysninger.¹¹⁹ Dessuten er retten til personvern en del av retten til privatlivet og kommunikasjon som er viktige menneskerettigheter beskyttet gjennom Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 nr. 1.

Det har i rettspraksis blitt oppstilt et bevisføringsforbud dersom personvern hensyn har blitt krenket ved inngrepet, og en eventuell bevisføring vil anses som en ny krenkelse av personvernet. Et illustrerende eksempel på dette er Rt. 1991 s. 616. Saken gjaldt en ansatt i et gatekjøkken som var tiltalt for underslag fra egen arbeidsgiver. Arbeidsgiveren hadde foretatt hemmelig videoopptak på arbeidsplassen, hvilket ble ansett som et alvorlig inngrep som strider mot ulovfestede prinsipper om personvern. Høyesterett uttalte at «fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel».¹²⁰ Høyesterett vektla at det «kunne virke støtende om bevis som er tilveiebragt på denne måten blir tillat brukt, og det vil kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som er blitt overvåket».¹²¹

Høyesterett oppstiller et bevisforbud basert på at føringen vil virke støtende, og verdsetter på den måten den rettigheten (personvernet) som har blitt krenket ved ervervelsen. I denne vurderingen inngår antakelser om uheldige virkninger for den alminnelige rettsfølelse dersom domstolene skal tillate bevisføringen.¹²² I lovgivningen finnes en rekke bestemmelser som setter en skranke på hvordan bevis skal innhentes. Disse bestemmelsene skal ivareta ulike hensyn og en overtredelse kan begrunne bevisforbud, da dette vil være et forsøk på å ivareta den krenkede interessen.

Et tvangsmiddel som gjør inngrep i en beskyttet rettighet, som for eksempel retten til respekt for privatlivet, må anses nødvendig. Ransakingsbeslutningen skal sørge for en målrettet etterforskning og hindre at det gjøres større inngrep enn nødvendig. På den måten kan det sies at ransakingsbeslutningen skal beskytte en konkret interesse, nemlig vern mot større inngrep i retten til privatlivet enn tillat. Overskuddsinformasjon er et resultat av en ransaking hvor informasjonsinnsamlingen har gått utover ransakingsbeslutningen og dermed det som var nødvendig i det aktuelle tilfellet. Personvern er et hensyn man ønsker å beskytte og er et

¹¹⁹ Jf. personopplysningsloven § 9. Se også politiregisterloven § 7.

¹²⁰ Rt. 1991 s. 616 på side 623.

¹²¹ Rt. 1991 s. 616 på side 623.

¹²² Schei m.fl. (2022) til tvisteloven til § 22-7.

argument som kan påberopes for bevisavskjæring, så fremt informasjonen angår «den enkeltes private sfære» slik det er definert. Ved å oppstille et bevisforbud i disse tilfelle sikres et direkte vern av rettigheten man ønsker å beskytte mot en videre krenkelse.¹²³ Øyen mener det sentrale er om de hensyn lovbestemmelsen skal beskytte også vil gjøre seg gjeldende på bevisføringsstadiet. Om ikke dette er tilfellet, er krenkelsen uten interesse for spørsmålet om beviset kan føres.¹²⁴

Rettsikkerhet er en betegnelse som brukes om garantier som begrenser statens maktutøvelse overfor borgerne. Rettsikkerhetsgarantiene skal sørge for å ivareta borgernes behov på en best mulig måte. Dette vil ikke i seg selv gi noe vern mot inngrep, men skal sørge for at inngrepet skjer innenfor de rettslige rammene som er oppstilt gjennom demokratiske prosesser.¹²⁵ Rettsikkerhetshensyn krenkes derfor når det gjøres brudd på materielle, formelle eller personelle regler ved ransakingen og bevissikringen. Bevisføring i de tilfellene politiet har overskredet sin kompetanse, vil bidra til å forsterke følelsen av maktmisbruk overfor de rammede.

Et annet argument for avskjæring av ulovlige og utilbørlige bevis er for å unngå belønning av ulovlige politimetoder og sørge for at disse ikke gjentas i fremtidige saker. Bevisforbud kan på denne måten bidra til å disiplinere politiets atferd. Dersom et bevis blir avskåret fordi politiet opptrer på en klanderverdig måte vil dette kunne påvirke politiet og påtalemyndigheten til å overholde reglene for beviservervelse.

I forarbeidene til straffeprosessloven ble det imidlertid stilt spørsmål om bevisforbud var riktig metode for forebygging av ulovligheter fra politiets side i norsk rett.¹²⁶ Det ble argumentert for et ikke pressende behov «under våre forhold» for å motvirke ulovlige metoder hos politiet, og at eventuelle ulovligheter ble bedre ivaretatt gjennom administrative reaksjoner enn gjennom bevisavskjæring.¹²⁷ Selv om forarbeidene ikke legger avgjørende vekt på disiplineringshensynet, er dette et moment som er vektlagt i rettspraksis. Det kan imidlertid synes som om det foretas et skille om ulovlighetene stammer fra en sivil part eller politiet.

¹²³ Torgersen (2008) side 37.

¹²⁴ Øyen (2010) punkt 3.4.1

¹²⁵ Bruce og Haugland (2018) side 26 og 27.

¹²⁶ NUT 1969:3 side 197.

¹²⁷ NUT 1969:3 side 197.

Høyesterett fulgte opp synspunktet som ble lagt til grunn i forarbeidene i Rt. 2006 s. 582, som gjaldt politiets ulovlige ransaking av en bil. I saken ble prevensjon avslått som argument for bevisavskjæring. Følgende ble fremholdt:

«Etter min mening er det klart at beviset heller ikke kunne vært avskåret på grunnlag av en interesseavveining. Avskjæring kunne riktignok ha en pedagogisk effekt ved at politiet fikk en ekstra oppfordring til å overholde de materielle og formelle vilkår for ransaking.»¹²⁸

Saken kan tas til inntekt for at prevensjon ikke tillegges nevneverdig vekt i en interesseavveining ved bevisavskjæringsvurderingen når ulovligheten stammer fra politiet. Situasjonen er imidlertid annerledes når ulovligheten stammer fra en sivil part. Illustrerende er Rt. 1991 s. 616 og Rt. 1997 s. 795, som begge gjaldt privatpersoners beviservervelse, hvor bevisene ble fremskaffet i hemmelighet. Rt. 1991 s. 616 gjaldt et hemmelig videoopptak av en arbeidstaker som var tiltalt for underslag på et gatekjøkken og Rt. 1997 s. 795 gjaldt et hemmelig lydopptak moren hadde tatt av faren og barna som ønsket brukt i en samværs sak. Høyesterett anså fremskaffelsene av bevisene som utilbørlig og begge sakene resulterte i bevisforbud. Høyesterett kom til at bevisforbud i disse tilfellene medfører at handlingen motvirkes.¹²⁹ Det synes som om Høyesterett stiller strengere krav til privatpersoners beviservervelse enn for politiets beviservervelse. Dette til tross for at politiets ansvar er å skaffe til veie nødvendige opplysninger i etterforskningen,¹³⁰ og i den anledningen ofte kan benytte seg av inngripende tvangsmidler.

Et argument som taler mot avskjæring når beviservervelsen har skjedd ved ulovlige politimetoder er hensynet til kriminalitetsbekjempelse. Mindre feil ved etterforskningen bør ikke hindre politiet i å oppklare alvorlig kriminalitet. Staten har et overordnet ansvar for å straffeforfølge kriminelle handlinger, og for å oppnå dette må politiet være i stand til å etterforske, oppklare og iretteføre straffbare handlinger. Myndighetene har også en positiv sikringsplikt for å hindre urett.¹³¹ På den andre siden vil alvorlige feil ved politimetoden for mindre alvorlige lovbrudd tale for bevisavskjæring. Borgerne skal beskyttes mot statens maktmisbruk og vilkårlighet, hvilket først og fremst innebærer at inngrep må skje innenfor

¹²⁸ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 24.

¹²⁹ Se Rt. 1991 s. 615 på side 623 og Rt. 1997 s. 795 på side 796.

¹³⁰ Straffeprosessloven § 226 første ledd fastslår at det overordnede formålet med etterforskninger er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for blant annet «å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld [...]», jf. bokstav b.

¹³¹ Se blant annet Grunnloven § 92 og EMK artikkel 1.

rettslige rammer. Prosessen frem til den materielle sannhet må fremstå som tillitsvekkende; «Justice must not only be done, but also seen to be done».¹³² Å tillate ulovligheter fra politiet vil kunne utfordre borgernes tillit til politiet, og til staten, en tillit som er en forutsetning for demokratiet og rettsstaten. Det må derfor forsøkes å finne et balansepunkt mellom de hensynene som taler for og mot bevisavskjæring.

3.3.4.2 Beviset må være skaffet til veie på «ulovlig eller «utilbørlig» måte

Straffeprosessloven har ingen lovfestet regel om ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis. I sivile saker er retten til å avskjære bevis som er ulovlig eller utilbørlig ervervet forankret i tvl. § 22-7, men tilsvarende lære gjelder også for straffesaker.¹³³

Med «ulovlig» beviservervelse må forstås at beviset er innhentet i strid med gjeldende rettsregler. Ifølge Øyen anses et bevis ulovlig når bevissikringen har skjedd i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel, som setter materielle, personelle eller formelle skranker for hvordan bevis kan fremskaffes. Avgjørende er om en rettsregel ble brutt i forbindelse med beviservervet.¹³⁴

En naturlig forståelse av «utilbørlig» beviservervelse tilsier at beviset er fremskaffet på en kritikkverdig måte. Begrepet innebærer at beviset ikke nødvendigvis må være fremskaffet i strid med en lovfestet eller ulovfestet rettsregel. På den måten tar utilbørlig sikte på å fange opp de tilfellene der beviset er ervervet i og for seg lovlig, men i strid med allmenne moralbetraktninger.¹³⁵

I tvisteloven § 22-7 er begrepet «utilbørlig» stadfestet for rettens adgang til å avskjære bevis i sivile saker.¹³⁶ Bestemmelsen kan gi veiledning for hvordan ordlyden bør forstås, ettersom reglene for bevisavskjæring er like i straffe- og sivilprosessen.¹³⁷ En nærmere definisjon av hva som ligger i begrepet er ikke utdypet i forarbeidene. Hva som ligger i «utilbørlig» må klarlegges ut fra hvordan domstolen har anvendt begrepet.

¹³² Rui, «*Straffeprosess i perspektiv*» (2014) punkt 4.1.

¹³³ Rt. 1999 s. 1269, Rt. 2005 s. 1353 og Rt. 2006 s. 582 og Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28: Reglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak.

¹³⁴ Øyen (2019) side 404.

¹³⁵ Bruce mfl. (2015) punkt 3.2 på side 110.

¹³⁶ Lovgiver har tatt et bevisst valg å stadfeste begrepet «utilbørlig» istedenfor «ulovlig» for å markere at rettspraksis ikke legger avgjørende vekt på om beviset er ervervet ved brudd på en lovregel, jf. NOU 2001:32 B side 961.

¹³⁷ Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28.

Rettspraksis viser inkonsekvent bruk av begrepet «utilbørlig», og i noen tilfeller synes begrepene «ulovlig» og «utilbørlig» å være anvendt overlappende. I Rt. 1991 s. 616 ble det konstatert bevisavskjæring på bakgrunn av at beviset var innhentet «ulovlig». Et hemmelig videoopptak fra arbeidsplassen kunne ikke føres som bevis, fordi bevissikringen var foretatt på en måte som må anses som «uakseptabel etter alminnelige personvern hensyn». Det ble ikke lagt vekt på om videoopptaket var i strid med en positiv lovregel, fordi fremgangsmåten uansett var tilstrekkelig «uakseptabel» til å anse ervervelsen som ulovlig.¹³⁸

I Rt. 1997 s. 795, som er en sivil kjennelse, ble et hemmelig opptak av barnas samtale med faren avskåret som bevis som moren ønsket å bruke i tvist om barnefordeling. Lydopptaket utgjorde ikke et brudd på straffeloven, men Høyesterett anså denne typen skjult opptak som illojalt og støtende. I Rt. 2009 s. 1529 var spørsmålet om et lydopptak mellom I, B og en prest kunne avskjæres. Høyesterett vurderte lydopptaket opp mot taushetspliktregele i strpl. § 119, men bestemmelsen kom ikke til anvendelse. Dette var fordi taushetsplikten til presten ikke «smittet» over på I som stod for opptaket. Det var ingen lovhjemmel som kunne avskjære opptaket, men retten konkluderte likevel raskt med at opptakene måtte anses som utilbørlig. Samtalen var forutsatt å være konfidensiell og verken B eller presten var klar over at samtalen ble tatt opp.¹³⁹

Dette viser at begrepet «utilbørlig» har en mer uklar avgrensning enn begrepet «ulovlig». I noen tilfeller foretas det et klart skille mellom begrepene og andre tilfeller er det en mer glidende overgang. Høyesterett har også benyttet seg av ordet «kritikkverdige», uten at det foreligger en realitetsendring av den grunn.¹⁴⁰ Avgjørelsene viser at det kan bestemmes bevisforbud til tross for at beviset ikke ble ervervet i strid med en positiv rettsregel. I disse tilfellene blir ikke hensynet til lovovertrædelsen styrende, men hensynet til den som rammes av utilbørligheten.

Hva gjelder tilfeller ved feil begått i forbindelse med utferdigelse av ransakingsbeslutning, og betydningen av dette, kan LB-2015-51241 tjenes som eksempel. I saken skulle lagmannsretten ta stilling til om overskuddsinformasjon skulle avskjæres som bevis ettersom tingretten og påtalemyndigheten hadde gjort flere «feil» i forbindelse med utferdigelse av en ransakingsbeslutning. I den opprinnelige saken ble det fremsatt en begjæring om ransaking for

¹³⁸ Rt. 1991 s. 616 side 623.

¹³⁹ Rt. 2009 s. 1529 avsnitt 30.

¹⁴⁰ Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17.

overtredelse av verdipapirhandelloven § 3-4, som har en strafferamme på fengsel inntil 1 år. Begjæringen ble tatt til følge, men under nedtegningen la tingretten feilaktig til grunn en strengere lovovertrædelse enn det siktelsen først gjaldt. Løsningen for påtalemyndigheten ble å endre siktelsen til verdipapirhandelloven § 3-3, som har en strafferamme på inntil 6 års fengsel, slik at siktelsen var i samsvar med ransakingsbeslutningen. Videre ble tidsangivelsen i gjerningsbeskrivelsen endret slik at det var behov for en ny ransakingsbeslutning. Tingretten utferdiget en ny beslutning basert på en muntlig redegjørelse fra statsadvokaten og en skriftlig ransakingsbegjæring ble aldri nedtegnet. Det ble gjennomført en ransaking, men saken ble senere henlagt. Ett år senere ble det tatt ut nye tiltale mot mistenkte, og spørsmålet var om overskuddsmateriale innhentet fra ransakingen i den første saken kunne tillates ført.

I saken måtte lagmannsretten ta stilling til om de aktuelle bevisene kunne anses å være innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Lagmannsretten konkluderte raskt med at dette ikke var tilfellet. Bakgrunnen var at begge lovbestemmelsene, både verdipapirhandelloven § 3-4 og § 3-3 oppfylte kriminalitetsvilkåret i strpl. § 192. I tillegg ville mistankevurderingen være sammenfallende for de to bestemmelsene. Det ble imidlertid påpekt at strpl. § 170 a kunne tenkes å ha påvirket vurderingen, men ikke i den grad at ransakingen ville bli nektet. Påtalemyndigheten hadde også brutt objektivitetsplikten sin, da de ikke fremla bevis for tingretten som kunne ha svekket mistanken til mistenkte. Selv om flere feil ble begått la lagmannsretten avgjørende vekt på at disse saksbehandlingsfeilene ikke ville ha innvirket på sakens resultat. Formelle feil kunne ikke gjøre ransakingen ulovlig. På den måten følger lagmannsretten opp uttalelsene i RG. 2009 s. 246.¹⁴¹ Saken ble anket til Høyesterett, som forkastet anken i HR-2015-1427-U.

I LE-2017-172791 ble norsk politi tipset fra Europol om at en norsk IP-adresse benyttet seg av et nettsted der det ble distribuert svært grovt overgrepsmateriale av barn. Informasjonen var overskuddsinformasjon fra en ulovlig ransaking i USA. Lagmannsretten måtte ta stilling til om den ulovlige innhentingen av bevisene i USA ville få rettsfølger i Norge ved bevisavskjæring og avvisning av straffesak. Resonnementet til forvareren bygget på at uten informasjon fra FBI ville det ikke vært grunnlag for anmeldelse eller ransakingsbeslutning fra norsk domstol. Da ville det heller ikke fremkommet ytterligere bevis og tilståelse. Forvareren viste til at ved flere av sakene i USA ble resultatet bevisavskjæring. Det forelå imidlertid ingen feil ved den norske

¹⁴¹ Avgjørelsen er behandlet under punkt 2.3.1 i avhandlingen.

ransakingsbeslutningen og bevisene var innhentet i tråd med beslutningen. Lagmannsretten baserer seg på uttalelsene i Rt. 2006 s. 582, hvor det trekkes frem at dersom politiet hadde hatt bedre grunnlag for mistanken ville siktede uansett måtte finne seg i inngrepet. Det ble også uttalt at «selv om tipset fra FBI bygger på en ransaking i USA som den amerikanske domstolen ikke hadde geografisk kompetanse til å avsi, er det etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag å si at innhenting av bevisene er skjedd på en måte som er i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger».

I dette tilfelle foreligger det en vesentlig forskjell mellom norsk og amerikansk rett som bør nevnes. I amerikansk rett vil brudd på forbudet mot «unreasonable searches and seizures» lede til at eventuelle bevis innhentet må avskjæres, fordi bevisene anses som ««fruits of the poisonous tree»». ¹⁴² I norsk rett er utgangspunktet at eventuelle feil ved innhenting av bevis ikke er til hinder for at beviset føres, jf. Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

De nevnte lagmannsrettsavgjørelsen kan tas til inntekt for at ulovlig innhentede bevis fra et annet land kan anvendes i norsk rett. Bevismateriale fra utlandet kan også anvendes i norsk rett selv om innhenting er skjedd ved en metode som ikke er lovlig i Norge. ¹⁴³ Forutsetningen er imidlertid for begge tilfellene at innhenting av bevisene ikke strider mot grunnleggende norske verdioppfatninger. ¹⁴⁴ Det kan synes som om bakgrunnen for dette er at når norsk rett tillater rettsstridige bevis ført, burde det ikke stille seg annerledes for rettsstridige bevis innhentet i utlandet.

For å oppsummere stilles det ikke krav om positiv lovstrid for å anse et bevis ulovlig eller utilbørlig innhentet. Avgjørende for vurderingen er om beviset er fremskaffet av uønskede handlinger, enten i form av et rettsbrudd på en lovfestet eller ulovfestet lovregel, eller på en annen måte som klart ikke kan aksepteres. Dette kan anses som grunnvilkåret for bevisavskjæring. Dersom et bevis er ulovlig eller utilbørlig ervervet, *kan* avskjæring finne sted. ¹⁴⁵ Formuleringen «kan» gir grunnlag for en skjønnsmessig vurdering, og betyr ikke automatisk avskjæring når et bevis er ervervet rettsstridig. I tvl. § 22-7 er ordlyden «særlig

¹⁴² NUT 1969:3 side 197.

¹⁴³ Rt. 2002 s. 1744.

¹⁴⁴ LE-2017-172791 og Rt. 2002 s. 1744 side 1746.

¹⁴⁵ Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 31.

tilfeller» valgt for å markere at bevisavskjæring er en unntaksregel med et snevert anvendelsesområde.¹⁴⁶

Selv om det foreligger feil ved innhenting av beviset er det klare utgangspunktet bevisføring til tross for feilen.¹⁴⁷ Hvorvidt bevisavskjæring vil skje beror dermed på om bevisføringen vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, eller om beviset kan avskjæres etter en konkret interesseavveining. Vurderingen, og hvilke momenter som inngår, er nærmere utpenslet i rettspraksis. Høyesterett fremholdt følgende i Rt. 1999 s. 1269, som også er fulgt opp av Rt. 2006 s. 582:

«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset.»¹⁴⁸

Som det fremgår av det ovennevnte må det først vurderes om grunnvilkåret, om beviset er skaffet til veie på ulovlig eller utilbørlig måte, er oppfylt. Deretter må det vurderes om beviset innebærer noen gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet eller om beviset etter en konkret interesseavveining ikke bør tillates ført. Om spørsmålene besvares bekreftende vil det kunne oppstilles bevisforbud for overskuddsinformasjon innhentet utenfor ransakingsbeslutningens rammer. Et bevis vil, i tråd med det ovenstående, også kunne avskjæres dersom innhenting er i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger – for eksempel fremskaffet ved tortur.

3.3.4.3 Gjentatt eller fortsatt rettskrenkelse

Tanken bak avskjæring i disse tilfellene er at man vil gjenta krenkelsen om man tillater føring av beviset.¹⁴⁹ Dette kan eksempelvis være bevis som er innhentet i strid med taushetsplikten. Da vil godkjenning av beviset føre til ytterligere utbredelse av taushetsbelagte opplysninger.¹⁵⁰

¹⁴⁶ NOU 2001:32 side 961.

¹⁴⁷ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

¹⁴⁸ Rt. 1999 s. 1269 på siden 1272 og Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

¹⁴⁹ Se blant annet Rt. 1991 s. 616 og Rt. 2006 s. 582.

¹⁵⁰ Bruce mfl. (2015) side 319.

Rettsbruddet forsterkes og gjentas når disse opplysningene videreformidles og gis virkning i form av et domsresultat.

Hvis politiet innhenter overskuddsinformasjon gjennom en rettsstridig ransaking, vil det foreligge et rettsbrudd. Spørsmålet er om føring av overskuddsinformasjon i disse tilfellene vil utgjøre en gjentatt eller fortsatt rettskrenkelse. Dette har Høyesterett svart benektende på i Rt. 2006 s. 582. Problemstillingen for Høyesterett var om den ulovlige ransakingen skulle ha avskåret vitneforklaringer fra politibetjentene om funnet av våpenet og ammunisjonen. Førstvoterende fremholdt følgende:

«Jeg kan ikke se at det ville innebære noen gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbruddet som skjedde ved ransakingen om politibetjentene hadde blitt gitt anledning til å forklare seg om hva de fant ved ransakingen. Det var tale om våpen og ammunisjon som A ulovlig var i besittelse av. Hadde politiet vært kjent med de faktiske forhold eller hatt et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke, ville det ha vært materiell hjemmel for å gjennomføre ransakingen. Vår sak atskiller seg dermed klart fra tilfeller hvor politiet ikke under noen omstendighet ville hatt adgang til beviset som f.eks. dersom man ved ransaking hos en lege har kommet i besittelse av dokumenter som omfattes av legens taushetsplikt.»¹⁵¹

I denne avgjørelsen utgjorde ransakingen et rettsbrudd, men ifølge Høyesterett ville ikke vitneforklaringen om funnene innebære en gjentakelse eller fortsettelse av den krenkelsen som allerede er begått. I slike tilfeller er skaden allerede skjedd, og en begrensning i bevisføring vil ikke kunne reparere den allerede begåtte krenkelsen. Sentralt i vurderingen «gjentatt eller fortsatt rettskrenkelse» står ervervsregelen og om denne igjen krenkes ved å tillate beviset ført.

3.3.4.4 Interesseavveining

I vurderingen av hvorvidt overskuddsinformasjon skal avskjæres etter en konkret interesseavveining, skal i henhold til rettspraksis ta utgangspunktet i en rekke momenter.¹⁵² Tvisteloven § 22-7 legger også opp til bevisavskjæring etter en konkret interesseavveining. Momentene som inngår i vurderingen er lik, selv om den konkrete avveiningen kan bli

¹⁵¹ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 23.

¹⁵² Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

forskjellig i en sivil sak og i en straffesak.¹⁵³ I forarbeidene til tvisteloven er vurderingstemaet utdypet slik:

«Hvorvidt beviset skal avskjæres, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet.»¹⁵⁴

Som det fremgår, vil avveiningen om et bevis skal føre eller ikke måtte vurderes etter de hensyn som gjør seg gjeldende. Et spørsmål om et rettsstridig ervervet bevis skal nektes ført beror «på en avveining av krenkelsen det innebærer at beviset førest, holdt opp mot betydning av å få sakens opplyst og oppnå en materielt riktig avgjørelse, jf. Rt. 2013 s. 323 avsnitt 24 og HR-2021-966-A avsnitt 24 og 39.

I Rt. 2006 s. 582, kom Høyesterett fram til at beviset heller ikke kunne avskjæres etter en interesseavveining. Dette synes å begrunnes i to forhold. For det første at gjeldende rett ikke legger opp til bevisavskjæring der det foreligger materielle, prosessuelle eller personelle feil hos politiet ved innhenting av bevis. For det andre at ransakingen hadde vært lovlig ved kunnskap om de faktiske forholdene, herunder våpenet og ammunisjonen. Høyesterett legger avgjørende vekt på politiets hypotetiske adgang til bevisene.

I ovennevnt avgjørelse skiller Høyesterett mellom to typetilfeller i sin vurdering av om et bevis skal avskjæres. Det første avhenger av hvorvidt de materielle vilkårene for ransaking faktisk ville vært oppfylt dersom politiet hadde hatt skjellig grunn til mistanke. I relasjon til bevisføring av overskuddsinformasjon vil dette innebære at informasjonen kan benyttes som bevis dersom det foreligger et forhold som vil kunne begrunne tvangsmiddelbruken, selv om politiet ikke er klar over det på inngrepsstidspunktet. Dersom politiet derimot ikke under noen omstendigheter

¹⁵³ Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 28.

¹⁵⁴ NOU 2001:32 B side 961.

– utenom den rettstridige ransakingen – ville hatt tilgang på samme overskuddsinformasjon, vil overskuddsinformasjon måtte avskjæres som bevis.

3.4 Oppsummering

Lovgiver har ved utformingen av reglene om bevisføring og bevisavskjæring hatt for øye å fremme den materielle sannhet og sørge for fullstendig opplysning av saken. Dette vises også i rettspraksis når domstolene skal avgjøre om et rettsstridig bevis skal avskjæres. Idealet om sannheten og sakens opplysning må i noen grad vike for andre viktige hensyn, som personvern- og rettssikkerhetshensyn. Disiplineringshensynet har imidlertid fått en beskjeden rolle i bevisavskjæringsvurderingen når fremskaffelsen av beviset stammer fra politiets ulovlige handlinger. Dette stiller seg imidlertid annerledes dersom det er tale om en gjentatt eller fortsatt krenkelse av det rettsbruddet politiet begikk ved sin ulovlige fremferd.

I relasjon til avhandlingens problemstilling kan stilles spørsmål ved om formålet om å begrense forekomsten av overskuddsinformasjon gjennom vilkår og rammer for ransakingsbeslutningen og hva som kan søkes etter av bevis i det hele tatt har noen reell betydning. Det synes som om en rettsstridig ransaking og informasjonsinnsamling utenfor formålet tilsynelatende ikke får noen konsekvenser for bevisføringen. På den måten vil ikke reglene som skal begrense maktbruken til politiet tjene sitt formål. I norsk rett finnes det ikke regler om prosesslovlydighet, noe som gir politiet en vid adgang til å overskride grensene for tillat maktbruk i det konkrete tilfellet.

Gjennomgangen viser at politiet under mobilransaking der det søkes etter bevis for et straffbart forhold, kan komme over bevis som tilsier at mistanken utvides til å omfatte ytterligere lovbrudd, og da har vid adgang til å ta beslag i, og benytte beviset med tanke på det nye straffbare forholdet.

4 Folkerettslige begrensninger for bevisføring av overskuddsinformasjon

4.1 EMK artikkel 8 – om retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse

4.1.1 Bruk av overskuddsinformasjon representerer et inngrep i den private sfære

EMK artikkel 8 nr. 1 gir den enkelte krav på respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Ethvert inngrep i disse rettighetene er som hovedregel forbudt. Vernet etter EMK artikkel 8 nr. 1 skal beskytte borgerne mot innblanding i deres private sfære.

Når det gjelder mobilransaking har EMD uttrykkelig fastslått i *Saber mot Norge* at ransaking av en smarttelefon vil utgjøre et inngrep i innehaverens rett til respekt for sin korrespondanse i henhold til artikkel 8 nr. 1.¹⁵⁵ I *Liberty m.fl. mot Storbritannia*¹⁵⁶ ble kommunikasjon over mail og telefon ansett å omfattes av begrepene privatliv og korrespondanse.

I tillegg stadfester EMD at bruk av privat informasjon er et inngrep i retten til privatliv og korrespondanse. En sentral avgjørelse er *M.S mot Sverige*¹⁵⁷ hvor EMD anså viderefremming av personlige opplysninger fra en offentlig myndighet til en annen å være et inngrep i retten til privatlivet. Det var uten betydning for retten at tjenestemennene som ble gjort kjent med opplysningene var underlagt taushetsplikt. Det sentrale for retten var at opplysningene ble gjort kjent for en videre krets av mennesker.¹⁵⁸ I *Craxi mot Italia*¹⁵⁹ kom EMD til at avlesning og gjengivelse av en telefonsamtale i åpen rett og påfølgende spredning i media vil være et inngrep i retten til privatliv og korrespondanse.¹⁶⁰ EMD anslå disse inngrepene som to selvstendige inngrep. EMD har videre eksplisitt uttalt at deling av data til andre myndigheter som utvider gruppen med kjennskap til personlige opplysninger og som kan medføre ytterligere etterforskning, utgjør et selvstendig inngrep i EMK artikkel 8 nr. 1.¹⁶¹

Bevisføring av overskuddsinformasjon i en straffesak vil tilgjengeliggjøre personopplysninger til domstolen. På den måten vil et større antall personer få kjennskap til opplysningene. En

¹⁵⁵ *Saber mot Norge* [2020] avsnitt 48.

¹⁵⁶ *Liberty m.fl. mot Storbritannia*, no. 58243/00 [2008] avsnitt 56.

¹⁵⁷ *M.S mot Sverige*, no. 20837/92 [1997].

¹⁵⁸ *M.S mot Sverige* [1997] avsnitt 35.

¹⁵⁹ *Craxi mot Italia*, no. 25337/94 [2003].

¹⁶⁰ *Craxi mot Italia* [2003] avsnitt 57.

¹⁶¹ *Weber og Saravia mot Tyskland*, no. 54934/00 [2006] avsnitt 79.

videre spredning av opplysninger vil kunne være inngripende fordi de angår enkeltpersoners privatliv. Bruk av privat informasjon som bevis vil være et inngrep som ligger innenfor det EMK artikkel 8 nr. 1 skal beskytte. Dette innebærer at EMK legger begrensninger for bruken av overskuddsinformasjon som bevis ved iretteføring av en annen straffesak.

Vernet etter EMK artikkel 8 nr. 1 er imidlertid ikke absolutt. Et inngrep i retten til privatlivet og korrespondansen kan rettferdiggjøres dersom vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2 er oppfylt. Det innebærer at bevisføringen kan være tillat dersom føringen skjer i samsvar med loven, forfølger et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn. EMK artikkel 8 nr. 2 setter således begrensninger for statens myndighetsutøvelse, hvilket også gjelder for bruk av overskuddsinformasjon som bevis. I det følgende vil det derfor undersøkes hvilke krav som stilles til myndighetsutøvelsen, nærmere bestemt hva som kreves for at bevisføringen av overskuddsinformasjon anses å være i tråd med EMK artikkel 8.

4.1.2 Bruk av overskuddsinformasjon må skje i samsvar med loven

Bevisføring av overskuddsinformasjon i den enkelte straffesak må skje «i samsvar med loven». Med andre ord må det foreligge et rettsgrunnlag for inngrepshandlingen, noe som gjerne uttrykkes som at inngrepet må ha «sufficient legal basis in domestic law». ¹⁶² Ordlyden oppstiller et krav om hjemmel i nasjonal lov. Det forstås som det krav nasjonalstatene anerkjenner som hjemmel for offentlig myndighetsutøvelse. ¹⁶³ I norsk rett innebærer legalitetsprinsippet at myndighetene kun kan gjøre inngrep overfor den enkelte når de har grunnlag i formell lov. ¹⁶⁴ Det innebærer at den bevismessige føringen av overskuddsinformasjon må ha hjemmel i lov eller forskrift for ikke å være konvensjonsstridig.

I tillegg må loven oppfylle kvalitetskrav, som EMD betegner som «the quality of law». ¹⁶⁵ Kvalitetskravet skal sørge for at loven er tilgjengelig og forutberegnelig. ¹⁶⁶ For å oppnå dette må lovhjemmelen være tilstrekkelig presis og angi på hvilke vilkår myndighetene kan gripe inn i den vernede rettigheten og de rettslige rammene for hva myndighetene kan foreta seg overfor den enkelte. ¹⁶⁷ Det innebærer at rettsgrunnlaget for bevisføringen må være så presist at

¹⁶² *Bernh Larsen Holdning AS mfl. mot Norge*, no. 24117/08 [2013] avsnitt 126.

¹⁶³ *Robathin mot Østerrike*, no. 30457/06 [2012] avsnitt 40.

¹⁶⁴ Det vil si lov vedtatt på den måte som er foreskrevet i Grunnlovens §§ 76-79.

¹⁶⁵ *Malone mot Storbritannia*, no. 8691/79 [1984] avsnitt 67.

¹⁶⁶ *S. og Harper mot Storbritannia*, no. 30562/04 mfl. [2008] avsnitt 99.

¹⁶⁷ *Silver mfl. mot Storbritannia*, no. 5947/72 mfl. [1983] avsnitt 87 og *Malone mot Storbritannia* [1984] avsnitt 67.

borgerne skal kunne anslå når overskuddsinformasjon kan føres som bevis mot dem. Kravet om lovhjemmel er altså todelt, hvor det fastsettes både et formelt og et kvalitativt lovskrav.

I de tilfellene regelen gir rom for skjønn må det gis rammer for skjønnsutøvelsen for å unngå vilkårlige inngrep.¹⁶⁸ Kravet om tilstrekkelig presisjon og vern mot vilkårlighet kan også innebære et krav om tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier.¹⁶⁹ Det foreligger imidlertid en grense på hvor klart og presist et lovverk kan formuleres. Vaghet i ordlyden kan aksepteres ved tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier som skal motvirke misbruk og vilkårlighet. Dette er formulert som «a measure of protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities».¹⁷⁰ Hvorvidt lovgivningen har tilstrekkelige garantier mot misbruk og vilkårlighet, er forhold som først og fremst kommer inn under forholdsmessighetsvurderingen. Det ovennevnte innebærer at EMD vil akseptere en mindre klar lovhjemmel, forutsatt at lovgivningen inneholder tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier som vil forhindre misbruk og forsikre at inngrepet blir holdt til det nødvendige.

Det sentrale er om tiltalte i rimelig grad har mulighet til å forutse etter loven på hvilke vilkår overskuddsinformasjon kan føres som bevis. Straffeprosessloven § 192 hjemler kun bruken av mobilransaking, og regulerer ikke foreliggende problemstillingen om i hvilken utstrekning overskuddsinformasjon innhentet ved tvangsmiddelet kan føres som bevis. Det samme gjelder for hovedregelen om fri bevisførsel siden dette er et ulovfestet prinsipp som ikke oppfyller kravet til formell lov.¹⁷¹

Den sentrale loven er dermed politiregisterloven, som gjelder behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten, jf. politiregisterloven § 3 første ledd. I utgangspunktet har politiet og påtalemyndighetene taushetsplikt for personopplysningene som fremkommer under en ransaking, jf. politiregisterloven § 23 første ledd nr. 1. Reglene om taushetsplikt gjelder imidlertid ikke for føring av opplysninger i den enkelte straffesak, herunder «til etterforskning, saksforberedelse, avgjørelse, gjennomføring av avgjørelsen, oppfølging og kontroll», jf. politiregisterloven § 26. Bestemmelsen omfatter alle opplysningene politiet og påtalemyndigheten er i besittelse av og «uavhengig av i hvilken sammenheng opplysningen er

¹⁶⁸ *Olsson mot Sverige*, no. 10465/83 [1988] avsnitt 61.

¹⁶⁹ *S. og Harper mot Storbritannia* [2008] avsnitt 99.

¹⁷⁰ *Malone mot Storbritannia* [1984] avsnitt 67.

innhentet». ¹⁷² Overskuddsinformasjon er som nevnt informasjon som faller utenfor det opprinnelige innsamlingsformålet ved tvangsmiddelbruken, men som etter forarbeidene vil kunne anvendes i den enkelte straffesak. Med «straffesak» menes den sak som behandles etter straffeprosessloven. ¹⁷³ Politiregisterloven § 26 er formulert som en unntaksregel fra taushetsplikten, men som i realiteten vil regulere adgangen til å føre overskuddsinformasjon som bevis for domstolene og kravet til formell lovhjemmel er oppfylt.

I tillegg må lovhjemmelen oppfylle de kvalitative krav, hvilket innebærer et krav om at borgerne må kunne forutse når bevismessig bruk av overskuddsinformasjon kan bli brukt mot dem. Det sentrale vil være om politiregisterloven § 26 er presis nok til at bevismessig bruk av overskuddsinformasjon ikke vil ramme vilkårlig. Ordlyden i bestemmelsen gir en vidtgående adgang til å føre opplysninger som bevis uavhengig hvilke formål de opprinnelig var samlet inn til. Dette begrunnes i hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse. ¹⁷⁴ Den vide delingsadgangen kan imidlertid medføre vilkårlige inngrep.

Likevel må delingsadgangen etter politiregisterloven § 26 tolkes innskrenkende i lys av straffeprosesslovens regler, jf. politiregisterloven § 5 første ledd nr. 1, som angir at opplysningene i den enkelte straffesak bare kan behandles i samsvar med reglene i straffeprosessloven. Det kan dermed foreligge skranker i straffeprosessloven som begrenser bruken av overskuddsinformasjon. I tillegg har siktede anledning til å bestride lovligheten av bevisføringen for domstolen. ¹⁷⁵ Dette er en rettssikkerhetsgaranti som vil gjøre opp for en vid ordlyd, og noe EMD vektlegger i sin vurdering av bevisføringen er i samsvar med loven. ¹⁷⁶

Selv om delingsadgangen i politiregisterloven § 26 er vid vil borgerne kunne forutse at informasjon politiet har kunnskap om og besitter kan brukes som bevis i en straffesak. Når politiet gjennomgår en mobiltelefon og kommer over informasjon av betydning for et annet straffbart forhold, vil siktede på en måte være klar over at han hadde informasjonen (overskuddsinformasjonen) på mobiltelefonen og at den informasjonen kunne bli oppdaget under ransakingen og brukt mot ham i en straffesak. Det foreligger også særskilte regler som

¹⁷² Ot.prp.nr.108 (2008-2009) side 305.

¹⁷³ Politiregisterloven § 2 nr. 11.

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.108 (2008-2009) side 51.

¹⁷⁵ For eksempel kan retten etter strpl. § 272 bokstav c avholde rettsmøte under saksforberedelsene hvor retten kan ta stilling til om beviset skal avskjæres.

¹⁷⁶ Se f.eks. *Rotaru mot Romania* [2000] avsnitt 50 og avsnitt 59 og *Lisica mot Kroatia*, no. 20100/06 [2010] avsnitt 51.

begrenser adgangen til å dele informasjonen dersom informasjonen er av et visst innhold.¹⁷⁷ Borgerne kan etter bestemmelse forutse at opplysninger politiet og påtalemyndighetene har fått kunnskap om og besitter kan føres som bevis i en straffesak.

Politiregisterloven § 26 hjemler adgangen til å bruke overskuddsinformasjon fra etterforskningen i den enkelte straffesak og bevisføringen kan således sies å være «i samsvar med loven», jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

4.1.3 Bruk av overskuddsinformasjon må forfølge et legitimt formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn

Hvorvidt overskuddsinformasjon i EMK artikkel 8 nr. 1 kan lovlig føres, beror videre på om bevisføringen forfølger et legitimt formål og er «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Vilkåret «nødvendig i et demokratisk samfunn» relaterer seg til de bestemte legitime formål som konvensjonsbestemmelsen oppstiller. Dette er formål til henholdsvis «den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter». Et inngrep skal ikke tilgodese en hvilken som helst politisk interesse, og formålene skal sørge for å begrense myndighetenes inngrepsmulighet. Formålet med bevisføringens adgang i politiregisterloven § 26 er som nevnt av hensyn til kriminalitetsbekjempelse. Adgangen til å føre overskuddsinformasjon kan dermed begrunnes både i hensynet til «offentlig trygghet» og hensynet til å «forebygge uorden og kriminalitet». Bevisføring av overskuddsinformasjon må derfor anses for å tjene et legitimt formål etter EMK artikkel nr. 2.

De legitime formålene vil utgjøre utgangspunktet for vurderingen av om bevisføringen kan anses å være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Ordlyden «nødvendig» forutsetter et behov for å gripe inn i borgernes private sfære. EMD har i sin praksis fastslått at «nødvendig» innebærer eksistensen av «a pressing social need, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued».¹⁷⁸ Dette innebærer at bevisføringen må svare til et presserende samfunnsmessig behov og være egnet til å realisere det legitime formålet som søkes oppnådd. Dessuten må det formål staten gjør gjeldende være «relevant and sufficient»,¹⁷⁹ som innebærer

¹⁷⁷ Se avhandlingen punkt 3.3.

¹⁷⁸ *Olsson mot Sverige* [1988] avsnitt 67.

¹⁷⁹ *S. og Marper mot Storbritannia* [2008] avsnitt 114.

at EMD vil kontrollere hvorvidt myndighetene har gitt relevante og tilstrekkelige begrunnelser for inngrepet.

I tillegg gjelder det et krav om forholdsmessighet.¹⁸⁰ EMD vil vurdere om det foreligger proporsjonalitet mellom mål og middel, hvor motstridene hensyn må avveies mot hverandre. Dette er en balanseavveining mellom myndighetenes behov for bevisføring mot individets interesse for personvern og kontroll over egne opplysninger. Det er staten som må påvise om inngrepet er «proportionate to the legitimate aim pursued». I den forbindelse har EMD tilkjent «a margin of apperciation» (skjønnsmargin) til medlemsstatene.¹⁸¹ Statens skjønnsmargin gir den enkelte stat et visst spillerom ved tolkningen av om inngrepet er i samsvar med konvensjonen, fordi det er de som skal i første rekke vurdere hva som er nødvendig. I forholdsmessighetsvurderingen vil sentrale momenter være om formålet kan nås ved mindre inngripende tiltak, inngrepets styrke og hvor tyngende inngrepet er for den som rammes.¹⁸²

Som behandlet under punkt 3.2 er behovet for å føre overskuddsinformasjon som bevis begrunnet i et ønske om å bekjempe og oppklare straffbare handlinger. På denne bakgrunn kan det derfor legges til grunn at bevisføring av overskuddsinformasjon kan svare til et presserende samfunnsmessig behov.

I *Weber og Saravia mot Tyskland* vurderte EMD om tysk etterretningstjenestes innhenting og videre behandling av informasjon fra en telefonovervåkning var forenlig med konvensjonen. I saken synes EMD å akseptere bruk av persondata innenfor det formål opplysningene ble innhentet for. Det ble vektlagt at videreformidling av opplysningen var betinget av at «specific facts – as opposed to mere factual indications» ga mistanke om at noen skulle begå eller hadde begått en av de opplistede lovbruddene i bestemmelsen.¹⁸³ Hvilke formål de personlige opplysningene ble innhentet for vil dermed spille en vesentlig rolle i om videreformidlingen er å anse som forholdsmessig. Avgjørelsen kan også tas til inntekt for at selv om selve innhenting av informasjonen var i samsvar med loven og forholdsmessig av hensyn til et legitimt formål, er det dermed ikke sagt at den videre bruken av informasjonen vil være det og motsatt.

¹⁸⁰ *S. og Marper mot Storbritannia* [2008] avsnitt 101 og *Robathin mot Østerrike* [2012] avsnitt 43.

¹⁸¹ *S. og Marper mot Storbritannia* [2008] avsnitt 102.

¹⁸² All (2018) side 153.

¹⁸³ *Weber og Saravia mot Tyskland* [2006] avsnitt 123.

I dette tilfelle er det tale om inngrep i retten til privatlivet, i form av bevismessig bruk av informasjon som politiet i utgangspunktet ikke hadde adgang til å sikre. Overskuddsinformasjonen faller utenfor ransakingsbeslutningens rammer og myndighetene har allerede ved innsamling gått utover hva som var forholdsmessig. Likevel må bevisføringen veies opp mot hva som er nødvendig ved bekjempelse av kriminalitet. Forholdsmessigheten av bevisføringen vil således avhenge av det straffbare forholdets alvorlighetsgrad. I *Buck mot Tyskland* ble en ransaking av forretningslokaler og bolig ansett å være uforholdsmessig, fordi ransakingen ikke stod i forhold til det straffbare forhold, som var en trafikkforseelse.¹⁸⁴ Avgjørelsen viser også at inngrepets styrke ble vektlagt i vurderingen av forholdsmessigheten av inngrepet. I dette tilfelle var ikke inngrepet proporsjonalt i forhold til formålet som var å oppklare saken.

Ved alvorlige saker vil det være et større behov for å føre overskuddsinformasjon som bevis enn i mindre alvorlige saker. Dersom overskuddsinformasjon belyser et forhold som kunne gi grunnlag for tvangsmiddelbruken vil bevisføringen neppe anse å være uforholdsmessig. Det opprinnelige formålet med inngrepet vil ha innvirkning på forholdsmessighetsvurderingen, men ikke være et avgjørende moment i vurderingen. Dette må avveies mot samfunnets behov for at den aktuelle straffesaken blir best mulig opplyst. Etter dette vil bevisføring av overskuddsinformasjon kunne anses å være nødvendig i et demokratisk samfunn for å oppklare straffbare forhold.

4.2 EMK artikkel 6 – retten til en rettferdig rettergang

En annen konvensjonsbestemmelse som kan få betydning for bevisføring av overskuddsinformasjon er EMK artikkel 6 nr. 1 om rettferdig rettergang. Det kan ikke utledes en direkte avskjæringsmulighet av artikkelen. Ifølge EMD er EMK artikkel 6 ingen bevisregel og setter kun en garanti for en rettferdig rettergang.¹⁸⁵ EMD anser spørsmålet om bevisføring som nasjonalt anliggende, og hvorvidt et bevis skal tillattes er et regulerings spørsmål primært overlatt til nasjonal rett. EMD vil ikke vurdere om et bevis kan føres som sådan, men kontrollere om rettergangen i sin helhet har fremstått som «rettferdig».¹⁸⁶ I denne vurderingen vil den aktuelle ulovligheten ved beviservervelsen, om det er gitt anledning til å bestride bevisets

¹⁸⁴ *Buck mot Tyskland*, no. 41604/98 [2005] avsnitt 52.

¹⁸⁵ *Khan mot Storbritannia*, no. 35394/97 [2000] avsnitt 34.

¹⁸⁶ *Khan mot Storbritannia* [2000] avsnitt 34.

pålitelighet og motsette seg bruken av beviset være relevant.¹⁸⁷ Hvorvidt overskuddsinformasjon skal tillates ført etter EMK er etter dette en vurdering av om bevisføringen totalt sett er «rettferdig» i relasjon til EMK artikkel 6 nr. 1.

En relevant dom er *Khan mot Storbritannia*,¹⁸⁸ hvor politiet hadde koblet opp et avlyttingsutstyr hjemme hos en mistenkt som var under etterforskning av en narkotikasak. Khan, som ikke hadde noe med denne etterforskningen å gjøre innrømmet å være medskyldig i en annen kriminell handling. Uttalelsen var overskuddsinformasjon i den opprinnelige saken, men ble brukt for å få Khan dømt til fengsel. Khan anførte overfor menneskerettsdomstolen at hans rett til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 var krenket siden bruken av lydopptaket var fremskaffet i strid med EMK artikkel 8 og utgjorde det eneste beviset i saken. Domstolen konkluderte med brudd på EMK artikkel 8, fordi det ikke forelå et godt nok juridisk rammeverk i Storbritannia på inngrepstidspunktet, og inngrepet ble derfor ikke ansett å være i «samsvar med loven». Det forelå følgelig et brudd på EMK artikkel 8 nr. 1.¹⁸⁹ Videre måtte EMD ta stilling til om det hemmelige opptaket var i strid med retten til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1. EMD påpekte at en krenkelse av en annen konvensjonsrettighet og arten av bruddet vil være relevant i vurderingen av hvorvidt rettssaken var rettferdig.¹⁹⁰ I denne saken la EMD avgjørende vekt på tiltalte sin adgang til å bestride bevisføringen i flere rettsinstanser. Det forelå altså tilstrekkelig med rettssikkerhetsgarantier i nasjonalt lovverk til å anse rettergangen som rettferdig, til tross for brudd på EMK artikkel 8.

I *Lisica mot Kroatia* ble resultatet motsatt, hvor EMD konkluderte med brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 ut fra et rettssikkerhetsperspektiv. Klageren var domfelt for å ha vært med på et ran. Et sentralt bevis i saken var en del av et bilhåndtak som ble funnet under en ransaking av klagerens bil. Delen stammet sannsynligvis fra døren på den bilen som ble brukt under ranet. I saken hadde politiet gjentatte ganger ransaket klagerens bil uten viten eller tilstedeværelse av klageren, hans forsvarer eller av et uavhengig vitne. Når bilen var beslaglagt av politiet hadde flere tjenestemenn i politiet hatt tilgang til bilnøklene. Forsvareren anførte at bevisene var plantet og burde ha vært unntatt fra straffesaken.¹⁹¹ EMD vurderte først om det hadde vært adgang til å bestride bevisets pålitelighet og bruken av det, hvilket ble besvart bekreftende av

¹⁸⁷ *Khan mot Storbritannia* [2000] avsnitt 34 og *Lisica mot Kroatia* (2010) avsnitt 48 og 49.

¹⁸⁸ *Khan mot Storbritannia* [2000] avsnitt 34.

¹⁸⁹ *Khan mot Storbritannia* [2000] avsnitt 27-28.

¹⁹⁰ *Khan mot Storbritannia* [2000] avsnitt 34.

¹⁹¹ *Lisica mot Kroatia* [2010] avsnitt 50.

retten.¹⁹² Likevel kom EMD frem til at bruken av beviset krenket klagerens rett til en «rettferdig rettergang» etter EMK artikkel 6 nr. 1.¹⁹³ Dette ble begrunnet i vesentlige mangler ved ransakingen og bevissikringen, og bevisføringen var i strid med rettssikkerhetsgarantier som skulle verne klageren.¹⁹⁴ EMD utviser i saken en viss skeptisk til politiet som bevissikrer, ettersom faktum gir indikasjoner på at politiet kunne ha manipulert beviset. Et bevis som er sikret på en liten betryggende måte vil være et moment i vurderingen av om det bør oppstilles et bevisforbud.

Avgjørelsene kan tas til inntekt for at EMK artikkel 6 nr. 1 setter en skranke for adgangen til å benytte overskuddsinformasjon som bevis, dersom rettergangen i sin helhet ikke fremstod som rettferdig. Det er et spørsmål om saksbehandlingen sett under ett oppfyller kravet til en rettferdig rettergang. Ved vurderingen kan flere momenter tas i betraktning, herunder måten beviset ble fremskaffet på, om en konvensjonsbestemmelse ble krenket og arten av krenkelsen, sakens alvor, behovet for pådømmelse og om det forelå tilstrekkelig med rettssikkerhetsgarantier, særlig om tiltalte har hatt muligheten til å bestride bevisets autenticitet og motsette seg bruken.¹⁹⁵ Ved ransaking og bevissikring anser EMD tilstedeværelse og etterprøvnbarhet som sentrale rettssikkerhetsgarantier. Mangler på dette kan lede til at bestemte bevis ikke kan benyttes mot siktede. I tillegg legger EMD vekt på at straffesaken skal fremstå som tillitsvekkende.¹⁹⁶ Ved å føre et rettsstridig bevis kan dette ha motsatt effekt, og dermed svekke tilliten til politiet, påtalemyndigheten og domstolen.

4.3 Oppsummering

Et rettsstridig ervervet bevis eller mangel på lovhjemmel for bevisføringen vil utgjøre et brudd på EMK artikkel 8, men ikke uten videre tilsi en innskrenkende adgang til å føre beviset. Dette er også lagt til grunn i Rt. 2006 s. 582, hvor et bevis ble tillat ført selv om innhentingene utgjorde et brudd på EMK artikkel 8. Dersom bevisføringen vil utgjøre en gjentatt eller fortsatt rettskrenkelse av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102, vil beviset måtte avskjæres.¹⁹⁷

¹⁹² *Lisica mot Kroatia* [2010] avsnitt 51.

¹⁹³ *Lisica mot Kroatia* [2010] avsnitt 61.

¹⁹⁴ *Lisica mot Kroatia* [2010] avsnitt 54-58.

¹⁹⁵ *Jalloh mot Tyskland*, no. 54810/00 [2006] avsnitt 94-97.

¹⁹⁶ *Lisica mot Kroatia* [2010] uttalte EMD at «justice must not just be done but must be seen to be done», jf. avsnitt 56.

¹⁹⁷ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 50.

Dette stiller seg imidlertid annerledes dersom bevisføringen utgjør et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, da konklusjonen vil måtte bli avskjæring. Retten til en rettferdig rettergang er absolutt og brudd på konvensjonsbestemmelsen kan derfor ikke finne sted under noen omstendighet. Som det ovennevnte viser vil ikke et rettsstridig ervervet bevis automatisk medføre at rettergangen anses urettferdig. Prosessuelle rettssikkerhetsgarantier vil kunne fungere som kompenserende faktorer i de tilfellene beviset er innhentet rettsstridig, forutsatt at de aktuelle prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene er gode. En anledning til å bestride bruken av beviset og dens kvalitet vil utgjøre slike prosessuelle rettssikkerhetsgarantier. Det sentrale er om bruken av det omstridte bevismaterialet tilfredsstilte kravet til rettssakens rettferdighet i sin helhet. Besvares dette bekreftende, er resultatet at overskuddsinformasjonen er ført som bevis i samsvar med EMK artikkel 6 nr. 1.

5 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingens analyse har vist at det er en vidtgående adgang til å føre overskuddsinformasjon som bevis i en straffesak. Føringen av overskuddsinformasjon som bevis innhentet fra en mobilransaking følger de vanlige bevisreglene, herunder prinsippet om fri bevisføring og de lovfestede og ulovfestede reglene om bevisforbud og bevisavskjæring.

Selv om ransakingsbeslutningen setter en ramme for ransakingen og dermed bevissikringen, vil den ikke ha noen innvirkning på bevisføringen av overskuddsinformasjon som sådan. Dette bekreftes både gjennom praksis fra norske domstoler og EMD. Likevel er ransakingsbeslutningen en viktig prosessuell rettssikkerhetsgaranti. En detaljert ransakingsbeslutning vil bidra til å redusere datamengden og muligens funn av overskuddsinformasjon. I tillegg vil ransakingsbeslutningen og en etterfølgende rapport av funnene sørge for etterprøvbarhet. Etterprøvbarhet er viktig for å vurdere lovligheten av inngrepet, herunder om ransakingen og databeslaget var innrettet slik at man kan utelukke en eventuell overskridelse av rammene i ransakingsbeslutningen. Dersom gjennomføringen mangler tilstrekkelig målrettethet vil inngrepet fort anses som uforholdsmessig, fordi det vil være et misforhold mellom mål og midler. Det er ingen tvil om at gjennomgang av mobiltelefonen vil føles integritetskrenkende for den utsatte, slik at det er viktig at inngrepet begrenses til det helt nødvendige.

Det er derfor bemerkelsesverdig at det tilsynelatende oppstilles strengere krav til privatpersoners beviservervelse enn politiets, spesielt når politiet har myndighet til å benytte

(svært) inngripende tvangsmidler. Dette kommer særlig til uttrykk i den nevnte dommen om politiets ulovlige ransaking av en bil inntatt i Rt. 2006 s. 589. Når risikoen for maktmisbruk er tilstedeværende kan det stilles spørsmål ved om disiplineringshensynet bør tillegges større vekt for politiets ulovligheter enn for privatpersoner, hvor maktmisbruk fra privatpersoner naturlig nok ikke kan finne sted på tilsvarende måte.

I forslaget til ny straffeprosesslov NOU 2016: 24 gis disiplineringshensynet en mer sentral rolle. Straffeprosessutvalget trekker frem at farene for misbruk potensielt er vesentlig større fra myndighetene med de maktmidlene de har til disposisjon enn fra private parter. I tillegg befinner politiet seg, i motsetning til sivile parter, i en situasjon hvor det er tale om å erverve bevis. Ut fra utvalgets syn må derfor bevisavskjæring antas å være mer egnet for å påvirke adferd hos politiet og påtalemyndigheten enn det som er lagt til grunn i dagens praksis.¹⁹⁸ Forslaget har gode grunner for seg da dagens ordning er innrettet slik at det foreligger betydelig risiko for maktmisbruk fra myndighetenes side. Ulovligheter fra politiet bør ikke forekomme reaksjonsfritt, og et økt fokus på disiplineringshensynet vil kunne bidra til å redusere risikoen for maktmisbruk.

Som avhandlingen viser, vil bevisavskjæring gå på bekostning av den materielle sannhet og sakens opplysning. Disse hensynene står sterkt i prosessretten. Det er et ønske om å ha en rettferdig og betryggende prosess fram til en eventuell domfellelse. Poenget er at siktede skal oppleve prosessen som rettferdig. På den andre siden kan det tenkes at samfunnet vil føle det uberettiget om bevisavskjæring skal finne sted og potensielt føre til frifinnelser, spesielt ved alvorlig kriminalitet.

Det må forsøkes å finne en balanse mellom hensynene som taler for og mot avskjæring. Den teknologiske utviklingen viser dessuten at tilgang på privatinformasjonen er mer tilgjengelig nå enn før, hvilket kontinuerlig vil utfordre borgernes personvern når politiet først får adgang til enheter hvor store mengder informasjon lagres og oppbevares.

En øvrig betraktning er at bruken av mobilransaking på mange måter gir tilsvarende informasjon som fra en kommunikasjonskontroll. Som nevnt i avhandlingen er strpl. § 216 i den eneste eksplisitte lovregelen som begrenser bruken av overskuddsinformasjon. De mest tungtveiende argumenter for å begrense bevisadgangen for overskuddsinformasjon i disse

¹⁹⁸ NOU 2016: 24 side 273.

tilfellene er at kontrollen skjer i det skjulte og er egnet til å avdekke sensitive opplysninger om siktede, men også avsløre straffbare handlinger hos tredjepersoner.¹⁹⁹

Resultatene politiet besitter fra en kommunikasjonskontroll vil i mange tilfeller være tilsvarende som ved en mobilransaking. Ved kommunikasjonskontroll, som ved mobilransaking, vil den enkelte miste kontrollen over hvem de velger å dele personlig informasjon med. Av den grunn kan det stilles spørsmål ved den lovgivningsmessige begrunnelse for politiets begrensninger til å føre overskuddsinformasjon fra slik skjult tvangsmiddelbruk som bevis, samtidig som det er en nesten ubegrenset adgang til å føre overskuddsinformasjon fra mobilransaking. Særlig har argumentet om vern av personvern, både for siktede og tredjepersoner, begrenset vekt i relasjon til å begrense bruken av overskuddsinformasjon kun til å gjelde fra kommunikasjonskontroll. Politiet vil etter en gjennomgang av mobiltelefonen få minst like mye informasjon, som ved kommunikasjonskontroll, om ikke mer. Dette er fordi en gjennomgang av mobiltelefonen blant annet åpner for å innhente informasjon som ligger langt tilbake i tid.

Det bemerkes at det muligens er dags for å revurdere dagens praksis hva gjelder reglene om ulovlig og utilbørlig ervervede bevis. Politiets ransakingspraksis har vært et aktuelt tema i mediene de siste årene, og viser at politiet ikke opererer feilfritt. Professor Hans Fredrik Marthinussen argumenterer for en bevisavskjæringsregel i mindre alvorlige saker når det foreligger ulovligheter fra politiet.²⁰⁰ Han uttaler følgende:

«Når Spesialenheten ikke viser noen vilje til å følge opp disse sakene skikkelig, er det eneste fornuftige å ha en bevisavskjæringsregel i mindre alvorlige saker. Jeg kan ikke se at dette har særlige negative konsekvenser, fordi det bare er lite alvorlige saker. I slike saker bør politiets lovbrudd ganske enkelt føre til at saken forsvinner. Det er til beste for alle – borgerne, samfunnet og politiet selv.»²⁰¹

Bevisadgangen og -føringen må stå proporsjonalt i forhold til behovet for kriminalitetsbekjempelse. Det er klart at oppklaring av kriminalitet er et særs viktig hensyn bak straffeprosessen – men ikke for enhver pris. Ved mindre alvorlige lovbrudd vil det ikke foreligge et tilsvarende behov for å straffeforfølge som ved med alvorlige lovbrudd. Hensynet

¹⁹⁹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) side 75, NOU 2009:15 punkt 25.3 og Prop. 147 L (2012-2013) punkt 5.1.5.

²⁰⁰ [Professor: Innfør bevisavskjæring i mindre straffesaker - Rett24](#). Innhentet 09.04.2022.

²⁰¹ [Professor: Innfør bevisavskjæring i mindre straffesaker - Rett24](#). Innhentet 09.04.2022.

til den materielle sannhet og sakens opplysning vil dermed vanskelig kunne veie opp for integritetskrenkelsen ved de mindre alvorlige lovbruddene. Både tilgang på privat informasjon og eksponering av privat informasjon vil utgjøre et inngrep og kunne oppleves svært inngripende for den som rammes. Samfunnets holdninger har endret seg etter menneskerettighetenes inntokt i norsk rett. Staten har et ansvar for å beskytte borgerne mot uønsket handlinger, men også passe på at inngrep overfor borgerne legitimeres. Uten bevisavskjæring vil det tenkes at domstolene gir et signal om at den ulovlige praksisen legitimeres. Ifølge Bruce bør det vurderes å innføre et forholdsmessighetskrav for bevisføring av privatsensitiv informasjon generelt i rettssak.²⁰²

Avhandlingen har også avdekket hvordan den teknologiske utviklingen og en straffeprosesslov fra 1981 kan være et problem for inngrepshjemmelen i lys av legalitetsprinsippets klarhetskrav. Hva gjelder ordlyden «oppbevaringssted» er gjeldende rett klar. At en mobiltelefon omfattes av ordlyden er slått fast av Høyesterett blant annet i HR-2019-610-A. Det kan imidlertid stille spørsmål ved tolkningen til Høyesterett, ettersom retten ikke har tatt høyde for de dynamiske elementene i mobiltelefonen. Jeg er enig med Sunde når hun fremholder at tolkningen anses mer som en nødløsning enn å være en robust ordning. Det anses hensiktsmessig å supplere ordlyden i strpl. § 192 med en teknologinøytral ordlyd som «datasystem». Dette er en ordlyd lovgiver allerede har benyttet seg av i strpl. § 199 a.

²⁰² Bruce (2015) side 360.

Kilderegister

Lovregister

Grunnloven eller GrL.	Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov.
Straffeprosessloven eller strpl.	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
Menneskerettsloven eller mrl.	Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett.
Straffeloven eller strl.	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.
Twisteloven eller tvl.	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Politiregisterloven	Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten.
Personopplysningsloven	Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger.

Norske lovforarbeid og andre offentlige dokumenter

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

NOU 1992:28 To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker.

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet.

NOU 1997:19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger.

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

NOU 2001:32 B Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Ot.prp.nr.66 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.

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

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

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

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov.

Forskrifter

Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen).

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1993 s. 1025

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1994 s. 937

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1998 s. 1839

Rt. 1999 s. 1115

Rt. 1999 s. 2063

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 966

Rt. 2002 s. 1744

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 1353

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 1435

Rt. 2008 s. 1659

Rt. 2008 s. 605

Rt. 2009 s. 394

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2010 s. 956

Rt. 2010 s. 1638

Rt. 2011 s. 1188

Rt. 2011 s. 211

HR-2011-1948-U

Rt. 2013 s. 323

Rt. 2013 s. 968

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2015 s. 93

HR-2016-1833-A

HR-2016-2554-P

HR-2018-1901-U

HR-2018-104-A

HR-2019-02282-U

HR-2019-610-A

HR-2021-966-A

Underrettspraksis

RG. 2009 s. 246

LB-2015-51241

LE-2017-172791

LB-2018-87329

Internasjonale konvensjoner

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK).

EMD

Posevini mot Bulgaria, 19. januar 2017, saksnummer 63638/14.

Rotaru mot Romania, 04. mai 2000, saksnummer 28341/95.

Uzun mot Tyskland, 02. september 2010, saksnummer 35623/05.

Heino mot Finland, 15. februar 2011, saksnummer 56720/09.

Sher mfl. mot Storbritannia, 20. oktober 2015, saksnummer 5201/11.

Van Rossem mot Belgium, 9. desember 2004, saksnummer 41872/98.

Liberty m.fl. mot Storbritannia, 1. juli 2008, saksnummer 58243/00.

M.S mot Sverige, 27. august 1997, saksnummer 20837/92.

Craxi mot Italia, 17. juli 2003, saksnummer 25337/94.

S. og Marper mot Storbritannia, 4. desember 2008, saksnummer 30562/04 mfl.

Silver mfl. mot Storbritannia, 25. mars 1983, saksnummer 5947/72 mfl.

Malone mot Storbritannia, 2. august 1984, saksnummer 8691/79.

Khan mot Storbritannia, 12. mai 2000, saksnummer 35394/97.

Lisica mot Kroatia, 25. februar 2010, saksnummer 20100/06.

Jalloh mot Tyskland, 11. juli 2006, saksnummer 54810/00.

Robathin mot Østerrike, 03. juli 2012, saksnummer 30457/06.

Bernh Larsen Holdning AS mfl. mot Norge, 14. mars 2013, saksnummer 24117/08.

Olsson mot Sverige, 24. mars 1988, saksnummer 10465/83.

Weber og Saravia mot Tyskland, 29. juni 2006, saksnummer 54934/00.

Saber mot Norge, 17. desember 2020, saksnummer 459/18.

Buck mot Tyskland, 28. april 2005, saksnummer 41604/98.

Juridisk litteratur

- | | |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Schjøølberg | Schjøølberg, Stein, « <i>Cyberkriminalitet</i> », 1. utgave, Universitetsforlaget, 2017. |
| Bruce og Haugland | Bruce, Ingvild og Geir Sunde Haugland, « <i>Skjulte tvangsmidler</i> », 2. utgave, Universitetsforlaget, 2018. |
| Øyen | Øyen, Ørnulf, « <i>Straffeprosess</i> », 2. utgave, Fagbokforlaget, 2019. |
| Keiserud mfl. | Keiserud, Erik, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørddal, <i>Straffeprosessloven: kommentarutgave</i> , à jour per 1. juli 2021. Juridika.no. |
| Andenæs og Myhrer | Andenæs, Johs. og Tor-Geir Myhrer, « <i>Norsk straffeprosess</i> », 4. utgave, Universitetsforlaget, 2009. |

- Bruce Bruce, Ingvild, «*Bruk av «overskuddsinformasjon» som bevis»*, i *Bevis i straffesaker*, Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund, Sverre Erik Jebens, Eivind Kolflaathe, Magne Strandberg, Nils Erik Lie mfl., 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015.
- Schei Schei, Tor, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven: kommentarutgave*, à jour per 1. mars 2022. Juridika.no.
- Torgersen Torgersen, Runar, «*Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker»*, Universitet i Oslo, 2008.
- Pedersen og Skoghøy Pedersen, Jussi Erik og Jens Edvin A. Skoghøy, «*Grunnleggende sivilprosess»*, Universitetsforlaget, 1. utgave, 2020.
- Aall Aall, Jørgen, «*Rettsstat og menneskerettigheter»*, Fagbokforlaget, 5. utgave, 2018.
- Elden mfl. Elden, John Christian, Anders Brosveet og Håkon Bodahl-Johansen, «*Straffeprosess – en veiledning»*, 2012. Rettsdata.no.
- Hjort Hjort, Maria Astrup, «*Hvilket ansvar har dommeren for å legge til rette for et godt avgjørelsesgrunnlag i en sivil sak?»*, 17.12.2018. Juridika.no
- Torgersen Torgersen, Runar, «*Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?»*, 2006, Universitetsforlaget. Lovdata.no
- Rui Rui, Jon Petter, «*Straffeprosessen i perspektiv»*, 26.11.2014. Juridika.no.
- Øyen Øyen, Ørnulf, «*I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er*

fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?»,
23.09.2010. Juridika.no.

Øvrige kilder

Riksadvokaten, «*Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk – relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker.*», brev av 09. april 2021. Lovdata.no. RA-2021-955-1.

Riksadvokaten, «*Bruk av tvangsmidler i narkotikasaker – pålegg om rapportering om fagledelsestiltak*», brev av 13. april 2021. Lovdata.no. RA-2021-955-2.

Sunde, Inger Marie, «*«Effektiv, tillitvekkende og rettssikker behandling av databevis» - En straffeprosessuell utredning om ransaking, sikring og beslag i data*», 18. juni 2021, [utredning-databevis-2021.pdf \(regjeringen.no\)](#).

Riksadvokaten, *Tvangsmiddelbruk i mindre alvorlige narkotikasaker*, 14.02.2022, <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2022/02/Nasj-rapport-tvangsmiddelbruk-i-mindre-alv-narkotikasaker.pdf>.

Nettkilder

Thommessen, Julia Kirsebom, «*Riksadvokaten vil ha full gjennomgang av ransaking i narkotikasaker*», NRK, oppdatert 13. april 2021, [Riksadvokaten vil ha full gjennomgang av ransaking i narkotikasaker – NRK Norge – Oversikt over nyheter fra ulike deler av landet](#). Lest 09.03.2022.

Kolsrud, Kjetil, «*Mener statsadvokaten tar feil om ransakingspraksis*», Rett24, 26. april 2022, [Mener statsadvokaten tar feil om ransakingspraksis - Rett24](#). Lest 27. april 2022.

Ording, Oda og Hagfors, Caisa Linea, «*Departementet: - Beklager*», Dagbladet, oppdatert 17. mars 2022, «[Systematiske feil» i mindre narkotikasaker: Justisdepartementet beklager \(dagbladet.no\)](#). Lest 27. april 2022.

Kolsrud, Kjetil, «*Professor: Innfør bevisavskjæring i mindre straffesaker*», Rett24, 18. mars 2022, [Professor: Innfør bevisavskjæring i mindre straffesaker - Rett24](#). Lest 13.05.2022.

