

Ransaking av siktedes mobiltelefon

*Sett opp mot prinsippene om
forholdsmessighet og selvinkriminering.*

Juridisk oppgave

BACHELOROPPGAVE (BOPPG30)

Politihøgskolen

2021

Kand.nr: 61 og 62

Antall ord: 8570

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	2
1.1 Oppbygning.....	2
1.2 Tema	3
1.3 Avgrensninger	3
1.4 Mobiltelefonens betydning	4
1.5 Egenerfaring	5
1.6 Politipraksis.....	6
2. Rettskildebildet	7
3. Hjemmelsgrunnlag	8
3.1 Legalitetsprinsippet.....	8
3.2 Formålet med etterforskningen	9
3.3 Strpl. § 192	9
4. Forholdsmessighet	12
4.1 Strpl. § 170 a	12
5. Selvinkriminering	14
5.1 Personvern	15
5.2 Selvinkriminering	15
5.3 Strpl. § 199 a	16
5.5 Funke mot Frankrike, EMD dom av 25. Februar 1993.....	18
5.6 Saunders mot Storbritannia, EMD dom av 17. desember 1996	19
5.7 Jalloh mot Tyskland, EMD dom av 11. juli 2006.....	20
6. Overskuddsinformasjon	22
6.1 Fri bevisførsel	22
6.2 Kommunikasjonsavlytting.....	23
7. Avslutning	26
8. Litteraturliste	28

1. Innledning

En sentral del av politiets oppgaver er bruk av tvangsmidler i forbindelse med ulike oppdrag. Vi ønsker derfor å se nærmere på reglene for ransaking av mobiltelefoner, sett opp mot prinsippene om forholdsmessighet og selvinkriminering. Samt om reglene for ransaking dekker føring av overskuddsinformasjon på en mobiltelefon som bevis i norsk rett.

Teknologi er blitt en omfattende del av vårt samfunn og enhver borger sin hverdag. Politiet knytter stadig flere av sine oppgaver opp mot teknologien. Dette har revolusjonert samfunnet vårt. Vi har oversikt over bankkontoer, legejournaler, bilder, private samtaler, og mye mer med bare få tastetrykk på mobiltelefonen. Samtidig bringer det med seg store utfordringer. Flere av politiets oppgaver har forflyttet seg fra gata til internett, og kriminaliteten har blitt mer kompleks enn noen gang. Holder dagens lovverk tritt med denne utviklingen?

1.1 Oppbygning

Vi har valgt å se på ransakingen av en mobiltelefon som en todelt begrensning utover de vilkårene som fremgår av selve ransakingsbestemmelsen. Den ene begrensningen er spørsmålet om ransakingen er å anse som forholdsmessig. Forholdsmessighetsvurdering regulerer et hvert bruk av et tvangsmiddel i den konkrete sak. Den andre begrensningen er knyttet til prinsippet om selvinkriminering, som er en grunnleggende menneskerettighet.

Innledningsvis i oppgaven vil vi se på et konkret oppdrag fra praksisåret hvor vi i etterkant har reflektert over at ransakelsen av siktedes mobiltelefon fremsto som unødvendig og rutinstyrt. Oppdraget vil være bakteppet for den videre drøftelsen i vår hoveddelen. Der starter vi med å gjøre rede for vilkårene om ransaking som fremgår av lov om rettergangsmåten i straffesaker¹(heretter omtalt som strpl.) § 192. Deretter vil vi se dette opp mot prinsippene om forholdsmessighet og nødvendighet.

Videre vil vi se på hva bestemmelsene om selvinkriminering og forarbeidene til strpl. § 199 a sier om dette vernet, særlig sett i lys av ransaking av siktedes mobiltelefon. Vi vil ta for oss

¹ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).

den europeiske menneskerettighetskonvensjonen²(heretter omtalt som EMK) artikkel 6 nr. 1, og se på om dette vil være av betydning for hvordan norsk politi utøver sin myndighet ved bruk av tvangsmidler. Deretter vil vi redegjøre for hva den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter omtalt som EMD) har uttalt om selvinkriminering i sine domsavgjørelser. Avslutningsvis vil vi også se på bevisføringen av overskuddsinformasjon i straffesaker. I hvilken utstrekning kan informasjonen man avdekker om straffbare forhold som ikke direkte er en del av formålet med ransakingen fremlegges for retten.

1.2 Tema

Vårt tema for bacheloroppgaven er vurderingen av forholdsmessighet og selvinkriminering ved ransakelse av siktedes mobiltelefon.

Problemstillingen tar først for seg forholdsmessighetsvurderingen ved bruken av ransakelse av mobiltelefonen som tvangsmiddel og deretter om selvinkriminering etter EMK art. 6 nr. 1 er en selvstendig skranke for ransaking. Dette bringer med seg spørsmålet om det vil foreligge en begrensning i å benytte overskuddsinformasjon fra en ordinær ransakelse som bevis i norsk rett.

1.3 Avgrensninger

Av hensyn til oppgavens størrelse og dens ordbegrensninger har vi avgrenset bacheloroppgaven til å ikke ta for seg en juridisk analyse av hva den faktiske bevisverdien vil være i hovedforhandlingene, altså av funn avdekt ved en ransakelse. Vi vil heller ikke ta for oss hvilken innhentet informasjon politiet kan bruke i etterforsknings- og etterretningsøyemed. Vi legger til grunn at de formelle vilkårene for ransakelse er oppfylt jf. strpl. § 192.

Vi vil ikke foreta en omfattende drøftelse av politiets mulighet til å bruke makt for å åpne siktedes mobiltelefon jf. strpl. § 199 a, men vi vil se på bestemmelsens forarbeider opp mot selvinkriminering. Heller ikke spesifikk avlytting av mistenkte jf. strpl. kapittel 16 vil vi

² Den europeiske menneskerettskonvensjonen, av 04.11.1950.

foreta en omfattende drøftelse av, men vi vil se på bestemmelsens regulering ved føring av overskuddsinformasjon som bevis etter strpl. § 216 i bokstav c.

Før vi tar for oss oppgavens hoveddel ønsker vi å se nærmere på mobiltelefonens betydning i dagens samfunn.

1.4 Mobiltelefonens betydning

Straffeprosessloven som er gjeldende den dag i dag ble utarbeide i 1981, ti år før utbyggingen av mobilnett i Norge. Utbyggingen startet i 1991, men det var ikke før i 2007 at Apple lanserte sin første smarttelefon.³ Dagens mobiltelefoner har utviklet seg enormt de siste 14 årene, men teknologien kommer med en høy pris. Den gjør det blant annet enklere å begå eller bli utsatt for kriminalitet. NOU 1997:15⁴ har vist til at reglene for ransakelse ikke er basert på dagens teknologi. Dagens straffeprosesslov er altså ikke utformet med teknologinøytrale bestemmelser.

Mobiltelefoner kan inneholde avgjørende bevis som kan ha betydning i oppklaring av straffesaker. De fleste privatpersoner bruker mobiltelefonen som et viktig verktøy i dagliglivet. Man kan lastet ned tusenvis av applikasjoner som registrerer informasjon om brukeren. Applikasjonene kan brukes til alt fra transaksjoner på dagligvarebutikken til å kjøpe bussbilletter. Treningsapplikasjoner logger alt man gjør i løpet av en dag, hvilken puls man har hatt på et gitt tidspunkt og hvor man har beveget seg. Dette er potensielt svært sensitiv informasjon.

Mobiltelefonen kan i tillegg inneholde bevis i form av samtaler om kjøp og salg av narkotika, filmer av voldshendelser og geografiske lokasjoner som kan knytte personer til tid og sted både som vitner og gjerningspersoner. De teknologiske bevisene vil være verdifull i en pågående etterforskning. Dette må veies opp mot hvor inngripende tvangsmiddelet vil være for personvernet. Politiet må balansere behovet for informasjon opp mot gjeldende lovverk, sett i lys av personers rett til privatliv. Som et produkt av dette behovet ble en ny lovbestemmelse introdusert. Strpl. § 199 a gir politiet hjemmel i lov til å bruke makt for å

³ Øverby, Harald: *smarttelefon i Store norske leksikon* på snl.no.

⁴ NOU 1997: 15 s. 7.

åpne en mobiltelefon. Kriminalitetsbildet preges av stadig utvikling. Politiets håndtering av denne utviklingen fikk vi erfare i vårt praksisår.

1.5 Egenerfaring

En av våre erfaringer stammer fra et oppdrag hvor vi deltok på en omfattende narkotikaaksjon mot ungdommer fra ulike videregående skoler. Vår oppgave var å pågripe og ransake en person på 17 år med beslutning fra retten. Beslutningen var basert på forbindelser gjennom kjøp og salg av narkotika som ble avdekket gjennom et større kriminelt ungdomsnettverk. I denne saken var det avgjørende at vi fant «noe konkret» under ransakelsen for å opprettholde siktelsen.

Da siktede ble pågrepet tok vi beslag i mobiltelefonen, han ble forklart sine rettigheter og spurt om låsekoden til mobiltelefonen. Låsekoden utleverte han frivillig til politiet. Vi fikk beskjed om å se om vi «fant noe» på mobiltelefonen. Formålet var ikke tydelig for oss da vi startet ransakingen av mobiltelefonen.

Siktede var i avhør mens vi ransakte mobiltelefonen. Vi gikk grundig gjennom tekstmeldinger, applikasjonene SnapChat og Facebook messenger, bilder, videoer og telefonloggen.

Under ransakelsen kom vi over bilder av narkotika og videoer der siktede fremsto som ruset. I tillegg kom vi over videoer der siktede filmet seg selv mens siktede kjørte bil i høy fart. Vi hadde da avdekket en ny lovovertrødelse. Hadde siktede egentlig inkriminert seg selv ved å filme videoene og ha de lagret på mobilen sin? Hadde vi ikke funnet videoene på mobiletelefonen så hadde det ikke blitt tatt ut tiltale for kjøring uten gyldig førerkort i tillegg til tiltale for primærlovbruddet.

Denne til dels formålsløse gjennomgang av siktedes mobiltelefon var noe vi begge opplevde regelmessig under praksisåret. Der og da stilte vi lite spørsmål rundt problemstillingen ved ransakelsen sett opp mot prinsippet om selvinkriminering og de ulike forholdsmessighetsvurderingene. Grunnen til dette var at slike gjennomganger ofte førte til at vi fikk innhentet omfattende bevis til ulike straffesaker som bidro til avgjørelser i

hovedforhandlingene. Ofte kom vi over nye lovbrudd under ransakingen av en mobiltelefon som ikke hadde noe med den opprinnelige siktelsen å gjøre, slik som i nevnte oppdrag.

Vi opplevde begge at det har vært lite refleksjon innad i patruljen rundt det å gjennomgå siktedes telefon, dette var nærmest en rutinemessig del av en ransaking av siktedes person.

For å gjøre både oss selv og de som leser denne oppgaven bedre i stand til å forstå hva som ligger i de ulike rettsprinsippene som skal beskytte siktede fra blant annet det å inkriminere seg selv, vil vi gå dypere inn i dette temaet. Neste gang vi står i en slik situasjon ønsker vi å være bedre rustet til å håndtere problemstillingen, og til å vurdere vår egen praksis når det gjelder ransaking av siktedes mobiltelefon.

1.6 Politipraksis

Basert på våre erfaringer fra politiet kan vi ikke si at det foreligger en konkret *praksis* på hvordan politiet håndterer gjennomgangen av siktedes mobiltelefon. Når vi ser tilbake på praksisåret opplevde vi begge at det forelå lite bevissthet rundt temaet og gjeldende lovverk innad i patruljen.

Spesialenheten har som oppgave å etterforske og påtale avgjøre saker omhandlende spørsmålet om ansatte i politiet og påtalemyndigheten har begått en straffbar handling i tjenesten. I sak NR 15010905 18/20- 123 ble en politibetjent anmeldt til spesialenheten for uhjemlet bruk av tvang ved en ransaking. I saken ble det iverksatt både ransaking av siktedes person og mobiltelefon jf. strpl. §§ 192 og 195, etter at det hadde blitt gjennomført alkoholtest og tegn og symptomtest som begge ga positivt utslag. Bakgrunnen for mistanken var i utgangspunktet overtredelse av vegtrafikkloven⁵ (heretter omtalt som vtrl), men ransaking av siktede ble besluttet på bakgrunn av mistanke om oppbevaring/besittelse eller kjøp av narkotika. Under ransakingen ble det funnet to telefoner, hvor siktede kun ønsket å åpne en av dem. Politibetjenten besluttet selv å ransake mistenktes mobiltelefon begrunnet i at det forelå «fare ved opphold» for at det kunne forspilles bevis i saken. For å få tilgang til telefonen prøvde betjenten å føre siktedes finger over mobiltelefonen. Siktede motsatte seg forsøket og

⁵ Lov 18. juni 1965 nr. 4. om vegtrafikk (vegtrafikkloven).

de avbrøt etter noen minutter uten å få åpnet telefonen. Forsøket på åpningen av siktedes telefon ble hjemlet i strpl. § 199 a.

Saken ble henlagt, men spesialenheten mente at politibetjenten «*gikk utover sin kompetanse ved å selv beslutte ransaking av mobiltelefon og ved selv å beslutte bruk av tvang for å åpne mobiltelefonen*». ⁶ Selv om denne saken har et annet utgangspunkt enn vår problemstilling viser den viktigheten av at polititjenestepersoner har kunnskap om hjemmelsgrunnlaget for å kunne ransake en mobiltelefon. I denne saken kan det stilles spørsmål rundt forholdsmessighetsvurderingen av å beslutte en ransaking av mistenktes telefon på bakgrunn av kjøring i ruspåvirket tilstand, eller mistanke om bruk av narkotika. Personen som ble utsatt for tvangsmiddelet ble anmeldt for kjøring i ruspåvirket tilstand, men det ble ikke opprettet sak for narkotikaforhold, som var grunnlaget for å gjennomføre ransakingen.

2. Rettskildebildet

Juridisk metode er ikke en subjektiv vurdering av loven, men en systematisk tolkning opp mot den rettslitteraturen som eksisterer for den spesifikke normen. ⁷ Ut ifra ordlyden i flere av strpl. bestemmelser vil det ikke være naturlig å oppstille disse paragrafene når man skal bruke tvangsmidler som retter seg mot moderne teknologi. Det foreligger lite spesifikk rettspraksis på området da teknologien er i stadig utvikling, således blir en tolking av sammenhengen mellom ulike rettskilder relevant i vurderingen av våre problemstillinger. Oppgaven baserer seg på en drøftelse av juridisk litteratur og rettslige vurderinger. Vi har gjort omfattende søk i lovdata, og sett på noen relevante dommer fra høyesterett. Vi bruker også tre EMD dommer for å svare ut våre problemstillinger. Det er få konkrete saker hvor politiet blir anmeldt for å ha gjennomført ulovlige ransakinger på en mobiltelefon. På bakgrunn av dette har vi måtte tolke straffeprosesslovens forarbeider og ulike høyesterettsdommer hvor vi kan dra noen paralleller til vår tematikk.

Vi tar utgangspunkt i rettsreglene om ransakelse, forholdsmessighet, selvinkriminering og bevisføring av overskuddsinformasjon opp mot dagens lovverk. Ved å vurdere tvangsmidlene

⁶ Sak spesialenheten NR 15010905 18/20- 123 s. 6.

⁷ Boe (2012) s.15.

og menneskerettighetenes forarbeider, høyesterettsdommer og andre rettskilder vil det skape et grunnlag for vurderinger *pro et contra* av de øvrige rettskildene.

I neste kapittel vil vi redegjøre for legalitetsprinsippet og formålet med etterforskningen, før vi ser på hjemmelsgrunnlaget for å ransake en mobiltelefon.

3. Hjemmelsgrunnlag

3.1 Legalitetsprinsippet

Det er loven som gir grunnlaget for hvilke muligheter og begrensninger vi har som politi. Etterforskning er å anse som et inngrep og da spesielt i en persons privatliv, det kreves derfor hjemmel i lov for at offentlig myndighet kan gripe inn i borgers rettssfære. Dette er forankret i Grunnlovens⁸ § 96, "*ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom*", videre er det forsterket i grunnlovens § 113, "*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.*".

Legalitetsprinsippet er et av de mest sentrale rettsstatsprinsippene vi har i Norge for å sikre rettssikkerheten til private.⁹ «*Prinsippet om ingen straff uten lov (nulla poena sine lege) er et viktig prinsipp som skriver seg fra opplysningstiden*».¹⁰ Legalitetsprinsippet er også forankret i våre menneskerettigheter gjennom internasjonale konvensjoner og EMK art. 7.

Legalitetsprinsippet danner grunnmuren i borgerens rettsvern, og i vernet mot selvinkriminering.¹¹ Alle tvangsmidler vi som politi kan benytte oss av er derfor skrevet ned som lovhjemler i straffeprosessloven¹², med unntak av ulovfestede utradisjonelle etterforskningsmetoder som spaning og infiltrasjon.

⁸ Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov.

⁹ Bjerknes & Fashing (2018) s. 38.

¹⁰ Andenæs (2004) s.105.

¹¹ Øyen (2010) s.18.

¹² Bjerknes & Fashing (2018) s. 150.

En ransaking gjennomføres på bakgrunn av et informasjonsbehov i en etterforskning, jf. strpl. § 226. Dette tar oss videre til formålet med etterforskningen.

3.2 Formålet med etterforskningen

Utgangspunktet for enhver etterforskning er gitt i strpl. § 226. Det fremgår av riksadvokatens rundskriv at etterforskningen ikke er en tilfeldig innsamling av fakta, men er formålsstyrt prosess.¹³ Formålet er å skaffe til veie nødvendig, pålitelig og detaljert informasjon om saken, med dette menes å oppdage, analysere og dokumentere informasjon.¹⁴ Det er etterforskningens formål som vil ha betydning for hvilke etterforskningsskritt som skal gjennomføres, herunder hvilke tvangsmidler som skal brukes.¹⁵ Med dette menes at det enkelte etterforskningsskritt er formålsstyrt. For å innhente opplysninger kan man for eksempel ransake en mobiltelefon. For at etterforskningsskrittet skal gjennomføres må det gjøres en konkret vurdering opp mot hva som er formålet med ransakingen og hvilke bevis vi ønsker å avdekke.

For å kunne gjennomføre en lovlig formålsstyrt ransaking må politiet ha hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet. Videre i oppgaven vil vi se på hvilke vilkår som må være oppfylt for å kunne gjennomføre en ransaking etter strpl. § 192, sett opp mot formålet med etterforskningen.

3.3 Strpl. § 192

Vi vil se på hvorfor det vil være naturlig å oppstille strpl. § 192 som hjemmel for ransaking av en mobiltelefon, og hva som ligger i det materielle spesielle vilkåret, “*søke etter bevis*”. Vi legger til grunn at vi allerede har låsekoden på siktedes mobiltelefon.

Når politiet gjennomgår en mobiltelefon for å innhente informasjon vedrørende en straffesak vil dette være å anse som en ransaking. Steinar Fredriksen¹⁶ skriver at «*Å ransake vil si å foreta en undersøkelse hvor politiet leter etter noe, f.eks. bevis for at en straffbar handling har funnet sted. Man skiller mellom personransaking og det som upresist kalles husransaking.*»

¹³ RA nr. 3/1999 s. 2.

¹⁴ Bjercknes & Fashing (2018) s. 55.

¹⁵ RA nr. 3/1999 s. 2.

¹⁶ Fredriksen (2018) s. 152.

Vi har valgt å avgrense oppgaven mot strpl. § 195 ransaking av siktedes person, og dermed gjøre rede for «husransaking» jf. strpl. § 192.

Ordlyden i strpl. § 192 er følgende:

«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 pågrepelse eller for å søke etter bevis eller etter ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i.»

Det første materielle generelle vilkåret er «*skjellig grunn*». Med «*skjellig grunn*» menes at det må foreligge en mistanke om et straffbart forhold. At det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handlingen saken gjelder enn at han ikke har det. Dette gav Høyesteretts kjæremålsutvalg uttrykk for i Rt. 1993 s. 1302¹⁷, og det fremgår av flere dommer at dette er gjennomarbeidet rettspraksis på området. Vilkåret «*skjellig grunn*» må konkret begrunnes i hvert enkelt bruk av et tvangsmiddel, sett opp mot formålet med etterforskningen. Når det gjelder ransaking av siktedes mobiltelefon innebærer dette at en kan lete etter bevis som konkret omhandler det forholdet som det foreligger skjellig grunn for. Altså kan man ikke ransake mobiltelefonen på grunnlag av å søke etter bevis for andre straffbare forhold.

Videre må siktede mistenkes for en handling som etter loven kan «*medføre frihetsstraff*». I forarbeidene fremgår det at med frihetsstraff menes høyere straff enn bøter.¹⁸ Hvis straffebudet kun ilegger en bot, kan det ikke ransakes.

Foreligger det skjellig grunn til mistanke om en handling som kan medføre frihetsstraff kan det foretas ransaking av siktedes «*bolig*», «*rom*» eller «*oppbevaringssted*». Vi skal kun se nærmere på vilkåret «*oppbevaringssted*».

«*Oppbevaringssted*» er for eksempel siktedes bil, lystbåt eller koffert i en oppbevaringsboks.¹⁹ Et oppbevaringssted kan også tolkes som å være et datasystem som inneholder informasjon som kan ha betydning for etterforskningen.²⁰ Selv om NOU 1997:15

¹⁷ Rt. 1993 s. 1302, s.1304.

¹⁸ NUT 1969: 3 s. 249.

¹⁹ Keiserud mfl. (2011) s. 771.

²⁰ Fredriksen (2018) s. 197.

ikke spesifikt omtaler at ransaking av et datasystem går under vilkåret «*oppbevaringssted*» fremgår det her «*at datamaskiner og datalagringsmedier kan ransakes på samme måte som f eks en arkivmappe er ikke tvilsomt*».²¹

I høyesterettsdom HR-2019-610-A²² som omhandlet tredjemannsransaking av data på en utenlandsk server, hvor saken gjaldt etterforskning av et mulig databedrageri. Uttalte høyesterett «*at det ved tredjemannsransaking kan ransakes på de samme steder som etter første ledd, altså blant annet på «oppbevaringssted». Dette kan omfatte et datanettverk*». Selv om denne dommen omtaler en tredjemannsransaking, uttaler den likevel at «*Ordlyden – «oppbevaringssted» – omfatter utvilsomt lagringssted for datamateriale. Og det er intet i ordlyden som kan lede til den oppfatning at visse steder for oppbevaring skulle være unntatt.*»²³

Det fremkommer ikke direkte av ordlyden at det vil være naturlig å plassere en ransaking av siktedes mobiltelefon under vilkåret «*oppbevaringssted*». Derimot fremkommer det av rettspraksis og andre juridiske kilders drøftelse av begrepet datasystemer at man kan se en mobiltelefon som en form for et datasystem som lagrer datamaterialet, og derav lagrer informasjon som kan være bevis i en straffesak.

I artikkel 19 nr. 1 i Europarådets konvensjon om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi har staten «*forpliktet seg til å ha bestemmelser som gir kompetent myndighet adgang til å ransake både datasystemer og frittstående lagringsmedier, for eksempel CD-ROM og disketter.*»²⁴ Det er altså en folkerettslig forpliktelse å ha en bestemmelse som gir en myndighet som politiet adgang til å ransake en mobiltelefon.

Videre fremgår det av de materielle spesielle vilkårene i strpl. § 192 hva som er formålet med ransakingen. Det kan foretas ransaking for å «*sette i verk pågripelse eller for å søke etter bevis eller etter ting som kan beslaglegges eller som det kan tas heftelse i*». Forarbeidene uttaler at «*alt som kan tjene til oppklaring av saken, er bevis, ikke bare spor etter den*

²¹ NOU 1997: 15. s. 80.

²² HR-2019-610-A, s. 5.

²³ HR-2019-610-A s. 6.

²⁴ NOU 2003: 27 s. 43.

straffbare handlingen».²⁵ Med ting menes også elektronisk lagret informasjon jf. straffeloven²⁶ (heretter omtalt som strl.) § 69 andre ledd.

Sett opp mot vår problemstilling vil vilkåret «*søke etter bevis*» være mest aktuelt, da det er dette vi som politiet søker etter når vi ransaker en mobiltelefon. Vilkåret «*ting som kan beslaglegges*» vil også være relevant, da man vil beslaglegge aktuelle bevis som kan brukes i en eventuell straffesak.

Det fremgår av forarbeidene at dersom det er snakk om en forbrytelse av en viss betydning kan det ofte være rimelig grunn til å gjennomføre en ransakelse uansett hva sannsynligheten er for at en finner bevis.²⁷ Det vil si at det ikke er noe krav til at man faktisk finner for eksempel bevis på en mobiltelefon under en ransaking. Likevel vil en ransaking som gjennomføres uten den hensikt å finne bevis, raskt bli anset som uforholdsmessig og unødvendig jf. strpl. § 170 a.²⁸

Ut ifra lovens forarbeider og tolkning av ulike juridiske kilder anser vi det som mest hensiktsmessig at ransakingen av en mobiltelefon plasseres i strpl. § 192. Likevel vil tvangsmiddelets nødvendighet være knyttet opp mot formålet med ransakingen. Man kan ikke anvende strpl. § 192 uten å ha vurdert om tvangsmiddelet er nødvendig og forholdsmessig jf. strpl. § 170 a. Dette innebærer at det egentlig er strpl. § 170 a og dens krav om forholdsmessighet som setter den reelle grensen for hvor omfattende ransakingen av en mobiltelefon kan være, når de andre vilkårene i ransakingsbestemmelsen er oppfylt.

4. Forholdsmessighet

4.1 Strpl. § 170 a

Det fremgår av strpl. § 170 a tvangsmidler bare kan brukes når det er «*tilstrekkelig grunn til det*», og når det «*etter sakens art og forholdene ellers ikke ville være et uforholdsmessig*

²⁵ NUT 1969: 3 s. 250.

²⁶ Lov av 20. mai 2005 Lov om straff (Straffeloven).

²⁷ NUT 1969: 3 s. 249.

²⁸ Fredriksen (2018) s. 198.

innngrep». Det er beskrevet i lovens forarbeider at forholdsmessighetsprinsippet er gitt som et generelt krav som skal gjelde for alle bestemmelsene om tvangsmidler.²⁹ I praksis betyr det at strpl. § 170 a vil komme til anvendelse for alle tvangsbestemmelsene som følger av straffeprosessloven del fire. Under en ransaking hjemlet i strpl. § 192 vil regelen altså komme til anvendelse. Strpl. § 170 a lovfester to viktige rettsstatsprinsipper; proporsjonalitet og behovsprinsippet.

Proporsjonalitetsprinsippet er et rettsprinsipp som gjelder all form for politiarbeid.³⁰ Det innebærer at det skal foreligge en forholdsmessighet mellom formålet, og tvangsmiddelet som tas i bruk for å oppnå formålet.³¹ Det må foretas en avveining mot å oppklare saken på den ene siden, og hensynet til siktede på den andre siden.

Videre følger det av forarbeidene at prinsippet om forholdsmessighetsvurderingen har både betydning for om et tvangsmiddel kan brukes og hvor lenge det eventuelt kan brukes.³² Selv om man har hjemmel til å ransake etter strpl. § 192 er det ikke sikkert at tvangsmiddelet kan brukes lovlig. Dette innebærer blant annet at når politiet for eksempel ransaker siktedes telefon, vil det måtte gjøres en konkret avveining av tvangsmiddelets nødvendighet sett opp mot sakens alvorlighet. Det må gjøres en vurdering ut fra hvor alvorlig inngrepet er for siktede, hvor alvorlig saken er, hvor sterk mistanken er og ikke minst hvor viktig det er at tvangsmiddelet gjennomføres for å få tilført ny informasjon i saken.³³ Dette vil ha betydning i vurderingen av hvor omfattende og hvor grundig ransakingen kan være.

Behovsprinsippet stiller krav til at inngrepet må være nødvendig.³⁴ Altså om det foreligger «*tilstrekkelig grunn*», jf. strpl. § 170 a til å gjennomføre et tvangsmiddel. Dette innebærer at det må være nødvendig å gjennomføre tvangsmiddelet, fordi formålet ellers ikke vil oppnås på en rimeligere måte. Hvor alvorlig inngrepet er vil ha noe å si på nødvendighetskravet.³⁵

Dagens telefoner rommer store mengder informasjon om privatpersoner. Ut ifra prinsippene i strpl. § 170 a må det gjøres en konkret vurdering på hva som er formålet med ransakingen.

²⁹ Ot.prp nr.64 (1998-1999) s. 147.

³⁰ Fredriksen (2018) s. 161.

³¹ Auglænd og Mæland (2017) s. 637.

³² Ot.prp nr.64 (1998-1999) s. 147.

³³ Fredriksen (2018) s. 161.

³⁴ Auglænd og Mæland (2017) s. 628.

³⁵ Auglænd og Mæland (2017) s. 630.

Skal man lete etter bevis i en alvorlig sak omhandlende narkotika vil det være naturlig å gjennomgå meldinger, kamerarull og muligens mistenktes banktransaksjoner.

Stopper man derimot en som er mistenkte for promillekjøring, jf. vtrl. § 22 første ledd om kjøring i ruspåvirket tilstand, og tar en blodprøve av mistenkte, vil det verken være nødvendig eller forholdsmessig å gjennomføre en ransaking av mistenktes mobiltelefon. Blodprøven vil trolig være tilstrekkelig som bevis for retten i den aktuelle saken, altså grunnlaget for at mannen ble stoppet. Tvangsmiddelets nødvendighet vil altså være tett knyttet opp til formålet med ransakingen. Hvis man leter etter bevis i en konkret narkotikasak vil det ikke være forholdsmessig å ransake mobiltelefonen i den hensikt å avdekke andre potensielle straffbare forhold.

Ransaking av mobiltelefon vil i utgangspunktet ikke stride imot strpl. §§ 192 og 170 a hvis formålet med ransakingen ikke går utover formålet med etterforskningen, og inngrepet er å anse som nødvendig og forholdsmessig. Dette medfører at ulike lovbrudd vil gi ulike skranker for ransakingen. I vårt oppdrag kunne det ha vært nødvendig å søke bredere i ransakingen av en mobiltelefon enn det som ville vært forholdsmessig i andre saker. Det må alltid gjøres en konkret vurdering om strpl. §§ 192 og 170 a er oppfylt ved det aktuelle etterforskningskrittet som skal gjennomføres, og hva som er formålet med tvangsmiddelet.

Vår videre drøftelse stiller spørsmål ved selvinkrimineringsprinsippet som følger av EMK art. 6 nr.1 vil være til hinder for å søke bredt på en mobiltelefon under en ransaking. Vi vil i det neste kapittelet redegjøre og drøfte for hvor langt vernet strekker seg.

5. Selvinkriminering

Er selvinkrimineringsprinsippet i EMK art 6. nr. 1 en selvstendig skranke for ransaking?

Vi vil starte med å si noe kort om personvern.

5.1 Personvern

Personvern defineres som et individs mulighet til å ivareta sitt privatliv og kontrollere hva som skjer med informasjon om seg selv, altså ens personopplysninger.³⁶ Dette er forankret i EMK art. 8. Artikkelen legger til grunn at man som utgangspunkt selv skal kunne bestemme hva andre skal få vite om ens privatliv og familieliv. Straffeprosessloven har betydning for å ivareta personvernet til enkelt personer. Som en skranke for å ivareta personvernet ved en ransakelse er det strpl. § 170 a som skal sørge for at ett inngrep i ens privatliv ikke blir uforholdsmessig.

Videre vil vi ta for oss prinsippet om selvinkriminering og retten siktede har til å forholde seg taus. Deretter tar vi for oss rettsprinsippene i lys av strpl. § 199 a og hva EMD har uttalt om selvinkriminering i sine saksavgjørelser.

5.2 Selvinkriminering

Siktede har gjennom norsk rett mulighet til å holde seg taus overfor politiet, påtale og domstoler jf. strpl. §§ 90 og 230 første ledd. Bestemmelsene gir mistenkte rett til å gjøres kjent med taushetsretten før et avhør starter.³⁷ Forbudet forankres i at siktede ikke skal tvinges til å bidra til egen domfellelse. Likevel fremkommer det av strpl. § 93 at om siktede ikke ønsker å forklare seg så kan dette tale imot han. Således straffes det normalt ikke for falsk forklaring jf. strl. § 221 andre ledd, men det vil være straffbart i den forstand om siktede forklarer seg falskt i den måte at han pådrar en annen en uriktig siktelse se strl. § 222.

Øyen viser til at selvinkriminering er to prinsipielt sett ulike situasjoner: den ene er at det blir påkrevd at siktede medvirker til saken ved for eksempel å avgi forklaring eller utlevere en gjenstand. Den andre er at siktedes kropp er objekt for en undersøkelse, slik at siktede forholder seg passiv hele tiden.³⁸ Altså skiller Øyen mellom aktiv og passiv deltagelse fra siktede mot hans vilje.

³⁶ NOU 2009: 1 s. 32.

³⁷ Øyen (2010) s. 19.

³⁸ Øyen (2010) s. 25.

Forbudet mot selvinkriminering er beskyttet etter EMK. art. 6 nr. 1 etter tolkning av vernet i EMD.³⁹ EMK artikkel 6 nr. 1 er på norsk oversatt til "*Retten til rettferdig rettergang*"

1. For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov".

Mistenktes rettighet til å holde seg taus ovenfor politi og domstol følger av strpl. som nevnt. I tillegg er forbudet gjennom EMK og strpl. beskyttet av FN-konvensjonen sine sivile og politiske rettigheter⁴⁰ (heretter omtalt som SP) med forbud mot selvinkriminering, art 14 tredje ledd bokstav g. Oversatt til norsk lyder bestemmelsen:

"3. enhver har ved behandling av en siktelse mot ham for en straffbar handling rett til følgende minimumsgarantier, uten forskjellsbehandling: (...) g) Ikke bli tvunget til å vitne mot seg selv eller til å erkjenne seg skyldig."

Videre poengtere høyesterett i Rt.1999 s. 1269 at "*Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffelse.*"⁴¹

Både EMD, EMK og SP er gjeldende som norsk lov og skal overgå annen lovgivning ved motstrid i rettsreglene jf. menneskerettighetsloven⁴² § 2 nr. 1 og 3 og § 3, jf. prinsippet om Lex superior. Dette tar oss videre til tolkningen av selvinkriminering i strpl. § 199 a.

Vi vil ikke ta for oss en omfattende drøftelse av strpl. § 199 a, selv om bestemmelsen åpner for en rekke interessante spørsmål. Vi ønsker likevel å se på hva forarbeidene til § 199 a uttaler om hjemmelens vern mot selvinkriminering og hva som ligger i vilkåret «*datasystem*».

5.3 Strpl. § 199 a

Historisk sett har det ikke vært tilgang til å åpne et låst datasystem ved å benytte seg av tvang. Lovgiver måtte derfor endre loven slik at politiet kunne bruke tvang til å åpne datasystemer

³⁹ Øyen (2010) s. 20.

⁴⁰ FN's konvensjon om sosiale og politiske rettigheter, av 16.12.1966.

⁴¹ Rt. 1999 s. 1269, s. 3/5.

⁴² Lov 21. mai 1999 nr. 30 Styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

med biometriske kjennetegn og bruk av ansiktsgjenkjenning. Bakgrunnen for lovendringen var at Høyesterett i HR-2016-1833-A kom frem til at strpl. § 157 om kroppslig undersøkelse ikke ga politiet hjemmel i lov til å bruke tvang for å åpne et datasystem. Denne nye lovbestemmelsen illustrerer legalitetsprinsippet i praksis og behovet for en klar lovhjemmel.

Det fremgår av forarbeidene til strpl. § 199 a at bestemmelsen gir politiet muligheten til å pålegge «*enhver som har befattning med et datasystem å stille sine biometriske kjennetegn til rådighet for å åpne datasystemet*».⁴³ Bestemmelsen gir også politiet anledning til å benytte tvang overfor den som ikke etterkommer pålegget. Dette innebærer at politiet kan tvinge noen å gi tilgangsdata, for eksempel ved ansiktsgjenkjenning for å kunne åpne et datasystem.⁴⁴ For å kunne benytte strpl. § 199 a må de generelle vilkårene for ransakelse være oppfylt.

Strpl. § 199 a åpner i aller høyeste grad for at siktede kan komme til å inkriminere seg selv ved å potensielt bli tvunget av politiet til å for eksempel åpne sin egen mobiltelefon, selv om siktede ikke ønsker å forklare seg eller medvirke til etterforskningen. Her har bestemmelsenes forarbeider forutsatt at opplysningsplikten kun skal omhandle det som er å anses som «*nødvendige*» opplysninger for å kunne gjennomføre en ransaking. Dette innebærer opplysninger som er nødvendig for å kunne få tilgang til datasystemet.⁴⁵ Altså at politiet ikke kan be siktede om å legge fram materiale fra sitt datasystem som kan komme til å inkriminere han eller henne. Denne informasjonen i datasystemet må politiet søke fram selv.

Det fremgår videre av forarbeidene at strpl. § 199 a ikke oppstiller en forklaringsplikt, eller legger til rette for noen form for fremtvingelse av forklaring. Hjemmelen gjør det likevel mulig å bruke noe fra mistenkte som eksisterer uavhengig av personens vilje for å få tilgang til et datasystem. Derav tilgang til informasjon som rettslig sett er tilgjengelig ved at det for eksempel er gjenstand for ransaking.⁴⁶ Forarbeidene forklarer dette ved å dra en parallell mellom det å tvinge siktede til å gi fra seg en nøkkel til en bolig, og viser til at det ikke vil være ulikt fra å tvinge siktede til å åpne et datasystem ved å bruke siktetes biometriske kjennetegn.⁴⁷

Forarbeidene viser til at bestemmelsen er ment å være teknologinøytral, noe som innebærer at med «*datasystem menes enhver innretning bestående av maskinvare og programvare, som*

⁴³ Prop.106 L (2016-2017) s. 10.

⁴⁴ Keiserud mfl. (2011) s. 783.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 40 (2004-2005) s. 35.

⁴⁶ Prop.106 L (2016-2017) s. 11.

⁴⁷ Prop.106 L (2016-2017) s. 10.

*foretar behandling av data ved hjelp av dataprogram. For eksempel omfattes datamaskiner, nettbrett og smarttelefoner».*⁴⁸ Denne formuleringen anses som hensiktsmessig med tanke på at teknologien utvikler seg vesentlig raskere enn det lovverket gjør.

Det vil være strpl. § 170 a som setter en grense for hvor langt man kan dra opplysningsplikten. Hvis det foreligger andre måter å løse ransakingen på enn ved bruk av pålegg eller tvang skal disse metodene brukes hvis det anses som mindre inngripende og hensiktsmessig.⁴⁹ Sett på en annen side gjør denne bestemmelsen at man ved bruk av et relativt lite inngrep kan få tilgang til sentrale bevis, som kan bidra til raskere og mer effektiv straffeforfølgning.⁵⁰ Ut ifra forarbeidene fremgår det at utlevering av tilgangsdata i den forstand strpl. § 199 a legger opp til verner om prinsippet om selvinkriminering.

Videre skal vi se på om det foreligger en begrensning av ransaking av mobiltelefon opp mot prinsippene om selvinkriminering, og retten til privatliv basert på prinsippet om lex superior. Dette tar oss videre til flere EMD avgjørelser som forklarer selvinkriminering i praksis. Det var første gang i 1993 at EMD tolket et vern av selvinkrimineringen i EMK art. 6 nr.1, i saken Funke mot Frankrike. Virkeområdet for EMK art. 6 nr. 1 har ved flere anledninger i en rekke saker blitt angitt på samme måte som for SP art. 14 nr. 3.⁵¹

5.5 Funke mot Frankrike, EMD dom av 25. Februar 1993

I saken Funke mot Frankrike skiller det mellom retten til å forholde seg taus og vernet mot tvungen selvinkriminering. Denne dommen belyser innholdet og rekkevidden av selvinkrimineringsforbudet i praksis. Saken gikk som følger at Jean-Gustave Funke, som var en tysk statsborger bosatt i Frankrike, var mistenkt for brudd på Fransk tollavgivning. I forbindelse med ransakelse på hans bopel i Frankrike ble det funnet dokumenter som ble tatt i beslag, han hadde også erkjent å ha flere bankkontoer i utlandet. Da beslagene og bevisene som ble avdekt på ransakelsen ikke utgjorde en samlet god bevisverdi for å reise sak mot Funke og domfelle ham, påla Franske myndigheter han å fremskaffe dokumentasjon med opplysninger som skulle styrke saken mot ham. Han ble ilagt daglige bøter på 50 FRF for å nekte å overlevere dokumentasjon med opplysninger som talte mot ham.

⁴⁸ Prop.106 L (2016-2017) s. 10.

⁴⁹ Keiserud mfl. (2011) s. 783.

⁵⁰ Prop.106 L (2016-2017) s. 9.

⁵¹ Øyen (2010) s. 20.

EMD kom frem til at kravet til rettfærdig rettergang skulle tolkes som et vern på selvinkriminering, og at bøteleggelsen var i strid med EMK art. 6 nr. 1. På bakgrunn av denne domsavgjørelsen fremkom det at selvinkrimineringsforbudet var ilagt aktiv deltakelse til egen domfellelse, i form av tvang til å forklare seg, og tvang til å utlevere dokumenter. I praksis fremstår dette i den form at dersom offentlige myndigheter ikke ved hjelp av lovlige etterforskningsmetoder finner nok bevis til å utgjøre en samlet god bevisvurdering, kan man ikke ved tvang pålegge siktede til å selv fremlegge tilstrekkelig med bevis. Som vil føre til at siktede bidrar til egen domfellelse.

Essensen i vernet om selvinkriminering kom frem i saken Saunders mot Storbritannia.

5.6 Saunders mot Storbritannia, EMD dom av 17. desember 1996

Saunders ble i avhør pålagt av inspektøren for det britiske handels- og industridepartementet å svare på spørsmålene han ble stilt. Dette resulterte i at det ble tatt ut tiltale mot Saunders for ulovlig regnskapsførsel, tyveri og bedrageri. Avhøret med forklaringene til Saunders ble deretter brukt i straffesaken mot ham. Han klaget da saken inn til EMD på grunnlag av at han mente at forklaringene hans var i strid med EMK art. 6 nr. 1.

På bakgrunn av dette fastslo EMD at retten til å verne seg mot selvinkriminering skulle tilsvare samme tyngde som rettigheten til å nekte å forklare seg for retten. EMD uttalt også at selvinkrimineringsretten er hjemlet i EMK art. 6 nr. 1. Retten til å forholde seg taus ble uttalt som det viktigste rettsprinsippet under selvinkrimineringsforbudet;

“The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent.”(avsnitt 69)

Det ble også lagt frem presiseringer på at bevis som eksisterer uavhengig av personens vilje, slik som blod, pust, urin og DNA ikke omfattes av selvinkrimineringsforbudet. Samtidig ble innhentingen av dokumentene i saken med Funke mot Frankrike som eksisterer uavhengig av hans vilje ansett som ulovlig. Dette baserte seg på at han ble tvunget til å selv utlevere dokumentene, altså en aktiv handling som inkriminerte seg selv.

På bakgrunn av dette kan man utlede at dersom det eksisterer bevis uavhengig av siktedes vilje vil det ikke stride imot EMK. art. 6 nr. 1. Dersom siktede blir tvunget til å aktivt medvirke til å fremlegge bevis kan dette anses som ulovlig, slik som i saken med Funke mot Frankrike. Samtidig tok ikke domstolen⁵² opp om vernet mot selvinkriminering var absolutt og ikke mulig å fravike.

Det fremgår av forarbeidene at EMD har sett på forskjellen av bevis som knytter seg til siktedes vilje og bevis som eksisterer uavhengig av viljen.⁵³ Altså samme skille som Øyen beskriver jf. punkt 5.2. Slik som i Saunders mot Storbritannia hvor innhenting av eksisterende bevis uavhengig av viljen til siktede i utgangspunktet ikke vil bli rammet av taushetsretten. På den andre siden kan bestemmelsene i EMK art. 3 sette en stopper for bevis som innhentes på ulovlig måte, og dermed krenker EMK art. 3 slik som i Jalloh mot Tyskland, dom av 11. juli 2006.⁵⁴

5.7 Jalloh mot Tyskland, EMD dom av 11. juli 2006.

Jalloh ble pågrepet av politiet i forbindelse med at han var mistenkt for omsetning av narkotika. I det han ble pågrepet svelget han en liten pose. Han ble derfor tvunget til å innta brekningsmiddel for å spy opp igjen posen, fordi han nektet å ta dette frivillig. Posen kom opp og viste seg å inneholde kokain, dermed ble han tiltalt og dømt for narkotikaomsetning. Saken ble klaget inn til EMD. Flertallet i domstolen anså det å innta brekningsmiddelet under tvang som en krenkelse av EMK. art. 3, og dermed var beviset ulovlig innhentet. På bakgrunn av at dette var et sentralt bevis i saken og domfellelsen av Jalloh, ble det stilt spørsmål ved om EMK. art. 6 nr. 1 omhandlende selvinkriminering også var krenket. Altså om han hadde blitt tvunget til å bidra til egen domfellelse.

EMD kom frem til at EMK. art. 6 nr. 1 også var krenket. De la frem at selvinkrimineringsforbudet kan omfatte dokumentbevis og menneskelig materiale (blod, urin, osv.) som er innhentet på ulovlig vis mot siktedes vilje. Det ble lagt vekt på forholdsmessigheten rundt det at bevisene var innhentet med betydelig bruk av tvang, at det

⁵² Saunders mot Storbritannia, avsn. 74.

⁵³ Prop. 62 L(2015-2016) s. 136.

⁵⁴ Jalloh mot Tyskland, avsn. 117.

ikke var et alvorlig narkotikalovbrudd og at samfunnets interesse i å oppklare saken ikke rettferdiggjorde inngrepet. Altså arten og karakter av tvang som ble benyttet for å innhente beviset.⁵⁵ Samtidig medvirket ikke Jalloh frivillig på noen tidspunkt til å fremlegge bevis i saken, altså har han ikke slik ordet er definert inkriminert seg selv. Likevel ble det ansett som en krenkelse av EMK. art. 6 nr. 1 med grunnlaget i måten beviset ble skaffet på, sett opp mot behovet for oppklaring. Resultatet av domstolen baserte seg på en helhetsvurdering av situasjonen og at beviset var innhentet ulovlig ved krenkelse av EMK. art. 3.

Dette viser til at det kan være særtilfeller som fraviker fra utgangspunktet i dommen Saunders mot Storbritannia, altså i tilfeller der siktede forholder seg passiv og ikke medvirker til domfellelsen selv. Om bevis ble ervervet ulovlig av politiet vil det kunne medføre brudd på EMK. art 3 og art. 6 nr. 1, om det etter sakens art og karakter er å anse som et uforholdsmessig inngrep. Samtidig endrer det ikke karakteren i tolkningen av selvinkrimineringsforbudet slik som i saken med Saunders mot Storbritannia, til tross for at forbudet ikke er absolutt. På lik linje vil utgangspunktet i selvinkrimineringsforbudet være gjeldende i straffesaker mot personer som har brutt loven. Det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i en straffesak. Det er altså ikke opp til siktede å bevise sin uskyld.

Vi, som politi, kan dra en parallell til vårt oppdrag i form av at tilgangsdata til mobiltelefonen ble innhentet på lovlig vis ved at siktede ble forklart sine rettigheter, før han frivillig gav fra seg låsekoden. Altså ble han ikke tvunget til å svare på spørsmål eller avgi forklaring slik som i Saunders mot Storbritannia. Således er det en fravikelse fra at siktede forholdt seg passiv og ikke medvirket til politiets tilgang til mobiltelefonen. Siktede ble ikke utsatt for tvang i en slik form som i Jalloh mot Tyskland for å oppgi tilgangsdata til mobiltelefonen, eller tvunget til å utlevere dokumentasjon slik som i Funke mot Frankrike. I vurderingen om ransakingen av mobiltelefonen var ulovlig må det vektlegges om det forelå forholdsmessighet mellom måten beviset ble skaffet på, sett opp mot samfunnets behov for oppklaring av saken slik EMD la vekt på i Jalloh mot Tyskland.

EMD dommene viser til en tolkning av at EMK art. 6 nr. 1 er en selvstendig skranke for ransaking. Bevis må avdekkes gjennom et selvstendig søk av politiet, uten at siktede tvinges eller pålegges til å utlevere bevis. Siktetes rett til å forholde seg taus og ikke bidra til egen domfellelse er et sentralt rettsstatsprinsipp i Norge.

⁵⁵ Jalloh mot Tyskland, avsn. 117.

Videre vil vi se på bruken av overskuddsinformasjon ved bevisføring i norsk rett. Vi vil også dra en parallell fra overskuddsinformasjon avdekket med kommunikasjonsavlytting, opp mot overskuddsinformasjon avdekket med en ordinær ransakelse slik som i vårt oppdrag.

På hvilket grunnlag har vi som politi hjemmel i lov til å benytte bevis i form av nye potensielle lovovertrедelser under ransakelse av en mobiltelefon, når disse funnene ikke var en del av primærlovbruddet?

6. Overskuddsinformasjon

Begrepet «overskuddsinformasjon» fremgår ikke direkte av lovteksten, men det er et godt innarbeidet uttrykk.⁵⁶ Utvalget i NOU 2009:15 har funnet grunn til å drøfte begrepet videre. De viser til Justisdepartementets forklaring ved at overskuddsinformasjon er «*opplysninger som kommer frem under telefonkontroll eller annen kommunikasjonskontroll som ikke har relevans for det forhold som ga grunnlag for kontrollen*».⁵⁷ Dette tolker vi på den måte at informasjonen som ble avdekket ikke var en del av det opprinnelige formålet med ransakelsen jf. strpl §226 om formålsstyrt etterforskning.

6.1 Fri bevisførsel

Utgangspunktet for norsk straffeprosess er at bevis politiet avdekker under en etterforskning vil kunne benyttes til det fulle i en straffesak, jf. det ulovfestede prinsippet om fri bevisførsel. Det fremgår blant annet av Rt. 2005 s. 1353 hvor Høyesterett uttalte «*Prinsippene om fri bevisførsel og fri bevisvurdering er klare hovedregler i norsk straffeprosess. I et tilfelle som det foreliggende, er det ikke grunnlag i rettspraksis eller andre kilder for å nekte bevisførsel som straffbare forhold som ikke omfattes av tiltalen*».⁵⁸ Det er opp til retten å bedømme hvilke bevis som skal vektlegges i saken.⁵⁹

Til tross for det rettslige utgangspunktet om at det er partene som sørger for bevisføringen jf. strpl. § 191, har retten en selvstendig plikt til å sørge for at saken «blir fullstendig opplyst» jf.

⁵⁶ NOU 2009:15 s. 262.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 73.

⁵⁸ Rt. 2005 s. 1353 avsn. 13

⁵⁹ Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 107.

strpl. § 294. Dette vilkåret er «*nærmest uoppnåelig i de fleste saker*»⁶⁰, kravet er altså at retten må påse at saken blir så godt opplyst som mulig, sett opp mot sakens alvor, betydning for tiltalte og det tidstap en utsettelse vil innebære. Retten kan således avskjære gitte bevis i noen tilfeller hvor det ikke er ønskelig å utsette saken, til tross for at saken kunne vært bedre opplyst jf. strpl. § 293.⁶¹ Altså har loven noen bevisforbud som gjør at retten kan avskjære bevis og fravike fra prinsippet om fri bevisføring. Rt. 1990 s.1008 uttalte blant annet «*Straffeprosessloven inneholder visse bestemmelser som innskrenker denne rett, f.eks. i § 118 og § 134. Selv om et bevistilbud ikke er avskåret ved direkte lovbestemmelse, kan det være tilfelle der påtalemyndigheten likevel ikke kan tillates å føre beviset. Spørsmålet kan oppstå i forbindelse med bevis fremskaffet på ulovlig måte.*»⁶²

Vi vil foreta en avgrensning mot å drøfte kommunikasjonsavlytting i sin helhet, da dette er et meget omfattende tema. Likevel ønsker vi å se på forarbeidene til lovteksten.

6.2 Kommunikasjonsavlytting

Det ble foretatt en endring av flere bestemmelser i 2013, og da blant annet om muligheter og begrensninger ved bruk av overskuddsinformasjon avdekket gjennom kommunikasjonskontroll.⁶³ Det er gitt i påtaleinstruksen⁶⁴ § 22-2 første ledd, at det er statsadvokaten som kan avgjøre spørsmål om tiltale ved bruk av bevis fra overskuddsinformasjon, men det er påtalemyndighetens bevisoppgave å fremvise hvilke bevis som er overskuddsinformasjon jf. strpl § 262.

Kommunikasjonsavlytting står i stor kontrast til svært viktige rettslige prinsipper og hensyn. Kapittel 16a i straffeprosessloven inneholder flere straffebud som i utgangspunktet strider mot rettslige prinsipper som beskytter blant annet retten til privatliv. Det vil være ulovlig for politiet å bryte denne retten uten hjemmel i lov jf. legalitetsprinsippet. Departementet har også understreket at kommunikasjonskontroll og romavlytting er grunnleggende integritetskrenkende etterforskningsmetoder.⁶⁵ Kommunikasjonsavlytting vil derfor være

⁶⁰ Finstad, Fredrik Bøckman, *Norsk lovkommentar*, note(2304) på rettsdata.no.

⁶¹ Finstad, Fredrik Bøckman, *Norsk lovkommentar*, note(2304) på rettsdata.no.

⁶² Rt. 1990 1008 side 3/5.

⁶³ Prop.131 L (2012-2013).

⁶⁴ Forskrift 28.juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten(Påtaleinstruksen).

⁶⁵ Prop. 147 L (2012-2013) s. 79.

ulovlig å utføre uten beslutning fra retten, strpl. § 216 a første ledd.

Kommunikasjonsavlyttingen er ofte omtalt som en «*ekstraordinær etterforskningsmetode*», grunnen til dette er at metoden benyttes i det skjulte uten at den siktede vet om det.⁶⁶

Det er gitt i strpl. § 216 i, bokstav c, hvilke bevis som kan føres som overskuddsinformasjon; «*som bevis for et annet straffbart forhold som etter sin art kunne ha begrunnet den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra*». Det som ilegges dette er at det nye straffbare forholdet må være nevnt i §§ 216 a eller 216 b, eller omfattes av kravet til strafferamme i den aktuelle lovbestemmelsen. Det fremkommer ikke av lovteksten at overskuddsinformasjon ikke kan brukes i etterforsknings eller etterretningsøyemed.⁶⁷

Spørsmålet videre blir om vi kan dra en parallell fra bestemmelsen om kommunikasjonsavlytting og innhenting av overskuddsinformasjon opp mot innhenting av overskuddsinformasjon i en ordinær ransaking. Hvis det nye lovbruddet i seg selv ville hjemlet den samme ransakelsen, vil det da vært lovlig å benytte overskuddsinformasjonen? I praksis vil det muligens ikke være en reell problemstilling. Da det materielle kravet til ransakelse er «*frihetsstraff*» som redegjort for tidligere. Altså vil det i praksis være få lovbrudd som ikke inneholder frihetsstraff og dermed bare inneholder bot som strafferamme. Med unntak av lovbrudd i vtrl. som i praksis ofte løses ved forenklet forelegg uten anmeldelse.

I vårt oppdrag ble ransakingen hjemlet i søk etter bevis opp mot narkotikaovertrødelse, hvor vi kom over en video av at siktede kjørte bil uten gyldig førerkort. Om vi fjerner narkotikamistanken fra oppdraget, og isolert sett ser på brudd på vtrl. § 24 første ledd, blir spørsmålet om denne overtrødelsen vil kunne hjemlet samme ransakelse.

Det er gitt som nevnt tidligere at det må foreligge en begrunnet mistanke altså «*skjellig grunn*» og at det som mistenkes er «*en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff*» altså høyere enn bot. Kjøring uten gyldig førerkort kan medføre bot eller fengsel inntil ett år jf. vtrl. § 31 første ledd, jf. § 24. Høyesterett uttalte i en dom fra 14. oktober 2020 at grensen

⁶⁶ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 3.3.

⁶⁷ NOU 2009: 15 s. 263.

mellom betinget fengsel og ubetinget fengsel lå mellom fem til seks tilfeller av kjøring uten gyldig førerkort, men ikke burde avgjøres på grunn av antall lovbrudd isolert sett.⁶⁸

Vi har ingen forutsetninger for å uttale oss om kravet til «*skjellig grunn*» var oppfylt i vårt oppdrag, hvis vi isolert sett ser på en overtredelse av vtrl. § 31, jf. § 24. Kravet vil være situasjonsbetinget. Dersom vi legger til grunn at kravet er oppfylt, vil en slik overtredelse gitt grunn for «*å søke etter bevis*».

Videre vil det foreligge en forholdsmessighetsvurdering jf. strpl. § 170 a. Er inngrepet å anse som forholdsmessig vil det under visse omstendigheter hjemlet en ransakelse av siktedes mobiltelefon i det isolerte lovbruddet. Dersom vi legger til grunn at kravet til forholdsmessighet også er oppfylt, vil det kunne foretas en ransakelse av “*hans oppbevaringssted*” som mobiltelefonen.

Det fremkom i Prop. 147 L(2012-2013) at det altså ikke er et generelt bevisforbud i norsk rett mot å benytte overskuddsinformasjon som i seg selv ikke kunne hjemlet bruken av tvangsmiddelet.⁶⁹ Departementet mente videre at ved å tillegge at den totale krenkelsen ved bruk av et skjult tvangsmiddel, altså en forholdsmessighetsvurdering, så stor vekt at et lovlig innhentet bevis ikke vil kunne føres som bevis med mindre dette forholdet vil kunne hjemle bruken av det skjulte tvangsmiddelet i seg selv, vil være å gå “*for langt*”. Departementet har kommet frem til at det i større grad enn i dag bør åpnet for bruk av overskuddsinformasjon som bevis.⁷⁰

I utgangspunktet vil det ikke foreligge en begrensning ved å bevisføre overskuddsinformasjon fra en ordinær ransakelse som beskrevet. Slik som i vårt oppdrag hvor vi ransakte mobilen og fant videoen av siktede som kjørte uten gyldig førerkort. Ved å se på mulighetene for å dra en parallell mellom reglene om føring av overskuddsinformasjon gitt i strpl. om kommunikasjonsavlytting og funn av overskuddsinformasjon i en ordinær ransakelse, vil begrensningen være om inngrepet er å anse som forholdsmessig. Det vil etter norsk straffeprosess være anledning for partene å føre ønskede bevis for retten, hvor retten har sin plikt til å sørge for at saken blir «fullstendig opplyst», jf. strpl. § 294.

⁶⁸ HR-2020-1960-A s. 5.

⁶⁹ Prop. 147 L (2012-2013) s. 79.

⁷⁰ Prop. 147 L (2012-2013) s. 79.

7. Avslutning

I denne oppgaven har vi drøftet ransakelse av en mobiltelefon jf. strpl. § 192, og hva rettspraksis og forarbeidene legger i begrepet datasystem. Gjennom bruken av juridisk metode har vi sett på hvordan prinsippene om forholdsmessighet og nødvendighet setter grensen for hvor omfattende man kan ransake en mobiltelefon, og da særlig opp mot formålet med ransakingen. I forhold til proporsjonalitetsprinsippet vil dette være en konkret vurdering som må illegges større vekt enn vi opplevde i vårt oppdrag. Personvern hensynet må veies opp mot nødvendigheten av å bruke tvangsmiddelet, og hvilke konsekvenser dette kan få for siktede. Særlig sett opp mot hvordan teknologien utvikles, og betydelig mer informasjon om vårt privatliv er lagret på mobiltelefonen.

Videre så vi på begrensningene ved legalitetsprinsippet og selvinkriminering. Vi har kommet frem til at ransaking av mobiltelefon etter EMK art 6 nr. 1 om selvinkriminering, ikke vil være ulovlig hvis politiet avdekker informasjonen selv. Altså at politiet får tilgangsdata til mobiltelefonen og gjennomfører er en selvstendig ransakelse av innholdet, uten noen form for passiv eller aktiv medvirkning fra siktede. Grensen går ved om siktede blir påtvunget til å utlevere lagret informasjon på mobiltelefonen. Ved slik tvang vil politiet bryte prinsippet om selvinkriminering slik EMD definerte i dommene Funke mot Frankrike og Saunders mot Storbritannia. Altså gir aktuelle paragrafer i straffeprosessloven kun hjemmel i lov for politiet til å bruke tvang for å få tilgang til en mobiltelefon. Politiet må deretter selv søke seg frem til den aktuelle informasjonen.

Formålet med ransakingen vil i utgangspunktet ikke være styrende for hva som kan føres av bevis i norsk rett, basert på det ulovfestede prinsippet om fri bevisførsel. Det blir heller et spørsmål om polititjenestepersonen kan straffes for tjenestefeil.

Når vi har vurdert vårt oppdrag i lys av juridisk metode har vi kommet frem til at det ikke var en ulovlig ransakelse av mobiltelefonen, men likevel opplevde vi lite refleksjon rundt formålet og forholdsmessigheten ved ransakingen. Blant annet på bakgrunn av omfanget av overskuddsinformasjon man kan avdekke ved en slik ransakelse. Fysisk sett vil ransakingen kanskje ikke føles så omfattende, men man får likevel tilgang på store mengder lagret data.

Under vårt oppdrag savnet vi en formålsstyrt ransakelse av mobiltelefonen. Formålet er en sentral del ved bruken av ethvert tvangsmiddel og da særlig sett opp mot forholdsmessigheten. Ransakingen av en mobiltelefon må stå i forhold til det aktuelle straffebudet. Begrensningen vil i omfattende grad styres av om inngrepet er å anse som forholdsmessig jf. strpl. §170 a.

8.Litteraturliste

Lover

Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov av 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven).

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

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

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

Lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven).

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen, av 04.11.1950 (EMK).

FN's konvensjon om sosiale og politiske rettigheter, av 16.12.1966 (SP).

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

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

NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delinnstilling 2.

NOU 2003: 27 Lovtiltak mot datakriminalitet — Delutredning I om Europarådets konvensjon om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi.

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

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

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

Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)

Ot.prp.nr.40 (2004–2005) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven og om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon 8. november 2001 om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi (lovtiltak mot datakriminalitet).

Prop. 131 L (2012–2013) Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m.).

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

Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

Prop.106 L (2016–2017) Endringer i straffeprosessloven (biometrisk autentisering).

Domsregister

Rt. 1990 s.1008

Rt. 1993 s.1302.

Rt.1999 s.1269.

Rt. 2005 s.1353

HR-2016-1833-A.

HR-2019-610-A.

HR-2020-1960-A

Upubliserte avgjørelser

Sak spesialenheten NR 15010905 18/20- 123

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol:

Dom av 25. februar 1993, *Funke mot Frankrike*.

Dom av 17. desember 1996, *Saunders mot Storbritannia*.

Dom av 11. Juli 2006, *Jalloh mot Tyskland*.

Riksadvokatens rundskriv

Riksadvokatens rundskriv 22. desember 1999 (Del 2 – nr. 3/1999)- Etterforskning.

Litteratur

Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett*, 5. utg., 2004.

Auglend, Ragnar L. og Mæland, Henry John, *Politirett*, 3 utg., 2017.

Bjerknes, Ole Thomas. & Fashing, Ivar A., *Etterforskning – prinsipper, metoder og praksis*, 1. utg., 2018.

Boe, Erik, Magnus, *Grunnleggende juridisk metode*, 3. utg., 2012.

Fredriksen, Steinar, *Innføring i straffeprosess*, 4. utg., 2018.

Keiserud, Erik, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans- Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdal, *Straffeprosessloven Kommentarutgave Bind 1*, 4.utg., 2011.

Øyen, Ørnulf., *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, 1. utg., 2010.

Digital litteratur

Finstad, Fredrik Bøckman, *Norsk lovkommentar*, note(2304), på rettsdata.no. Sist
hoved revidert 27.04.2020. Hentet 27. mars 2021 fra
[https://min.rettsdata.no/Dokument/gL19810522z2D25z2EzA7293?directHit=1&dq=st
rpl.%20§%20293¬eid=gN19810522z2D25z2E2304](https://min.rettsdata.no/Dokument/gL19810522z2D25z2EzA7293?directHit=1&dq=st
rpl.%20§%20293¬eid=gN19810522z2D25z2E2304)

Øverby, Harald: *smarttelefon* i *Store norske leksikon* på snl.no. Hentet 18. februar
2021 fra <http://snl.no/smarttelefon>