

Politiets bruk av makt ved åpning av siktedes telefon med fingerautentisering

En juridisk oppgave

Bachelor oppgave (BOPPG30)

Politihøgskolen

2017

Kandidat nr: 6

Antall ord: 6546

INNHOLDSFORTEGNELSE

1.0 Innledning	3
1.1 Aktualitet.....	3
1.2 Telefonens betydning i etterforsking.....	4
1.3 Oppgavens oppbygning.....	5
1.4 Metode.....	6
2.0 Rettsikkerhet	6
2.1 Legalitetsprinsippet.....	7
2.1.1 Klarhetskravet.....	9
2.2 Personvern.....	9
2.2.1 EMK art.8	10
2.2.2 Grunnloven §102	10
2.3 Forholdsmessighet	11
3.0 Selvinkriminering	12
3.1 Hensynet bak selvinkrimineringsprinsippet.....	12
3.2 EMK artikkel 6 nr.1.....	13
3.2.1 Funke mot Frankrike, EMD dom av 25. Februar 1993.....	13
3.2.2 Saunders mot Storbritannia, EMD dom av 17. Desember 1996.....	14
3.2.3 Jalloh mot Tyskland, EMD dom av 11. Juli 2006.....	15
4.0 Straffeprosessloven §157	16
4.1 Vilkår.. ..	17
4.2 Gjennomføring av en kroppslig undersøkelse.....	18
4.3 Rt. 2016 s.1833.....	19
4.3.1 Forholdet mellom statsmaktene.....	22
5.0 Ny straffeprosesslov §14-6	22
6.0 Avslutning	24
7.0 Kildeliste	25
8.0 Vedlegg	28

1.0 Innledning

Tema i oppgaven er politiets adgang til å åpne siktedes låste mobiltelefon ved tvangsbruk med fingerautentisering. Med dette menes at politiet med makt tar siktede finger og plasserer den på fingeravtrykksleseren på mobilen, får å få innsyn til innholdet på siktedes mobil.

Oppgaven tar utgangspunkt i tre viktige rettsstatsprinsipper, straffeprosessloven¹ §157 og Høyesterett kjennelsen Rt. 2016 s.1833. Rettsstatsprinsippene jeg vil gjøre rede for og drøfte er rettsikkerhet, legalitetsprinsippet, personvern, forholdsmessighet og selvinkriminering. Høyesterett kjennelsen illustrer den praktiske betydningen disse prinsippene har og viser rettens forståelse av rettstilstanden.

1.1 Aktualitet

Spørsmål om bruk av fingerautentisering med tvang har tidligere blitt behandlet i tingretten og i lagmannsretten ved flere anledninger. I alle tilfelle ble det avgjort at politiet har tilgang til å bruke makt med hjemmel i strpl. §157 som regulerer kroppslig undersøkelse. Høyesterett var i sin kjennelse² derimot ikke enige med underinstansene. I avgjørelsen er det konkludert med at gjeldene rett jf. strpl. §157, ikke hjemler politiets adgang til å benytte tvang til å åpne siktedes låst telefon med fingerautentisering.

På bakgrunn av denne kjennelsen har regjeringen fremmet et lovforslag. Regjeringen mener straffeprosessloven er manglende på dette område og ønsker derfor å lovregulerer tema i oppgaven. Stortinget har ikke behandlet lovforslaget i skrivende stund. Men dersom de er enig i §14-6³ i lovforslaget, kan enhver pålegges å åpne telefonen, om de skulle motsette seg har politiet adgang til å bruke makt. Det er både nødvendig å ønskelige fra politiet at en slik lov blir vedtatt, som står på høyde med dagens elektroniske trusselbilde.

¹ Lov av 22. Mai. 1981, nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven). Heretter referert som strpl.

² Rt. 2016, s.1833

³ NOU 2016: 24

1.2 Telefonens betydning i etterforskning.

Loven forankrer utgangspunktet for enhver etterforskning i strpl. §226, 1.ledd, bokstav a og b. Det fremgår av bestemmelsen at formålet med etterforskningen er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale, og å tjene som forberedelse for sakens behandling i retten. Ut i fra dette handler etterforskning først og fremst om innhenting av rettsrelevante bevis og er en formålsstryt virksomhet. Etterforskningen består av fakta innsamling på bakgrunn av rettslige normer. Målet med etterforskningen er å danne et grunnlag for at påtalemyndigheten, eller eventuelt domstolen, kan bedømme om det foreligger et straffbart forhold som er overtrådt. Gjerningsmannen må oppfylle de fire hovedvilkårene for straff som er: de objektive vilkårene i aktuell rettsregel (norm), utvist tilstrekkelig skyld (forsett, uaktsomhet m.m.), kravet om tilregnelighet (kriminell lavalder, psykisk helse) og at det ikke foreligger noen straffrihetsgrunner (nødverge, nødrett, selvtukt)⁴.

I det moderne samfunnet i dag har mobiltelefon blitt en stor del av hverdagen. Det er ikke lenger bare et kommunikasjonsmiddel, men også et praktisk verktøy med internett, applikasjoner, underholdning, musikk og andre funksjoner. Denne teknologien har revolusjonert den tradisjonelle levemåten til en hel verden, men denne teknologien kommer med en dyr pris. Dette har gitt kriminaliteten en ny plattform. Alt fra å bestille narkotika fra internett til svindel til å danne et overgrepnettverk er kriminalitetens dypeste skygger som politiets søkelys sjeldent når. Mobiltelefonen er i mange saker kilden til informasjon om slik kriminalitet. Opplysninger på en mobiltelefon kan være av avgjørende betydning for oppklaring i straffesaker. Dersom man ikke kommer inn på beslaget så far man heller ikke avdekket avgjørende bevis. Det er på det rene at ved innsyn på siktedes telefon vil etterforskningen være effektiv og gi påtalemyndigheten en sterkere stilling bevismessig.

Etterforskning er et inngrep i seg selv, spesielt i persons privatliv. Det krever derfor hjemmel i lov. Når politiet kan iverksette etterforskning er regulert i strpl. §224. Etter denne bestemmelsen kan politiet foreta etterforskning dersom det er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold. Terskelen for å sette i gang etterforskning er svært lav, men krever fortsatt objektive holdepunkter som tilsier at det er begått noe straffbart. Loven pålegger ikke påtalemyndigheten til å sette i verk etterforskning i alle tilfeller, det er rom til å utvise skjønn. Bestemmelsen nevner to alternative informasjonskilder: ”anmeldelse” og

⁴ Riksadvokatens rundskriv nr.3/1999

”andre omstendigheter”. En anmeldelse vil gi tilstrekkelig grunnlag for å iverksette etterforskning. Unntak kan tenkes å være saker av bagatellmessig art, saker motivert av usaklige hensyn (hevn eller skade hensikt) eller anmeldelser som gjelder sivilrettslige forhold. Andre omstendigheter innebærer sannsynlighetsvurdering, proporsjonalitet hensyn og saklighet.

Det er politiet som iverksetter etterforskningen og fungerer som premissleverandører av rettsrelevant fakta for påtalemyndigheten, slik at de kan avgjøre spørsmålet om tiltale, jf. strpl. §225, 1.ledd.

1.3 Oppgavens oppbygning

Formålet med oppgaven er å redegjøre for hensynet bak Høyesterett kjennelsen som er tema i oppgaven. Innledningsvis skal jeg gjøre rede for rettsikkerhet, legalitetsprinsippet, personvern, forholdsmessighet og selvinkriminering i oppgavens punkt 2 og 3. Dette er for å få et helhetlig perspektiv på saksgangen, samt en bedre forståelse av tema i oppgaven.

Strpl. §157, 1.ledd er en sentral rettskilde i denne oppgaven. Jeg vil trekke inn lovens forarbeider og rettspraksis for å belyse lovens rekkevidde, jf. oppgavens punkt 4. I denne oppgaven er kjennelsen av Høyesterett⁵ utgangspunktet for drøfting i oppgavens punkt 4.4. Under drøftingen vil jeg trekke inn underinstansenes kjennelse, herunder Gulating lagmannsrett⁶.

Avslutningsvis skal jeg kort redegjøre for det nye lovforslaget §14-6⁷ til ny straffeprosesslov i oppgavens punkt 6. Jeg vil i denne sammenheng også nevne en dom fra USA som behandler telefons passordbeskyttelse med kode og fingerautentisering.

1.4 Metode

⁵ Se fotnote 2

⁶ Lg. 2016 s.62717

⁷ NOU 2016: 24

Politiets adgang til å foreta en kroppslig undersøkelse er nedfelt i strpl. §157. For å få en bedre forståelse av hva en kroppslig undersøkelse innebærer har jeg undersøkt lovens forarbeider som bidrar til å avklare formål og intensjon lovgiver hadde med bestemmelsen. Den sentrale rettskilden i denne oppgaven er Høyesterett kjennelsen⁸, den er også basert på tolkning av strpl. §157.

Grunn til at jeg behandler legalitetsprinsippet, personvern og selvinkriminering er fordi det er sentrale rettskilde faktorer som belyser tematikken i strpl. §157 og kjennelsen av Høyesterett.

For å finne lover, forarbeider, odelstingsproposisjoner⁹ og dommer har jeg brukt Lovdata og Rettsdata. I tillegg har jeg benyttet meg av kommentarutgaver til straffeprosessloven, rettspraksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol¹⁰, offentlige utredninger¹¹, juridiske doktor- master og bachelor oppgaver, riksadvokatens rundskriv.

Kildene vil bli referert til underveis i oppgaven når de blir aktuelle.

2.0 Rettsikkerhet

Dette kapittelet omhandler rettsikkerhet. Rettsikkerheten er den mest sentrale verdien i et sivilisert rettssystem. Det innebærer blant annet vern mot ulovlig ulovlige inngrep fra myndigheten og sikrer rettigheter som borgerne har krav på etter loven. Jeg vil i dette kapittelet innlede med definisjon av rettsikkerhet, hvor det er hjemlet i loven og deretter følger en beskrivelse av rettsikkerhetens praktiske betydning. Videre defineres og drøftes rettsstatsprinsippene: Legalitet-, personvern-, og forholdsmessighet,- prinsippet. De overnevnte prinsippene har sitt utspring av rettsikkerhet og var avgjørende i kjennelsen oppgaven omhandler.

Rettsikkerhet kan defineres som krav til rettferdig behandling under loven¹². En problemstilling politiet ofte står ovenfor i etterforskning er hvilke inngrep en mistenkt skal

⁸ Se fotnote 2

⁹ Heretter referert som Ot.prp.

¹⁰ Heretter referert som EMD

¹¹ Heretter referert som NOU

¹² <https://snl.no/rettssikkerhet>

utsettes for med hensyn til å oppklare saken. En hovedregel uten unntak er at politiet på ingen måte kan trumfe enkeltindividets rettsikkerhet. I en rettsstat er det gitt at politiet ikke kan benytte seg av inngrep som ikke er lovregulert. Politiet kan altså ikke utnytte snarveier uansett om det kan ha stor oppklaringsmulighet for saken. Politiets ansvar for å befeste borgernes rettsikkerhet er forankret i politiloven¹³ §1.

I tilfeller der politiet har unnlatt å følge etablerte retningslinjer, slik som å ikke gi siktede sine rettigheter før et avhør, kan det føre til straff for politiet eller at bevis i enkelte saker ikke kan føres for retten. Det er naturligvis helt avgjørende for tilliten til rettsstaten at politiet følger lovens bokstav. Politiets objektivitet må være preget av legitimitet, gjennomsiktighet og åpenhet. Politiets arbeid er i stor grad preget av legalitetsprinsippet og krav til rettsikkerhet¹⁴.

2.1. Legalitetsprinsippet

I en rettsstat er myndighetens maktbruk styrt av rettsregler¹⁵. Hvert eneste inngrep i borgers sfære må ha en rettslig hjemmel, dette er kjent som legalitetsprinsippet.

Formålet med dette prinsippet går ut på å sikre individenes frihet og hindre at disse verdienes ved maktutøvelse fra myndighetene blir unødig krenket¹⁶. Det skal være likhet for loven; like hendelser skal behandles likt. Hensynet bak legalitetsprinsippet tar sikte på å forutberegne borgernes rettsstilling. En skal kunne velge å handle i samsvar med loven eller i strid med loven basert på å lese loven. Det kreves derfor strenge krav til klarhet og presisjon i loven, dette blir nærmere gjennomgått i punkt 2.1.1.

Legalitetsprinsippet har vært en ulovfestet sedvane frem til 2014, da ble prinsippet nedfelt i Grunnloven¹⁷ § 113: "*Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov*". Det stilles altså krav til at inngrep ovenfor borgeren må stå i lov og ikke i forskrift, rettspraksis

¹³ Lov av 04. August .1995 nr.53 om politiet (politiloven). Heretter referert som pl.

¹⁴ se fotnote 14.

¹⁵ Se fotnote 12.

¹⁶ Innføring i straffeprosess, 3. Utg, s.161. (2013). Steinar Fredriksen.

¹⁷ Lov av 17.Mai.1814 Kongeriket Noregs grunnlov

eller komme fra andre rettsoppfatninger. Prinsippet er også imidlertid nedfelt i flere sentrale bestemmelser i EMK¹⁸, blant annet art. 7.

De straffeprosessuelle tvangsmidlene befinner seg i kjerneområde for legalitetsprinsippet, i og med at det er tale om betydelig inngripende tiltak. Mest inngripende er nok pågripelse og varetektsfengsling, men også ransaking, beslag, kommunikasjonskontroll, kroppslig undersøkelse er av sterkt inngripende art i individets sfære og integritet¹⁹.

Legalitetsprinsippet stiller strenge krav til hjemmel i lov.

Legalitetsprinsippet kan bli utfordret når samfunnsutviklingen går foran lovgivningen, tema i oppgaven er et godt eksempel på nettopp dette. Spørsmålet som må stilles er hva som skjer når domstolen må ta stilling til et rettsspørsmål som ikke er klart løst i loven. På den ene siden er det mot rettsstatens prinsipp å dømme en person for noe som ikke er nedfelt i loven. Men på den andre siden vil det svekke borgerens tillit til rettssystemet dersom åpenbare samfunnsskadelige handlinger ikke skal bli straffet²⁰.

Høyesterett avgjørelsen Rt.1952 s.989 er et godt eksempel på dette dilemmaet. Saken dreide seg om en mann som hadde plaget en dame på hjemmetelefonen, på den måten hadde han forstyrret ”den alminnelige fred og orden” som det het i straffeloven²¹ §390. Mannen ble dømt i byretten²² etter denne bestemmelsen, men Høyesterett sa at lovgiver med uttrykket ”den alminnelige fred og orden” mente kun til fred og orden på offentlig sted, ikke hjemme hos folk. Mannen ble dermed frikjent, fordi telefonsjikanering ikke var lovregulert. Den teknologiske utviklingen hadde løpt foran lovgivers intensjon med loven. Som en følge av denne avgjørelsen, ble det vedtatt en ny lov for beskyttelse av privatlivets fred; strl. §390a.

2.1.1. Klarhetskravet

¹⁸ Lov av 21.Mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

¹⁹ Se fotnote 12.

²⁰ Se fotnote 13.

²¹ Lov av 22. Mai.1902 om almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven)

²² Domstol som pådømte straffesaker og sivile saker i første instans inntil 1.januar 2002.

Legalitetsprinsippet har stor betydning for Stortinget ved utforming av lover, slik som: hva som skal være straffbart, hvilke straffarter og strafferammer skal loven inneholde. Det stilles strenge krav til kvaliteten på straffelovgivningen. Et sentralt element er at det skal være forutberegnelighet, med det menes legalitetsprinsippet's klarhetskrav.

Klarhetskravet har også blitt behandlet av Høyesterett. I punkt 30 i avgjørelsen Rt. 2014, s.1105 heter det: "*...Holder det ikke at loven er formelt sett i orden...Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater.*"

Dette strenge kravet har bakgrunn i at borgere skal kunne forutberegne sin rettsstilling, med det menes at enkeltindividet kan bli kjent med hvilke handlinger som kan lede til inngrep av staten i form av straff eller andre tvangsmidler. Det er derfor kravene til klarhet i loven skjerpes ved alvorlige inngrep²³.

2.2 Personvern

Personvern handler om retten til et privatliv og retten til å bestemme over egen personopplysninger²⁴. Personvern er et grunnleggende rettsstats prinsipp. Det er et prinsipp som er uavhengig og selvstendig, men det er også et prinsipp som kommer til uttrykk i forskjellige bestemmelser i loven. Straffeprosessloven beskytter personvern hensynet gjennom begrensninger i politiets adgang til å bruke uforholdsmessige etterforskningsmetoder som krenker privatlivet til borgere. Men samtidig finnes det også flere lovbestemmelser i straffeprosessen som gir politiet mulighet til inngrep i enkeltmenneskets privatliv. Det er på det rene at personvern har en stor betydning i straffeprosessen.

Personvern er ikke bare et viktig prinsipp som skal sikre enkeltpersoners integritet og privatliv. Det er også avgjørende for å ha harmoni i et demokratisk samfunn. Uten retten til privatliv ville det vært umulig å ha tillit til de forskjellige samfunnsorganene, slik som lege, politi og skatteetaten m.m. Vi stoler på disse samfunnsorganene fordi de skal holde vår sensitiv informasjon anonymt eller hemmelig

²³ Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention - for praktikere, 3. utgave, 2010 side 595

²⁴ <https://www.datatilsynet.no/personvern/Hva-er-personvern/>

Idealet i personvernprinsippet er at enhver skal ha rett på en privat sfære uten innblanding fra staten eller andre. Dette fremgår av EMK art.8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17²⁵.

2.2.1 EMK art.8

Utgangspunktet etter EMK art.8 er at:

- ”1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.*
- 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til 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”*

Artikkelen beskytter enhver og knesetter ”rett til respekt” for privatliv. Hensynet bak dette ligger i første rekke mot inngrep fra myndighetene. Vi kan si at hensynet til etterforskningen går foran siktedes personvern når det er tale om brudd på alvorlig straffebud. Det er en kontinuerlig prosess som politiet og påtalemyndigheten tar til betraktning før et inngrepet blir iverksatt. Bestemmelsen gir adgang til at inngrep kan rettferdiggjøres dersom det er hjemmel i lov²⁶, her vises det til legalitetsprinsippet.

2.2.2. Grunnloven § 102

Stortinget vedtok å styrke vernet om den personlige integritet, ved å nedfelle bestemmelsen om personvern i Grunnloven §102, hvor det heter:

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller. Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.”

²⁵ Lov av 16. Desember. 1966, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.

²⁶ Prop. 147 L (2012–2013)

Personvernet har et grunnlovsvern som understreker viktigheten av dette prinsippet. I bestemmelsen nevnes ”kommunikasjon” som et personvern. Det viser til den teknologiske utviklingen med teledata, telefon og kommunikasjon på internett. I bestemmelsens 2.ledd er det utformet en positiv forpliktelse til statens myndigheter. Det innebærer at myndighetene har en plikt til å sørge for å ivareta enkeltpersoners kroppslige og mentale integritet. Det kan være gjennom lovgivninger mot voldtekt, drap, tyveri, ran osv., eller at myndighetene selv ikke utfører uforholdsmessige inngrep ovenfor borgere²⁷.

2.3 Forholdsmessighet

Forholdsmessighet er et generelt prinsipp som kommer til uttrykk i både straffeprosessloven og politiloven. Straffeprosessloven regulerer forholdsmessighet ved tvangsinngrep, mens politiloven regulerer de polisiære tiltakene slik som pålegg, bortvisning, innbringelse m.m. Strpl. §170a, 2.setning stiller krav til forholdsmessighet når et tvangsmiddel skal anvendes. Forholdsmessighet går ut på avveiningen mellom mål og middel. Med dette menes at tiltak som skal anvendes må stå i forhold til det målet som ønsket oppnådd ved tiltaket²⁸.

Med et forholdsmessighetskrav vil mistenktes personvern sikres ved at han ikke utsettes for urimelige inngrep²⁹. Selv om kravene til legalitetsprinsippet er oppfylt til å gripe inn, må det også foreligge en avveining om inngrepet er forholdsmessig. Inngrepet må ikke bære preg av tortur, og må være egnet til å nå et formål som ikke kan nåes med lempeligere midler. Det forteller Pl. §6, 2.ledd oss. Etter denne bestemmelsen skal ikke sterkere midler anvendes uten at svakere midler antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessig.

Det er flere eksempler fra rettspraksis på at et tvangsmiddel som i utgangspunktet er lovlig, men ansees som uforholdsmessig og inngripende i forhold til sakens art og interessen for å oppklare saken. Forholdsmessighetsprinsippet innebærer en interesseavveining hvor nytten av å gjennomføre inngrepet må måles opp i mot hvilken belastning det er for mistenkte. Nyttan med inngrepet må være større enn ulempene.

Senere i oppgaven vil jeg nevne et eksempel fra EMD rettspraksis som illustrerer dette helt

²⁷ Kontroll- og konstitusjonskomiteen, dokument 16 (2011-2012) pkt. 30.6.6.2

²⁸ Andenæs (2009) s.280

²⁹ Proposisjon nr.60, side 72, pkt.6.5.2.

konkret, jf. Punkt 3.2.3.

3.0 Selvinkrimineringsforbudet

Selvinkrimineringsforbudet regnes som et grunnleggende rettsstatsprinsipp som innebærer at siktede i en straffesak ikke har plikt til å forklare seg eller på andre måter bidra til egen domfellelse. Kravet til selvinkriminering er innfortolket i EMK art. 6 nr.1, dette vil nærmere gjennomgått i punkt 3.2. For å vise rekkevidden av selvinkrimineringsvernets anvendelsesområde, har jeg redegjort for tre EMD dommer i punkt 3.2.1, 3.2.2 og 3.2.3.

3.1 Hensynet bak selvinkrimineringsforbudet

I Rt.1999 s.1269³⁰ har Høyesterett poengtert 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."

Det vil si at mistenkte i utgangspunkt ikke har plikt til å inkriminere seg selv, men dette har ikke alltid vært en selvfølge i norsk lov.

Selvinkriminering har sitt historiske opphav helt tilbake til middelalderen. Det ble praktisert skarpe avhør av myndighetene i form av tortur mot urettmessige forklaringer³¹. Et skarpt avhør innebar slag og pisking med tau i hensikt å få frem sannheten. Det fantes ingen regler som tillot siktede å nekte å forklare seg. Dermed stod siktede mellom å tilstå eller bli torturert. En kan ikke se bort i fra at det var svært mange falske tilståelser for å unnsnippe tortur. Det var ikke før 1814 at forbudet mot "Pinligt Forhør" ble lovfestet i Grunnloven §96. Etter Grunnlovsreformen i 2014 ble dette forbudet opphevet og erstattet med en mer utfyllende bestemmelse i §93, 2. Setning. I loven heter det nå at ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelige eller nedverdiggende behandling eller straff. Et slikt forbud er også lovfestet i EMK art. 3, denne bestemmelsen har sin bakgrunn i brutal behandling av krigsfanger.

³⁰ (på s.1271)

³¹ Ørnulf Øyen (2010) s. 37

Vi fikk lover som styrket mistenktes stilling, en følge av dette var at påtalemyndigheten og politiet ble begrenset i utførelsen av etterforskningsmetoder. Loven krever at mistenkte/siktede gjøres kjent med sin plikt til å ikke ikke forklare seg før et avhør tar sted. Mistenktes rett til taushet både ovenfor politiet og domstolene er lovregulert i strpl. §§90 og 232, 1.ledd³². En følge av den manglende forklaringsplikten fører til at mistenkte heller ikke kan pålegges å utlevere ting som antas å ha betydning for saken, jf. Strpl.§210.

En bestemmelse som kan sees på som et unntak av vernet mot selvinkrimineringsforbudet er strl. §157. Etter denne bestemmelsen må mistenkte stille til kroppslig undersøkelse, dersom vilkårene for det er oppfylt. Dette vil bli behandlet nærmere i oppgavens punkt 5.4.

3.2 EMK artikkel 6 nr. 1

Den norske oversettelsen av den europeiske menneskerettighetsloven artikkel 6 nr. 1 lyder slik:

”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...”

Vernet om selvinkriminering er ikke direkte nevnt i bestemmelsen, men EMD har innfortolket vernet i bestemmelsen etter Funke mot Frankrike saken fra 1993.

3.2.1. Funke mot Frankrike, EMD dom av 25. Februar 1993³³

Jean-Gustave Funke var en tysk borger bosatt i Frankrike og var mistenkt for å ha overtrådt fransk tollovgivning. I forbindelse med en ransakelse på hans bopel ble det tatt beslag i enkelte dokumenter.

Dokumentene viste seg å ikke være tilstrekkelige bevis for å domfelle Funke. Myndighetene påla dermed Funke å utlevere ytterligere dokumenter, som stryket saken mot ham. Da Funk nektet til dette, ble han ilagt en dagbot på 50 FRP frem til han overleverte dokumentene³⁴.

³² se fotnote 32.

³³ Søkenummer 10828/84

³⁴ Masteroppgave: siktedes rett til å ikke måtte bidra til egen domfellelse (2011). Det juridiske fakultet, UiT.

På dette grunnlaget fant EMK at det forelå brudd på art.6 nr.1 og la til grunn at et vern mot selvinkriminering skulle tolkes inn i kravet om *retterferdig rettergang*. Dommen understreker dermed at selvinkrimineringsforbudet gjelder tvang til å forklare seg og utlevere ting som kan bidra til en siktelse. Videre illustrer dommen således at selvinkrimineringsforbudet gjelder all aktiv deltakelse fra siktede.

3.2.2. *Saunders mot Storbritannia, EMD dom av 17. desember 1996*³⁵

I dommen Saunders mot Storbritannia er også vernet om selvinkrimineringsforbudet behandlet og presisert nærmere. Saunders ble avhørt av det britiske handels-og industridepartementet, han var under ikke straffetrussel og dermed lovpålagt til å svare på spørsmål ovenfor forvaltningen. Forvaltningen brukte forklaringen til Saunders som bevis i den etterfølgende straffesaken, da Saunders ikke ønsket å forklare seg i retten. Spørsmålet som reiste seg i retten var om bruken av en slik forklaring gikk i strid mot vernet om selvinkriminering³⁶.

Domstolen kom under dissens til at forvaltningen hadde krenket EMK art. 6 nr.1. Videre presiserte domstolen hva som innebærer i selvinkrimineringsforbudet og hva som ikke gjør det. Det følger av dommen at beviser som eksisterer selvstendig, altså uten siktedes vilje, slik som pust, blod, urin og biologiske tester ikke dekkes av vernet om selvinkrimineringsforbudet. Det er her grunn til å merke seg at avgjørelsen i Funke-saken ble innhenting av dokumenter det avgjørende faktumet som var i strid mot forbudet.

Det er på det rene at dokumenter eksisterer uavhengig av siktedes vilje. Den avgjørende forskjellen er at Funke ble tvunget til å levere dokumentene selv. Han ble dermed tvunget til bidra aktivt til sin egen domfellelse. Hadde politiet funnet dokumentene selv under ransakingen, ville det ikke vært i strid med selvinkrimineringsvernet. Dette er parallelt med en kroppslig undersøkelse. Siktede har en passiv rolle ved blodprøvetaking, DNA testing og utåndingsprøve.

³⁵ Søkenummer 19187/91

³⁶ Se fotnote 33.

3.2.3. Jalloh mot Tyskland, EMD dom av 11.juli 2006³⁷

I dommen Jalloh mot Tyskland er også selvinkrimineringsforbudet behandlet. I denne saken hadde tysk politi sett Jalloh selge narkotika som var forseglet med plast, ut av munnen. Under pågripelsen så politiet at Jalloh svelget en slik pose. Etter Jalloh nektet å ta brekkmiddel gitt av politiet, ble det tvunget i han. Følgelig kastet han opp små plastposer som inneholdt det narkotiske stoffet kokain³⁸.

Posene Jalloh kastet opp, ble brukt som bevis i den følgende straffesaken mot han. Jalloh ble dømt i retten, men anket saken videre til EMD. Flertallet i EMD mente at injiseringen av brekningsmiddelet krenket EMK art. 3. Dermed ble bevisene ulovlig ervervet. Spørsmålet videre ble det om det tyske politiet gikk mot art.6 nr.1. Dette var på bakgrunn av at Jalloh ble tvunget til å bidra ufrivillig til egen domfellelse.

Flertallet kom frem til at art. 6 nr.1 var krenket. EMD slo fast at dokumentbevis og menneskelig materialet som myndighetene får mot siktede vilje, dekkes av selvinkrimineringsforbudet. Politiet har i denne aktuelle saken selv skaffet bevis mot siktede i straffesaken. Siktede har ikke medvirket frivillig til å hjelpe politiet med å fremskaffe bevis mot han, dette blir ansett stridende mot selvinkrimineringsforbudet.

Et slikt bevis ville vanligvis ikke vært i strid mot forbudet, men i denne saken ble bevisene fremkalt på en brutal måte. Sakens art var av liten betydning og derfor var inngrepet ikke uforholdsmessig. Domstolen la vekt på karakteren av tvang, samfunnets interessen i å oppklare saken og rettsikkerhet³⁹.

Dommen illustrerer hvordan et lovlig tvangsmiddel brukt av politiet (kroppslig undersøkelse) blir anvendt i situasjoner som ikke krever det, blir ansett å stride mot selvinkrimineringsforbudet. Dette viser betydningen forholdsmessighetsprinsippet har ved anvendelse av et tvangsmiddel.

Man kan tenke seg at det tyske politiet kunne ha benyttet andre lempeligere midler, slik som å

³⁷ Søkenummer 54810/00

³⁸ Se fotnote 33.

³⁹ Avsnitt 117

fremstilt siktede fremfor en lege, bedt om rønkenbilder, tatt blodprøver eller hatt siktede i cellen og ventet til siktede måtte avføre. Dette er forenelig med kravet om lempeligere midler i Pl. §6, 2.ledd.

Oppsummeringsvis er det å forstå fra dommen at det er et vilkår for å utføre en lovlig kroppslig undersøkelse: siktede skal kun forholde seg passiv.

4.0 Straffeprosessloven §157

Strpl. §157 står sentral i Høyesterett kjennelsen som drøftes i punkt 4.3. For å forstå avgjørelsen til Høyesterett, skal jeg illustrere grensegangen mellom en kroppslig undersøkelse og personransaking, da de to tvangsinngrepene kan ligne hverandre. Videre skal jeg redegjøre for vilkårene for å anvende en kroppslig undersøkelse og gjennomføringen av den.

Strpl. §157 er et tvangsmiddel som kommer til uttrykk i kapittel 12 om ”granskning”. I en straffeprosessuell sammenheng defineres begrepet ”tvangsmiddel” som et tvangsinngrep i den enkelte persons personlige frihet av politiet, i hensikt til å oppklare og gjennomføre en straffesak⁴⁰. Adgangen til en kroppslig undersøkelse er ikke begrenset til bestemte lovbrudd, dog det fremgår av lovens forarbeider at formålet med bestemmelsen bare bør nyttes i narkotikasaker, og at den ellers må brukes med stor varsomhet⁴¹.

En kroppslig undersøkelse er en granskning, som kan ligne på en personransaking, men de tjener forskjellige formål. Med granskning i lovens forstand menes en undersøkelse av reelle bevismidler, mens derimot ransaking foretas for å søke etter bevis⁴².

Et eksempel som illustrer grensegangen mellom tvangsmidlene er i tilfelle en siktede har narkotika i bukselommen kontra i kroppens hulrom. I det sistnevnt tilfelle kommer strpl. §157 til anvendelse, mens i det første tilfelle vil politiet foreta en personransaking etter strpl.§195. En person ransakes altså for å finne ytre bevis, blant annet blodflekker på klær eller kniv gjemt under klærne. Granskning skjer med sikte på de indre bevisene, slik som blodprøve,

⁴⁰ Fredriksen (2009), s.155

⁴¹ Innst. O. Nr.37 (1980-81) s.23.

⁴² Straffeprosessloven kommentarutgave, 4.utgave, Bind 1.

røntgenundersøkelse, urinprøve, undersøkelse av kroppens hulrom (munnhule, rektum og vagina) jf. Påtaleinstruksen⁴³ §10-5,

Riksadvokaten har uttalt at i det den kroppslig undersøkelsen er så vidt nærgående at det både av integritetshensyn og hygieniske årsaker, er det nærliggende å anse det som en kroppslig undersøkelse⁴⁴. En viktig del av gransking består i å undersøke om det faktisk finnes reelle bevis eller ei. En kroppslig undersøkelse er også et mer inngripende tvangsmiddel enn personransaking, på grunn av adgangen loven gir til intime undersøkelser.

4.1 Vilkår

Etter strpl. §157 kreves det at mistanken saken gjelder, medfører til frihetsstraff og skjellig grunn. Det er ikke gitt regler om kroppslig undersøkelse av andre enn mistenkte.

Forutsetningen er at undersøkelsen skal antas å ha betydning for sakens opplysning og ikke fremstå som et uforholdsmessig inngrep. Videre gis det uttrykk for at blodprøver regnes som legemsundersøkelse⁴⁵ og at andre undersøkelser som kan skje uten fare eller betydelig smerte kan foretas.

De materielle generelle vilkårene for adgangen til å foreta en kroppslig undersøkelse er regulert i bestemmelsens 1. og 2. ledd. Det må foreligge skjellig grunn til mistanke. Dette innebærer at mistanken må være basert på objektive indikasjoner eller kriterier⁴⁶ videre må det foreligge sannsynlighetsovervekt for at siktede er den skyldige i forbrytelsen han er mistenkt for⁴⁷. Dette kravet tolkes på den samme måte når det ellers er tale om tvangsmidler. Mistanken må videre gjelde en straff som har en strafferamme på minst 6 måneder. Det er den nedfelte strafferammen i den aktuelle bestemmelsen en er mistenkt for som da gjelder, ikke den straff som ventes utmålt. Videre stilles det krav om at den kroppslig undersøkelsen må kunne ”antas” å ha betydning for saken. Det må altså foreligge objektive holdepunkter for å danne sammenhengen mellom middel og mål, men loven krever ikke sannsynlighetsovervekt

⁴³ Forskrift om ordning av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) av 28. Juni 1985 nr.1679. Heretter referert som pti.

⁴⁴ Riksadvokatens avgjørelse av 18.mai.2015, 1894/15-64/KRI002

⁴⁵ Etter straffeloven 2005 ble lovens begrep ”legeme” byttet til ”kropp”.

⁴⁶ Se punkt 22

⁴⁷ Rt.1993 s.1302, avsnitt 2.

her. Terskelen har blitt noe senket. Dette gir rom for feilvurderinger basert på subjektive holdepunkter. Hensynet til siktede må avveies av alvorret ved inngrepet på den ene siden og interessen for å så saken oppklart på den andre siden⁴⁸. Sakens alvor og inngrepets art er momenter som her vil være av betydning. Undersøkelsen må ikke fremstå som uforholdsmessig. Dette kravet er noe ulikt i sin ordlyd enn det generelle kravet i strpl.§ 170a som gjelder proporsjonalitetsprinsippet, jf. Oppgavens punkt 2.3. Forskjellen her er trolig ikke bevist eller behandlet av rettspraksis.

Dersom inngrepet medfører fare eller betydelig smerte for siktede, vil den aldri kunne gjennomføres, jf. 1.ledd, 2.punktum. Smerte er subjektivt og vil derfor varierer fra individ til individ. Den avgjørende vurderinger ligger hos siktede selv, på hvordan han opplever undersøkelsen. I lovens forarbeider⁴⁹ er det gitt eksempel på ”betydelig smerte” av en siktet som er bløder. Etter pti. §10-4, 1.ledd, 2.punktum er det bestemt at det ikke må foretas gastroskopi (mageundersøkelse) eller tas urinprøve ved bruk av kateter.

4.2 Gjennomføring av kroppslig undersøkelse

Påtaleinstruksens regler om gjennomføring av den kroppslig undersøkelse gjelder i utgangspunktet de tilfeller hvor påtalemyndigheten treffer beslutning om en slik ordre. Dersom retten i sin kjennelse ikke har besluttet noe nærmere om gjennomføringen av undersøkelsen, vil reglene i instruksen komme til anvendelse. Etter §10-5 i påtaleinstruksen kreves det at undersøkelser slik som: blodprøvetaking, røntgen, innsyn i endetarmen, vagina, rektum og andre inngrep som krever medisinsk sakkunnskap, bare må utføres av lege. I tilfeller det er tale om undersøkelse ved klyster, tilføring av brekkmiddel eller avføringsmiddel holder det med overoppsyn av lege. Politiet kan selv foreta kroppslig undersøkelse slik som urinprøve, utåndingsprøve og undersøkelse av munnhule.

4.3 Rt. 2016 s.1833

En nylig avsagt kjennelse fra Høyesterett, som behandlet saken i avdeling, kom frem til at strpl.§157 ikke gir politiet adgang til å bruke siktedes finger med tvang til å låse opp

⁴⁸ Se punkt 23.

⁴⁹ NUT 1969:3, Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, s.224.

telefonen. Saken gjaldt en mobiletelefon til siktede i saken. Mobilen var beskyttet med kode og fingeravtrykk. Påtalemyndigheten mente mobiletelefonen kunne ha vært brukt til å filme eller fotografere voldshandlingene siktelsen gikk ut på. Politiet ønsket å låse opp telefonen til siktede ved bruk av siktedes finger.

Spørsmålet som var til behandling i saken var om strpl. §157 gir adgang til å bruke siktedes finger til å få tilgang til innholdet i hans mobiltelefon.

Gulating lagmannsrett konstaterte med at strpl. § 157 hjemler inngrepet. Begrunnelsen har bakgrunn i et sitat fra Hålogaland lagmannsretts⁵⁰ kjennelse i en lignende sak. Det heter i sitatet:

”Bestemmelsen bare omfatter undersøkelser av kroppen, ikke bruk av kroppen for å undersøke andre objekter. På den annen side er ordlyden i straffeprosessloven §157 nokså vid. Den lister ikke opp hvilke undersøkelser som kan foretas og er ikke klart avgrenset, annet enn at undersøkelsen må kunne skje uten fare eller betydelig smerte
„51 .

Når Hålogaland lagmannsrett har lagt til grunn at strpl. §157 hjemler for inngrepet, består denne begrunnelsen i at bestemmelsen har en dempet ordgrense, da den ikke lister spesifikt hvilke undersøker loven åpner for, annet enn blodprøvetaking. Videre mener lagmannsretten at inngrepet det er tale om har sterke likhetstrekk med undersøkelser som bestemmelsen allerede gir adgang til, slik som undersøkelse av kroppens hulrom.

Høyesterett er sterkt uenig med lagmannsretten her. Det kommer til uttrykk i kjennelsen av Høyesterett at inngrepet som saken gjelder er av en annen karakter. Det er her tale om å bruke kroppen som er verktøy for å nå andre bevis enn de som allerede eksisterer i kroppen. Dette momentet støttes av forarbeidene. Det heter i NUT 1969: 3⁵², at *”siktede må finne seg i at hans legeme blir utnyttet som bevismiddel”*. Det gis ingen holdepunkter i forarbeidene om adgangen til å bruke kroppen til noe annet enn en kroppslig undersøkelse.

Ordlyden i strpl. §157 peker i retning av undersøkelser med formål å bruke kroppen eller det som måtte eksistere i den som reelle bevis. Som tidligere nevnt er ikke siktemålet her kroppen

⁵⁰ Lh.2015 s.198908

⁵¹ Avsnitt 11

⁵² side 223-224

i seg selv, det er mobiltelefonen. Høyesterett har i denne saken tolket lovens ordlyd innskrenkende og presisert begrepet ”kroppslig undersøkelse” til en undersøkelse som kun gjelder kroppen og ikke kilde til å nå andre bevis.

Lagmannsretten legger også vekt på at inngrepet utgjør en liten integritetskrenkelse i forhold til å avdekke bevis som er skjult i kroppens hulrom. Det er ingen tvil om at det er langt mindre krene å bli tvunget til å gi adgang til en mobiltelefon enn å la sitt hulrom bli undersøkt. Men da siktemålene for disse inngrepene ikke er likt, kan det heller ikke sammenlignes, mener Høyesterett.

Videre har lagmannsretten funnet støtte for sin avgjørelse i formålet i strpl. §199a. De mener at:

”...Inngrepet innebærer heller ikke at siktede blir tvunget til selvinkriminering. På samme måte som om siktede oppgir koden til mobilen etter straffeprosessloven §199a, gis politiet tilgang til mobilens innhold. Siktede skal ikke selv bidra med opplysninger. Inngrepet er dermed ikke i strid med EMK. Art. 6 nr.1”⁵³.

Høyesterett legger til grunn at strpl. §199a ikke hjemler inngrepet saken gjelder, da bestemmelsen ikke åpner for bruk av tvang, kun pålegg. Her har lagmannsretten ikke lagt tilstrekkelig vekt på lovens forarbeider til strpl. §199a. I følge Ot. Prp. nr. 40 ble det lagt til grunn at bestemmelsen er forenelig med vernet mot selvinkriminering etter EMK art. 6 nr. 1⁵⁴. Altså vil mistenkte i tellefeller strpl. §199a gjelder, bli beskyttet av selvinkrimineringsforbudet.

Jeg vil trekke inn straffekomiteen kommentarer om forholdet mellom selvinkriminering og strpl.§157⁵⁵:

”Det er nok så at den siktede er fritatt for å gi forklaring og heller ikke har noen plikt til på annen måte å medvirke positivt til sakens opplysning. Det er imidlertid ingen analogi mellom spørsmålet om forklaringsplikt og spørsmålet om plikten til å finne seg i

⁵³ Lg-2016-062717

⁵⁴ Ot.prp. nr. 40 (2004-2005) s.29-30

⁵⁵ NUT 1969:3 Innstilling om rettergangen i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, s.223

legemsundersøkelser. Ved å pålegge siktede forklaringsplikt, ville man jevnlig stille ham overfor valget mellom å lyve eller å angi seg selv; dessuten ville en gjennomtvinges av forklaringsplikten lett føre til inhumane metoder. Ved en legemsundersøkelse er det derimot spørsmål om å utnytte objektive funn som foreligger uavhengig av siktedes vilje.”

Det sentrale komiteen viser til her ved en slik kroppslig undersøkelse er at ”objektive funn som foreligger uavhengig av siktedes vilje” kan fremskaffes. Med objektive funn her menes bevis. Det er på det rene at siktede på denne måte ikke bidrar til egen domfellelse da han ikke medvirker aktiv til undersøkelsen, i motsetning til å forklare seg selv. Bestemmelsen i strpl.§157 stiller strenge krav til anvendelse. Det må foreligge skjellig grunn til mistanke og at ”undersøkelsen må antas å være av betydning for opplysningen av saken og ikke fremstå som et uforholdsmessig inngrep”. Med dette menes at inngrepets alvorlighet må vurderes opp i mot sakens art og interessen i få saken oppklart.

Det er uten tvil at et slikt inngrep som saken gjelder vil føre til høyere oppklaring av straffesaker, parallelt med utradisjonelle etterforskningsmetoder slik som kommunikasjonskontroll. Ofrene vil få sin rettferdighet og forbryterne vil få sin straff. Dette erkjenner Høyesterett, men mener at formålsbetraktninger isolert sett ikke kan gi hjemmel for tvangsmidlet. Her viser Høyesterett til legalitetsprinsippet og viktigheten av å ta vare på den liberale rettstat. Lagmannsretten derimot har ignorert legalitetsprinsippet og forarbeidene i vurderingen av denne saken. De har kun behandlet vektspørsmålet mellom inngrepets alvorlighet og bestemmelsens vage ordlyd. Det kreves et intensivt hjemmelsgrunnlag når det er tale om straffeprosessuelle tvangsmidler. Borgere skal kunne forutse sin rettsstilling ved å gjøre seg kjent med lovverket og domstolenes fortolkning av dette, og ikke risikere å bli rammet av en tilfeldig og ny lovforståelse uten at dette er bestemt av Stortinget og bekjentgjort på tilstrekkelig måte⁵⁶. Legalitetsprinsippet har stor betydning i spesielt i straffesaker og kommer til uttrykk flere steder i loven, EMK og rettspraksis, jf. Oppgavens punkt 2.1.

Høyesterett har i denne saken foretatt en innstramming av kravet til klarhet i loven. Lagmannsrettens utvidende tolkning av strpl.§157 er uriktig og kjennelsen blir opphevet.

⁵⁶ Legalitetsprinsipp: i straffeprosessen. (2016, 15.februar). I Store norske leksikon.

4.3.1 Forholdet mellom statsmaktene

Retts sosiologien forteller oss om samfunnets innvirkning på norsk rett. Det handler først å fremst om hvordan samfunnet påvirker lover og de rettslige instanser⁵⁷. Aktuelle spørsmål er i hvilken utstrekning samfunnsforholdene påvirker utviklingen av rettsregler. Det er på det rene at lovverket må orienteres i den retningen samfunnet utvikles, lovverket skal altså speile samfunnets interesser. Det er også naturlig at loven henger litt etter samfunnets behov. Utforming av forarbeider, forskriver og selve loven er en lang og omfattende prosess.

Kjennelsen i oppgaven er et veldig godt eksempel på samspillet mellom statsmaktene. Tema i oppgaven viser behovet for ny lovgivning etter avgjørelsen i Høyesterett. Straffeprosessloven er etter regjeringens syn mangelfull.

5.0 Ny straffeprosesslov §14-6

Regjeringen vil gi politiet hjemmel til å bruke tvang for å få folk til å åpne mobiltelefonen i jakten på bevis i straffesaker. Det kom frem av §14-6 i lovforslaget til ny straffeprosesslov. Her vil jeg redegjøre for tvangsbruk av fingerautentisering av siktede som fremgår av 2.ledd i bestemmelsen. 1.ledd er omtaler en rekke tiltak som gjelder alle som har vitneplikt, altså ikke siktede. Utvalget har presisert betydning av selvinkriminering i forhold til tvangsbruken, dette vil bli behandlet under, samt redegjørelsen av en Amerikansk dom som belyser selvinkrimineringsvernet ytterligere. Jeg vil også trekke inn hvilken betydning personvernet vil ha for innføringen av denne bestemmelsen.

Det heter i §14-6:

”(1) Påtalemyndigheten kan pålegge enhver som har vitneplikt i saken, å utleverefor å få tilgang til sted eller datasystem når det er nødvendig for å gjennomføre et tvangstiltak.....

(2) Enhver kan pålegges å medvirke til biometrisk autentisering, ved bruk av fingeravtrykk eller andre biologiske kjennetegn, for å sikre tilgang til sted..... Motsetter vedkommende seg autentiseringen, kan den gjennomføres med tvang.”

⁵⁷ Lile, Hadi. (2012, 13. juli). Retts sosiologi. I Store norske leksikon

Det fremgår av utredningen⁵⁸ til ny straffeprosesslov at fingerautentisering i utgangspunkt har enestående funksjon som beskyttelse. Politiet har i dag adgang til å bryte opp dører som er låst eller er sikret med fysiske låser. Utvalget ser en parallell mellom en låst dør og låst telefon og mener derfor at politiet bør kunne benytte tvang for å gjennomføre fingerautentisering.

Utvalget ser ikke selvinkrimineringsvernet som en hindring for å utføre tvangstiltaket mot siktede. Det er tale om å bruke mistenktes fingeravtrykk, noe som eksisterer uavhengig av siktedes vilje. Tvangen det er tale om er av en annen art enn det som har blitt ansett å være i strid med selvinkrimineringsforbudet etter rettspraksis fra EMD.

Tingretten i Virginia i USA behandlet en sak⁵⁹ politiet ønsket innsyn i mobilen til David Baust. Han ble anklaget for prøve å kvele sin kjæreste. Påtalemyndigheten mente at Baust hadde videoopptak av krangelen saken gjaldt på mobilen sin. De ønsket å tvinge Baust til å låse opp telefonen sin, med enten kode eller fingeravtrykk. Forsvarerne til Baust mente at han var beskyttet av ”The Fift Amendment” som forbyr tvungen selvinkriminering, dermed trengte han ikke å utlevere hverken kode eller fingeravtrykk. Dommeren avgjorde at det å gi politiet et fingeravtrykk er som å avgi sitt DNA eller en håndskriftprøve, noe som loven tillater. Et passord derimot er noe som er lagret i minnet til mistenkte og krever at han må avsløre sin kunnskap, noe loven beskytter mot.

Dommen konkluderte derfor med at selvinkrimineringsforbudet gjelder koder, men ikke fingeravtrykk. Denne dommen er ikke drøftet i forarbeidene til det nye lovforslaget, men som jeg ser det er den forenelig med utvalgets synspunkter.

Det er neppe noe tvil om at politiets bruk av tvangsmidler forårsaker inngrep i enkeltmenneskers personvern. Uavhengig om reglene om tvangsmidler faktisk kan anvendes eller ei, vil eksistensen av de reglene utgjøre et inngrep ovenfor alle som potensielt kan rammes av dem. Regler om politiets mulighet til å åpne siktedes telefon med tvang angår dermed personvernet i stor grad. Kunnskap om mennesker er av stor betydning og vil kunne gi makt. Dersom slik kunnskap om borgernes privatliv offentliggjøres, for eksempel ved statens mulighet til å sikre tekstmeldinger, vil effektiviteten i straffesaksbehandlingen trolig

⁵⁸ NOU 2016: 24, punkt 14.3.6 Tvangshjemmel for biometrisk autentisering

⁵⁹ Se vedlegg 1; dommen fra tingretten i USA, Virginia

øke men faren for misbruk kan også øke parallelt⁶⁰. Dette vil ha en negativ virkning på tilliten borgere har til offentlige myndigheter, spesielt til politiet.

6.0 Avslutning

I denne oppgaven har jeg tilegnet meg kunnskap om rettsikkerhet, legalitetsprinsippet, personvernprinsippet, forholdsmessighetsprinsippet og selvinkriminering for å forstå kjennelsen av Høyesterett.

Videre i oppgaven har jeg drøftet jeg strpl. §157. Denne bestemmelsen består av flere juridiske vurderingsmomenter og ligger i grensegangen mellom personransaking og kroppslig undersøkelse. I løpet av drøftelsen benyttet jeg et eksempel som illustrere anvendelsesområde for bestemmelsen.

Oppgavens kjernepunkt er Høyesterett avgjørelsen som behandler strpl. §157 og politiets maktbruk for å åpne siktedes telefon med fingerautentisering. Jeg forsøkte å vise kontrastene mellom lagmannsretten og Høyesteretts avgjørelse. Kjennelsen inneholder mange interessante juridiske dilemmaer som ble drøftet.

Avslutningsvis gjorde jeg kort rede for det nye lovforslaget. Teknologien gir de kriminelle et skjulested og ny plattform til kriminell virksomhet. Jeg mener politiet ikke bør hemmes av teknologien. For å kunne bekjempe en kriminalitet skjult bak telefonskjermen er det nødvendig med en lovendring. Enn så lenge er tvangsbruk av fingerautentisering for å åpne en låst mobiltelefon et ulovlig inngrep.

Målet er å belyse enhver som leser denne oppgaven om gjeldene rett samt en bedre forståelse for hvorfor tvangsåpning av mobiltelefon ved fingerautentisering ikke er tillatt. Det er flere nærliggende dilemmaer knyttet til oppgaven som ville vært spennende å drøfte, men som det ikke har vært plass til, slik som utfordringer opp i mot overskuddsinformasjon som kan forekomme ved innsyn i ens mobiltelefon, bevisverdien av funn på mobil ved ulovlig bruk av fingerautentisering og utfordringer med kryptering.

⁶⁰ Mastergradsoppgave: Siktedes rett til dokumentinnsyn, 2011.

7.0 Kildeliste

Lover:

Lov av 17.Mai 1814, Grunnloven

Lov av 4. november 1950, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Lov av 16. Desember. 1966, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.

Lov av 22. Mai 1981 nr. 25, straffeprosessloven

Lov av 04. August .1995 nr.53 om politiet

Lov av 21.Mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov av 20.mai 2005 nr. 28, om straff

Domsregister:

Rt.1952 s.989

Rt.1993 s.1302

Rt.1995 s.72

Rt.1999 s.1269

Rt. 2014 s.1105

Rt. 2016 s.1833

Lb.2013 s.106824

Lh.2015 s.198908

Lg. 2016 s.62717

Norges offentlige utredninger:

NUT 1969: 3

NOU 2016: 24

Forarbeider:

Ot.prp.nr.55 (1994-1995)

Ot.prp. nr. 64 (1998-1999)

Ot.prp. nr. 40 (2004-2005)

Innst. O. Nr.37 (1993-1994)

St. Prp. Nr. 60 (2006-2007)

Forskrift:

Forskrift om ordning av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) av 28. Juni 1985 nr.1679

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol:

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 dokumenter:

Riksadvokatens rundskriv nr.3/1999

Riksadvokatens avgjørelse av 18.mai.2015, 1894/15-64/KRI002

Litteratur:

Fredriksen, Steinar, *Innføring i straffeprosess*, 3. Utgave, Oslo 2013

Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik, *Straffeprosessloven kommentarutganve* (4. utgave, bind 1), Oslo 2011

Kjølbros, *Den europeiske menneskerettighedskonvention - for praktikere*, 3. Utgave. Jurist- og Økonomforbundet, 2010

Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4.utgave. Universitetsforlaget. (2009)

Øyen, Ørnult, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010

Internett:

Masteroppgave: siktedes rett til å ikke måtte bidra til egen domfellelse (2011). Det juridiske fakultet, UiT [lesedato: 02.01.2017]:

https://www.idunn.no/tfr/2009/01/om_rettet_til_a_forholde_seg_taus_og_rettet_til_ikke_a_matte_bidra_til_egen?languageId=2

Masteroppgave: Noen skranker for opplesning av forklaringer i domstol (2010) UiO, Det juridiske fakultet [lesedato: 06.01.2017]:

<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/18683/101296.pdf?sequence=2>

Bacheloroppgave: våpenloven §10 første ledd – en forebyggende hjemmel (2014) Phs [lesedato: 04.12.16]:

https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/196341/bachelor_Flage_Hoydah1.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Masteroppgave: Spenningsforholdet mellom straffesanksjonert opplysningsplikt og det menneskerettslige vernet mot selvinkriminering (2015) UiB, Det juridiske fakultet [lesedato: 19.12.16]

<http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/11440/135076898.pdf?sequence=1>

Introduksjon til rettsstaten (2009). Bjarne Kvam, stipendiat, Det juridiske fakultet, UiB [03.05.2017]

http://www.uib.no/filearchive/rettsstaten_bjarne_kvam_rensset.pdf

Prosessuelle garantier og forholdsmessighet i straffeprosessen [lesedato: 04.04.17]:

https://www.idunn.no/jv/2013/04/prosessuelle_garantier_og_forholdsmessighet_istraffeeproses

Selvinkriminering [lesedato: 11.11.2016]:

<http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/1930/2004/2010>

Personvern [lesedato 09.12.2016]:

<https://www.datatilsynet.no/personvern/Hva-er-personvern/>

Legalitetsprinsippet: i straffeprosessen [05.03.2017]:

https://snl.no/legalitetsprinsipp_-_i_straffeprosessen

Kontroll- og konstitusjonskomiteen [lesedato 06.12.2016]

<https://www.stortinget.no/Global/pdf/Dokumentserien/2011-2012/dok16-201112.pdf>

Rettsikkerhet [lesedato: 05.03.2017]

<https://snl.no/rettssikkerhet>

8.0 Vedlegg

COMMONWEALTH OF VIRGINIA

EDWARD W. HANSON, JR.
A. BONWILL SHOCKLEY
H. THOMAS PADRICK, JR.
STEPHEN C. MAHAN
WILLIAM R. O'BRIEN
LESLIE L. LILLEY
GLENN R. CROSHAW
STEVEN C. FRUCCI



CIRCUIT COURT JUDGES OFFICE
CITY OF VIRGINIA BEACH
JUDICIAL CENTER, BLDG. 10
2425 NIMMO PARKWAY
VIRGINIA BEACH, VA 23456-9017
(757) 365-4501
www.vb.gov/courts
Direct Dial # 385-8880

SECOND JUDICIAL CIRCUIT

October 28, 2014

Eleanor Gaines, Esquire
Office of the Commonwealth's Attorney
2425 Nimmo Parkway
Building 10B, Second Floor
Virginia Beach, VA 23456

James O. Broccoletti, Esquire
Zoby, Broccoletti & Normile, P. C.
6633 Stoney Point South
Norfolk, VA 23502

Re: Commonwealth of Virginia v. David Charles Baust
Docket No.: CR14-1439

Dear Counsel:

This matter is before the court on the Commonwealth's Motion to Compel the Production of the Passcode or Fingerprint to Encrypted Smartphone. The hearing took place Tuesday, October 28, 2014, at which the Defendant, the Commonwealth, and the witness for the Commonwealth were present. For the reasons set forth below, the Motion is denied in part and granted in part.

David Charles Baust, Defendant, is charged by indictment with violating Code of Virginia § 18.2-51.6, Strangling Another Causing Wounding or Injury. On February 19, 2014, Defendant allegedly assaulted the victim in his bedroom at his house. The victim stated that Defendant maintained a recording device that continuously recorded in the room where the assault purportedly took place. On the morning of February 19, 2014, after being assaulted the victim states she went to grab the video equipment from its usual place and Defendant assaulted her again to prevent her from taking the equipment. The victim stated that Defendant had previously transmitted video footage to her through text messaging of the victim and himself engaging in sexual intercourse in his room. The victim additionally admitted that the video recorder transmits to Defendant's smart phone. Pursuant to a search warrant executed several days later, the police were able to recover the phone, several recording devices, assorted discs,

flash drives, and computer equipment belonging to Defendant. The victim and Defendant both affirmed to the officers at the scene that the recording device, connected to Defendant's cell phone "could have possibly" recorded the assault and the recording "may exist" on the phone. Additionally, the testimony before the court from the victim was that the device "could have recorded" the assault and therefore there "may be a recording." Entry to the phone has been prevented by encryption either by passcode or fingerprint.

The question before the court is whether the production of one's passcode or fingerprint is testimonial communication and therefore subject to the defendant's Fifth Amendment privilege against self-incrimination. The Commonwealth argues that the passcode and the fingerprint are not testimonial because the existence of the recording is a "foregone conclusion." Defense Counsel argues that both are testimonial in that either would provide access to all recordings or items on Defendant's phone.

Analysis

The Fifth Amendment to the Constitution of the United States provides that no person "shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself." U.S. Const. amend V. "[T]he Fourteenth Amendment secures against state invasion the same privilege that the Fifth Amendment guarantees against federal infringement – the right of a person to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will." *Schmerber v. Cal.*, 384 U.S. 757, 760 (1966) (citation omitted). "[T]he privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature." *U.S. v. Wade*, 388 U.S. 218, 221 (1967) (citation omitted). Thus the proper inquiry requires the court to resolve whether granting the motion to compel "would require (1) compulsion of a (2) testimonial communication that is (3) incriminating." *U. S. v. Authement*, 607 F.2d 1129, 1131 n. 1 (5th Cir. 1979).

It is a "settled proposition that a person may be required to produce specific documents even though they contain incriminating assertions of fact or belief because the creation of those documents was not 'compelled' within the meaning of the privilege [against self-incrimination]." *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27, 35–36 (2000); accord *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 401 (1976) ("[T]he Fifth Amendment protects against 'compelled self-incrimination, not the disclosure of private information"). Thus the contents of the phone, obtained pursuant to a validly executed warrant are only subject to objections raised under the *Fourth Amendment*, not the *Fifth Amendment*. Additionally, there is no question that a motion to compel is compulsive and the production of the passcode or fingerprint would be incriminating.¹ The analysis turns on whether a passcode or a fingerprint is "testimonial communication."

¹ Incriminating has been defined as "any disclosures that the witness reasonably believes could be used in a criminal prosecution or could lead to other evidence that might be so used." *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 445 (1972).

Passcode or Fingerprint

"An act is testimonial when the accused is forced to reveal his knowledge of facts relating him to the offense or from having to share his thoughts and beliefs with the government." *U.S. v. Kirschner*, 823 F. Supp. 2d 665, 668 (2010) (citing *United States v. Doe*, 487 U.S. 201, 212 (1987)). "[T]here is a significant difference between the use of compulsion to extort communications from a defendant and compelling a person to engage in conduct that may be incriminating." *Hubbell*, 530 U.S. at 35. "[T]he privilege offers no protection against compulsion to submit to fingerprinting, photography, or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a stance, to walk, or to make a particular gesture." *Wade*, 388 U.S. at 223. "[E]ven though the act may provide incriminating evidence, a criminal suspect may be compelled to put on a shirt, to provide a blood sample or handwriting exemplar, or to make a recording of his voice. The act of exhibiting such physical characteristics is not the same as a sworn communication by a witness that relates either express or implied assertions of fact or belief." *Hubbell*, 530 U.S. at 35.

A witness's "act of production itself could qualify as testimonial if conceding the existence, possession and control, and authenticity of the documents tend[s] to incriminate [him or her]." *United States v. Doe (In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum)*, 670 F.3d 1335, 1343 (11th Cir. 2012) (citing holding of *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 410 (1976)). Nevertheless, "[w]hen the 'existence and location' of the documents under subpoena are a 'foregone conclusion' and the witness 'adds little or nothing to the sum total of the Government's information by conceding that he in fact has the [documents],' then no Fifth Amendment right is touched because the 'question is not of testimony but of surrender.'" *Doe v. United States (In re Grand Jury Subpoena)*, 383 F.3d 905, 910 (9th Cir. 2004) (citing *Fisher*, 425 U.S. at 411). "[T]he Government is in no way relying on the 'truthtelling' of the [witness] to prove the existence of or his access to the documents." *Fisher*, 425 U.S. at 411. "Whether the existence of documents is a foregone conclusion is a question of fact, subject to review for clear error." *United States v. Norwood*, 420 F.3d 888, 895 (8th Cir. 2005) (citing *United States v. Doe*, 425 U.S. 605, 613-14 (1984)).

Therefore, in *Hubbell*, the Court found the action of producing documents in response to a subpoena was testimonial in nature and therefore subject to the constitutional privilege against self-incrimination. *Hubbell*, 530 U.S. at 40. The Court was persuaded by the fact that in the act of production, the respondent had to take "the mental and physical steps necessary to provide the prosecutor with an accurate inventory of the many sources of potentially incriminating evidence sought by the subpoena." *Id.* at 42. The Court reasoned that given this information, "[b]y 'producing documents in compliance with a subpoena, the witness would admit that the papers existed, were in his possession or control, and were authentic.' Moreover, . . . when the [witness] responds to the subpoena, he may be compelled to take the witness stand

and answer . . . whether he has produced everything demanded by the subpoena." *Id.* at 36–37. The Court found notable that the text of the subpoena, often using the phrase "any and all documents related," made it obvious that the prosecutor needed respondent's assistance to identify potential sources of information and to produce those sources of information. *Id.* at 41. Therefore, when the respondent produced these documents in response to the subpoena, it was the "functional equivalent of the preparation of an answer to either a detailed written interrogatory or a series of oral questions at a discovery deposition." *Id.* at 41–42. "The assembly of those documents was like telling an inquisitor the combination to a wall safe, not like being forced to surrender the key to a strongbox." Further, the Hubbell Court found that the "foregone conclusion" doctrine did not apply in this case, where the Government had not shown that it had any prior knowledge of either the existence or the whereabouts of the 13,120 pages of documents ultimately produced by respondent." *Id.* at 45.

Similarly, in the context of compelling the production of a passcode, the U.S. District Court for the Eastern District of Michigan held that compelling the defendant to provide a password is a testimonial communication. *United States v. Kirschner*, 823 F. Supp. 2d 665, 669 (E.D. Mich. 2010). The court reasoned "forcing the Defendant to reveal the password . . . requires Defendant to communicate 'knowledge,' unlike the production of a handwriting sample or a voice exemplar." *Id.* "It is the 'extortion of information from the accused,' the attempt to force him to 'disclose the contents of his own mind' that implicates the *Self-Incrimination Clause*." *Id.* (quoting *United States v. Doe*, 487 U.S. at 211) (emphasis in original). The court found *Hubbell's* distinction between telling an inquisitor the combination to a wall safe and surrendering a key to a strongbox instructive. *Id.* Similar to having to divulge the combination to a safe, the court reasoned "the government is not seeking documents or objects – it is seeking testimony from the Defendant, requiring him to divulge through his mental processes his password." *Id.*; accord *In re Grand Jury Subpoena (Boucher)*, No. 2:06-mj-91, 2007 U.S. Dist. LEXIS 87951 at *16, 2007 WL 4246473 (D. Vt. Nov. 29, 2007) ("Since the government is trying to compel the production of the password itself, the foregone conclusion doctrine cannot apply. The password is not a physical thing. If Boucher knows the password, it only exists in his mind.").²

In this case, the Defendant cannot be compelled to produce his passcode to access his smartphone but he can be compelled to produce his fingerprint to do the same. The footage itself would not be protected under the Fifth Amendment because its creation was voluntary, i.e. not compelled. As stated above, the *Fifth Amendment* only protects against "compelled" self-incrimination, therefore the contents of Defendant's

² However, on appeal, the District Court for the District of Vermont found that requiring Defendant to produce an unencrypted version of the documents in his encrypted hard drive that he had already provided access to previously was not testimonial because the existence of and location of the documents were a "foregone conclusion." *In re Grand Jury Subpoena to Boucher*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 13006 at *8, 2009 WL 424718 (D. Vt. Feb. 19, 2009).

phone, created voluntarily, are not protected against disclosure. However, compelling Defendant to provide access through his passcode is both compelled and testimonial and therefore protected. Contrary to the Commonwealth's assertion, the password is not a foregone conclusion because it is not known outside of Defendant's mind. Unlike a document or tangible thing, such as an unencrypted copy of the footage itself, if the password was a foregone conclusion, the Commonwealth would not need to compel Defendant to produce it because they would already know it. As reasoned in *Kirschner*, Defendant cannot be compelled to "divulge through his mental processes" the passcode for entry. The fingerprint, like a key, however, does not require the witness to divulge anything through his mental processes. On the contrary, like physical characteristics that are non-testimonial, the fingerprint of Defendant if used to access his phone is likewise non-testimonial and does not require Defendant to "communicate any knowledge" at all. Unlike the production of physical characteristic evidence, such as a fingerprint, the production of a password forces the Defendant to "disclose the contents of his own mind." For this reason the motion to compel the passcode should be **DENIED** but the motion to compel the fingerprint should be **GRANTED**.

Unencrypted Footage

Neither has the Commonwealth asked to compel the unencrypted video recording. However, from the testimony of the witness at the hearing, the existence and location of the recording is not a foregone conclusion and compelling Defendant to produce an unencrypted version would be self-incriminating. The most the Commonwealth knows is that the recording "could exist" because the device "may have recorded" the assault and transmitted it to the phone. The alternative is also true, that the device "may not have" recorded the assault and the recording "may not exist." This being the only reason the Commonwealth suspects there may be a recording, the existence and location of the recording is not a foregone conclusion. Defendant's production of the unencrypted recording would be testimonial because Defendant would be admitting the recording exists, it was in his possession and control, and that the recording is authentic. Therefore, the Commonwealth could not compel Defendant to produce an unencrypted version of the recording.

Sincerely,



Steven C. Frucci
Presiding Judge

SCF/alg/nc