

UiO : **Det juridiske fakultet**

Bevisavskjæring i straffesaker

Data innhentet av utenlandske myndigheter fra kryptert
kommunikasjonsnettverk

Kandidatnummer: 611

Leveringsfrist: 25.11.2022

Antall ord: 17 350



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema, problemstilling, aktualitet.....	1
1.2	Metode	2
1.3	Videre fremstilling.....	3
2	KRYPTERTE KOMMUNIKASJONSPLATTFORMER.....	5
2.1	Innledning og redegjørelse	5
2.2	Særskilte plattformer brukt av kriminelle.....	6
2.3	Etterforskning mot enkelte kommunikasjonstjenester.....	7
3	BEVISAVSKJÆRING – ALMINNELIGE PRINSIPPER	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	Alminnelige bevisregler.....	10
3.3	Begrensninger ved bevisføring av ulovlige bevis.....	11
3.4	Høyesteretts oppdatering av læren om ulovlig ervervet bevis.....	13
3.5	Vurdering av utenlandske bevis.....	15
4	BRUK AV BEVIS FRA UTLANDET SOM IKKE KUNNE VÆRT LOVLIG INNHEMTET I NORGE	16
4.1	Gjennomføring av bevisinnhenting og bruk i norske saker.....	16
4.2	Historikk	17
4.3	Presentasjon av rettstilstanden.....	19
4.3.1	Spania-kjennelsen.....	19
4.3.2	Trojan Shield.....	21
4.3.3	EncroChat.....	23
4.4	Sammenfatning av rettstilstanden.....	25
5	ANALYSE AV VILKÅRENE OPPSTILT I HØYESTERETTSPRAKSIS	26
5.1	Tema og opplegg	26
5.2	Vilkåret: I strid mot grunnleggende norske verdioppfatninger	26
5.2.1	Kartlegging av normens vurderingstema	26
5.2.2	Hensynet til personvern og retten til privatliv.....	28
5.2.3	Omgåelse av skrankene i norsk straffeprosess.....	31
5.3	Vilkåret: Bevis som er lovlig innhentet etter reglene i den andre staten.....	34
5.3.1	Norsk overprøving.....	34
5.3.2	Norsk overprøving av utenlandske beslutninger om bruk av tvangsmidler.....	36

5.4	Vilkåret: Tiltaltes rett til innsyn.....	39
5.4.1	Utgangspunkt	39
5.4.2	Innsyn i dokumenter som stammer fra utenlandsk etterforskning	40
5.5	Oppsummering av vilkårene.....	43
6	BEVIS ERVERVET I STRID MED AVGIVERLANDETS REGLER	44
6.1	Innledning.....	44
6.2	Valg av bevisavskjæringsnorm.....	44
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	50
	LITTERATUR.....	52

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling, aktualitet

Tema for oppgaven er bruk av bevismateriale innhentet fra utlandet. Oppgaven vil ta for seg hvilke rettslige skranker som foreligger ved føring av bevis innhentet fra utlandet, den nærmere utviklingen av disse, samt en analyse av hvordan de praktiseres i domstolen.

Bevismateriale innhentet fra utlandet omfatter alle typer bevis, både forklaringer, tekniske bevis og dokumentbevis. Oppgavens nærmere avgrensning vil rette seg mot dokumentbevis, nærmere bestemt data innhentet fra tvangsmiddelbruk iverksatt i utlandet.

I likhet med den generelle samfunnsutviklingen, har både kriminalitet og kriminalitetsbekjempelsen utviklet seg i tråd med den økende internasjonaliseringen. Kriminelle grupper opererer på tvers av landegrensar, mens de enkeltes land lovgivning innenfor straff og straffeprosess ikke har anledning til å følge denne dynamiske grenseoverskridende utviklingen. Norske regler gjelder ikke utenfor Norge, jf. straffeprosessloven § 4, og norsk politi har i utgangspunktet ikke anledning til å utøve politimyndighet i andre land. Utviklingen har nødvendiggjort et mellomstatlig samarbeid ved etterforskning og straffeforfølgelse av grenseoverskridende kriminalitet.¹ Bevisinnhenting i utlandet er i dag en nokså alminnelig del av straffesaksbehandlingen.² Samtidig reiser det spørsmål rundt de ulike landenes hjemler for inngripende etterforskningsmetoder, og de betenkeligheter disse utgjør ut ifra et norsk verdisyn. I forlengelse av dette oppstår problemstillingen om hvorvidt det gjelder begrensninger i norske myndigheters adgang til å benytte bevis innhentet i utlandet og hvor de nærmere grensene i så fall skal trekkes.

Begrensninger ved føring av bevis innhentet fra utlandet som ikke kunne vært gjennomført i Norge er ikke lovregulert i straffeprosessloven, men utviklet gjennom rettspraksis. Den sentrale rettskilden ved vurderingen har lenge vært Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2002 s. 1744.

Tematikken har igjen aktualisert seg i forbindelse med etterforskning og straffeforfølgning av organisert kriminalitet. Utviklingen i kriminalitetsbildet de siste årene har ført til at norske domstoler i økende grad må ta stilling til bruken av bevis innhentet i utlandet, hvor materiale fra krypterte kommunikasjonsnettverk har vært spesielt fremtredende. Et kryptert kommunikasjonsnettverk er en plattform hvor brukerne holdes anonyme og kan kommunisere med hverandre, mens selve kommunikasjonen holdes uleselig uten tilgang til krypteringsnøklene.³

¹ Grøstad (2020) s. 19.

² Grøstad (2020) s. 19.

³ Verji (2022).

Organiserte kriminelle grupper har tatt i bruk denne teknologien i håp om å fjerne risikoen for avlytting, slik at de kan planlegge og gjennomføre kriminelle handlinger.

Gjennom internasjonalt politisamarbeid, har norsk politi mottatt bevismateriale som omfatter data fra krypterte kommunikasjonsnettverk. Bevismaterialet har omfattet overvåkning av hele kommunikasjonsnettverk eller grupper i sanntid.⁴ Det spesielle med denne typen bevis er at det innebærer en avveining mellom individets vern mot overvåkning fra myndighetene og hensynet til å oppklare alvorlige straffbare forhold.

De siste års avgjørelser fra Høyesterett har supplert og utvidet den rettslige reguleringen av adgangen til å benytte bevis innhentet fra utlandet, sett i forhold til den ledende avgjørelsen fra 2002. Oppgaven vil søke å belyse de straffeprosessuelle skranke ved bevisføringen av det nevnte bevismaterialet.

1.2 Metode

I avhandlingen vil jeg benytte meg av rettsdogmatisk metode, med det menes utredninger om innholdet av gjeldende rettsregler.⁵

I motsetning til i strafferetten, gjelder det ikke et allment legalitetsprinsipp i straffeprosessen som utgjør at enhver straffeprosessuell regel må ha hjemmel i lov.⁶ En straffeprosessuell regel kan i prinsippet oppstilles ut fra en avveining mellom ulike målsettinger og sentrale straffeprosessuelle hensyn.⁷ Dette gjenspeiles i rettspraksis om bevisavskjæring som i stor grad skaper egne vurderingstemaer for om bevis skal avskjæres eller ikke. I likhet med de øvrige begrensningene ved bevisføring, er reglene om bevisføring av materiale innhentet fra utlandet ulovfestet og hovedsakelig i rettspraksis. Dette innebærer at rettspraksis, særlig fra Høyesterett, blir den sentrale rettskilde ved kartlegging av rettsregelens innhold. Det er imidlertid et begrenset antall rettsavgjørelser som behandler den konkrete problemstillingen. Jeg vil derfor trekke veksler fra rettspraksis som omhandler den mer generelle adgangen til bevisavskjæring.

En metodisk utfordring er at flere sentrale Høyesterettsavgjørelser er anker over lagmannsrettens kjennelser som medfører at Høyesteretts ankeutvalg har begrenset kompetanse etter straffeprosessloven § 388. Det vil derfor henvises til noe underrettspraksis i avhandlingen for å belyse konkrete vurderinger. Gjennomgangen av rettspraksis vil søke å kartlegge de ulike målsettingene og straffeprosessuelle hensynene som har vært førende ved dannelsen av rettsregelen om

⁴ Sunde (2021) s. 207.

⁵ Skoghøy (2018) s. 25.

⁶ Øyen (2019) s. 56.

⁷ Øyen (2019) s. 56.

bruk av utenlandske bevis. I forlengelse av dette vil også forarbeider utgjøre en viktig rettskilde, da disse belyser lovgivers intensjoner. Videre vil Riksadvokatens føringer vedrørende påtalemyndighetens håndtering av bevis ervervet i utlandet sees hen til i en viss grad.

Videre vil relevante internasjonale regler benyttes for å belyse sentrale rettigheter. Menneskerettsloven § 2 nr. 1 slår fast at den Europeiske menneskerettskonvensjonen skal gjelde som norsk rett, og ved motstrid gå foran andre bestemmelser.⁸ Bestemmelsene i konvensjonen vil dermed være avgjørende for å kartlegge de konkrete rettighetene de beskytter.

Videre vil det også kort redegjøres for det internasjonale politisamarbeidet og de rettslige rammeverket rundt innhenting av bevis fra utlandet. Dette området er nærmere regulert gjennom norske lovregler og forskrifter, og internasjonale konvensjoner. Disse rettskildene vil gi en nærmere forståelse av omfanget og virkemidlene norsk politi og påtale kan benytte seg av, samt gi innsikt i dens praktiske utfoldelse. Rammeverket rundt dette vil igjen kunne legge føringer for den sentrale vurderingen ved bevisføring av materiale innhentet i utlandet.

1.3 Videre fremstilling

Avhandlingen vil innledningsvis i kapittel 2 gi en oversikt over fenomenet krypterte kommunikasjonsplattformer. Redegjørelsen vil bestrebe å gi innsikt i både hvorfor det ble iverksatt en internasjonal etterforskning mot en rekke av disse plattformene, og nærmere om selve bevisinnhenting. Siktemålet er å belyse politiets fremgangsmåter i deres etterforskning, og det nærmere samspillet med utenlandske domstoler og deres beslutninger om bruk av tvangsmidler. Hensikten med å belyse samarbeidsformen og virkemidlene som tas i bruk er å gi en bredere forståelse av hensynene bak de rettslige skrankene for føring av utenlandske bevis som behandles i kapittel 5.

I kapittel 3 redegjøres det for de rettslige rammene rundt bevisføring i straffesaker. Fremstillingen vil først ta for seg prinsippet om fri bevisførsel før det redegjøres nærmere for de alminnelige reglene om avskjæring av ulovlig ervervede bevis, samt Høyesteretts nylige utvikling av læren. Redegjørelsen søker ikke å gi en uttømmende fremstilling av læren, men snarere redegjøre for de bærende hensynene bak reglene om bevisavskjæring. Disse hensynene vil være viktige momenter ved problemstillingen som reises i kapittel 6.

Kapittel 4 vil innledningsvis gi en redegjørelse for den historiske utviklingen av fremleggelsen av bevismaterialet fra utlandet. Videre redegjøres det for rettstilstanden ved bruk av bevis ervervet i utlandet i norsk straffesaker, samt prinsippene for bevisavskjæring. Redegjørelsen vil

⁸ Menneskerettsloven § 3.

søke å belyse utviklingen av læren gjennom Høyesterettspraksis, samt å nærmere kartlegge de relevante momentene og vurderingene.

Kapittel 5 vil deretter å gi en nærmere analyse og vurdering av vilkårene utpenslet gjennom Høyesterettspraksis. Formålet med analysen vil være å kartlegge innholdet i de domstolsskapt kriteriene for å nærmere tydeliggjøre yttergrensene for hva som kan tillates ført som bevis.

I kapittel 6 reises problemstillingen om hvilken bevisavskjæringsregel som legges til grunn dersom bevismaterialet som søkes ført for norske domstoler er ervervet i utlandet i strid med avgiverlandets regler. Problemstillingen søkes besvart ved å anvende avhandlingens funn.

Kapittel 7 vil gi en kort sammenfatning og en vurdering av hvorvidt utviklingen av det internasjonale kriminalitetsbildet tilsier et behov for at lovgiver bidrar med nærmere regulering av bevisavskjæringsreglene.

2 Krypterte kommunikasjonsplattformer

2.1 Innledning og redegjørelse

Politiet har siden 90-tallet benyttet kommunikasjonsdata ved etterforskning og straffeforfølgelse i alvorlige saker, og bruken av denne typen spor har økt i takt med økt bruk av mobiletelefon og annen digital kommunikasjon i samfunnet.⁹

Kommunikasjonssporene som sikres i forbindelse med politiets etterforskning har stor betydning for politiets og påtalemyndighetens kriminalitetsbekjempelse. I enkelte sakstyper, da særlig narkotikasaker, har de kriminelle blitt mer bevisst politiets etterforskningsmetoder. Dette har medført at de kriminelle har forsøkt å skjule sin elektroniske kommunikasjon ved hyppig bytte av telefonnummer, registrering av telefonnummer på andre eller fiktive personer og ved at det brukes bestemte nummer kun for én straffbar handling.¹⁰ Den teknologiske utviklingen i de senere år har forsterket bruken av elektronisk kommunikasjonen i samfunnet, og har i den forlengelse også bidratt til fremveksten av krypterte kommunikasjonsplattformer

Kryptering defineres som omforming data slik at dataen ikke kan leses eller endres av noen som urettmessig får tilgang til materialet.¹¹ Jens Petter Berg anser kryptering som en «samlebetegnelse for ulike metoder som benyttes for å sikre konfidensialitet, samt evt autentisitet (ekthet) og notoritet (ikke-benektbarhet) i forbindelse med mellommenneskelig kommunikasjon.»¹²

Krypterte kommunikasjonsplattformer er meldingsplattformer hvor kommunikasjonen er beskyttet gjennom kryptering, og partene i kommunikasjonen må ha tilgang til krypteringsnøkkelen for å kunne lese innholdet.¹³ Den mest utbredte formen for kryptering er ende-til-ende kryptering. Rent teknisk vil en melding i det den sendes fra en enhet krypteres med lås til den når frem til mottakeren som har nøkkel til å dekryptere meldingen. Prosessen sørger for at tredjeparter ikke har mulighet til å avlese meldingen i transportfasen, da det som sendes er kryptert og kan ikke leses uten tilgang til krypteringsnøkkelen.¹⁴ Ukryptert kommunikasjon kan tradisjonelt avleses av enten teleleverandører eller internettleverandører, noe politiet ofte anmoder de om å gjøre i forbindelse med etterforskning av alvorlige straffesaker.

⁹ Meld. St.7 (2010-2011) s. 105.

¹⁰ Meld.St. 7 (2010-2011) s. 106, hvor «ranstelefonene» fra Nokas nevnes som et eksempel.

¹¹ Store norske leksikon (2022).

¹² Berg (1997).

¹³ Verji (2022).

¹⁴ Verji (2022).

Slike krypterte kommunikasjonsplattformene er hverken ulovlige eller uønskede tekniske utredninger. Tvert imot er utviklingen, implementeringen og bruken av kryptering støttet opp av den europeiske union ved deres resolusjon om kryptering «Secuirty through encryption and security despite encryption».¹⁵

Det finnes en rekke ulike tilbydere av krypterte kommunikasjonsplattformer lett tilgjengelig for befolkningen.¹⁶ Blant de mest brukte er meldingsapplikasjonen WhatsApp med rundt 2,4 milliarder unike brukere.¹⁷ WhatsApp er en mobilapplikasjon som kan lastes ned og brukes på samtlige smarttelefoner, tjenesten er gratis og lett tilgjengelig i det åpne markedet. Andre tilbydere av kryptert kommunikasjonsplattformer er vesentlig mindre egnet allmenheten, og heller rettet mot kriminelle. Slike tjenester har vært gjenstand for internasjonale politioperasjoner og som har ført til de bevisavskjæringssakene man har hatt i Norge de siste årene.

2.2 Særskilte plattformer brukt av kriminelle

I et høringsbrev i forbindelse med straffelovrådets utredning om kriminalisering av deltakelse og rekruttering til kriminelle grupper, leverte Kripos et brev hvor de blant annet delte deres erfaringer med straffefølgelsen av gjengkriminelle. Kripos viser til erfaringen erindret gjennom samarbeidet med fransk og nederlandsk politi i etterforskning av den krypterte kommunikasjonsplattformen EncroChat. Det bemerkes at slike telefoner og kommunikasjonsplattformer brukes av erfarne kriminelle og grupper som ønsker å beskytte kommunikasjonen mot politiets avlytting.¹⁸

De senere års etterforskning og domstolsbehandling har avdekket at det er hovedsakelig tre forskjellige krypteringsplattformer som kan knyttes til organiserte kriminelle; SKY ECC, Anom og EncroChat. Nevnte kommunikasjonstjenester har en rekke gjentakende egenskaper som gjør de særlige ettertraktet i det kriminelle miljøet, og flere politioperasjoner har avdekket disse plattformene som den foretrukne formen for kommunikasjon blant kriminelle. Det som skiller disse tilbyderne av de krypterte kommunikasjonsplattformene fra eksempelvis WhatsApp, er deres tekniske egenskaper, omsetning og sikkerhetsfunksjonalitet.

Både EncroChat, Sky ECC og Anom ble markedsført som plattformer med høy grad av sikkerhet og garanterer anonymitet. I motsetning til WhatsApp som enkelt kan lastes ned som en app gjennom det åpne markedet, krever disse tre plattformene en sterkt modifisert smarttelefon med et særegent operativsystem for å kunne opereres. Både EncroChat og SKY ECC leveres ferdig

¹⁵ Rådet for Den europeiske union (2020).

¹⁶ Se f.eks. Messenger, Signal, Telegram.

¹⁷ Statista (2022).

¹⁸ Kripos (2020) s. 1.

oppsatt med et internasjonalt sim-kort og sterkt begrenset funksjonalitet utover å kunne kommunisere med andre telefoner som har tilsvarende operativsystem.¹⁹ I tillegg til den begrensede funksjonaliteten, leveres telefonene med en rekke sikkerhetsfunksjoner. EncroChat telefonene er modifiserte smarttelefoner hvor både mobilens kamera, mikrofon, GPS og USB dataport er fjernet.²⁰ Telefonene er også utrustet med en «panic button» som tillater brukeren å taste inn en kode som vil slette all data på telefonen, samt fjernsletting av alt innhold gjennom en annen tilsvarende modifisert telefon.²¹

Omsetningen av disse telefonene skiller seg også ut fra de alminnelige krypterte kommunikasjonsplattformene, ved at tilgangen til de er svært begrenset. Hverken EncroChat telefoner, eller SKY ECC telefoner fås kjøpt i vanlig butikk, men må kjøpes gjennom egne nettsider, eller via Ebay. Telefonene er i tillegg svært kostbare, det anslås at en EncroChat telefon koster mellom 15.000 til 20.000 NOK for 6 måneders bruk.²²

Disse egenskapene er skreddersydd for å sikre seg mot avlytning og avlesning av data som medfører at telefonene er svært attraktive for kriminelle. Mens hovedfokus ved alminnelige krypterte kommunikasjonsplattformer ligger i selve krypteringen, er de nevnte plattformene skreddersydd til å raskt kunne slette alle spor og dermed hindre politiets adgang til avlesning av materialet. Den begrensede tilgjengeligheten og høye prisen indikerer at disse plattformene ikke er tiltenkt å nå ut til den generelle befolkningen, men heller rettet mot en spesiell målgruppe. En målgruppe som ønsker å unndra seg enhver form for overvåkning og etterforskning, og muligheten til å umiddelbart kunne slette alle spor på telefonen.

2.3 Etterforskning mot enkelte kommunikasjonstjenester

Bakgrunnen for etterforskningen av disse krypterte kommunikasjonsnettverkene, var at politiet rundt om i Europa i økende grad beslagla og avdekket krypterte telefoner i forbindelse med etterforskningen av alvorlig organisert kriminalitet. Det dreide seg hovedsakelig om grove narkotikasaker, og politiet mistenkte et internasjonalt kriminelt nettverk sto bak.²³ Disse beslagene avdekket telefonenes særegne kvaliteter, som viste seg å være en viktig brikke ved utfoldelsen av organisert kriminalitet, da politiets tradisjonelle tvangsmidler kom til kort i å avdekke kommunikasjonen på disse plattformene. Den videre redegjørelsen vil ta for seg etterforskningen av EncroChat for å nærmere belyse hvordan bevisinnhenting kan foregå. Etterforskningen

¹⁹ EncroChat (2019) og LB-2021-164345.

²⁰ EncroChat (2019).

²¹ EncroChat (2019).

²² TOSL-2021-30329 som beskriver Kripas sitt temanotat om EncroChat.

²³ Eurojust (2020).

tjener som et godt eksempel på den konkrete fremgangsmåten ved internasjonalt politisamarbeid, og det nærmere samspillet med domstolene.

I forbindelse med etterforskningen av EncroChat, besluttet franske myndigheter å opprette sak hos Eurojust, som er EUs enhet for samarbeid mellom påtalemyndighetene i Europa.²⁴ I samarbeid med nederlandsk politi, ble det opprettet en felles etterforskningsgruppe – Joint Investigation Team (JIT).²⁵ Slike etterforskningsgrupper er egnet for saker som fordrer tett samarbeid mellom to eller flere stater, og bidrar til at etterforskningen ledes effektivt med felles målsetninger om prioritet.²⁶ De bevisene som innhentes kan fortløpende deles med de andre JIT-deltakerne uten at det sendes rettsanmodninger,²⁷ noe som i betydelig grad letter etterforsknings-samarbeidet over landegrensene.

Etterforskningsgruppen lyktes først med å få tilgang til EncroChats server som var lokalisert i Roubaix i Frankrike. Videre med bistand fra Eurojust og Europol ble det utviklet en teknisk løsning for å dekryptere datatrafikken slik at innholdet kunne leses i tilnærmet sanntid.²⁸ Førsteinstansdomstolen i Lille ga tillatelse til dataavlesning mot serveren. Innledningsvis rettet etterforskningen seg mot personer tilknyttet selskapet EncroChat. Mistanken knyttet seg til tjenestetilbyderen som sådan og gjaldt medvirkning til grove narkotikalovbrudd, men ble videre utvidet til å også omfatte plattformens brukere.

Tillatelsen fra domstolen i Lille gjorde det mulig for fransk politi å installere en programvare de hadde utviklet, på serveren til EncroChat i Roubaix. Fordekt som en programvareoppdatering, lastet brukerne ned oppdateringen på deres telefoner, som i realiteten var politiets programvare. Dette ga politiet mulighet til å omgå krypteringen og avlese meldingene i sanntid, samt ga de tilgang til IMEI-numre, tekstmeldinger, mediefiler, notater og kontaktlister.²⁹ Den konkrete tekniske fremgangsmåten for dataavlesning ble aldri redegjort for, da disse metodene er underlagt sikkerhetsgradering i Frankrike.

Norsk politi ble først involvert etter at dataavlesningen var iverksatt. Kripos ble invitert til å motta data fra JIT-etterforskningen knyttet til EncroChat brukere i Norge. Kripos og senere ulike politidistrikt, overtok datamaterialet og kunne følge kommunikasjonen på plattformen i sanntid. Basert på innholdet av datamaterialet, sammenholdt med øvrige etterforskningskritt

²⁴ Grøstad (2020) s. 28.

²⁵ Eurojust (2020).

²⁶ Grøstad (2020) s. 124.

²⁷ Grøstad (2020) s. 125.

²⁸ HR-2022-1314-A, i avsnitt 5.

²⁹ HR-2022-1314-A, i avsnitt 7 og LB-2021-164345 punkt 3.

foretatt av norsk politi, ble flere norske brukere identifisert og Kripos fikk ved kjennelse av Oslo tingrett adgang til kommunikasjonsavlytting av de mistenkte i Norge.³⁰

I medhold av den Europeiske konvensjon om gjensidig hjelp i straffesaker rettet norsk myndigheter en rettsanmodning hvor det ble forespurt om tillatelse til å bruke materialet fra JIT-etterforskningen som bevis i straffeforfølgningen av de mistenkte i Norge, noe franske myndigheter tillot.³¹ Det samme er gjort i andre straffesaker i ulike politidistrikter i Norge.

Fremgangsmåten fransk og nederlandsk politi benyttet springer ut fra JIT-etterforskningen etablert av Eurojust med bistand fra Europol.³² De nærmere tvangsmidlene som ble iverksatt mot serveren i Roubaix Frankrike, var sanksjonert og gjort i medhold av tillatelse fra stedlig domstol i Lille. Norsk politi ble videre orientert om JIT-etterforskningen og fikk tilgang til materielt. I det følgende vil avhandlingen søke å belyse de rettslige skrankene og problemstillingene som oppstår når norsk politi vil benytte materialet mottatt fra utlandet i norske straffesaker.

³⁰ LB-2021-164345 punkt 2.

³¹ LB-2021-164345.

³² Eurojust (2020).

3 Bevisavskjæring – alminnelige prinsipper

3.1 Innledning

I det følgende vil det redegjøres for prinsippet om fri bevisføring, og de tilhørende hensyn. Videre vil det redegjøres for begrensningene som gjør seg gjeldende ved bevisføringen, og nærmere om denne avveiningsvurderingen. Det gis et nærmere innblikk i utviklingen av hvordan domstolene har vurdert og utviklet bevisavskjæringsspørsmålet. Hensikten med å peke på denne utviklingen er å belyse de relevante momentene som har vært ledende for den rettskapede praksisen om føring av utenlandske bevis. Redegjørelsen vil også kunne tjene som bakteppe for retningen Høyesterett har valgt ved spørsmål om bevisavskjæring av både norske og utenlandske bevis, og vil således være relevant i forbindelse med problemstillingen som reises i avhandlingens kapittel 6.

3.2 Alminnelige bevisregler

Hensikten bak en straffesak er å avgjøre om den mistenkte er skyldig i det straffbare forholdet det er tatt ut tiltale for, samt å fastslå hvilken reaksjon som er riktig.³³ Straffeprosessloven er rammene satt av lovgiver for etterforskning og iretteføring av straffesaker. Et grunnleggende formål i norsk straffeprosess er å komme frem til materielt riktig avgjørelser - det materielle sannhetsprinsipp.³⁴ Hensynet til å sakens opplysning og det å komme til et materielt riktig resultat legger føringer for prinsippet om fri bevisførsel. Det sentrale ved iretteføring av en straffesak vil være å klargjøre et konkret hendelsesforløp, hvilket gjøres gjennom fremleggelsen av bevis.

Det klare utgangspunktet i norsk domstolsbehandling er partene har rett til å føre de bevis de ønsker. Prinsippet om fri bevisføringen i sivile saker er fastsatt i tvisteloven § 21-3 første ledd. Prinsippet om fri bevisføring i straffesaker er også det klare utgangspunktet. I motsetning til tvisteloven fremgår ikke prinsippet uttrykkelig av straffeprosessloven, men kommer uttrykkelig frem gjennom Høyesterettspraksis som stadfester av utgangspunktet om fri bevisførsel ikke er lovfestet, men «hovedregelen er likevel klar».³⁵

Høyesterett har uttalt at hensynet bak prinsippet om fri bevisføring er «fordi dette sikrer best mulig opplysning av saken».³⁶ Partenes rett til å føre de bevis de ønsker antas å bidra til sakens opplysning og følgelig at straffesaken får en korrekt avgjørelse.³⁷

³³ NOU 2016: 24 s. 256.

³⁴ NOU 2016: 24 s. 67.

³⁵ Rt-1990-1008, på s. 1010.

³⁶ Rt. 2008 s. 605, i avsnitt 13.

³⁷ NOU 2016: 24 s. 258.

Samtidig er ikke prinsippet om fri bevisførsel helt uten grenser. Det stilles innledningsvis et grunnvilkår om bevisets relevans for saken.³⁸ Retten til å føre et bevis er følgelig betinget av bevisets betydning for saken. Dette medfører en begrensning i retten til å føre bevis som er uten betydning for dommens innhold og kan stå i veien for hensiktsmessig og effektiv saksbehandling.³⁹ Hensynet til effektiv og konsentrert rettsbehandling av de aktuelle strafferettslige problemstillingene saken reiser er bakgrunnen for at det stilles krav til bevisets relevans. Kravet til relevans gjelder alle former for bevis og er stadfestet i straffeprosessloven § 292 første ledd hvor det fremgår at bevis kan avskjæres når det gjelder «forhold som er uten betydning for dommens innhold». Bestemmelsen gir domstolene adgang til å avskjære bevis som ikke søker å belyse forhold som er relevante for skyldspørsmålet eller straffespørsmålet. I tillegg til det lovfestede relevanskravet, foreligger det ulovfestede bevisavskjæringsregler som kan begrense hvilke bevis som kan føres for domstolene.

3.3 Begrensninger ved bevisføring av ulovlige bevis

Det bemerkes innledningsvis at den videre fremstillingen knytter seg til de tilfellene hvor bevisene er ervervet på en ulovlig måte. Det mer generelle spørsmålet om bevisavskjæring kan ha flere rettslige grunnlag. Fremstillingen i det følgende utgjør et avgrenset felt, som omhandler føringen av ulovlige bevis.

Straffeprosesslovens fjerde del opplytter de forskjellige tvangsmidlene politiet har til rådighet under etterforskningen. Avhengig av hvilke virkemidler som ønskes anvendt, er det forskjellige lovpålagte krav og skranker i forbindelse med politiets beviserverv. Det er først når beviset er ervervet i strid med disse rammene, enten det er tale om brudd på materielle eller formelle kompetanseregler, spørsmålet om bevisavskjæring blir reist. Spørsmålet har også blitt reist i forbindelse med bevis som er lovlig ervervet, men som er kommet til på en «utilbørlig måte».⁴⁰

I likhet med prinsippet om fri bevisføring i straffesaker, er heller ikke prinsippene for bevisavskjæring lovfestet. Hvorvidt slike feil ved beviservervelsen skal føre til begrensninger for adgangen til å føre beviset ved domstolsbehandlingen reguleres gjennom fast Høyesterettspraksis. I Høyesteretts avgjørelse Rt. 2006 s. 582 beskrives utgangspunktet for adgangen til bruk av ulovlig ervervede bevis, førstvoterende utaler at: «(d)et klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres».⁴¹ Ulovlig ervervet bevis må derfor underlegges en bredere vurdering før materialet kan kreves avskåret. I

³⁸ Kjelby (2017) s. 91.

³⁹ NOU 2016: 24 s. 259.

⁴⁰ Torgersen (2009) s. 11.

⁴¹ Rt. 2006 s. 582, i avsnitt 22.

samme kjennelse vises det til fengselsbetjent-dommen, Rt. 1999 s. 1269, som ifølge førstvoterende gir en treffende oppsummering av rettsstilstanden:

«Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset plik特et å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795.»⁴²

Avveiningen Høyesterett peker på i fengselsbetjent-dommen har blitt fulgt opp ved senere Høyesterettspraksis,⁴³ hvor særlige to vurderingskriterier har blitt trukket frem som sentrale; gjentakelseskriteriet og interessekriteriet.⁴⁴

Gjentakelseskriteriet omhandler hensynet til å unngå gjentatt krenkelse ved at føring av det ulovlig ervervet beviset ved domstolsbehandlingen kan medføre en fortsettelse eller gjentakelse av det rettsbruddet som ble begått i forbindelse med beviservervet. Dersom føring av beviset ikke vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, vil spørsmålet om beviset skal avskjæres bero på en konkret interesseavveining.

Interessekriteriet knytter seg til avveining av motstridende hensyn.⁴⁵ Hensynet til den materielle sannhet, det å få saken best mulig opplyst, veies mot hensynet til siktedes rettigheter. Relevante momenter ved totalvurderingen er hvor alvorlig den kriminelle handlingen er og hvilke prosessuelle regler som potensielt er brutt, hvor også karakteren av bruddet tillegges vekt.⁴⁶

I rettspraksis er det få tilfeller hvor politiets erverv av bevis ikke har gått klar avveiningsvurderingen det nettopp ble redegjort for. De få avgjørelsene⁴⁷ hvor bevisene har blitt avskåret knytter seg til brudd på ervervsnormer for sikring av siktedes og vitners forklaringer.⁴⁸ Ved straffefølgningen av alvorlige saker, har domstolene vektlagt at «hensynet til et materielt riktig resultat

⁴² Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

⁴³ Se for eksempel Rt. 2000 s. 1345, Rt. 2006 s. 582, og HR-2017-1894-U.

⁴⁴ Jebens (2017) s. 318.

⁴⁵ Jebens (2017) s. 323.

⁴⁶ Jebens (2017) s. 328.

⁴⁷ Se blant annet. Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 1994 s. 1139.

⁴⁸ Kjelby (2017) s. 112.

må da veie tungt».⁴⁹ Gert Johan Kjelby peker på at nettopp hensynet til sakens opplysning ofte vil være det bærende momentet ved bevisavskjæringsvurderingen, at den materielle sannhets prinsipp regelmessig vil trumfe andre relevante betenkeligheter.⁵⁰

3.4 Høyesteretts oppdatering av læren om ulovlig ervervet bevis

De senere år har imidlertid Høyesterett utviklet og nærmere presisert avveiningsvurderingen for avskjæring av ulovlig bevis. I HR-2021-966-A ga Høyesterett en oppdatert fremstilling av læren om ulovlig ervervet bevis som i stor grad bygger på bevisavskjæringsnormen for sivile saker i tvistemålsloven § 22-7.

Saken gjaldt spørsmål om bevisavskjæring av skjult videopptak i en straffesak om skadeverk. Ved lagmannsrettens behandling ble det skjulte opptaket anset å være ervervet i strid med personopplysningslovens bestemmelser, men opptaket ble tillatt ført etter en samlet vurdering og interesseavveining.⁵¹ I forbindelse med Høyesteretts behandling av saken, kom Høyesterett med en rekke prinsipielle uttalelser knyttet til reglene om bevisavskjæring og hvordan de skal anvendes.

Det ble innledningsvis vist til fengselsbetjent-dommen, Rt. 1999 s. 1269, som en sentral avgjørelse om bevisavskjæring i straffesaker. Det ble samtidig presisert fra Høyesterett at den todelte vurderingen avgjørelsen legger opp til, og som det har blitt redegjort for i punkt 3.3, skal forlates til fordel for en bredere vurdering, hvor flere momenter trekkes inn i vurderingen.

Førstvoterende begrunnet det med at reglene om bevisavskjæring ble lovfestet for sivile saker i tvistemålsloven § 22-7 hvor det fremgår at retten «kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte». Det ble videre pekt på at hensikten med lovfestingen var å videreføre gjeldende rett i tråd med rettspraksisen av både straffesaker og sivile saker som forelå, da vurderingstemaet ble ansett å være det samme i både straffesakene og de sivile sakene.⁵²

Tvistemålsutvalget kommenterte nærmere de konkrete vurderingskriteriene:

«For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse. Dette må veies mot det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet ved kritikkverdige midler, at bevisavskjæring vil

⁴⁹ Rt. 2013 s. 476, i avsnitt 22, se også Rt. 2009 s. 1526, i avsnitt 32.

⁵⁰ Kjelby (2017) s. 112.

⁵¹ HR-2021-966-A, i avsnitt 9.

⁵² HR-2021-966-A, i avsnitt 21 og 22.

kunne virke preventivt, at det kan virke støtende å tillate bevisføringen, *og ikke minst at dette lett vil kunne oppfattes som en fortsatt og forsterket krenkelse i forhold til den som er rammet*. Det kriterium utvalget har valgt, fremhever spesielt det sistnevnte momentet. Andre momenter er hvor alvorlig krenkelsen er, om det dreier seg om en materiell integritetskrenkelse eller brudd på formelle regler ved ervervet av beviset, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, og om det ville vært mulig å skaffe opplysningene til veie på annen måte.»⁵³

På bakgrunn av uttalelsene oppdaterte Høyesterett rettstilstanden for føring av ulovlig ervervede bevis:

«Ved vurderingen av om beviset skal nektes ført, må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelsen som ble begått ved innhenting av beviset. Videre har det betydning om den som satt med beviset, pliktet å utlevere dette. I tråd med blant annet verksbetjentdommen må det dessuten vurderes om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse. Etter omstendighetene vil det også kunne ha betydning om innhenting blir møtt med sanksjoner fra myndighetene. Andre relevante momenter er hvor viktig saken er, og hvor sentralt beviset er for oppklaringen av saken. I Ot.prp.nr.51 (2004–2005) er det på side 459 fremholdt at anvendelsen av § 22-7 «må holdes opp mot målet om å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse.»⁵⁴

Sammenlignet med vurderingskriteriene fra fengselsbetjentdommen er det riktig slik Høyesterett selv bemerker⁵⁵ at det legges opp til en bredere vurdering. De samme momentene fra avgjørelsen i 1999 er fremdeles fremtredende og relevante, men har også blitt supplert med nye kriterier. Slik jeg leser avgjørelsen er derimot den største endringen i læren om ulovlig ervervet bevis at man forlater den todelte vurderingen til fordel for én helhetlig vurdering. Endringen innebærer at rettstilstanden om at «beviset normalt må nektes ført»⁵⁶ dersom det stadfestes at føringen av beviset vil representere en fortsettelse eller gjentakelse av rettsbruddet, opphører. Så fremfor at gjentakelseskriteriet anses som utslagsgivende, er kriteriet redusert til et vektig moment i totalvurderingen.

Motivene bak endringen, som det fremgår av både avgjørelsen og Tvistemålsutvalget, er å understreke at bevisavskjæringsregelen har «et forholdsvis snevert anvendelsesområde».⁵⁷ Det

⁵³ NOU 2001:32B s. 961.

⁵⁴ HR-2021-966-A, i avsnitt 24.

⁵⁵ HR-2021-966-A, i avsnitt 21.

⁵⁶ Rt. 1999 s. 1269, på s. 1272.

⁵⁷ HR-2021-966-A, i avsnitt 23 og NOU 2001:32B s. 961.

uttales som nevnt at «siktemålet med lovfestingen var å videreføre gjeldende rett i tråd med den rettspraksisen som forelå», og som gjennomgang i punkt 3.3 belyste er det nettopp få avgjørelser hvor ulovlige bevis har blitt avskåret. Oppdateringen medfører følgelig ikke noe endring i rettstilstanden.

Etter min mening kan Høyesteretts oppdatering av læren om ulovlige bevis tas til inntekt for at det ikke skal settes noen absolutte skranker ved vurderingen av om bevis skal avskjæres. Alle relevante momenter skal inngå i en helhetsbedømmelse, fremfor at noen kriterier nødvendiggjør et absolutt bevisforbud. Det sentrale må være at adgangen til å føre et ulovlig bevis ikke står og faller på ett enkeltstående moment.

3.5 Vurdering av utenlandske bevis

Det har nettopp blitt redegjort for utviklingen av den rettskapede praksisen rundt bevisføring av ulovlig ervervet bevis i Norge. Det vil i avhandlingens kapittel 4 nærmere redegjøres for bevisføringsadgangen for bevis innhentet fra utlandet og de nærmere skrankene ved bruk av disse i domstolene. Bruk av materiale innhentet av utenlandske myndigheter er likhet med læren om bruk av ulovlig ervervet bevis ikke lovregulert, men følger av norm skapt av Høyesterett med utspring i Rt. 2002 s. 1744.

4 Bruk av bevis fra utlandet som ikke kunne vært lovlig innhentet i Norge

4.1 Gjennomføring av bevisinnhenting og bruk i norske saker

I forbindelse med etterforskning og iretteføring av en sak vil det kunne oppstå behov for bistand fra myndighetene i et annet land.⁵⁸ I slike situasjoner kan norske myndigheter forespørre andre lands myndigheter om bistand med gjennomføringen av bevisinnhenting.

Disse forespørslene sendes i form av rettsanmodninger, hvor det bes om bistand til etterforskningsskritt eller bevisinnhenting. Det kan være tale om et vitne som befinner seg i utlandet som ønskes avhørt, dokumenter eller andre gjenstander som ønskes innhentet eller iverksettelse av tvangsmidler som ransaking eller beslag.

Et sentralt internasjonalt regelverk er den europeiske konvensjon om gjensidig hjelp i straffesaker av 20. april 1959.⁵⁹ Konvensjonen er en viktig avtale for det internasjonale samarbeidet ved kriminalitetsbekjempelse. Konvensjonens artikkel 1 nr. 1 slår fast at partene skal yte størst mulig gjensidig bistand ved forfølging av straffbare handlinger.⁶⁰ Dette formaliserte internasjonale samarbeidet er nærmere regulert i utleveringsloven av 1975 kap. V,⁶¹ samt Forskrift om internasjonalt samarbeid i straffesaker. Regelverket gir nærmere føringer over hvem som har beslutningskompetanse til å utstede rettsanmodning, anmodningens innhold samt hvem som er riktig mottaker.

Formålet bak de internasjonale konvensjonene om gjensidig samarbeid i straffesaker er å sikre statenes forpliktelse til å bistå hverandre med bevisinnhenting og at formelle saksbehandlingskrav følges både i det anmodende land og i det anmodede land. Dette skal sikre at bevisene innhentes på lovlig måte i den andre staten og at de samtykker til at beviset kan benyttes i en norsk straffesak.

Ved bevisinnhenting i utlandet har det oppstått en problemstilling om hvorvidt det er anledning til å fremlegge bevis fra utlandet som sikret på enn annen måte enn det foreskrevet etter norske regler. Det klare utgangspunktet er at bevisinnhenting etter anmodning fra norske myndigheter kun kan gjennomføres dersom det vedlegges beslutning som tilsier at det samme etterforskningsskrittet ville vært lovlig i Norge. Avhandlingens sentrale tema er de tilfellene det er snakk

⁵⁸ Ruud (2017) s. 144.

⁵⁹ 1959-konvensjonen.

⁶⁰ Ruud (2017) s. 147, og 1959-konvensjonen artikkel 1.

⁶¹ Utleveringsloven kap. V

om etterforskningsskritt som ikke lovlig kunne vært utført i Norge, noe som forutsetter at norske myndigheter ikke har bedt om at tiltaket utføres, men i stedet ber om materialet i ettertid.

4.2 Historikk

Tidligere var det etter straffeprosessloven av 1992 nedlagt totalforbud mot å fremlegge bevismaterialet som stammet fra telefonkontroll under hovedforhandling. Bruken av telefonkontroll var kun tiltenkt i et etterforsknings øyemed.⁶² Det fremgikk av bestemmelsens tredje ledd at:

«Opptak eller notater som er gjort i forbindelse med telefonkontroll, kan ikke brukes som bevis under hovedforhandling. Det kan heller ikke føres vitner om de opplysninger som er fremkommet ved avlyttingen.»⁶³

Hvorvidt dette bevisforbudet også gjorde seg gjeldende overfor telefonkontroll foretatt i utlandet var ikke behandlet i forarbeidene.⁶⁴ Spørsmålet ble først adressert av Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 1996 s. 666, hvor førstvoterende utalte:

«For meg er det imidlertid avgjørende at de betraktninger som har begrunnet bevisforbudet i § 216i tredje ledd, tilsier at bestemmelsen bør forstås slik at den omfatter opplysninger som fremkommer ved tilsvarende telefonkontroll i andre land. En grunnleggende tanke både bake Høyesteretts kjennelse i Rt-1991-1142 og lovendringen i 1992, var hensynet til likevekten mellom sakens parter»

Med dette konkluderte Høyesterett med at det utgjorde en saksbehandlingsfeil å føre bevismaterialet som stammet fra telefonkontrollen foretatt i Danmark. Høyesterett erkjente videre at deres tolkningsresultat innebar en begrensning i den frie bevisføring og muligheten til å få saken opplyst, men la avgjørende vekt på at «denne typen betenkeligheter ble vurdert av lovgiver ved vedtakelsen av bestemmelsen i § 216i tredje ledd.»⁶⁵

I kjølvannet av Høyesterettsavgjørelsen ble bestemmelsen endret i 1999, slik at bevismateriale fra telefonkontroll også ble tillat ført som bevis i straffesaker. Metodeutvalget utalte at regelen om bevisforbud «skapte uheldige situasjoner» og pekte på situasjonen fra Høyesteretts avgjørelse fra 1996 hvor medvirkere i samme sak pådømmes dels i Danmark og dels i Norge.⁶⁶ Det

⁶² NOU 1997: 15 punkt 2.8.

⁶³ Lov om endringer i straffeprosessloven (1992), § 216i tredje ledd

⁶⁴ Rt. 1996. s. 666, på s. 669.

⁶⁵ Rt. 1996 s. 666, på s. 670.

⁶⁶ NOU 1997: 15 punkt 2.8.

ble videre pekt på at det var uheldig å ikke ha adgang til føre bevismateriale fra telefonkontroll foretatt i land hvor slik bevisførsel er tillatt.⁶⁷

Bestemmelsen ble med det opphevet, slik at materiale fra telefonkontroll nå skulle kunne føres, samtidig som det ble stadfestet at det som hovedregel at forsvarer og siktede fullt skulle gis innsyn i materialet.⁶⁸

Lovendringen i 1999 markerte et skifte i bevisføringsadgangen, ved at lovgiver nå opphevet de tidligere begrensinger som forelå. Justisdepartementet vektla den materielle sannhets prinsipp og prinsippet om fri bevisbedømmelse som argument for opphevelsen av bevisforbudet i § 216i. Departementet uttalte følgende i forarbeidene til endringsloven:

«Det er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess at det gjelder å komme frem til materielt riktige avgjørelser (den materielle sannhets prinsipp). Blant annet for å oppfylle dette prinsippet bygger vår prosess på prinsippet om fri bevisførsel».⁶⁹

Justisdepartementet ga her uttrykk for de grunnleggende føringene som førte til opphevelsen av det totale bevisforbudet av materiale fra telefonkontroll. Departementet ga videre i odelstingsproposisjonen føringer for hvordan materialet fra kommunikasjonskontroll foretatt i *utlandet* skulle håndheves. Departementet uttalte at bevisføringen av materialet «bør begrenses til de sakstyper hvor det er adgang til å foreta slik kontroll i Norge.»⁷⁰ Med dette forstås det at adgangen til å bruke materialet fra utlandet, kun tillates for de tilfeller det ville være tilsvarende adgang etter norsk straffeprosess. Etter departementets syn er en slik løsning forenlig med ordlyden i de foreslåtte bestemmelser,⁷¹ og departementet så det ikke som nødvendig å foreslå en uttrykkelig regel om dette.⁷²

Justisdepartementets synspunkter ble først kommentert i forbindelse med Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2002 s. 1744. Kjæremålsutvalget tilsidesatte uttalelsene fra departementet og pekte på at de hadde en «karakter av en meningsytring fra departementets side».⁷³

Kjæremålsutvalget presiserte at ytringen må tillegges vekt, men ble ikke ansett å være bindende for domstolene. Det avgjørende ved vurderingen om slike opplysninger kunne føres måtte etter

⁶⁷ NOU 1997: 15 punkt 6.2.7.

⁶⁸ NOU 1997: 15 punkt 2.8.

⁶⁹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 66.

⁷⁰ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 67.

⁷¹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 67.

⁷² Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 67.

⁷³ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1746.

utvalgets syn avgjøres «ut fra en bredere vurdering».⁷⁴ Fremfor å ta utgangspunkt i lovens ordlyd og legge avgjørende vekt på uttalelsene fra justisdepartementet, oppstilte Høyesterett et nytt vurderingstema som utvilsomt må anses som gjeldende rett i dag.⁷⁵ Avgjørelsen markerer et skifte i rettsstilstanden vedrørende bevisføring av materiale fra kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet.⁷⁶

4.3 Presentasjon av rettsstilstanden

4.3.1 Spania-kjennelsen

I Rt. 2002 s. 1744 behandlet Høyesterett hvorvidt en person siktet for spritsmugling på grunnlag av bevismateriale innhentet i Spania kunne varetektsfengsles. Etterforskningen i Spania ble iverksatt etter en rettsanmodning, hvor norsk påtalemyndighet anmodet om generell etterforskningsbistand,⁷⁷ uten å gi noen nærmere føringer eller konkretisere hvilke skritt som skulle foretas.

Det omdiskuterte bevismaterialet var kommunikasjonskontroll foretatt av spanske myndigheter etter spansk lov. Tilsvarende bruk av kommunikasjonskontroll overfor den siktede ville ikke vært tillat etter norsk lov, da kriminalitetskravet i strpl. § 216a ikke var oppfylt grunnet for lav strafferamme.

Det konkrete rettsspørsmålet var dermed om bevismaterialet som var sikret i Spania etter spansk lov, kunne føres som bevis i en norsk fengslingssak, all den tid det ikke forelå hjemmel til å sikre samme materiale i Norge.

Kjæremålsutvalget kom til at bevismaterialet fra kommunikasjonskontrollen kunne benyttes som bevis i saken. Høyesterett la til grunn at gjennom prinsippet om fri bevisbedømmelse, skal det foreligge særskilt grunnlag for at et bevis skal kunne nektes ført.⁷⁸ Ifølge Høyesterett gjelder begrensingene i adgangen til å bruke kommunikasjonskontroll som bevis etter straffeprosessloven § 216 i, bare for kommunikasjonskontroll som er foretatt i Norge.⁷⁹ Ved vurderingen av om kommunikasjonskontroll som stammer fra utlandet kunne brukes som bevismiddel måtte «avgjøres ut fra en bredere vurdering».⁸⁰

⁷⁴ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1747.

⁷⁵ Se Rt. 2005 s. 1524, HR-2021-1336-U, HR-2021-1538-U og HR-2022-1314-A hvor rettssetning fra 2002 legges til grunn for vurderingen om bevisavskjæring.

⁷⁶ Osnes (2012) s. 140.

⁷⁷ Grøstad (2020) s. 105.

⁷⁸ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1746.

⁷⁹ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1746.

⁸⁰ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1747.

I vurderingen presiserer utvalget at det er tale om en avveining mellom hensynet til den enkeltes rett til respekt for privatlivet og personlig integritet, opp mot behovet for å få oppklart straffbare handlinger.⁸¹ Videre at ulike land har valgt forskjellige løsninger i dette henseende. Utvalget uttalte at:

«Dersom man har valgt å ta opphold i et land som ikke har like sterke begrensninger i adgangen til kommunikasjonskontroll som det vi har, kan man etter kjæremålsutvalgets mening ikke ha noen beskyttelsesverdig forventning om at man i Norge ikke skal tillate brukt som bevis opplysninger som er innhent ved lovlig kommunikasjonskontroll i vedkommende land.»

På denne bakgrunn la utvalget til grunn at det ikke foreligger noe krav om at bevismaterialet må kunne ha vært innhentet på tilsvarende måte etter norsk rett, og konkretiserte en rettssetning som utgjør den ytre grensen for hva som kan aksepteres.⁸²

«Dersom den kommunikasjonskontroll som er foretatt i utlandet, ikke er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger, og opplysningene blir brukt som bevis for et straffbart forhold som i vedkommende land kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra, må opplysningene etter utvalgets oppfatning kunne brukes som bevis i straffesak i Norge, så fremt siktede blir gitt rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet ved kommunikasjonskontroll i den aktuelle sak.»

Høyesteretts kjennelse stadfester at det ikke foreligger noe krav om at bevismaterialet innhentet i utlandet i tråd med deres regler, må også kunne ha vært innhentet her i landet. Det sentrale vurderingstemaet vil være om bevismaterialet er innhentet i tråd med deres regler, samt at det er i tråd med «grunnleggende norske verdioppfatninger» og videre at siktede blir gitt rett til innsyn i det innhentede materialet.

I etterkant av avgjørelsen fra 2002, kom riksadvokaten med presiseringer vedrørende bruk av kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet som bevis i Norge.⁸³ Brevet ble sendt ut til påtalemyndigheten og oppsummerte vilkårene for bruk av utenlandsk kommunikasjonskontroll. Hensikten med brevet var å gi nærmere føringer for hvordan avgjørelsen fra 2002 skulle forstås, Riksadvokaten presiserte blant annet:

⁸¹ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1747.

⁸² Grøstad (2020) s. 105.

⁸³ Riksadvokaten (2003).

«Av kjennelsen fremgår eller kan utledes fire grunnleggende vilkår for bruk av utenlandsk kommunikasjonskontroll som bevis i Norge som bes iaktatt av politi og påtalemyndighet:

- Kommunikasjonskontrollen må ikke være gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger
- Den må være lovlig etter reglene i det land den er gjennomført
- Tiltalte må gis rett til innsyn i alle opplysninger som er innhentet gjennom kontrollen
- Kommunikasjonskontrollen må ikke ha karakter av å være en ren omgåelse av de begrensninger i kontrolladgangen som gjelder i Norge i henhold til norsk lovgivning. Den avlytting som er gjennomført i utlandet og som ønskes benyttet som bevis, kan derfor ikke *alene* være basert på en anmodning om slik kontroll fra norsk påtalemyndighet (dersom det aktuelle forhold ikke gir grunnlag for tilsvarende tiltak i Norge)»⁸⁴ (Original utheving).

I Rt. 2005-1524 behandlet Høyesteretts spørsmålet om bevismateriale som strammet fra kommunikasjonskontroll utført av litauiske myndigheter kunne føres for norske domstoler. I forbindelse med redegjørelsen for det rettslige utgangspunktet vedrørende bruk av bevismateriale fra utlandet henviste Høyesterett til kjennelsen fra 2002 og uttalte at:

«Det eg har sagt, inneber ikkje at eg meiner at norske domstolar alltid må godta bevismateriale frå utlandet som er i samsvar med reglane i vedkomande land. På dette punktet nøyer eg meg likevel i denne saka med å vise til det Høgsteretts kjæremålsutval uttala i avgjerda i Rt. 2002 s. 1744, som gjaldt bruk av bevis som var innhenta ved lovleg telefonavlytting i Spania i eit tilfelle der telefonavlytting ikkje lovleg kunne vore gjennomført her i landet. Kjæremålsutvalet sette der som vilkår for bruken at «den kommunikasjonskontroll som er foretatt i utlandet, ikke er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger». Eg er einig i at det må stillast opp vilkår av denne typen.»⁸⁵

Både vurderingen Høyesterett legger til grunn for bevisføringen av materialet fra Litauen, og Riksadvokatens rundskriv stadfestet de utgangspunktene som ble oppstilt i avgjørelsen fra 2002, utgjør vilkår for bruk av bevis innhentet i utlandet.

4.3.2 Trojan Shield

Det rettslige utgangspunktet fra kjennelsen avsagt i 2002, som ble videre stadfestet i avgjørelsen fra 2005 har igjen aktualisert seg de senere år i forbindelse med etterforskning og iretteføring av kriminelle organisasjoner som tar i bruk krypterte kommunikasjonsplattformer.

⁸⁴ Riksadvokaten (2003).

⁸⁵ Rt. 2005 s. 1524, i avsnitt 20.

Det ble i avhandlingens kapittel 2 belyst hvordan nevnte teknologiske anretningene har ført til et internasjonalt politisamarbeid ved etterforskningene av disse sakene, og det bevismateriale etterforskningen har resultert i. Norsk politi har ved flere anledninger mottatt materiale innhentet av utenlandske myndigheter som stammer fra disse krypterte plattformene, og ønsket å føre materiale som bevis i norske straffesaker. Høyesterett har i to nylig avsatte kjennelser, behandlet bevisføringen av slikt bevismateriale.

I HR-2021-1336-U behandlet ankeutvalget en fengslingskjennelse hvor mistankegrunnlaget knyttet seg til sammenfatninger utarbeidet av norske politi, som stammet fra kontroll av en kryptert kommunikasjonsplattform foretatt av amerikansk politi. Det konkrete spørsmålet var om det var anledning til å bruke informasjonen fra kommunikasjonskontroll som var foretatt av amerikansk politi for å etablere skjellig grunn til mistanke i en norsk straffesak.⁸⁶ Det var i tillegg spørsmål om hvorvidt forsvarer og retten måtte få tilgang til det underliggende materiale fra amerikansk politi som sammenfatningene var basert på.

Ved vurderingen av om sammenfatningene basert på bevismaterialet fra utlandet kunne føres som bevis i fengslings-saken tok utvalget utgangspunkt i kjennelsen fra 2002. Utvalget pekte innledningsvis på at det i lagmannsrettens kjennelse ble stadfestet at informasjonsinnhenting var gjennomført i tråd med amerikansk rett.⁸⁷ Premissene fra avgjørelsen i Rt. 2002 s. 1744 løftes frem og den nærmere vurderingen utvalget foretar er hvorvidt bevismateriale fra USA er innhentet «i strid med grunnleggende norske verdier». Utvalget deler seg i et flertall og et mindretall. Etter flertallets syn var bruken av bevismaterialet ikke i strid med grunnleggende norske verdier.⁸⁸ Flertallet viser til at:

«..brukere av en slik plattform i det minste må være klar over at politiet vil gå ut fra at krypteringstjenesten i stor utstrekning brukes av kriminelle nettverk, og at brukerne dermed lett kan bli gjenstand for overvåkning og etterforskning.»⁸⁹

Mindretallet ved dommer Falch sluttet seg til Høyesteretts vurdering i Rt. 2002 s. 1744 hvor det ble uttalt at siktede som oppholdt seg i Spania ikke kunne ha noen beskyttelsesverdig forventning om at han ikke skulle omfattes av landets videre adgang til kommunikasjonskontroll.⁹⁰ I motsetning til saken fra 2002, var det ifølge mindretallet en vesensforskjell at siktede i

⁸⁶ HR-2021-1336-U, i avsnitt 1.

⁸⁷ HR-2021-1336-U, i avsnitt 17.

⁸⁸ HR-2021-1336-U, i avsnitt 21.

⁸⁹ HR-2021-1336-U, i avsnitt 21.

⁹⁰ HR-2021-1336-U, i avsnitt 30.

nåværende sak oppholdt seg i Norge da amerikanske myndigheter drev kommunikasjonsovervåkning av ham, og viste til at disse omstendighetene ikke ble nærmere behandlet ved lagmannsrettens vurdering, og stemte for opphevelse av lagmannsrettens kjennelse.⁹¹

Ved vurderingen av den manglende tilgangen til det underliggende materialet kom et enstemmig utvalg til at det var hverken i strid med prinsippet om «equality of arms» eller kontradiksjonsprinsippet. Det ble vist til det andre vilkåret fra 2002-kjennelsen om at siktede gis rett til innsyn i de opplysninger som er innhentet, hvor utvalget konkluderte med at vilkåret ikke kunne forstås som «et ufravikelig krav på ethvert stadium i straffesaken».⁹²

Kjennelsen bygger videre på den rettskapte praksisen fra kjennelsen i Rt. 2002 s. 1744, men kan også tas til inntekt som en utvidelse av adgangen til å benytte bevis innhentet av utenlandske myndigheter.⁹³ Det vises både til det faktum at siktede oppholdt seg i Norge under de utenlandske myndigheters utøvelse av kommunikasjonskontroll, samt til det at fengslings spørsmålet kunne avgjøres uten at det ble gitt innsyn i grunnlagsmaterialet som påtalemyndighetenes rapport bygget på. En nærmere analyse av utviklingen behandles i avhandlingens kapittel 5.

4.3.3 EncroChat

Spørsmålet om bevisavskjæring av bevis fra utlandet er også behandlet i HR-2022-1314-A. Saken gjaldt anke over lagmannsretten kjennelse om ikke å ta begjæring om bevisavskjæring til følge. Det omtalte bevismaterialet var datamateriale som fransk politi ved bruk av skjulte tvangsmidler hadde avlest fra det kryptert kommunikasjonsnettverket; EncroChat. Tvangsmiddelbruken omfattet også brukere på norsk territorium og, det konkrete spørsmålet var om dette etterforskningsmaterialet kunne føres som bevis i en norsk straffesak. Ankeutvalget skulle avgjøre saken i avdeling med fem dommere og det ble videre holdt muntlige forhandlinger.⁹⁴ Ankene over saksbehandlingen ble forkastet, Høyesterett skulle dermed kun ta stilling til rettsanvendelsen. I forkant av ankeutvalgets avgjørelse var det en rekke straffesaker som ble stilt i bero, da det omtalte etterforskningsmaterialet fra Frankrike ga utspring til en rekke forskjellige straffesaker. Hovedforhandlingene til disse sakene ble utsatt i påvente av Høyesteretts avgjørelse om hvorvidt bevismaterialet fra franske myndigheter kunne føres for retten i Norge.

Enstemmig Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for å avskjære materialet fra EncroChat som bevis. I likhet med avgjørelsene det nettopp har blitt redegjort for, tok utvalget

⁹¹ HR-2021-1336-U, i avsnitt 31.

⁹² HR-2021-1336-U, i avsnitt 25.

⁹³ LB-2021-164345 punkt. 4.1.

⁹⁴ HR-2022-520-U.

utgangspunkt i det som var lagt til grunn i Spaniakjennelsen fra 2002.⁹⁵ Høyesterett la til grunn at det ikke var grunnlag for å fravike utgangspunktet som var oppstilt i Rt. 2002 s. 1744 og som var ført videre i senere rettspraksis.⁹⁶ Ifølge Høyesterett, dersom innhenting ikke kunne vært gjort lovlig i Norge, skal det oppstilles tre vilkår som må være oppfylt for å kunne benytte seg av det innhentete materialet som bevis i en norsk straffesak. Bevismaterialet må være innhentet i tråd med reglene i det aktuelle landet, videre må tiltalte ha rett til innsyn i alle opplysningene som er innhentet, og innhenting må ikke være gjennomført på en måte hvor bruken av beviset vil være i strid med grunnleggende norske verdier.⁹⁷

Ved vurderingen av hvorvidt materialet var lovlig innhentet etter fransk rett, bemerket utvalget at det i utgangspunktet var avskåret fra å overprøve lagmannsrettens vurdering etter straffeprosessloven § 388 første ledd. Utvalget presiserte likevel at det må foreligge særlige grunner som tilsier at det er nødvendig for norske domstoler å overprøve om de vurderingene foretatt av utenlandske styresmakter er i samsvar med vedkommende lands rett.⁹⁸ I dette tilfellet var det tale om en framgangsmåte fransk politi hadde etablert med godkjenning fra franske domstoler, og Høyesterett presiserte at det må helt spesielle omstendigheter til for at norske domstoler skal ta stilling til om de franske reglene er fulgt.⁹⁹

Ved vurderingen av om det vil stride mot grunnleggende norske verdier å føre beviset tok Høyesterett for seg utfordringene med kryptert kommunikasjon, nærmere bestemt avveiningen mellom retten til privatliv, mot bekjempelsen av alvorlig kriminalitet. Frankrikes etterforskning av EncroChat avdekket at tjenesten hovedsakelig ble benyttet av kriminelle og pekte på at slike plattformer ikke hadde krav på vern.¹⁰⁰ Bevismaterialet var heller ikke innhentet etter nærmere anmodning fra norske myndigheter, og det var derfor ikke tale om omgåelse av norske prosessregler.

Høyesterett tok ikke stilling til hvorvidt tilsvarende innhenting av materialet kunne vært gjort lovlig i Norge. Det ble imidlertid pekt på at fransk straffeprosess ikke bygger på «eit anna verdisyn enn vårt»,¹⁰¹ et ytterligere moment utvalget vektla var at datainnhenting foretatt av franske myndigheter ligger tett opp mot ordlyden i den norske bestemmelsen om dataavlesning i straffeprosessloven § 216 o.

⁹⁵ HR-2022-1314-A, i avsnitt 20 og 21.

⁹⁶ HR-2022-1314-A, i avsnitt 25.

⁹⁷ HR-2022-1314-A, i avsnitt 26.

⁹⁸ HR-2022-1314-A, i avsnitt 37.

⁹⁹ HR-2022-1314-A, i avsnitt 37.

¹⁰⁰ HR-2022-1314-A, i avsnitt 40.

¹⁰¹ HR-2022-1314-A, i avsnitt 43.

På denne bakgrunn la Høyesterett til grunn at det ikke vil stride med grunnleggende norske verdier å føre beviset, og begjæring om avskjæring av bevismaterialet knyttet til EncroChat ble ikke tatt til følge.

4.4 Sammenfatning av rettstilstanden

Gjennomgangen har belyst de relevante vurderingsmomentene Høyesterett har vektlagt ved anvendelsen av den rettskapte praksisen om bruk av bevis ervervet i utlandet. Det grunnleggende utgangspunktet er som nevnt at partene kan føre de bevis ønsker, det er bevisavskjæringen som krever nærmere grunnlag.¹⁰² Basert på tidligere rettspraksis har Høyesterett presisert dette grunnlaget nærmere i HR-2022-1314-A. Det ble oppstilt tre vilkår som må vurderes for at bevismaterialet skal kunne føres i en norsk straffesak. Det første vilkåret omhandler selve bevisinnhenting; at den ikke er gjennomført i strid med grunnleggende norske verdier. Sentrale momenter i den forbindelse vil være retten til privatliv og myndighetenes behov for å bekjempe alvorlig kriminalitet. Videre må ikke bevisinnhentingens bære preg av å være en omgåelse av de skrankene som settes av norsk straffeprosesslovgivning. Det andre vilkåret knytter seg til lovligheten av bevisinnhenting til avgiverlandet. De siste vilkåret handler om tiltaltes rett til innsyn i opplysningene som er innhentet, hvor kravet til en rettferdig rettergang gjennom retten til kontradiksjon og prinsippet om partslikhet er relevante momenter.

¹⁰² HR-2022-1314-A, i avsnitt 19.

5 Analyse av vilkårene oppstilt i Høyesterettspraksis

5.1 Tema og opplegg

Avhandlingens kapittel 5 vil gi en nærmere analyse av vilkårene for bruk av bevis ervervet i utlandet. Gjennomgangen av relevant rettspraksis i kapittel 4 har avdekket de relevante momentene og utgangspunktene ved vurderingen av vilkårene, og avhandlingens videre fokus vil være å nærmere kartlegge de ulike slutningene som kan trekkes fra disse momentene, og videre hvordan disse slutningene skal vektas mot hverandre. Siktemålet med analysen vil være å klargjøre rekkevidden av vilkårene for å nærmere stadfeste rettsregelen ved bruk av bevis innhentet i utlandet.

5.2 Vilåret: I strid mot grunnleggende norske verdioppfatninger

5.2.1 Kartlegging av normens vurderingstema

I motsetning til de øvrige vilkårene i læren om bruk av utenlandske bevis, legger dette vilåret opp til en vesentlig mer skjønnsmessig vurdering av om vilåret er oppfylt.

Rent språklig er det nærliggende å tolke vilåret dithen at bevisinnhentingene ikke må stride med de norske grunnverdiene vi har i rettspleien. Runar Torgersen tar til orde for at det kan trekkes vekslers på «ordre public»-standarden som stammer fra internasjonal privatrett, også kjent som «rettsordensinnsigelsen».¹⁰³ Det sentrale ved denne standarden er at dersom virkningen av å legge hjemlandets rett til grunn vil virke støtende i Norge, kan man i stedet legge norsk rett til grunn ved reguleringen av spørsmålet.¹⁰⁴ I Kabul-dommen presiserte Høyesterett standarden som «et forbehold om at den fremmede retten må vike dersom anvendelsen av fremmed rett vil føre til et resultat som strider sterkt med vår rettsfølelse.»¹⁰⁵ Vurderingstemaet det legges opp til er da hvorvidt virkningen av fremmed rett vil stride med rettsfølelsen slik den er forankret i grunnverdien i det norske samfunnet.¹⁰⁶

I hvilken grad analogien gir føringer for hvordan bevisavskjæringsspørsmålet skal besvares, og nærmere bestemt hva som anses å være «i strid med grunnleggende norske verdier», er nok begrenset. Torgersen understreker at analogien ikke bidrar nevneverdig i fastsettelsen av normens innhold utover å fungere som en pekepinn.¹⁰⁷ Det pekes på at en slik analogi kun vil plukke opp de klare og grove tilfellene av krenkelser og brudd på menneskerettigheter, uten at

¹⁰³ Torgersen (2009) s. 459

¹⁰⁴ Høgberg (2019) s. 501.

¹⁰⁵ Rt. 2009 s. 1537, i avsnitt 37, samme forståelse av standarden ble ytterligere bekreftet ved Høyesteretts dom i Rt. 2011 s. 531 avsnitt. 52.

¹⁰⁶ Torgersen (2009) s. 459

¹⁰⁷ Torgersen (2009) s. 459.

det bidrar til større klarhet om terskelen for bevisforbud.¹⁰⁸ Slike klare tilfeller kan tenkes dersom myndighetene iverksetter omfattende overvåkning av alle borgere, hvor eksempelvis bruken av visse ord flagges som mistenksomme. Slik overvåkning vil utvilsomt anses å være i strid med grunnleggende norske verdier. Avhandlingens videre fokus vil forsøke å nærmere avdekke vilkårets konkrete betydning.

Normen ble som nevnt først introdusert av Høyesterett i Rt. 2002 s. 1744, og senere gjentatt og stadfestet som et vilkår i Rt. 2005 s. 1525. Begge avgjørelsene er sparsommelig i deres beskrivelse av vilkårets nærmere innhold. Høyesterett gikk ikke nærmere inn på hvilke momenter som er sentrale ved vurderingen, utover å konstatere at de konkrete tilfellene som behandles, ikke anses å være i strid med grunnleggende norske verdier.

Dersom man ser nærmere på Høyesteretts konkrete vurdering i de to nevnte sakene, fremstår det ikke som en fast og helhetlig vurdering som legges til grunn. I avgjørelsen fra 2002 stadfestes det at siktede som har tatt opphold i et annet land ikke kunne ha «noen beskyttelsesverdig forventning» om at lovlig innhentet kommunikasjonskontroll i vedkommende land ikke vil kunne tillates ført i Norge.¹⁰⁹ I 2005-kjennelsen fremheves det på sin side hensynet til det internasjonale politisamarbeid, ved at det ikke kan kreves at utenlandsk politi og påtalemyndighet følger norsk straffeprosess regler, da det ville sterkt hemme det internasjonale samarbeidet ved grenseoverskridende kriminalitet.¹¹⁰ Det som derimot kan utledes fra disse avgjørelsene, er at bevisforbudsspørsmålet må vurderes etter de hensyn som gjør seg gjeldende i hver konkret sak.

Det er først ved de senere års rettspraksis vilkåret har blitt gjenstand for en mer inngående vurdering. I HR-2021-1336-U og HR-2022-1314-A er det to sentrale anførsler som knytter seg til vilkåret «i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger. Den første anførselen knytter seg til det faktum at kommunikasjonskontroll var rettet mot alle brukere av en plattform og måtte anses som en masseovervåkning, og at dette er gjort i strid med hensynet til personvern og privatliv som følger av EMK art. 8. I tillegg omforente Høyesterett omgåelseskriteriet til at det systematisk faller inn under vurderingen av vilkåret om det er i strid med grunnleggende norske verdier.¹¹¹ Den videre drøftelsen vil søke å kartlegge innholdet av vilkåret ved å redegjøre og analysere de relevante momentene Høyesterett behandler ved vurderingen av vilkåret, og hvordan disse vektet mot hverandre. Innledningsvis behandles hensynet til personvern og rett privatliv, før omgåelseskriteriet behandles.

¹⁰⁸ Torgersen (2009) s. 460.

¹⁰⁹ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1747.

¹¹⁰ Rt. 2005 s. 1524, i avsnitt 19.

¹¹¹ HR-2022-1314-A, i avsnitt 27.

5.2.2 Hensynet til personvern og retten til privatliv

Etter EMK art. 8 nr. 1 har enhver «har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse».¹¹² Rettigheten kan videre utledes både fra Grunnloven § 102, og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP artikkel 17. Bestemmelsen reflekterer personvern som ideal, selv om begrepene «personvern» og «privatliv» kun delvis sammenfaller.¹¹³

I samtlige avgjørelser det har blitt redegjort for i avhandlingen, har utenlandske myndigheter iverksatt tvangsmidler overfor siktede, enten det er i form av telefonkontroll eller dataavlesning av kommunikasjonsplattformer. Anvendelsen av disse tvangsmidlene utgjør utvilsomt en innblanding i privat- og familielivet og i den personlige integritet som bare kan foretas så fremt det er i samsvar med loven og forholdsmessig.¹¹⁴

Rettigheten er med dette ikke absolutt, og myndighetene har i noen tilfeller mulighet til å gripe inn i denne retten. Unntak fra prinsippet fremgår av bestemmelsen nr. 2:

«Det ikke skal 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»

De sentrale momentene ved Høyesteretts vurderinger av om bevismaterialet utgjør en krenkelse av EMK artikkel 8, og i forlengelse skal anses å være i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger, knytter seg til de krenkelsene overvåkingen av krypterte kommunikasjonsplattformene utgjør.

Den selvstendige bruken av krypterte kommunikasjonsplattformer er som nevnt hverken uønsket eller straffbart. I EU-rådets resolusjon om kryptering av 24 november 2020 gis det uttrykk for at konfidensiell kommunikasjon er viktig forutsetning for ytringsfrihet og retten til privatliv. Resolusjonen understreker samtidig at det er “essential to preserve the powers of competent authorities in the area of security and criminal justice through lawful access to carry out their tasks, as prescribed and authorized by law.”¹¹⁵

¹¹² EMK art. 8.

¹¹³ NOU 2009: 15 s. 49.

¹¹⁴ Rt. 2014 s. 1105, i avsnitt 29.

¹¹⁵ Rådet for Den europeiske union (2020).

EU-rådets resolusjon understreker at myndighetene fortsatt må forfølge sitt samfunnsoppdrag; å oppklare straffbare handlinger, uavhengig av hvilke tekniske virkemidler som vanskeliggjør deres straffeforfølgning. Samtidig utgjør hensynet til den enkeltes rett til respekt for privatlivet og personlig integritet begrensninger for hvilke etterforskningsmidler myndighetene kan anvende. Den sentrale vurderingen blir dermed avveiningen mellom behovet for å få oppklart straffbare handlinger, opp mot de krenkelsene etterforskningsmetoden utgjør, og da om den bevismessige bruken av disse opplysningene utgjør et inngrep som er vernet etter EMK art. 8.

Kommunikasjonskontroll som etterforskningsmetode er utvilsomt integritetskrenkende overfor den som utsettes for det og er forbeholdt særlig alvorlige forbrytelser.¹¹⁶ Dette illustreres blant annet i straffeprosessloven ved at det stilles strenge kriminalitetskrav ved bruk av tvangsmidler.¹¹⁷ Også den videre bevisføringen av materialet vil kunne utgjøre en videre krenkelse. Justisdepartementet utalte i den forbindelse at:

«Det at integritetskrenkelsen allerede har funnet sted, er etter departementets syn ikke tilstrekkelig til å begrunne at opplysninger fra kommunikasjonskontroll brukes til å bevise også mindre alvorlig kriminalitet. Krenkelsen blir styrket ved at informasjonen faktisk brukes som bevis»¹¹⁸

Både uttalelsene og det faktum at flere tvangsmidler fordrer et strafferammekrav trekker i retning av at man skal være noe tilbakeholden med å føre materiale fra kommunikasjonskontroll ved retteføringen av mindre alvorlig kriminalitet. Gjennomgangen i avhandlingens kapittel 2 belyste derimot at det hovedsakelig er organiserte kriminelle grupper, som begår alvorlig kriminalitet, som går lengst i holde sin kommunikasjon hemmelig og lett slettbar. Dette understreker behovet for skjult tvangsmiddelbruk som etterforskningsmetode. Historisk har hemmelig avlytting vist seg å være et effektivt virkemiddel for å oppklare alvorlig kriminalitet ved at den ofte gir tilgang til informasjon som er av betydning for både etterforskning og forebygging av straffbare forhold.¹¹⁹ Kriminalitetsbekjempelse har lenge vært anerkjent som en viktig grunn til å gjøre unntak fra enkeltpersoners rettighetsvern¹²⁰, og etterforskningen og straffeforfølgningen fra tidligere alvorlige straffesaker understreker nytteverdien til disse tvangsmidlene.

Den konkrete avveiningen mellom samfunnets behov for beskyttelse mot kriminalitet og enkeltpersoners grunnleggende rett til privatliv og personvern kan være utfordrende å kartlegge.

¹¹⁶ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 75.

¹¹⁷ Se f.eks. straffeprosessloven. § 216 o.

¹¹⁸ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) s. 75.

¹¹⁹ Osnes (2012) s. 54.

¹²⁰ Osnes (2012) s. 53.

I HR-2021-1336-U sluttet ankeutvalgets flertall seg til lagmannsrettens vurdering om at bruk av overvåkningsmateriale fra kommunikasjonsplattformer ikke utgjorde en krenkelse av privatlivet etter EMK artikkel 8. Ankeutvalget viste til lagmannsrettens drøftelse i avsnitt 14 hvor det siteres fra lagmannsrettsavgjørelsen:

«Hensynet til personvern og privatliv ved integritetskretnkende etterforskningsmetoder som angjeldende, må vike for hensynet til kriminalitetsbekjempelse. Innhentingene finnes ikke å være i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger eller brudd på EMK artikkel 8, og det foreligger etter lagmannsrettens syn ingen slik beskyttelsesverdige interesse som tilsier at materialet på kommunikasjonsplattformen ikke skal kunne brukes som bevis».

Ankeutvalgets flertall støttet seg til lagmannsrettens vurdering og tilføyer i kjennelsens avsnitt 21:

«Ankeutvalgets flertall – dommerne Skoghøy og Bull – bemerker at lagmannsretten med fordel kunne ha gitt en mer utførlig beskrivelse av kommunikasjonsplattformen og hvilke miljøer som lagmannsretten mener den er brukt av. Flertallet forstår det imidlertid slik at brukere av en slik plattform i det minste må være klar over at politiet vil gå ut fra at krypteringstjenesten i stor utstrekning brukes av kriminelle nettverk, og at brukerne dermed lett kan bli gjenstand for overvåkning og etterforskning. Bruk av resultatene fra overvåkingen av slike kommunikasjonsplattformer som ledd i etterforskning her i landet strider etter flertallets syn ikke mot grunnleggende norske verdier, eller mot vernet om privatlivet etter EMK artikkel 8, slik også lagmannsretten har kommet til.»

Slik jeg leser avgjørelsen trumfer hensynet til kriminalitetsbekjempelse hensynet til personvern og privatliv. Flertallet begrunner det med at de betraktninger man vanligvis har ved bruk av skjulte tvangsmidler gjør seg i mindre grad gjeldende for en krypteringsplattform som «i stor utstrekning brukes av kriminelle nettverk».¹²¹

De samme betraktningene synes å være førende i Høyesteretts avgjørelse om EncroChat hvor førstvoterende redegjør for plattformens brukere:

«I avgjørd frå fyrsteinstansdomstolen i Lille 29. april 2020 er det nemnt at tvangsmiddelet avdekket 32 477 brukarar i 121 land. Av dei 380 brukarane som var i Frankrike, anslo franske styresmakter at 242 brukte det krypterte systemet til kriminelle føremål. Dei resterande 138 brukarane var på det tidspunktet knytte til inaktive eller ikkje

¹²¹ HR-2021-1336-U, i avsnitt 21.

analyserte telefonar. Lagmannsretten slutta seg mellom anna på dette grunnlaget til tingrettens konklusjon om at det er «svært sannsynlig» at EncroChat i «all hovedsak benyttes av kriminelle til bruk for kriminell kommunikasjon»¹²²

Bruk av etterforskningsmetoder som påvirker rettighetene etter EMK art. 8 anses mindre betenkelige dersom den aktuelle plattformen hovedsakelig benyttes til kommunikasjon mellom kriminelle. Førstvoterende slutter seg til tingrettens og lagmannsrettens konklusjon og utaler at: «bruk av ein kryptert kommunikasjonsplattform som i all hovudsak blir nytta av kriminelle, ikkje har krav på vern.»¹²³

Slik jeg leser disse avgjørelsene er det sentrale ved avveiningen mellom behovet for å få oppklart straffbare handlinger og de krenkelsene etterforskningsmetoden utgjør, at disse hensynene ikke nødvendigvis er like vektige dersom det stadfestes at plattformen som overvåkes blir brukt til kriminell kommunikasjon. I disse tilfellene vil balansepunktet i avveiningen skifte til fordel for kriminalitetsbekjempelse. Motsetningsvis, dersom det hadde vært tale om en plattform hvor det ikke kan stadfestes at den brukes til kriminell kommunikasjon, ville hensynet til privatlivet og personvern stått sterkere. Dersom etterforskningen hadde rettet seg mot en annen type kommunikasjonsplattform, eksempelvis WhatsApp¹²⁴ ville rettighetene etter EMK artikkel 8 ha nytt et sterkere vern, da det dreier seg om en plattform som er meget utbredt i samfunnet og anses som mer beskyttelsesverdig. Dette skillet kommenteres i innstillingen til politimetodeutvalget, hvor det fremgår: «den som involverer seg i kriminalitet, svekker selv sitt krav på rettssikkerhet i vid forstand, og må derfor finne seg i et inngrep når lovens betingelser er oppfylt.»¹²⁵

Etter mitt syn vil ikke verdikriteriet være til hinder for at bevis som stammer fra overvåkning av et helt nettverk føres når det kan bevises at det i all hovedsak benyttes av kriminelle. Dersom det derimot dreier seg om nettverk som i ikke uvesentlig grad brukes av vanlig borgere til deres legitime kommunikasjon, vil det derimot fort bli tale om brudd på EMK art. 8 og anses å være i strid med norske verdioppfatninger.

5.2.3 Omgåelse av skrankene i norsk straffeprosess.

Kriteriet er et sentralt moment ved vurderingen av om utenlandske bevis skal kunne føres for norske domstoler. Frem til avgjørelsen i HR-2022-1314-A var omgåelseskriteriet ansett og vurdert som et selvstendig vilkår. Kriteriet ble som nevnt tidligere først presentert i etterkant av

¹²² HR-2022-1314-A, i avsnitt 40.

¹²³ HR-2022-1314-A, i avsnitt 42.

¹²⁴ Se nærmere redegjørelse av WhatsApp i avhandlingens punkt 2.2.

¹²⁵ NOU 2004: 6 s. 52.

Spania-kjennelsen, i forbindelse med Riksadvokatens brev vedrørende bruk av kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet som bevis i Norge. Vurderingsmomentet tilknyttet vilkåret beskrives som:

«Kommunikasjonskontrollen må ikke ha karakter av å være en ren omgåelse av de begrensninger i kontrolladgangen som gjelder i Norge i henhold til norsk lovgivning. Den avlytting som er gjennomført i utlandet og som ønskes benyttet som bevis, kan derfor ikke *alene* være basert på en anmodning om slik kontroll fra norsk påtalemyndighet (dersom det aktuelle forhold ikke gir grunnlag for tilsvarende tiltak i Norge)». ¹²⁶ (Original utheving).

Direktivet gjelder i utgangspunktet rettsanmodninger om kommunikasjonskontroll, men andre tvangsmidler står prinsipielt i samme stilling, slik at direktivets føringer må også legges til grunn ved anmodninger om de øvrige tvangsmidlene. ¹²⁷ Riksadvokatens brev understreker at påtalemyndigheten i Norge ikke må anmode andre land om bruk av tvangsmidler, hvis det ikke ville vært hjemmel for tilsvarende tvangsmiddel etter norsk rett. ¹²⁸ Det sentrale ved vurderingen vil være å fastslå hvorvidt bevismaterialet som innhentes fra utlandet bærer preg av å være en ren omgåelse av de skrankene som settes av norsk lovgivning.

Helt innledningsvis syntes riksadvokatens brev å nærmere beskrive rettstilstanden for de tilfeller hvor norske myndigheter anmoder andre land om bruk av tvangsmidler. De tilfellene hvor norske myndigheter passivt mottar bevismaterialet fra utlandet holdes foreløpig utenfor redegjørelsen.

Det videre spørsmålet er hvorvidt en rettsanmodning til utlandet om bruk av tvangsmidler må kunne utføres etter hjemmel i norsk lov før den kan sendes. I kjennelsen Rt. 2002 s. 1744 la Høyesterett som nevnt til grunn at det beviset kunne føres selv om det ikke var hjemmel til å utføre tilsvarende tvangsmiddel i Norge. Det ble pekt på at innhenting var gjort i tråd med det aktuelle landets regler. Et sentralt spørsmål som reiser seg i den forlengelsen, er hvorvidt norske myndigheter kunne ha anmodet spanske myndigheter om det konkrete tvangsmiddelet. Det fremgår av påtalemyndighetens anførsel i saken at «[e]tterforskningen i Spania ble iverksatt etter en rettsanmodning fra norsk påtalemyndighet, som både i form og innhold var nøytralt utformet. Påtalemyndigheten la således ingen føringer på den spanske etterforskningen.» ¹²⁹

¹²⁶ Riksadvokaten (2003).

¹²⁷ Grøstad (2020) s. 105.

¹²⁸ Grøstad (2020) s. 105.

¹²⁹ Rt. 2002 s. 1744, på s. 1745.

Slik jeg leser påtalemyndighetens anførsel, var det ikke lagt føringer for hvilket tvangsmiddel som skulle brukes. Etter mitt syn er den generelle utformingen til rettsanmodningen, ikke nok til å stadfeste at avlytning som ble gjennomført i Spania, *alene* var basert på en anmodning om slik kontroll fra norsk påtalemyndighet, slik det fremgår av vilkåret fra riksadvokatens brev. Motsetningsvis ville det vært nærliggende å anse det som en omgåelse, dersom norske myndigheter hadde nærmere konkretisert rettsanmodning til å be spanske myndigheter spesifikt utføre kommunikasjonskontroll, da det etter norsk rett ikke forelå slik hjemmel.

Etter mitt syn virker disse momentene som sentrale ved vurderingen; de tilfellene hvor norsk påtalemyndighet søker å anvende tvangsmidler som de ikke har hjemmel for etter norsk rett, og dermed henvender seg til utenlandske myndigheter slik at tvangsmidlet utøves av dem. Denne formen for kompetansedelegering ble også behandlet i Høyesteretts avgjørelsen om EncroChat hvor det fremgår:

«Dersom norske styresmakter ber utanlandske styresmakter om å bruke ein metode som ikkje er heimla i norsk rett, utelukkande for å omgå skrankane i norsk straffeprosess, kan materiale som blir framskaffa på denne måten i utgangspunktet ikkje nyttast som prov i ei norsk straffesak. Slik «kompetanse-shopping» vil lett vera eit omstende som gjer at innhentinga og bruken av prova er i strid med grunnleggande norske verdiar»¹³⁰

Vilkåret søker å avverge de situasjonene hvor norsk påtalemyndighet utelukkende henvender seg til utlandet for bevisinnhenting de selv ikke har hjemmel til, som Høyesterett treffende karakteriserer som «kompetanse-shopping».

Vilkårets aktualitet begrenses nok for de tilfellene hvor norske myndigheters rolle kan karakteriseres som en passiv mottaker av bevismaterialet. Det kan neppe være tale om en omgåelse av norsk prosessregler for de tilfellene norsk påtalemyndigheten ikke har anmodet om etterforskningskritt, all den tid det ikke kreves noe hjemmel etter norsk rett for å bruke bevismaterialet.¹³¹ Mer skjønnsmessig vil vurderingen være for de tilfeller det omtalte bevismaterialet stammer fra et felles etterforsknings samarbeid med andre lands myndigheter. Høyesteretts bemerket i den anledning at for de tilfeller hvor norske myndigheter ikke har initiert etterforskningen, men har kunnskap om metodebruken som anvendes, vil «berre heilt unntaksvis føre til at prova ikkje kan nyttast i ei norsk sak.»¹³²

¹³⁰ HR-2022-1314-A, i avsnitt. 29.

¹³¹ Se redegjørelsen i avhandlingens punkt 4.2.

¹³² HR-2022-1314-A, i avsnitt 30.

Etter mitt syn taler Høyesteretts uttalelser for at omgåelsesvilkåret søker å ramme de klare tilfellene av «kompetanse-shopping», fremfor at det praktiseres som en ny lovlighetsvurdering etter norsk rett. Dersom det skulle kreves at utenlandske myndigheter måtte til enhver tid følge norske prosessregler ville det lagt unødige hindringer for det internasjonale samarbeidet, et moment som Høyesterett også fremhevet i Rt. 2005 s. 1524.¹³³

5.3 Vilkåret: Bevis som er lovlig innhentet etter reglene i den andre staten

5.3.1 Norsk overprøving

I analysen av overnevnte vilkår bemerkes det at de sentrale Høyesterettsavgjørelsene gjelder anker over lagmannsrettens kjennelser.¹³⁴ Høyesteretts kompetanse er med det begrenset til å prøve lagmannsretts generelle lovtolkning og saksbehandling jf. straffeprosessloven § 388 første ledd.

Forståelsen og anvendelsen av utenlandske lovregler faller utenfor Høyesteretts kompetanse ved ankebehandlingen,¹³⁵ og kan derfor ikke overprøve lagmannsretten på dette punktet.¹³⁶ De sentrale avveiningene i forbindelse med vilkåret om innhenting er i tråd med reglene i det aktuelle landet, vil derfor hovedsakelig fremgå av lagmannsrettsavgjørelsene.

Et sentralt spørsmål i forbindelse med vurderingen, er hvorvidt norske domstoler skal vurdere lovligheten av bevisinnhenting foretatt at det andre landet, og dersom det besvares bekræftende; i hvilket omfang skal norske domstoler søke å overprøve utenlandske domstolers vurdering av om bevisinnhenting er i tråd med vedkommendes lands rett.

En viss veiledning kan søkes gjennom det internasjonale samarbeid ved utleveringer. Utgangspunktet i disse sakene kan utledes av prinsippet om gjensidig anerkjennelse som tilsier at en rettslig avgjørelse i ett land skal anerkjennes og legges til grunn i et annet land.¹³⁷ Dette prinsippet kan utledes av flere rettskilder. I Høyesterettsavgjørelsen HR-2001-844 som gjaldt begjæring om utlevering av svensk statsborger fra Norge til Italia, var den siktede begjært pågrepet av sivil- og kriminaldomstolen i Bari. Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt vilkårene for

¹³³ Rt. 2005 s. 1524, i avsnitt 19.

¹³⁴ Rt. 2002 s. 1744, HR-2021-1336-U og HR-2022-1314-A.

¹³⁵ Se Rt. 2000 s. 710 hvor kjæremålsutvalget bemerket at tolkning av utenlandske lovregler faller utenfor bestemmelsen i tvistemålsloven § 404 første ledd nr. 3, som i dag er videreført i straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 3. Samtidig kan Høyesterett prøve den konkrete rettsanvendelsen når det gjelder forholdet til EMK og Grunnloven, jf. HR-2020-553-U, i avsnitt 6.

¹³⁶ HR-2022-1314-A, i avsnitt 36 og HR-2021-1336-U, i avsnitt 17

¹³⁷ HR-2001-844.

utlevering til Italia var oppfylt. I forbindelse med den italienske pågripelsesbeslutningen utalte kjæremålsutvalget:

«Lagmannsretten – som også slutter seg til forhørsrettens begrunnelse – har korrekt forstått bestemmelsen slik at norske myndigheter i utgangspunktet må kunne forutsette at den kompetente utenlandske myndighet har vurdert om de beslutninger som ligger til grunn for utleveringsbegjæringen er i samsvar med vedkommende lands rett. Loven krever med andre ord ikke en overprøving av disse vurderingene med mindre det foreligger særlige grunner som også kan tilsi at det iverksettes nærmere undersøkelser.»¹³⁸

Uttalelsen trekker i retning av at norske domstoler skal være varsomme med å foreta selvstendige vurderinger. For de tilfellene en utenlandsk domstol har truffet en avgjørelse «må norske myndigheter normalt kunne legge dette til grunn uten nærmere vurdering av spørsmålet.»¹³⁹ Saken gjaldt som nevnt utlevering, som utgjør et mer inngripende tiltak enn beslutning om tvangsmidler.

Innenfor EU kommer prinsippet også til syne gjennom Traktaten om den europeiske unions virkeområde (TEUF) artikkel 82 nr. 1 hvor det blant annet fremgår at:

«Judicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions and shall include the approximation of the laws and regulations of the Member States in the areas referred to in paragraph 2 and in Article 83

The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures to:

- (a) lay down rules and procedures for ensuring recognition throughout the Union of all forms of judgments and judicial decisions”¹⁴⁰

Norge er ikke EU-medlem og heller ikke part i traktaten og derfor ikke bundet av den. Samtidig har Norge sluttet seg til rammebeslutningen om europeisk arrestordre hvor prinsippet om gjensidig anerkjennelse kommer til uttrykk i arrestordreloven § 13 trede ledd siste punktum. I HR-2022-863-A kommenteres motivene bak arrestordreloven og understreker at parallelavtalen, som munnet ut i arrestordreloven, «bygger på at nærmere definerte arrestordrer fra én stat som hovedregel skal legges uprøvd til grunn i de øvrige deltakende statene. På den måten forenkles

¹³⁸ HR-2001-844.

¹³⁹ HR-2001-844.

¹⁴⁰ TEUF art. 82.

og effektiviseres de tidligere gjeldende ordningene for utlevering av mistenkte og straffedømte.»¹⁴¹

Gjennomgangen viser at prinsippet om gjensidig anerkjennelse fører til at norske domstoler som utgangspunkt legger den utenlandske avgjørelsen til grunn uten å foreta en nærmere prøving. Det videre spørsmålet er om disse føringene er like gjeldende ved vurderingen av utenlandske beslutninger om bruk av tvangsmidler.

5.3.2 Norsk overprøving av utenlandske beslutninger om bruk av tvangsmidler

Grøstad tar til orde for at det som aksepteres ved utlevering «må i hvert fall aksepteres ved begjæringer om tvangsmidler»¹⁴² og peker på at utlevering er mer inngripende enn tvangsmidler. Dette trekker i retning av at prinsippet om gjensidig anerkjennelse har en viss overføringsverdi ved vurderingen om utenlandske beslutninger om tvangsmidler skal legges til grunn uprøvd.

I lagmannsrettsavgjørelsen om EncroChat¹⁴³ utales det at i forbindelse med norske domstolers bruk av etterforskningsmateriale innhentet av utenlandsk myndighet:

«er det på samme vis ikke nødvendig at norske domstoler overprøver utenlandsk myndighets vurdering av om innhentingene er i samsvar med vedkommende lands rett, med mindre det foreligger særlige grunner som kan tilsi at det iverksettes nærmere undersøkelser, for eksempel brudd på sentrale EMK-rettigheter.»¹⁴⁴

Lagmannsrettens bemerker at det må foreligge klare holdepunkter for at norske domstoler skal finne det nødvendig å foreta en nærmere vurdering av de utenlandske domstolens beslutning. Føringene fra lagmannsretten trekker veksler på de momentene som gjør seg gjeldende i arrestordreloven, hvor det i § 14 tredje ledd første punktum bemerkes at «Opplysningane i arrestordren skal leggjast til grunn for retten si avgjerd, om ikkje dei openbert er urette».¹⁴⁵

Høyesterett støttet opp om lagmannsrettens forståelse av vilkåret og presiserte det ytterligere i et obiter dictum:

¹⁴¹ HR-2022-863-A, i avsnitt 18.

¹⁴² Grøstad (2020) s. 190, som også viser til RG-2010-1283.

¹⁴³ LB-2021-164345.

¹⁴⁴ LB-2021-164345 punkt 4.2.

¹⁴⁵ Arrestordreloven § 14 tredje ledd.

«Eg skyt likevel inn at lagmannsretten var tilbakehalden med å prøve spørsmålet, slik at konklusjonen også byggjer på ei vurdering av kor langt norske domstolar kan og skal gå i å overprøve franske domstolar. Lagmannsretten antok at der det er spørsmål om å bruke etterforskningsmateriale innhenta av utanlandsk styresmakt i ei norsk straffesak, er det – på den same måten som ved utlevering av lovbrytarar til land utanfor Norden og EU – ikkje nødvendig eller tenleg at norske domstolar overprøver om vurderingar frå utanlandske styresmakter er i samsvar med vedkomande lands rett, med mindre det ligg føre særlege grunnar som tilseier at det blir gjort nærare undersøkingar, til dømes brot på sentrale rettar etter Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Eg sluttar meg til dette – og legg til at når provinnhentinga er basert på avgjerder frå ein fransk domstol, må det heilt spesielle omstende til for at norske domstolar skal ta stilling til om dei franske reglane er fylgde»¹⁴⁶

Disse momentene trekker etter min mening i retning av at det i likhet med utleveringssaker, kan legges til grunn et prinsipp om gjensidig anerkjennelse, som utgjør at norske domstoler må være tilbakeholdne med å overprøve utenlandske domstolars beslutninger om bruk av tvangsmidler. Den klare hovedregelen må etter min mening forstås dithen at norske domstoler ikke skal foreta en nærmere vurdering av lovligheten. Der det foreligger en beslutning fra det aktuelle landets domstol, må det følgelig legges til grunn at innhenting er lovlig. Dette var tilfelle ved lagmannsrettsbehandlingen av Trojan Shield-kjennelsen, hvor kommunikasjonskontrollen foretatt av FBI i USA var innhentet etter beslutning fra amerikansk domstol og dermed «må følgelig legges til grunn at innhenting er lovlig etter amerikansk rett».¹⁴⁷ Det skal foreligge «heilt spesielle omstende»¹⁴⁸ for at norske domstoler skal måtte ta stilling til lovligheten bak de utenlandske beslutningene.

5.3.2.1 Nærmere om momentene som kan føre til norsk overprøving

Hvilke momenter som utgjør helt spesielle omstendigheter, blir ikke nærmere anført utover at sentrale EMK-rettigheter nevnes som et mulig moment.¹⁴⁹ Etter mitt syn er nettopp de sentrale EMK-rettighetene vernet av de øvrige vilkårene i læren om bruk av bevis innhentet i utlandet. Som gjennomgang i avhandlingens punkt 5.2 har belyst og punkt 5.4 vil belyse, vil det ved vurderingen av disse vilkårene allerede foretas en nærmere vurdering av de sentrale EMK-rettighetene som retten til privatliv, personvern og rettferdig rettergang. Det kan dermed argumenteres for at norske domstoler faktisk vurderer lovligheten av bevisinnhenting om mot brudd av sentrale EMK rettigheter, ved vurderingen av de øvrige vilkårene.

¹⁴⁶ HR-2022-1314-A, i avsnitt 37.

¹⁴⁷ LA-2021-84234.

¹⁴⁸ HR-2022-1314-A, i avsnitt 37.

¹⁴⁹ HR-2022-1314-A, i avsnitt 37

Dersom det stadfestes brudd på disse rettighetene vil det som nevnt utgjøre at også de øvrige vilkårene i læren ikke anses oppfylt. Det nærmere spørsmålet er hvorvidt andre momenter vil kunne føre til at lovligheten i avgiverlandet settes under tvil.

I kjølvannet av Høyesteretts EncroChat-avgjørelse, har det i Frankrike oppstått spørsmål om hvorvidt bevismateriale fra EncroChat kan føres for franske domstoler. Fransk Høyesterett har nylig avsagt en kjennelse hvor det stilles krav til utstedelse av ektehetsbevis i forbindelse med bevisføringen, som ikke forelå i den aktuelle saken.¹⁵⁰

Disse omstendighetene ble anført som grunnlag for at bevismaterialet ikke var lovlig innhentet etter fransk rett, slik premisset fra HR-2022-1314-A bygget på. I HR-2022-2125-U som ble avsagt 4. november 2022 presiserte Høyesterett den nærmere rekkevidden av vilkåret om hvorvidt beviset er «innhenta etter reglane som gjeld i det aktuelle landet».

Det sentrale spørsmålet var hvorvidt den franske høyesterettsavgjørelsen avdekket om bevisene var innhentet i strid med fransk rett. Ankeutvalget så hen til lagmannsrettens begrunnelse, hvor deres forståelse av vilkåret begrenset seg til selve innhenting av bevismaterialet, øvrige franske regler om noe annet selve innhenting ble ikke ansett som relevant for vurderingen. Videre siteres det fra lagmannsrettens avgjørelse:

«Det er dermed ikke relevant om det samme bevismaterialet kan *fremlegges som bevis for domstolen i Frankrike*. Adgangen til å bruke materialet som bevis i en fransk retts-sak, vil kunne være avhengig av en rekke andre prosessuelle forhold enn innhenting som sådan. Hva sluttresultatet måtte bli i den franske saken med tanke på spørsmålet bevisavskjæring, er derfor ikke av avgjørende betydning.

Lagmannsretten kan heller ikke se grunnlag for å tolke vilkåret fra norsk rettspraksis om lovligheten av innhenting utvidende, slik at det også må kreves overholdelse av franske rettsregler om den *etterfølgende håndteringen* av allerede innhentet bevismateriale. Dette gjelder enten rettsreglene som her stiller krav til utstedelse av ekthetsbevis, eller krav til utarbeidelse av tekniske veiledninger, prosedyrer for oversendelser, sikker oppbevaring, utleveringsrestriksjoner eller annet.

...

Etter lagmannsrettens syn blir ikke innhenting av bevismaterialet ulovlig selv om det skulle skje et eventuelt etterfølgende regelbrudd i form av manglende utstedelse av ekthetsbevis. Slik lagmannsretten forstår vilkåret om lovlig innhenting i HR-2022-1314-

¹⁵⁰ CCASS:2022:CR01226.

A, omfatter ikke begrepet innhenting også etterfølgende utstedelser av ekthetsbevis eller andre attestasjoner som eventuelt er nødvendige etter fransk rett.»¹⁵¹ (Original utheving).

Ankeutvalget bifalt seg lagmannsrettens forståelse av vilkåret,¹⁵² og stadfestet med det den nærmere avgrensningen av hvilke momenter som faller utenfor vurderingen av vilkåret om bevismaterialet er lovlig etter avgiverlandets rett. Lovlighetsvurderingen er utelukkende tilknyttet selve beslutningen om bevisinnhenting, etterfølgende problemstillinger som oppstår i forbindelse med bevisføring i avgiverlandet er uten relevans for dens lovlighet. Avgjørelsen kan tas til inntekt for at prinsippet om gjensidig anerkjennelse står sterkt, og den sentrale vurderingen av vilkåret vil være tilknyttet de krenkelsene individer utsettes for i forbindelse med bevisinnhenting.

5.4 Vilkaeret: Tiltaltes rett til innsyn

5.4.1 Utgangspunkt

Tiltaltes rett til innsyn i straffesakens dokumenter er en grunnleggende rettighet som er til for at tiltalte effektivt skal kunne ivareta sine interesser og forberede sitt forsvar.¹⁵³ Rettigheten springer ut fra kravet om rettferdig rettergang og er gitt vern etter både EMK art. 6, og i norsk straffeprosesslov hvor § 242 regulerer mistenktes rett til innsyn under etterforskning, og § 264 regulerer innsynsretten etter det er tatt ut tiltale. Den videre analysen vil hovedsakelig behandle tiltaltes innsynsrett ved domstolsbehandling, mistenktes innsynsrett under etterforskning vil dermed ikke bli nærmere behandlet.

Det klare utgangspunktet er at tiltalte og forsvarer gis innsyn i alle sakens dokumenter når tiltalen er tatt ut. De grunnleggende hensynene bak rettigheten er behovet for å forberede sitt forsvar og retten til kontradiksjon. Kjennskap til anklingen og adgang til de dokumentene som underbygger anklagen er forutsetning for nettopp det.¹⁵⁴ Videre taler prinsippet om partslikhet for at tiltalte og forsvarer gis tilgang til sakens dokumenter, da noen opplysninger kan tenkes vurdert forskjellig av partene.¹⁵⁵

I Rt. 2005 s. 1137, som omhandlet forsvarers rett til innsyn i skriftlig materiale i tilknytning kommunikasjonskontroll, begrunnet Høyesteretts flertall innsynsretten slik:

¹⁵¹ HR-2022-2125-U, i avsnitt 14.

¹⁵² HR-2022-2125-U, i avsnitt 15.

¹⁵³ Bruce (2018) s. 311

¹⁵⁴ NOU 2016:24 s. 241.

¹⁵⁵ NOU 2016:24 s. 241.

«Kravet til rettssikker behandling kjem inn med stor tyngde. Ein tiltalt må, gjennom sin forsvarar, bli gitt eit likeverdig høve som påtalemakta til å gjere seg kjend med bevismaterialet, og forsvararen må ha høve til å vurdere kva delar av dette bevismaterialet som er relevant. I dette ligg ikkje nokon mistillit til politiet og påtalemakta sitt ønskje om å leggje fram alt relevant materiale. Men forsvararen kan ha ei annan innfallsvinkel og ha betre føresetnader for å finne fram til materiale som talar til den tiltala sin fordel»¹⁵⁶

Avgjørelsen understreker at dersom materialet fra kommunikasjonsskontroll tilhører sakens dokumenter, har tiltalte ved sin forsvarer, krav på innsyn i alt materiale som er fremkommet gjennom den utførte kommunikasjonsskontrollen.

Uttrykket «sakens dokumenter» omfatter både alminnelige dokumenter, kart, fotografier, lydopptak, elektronisk materiale og digitale opplysninger.¹⁵⁷ Høyesterett har nærmere tatt stilling til hvilket materiale som skal anses som sakens dokumenter og uttalt at: «forsvareren skal ha tilgang til materiale som finnes hos politi og påtalemyndighet og som er dokumenter i straffesaken.»¹⁵⁸

Hovedregelen skal dermed forstås som det skal gis tilgang til sakens dokumenter. Unntakene til hovedregelen reguleres nærmere i bestemmelsen,¹⁵⁹ og knytter seg til dokumenter som må holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet, anonym vitneførsel og dersom innsyn kan skape fare for en alvorlig forbrytelse mot noens liv, helse eller frihet, eller andre aspekter som kan skade eller vanskeliggjøre politiets mulighet til å bekjempe alvorlig kriminalitet.¹⁶⁰

5.4.2 Innsyn i dokumenter som stammer fra utenlandsk etterforskning

Gjennomgangen av HR-2022-1314-A understreker at tiltaltes rett til innsyn er et selvstendig vilkår som må være oppfylt for å kunne føre bevis som er innhentet i utlandet. Samtidig kan etterforskninger som har sitt utspring fra utlandet, medføre utfordringer med å få tilgang til alt materialet som er produsert eller har fremkommet under etterforskningen. Dette poenget ble også fremhevet av Justisdepartementet i forbindelse med opphevelsen av bevisforbudet for kommunikasjonsskontroll hvor de utalte at:

¹⁵⁶ Rt. 2005 s. 1137, i avsnitt 70.

¹⁵⁷ Bruce (2018) s. 314.

¹⁵⁸ Rt. 2006 s. 1193, i avsnitt 9.

¹⁵⁹ Straffeprosessloven §§ 264 og 242 a.

¹⁶⁰ Bruce (2018) s. 312.

«En stor andel av narkotikasakene og sakene om rikets sikkerhet har tilknytning til utlandet. Også en del av de lovbrudd som omfattes av forslaget til utvidet anvendelsesområde for kommunikasjonskontroll, kan ha internasjonale forgreninger. I slike saker kan det være praktisk å innhente opplysninger fra kommunikasjonskontroller som er foretatt i utlandet. De faktiske mulighetene for innsyn m.v vil trolig være mer begrensede ved kontroller som har vært foretatt i utlandet enn ved kontroller i Norge»¹⁶¹

I forlengelsen av dette oppstår det sentralt spørsmål om hvor vidstrakt tiltaltes innsynsrett skal være, omfatter innsynsretten alt etterforskningsmateriale fra utlandet eller begrenses den til materialet innhentet av norsk politi?

Spørsmålet ble nærmere behandlet av Høyesterett i Rt. 2005 s. 1524, hvor problemstillingen knyttet seg til rekkevidden av tiltaltes innsynsrett i forbindelse med kommunikasjonskontroll foretatt i Litauen. I forbindelse med iretteføringen av saken i Norge, var det kun et utdrag av kommunikasjonskontrollen som ble sendt til norsk politi. Samtaler uten betydning for etterforskningen ble dermed holdt igjen og hverken norsk politi eller tiltalte fikk innsyn i disse.¹⁶² Den konkrete problemstillingen var dermed om det utgjorde en saksbehandlingsfeil at materialet fra Litauen likevel ble benyttet ved lagmannsrettsbehandlingen.

Høyesterett bemerket at omfanget av tiltaltes innsynsrett i dette tilfellet var noe begrenset, sammenlignet med informasjonstilgangen man får ved kommunikasjonskontroll etter norsk lovgivning.¹⁶³ Avgjørende for Høyesterett var at tiltalte hadde fått innsyn i alt materialet norsk påtalemyndighet hadde, som da utgjorde saksdokumentene, slik at prinsippet om partslikhet ikke var krenket.¹⁶⁴ Høyesterett konkluderte med at manglende tilgang til restmaterialet ikke utgjorde en saksbehandlingsfeil og begrunnet det på følgende måte:

«For materiale innhenta i utlandet må det likevel godtakast at materialet er innhenta på andre grunnlag og ut frå andre vurderingar enn det som vil vere tilfelle i Noreg, jf. også avgjerda frå kjæremålsutvalet som eg nett har vist til om kommunikasjonskontroll i Spania. Saka no gjeld innførsel av store mengder narkotika, og eg kan ikkje sjå at det ligg føre spesielle grunnar til å trekkje i tvil at materialet er innhenta på forsvarleg grunnlag. I og med at det er tale om materiale som i alle tilfelle må reknast å ha mindre vekt ved bevisvurderinga enn sjølve materialet frå kommunikasjonskontrollen, vil eg leggje til at det for slikt materiale berre i heilt ekstraordinære og spesielle tilfelle kan tenkjast at

¹⁶¹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 67.

¹⁶² Rt. 2005 s. 1524, i avsnitt 15.

¹⁶³ Rt. 2005 s. 1524, i avsnitt 16.

¹⁶⁴ Rt. 2005 s. 1524, i avsnitt 17.

manglende dokumentasjon på dette punktet vil kunne utgjøre ein saksbehandlingsfeil. Det er ikkje situasjonen her.».¹⁶⁵

Høyesterett presiserer at det manglende restmaterialet fra Litauen er av mindre betydning for bevisvurderingen enn selve materialet fra kommunikasjonsskontrollen. Det er kun ved helt ekstraordinære tilfeller hvor tilsvarende mangel på innsyn vil utgjøre en saksbehandlingsfeil.

I HR-2021-1336-U vurderer Høyesterett også rekkevidden av innsynsretten. I motsetning til avgjørelsen fra 2005, gjelder kjennelsen *siktedes* innsynsrett i forbindelse med behandlingen av fengslings spørsmålet. Saken dreide seg nevnt tidligere om en sammenfatning utarbeidet av Kripos på bakgrunn av et underliggende materiale som det ikke ble gitt innsyn i. Høyesterett utalte at:

«Slik det samlede ankeutvalget ser det, kommer en slik kortvarig mangel på adgang for forsvareren til det grunnlagsmaterialet som påtalemyndigheten bygger sin informasjon til retten på, ikke i strid med «equality og arms» og retten til kontradiksjon, slik disse prinsippene i EMK artikkel 6 jf. artikkel 5 nr. 4 kommer til anvendelse ved beslutninger om varetektsfengsling»¹⁶⁶

Uttalelsen trekker i retning av at nevnte hensyn er avgjørende ved vurdering av innsynsrettens rekkevidde i forbindelse med irettføring av saken. Under etterforskning derimot, herunder ved varetektsfengsling, foreligger det et større behov for å begrense innsyn av hensyn til etterforskningen.

Etter mitt syn peker rettspraksisen på at vilkåret om tiltaltes innsynsrett må tolkes til å omfatte de opplysningene som er innhentet av norsk politi og påtalemyndigheten. De viktigste hensynene bak prinsippet; retten til å forberede sitt forsvar, retten til kontradiksjon og partslikhet blir ivaretatt gjennom en slik forståelse av innsynsrettens omfang. Dersom en bredere forståelse av innsynsretten legges til grunn, vil det kunne legge unødige hindringer for det internasjonale samarbeidet, da forskjellige land vil ha ulike regler i forbindelse med håndtering av materiale som stammer fra kommunikasjonsskontroll. Det sentrale ved vilkåret vil etter min mening være at tiltalte får innsyn i det materialet som norsk politi og påtale har innhentet og er i besittelse av. Det bemerkes samtidig at det kreves at bevismaterialet som påtalemyndigheten innhenter er

¹⁶⁵ Rt. 2005 s. 1524, i avsnitt 22.

¹⁶⁶ HR-2021-1336-U, i avsnitt 28.

av tilstrekkelig omfang slik at det kan vurderes på en forsvarlig måte hvorvidt innhenting har skjedd på en lovlig måte.¹⁶⁷

5.5 Oppsummering av vilkårene

Analysen i kapittel 5 har identifisert de bærende hensynene bak vilkårene Høyesterett har oppstilt og hvordan disse vektet mot hverandre. De siste års utvikling av stadig flere organiserte kriminelle grupper som begår alvorlige straffbare forhold, forsterker politi og påtalemyndighetens behov for å kriminalitetsbekjempelse. I forlengelse av dette oppstår problemstillingene om hvilke grenser som skal settes i forbindelse med bevisføringen i norske domstoler, når etterforskningsmaterialet stammer fra utenlandske myndigheter og ikke er konforme norsk lovgivning.

Det første vilkåret om innhenting er i strid med grunnleggende norske verdier søker å verne om to sentrale hensyn; avveining mellom kriminalitetsbekjempelse mot retten til privatliv, og avverge de tilfellene norsk politi prøver å omgå de rettslige skrankene for bevisinnhenting ved å delegere innhenting til utenlandske myndigheter. Etter mitt syn fanger vilkåret opp mange av de samme sentrale momentene Høyesterett har lagt til grunn ved vurderingen av om ulovlig ervervet bevis i Norge skal kunne brukes. Det vises til at avveining mellom kriminalitetsbekjempelse og de krenkelsene etterforskningsmetodene utgjør er på lang vei den samme avveiningen som foretas ved interesseavveining etter læren om bruk av ulovlig ervervet bevis i Norge.

Det andre vilkåret er hvorvidt bevisinnhenting er i tråd med avgiverlandets regler. Det klare utgangspunktet er at disse utenlandske beslutningene skal legges til grunn uprøvd, men mindre det foreligger spesielle omstendigheter. Slik analysen i punkt 5.3 har klargjort, er det begrenset hvor inngående norske domstoler må ettergå lovligheten av utenlandske beslutninger om tvangsmiddelbruk. Disse beslutningene er tuftet på deres nasjonale rett, og det internasjonale samarbeidet fordrer at prinsippet om gjensidig annerkjennelse legges til grunn.

Det siste vilkåret knytter seg til tiltaltes innsynsrett som vil være avhengig av hvilke stadiet i straffesaken man befinner seg i. Gjennomgangen har illustrert at det vil være tilfeller hvor innsynsretten innskrenkes, men det avgjørende ved iretteføring vil være at tiltalte gis innsyn i det samme materiale norsk politi har innhentet fra utlandet og er i besittelse av. For de tilfellene alle vilkårene er oppfylt, vil bevismaterialet kunne føres for norske domstoler.

¹⁶⁷ Domstolen vil også ha en selvstendig plikt til å våke over at det er innhentet tilstrekkelig informasjon etter straffeprosessloven § 294.

6 Bevis ervervet i strid med avgiverlandets regler

6.1 Innledning

Så langt i avhandlingen er det redegjort for føringen av utenlandske bevis, samt det nærmere innholdet av vilkårene som vurderes. Gjennomgangen har belyst at de tilfeller det er lagt til grunn at bevismaterialet ikke kunne vært innhentet etter norsk rett, men hvor det er lovlig ervervet i avgiverlandet, skal bevisavskjæringsspørsmålet vurderes etter normen fra Rt.2002 s. 1744 og senere rettspraksis.¹⁶⁸ Denne normens nærmere innhold ble redegjort for i kapittel 5.

Den videre drøftelsen knytter seg til de tilfellene hvor bevismateriale viser seg å være innhentet i strid med det gjeldende landets lover, men ønskes ført for norske domstoler. Det sentrale spørsmålet er hvilke bevisavskjæringsregler som kommer til anvendelse dersom beviset er innhentet fra utlandet i strid med det gjeldende landets regler.

6.2 Valg av bevisavskjæringsnorm

Forutsetningen om at bevismaterialet anses som lovlig innhentet fra avgiverlandet er et sentralt vilkår ved vurderingen domstolen tar i forbindelse med spørsmål om bevisavskjæring. De hensynene som gjør seg gjeldende for vilkåret ble nærmere belyst under avhandlingens punkt 5.3 og gjentas ikke i det følgende. Det samme prinsippet følger av domstolloven § 48 siste ledd hvor det fremgår at bevisopptak fra utlandet «betraktes som feilfrie dersom enten den fremmede retts eller den norske retts former er iaktatt».¹⁶⁹

Bestemmelsen og rettspraksisen rundt føringen av utenlandske bevis representerer etter min mening et grunnleggende prinsipp om at norske domstoler aksepterer bevismateriale etter andre lands regler, så fremt staten har fulgt sine egne regler.

Situasjonen hvor bevisene som ønskes ført er innhentet på en ulovlig måte etter både norske og det andre landets regler er foreløpig ubehandlet i rettspraksis. Så hvorvidt det er læren om bruk av utenlandske bevis som legges til grunn, eller om det avgjøres etter læren om bruk av ulovlig ervervet bevis her i landet, er foreløpig uavklart.

Domstolene har derimot behandlet bevisavskjæringsspørsmålet i forbindelse med avledede bevis som stammet fra et ulovlig innhentet utenlandsk bevis. I en sak fra 2017 hadde norsk politi mottatt tips fra FBI i USA, om en norsk IP-adresse som var aktiv inne på nettstedet PlayPen, som er et nettsted med bilder og filmer som dokumenterer seksuelle overgrep mot barn. Tipset fra FBI kom etter at de fikk tillatelse fra Magistrate Court i Virginia til å bruke «Network

¹⁶⁸ Se avhandlingens punkt 3.5.

¹⁶⁹ Domstolloven § 48.

Investigative Technique» for å avdekke hvilke IP-adresser som var inne på det aktuelle nettstedet. Etter begjæring fra norsk politi fattet Glåmdal tingrett beslutning om ransakelse av adressen som kunne knyttes til IP-adressen norsk politi hadde mottatt av FBI. I forbindelse med ransakingen ble det foretatt avhør av mistenkte, som videre erkjente å ha vært i besittelse av en rekke filer som viser seksuelle fremstillinger av barn.

Det viste seg i etterkant, i forbindelse med rettetføringen av saken i Norge, at dommeren i Magistrate Court i Virginia som utferdiget beslutning om bruk av «Network Investigative Technique» handlet utenfor sin geografiske jurisdiksjon, og beslutningen ble ansett som ulovlig i en rekke saker i USA. Forsvarer anførte av beviset var ulovlig og begjærte bevisene avskåret.

Både tingretten og lagmannsretten la til grunn at spørsmålet om bevisavskjæring for norsk domstol måtte avgjøres etter norsk rett, nærmere bestemt etter normen om ulovlig ervervet bevis.¹⁷⁰ Lagmannsretten viste til uttalelsene fra Rt. 2006 s. 582 og vurderte hvorvidt bruk av bevisene norske politi har innhentet utgjorde et fortsatt eller gjentatt rettsbrudd.

Ved vurderingen av om tipset fra FBI, (som bygget på en avgjørelse den aktuelle domstolen i USA ikke hadde kompetanse til å avsi), skulle tilsi at hele bevisrekken skulle avskjæres, vurdert lagmannsretten det etter en interesseavveining som Rt. 2006 s. 582 gir anvisning på. Lagmannsretten presiserte nærmere at:

«Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelsen som ble begått ved ervervet av beviset – *herunder om innhenting av beviset er i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger* – om den som satt med beviset plikter å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er.»

Det faktum at lagmannsretten vurderer bevisene innhentet av norsk politi etter læren om ulovlig ervervet bevis fremfor læren om utenlandske bevis fra Rt. 2002 s. 1744 er naturlig, all den tid det er tale om avledede bevis innhentet av politiet i Norge. Det er lagmannsrettens vurdering av IP-adresstipset fra FBI som er av interesse da det er den som stammer fra utlandet. Her virker det som lagmannsrettens foretar en noe sammensatt vurdering ved at de også vurderer hvorvidt FBIs innhenting av bevisene «er skjedd på en måte som er i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger»,¹⁷¹ men samtidig viser til interesseavveiningen etter Rt. 2006 s. 582. Lagmannsretten tok ikke begjæring om bevisavskjæring til følge, og tillot dermed bevisene ført.

¹⁷⁰ LE-2017-172791.

¹⁷¹ LE-2017-172791.

Ettersom hovedspørsmålet her var om avledede bevis innhentet av norsk politi kunne føres, er overføringsverdien til avhandlingens problemstilling begrenset. Likevel kan avgjørelsen tas til inntekt for at det ikke vil være utenkelig å kombinere eller supplere de to forskjellige normene om bevisavskjæring.

Problemstillingen har videre vært behandlet i juridisk teori. Både Torgersen og Grøstad holder døren åpen for at vurderingen av utenlandske bevis kan suppleres med læren om ulovlig ervervet bevis dersom bevisene er innhentet i strid med avgiverlandets regler. Det må her bemerkes at både Torgersen og Grøstads vurderinger er foretatt i forkant av Høyesteretts kjennelser fra 2021 og 2022.¹⁷²

I forbindelse med situasjonen hvor bevisene er innhentet i strid med både utenlandske og norske regler, fremhever Grøstad:

«Det neppe kan legges til grunn at den ytre grense for hva som kan aksepteres i slike tilfeller først går ved bevissikring i strid med «grunnleggende norske verdi oppfatninger». Om slike bevis skal tillates ført, må bero på de samme vurderinger som bevis som er ulovlig ervervet her i landet.»¹⁷³

Slik jeg forstår Grøstads utsagn hevdes det at de vurderingene som gjør seg gjeldende i forbindelse med dette vilkåret, ikke vil være tilstrekkelig dekkende for totalvurdering av om beviset skal nektes ført. At den ytre grensen for hvorvidt beviset kan føres i disse tilfellene, avgjøres etter en interesseavveining «hvor det legges stor vekt på om det ville innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse å føre beviset».¹⁷⁴ Interesseavveiningen stammer som nevnt fra normen om ulovlig ervervet bevis, og slik jeg tolker utsagnet til Grøstad er det denne normen som vil utgjøre den endelige skranken ved bevisføringsspørsmålet.

Høyesterettspraksisen som er gjennomgått underbygger at bevisavskjæringsspørsmålet må underlegges en bred vurdering, men slik jeg oppfatter de siste års Høyesterettsavgjørelser rundt spørsmålet, har vilkåret «i strid med grunnleggende norske verdioppfatninger» blitt supplert med en rekke relevante momenter.¹⁷⁵

Senere rettspraksis har også pekt på at det går et skille mellom disse forskjellige doktrinene. Høyesterett er inne på distinksjonen mellom disse normene i HR-2022-1314-A. Slik jeg leser

¹⁷² HR-2021-336-U og HR-2022-1314-A.

¹⁷³ Grøstad (2020) s. 108.

¹⁷⁴ Grøstad (2020) s. 108.

¹⁷⁵ Se avhandlingens punkt 5.2.

avgjørelsen tar Høyesterett delvis stilling til problemstillingen i forbindelse med en av forsvarerens anførsel.

I kjennelsens avsnitt 31 til 33 behandles spørsmålet om hvilke bevisavskjæringsregler som kommer til anvendelse i saken. Forsvarer for en av de tiltalte anfører at innhenting delvis ble foretatt i Norge uten at vilkårene i straffeprosessloven var oppfylt og hevdet at bevisavskjæringsspørsmålet skulle avgjøres etter den «allmenne læra om ulovleg erverva prov, oppsummert i HR-2021-966-A».¹⁷⁶

Førstvoterende avfeier påstanden og presiser at hvilket land telefonen befant seg i er mindre relevant, da informasjon flyter nærmest uhindret av landegrenser. Avgjørende for vurderingen anses å være hvem som har innhentet materialet.¹⁷⁷

Førstvoterende konkluderer med at det er normen fra Rt. 2002 s.1744 og senere praksis som må legges til grunn ved vurderingen av bevisavskjæring, og begrunner det med at det omtalte bevismaterialet er «henta inn av fransk politi etter ein framgangsmåte fransk politi hadde etablert, tufta på godkjenning frå franske domstolar.»¹⁷⁸

Uttalelsen trekker i retning av at når det stadfestetes at bevismaterialet er innhentet i utlandet er det doktrinen om bruk av utenlandske bevis som legges til grunn, og læren om bruk av ulovlig ervervet bevis i Norge i utgangspunktet faller utenfor. Avgjørende for vurderingen anses å være hvem som har innhentet materialet.

Høyesterett fremhever her hvor skillet mellom de to regelsettene går. Dersom læren om ulovlig ervervet bevis hadde vært relevant ved denne vurderingen fremstår det som unaturlig at Høyesterett avfeier doktrinen ved deres vurdering i HR-2022-1314-A. Det nærmere spørsmålet blir om dette skillet skal opprettholdes når det er tale om *ulovlige* utenlandske bevis. Dersom dette premisset endres, vil det gi rom til å supplere vurderingen med læren om ulovlig bevis?

Torgersen drøfter hvorvidt vilkårene i normen om utenlandske bevis er å anse som absolutte vilkår. I forbindelse med problemstillingen dersom beviset også er ulovlig i avgiverlandet utaler han:

¹⁷⁶ HR-2022-1314-A, i avsnitt 31.

¹⁷⁷ HR-2022-1314-A, i avsnitt 32.

¹⁷⁸ HR-2022-1314-A, i avsnitt 33.

«Det er ingen tvingende grunner til å forstå uttalelsen slik at bevisforbud i så fall følger med nødvendighet.»¹⁷⁹

Torgersen oppfatter med andre ord ikke vilkårene i normen som absolutte. Dersom det viser seg at bevismaterialet ikke er innhentet i henhold til avgiverlandets regler vil ikke det automatisk føre til at materialet skal avskjæres.

I HR-2022-1314-A redegjør førstvoterende for det rettslige utgangspunktet ved vurderingen i avsnitt 26 slik:

«Dersom innhentinga ikkje kunne ha vore gjort lovleg i Noreg, må etter dette tre vilkår vera oppfylte for å nytte etterforskningsmateriale innhenta av utanlandske styresmakter i ei norsk straffesak: (i) Prova må vera innhenta etter reglane som gjeld i det aktuelle landet, (ii) den tiltalte må ha rett til innsyn i alle opplysningane som er innhenta, og (iii) innhentinga må ikkje vera gjennomført på ein måte som gjer at bruken som prov vil vera i strid med grunnleggande norske verdiar. Eit provforbod for materiale innhenta av utanlandsk styresmakt vil særleg vera aktuelt der innhentinga er gjort av statar der mellom anna straffeprosessen byggjer på eit anna verdisyn enn vårt»

Slik jeg leser premisset, må disse tre vilkårene være oppfylt for å kunne føre bevismaterialet. Høyesterett åpner derimot for at disse vilkårene vil kunne være overflødig dersom innhentingene kunne ha vært gjort lovlig i Norge.

Høyesterett går ikke nærmere inn på hvorvidt bevismaterialet må videre vurderes etter reglene om ulovlig ervervet bevis dersom de ett av de tre vilkårene utpenslet i det nevnte avsnittet ikke er oppfylt. Uttalelsen alene kan trekke i retning av at de tre vilkårene skal anses som absolutte skranker ved bevisavskjæringsvurderingen, og manglende oppfyllelse av vilkårene fører til bevisforbud. Samtidig er det som Torgersen poengterer «ikke grunn til å vurdere ulovligheten i utlandet strengere enn ulovlig beviservert i Norge.»¹⁸⁰

Redegjørelsen av HR-2021-966-A i avhandlingens punkt 3.4 belyste at hensikten med oppdateringen av læren om ulovlig bevis var å samle bevisavskjæringsspørsmålet til en helhetlig vurdering, fremfor en oppdeling av vurderingen i to selvstendige vilkår.¹⁸¹ Slik jeg forstår avgjørelsen var siktemålet at bevisavskjæringsspørsmålet ikke skal underlegges noen absolutte vilkår som automatisk fører til bevisavskjæring. En slik helhetsvurdering harmonerer bedre med det

¹⁷⁹ Torgersen (2009) s. 464.

¹⁸⁰ Torgersen (2009) s. 464.

¹⁸¹ Gjentakelsesprinsippet og interesseavveiningen.

materielle sannhetsprinsipp og opprettholder rettstilstanden om feil ved ervervelsen i utgangspunktet ikke er til hinder for å føre beviset.¹⁸² Høyesteretts oppdatering av normen om ulovlig ervervet bevis trekker i retning av terskelen for bevisavskjæring i norske domstoler skal være høy. Etter min mening kan Høyesteretts presisering av læren tas til inntekt for at bevis ervervet i utlandet i strid med avgiverlandets rett ikke automatisk skal føre til bevisavskjæring. Etter mitt syn vil det være naturlig å supplere vurderingen av bevismaterialet fra utlandet med reglene om ulovlig ervervet bevis. Alternativt om læren om ulovlig ervervet bevis i Norge i sin helhet legges til grunn ved vurderingen. Spørsmålet Høyesterett behandlet i HR-2022-1314-A var adgangen til å føre bevis fra utlandet som er *lovlig* innhentet i avgiverlandet. Slik jeg ser det er det ikke noe prinsipielt i veien for å anvende læren fra HR-2021-966-A ved bevis ervervet i utlandet dersom de er *ulovlig* innhentet. En slik forståelse vil etter mitt syn harmonere bedre med både øvrig Høyesterettspraksis om bevisavskjæring, samt det materiale sannhetsprinsipp.

I norske saker har hjemmelssvikt ved bevisinnhenting sjeldent ført til bevisforbud.¹⁸³ Det å fremme sakens opplysning og sikre en riktig avgjørelse er sentrale momenter ved rettetføringen av saker, og disse hensynene styrkes ved behandlingen av alvorlige straffesaker. Disse føringene, sammenholdt Høyesteretts utvikling av læren om ulovlige ervervet bevis og uttalelsene i juridisk teori, taler etter mitt syn for at hjemmelssvikt ved bevisinnhenting i utlandet, ikke nødvendigvis vil automatisk føre til bevisforbud, men heller at bevisavskjæringsspørsmålet kan suppleres med læren om ulovlig ervervet bevis.

¹⁸² Rt. 2006 s. 582.

¹⁸³ Se nærmere redegjørelsen i avhandlingens punkt 3.3.

7 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har innledningsvis vist til fremveksten av særskilte krypterte kommunikasjonsplattformer som hovedsakelig benyttes av kriminelle til å begå alvorlige lovbrudd på tvers av landegrensene. Disse forholdene har nødvendiggjort et internasjonalt politisamarbeid hvor bruk av inngripende tvangsmidler benyttes for effektiv kriminalitetsbekjempelse.

Avhandlingens hovedfokus har vært å nærmere belyse de rettslige skrankene som oppstår når norske myndigheter ønsker å benytte utenlandsk etterforskningsmateriale som bevis i norske domstoler. Gjennomgangen har vist til den rettskapede læren om bruk av bevis innhentet i utlandet, og hvordan læren har utviklet seg de senere årene for å imøtekomme de nye tekniske anretningene. Analysen av Høyesterettspraksis har avdekket de relevante momentene, hvilke slutninger som kan trekkes ut fra disse og videre hvordan domstolene har vektet de forskjellige hensynene ved vurderingen av bevisavskjæringsspørsmålet. Hovedtrekkene ved vurderingen knytter seg til avveining mellom behovet for kriminalitetsbekjempelse og ivaretagelsen av tiltaltets rett til privatliv og krav på rettfærdig rettergang.

Det ble videre gjennom problemstillingen i kapittel 6 fremhevet at det fortsatt foreligger uavklarte spørsmål vedrørende lærens rekkevidde dersom ett av vilkårene ikke er oppfylt.

Avslutningsvis kan det reises spørsmål om det foreligger tiltak lovgiver kan foreta seg for å styrke domstolens vurdering av om bevis fra utlandet skal kunne føres for norske domstoler.

Begrensninger i bruken av bevis fra utlandet ble kommentert i forslag til ny straffeprosesslov, NOU 2016: 24, der det ble det fremmet forslag om å lovfeste læren om ulovlig ervervet bevis med enkelte innholdsmessige justeringer.¹⁸⁴ Den foreslåtte bestemmelsen om bevisforbud ved rettsstridig innhenting skulle også få anvendelse når beviset er ervervet i utlandet eller etter reglene om internasjonalt samarbeid.¹⁸⁵ I den forbindelse uttalte lovforslaget:

«Spørsmål om begrensninger i bruken av bevisene må avgjøres for seg etter utkastets regler om bevisforbud, som kommer direkte til anvendelse. I denne sammenheng bemerkes at bestemmelsen om bevisforbud ved rettsstridig innhenting og tilgang til bevis i utkastet § 8-5 skal forstås slik at det ikke nødvendigvis er avgjørende at prosessreglene i den anmodede stat er overholdt. Norske myndigheter har et selvstendig ansvar for å påse at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier er ivare tatt ved gjennomføringen av en

¹⁸⁴ NOU 2016: 24 s. 576.

¹⁸⁵ NOU 2016: 24 s. 577.

anmodning om bistand. Er de tilsidesatt, vil rettsstridsvilkåret i utkastet § 8-5 også være oppfylt, og beviset må avskjæres «når det er grunn til det».¹⁸⁶

Straffeprosessutvalgets forslag innebærer én og samme regel for bevisavskjæring av ulovlig ervervet bevis i både Norge og utlandet. Lovforslaget ble ikke fulgt opp, men vil etter mitt syn vært en potensiell fruktbar vei å gå. Dersom bevisavskjæringsspørsmålet vurderes etter én og samme norm, uavhengig hvilket landet beviset stammer fra, vil det ikke være behov for to forskjellige bevisavskjæringsnormer. Problemstillingen som ble reist i kapittel 6 understreker hvilke utfordringer som kan oppstå med to forskjellige regelsett, og én regel ville gjort problemstillingen overflødig. Dersom det innføres én og samme regel for bevisavskjæring, vil det hverken oppstå spørsmål om hvilken regel som skal legges til grunn, eller om den ene læren må suppleres med den andre.

¹⁸⁶ NOU 2016: 25 s. 351.

Litteratur

- Berg (1997) Berg, Jens Petter. «Overvåkning av krypterte datakommunikasjon på internett». *Institutt for privatrett*, (1997). https://www.jus.uio.no/ifp/om/organisasjon/afin/forskning/andre-publikasjoner/jpb/krypt_kom.html.
- Bruce (2018) Bruce, Ingvild og Haugland, Geir Sunde. *Skjulte tvangsmidler*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- EncroChat (2019) Encrochat. «EncroChat features». (2019). <https://encrophone.com/en/>. Hentet 19.09.2022
- Eurojust (2020) Eurojust. «Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organized crime groups across Europe». (2020). <https://www.eurojust.europa.eu/news/dismantling-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>. Hentet 28.09.2022.
- Grøstad (2020) Grøstad, Anne. *Internasjonalt strafferettslig samarbeid*. 1 utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2020.
- Høgberg (2019) Høgberg, Benedikte Moltumyr. «Harmonisering og motstrid.» *I Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 475 - 501.

- Jebens (2017) Jebens, Sverre Erik. «Ulovlig ervervet bevis og utradisjonell etterforskning». I *Bevis i straffesaker*. Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens red., Oslo: Gyldendal, 2017, s. 309 – 334.
- Kjelby (2017) Kjelby, Gert Johan. «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker». I *Bevis i straffesaker*. Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens red., Oslo: Gyldendal, 2017, s. 79 – 152.
- Osnes (2012) Osnes, Anett Beatrix. *Bruk av materiale fra hemmelig avlytting av kommunikasjon som bevis i straffesak*. Tromsø: UiT, 2012.
- Ruud (2017) Ruud, Morten. *Straffesaker i utlandet*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin. *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Store norske leksikon (2022) Store norske leksikon. «Kryptering.» (05.09.2022) <https://snl.no/kryptering>. Hentet 11.09.2022.
- Sunde (2021) Sunde, Inger Marie. «Norske verdioppfatninger og kriminelles forventninger som skranker for bruk av bevis fremskaffet av utenlandsk politi». *Tidsskrift for strafferett*, vol. 21, nr. 3 (2021) s. 207-210. <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2021-03-01>.

Statista (2022)

Statista. «Number of unique WhatsApp mobile users worldwide from January 2020 to June 2022» <https://www.statista.com/statistics/1306022/whatsapp-global-unique-users/>. Hentet 17.09.2022.

Torgersen (2009)

Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Oslo: Institutt for offentlig rett - UiO, 2009.

Verji (2022)

Verji. «Hva er kryptert kommunikasjon». (2022) <https://verji.no/ord/hva-er-kryptert-kommunikasjon>. Hentet 17.09.2022.

Øyen (2019)

Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*. 2. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2019.

Kilder

Lover og forskrifter:

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriketets Norges Grunnlov (Grunnloven).
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 Lov om domstolene (Domstolloven).
- 1975 Lov 13. juni 1975 nr. 39 Lov om utlevering av lovbrytere m.v. (Utleveringsloven).
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).
- 1992 Lov 5. juni 1992 nr. 52 Lov om endringer i straffeprosessloven (Telefonavlytting i narkotikasaker).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven).
- 2012 Lov 20. januar 2012 nr. 4 Lov om pågriping og overlevering til og frå Noreg for straffbare forhold på grunnlag av ein arrestordre (Arrestordreloven).
- 2012 Forskrift 14. desember 2012 nr. 1227 Forskrift om internasjonalt samarbeid i straffesaker (Forskrift om internasjonalt straffesaks-samarbeid).

Forarbeider:

NOU 1997: 15	Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II.
Ot.prp. nr. 64 (1998-1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (Etterforskningsmetoder m.v.)
NOU 2001: 32B	Rett på sak: Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
NOU 2004: 6	Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed.
NOU 2009: 15	Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodeutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandlingen av informasjon i straffesaker.
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov.
Meld. St. 7 (2010-2011)	Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats.
Kripos (2020)	Kriminalisering av deltakelse i og rekruttering til kriminelle grupper [Høringssvar], 2020. https://www.politiet.no/globalassets/dokumenter/kripos/horingssvar/horingssvar---nou2020---4-straf-felovradets-utredning.pdf .

Rundskriv og brev:

Riksadvokaten (2003)	Bruk av kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet som bevis i Norge, brev av 20. januar 2003. RA 03-11 632.4.
----------------------	--

Avgjørelser:

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt. 1990 s. 1008.	Rt. 2002 s. 1744.	Rt. 2014 s. 1105.
Rt. 1991 s. 616.	Rt. 2005 s. 1137.	HR-2017-1894-U.
Rt. 1994. s. 1139.	Rt. 2005 s. 1524.	HR-2020-533-U.
Rt. 1996 s. 666.	Rt. 2006 s. 582.	HR-2021-966-A.
Rt. 1997 s. 795.	Rt. 2006 s. 1193.	HR-2021-1336-U.
Rt. 1997 s. 1142.	Rt. 2008 s. 605.	HR-2021-1538-U.
Rt. 1999 s. 1269.	Rt. 2009 s. 1526.	HR-2022-520-U.
Rt. 2000 s. 710.	Rt. 2009 s. 1537.	HR-2022-863-A.
Rt. 2000 s. 1345.	Rt. 2011 s. 531.	HR-2022-1314-A.
HR-2001-844.	Rt. 2013 s. 476.	HR-2022-2125-U.

Underinstansene:

RG-2010-1283.

LE-2017-172791.

LB-2021-164345.

LA-2021-84234.

TOSL-2021-30329.

TVIN-2021-151261.

Internasjonale rettskilder:

EMK	<i>The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms</i> , Roma 4. November 1950
1959-konvensjonen	<i>European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters</i> , 20. April 1959. https://rm.coe.int/16800656ce .
Rådet for Den europeiske union (2020).	Rådet for den europeiske union. <i>Council Resolution on Encryption – Security through encryption and security despite encryption - 13084/1/20</i> . (24 november 2020). https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13084-2020-REV-1/en/pdf .
SP	<i>International Covenant on Civil and Political Rights</i> , New York, 1966.
TEUF	Treaty on European Union and on the functioning of the European Union. (2016/C 202/01).

Utenlandske rettskilder:

Rettspraksis:

CCASS:2022:CR01226	Arret de la cour de cassation, chambre criminelle, nr. 01226. 11. oktober 2022, https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046437315?page=1&pageSize=25&query=01226&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_selection=all&typePagination=DEFAULT
--------------------	--