

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Utradisjonelle etterforskningsmetoder

Kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag

Kandidatnummer: 625

Leveringsfrist: 25. november 2013

Antall ord: 14 343



## Innholdsfortegnelse

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>1</b> | <b>INNLEDNING</b> .....                                   | <b>1</b>  |
| 1.1      | Tema/problemstilling .....                                | 1         |
| 1.2      | Avgrensninger .....                                       | 2         |
| 1.3      | Kilde og metode .....                                     | 3         |
| 1.3.1    | Legalitetsprinsippet.....                                 | 3         |
| 1.3.2    | Lov og forarbeider .....                                  | 4         |
| 1.3.3    | Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).....    | 5         |
| 1.3.4    | Kommunikasjonskontrollforskriften.....                    | 7         |
| 1.3.5    | Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll .....         | 7         |
| 1.4      | Den videre fremstilling.....                              | 8         |
| <b>2</b> | <b>ETTERFORSKNING</b> .....                               | <b>9</b>  |
| 2.1      | Vilkår for å åpne etterforskning .....                    | 9         |
| 2.2      | Etterforskningsmetoder .....                              | 12        |
| 2.3      | Straffeprosessuelle tvangsmidler.....                     | 13        |
| 2.4      | Vilkår for bruk av tvangsmidler .....                     | 15        |
| 2.5      | Forholdsmessighetsprinsippet .....                        | 15        |
| 2.6      | Skjulte tvangsmidler.....                                 | 16        |
| <b>3</b> | <b>KOMMUNIKASJONSKONTROLL</b> .....                       | <b>17</b> |
| 3.1      | Historikk.....  | 18        |
| 3.2      | Vilkår.....   | 21        |
| 3.2.1    | Politiets adgang til bruk av kommunikasjonskontroll ..... | 21        |
| 3.2.2    | Tillatelse fra retten .....                               | 22        |
| 3.2.3    | Vilkårene for kommunikasjonskontroll etter § 216b .....   | 23        |
| 3.2.4    | Hva kommunikasjonskontroll innebærer .....                | 23        |
| 3.2.5    | Vesentlighetskravet.....                                  | 24        |

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| 3.2.6    | ”Hurtigkobling” etter § 216d .....                            | 24        |
| 3.2.7    | Omfanget av kommunikasjonskontrollen .....                    | 26        |
| 3.3      | Kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag ..... | 27        |
| <b>4</b> | <b>NØDRETT .....</b>  | <b>28</b> |
| 4.1      | Hva er nødrett? .....   | 28        |
| 4.2      | Vilkårene i straffelovens § 47 .....                          | 29        |
| 4.2.1    | Farekravet .....  | 30        |
| 4.2.2    | Formålkravet .....  | 32        |
| 4.2.3    | Subsidiaritetskravet.....                                     | 33        |
| 4.2.4    | Kravet til forholdmessighet/ proporsjonalitetsregelen.....    | 33        |
| 4.3      | Nødrett som hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll.....  | 35        |
| <b>5</b> | <b>LOVSKRAVET I EMK ARTIKKEL 8 NR. 2.....</b>                 | <b>36</b> |
| 5.1      | Inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 1 .....                      | 37        |
| 5.2      | Vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2.....                         | 39        |
| 5.2.1    | Vilkår om nødvendighet .....                                  | 40        |
| 5.2.2    | Krav om legitimt formål .....                                 | 40        |
| 5.2.3    | Krav til hjemmelsgrunnlaget.....                              | 41        |
| <b>6</b> | <b>VURDERING OG OPPSUMMERING .....</b>                        | <b>44</b> |
| 6.1      | Rettsikkerhet og personvern .....                             | 45        |
| 6.1.1    | Rettsikkerheten.....  | 45        |
| 6.1.2    | Hensynet til personvern .....                                 | 47        |
| 6.2      | Avsluttende bemerkninger .....                                | 48        |
| <b>7</b> | <b>LITTERATURLISTE.....</b>                                   | <b>52</b> |

# 1 Innledning

## 1.1 Tema/problemstilling

Oppgavens tema er politiets bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder. Politiet har de senere årene fått utvidet tilgang til bruk av skjulte tvangsmidler. Bakgrunnen for dette er kriminalitetsutviklingen. Kriminaliteten er økende og blir i tillegg stadig mer profesjonell og organisert.<sup>1</sup>

Det sentrale i oppgaven er politiets bruk av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag. Kommunikasjonskontroll er en skjult etterforskningsmetode som er svært inngripende for den som blir utsatt for det og rammer ofte i tillegg personer i den mistenktes nære omgangskrets.

Oppgaven vil ikke reise spørsmål ved den generelle bruken av kommunikasjonskontroll, men ved den bruk hvor nødrett påberopes som hjemmelsgrunnlag. I 2012 ble nødrett påberopt som hjemmelsgrunnlag ved 2 anledninger.<sup>2</sup> Nødrett er påberopt i saker med fare for liv og helse. Av eksempel på situasjoner hvor politiet foretar kommunikasjonskontroll og påberoper seg nødrett nevner kontrollutvalget gisselsituasjoner eller ved søk av savnede personer.<sup>3</sup>

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen oppstiller et strengt lovskrav for inngrep i en persons rettigheter etter konvensjonen. Retten til respekt for privatliv og familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1 er den sentrale rettighet som det må vurderes om kommunikasjonskontroll er et inngrep i. Spørsmålet er derfor om nødrett er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag etter lovskravet i unntaksbestemmelsen etter EMK artikkel 8 nr. 2. Dette vil bli drøftet under oppgavens punkt 5.

---

<sup>1</sup> Hov (2009) s. 486.

<sup>2</sup> Årsrapport (2012) punkt 3

<sup>3</sup> Årsrapport (2010) punkt 5.1

Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll har også tatt opp bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll. De har bruken av nødrett som eget tema i årsrapportene.<sup>4</sup> Kontrollutvalget stiller seg kritisk til bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag. I årsrapporten fra 2012 uttaler utvalget at de mener nødrett ikke tilfredsstillende kravene til lovgrunnlag som stilles av lovskravet i EMK artikkel 8. Lovskravet skjerpes ved bruk av skjulte tvangsmidler og jf. lovskravet er det derfor ikke tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll.<sup>5</sup> Dette er det sentrale vurderingstema i oppgaven som jeg kommer tilbake til under punkt 5.

## **1.2 Avgrensninger**

Utradisjonelle etterforskningsmetoder er et vidt begrep og favner flere ulike etterforskningsmetoder. Oppgaven vil ha fokus på kommunikasjonskontroll. De resterende skjulte tvangsmidler som blant annet fjernsynsovervåking, romavlytting og teknisk sporing, faller utenfor oppgaven og vil derfor ikke bli drøftet.<sup>6</sup>

Jeg vil kort gjøre rede for de generelle vilkårene for bruk av skjulte tvangsmidler. Når det gjelder de vilkårene for å ta i bruk hvert enkelt tvangsmiddel, vil jeg likevel kun se på de som gjelder for kommunikasjonskontroll. Dette kommer jeg tilbake til i oppgavens punkt 2.6 og 3. Jeg vil behandle vilkårene for å åpne etterforskning<sup>7</sup> og nevne ulike etterforskningsmetoder<sup>8</sup>, men vil ikke gå i dybden på hver enkelt etterforskningsmetode. Her er det kun kommunikasjonskontroll<sup>9</sup> som vil bli behandlet.

---

<sup>4</sup> Årsrapport (2009) punkt 6, (2010) punkt 5.1, (2011) punkt 5.1 og (2012) punkt 5.1.

<sup>5</sup> Årsrapport (2012) punkt 5.1

<sup>6</sup>Se straffeprosessloven. kap. 15a og §216m.

<sup>7</sup> Oppgavens punkt 2.1

<sup>8</sup> Oppgavens punkt 2.2

<sup>9</sup> Oppgavens punkt 3.

Det er bruken av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag, som er sentralt i oppgaven. Vilkårene for bruk av nødrett vil derfor drøftes mens vilkårene for bruk av nødverge samt ulovfestede straffrihetsgrunner ikke vil bli drøftet, i den videre fremstillingen.

Jeg vil kun gjøre rede for prosessen ved bruk av kommunikasjonskontroll. Hva som skjer med opplysningene politiet har innhentet under etterforskning er ikke tema for oppgaven. Straffeprosessloven og forskriften for kommunikasjonskontroll har egne regler for hvordan innhentet materiale skal behandles.<sup>10</sup>

### **1.3 Kilde og metode**

Kommunikasjonskontroll er en relativt ny etterforskningsmetode som er under stadig utvikling både når det gjelder bruken av kommunikasjonskontroll og lovreguleringen av den.<sup>11</sup> Telefonavlytting, som er en del av kommunikasjonskontroll, ble først innført i straffeprosessloven ved lov av 5.juni 1992 nr. 52. Oppgaven retter seg, som nevnt over, mot kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag. Dette er et område som ikke er behandlet tidligere. Oppgaven bygger derfor på en del forarbeider, uttalelser fra Riksadvokaten og årsrapporter fra kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Det følger av Riksadvokatens brev<sup>12</sup> at han ønsker en klar lovhjemmel for tvangsmiddelbruk i nødrettssituasjoner, og at grensene for nødrett på området er usikre. Mer om dette følger under. Jeg vil nå se på de ulike rettsgrunnlagene som danner grunnlag for drøftelsene i denne oppgaven.

#### **1.3.1 Legalitetsprinsippet**

Legalitetsprinsippet er et ulovfestet prinsipp av Grunnlovsrang i norsk rett. Prinsippet slår fast at inngrep i en borgers rettsfære krever hjemmel i lov.<sup>13</sup> Legalitetsprinsippet, er et helt

---

<sup>10</sup> Se straffeprosessloven § 216g flg.

<sup>11</sup> Jf. Oppgavens punkt 3.1.

<sup>12</sup> Riksadvokatens brev av 06.08.13

<sup>13</sup> Eckhoff (2011) s. 202.

grunnleggende prinsipp i norsk rett. Det strafferettslige legalitetsprinsipp er forankret i Grunnloven § 96 ”Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom”. Legalitetsprinsippet er også et gjennomgående prinsipp i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Prinsippet er forankret i lovskravet i EMK artikkel 7, men det følger også et lovskrav etter EMK artikkel 8, 9, 10 og 11. Artikkene bygger på at inngrep i rettighetene etter de nevnte bestemmelser nr. 1 krever hjemmel i lov jf. nr. 2. Det mest relevante for denne oppgaven er EMK artikkel 8. EMK artikkel 8 omhandler retten til privatliv og familieliv.<sup>14</sup> Etter EMK artikkel 8 nr. 1 er det et forbud mot å gripe inn i disse rettighetene. EMK artikkel 8 nr. 2 oppstiller derimot en unntaksbestemmelse som sier at dersom inngrepet blant annet er gjort i samsvar med lov, kan inngrepet forsvares.<sup>15</sup> Dette kommer jeg tilbake til under punkt 5.3.

Hensynet til demokratisk kontroll er det mest tungtveiende hensyn bak legalitetsprinsippet. Inngripende tiltak som telefonavlytting i medhold av legalitetsprinsippet er derfor avhengig av en klar hjemmel.<sup>16</sup>

I det videre vil det være det konvensjonsfestede lovskravet i EMK som vil bli drøftet. Dette vil bli gjort gjennom vilkårene i EMK artikkel nr. 2.<sup>17</sup>

### 1.3.2 Lov og forarbeider

Oppgaven bygger en etterforskningsmetode som i utgangspunktet er lovregulert i straffeprosessloven.<sup>18</sup> Når metoden blir brukt med nødrett som hjemmelsgrunnlag er det bestemmelsen om nødrett<sup>19</sup> i straffeloven som gjøres gjeldene. Reglene om nødrett vil det derfor bli redegjort for i den videre fremstillingen. I tillegg vil lovskravet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ha stor betydning for oppgaven. Det vil si at lovens og kon-

---

<sup>14</sup> Oppgavens punkt 5.1

<sup>15</sup> TFS 2012-1 s. 28

<sup>16</sup> Innst.S nr. 240 (1996-97)

<sup>17</sup> Oppgavens punkt 5.3

<sup>18</sup> Straffeprosessloven. kap. 16a

<sup>19</sup> Straffeloven § 47

vensjonens ordlyd står i fokus ved tolkningen av bestemmelsene. Da kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag ikke er særskilt lovregulert, vil oppgaven også bygge på forarbeider i tillegg til nødrettsbestemmelsen i straffeloven<sup>20</sup> og lovskravet<sup>21</sup> i EMK.

Det sentrale forarbeidet er NOU 2009:15 Skjult metode, åpen kontroll. Metodeutvalget ble oppnevnt av kongen i statsråd den 15. februar 2008. Utvalget fikk til oppgave å ”etterkontrollere lovgivningen om inngripende etterforskningsmetoder mv.”<sup>22</sup>. Utvalget har både vurdert politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker. Utvalgets vurderinger om behandlingen av informasjon av straffesaker vil ikke bli behandlet videre. Forarbeidet<sup>23</sup> vil være sentralt gjennom hele oppgaven da det tar opp flere av de relevante synspunkter ved bruken av inngripende etterforskningsmetoder, som kommunikasjonskontroll.

### 1.3.3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Internasjonal rett bygger på en rekke konvensjoner som er relevante for rettigheter av grunnleggende karakter. Dette gjelder særlig rettigheter for kvinner, barn, ulike raser mv. Vi har blant annet FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. For Norge er det Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK, som er den viktigste. Det er EMK som også er relevant i denne sammenheng. Konvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven.<sup>24</sup> Det dreier seg i all hovedsak om ”... fundamentale rettigheter som er viktige for enkeltindividets frihet og utfoldelse, og som derfor bør beskyttes i alle land”.<sup>25</sup> Dette er grunnleggende rettigheter man har i kraft av å være et menneske.

---

<sup>20</sup> Straffeloven § 47

<sup>21</sup> EMK artikkel 8.

<sup>22</sup> NOU 2009:15 s. 1

<sup>23</sup> NOU 2009:15

<sup>24</sup> Menneskerettighetsloven § 2.

<sup>25</sup> Ruud (2006) s. 233.



Selv om norsk lov skal følge internasjonale konvensjoner, kan det i situasjoner oppstå motstrid mellom norske rettsregler og bestemmelsene i EMK. Menneskerettighetsloven § 3 slår fast at EMK går foran norsk rett ved motstrid. Det vanlige er likevel å løse eventuell motstrid ved tolkning.

Høyesterett har slått fast at "... spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, (...) kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men beror på en nærmere tolkning av de aktuelle rettsregler".<sup>26</sup> Det følger videre av dommen at norske domstoler ved tolkningen av EMK skal "... benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen". Det vil si at det er EMD, og ikke de norske domstoler, som er rettsskapende på konvensjonens område. Norske domstoler er med andre ord bundet av det som følger av EMK og EMD praksis og kan derfor ikke skape ny praksis som går videre eller ut over det EMD har avgjort.

Dette er ført videre i Rt. 2005 s. 833 hvor førstvoterende, med støtte fra flertallet, uttaler at; "Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning".<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Rt. 2002 s. 557 punkt 3.

<sup>27</sup> Rt. 2005 s. 833 punkt 45.

#### 1.3.4 Kommunikasjonskontrollforskriften

Det foreligger en egen forskrift for bruk av kommunikasjonskontroll.<sup>28</sup> Forskriften er endret flere ganger etter at den ble vedtatt i 1995. Siste endringen er av 27.09.2013 og trer i kraft 01.01.2014.

Forskriften regulerer bruken av kommunikasjonskontroll og hvordan informasjon som er innhentet ved bruk av kommunikasjonskontroll skal behandles i ettertid. Den sier også noe om personers rett til å få vite om de har vært underlagt kommunikasjonskontroll.

Forskriften tar utgangspunkt i reglene i straffeprosessloven, men sier ikke noe om bruken av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag. Forskriften vil derfor ikke være av avgjørende karakter for denne oppgaven. Forskriften vil likevel gjøres gjeldende ved vurderingene under punkt 6.

#### 1.3.5 Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll

Norge har siden 2009 hatt et eget utvalg som skal kontrollere politiets bruk av kommunikasjonskontroll, Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Utvalget er i dag satt sammen av medlemmer som til daglig er dommer, professor i psykologi, forsker og advokat.<sup>29</sup> Utvalget skal foreta en helhetlig kontroll av politiets bruk av kommunikasjonskontroll i ettertid, og ikke slik kontroll som domstolen tar i verserende enkeltsaker.<sup>30</sup> Dette fremkommer av kontrollutvalgets årsrapporter.

Jeg har underveis i arbeidet med oppgaven vært i kontakt med kontrollutvalgets sekretær Knut-Fredrik Haug-Hustad per mail. Hans svar vil derfor bli tatt inn som en kilde der det er aktuelt.

---

<sup>28</sup> Kommunikasjonskontrollforskriften

<sup>29</sup> Årsrapport (2012) punkt 2.

<sup>30</sup> Årsrapport (2012) punkt 1.

#### **1.4 Den videre fremstilling**

I den videre fremstillingen vil jeg først ta for meg etterforskning under punkt 2. Under redegjørelsen for etterforskning vil jeg komme inn på vilkårene for å åpne etterforskning i punkt 2.1, samt noen ulike typer etterforskningsmetoder under punkt 2.2. Dette er for å belyse hvilke vilkår som må være oppfylt for at etterforskning kan iverksettes, som igjen er grunnlaget for å eventuelt ta i bruk straffeprosessuelle tvangsmidler. De vilkårene som gjøres gjeldene for å ta i bruk straffeprosessuelle tvangsmidler vil det bli redegjort for under punkt 2.4. Før vilkårene for bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler blir drøftet vil jeg gjøre rede for hva straffeprosessuelle tvangsmidler er under punkt 2.3. Dette for å gi en bedre forståelse av hvordan bruken av skjulte tvangsmidler kommer inn som en viktig del av etterforskningen. Da kommunikasjonskontroll er et skjult tvangsmiddel, vil bruk og vilkår for bruk av skjulte tvangsmidler vil bli behandlet i punkt 2.6.

Kommunikasjonskontroll som er den sentrale etterforskningsmetoden vil det bli redegjort for under punkt 3. Da kommunikasjonskontroll er en metode under utvikling vil jeg først se hen til hvordan metoden er kommet inn i lovgivningen gjennom ulike lovendringer de siste årene under punkt 3.1. Vilråene for bruk av kommunikasjonskontroll vil det bli redegjort for og drøftet under punkt 3.2. Da oppgaven omhandler kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag vil det under punkt 3.3 bli belyst hvordan dette gjøres gjeldene. Punkt 3.3 er kun en kort redegjørelse som senere vil bli drøftet under punkt 4.3 etter redegjørelsen av nødrett.

Nødrett er helt sentralt i oppgaven og vil bli behandlet under punkt 4. Her vil vilråene for bruk av nødrett etter straffelovens bestemmelse<sup>31</sup> bli behandlet under punkt 4.1. Før jeg kommer tilbake til drøftelsen om nødrett som hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll under punkt 4.3 som nevnt over.

---

<sup>31</sup> Jf. straffeloven § 47

Under punkt 5 vil jeg se på lovskravet i EMK artikkel 8. Her vil det bli drøftet hvorvidt nødrett oppfyller de kvalitative sidene EMK artikkel 8 nr. 2 stiller til hjemmelsgrunnlaget for inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 1.

Helt avslutningsvis vil jeg komme med egne bemerkninger samt oppsummere hovedsynspunktene i forhold til bruken av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag i punkt 6.

## **2 Etterforskning**

Oppgaven bygger på bruken av kommunikasjonskontroll. Kommunikasjonskontroll er en av flere etterforskningsmetoder. For å kunne iverksette kommunikasjonskontroll må vilkårene for å åpne etterforskning være oppfylt. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å først se på vilkårene for å åpne etterforskning under punkt 2.1, før jeg under punkt 2.2 fremstilles ulike etterforskningsmetoder. Man har etter straffeprosessloven etterforskningsmetoder av ulik inngripende styrke. Det er snakk om både simple etterforskningsmetoder og tvangsmidler. Det er de simple etterforskningsmetodene som fremstilles under punkt 2.2 før straffeprosessuelle tvangsmidler vil bli fremstilt under punkt 2.3. Vilkår for bruk av tvangsmidler drøftes under punkt 2.4. Forholdsmessighetsprinsippet er viktig for om bruk av tvangsmidler kan iverksettes og opprettholdes. Det vil derfor bli redegjort for forholdsmessighetsprinsippet under punkt 2.5. På bakgrunn av at kommunikasjonskontroll er et skjult tvangsmiddel, finner jeg hensiktsmessig å fremstille de generelle vilkårene for bruk av skjulte tvangsmidler før jeg behandler kommunikasjonskontroll. Dette kommer jeg til under punkt 2.6.

### **2.1 Vilkår for å åpne etterforskning**

Vilkåret for å åpne etterforskning er at det er ”rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige”.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Straffeprosessloven § 224

Slik rimelig grunn kan følge av en anmeldelse eller andre omstendigheter jf. bestemmelsen annet ledd. Ved anmeldelse siktes det her til anmeldelse avgitt av privatpersoner. I blant annet narkotikasaker er det ofte politiet som avgir anmeldelse, men etter ordlyden i denne bestemmelsen vil den type anmeldelse falle inn under ”andre omstendigheter”. Dette er situasjoner politiet kan komme over når de patruljerer på jakt etter noe annet.

Etterforskning består av innhenting av informasjon. Per definisjon er etterforskning formålsbasert innhenting av informasjon. At det foreligger et formål med innhenting er avgjørende for om innhenting kan kalles etterforskning.<sup>33</sup>

Målet med etterforskning er å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale. Skaffe informasjon som kan tjene som forberedelse av rettens behandling. I tillegg kan det være snakk om å innhente informasjon for å avverge eller stanse straffbare handlinger og til å fullbyrde straff og andre reaksjoner.<sup>34</sup>

Etterforskning er strengt lovregulert og politiet må følge bestemmelser i straffeprosessloven, påtaleinstruksen samt andre instruksjer og retningslinjer fra overordnet påtalemyndighet. Politiet bedriver også en del virksomhet som ikke går under betegnelsen etterforskning. Da vil helt andre regler spille inn. Denne type virksomhet faller utenfor denne oppgaven og vil derfor ikke bli tatt opp i den videre fremstillingen.

For å avgjøre om virksomheten som foretas er etterforskning, må man se hen til formålet med virksomheten. For at det skal anses som etterforskning, må formålet være å avklare om straffbart forhold finner eller har funnet sted, i tilfelle hvor, når og hvem som står bak.<sup>35</sup>

Politiet kan også innhente en del generell informasjon underveis i sitt arbeid. Dette kan for eksempel gjøres for å kartlegge hvordan kriminaliteten utvikler seg. Informasjon av

---

<sup>33</sup> Riksadvokaten (3/1999) punkt 2.

<sup>34</sup> Straffeprosessloven § 226

<sup>35</sup> Rundskriv (3/1999)

denne type tar sikte på å avverge eller oppklare mulige fremtidige straffbare forhold, men vil på grunn av dens generelle karakter falle utenfor selve etterforskningsbegrepet.<sup>36</sup>

Ordinær ordenstjeneste er heller ikke etterforskning. Med ordinær ordenstjeneste menes alt politiet foretar seg som faller inn under politiloven §§ 7-10a. Dette går jeg ikke nærmere inn på her da avgrensningen mellom den type virksomhet og etterforskning byr på få problemer i praksis.

Det krever en særskilt vurdering i alle tilfeller hvor det er snakk om å åpne etterforskning. Om etterforskning skal opprettholdes eller avsluttes beror på en konkret vurdering av de samme vilkårene som kreves for å åpne etterforskning. Så lenge vilkårene for å åpne etterforskning vil man ha grunnlag for å opprettholde etterforskningen også.

Vilkårene for å åpne etterforskning er ikke strenge. Det er først ved bruk av tvangsmidler vilkårene skjerpes. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 2.4.

Hvor det er avgitt anmeldelse er det sjelden vanskelig å avgjøre om vilkårene for å iverksette etterforskning er oppfylt. Det er først hvor det er snakk om å åpne etterforskning på grunn av ”andre omstendigheter” det kan være uklart om vilkårene er oppfylt. Dette byr likevel ikke på særlig problemer i praksis.

”Rimelig grunn” er svært skjønnspreget. Det er ikke nødvendig at mistanken er rettet mot en bestemt person. Rimelig grunn åpner for en konkret skjønnsmessig vurdering av om etterforskning bør iverksettes eller ikke. Ordlyden åpner for en slik skjønnsmessig vurdering både i tilfellene hvor det er rettet konkret mistanke mot en person, der det er snakk om flere personer, et miljø og ved rent generelle mistanker hvor man først etter undersøkelser og etterforskning, kan knytte mistanken mot en eller flere konkrete personer. Man snakker her om undersøkelser og etterforskning på person- eller saksnivå.

---

<sup>36</sup> Rundskriv (3/1999)

Det skilles ofte mellom etterforskning på person- og saksnivå. Sondringen her er uten betydning for oppgaven da det ikke har betydning for etterforskningen om hvilket nivå den foretas på. For sonderingen mellom person- og saksnivå, se Rt. 1997 s. 138 flg.

Det er tre sentrale momenter<sup>37</sup> som inngår i vurderingen av om etterforskning bør åpnes. Det er sannsynlighet, forholdsmessighet og saklighet.

Sannsynlighetsvurderingen går på å vurdere graden av sannsynlighet for at det foreligger et straffbart forhold. Hvilket krav det stilles til graden av sannsynlighet varierer. Her kommer forholdsmessighetsvurderingen inn.

Forholdsmessighetsvurderingen tilsier at det ved alvorlige straffbare forhold skal mindre til for å kunne åpne etterforskning. Ved vurderingen skal det sees hen til hvilke etterforskningsskritt det er snakk om, og hvor inngripende den vil være for den eller de som rammes av den. Dette er en viktig vurdering og vil bli drøftet i forbindelse med etterforskning og straffeprosessuelle tvangsmidler under punkt 2.5.

Det gjelder videre generelt at etterforskningen må være saklig begrunnet. Det vil si at det ikke er adgang til å ta utenforliggende hensyn.

## **2.2 Etterforskningsmetoder**

Som nevnt er kommunikasjonskontroll en av flere etterforskningsmetoder. Straffeprosessloven § 225 slår fast at det er politiet som iverksetter og utfører etterforskning, men etter § 225 annet ledd kan Riksadvokaten eller vedkommende statsadvokat "... gi pålegg om å iverksette etterforskning og om hvordan den skal gjennomføres...".

Politiet har en rekke ulike etterforskningsmetoder de kan benytte. Alt fra avhør, DNA-tester, beslag mv.<sup>38</sup> Dette er alle eksempler på etterforskningsmetoder som den mistenkte blir underrettet om.

---

<sup>37</sup> Jf. Riksadvokaten (3/1999) del 3 punkt 3

<sup>38</sup> Jf. straffeprosessloven

Politiet har også mulighet til å ta i bruk en rekke skjulte tvangsmidler. Det er dette som kalles ekstraordinære eller utradisjonelle etterforskningsmetoder. Kommunikasjonskontroll faller i denne kategorien av etterforskningsmetoder. Som andre eksempler kan nevnes skjult fjernsynsovervåkning og teknisk sporing<sup>39</sup> og romavlytting.<sup>40</sup>

Mer om skjulte tvangsmidler og vilkårene for bruk av disse følger under i punkt 2.6, mens kommunikasjonskontroll spesielt vil bli drøftet under punkt 3 flg.

En etterforskning kan være mer eller mindre omfattende og intens. Selv om det er politiet som har det overordnede ansvaret for etterforskningen kan det være behov for hjelp fra spesialavsnitt eller domstolen. Kripos, Økokrim og Spesialenheten for politisaker kan bistå politiet i etterforskningen av uliker saker innenfor sine områder. Kripos er et uavhengig politi- og påtaleorgan med større ekspertise og bredere teknisk utstyr enn de lokale politidistriktene.<sup>41</sup>

Domstolen på sin side kan bistå ved avhør. Vitneplikten går lengre overfor domstolen enn den gjør overfor politiet og bistand fra domstolen kan derfor være nyttig. Domstolen kan også hjelpe med sikring av bevis. Dersom et avhør er tatt foran en dommer er det ikke like lett å påberope seg at man ble satt under press i avhør eller at man er feilsitert mv.

### **2.3 Straffeprosessuelle tvangsmidler**

Straffeprosessuelle tvangsmidler er metoder politiet kan ta i bruk som ledd i en etterforskning. Etter straffeprosessloven § 222d kan bruk av tvangsmidler foretas for å bekjempe alvorlig kriminalitet. Bestemmelsen, som kom inn i loven i 2005 og sist revidert i 2012, setter som vilkår at handlingen som ønskes avverget ved bruk av tvangsmiddelet, følger av et av straffebudene nevnt i bestemmelsens første ledd. Straffebudene omfatter terrorhandlinger<sup>42</sup>, forsettelig eller overlagt drap,<sup>43</sup> og grov narkotika virksomhet<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> Straffeprosessloven kap. 15a

<sup>40</sup> Straffeprosessloven § 216m

<sup>41</sup> Hov (2009) s. 461

<sup>42</sup> Straffeloven § 147a

<sup>43</sup> Straffeloven § 233



I bestemmelsens andre ledd gis det tilsvarende tillatelse til politiets sikkerhetstjeneste for brudd på straffebud etter straffelovens kapittel 8. Dette gjelder forbrytelser mot statens selvstendighet og sikkerhet og faller utenfor denne oppgavens tema. Det vil ikke bli drøftet nærmere i det følgende.

Straffeprosessuelle tvangsmidler innebærer inngrep i friheten den enkelte borger har. Formålet med bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler er å lette gjennomføringen av etterforskningen.<sup>45</sup> Tvangsmidler skal kunne opprettholdes så lenge det er nødvendig for etterforskningen.

Man har flere ulike tvangsmidler etter straffeprosessloven fjerde del. Som eksempler kan nevnes pågrepelse og fengsling<sup>46</sup>, ransaking<sup>47</sup>, og skjult fjernsynsovervåking og teknisk sporing<sup>48</sup>. Straffeprosessloven § 222d åpner for bruk av tvangsmidler etter straffeprosessloven kapittel 15, 15a, 16, 16a og 16b. Videre vil det være de skjulte tvangsmidlene og især kommunikasjonskontroll etter kapittel 16a som vil bli tatt opp. For de øvrige tvangsmidlene se blant annet Hov s. 462 flg<sup>49</sup>.

Et generelt vilkår for bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler er at bruken ikke må innebære et uforholdsmessig inngrep.<sup>50</sup> Dette følger uttrykkelig av straffeprosessloven § 170a ”...et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det”. Straffeprosessloven § 170a oppstiller med dette et forholdsmessighetsprinsipp ved at tvangsmiddelet ikke kan brukes når ”...det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep”.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> Straffeloven § 162 (3) jf. § 60 a

<sup>45</sup> Hov (2009) s. 462

<sup>46</sup> Jf. straffeprosessloven kap. 14

<sup>47</sup> Jf. Straffeprosessloven kap. 15

<sup>48</sup> Jf. Straffeprosessloven kap. 15a

<sup>49</sup> Hov, (2009) s. 462 flg.

<sup>50</sup> Bjerke (2011) s. 606

<sup>51</sup> Straffeprosessloven § 170a 1.ledd 2.punktum

## 2.4 Vilkår for bruk av tvangsmidler

Vilkårene for bruk av tvangsmidler følger av § 222d. Første vilkår er at tvangsmidler må brukes som ledd i etterforskning. Det vil si at vilkåret for å drive etterforskning<sup>52</sup> må foreligge. I de tilfeller hvor det er iverksatt etterforskning bør man, som utgangspunkt, kunne iverksette bruk av tvangsmidler dersom handlingen som mistenkes omfattes av et av straffebudene nevnt over.<sup>53</sup>

Dersom ikke etterforskning er iverksatt, men man har holdepunkter for at straffbarhandling er i ferd med å skje, kan det være aktuelt å vurdere bruk av tvangsmidler særskilt. Det følger av § 222d at tvangsmidlene kan brukes når ”.. det er rimelig grunn til å tro at noen kommer til å begå..”. Det må med andre ikke foreligge et straffbart forhold, men fare for at straffbart forhold kan oppstå. Vurderingen av om det foreligger rimelig grunn vil være mye av den samme vurderingen av rimelig grunn som foretas for åpning av etterforskning. Åpnes det for etterforskning etter strpl. § 224 vil man nesten automatisk kunne ta i bruk tvangsmidler etter § 222d dersom handlingen man tror er i ferd med å bli foretatt følger av et eller flere av straffebudene nevnt i § 222d a til c.

## 2.5 Forholdsmessighetsprinsippet

Som nevnt over gjelder det et forholdsmessighetsprinsipp etter strpl. § 170a ved bruk av tvangsmidler. Prinsippet gjelder både ved vurderingen av om tvangsmiddelet skal iverksettes og for hvor lenge bruken av tvangsmiddelet kan opprettholdes.<sup>54</sup>

Ved vurderingen av forholdsmessigheten er det en rekke forhold som må drøftes. For det første må det tas i betraktning den straffbare handlingens art, for det andre må man se hen til hva som kan oppnås ved bruk av tvangsmiddelet og til slutt sette dette opp mot hva den mistenkte har å tape på at det aktuelle tvangsmiddelet tas i bruk.

---

<sup>52</sup> Jf. punkt 2.1

<sup>53</sup> Jf. Punkt 2.3

<sup>54</sup> Hov (2009) s. 492

I vurderingen skal det tas hensyn til både sosiale og personlige forhold hos den mistenkte. Dette følger av ordlyden i strpl. § 170a "... og forholdene ellers". Høyesterett har uttalt om bestemmelsen at tvangsmidler ikke kan brukes når det "etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep".<sup>55</sup> Her slår Høyesterett fast at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering og at denne er avgjørende for gyldigheten for bruken av tvangsmidler. I samme dom kommer Høyesterett til at retten, ved avgjørelse av om tvangsmidler skal kunne benyttes, må legge til grunn det de finner for mest sannsynlig når de vurderer hvor stor belastningen vil være for mistenkte.

Prinsippet om forholdsmessighet er et minimumskrav. Ved bruk av skjulte tvangsmidler er det lovfestet strengere krav til forholdsmessighet. Dette gjelder også for kommunikasjonskontroll etter strpl. § 216c.<sup>56</sup> For å kunne bruke kommunikasjonskontroll må bruken være av vesentlig betydning for å oppklare saken. I tillegg må oppklaring være vesentlig vanskelig dersom bruk av kommunikasjonskontroll ikke iverksettes.<sup>57</sup>

I punkt 2.6 under vil jeg se nærmere på de generelle vilkårene som gjelder for bruk av skjulte tvangsmidler før jeg redegjør nærmere for kommunikasjonskontroll i kapittel 3.

## **2.6 Skjulte tvangsmidler**

Tvangsmidler er et inngrep i den mistenktes sfære. Slike inngrep krever jf. legalitetsprinsippet, hjemmel i lov.

Bruk av skjulte tvangsmidler er ansett for å være svært inngripende i mistenktes sfære. Det kan også føre til at helt uskyldige mennesker blir utsatt for urettmessige inngrep når for eksempel kommunikasjonskontroll iverksettes. Det er derfor slått fast av legalitetsprinsippet, EMK art. 8 og EMD praksis at bruk av skjulte tvangsmidler må være lovhjemlet.

---

<sup>55</sup> Rt 2002 s. 1713 flg.

<sup>56</sup> Jf. punkt 3.

<sup>57</sup> Straffeprosessloven § 216c

Dersom man blir utsatt for bruk av tvangsmidler har man som utgangspunkt rett til å bli underrettet om dette. I en del tilfeller kan det derimot være skadelig for etterforskningen dersom slik underretting blir foretatt. I disse tilfellene vil det bli opprettet en hemmelig forsvarer etter strpl. § 100a som skal ivareta den mistenktes rettigheter. Den mistenkte skal i ettertid i utgangspunktet bli underrettet om at han vært utsatt for bruk av skjulte tvangsmidler.

Det er likevel slik at adgangen til bruk av skjulte tvangsmidler uten at den mistenkte blir underrettet om at han er underlagt for eksempel kommunikasjonskontroll, har blitt utvidet de siste årene. Skjulte tvangsmidler kan nå foretas uten at mistenkte blir underrettet i ettertid.<sup>58</sup>

I saker hvor det blir benyttet skjulte tvangsmidler, vil ikke den mistenkte automatisk få stilling som siktet.<sup>59</sup> Dette gjelder også dersom han skulle få greie på at han blir utsatt for bruk av skjulte tvangsmidler.

Grunnen til utvidet bruk av skjulte tvangsmidler er den økende økonomiske kriminaliteten og internasjonal terrorisme.<sup>60</sup> Kriminaliteten er mer organisert, skjer på tvers av landegrensener og vil, uten bruk av skjulte tvangsmidler, være vanskelig å bekjempe.

Bruk av skjulte tvangsmidler er en ordningen det kan være lett å misbruke. På bakgrunn av dette må man ved bruk av blant annet kommunikasjonskontroll, ha rettens kjennelse for å iverksette tvangsmidlet.

### **3 Kommunikasjonskontroll**

Kommunikasjonskontroll er en etterforskningsmetode i kategorien skjulte tvangsmidler og reguleres i dag av straffeprosessloven kapittel 16a. Formålet med bruk av kommunika-

---

<sup>58</sup> Hov (2009) s. 486

<sup>59</sup> Hov (2009) s. 489

<sup>60</sup> Hov (2009) s. 486

sjonskontroll er å bekjempe alvorlig kriminalitet.<sup>61</sup> Kommunikasjonskontroll består av to deler; man har kommunikasjonsavlytting og innhenting av teledata. Førstnevnte er det som er hovedfokus i oppgaven da dette anses som betydelig mer inngripende enn sistnevnte. Nedenfor vil jeg først gjøre rede for historikken og utviklingen av lovreguleringen av kommunikasjonskontroll i punkt 3.1, før jeg ser på vilkårene for bruk av kommunikasjonskontroll i punkt 3.2. Til slutt vil jeg gå inn på hvilke tilfeller hvor nødrett påberopes som hjemmel for bruk av kommunikasjonskontroll.

### **3.1 Historikk<sup>62</sup>**

Kommunikasjonskontroll er en etterforskningsmetode som stadig er under utvikling, både i bruk og lovregulering. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å se på utviklingen bak metoden før jeg ser på vilkårene for bruk av kommunikasjonskontroll.

Første lov som ga politiet adgang til bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder, var midlertidig lov om telefonavlytting i narkotikasaker av 17. desember 1976 nr. 99. Dette var en midlertidig lov som ble endret ved lov av 5. juni 1992. Den nye loven tilføyde et kapittel i straffeprosessloven av 1981, kapittel 16a kommunikasjonskontroll. Straffeprosessloven kapittel 16a lovfester en adgang for politiet til å foreta telefonkontroll i alvorlige narkotikasaker.

Senere ble denne adgangen endret ved lov av 13. mai 1994, og ved lov av 3. desember 1999. Ved disse lovendringene ble området for kommunikasjonskontroll ytterligere utvidet. Det ble også innført en rekke nye regler for bruk av tvangsmidler som ransaking, beslag og utleveringspålegg, uten at mistenkte blir underrettet om dette. Formålet med disse endringene var primært å effektivisere etterforskningen av alvorlig og organisert kriminalitet.

<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> NOU 2009:15 del 5 punkt 5.

<sup>62</sup> Bjerke (2011) s. 739

<sup>63</sup> NOU 2009:15 Vedlegg 1, punkt 1.1.

Siste lovendring kom i 2005. Ved lov av 17. juni 2005 som trådte i kraft 5. august 2005 ble romavlytting og teknisk identifisering av kommunikasjonsanlegg innført i henholdsvis straffeprosesslovens §§ 222m og 216b. Romavlytting og teknisk identifisering faller utenfor oppgaven, men i tillegg til at disse to bestemmelsene ble lagt til i loven ble adgangen til bruk av de tidligere tvangsmidlene ytterligere utvidet ved denne endringen. Tvangsmidlene kan nå brukes som ledd i etterforskning for å avverge visse alvorlige straffbare handlinger, og ikke bare ved grov narkotikakriminalitet slik det var tidligere.

I 2008 ble det opprettet et metodeutvalg.<sup>64</sup> Metodeutvalget ble opprettet for å vurdere om lovendringene fungerte slik lovgiver forutsatte. Utvalgets utredning besto av to overordnede tema; de skulle vurdere politiets bruk av skjulte tvangsmidler, samt behandling og beskyttelse av informasjon i straffesaker.<sup>65</sup> Det er det førstnevnte som er interessant for denne oppgaven. Spesielt vurderingen de foretok av reglene om de nye etterforskningsmetodene som kom inn i straffeprosessloven i 1999. Som nevnt over, var det denne endringen som åpnet for utvidet bruk av kommunikasjonskontroll.

Gjennom sitt arbeid har utvalget kommet med en rekke forslag til lovendringer i NOU 2009: 15. I stor grad går forslagene ut på å endre flere av de prosessuelle vilkårene for, og kravene til, behandling av begjæringer om bruk av skjulte tvangsmidler. De foreslår en mer enhetlig regulering av reglene om utsatt underretning, samt at de har vurdert om det bør åpnes for bruk av kommunikasjonskontroll i flere saker som for eksempel i saker om menneskesmugling. Videre foreslår de at innhenting av trafikkdata som er en del av kommunikasjonskontrollen, bare skal kunne skje etter beslutning fattet av retten. Dette vil ha betydning for bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag hvor det, som jeg kommer tilbake til under punkt 4.2, ikke blir foretatt rettslig behandling slik reglene er per i dag.

---

<sup>64</sup> NOU 2009:15

<sup>65</sup> NOU 2009:15 Punkt 2 sammendrag

I tillegg til lovbestemmelsene i straffeprosessloven kapittel 16a er det er i dag en egen forskrift om kommunikasjonskontroll. Kommunikasjonskontrollforskriften kom i 1995, gitt i medhold av strpl. § 216k.<sup>66</sup>

Det blir ført kontroll for all politiets bruk av kommunikasjonskontroll. Denne kontrollen føres av Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll.<sup>67</sup> Kontrollutvalgets oppgaver er definert av kontrollutvalget selv i Årsrapport 2012: ”Kontrollutvalget har til oppgave å kontrollere at politiets bruk av kommunikasjonskontroll skjer på lovlig måte, at bruken begrenses mest mulig og at reglene for taushetsplikt, oppbevaring og tilintetgjøring blir fulgt”<sup>68</sup>

Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll har ved de siste 3 rapportene fra 2010, 2011 og 2012 pekt på politiets bruk av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag.

Utvalget kommer i sine årsrapporter 2009 – 2012 til at bruken av nødrett er lite tilfredsstillende; ” Utvalget har tidligere gitt uttrykk for at ordningen er lite tilfredsstillende og har derfor foreslått konkrete lovendringer”.<sup>69</sup> Av rapportenes ordlyd kan det virke som at utvalget har kommet med konkrete forslag til hva lovendringene bør gå ut på. Etter mailkorrespondanse med utvalgets sekretær Knut-Fredrik Haug-Hustad blir dette avkreftet. Han bekrefter at de ønsker lovendringer, men at utvalget ikke har gitt uttrykk for hva de konkret bør gå ut på. Utvalget har i årsrapport fra 2009 foreslått ”... at det i politiloven og straffeprosessloven innarbeides bestemmelser som gir lovhjemmel kommunikasjonskontroll også for nødrettstilfeller – og da med tilhørende domstolskontroll”.

---

<sup>66</sup> Jf. punkt 1.3.4.

<sup>67</sup> Jf. punkt 1.3.5.

<sup>68</sup> Årsrapport (2012)

<sup>69</sup> Årsrapport (2012) s. 6

Riksadvokaten har også påpekt et ønske om klar lovhjemmel også ved bruk av nødrett som hjemmelsgrunnlag.<sup>70</sup> Riksadvokaten har likevel påpekt at han finner at de alminnelige reglene i straffeloven om nødrett kan åpne for slik metodebruk.<sup>71</sup>

## 3.2 Vilkår

### 3.2.1 Politiets adgang til bruk av kommunikasjonskontroll

Straffeprosessloven § 216a regulerer bruken av kommunikasjonskontroll. Kommunikasjonskontroll er et inngrep i privatlivet til mistenkte og derfor brudd på EMK artikkel 8 nr. 1. Det følger av EMK artikkel 8 nr.2 at inngrep likevel er lovlig dersom det foreligger tilstrekkelig hjemmel, et legitimt formål og at det er nødvendig.<sup>72</sup>

Vilkåret for å iverksette kommunikasjonskontroll er at noen mistenkes for overtredelse av en bestemmelse som medfører mer enn ti års fengsel, eller handlinger etter straffelovens kapittel 8 eller 9, samt noen bestemte narkotikaforbrytelser. Kommunikasjonskontroll kan også foretas selv om mistenkte kjennes strafferettslig utilregnelig.<sup>73</sup>

Regler om bruk av kommunikasjonskontroll er gitt i straffeprosessloven kapittel 16a. § 216 c oppstiller et krav om vesentlighet.<sup>74</sup> I kravet til vesentlighet ligger et krav om forholdsmessighet.<sup>75</sup> Kravet til forholdsmessighet er det redegjort for i oppgavens punkt 2.5.

Hva kommunikasjonskontroll kan gå ut på følger av strpl. § 216a tredje ledd. Her fremkommer det at kommunikasjonskontroll består i å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon fra et kommunikasjonsanlegg til et annet. Kommunikasjonsanlegg er typisk en mobil-

---

<sup>70</sup> Riksadvokatens brev av 06.08.2013 s. 2

<sup>71</sup> Riksadvokatens brev av 06.08.2013 s. 2

<sup>72</sup> EMK artikkel 8 nr. 2.

<sup>73</sup> Bjerke (2011) s. 742

<sup>74</sup> Jf. punkt 3.2.5

<sup>75</sup> Jf. straffeprosessloven § 170a



telefon, et nettbrett eller en datamaskin. Begrepet avlytting, som er en del av kommunikasjonskontrollen, kan være noe misvisende da avlytting også innebærer kontroll av bilder, tekst og filmer.<sup>76</sup> Med kommunikasjon menes overføring av informasjon fra avsender til mottaker. Lagret informasjon som mail og sms reguleres ikke av bestemmelsene om kommunikasjonskontroll. Her må man ha særskilt begjæring om beslag eller utlevering.<sup>77</sup>

Avgjørelsen for om bruk av kommunikasjonskontroll kan iverksettes, treffes av retten ved kjennelse.<sup>78</sup> Dette foregår uten at den mistenkte blir underrettet om det, men ved at den offentlig oppnevnte skjulte forsvareren<sup>79</sup> blir informert.

Da den mistenkte, ikke blir underrettet om bruken av kommunikasjonskontroll, kan han ikke anke rettens kjennelse. Det kan derimot påtalemyndigheten dersom de ikke får medhold.

Adgangen til kommunikasjonskontroll er ikke begrenset til å gjelde offentlige nett. Avlytting av eksempelvis interne hustelefoner og callinganlegg vil reguleres av bestemmelsen om romavlytting i strpl. § 216m.

### 3.2.2 Tillatelse fra retten

Det er retten som ved kjennelse kan gi tillatelse til bruk av kommunikasjonskontroll. Tillatelsen må gjelde et bestemt kommunikasjonsanlegg og dette må fremgå tydelig i kjennelsen, ved for eksempel å nedskrive hvilket telefonnummer tillatelsen gjelder. Det er viktig at avlyttingen er rettet mot et kommunikasjonsanlegg den mistenkte besitter eller kan antas å bruke.<sup>80</sup> ”Antas” krever ikke sterk sannsynlighetsovervekt, men man må ha grunn til å tro at den mistenkte besitter akkurat det kommunikasjonsanlegget.

---

<sup>76</sup> Bjerke (2011) s. 742

<sup>77</sup> Straffeprosessloven kap. 16

<sup>78</sup> Straffeprosessloven § 216a

<sup>79</sup> Straffeprosessloven § 100a

<sup>80</sup> Jf. straffeprosessloven § 216b annet ledd a.

### 3.2.3 Vilkårene for kommunikasjonskontroll etter § 216b

Når politiet kan gå inn å avlytte følger av strpl. § 216b. Som nevnt over er dette når noen "... med skjellig grunn til mistenkes for en handling eller forsøk på handling.." som følger av § 216b. Det er i all hovedsak snakk om brudd på straffebud som kan medføre straff på fengsel i 5 år eller mer eller som rammes av strl. §§ 90, 91, 91a, 94 jf. 90, 145 annet ledd, 162, 162c, 204a, 317 jf. §§ 162 eller 390a.

Bestemmelsen gir både adgang til å innstille eller avbryte samtaler i tillegg til å stenge kommunikasjonsanlegg.<sup>81</sup> Mens første ledd bokstav a gir adgang til kommunikasjonskontroll dersom mistanken gjelder en handling som kan medføre straff av fengsel i mer enn 5 år, gjelder bokstav b kun hvis mistanken gjelder en handling som rammes av de nevnte straffebudene. Det vil si at bokstav a setter begrensninger i strafferammen, mens bokstav b åpner for en videre bruk. Dette er fordi kommunikasjonskontroll vil være særlig nødvendig og effektiv ved disse typer lovbrudd.<sup>82</sup>

I tillegg til at disse vilkårene må være oppfylt stilles det et krav til vesentlighet. Det kommer jeg tilbake til i punkt 3.2.5.

### 3.2.4 Hva kommunikasjonskontroll innebærer

§ 216b annet ledd angir hva kommunikasjonskontroll kan gå ut på. Etter bokstav a kan kommunikasjonskontrollen gå ut på å innstille eller avbryte overføring av samtaler eller annen kommunikasjon fra og til telefoner, datamaskiner mv.

Etter bokstav b kan man stenge kommunikasjonsanlegg for kommunikasjon. Denne adgangen gjelder for kommunikasjonsanlegg.

Bokstav c hjemler adgangen til å identifisere kommunikasjonsanlegg som den siktede besitter. Begrunnelsen for denne bestemmelsen er at kommunikasjonsavlytting etter § 216a og kommunikasjonskontroll etter § 216b, må gjelde bestemte kommunikasjonsanlegg.

---

<sup>81</sup> Jf. straffeprosessloven § 216b annet ledd a.

<sup>82</sup> Bjerke(2011) s. 747

Det vil si at anlegget må identifiseres. Dette kan det ofte være vanskelig å slå fast og kommunikasjonskontroll kan bidra til å identifisere et kommunikasjonsanlegg.

Bestemmelsens bokstav d, hjemler adgangen til innhenting av trafikkdata. En nærmere redegjørelse for hvordan det foregår kommer jeg ikke til å redegjøre for da dette i seg selv er et stort tema. Oppgaven avgrensar derfor mot innhenting av trafikkdata.

### 3.2.5 Vesentlighetskravet

Etter § 216c gjelder det et krav om vesentlighet. Det betyr at kommunikasjonskontroll kun kan tillates dersom det må antas at slik avlytting eller kontroll vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring i vesentlig grad ellers vil bli vanskeliggjort. Det kreves ikke sterk sannsynlighetsovervekt, men det må foreligge mer enn en ren formodning om at metodebruken vil føre frem.<sup>83</sup>

Dette følger også av subsidiaritetskravet. Det vil si at kommunikasjonskontroll bare kan iverksettes dersom andre etterforskningsmetoder av mindre inngripende karakter ikke strekker til. For mer om subsidiaritetskravet, se redegjørelsen under nødrett punkt 4.1.3. Det stilles ikke krav til at andre etterforskningsmetoder er forsøkt foretatt, eller foretatt. Det holder at man antar at andre metoder ikke vil være tilstrekkelig for å oppklare saken.

### 3.2.6 "Hurtigkobling" etter § 216d

Politiet kan, dersom det er stor fare for at etterforskningen vil lide, starte kommunikasjonskontroll etter ordre fra påtalemyndigheten i stedet for å gå rettens vei og innhente rettens kjennelse. Dersom politiet benytter denne muligheten til hurtigkobling må man likevel få rettens godkjennelse innen 24 timer.

Den klare hovedregel er at tillatelse til bruk av kommunikasjonskontroll skal gis av retten ved kjennelse. Det er kun i såkalte hastesaker at politiet kan benytte unntaket i § 216d. Det

---

<sup>83</sup> Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 70flg.

stilles krav til at etterforskningen ”vil lide” dersom de ikke straks går inn og avlytter. Dette er et strengt vilkår sett i sammenheng med tilleggsvilkåret ”stor fare”.<sup>84</sup>

Det finnes noen unntak fra 24 timers fristen i bestemmelsens tredje ledd, men det kommer jeg ikke nærmere inn på her. Fristen er opprettholdt dersom begjæringen er fremsatt innen 24 timer, det er ikke krav til at den skal være ferdig behandlet av retten innen 24 timer.

Dersom godkjenning ikke blir gitt, har det funnet sted ulovfestet kommunikasjonskontroll. Bruk av informasjon man har fått ut av denne kommunikasjonskontrollen i den videre etterforskningen, må løses etter prinsippene som gjelder for bruk av ulovlig ervervet bevis.

Når det her konstanteres at det, dersom retten ikke godkjenner begjæringen om kommunikasjonskontroll, foreligger ulovlig ervervet bevis, kan dette trekke i retning av at dersom nødrett ikke tilfredsstiller de kvalitative vilkårene EMK stiller til hjemmelsgrunnlaget, vil informasjon innhentet ved bruk av nødrett også vil være ulovlig ervervet bevis. Når man har denne adgangen til hurtigkobling kan det virke unødvendig å måtte påberope seg nødrett som hjemmel for å kunne iverksette kommunikasjonskontroll. Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll sier om dette, i sin årsrapport fra 2009, at nødrett blir benyttet i saker hvor straffeprosessens bestemmelser ikke dekker tilfellet de står overfor.<sup>85</sup> Det kan også være tilfeller hvor retten avslår begjæringen om kommunikasjonskontroll og politiet dermed påberoper seg nødrett for å kunne bruke informasjonen de har innhentet. Dette kommer jeg tilbake til i drøftelsene avslutningsvis under punkt 6.

”Det klare utgangspunkt etter norsk rett er at eventuelle feil ved innhentet bevis ikke er til hinder for at beviset føres”<sup>86</sup> jf. Rt. 2006 s. 582. Spørsmålet om bruk av ulovlig ervervet bevis er ikke lovregulert i straffeprosessloven slik det er i tvisteloven, men er drøftet i forarbeidene til loven. Forarbeidene forutsetter at det må foretas en konkret vurdering

---

<sup>84</sup> Jf. Straffeprosessloven § 216d og Bjerke 2011 s. 752

<sup>85</sup> Årsrapport (2009) punkt 6

<sup>86</sup> Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

og at den ved bedømmelsen må legges vekt på både de prinsipielle hensyn og på forholdene i den konkrete sak.<sup>87</sup>

Unntak fra dette er dersom lovgrunnen til for vedkommende prosessuelle regel tilsier motsatte.

I Rt. 1999 s. 1269 uttaler Høyesterett ved førstvoterende; ”Ved vurderingen av om et ulovlig ervervet bevis skal tillates ført, må det blant annet legges vekt på om føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset, se f.eks. Rt-1991-616 og Rt-1997-795”. Om et ulovlig ervervet bevis likevel kan føres er må vurderes konkret for hvert enkelt bevis i hvert enkelt tilfelle etter vurderingsmomentene nevnt i Rt. 1999 s. 1269.

Dette er en vurdering som blir helt sentral, dersom nødrett ikke oppfyller de kvalitative kravene EMK artikkel 8 nr 2 oppstiller.<sup>88</sup> Det vil føre til at bruken av kommunikasjonskontroll på det grunnlag er ulovfestet og dermed ulovlig jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

### 3.2.7 Omfanget av kommunikasjonskontrollen

Tillatelse for bruk av kommunikasjonskontroll skal kun gis for et bestemt og avgrenset tidsrom. Dette tidsrommet skal ikke være lengre enn det som er strengt tatt nødvendig jf. strpl. § 216f. Bestemmelsen fastsetter en maks tid på fire uker av gangen med noen unntak i bestemmelsens første ledd tredje punktum.

---

<sup>87</sup> Rt. 1991 s. 616

<sup>88</sup> Jf. Punkt 5.2.3

Dersom behovet for kommunikasjonskontroll er over før tidsrommet er ute, skal kontrollen avsluttes umiddelbart.<sup>89</sup>

Reglene som gjelder for behandling av informasjonen som kommer ved bruk av kommunikasjonskontroll vil det ikke bli redegjort for. Her er reglene de samme uansett hvilket grunnlag man har for å foreta kommunikasjonskontroll. Bruken av nødrett reiser ikke særlige spørsmål her.

### **3.3 Kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag**

Et siste grunnlag politiet bruker for å iverksette kommunikasjonskontroll er med nødrett som hjemmelsgrunnlag. Her vedtar politiet eller påtalemyndigheten å iverksette kommunikasjonskontroll uten å gå veien om rettslig kjennelse. Bruk av nødrett er hjemlet i strl. § 47. Hva som faller inn under denne bestemmelsen kommer jeg nærmere inn på senere.

Bruken av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag er i dag ikke svært omfattende. I 2012 var nødrett kun påberopt i to tilfeller i Norge, begge i tilfeller knyttet til livstruende situasjoner.<sup>90</sup> Tall for tidligere år fremkommer ikke av årsrapportene til kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Årsrapporten fra 2012 slår fast at antall saker hvor politiet har påberopt seg nødrett er redusert til et minimum<sup>91</sup>, mye på grunn av Riksadvokatens retningslinjer som kom etter at utvalget tok opp temaet om nødrett i sin rapport fra 2010. Selv om bruken i dag ikke er svært utbredt er den likevel reell og det er derfor viktig å vurdere om bruken er lovlig. Det vil si om nødrett etter strl. § 47 er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag og oppfyller lovskravet etter EMK. Dette vil bli drøftet i oppgavens punkt 5.

---

<sup>89</sup> Jf. Straffeprosessloven § 216f annet ledd og kommunikasjonskontrollforskriften §5.

<sup>90</sup> Årsrapport (2012) punkt 3

<sup>91</sup> Årsrapport (2012) punkt 5

## 4 Nødrett

Som nevnt over er nødrett påberopt som hjemmelsgrunnlag av politiet for å foreta kommunikasjonskontroll. For å kunne gå nærmere inn på dette finner jeg det hensiktsmessig å redegjøre for hva nødrett er og vilkårene for å påberope seg nødrett etter straffeloven § 47. Hva nødrett er vil det bli redegjort for under punkt 4.1. Vilråene for å påberope seg nødrett vil bli drøftet under punkt 4.2. Til slutt vil jeg under punkt 4.3 peke på utfordringene nødrett som hjemmelsgrunnlag byr på når nødrett er påberopt for å foreta kommunikasjonskontroll.

### 4.1 Hva er nødrett?

Nødrett er en av to lovfestede straffrihetsgrunner i norsk rett. Det er også en del ulovfestede straffrihetsgrunner, men disse vil det ikke bli redegjort for da det er nødrett som er relevant for oppgaven. For å kunne straffe en person etter norsk rett må vedkommende for det første ha utført en medvirknings- eller forsøkshandling som rammes av et straffebud i straffeloven. Videre må vedkommende ha utvist nødvendig subjektiv skyld og ha vært tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Dersom disse vilkårene er oppfylt vil vedkommende kunne straffes etter norsk lov.

Det kan derimot foreligge omstendigheter som fører til at en isolert sett rettsstridig handling likevel er straffri. Dette omtales som nødssituasjoner.

Norsk straffelov<sup>92</sup> nevner to nødssituasjoner, nødvergesituasjoner og nødrettssituasjoner. Forskjellen ligger i at nødverge foretas i situasjoner der man blir utsatt for en straffbar handling og forsvarer seg mot den med en annen eller tilsvarende straffbar handling jf. strl. § 48, mens nødrettssituasjonen oppstår der man på grunn av andre omstendigheter frykter at noens person eller gods vil gå tapt dersom man ikke foretar handlingen.

---

<sup>92</sup> Straffeloven §§ 47, 48

I NOU 2004:6 uttaler utvalget seg om nødrett som hjemmel.<sup>93</sup> Utvalget slår fast at siden nødrett kan påberopes av alle og enhver, ikke bare den som står overfor nødssituasjonen, er det i prinsippet ikke noe i veien for at også politiet kan påberope seg nødrett. Det som vanskeliggjør politiets bruk av nødrett er at vilkårene for øvrig er så strenge at de setter betydelige begrensinger for nødrett som rettsgrunnlag.

Spørsmålet om bruk av nødrett forekommer i mange ulike situasjoner. Av relevans for denne oppgaven er det særlig bruk av nødrett i to ulike relasjoner.<sup>94</sup> For det første er det tilfeller hvor nødrett påberopes som kompetansegrunnlag i straffeprosessuell sammenheng ved etterforskning og strafforfølgning. For det andre har man tilfeller hvor det oppstår spørsmål om bruk av nødrett for å avverge forbrytelser hvis gjennomføringen kan være umiddelbart forestående. Dette er nevnt i forbindelse med utvalgets vurdering av straffettslige regler i terroristbekjempelsen, men er også aktuelle i forbindelse med etterforskning av andre straffbare forhold.

#### **4.2 Vilrårene i straffelovens § 47**

Jeg finner det hensiktsmessig å først gjøre rede for vilrårene som følger av straffelovens § 47.

For at nødrettsbestemmelsen skal komme til anvendelse må det som utgangpunkt foreligge en straffbarhandling. Dersom det ikke foreligger en straffbar handling, er det heller ingen grunn til å drøfte hvorvidt situasjonen man står overfor er å betrakte som en nødssituasjon etter strl. §§ 47 eller 48 som kan føre til at handlingen likevel er rettsmessig. Det er ikke nødvendig at det er en aktiv handling. Også passiv unnlåtelse kan være en straffbar handling. For eksempel kan nevnes at dersom man som vernepliktig unnlater å etterkomme innkalling til militærtjeneste fordi han ikke kunne reise fra et alvorlig sykt barn, som da ville

---

<sup>93</sup> NOU 2004:6 punkt 5.4.5

<sup>94</sup> NOU 1993:3 punkt 4.2.4



blitt overlatt til seg selv.<sup>95</sup> Her er den straffbare handlingen å unnlate å møte til vernepliktig militærtjeneste etter den militære straffelovs § 34 første ledd jf. annet ledd.

Man må alltid velge det handlingsalternativet som gir minst skade. Dette følger av subsidiaritetskravet.<sup>96</sup> Ved vurderingen av om det foreligger grunn til å frifinne på grunn av nødrett må ”bedømmes etter det samme prinsipp som § 47 stiller opp om verdiforholdet mellom det som reddes og det som ofres”.<sup>97</sup> Her sees det hen til om det ville ført til uforholdsmessige anstrengelser eller omkostninger.<sup>98</sup>

Det er fire vilkår som må være oppfylt for å påberope seg nødrett. Det må for det første foreligge en fare jf. punkt 4.2.1. For det andre må handlingen ha til formål å avverge faren, jf. punkt 4.2.2. For det tredje må handlingen som er foretatt være den minst inngripende handlingen, jf. punkt 4.2.3. Til slutt må det foreligge proporsjonalitet mellom handlingen og det som ønskes reddet, jf. punkt 4.2.4

#### 4.2.1 Farekravet

Det første vilkåret er at man står overfor en fare; ”... paa anden Maade uafvendelig Fare”.<sup>99</sup> Med fare menes at det som ønskes beskyttet kan bli helt eller delvis ødelagt. I saker hvor man påberoper seg nødrett for bruk av kommunikasjonskontroll har det vært snakk om situasjoner knyttet til livstruende situasjoner.<sup>100</sup>

Det er ikke bare den påvisbare fare som faller inn under ordlyden. Også risiko for fare kan gi grunnlag for nødrettshandlinger. Dette kom Høyesterett frem til i for eksempel Rt. 1963 s. 210 i Parkeringsdommen I Høyesterett uttalte at de etter en samlet vurdering av forholdene og situasjonen fant at handlemåten måtte ansees som rettsmessig etter strl. § 47.

---

<sup>95</sup> Rr. 1955 s. 608

<sup>96</sup> Jf. straffeloven § 47 og oppgavens punkt 4.2.3

<sup>97</sup> Andenæs (2010) s. 182

<sup>98</sup> Jf. oppgavens punkt 4.2.4

<sup>99</sup> Straffeloven § 47

<sup>100</sup> Årsrapport (2012) og mailkorrespondanse med Haug-Hustad

”... Omstendighetene var slike at det etter rettens mening berettiget ham til å anse faren for pengeforsendelse som særdeles betydelig i forhold til den skade hans feilparkering kunne gjøre, og at det ikke var noen annen måte å ordne saken på.”.

Handlingen du har foretatt deg må videre være nødvendig for å avverge den overhengende faren, det kommer jeg tilbake til under punkt 4.1.4.

I forbindelse med bruk av romavlytting uttalte utvalget<sup>101</sup> at det kunne aksepteres bruk av nødrett som hjemmelsgrunnlag i tilfeller hvor politiet hadde klare, konkrete indikasjoner på at alvorlige straffbare handlinger med fare for menneskeliv er under forberedelse eller planlegging. Det vil si at det skal noe til for å kunne ta i bruk nødrett som hjemmelsgrunnlag når det er snakk om romavlytting. Romavlytting og kommunikasjonskontroll er begge svært inngripende etterforskningsmetoder hvor mange av de samme hensyn vil gjøre seg gjeldene. Jeg finner derfor holdepunkter for at det må kunne stilles samme krav i situasjoner der det er snakk om å bruke kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag.

Ved vurderingen av om det foreligger fare for å kunne iverksette kommunikasjonskontroll må man stille spørsmål som; Var vedkommende som ble utsatt for kommunikasjonskontroll en fare? Kan vedkommende sies å utgjøre en fare? Dersom svarene på dette er ja, vil vilkåret om fare være oppfylt.

Det følger videre av bestemmelsen et vilkår til hva som kan reddes med en nødretts handling. Straffeloven viser til ”nogens Person eller Gods”. Dette er et vidt begrep som har vært drøftet av Høyesterett ved flere anledninger. Høyesterett har slått fast at vilkåret skal tolkes utvidende. I Rt. 1947 s. 612 la Høyesterett til grunn Eidsvating lagmannsrettsdom av 21. mars 1947 hvor det fremkommer det at det er en hvilken som helst beskyttelsesverdig interesse faller inn under vilkåret selv om det ikke faller direkte inn under ordlyden.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> NOU 2004:6

<sup>102</sup> Eskeland (2006) s. 236

Høyesterett uttalte i Rt. 1947 s. 612 at ”Etter ordlyden gjelder straffelovens § 47 bare angrep på person eller gods. Det har vært hevdet at den ikke kan brukes ved angrep på samfunnsgoder, i alle fall ikke når de ikke er av rent formuesrettslig slag. Etter rettens mening må § 47 kunne brukes analogisk eller helst som uttrykk for den alminnelige rettsgrunnsetning at det ved vurderingen av det straffverdige, bør foretas en interesseavveining, således at handlingen blir straffri når den skade som blir voldt etter et nøkternt objektivt skjønn, er av liten vekt sammenlignet med det som oppnås ved at den ellers straffbare handling blir foretatt”.<sup>103</sup>

Tolkning av ”nogens” vil ved utvidende tolkning måtte sies å gjelde både interessene til den som utøver handlingen og andres interesser. Spørsmålet blir da om politiets interesse av å avverge mulige kriminelle handlinger kan dekkes av bestemmelsens ordlyd.

#### 4.2.2 Formålskravet

Den straffbare handlingen må være foretatt for å avverge faren, det følger direkte av bestemmelsens ordlyd ”... foretaget for at...”. Det vil si at handlingens formål må tolkes for å få svar på om kravet til formål er oppfylt. Dersom handlingen som foretas ikke er ment for å avverge den foreliggende faren, vil ikke vilkåret her være oppfylt. Det vil si at bruken av kommunikasjonskontroll må ha som formål å avverge at vedkommende person utfører den kriminelle handlingen. I et av tilfellene hvor nødrett ble påberopt som hjemmel, var i en sak om drapstrussel i nære relasjoner.<sup>104</sup> Her var den drapstruede brakt i sikkerhet av politiet før kommunikasjonskontroll ble iverksatt. Da har nødssituasjonen falt bort. Når nøden opphører faller også grunnlaget for å påberope seg nødrett bort. I det tilfellet vil derfor nødrett ikke kunne påberopes uavhengig av om nødrett er kvalifisert som grunnlag for kommunikasjonskontroll eller ikke.

---

<sup>103</sup> Rt. 1947 s. 612

<sup>104</sup> Årsrapport (2009) og oppgavens punkt 4.3.

Handlingen som foretas må være eneste handlingsalternativ for å avverge faren. Dette følger direkte av ordlyden og av subsidiaritetskravet under. Man skal alltid velge det handlingsalternativet som gir minst skade. Videre stilles det krav til at handlingen i utgangspunktet må være straffbar. Det kan likevel være at handlingen blir straffri dersom det foreligger et lovlig handlingsalternativ.

#### 4.2.3 Subsidiaritetskravet

I subsidiaritetskravet ligger at den handlingen som er foretatt må være den minst inngripende handlingen. Dersom det foreligger andre mindre inngripende handlingsalternativer, eller i vårt tilfelle etterforskningsmetoder, vil dette vilkåret ikke være oppfylt. Det vil si at dersom politiet ved hjelp av tradisjonelle etterforskningsmetoder som er mindre inngripende enn skjulte tvangsmidler kunne avverget faren, skal disse metodene benyttes. Det kan også være at man i faresituasjonen har muligheten til å foreta en handling som ikke er straffbar, det vil si at man har et lovlig handlingsalternativ. Dersom man likevel velger det straffbare handlingsalternativet betyr ikke det automatisk at man ikke oppfyller vilkåret her. Det må vurderes i forhold til forholdsmessighetsvilkåret.<sup>105</sup>

Dette følger også av straffeprosessloven og de strenge vilkårene for kommunikasjonskontroll. Det skal mer til for iverksette kommunikasjonskontroll enn å ta en mistenkt inn til avhør. Dette følger også av alminnelige rettssikkerhetsprinsipper.

#### 4.2.4 Kravet til forholdmessighet/ proporsjonalitetsregelen

Forholdsmessighetskravet innebærer at det som ønskes beskyttet eller reddet med handlingen, er betydelig mer verdt enn den skade eller ulempe som blir påført ved gjennomføringen av handlingen.

Det er ikke nok med alminnelig overvekt. Det som reddes må ha en "særdeles betydelig" verdi sammenlignet med den skaden som kunne ha oppstått dersom faren hadde materialisert seg.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Se oppgavens punkt 4.2.4

<sup>106</sup> Eskeland (2006) s. 238

Det vil ofte være tale om usammenlignbare størrelser. Penger mot penger er lett å sammenligne. Den potensielle skade ved promillekjøring og den potensielle skade pasienten kan få dersom vedkommende ikke kommer seg til sykehus er derimot vanskeligere å sammenligne. Det er ikke stilt opp en fast regel for hvordan slike avveielser skal foretas, men det finnes en del eksempler fra rettspraksis hvor Høyesterett har foretatt slike vurderinger. Under vil jeg nevne to illustrerende tilfeller.

Rt. 1985 s.1 hvor saken gjaldt et tilfelle der en beruset person valgte å kjøre sin akutt hjertesyke bror hjem for å hente hjertemedisiner, uttalte Høyesterett ”Domfelte og hans bror befant seg mindre enn 300 meter fra en Falken-stasjon som kunne ha ytet bistand, og det ville etter min mening ikke ha ført til tidsspille av betydning om han hadde gått dit. Under enhver omstendighet burde han nøyet seg med å kjøre til stasjonen. Vilåårene for å frifinne på grunn av nødrett foreligger derfor ikke”.

I Rt. 1964 s. 591 Parkeringskjennelsen II skiller seg fra Parkeringsdommen I som er referert over, fordi det i førstnevnte sak var foretatt parkering før han skulle hente pengene. Dette er omtvistet. Hvorfor skal det være forskjell på å hente og bringe penger? Strekning-en man bærer pengene vil være den samme. I førstnevnte tilfelle ble dommen fra tingretten opphevet på grunn av mangelfulle domsgrunner. Noen nærmere drøftelse rundt dette kommer jeg ikke inn på her, men det viser at praksis fra domstolene ikke er entydig og at det ikke er noen klar retningslinje på vurderinger av nødrettshandlingene.

Dersom de motstridene interessene tilhører samme person, stilles det mindre krav til interesseovervekt i proporsjonalitetsvurderingen.

Et annet omtvistet tema relatert til nødrettsbetraktninger, er hvorvidt man kan ta liv ut fra en nødrettsbetraktning. Dette var oppe blant annet i Rt. 2000 s. 646 Sandsdalen. Her uttalte Høyesterett; ”Det er riktig at det i norsk strafferett tradisjonelt har vært oppstilt som et alminnelig vilkår for straffbarhet at den handling det gjelder skal være rettsstridig for å rammes av loven, selv om dette ikke er uttrykkelig sagt i vedkommende straffebestemmelse. Denne såkalte rettsstridsreservasjonen innebærer at en handling kan tenkes å være straffri, selv om den går inn under gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Det man i slike tilfeller

gjør, er i realiteten å fortolke det straffebud saken gjelder innskrenkende. (...)Tilsvarende er det riktig at nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 47 (...), gjelder generelt i forhold til de enkelte straffebestemmelser i loven, slik at en handling som fyller lovens vilkår for å være en nødrettshandling, kan bli straffri selv om handlingen omfattes av vedkommende straffebud".<sup>107</sup> Dommen er illustrerende for hvordan man kan foreta en drøftelse av rettsstridighetsreservasjonen. Hvorvidt man kan ta liv ut fra en nødrettsbetraktning er ikke relevant for oppgaven og vil derfor ikke bli drøftet i den videre fremstillingen.

### **4.3 Nødrett som hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll**

Som nevnt tidligere under punkt 3.3 er ikke bruken av nødrett som hjemmel for å kommunikasjonskontrollere veldig omfattende i Norge. I 2012 var det kun påberopt ved to anledninger. Ved begge anledningene var det snakk om tilfeller hvor det sto om fare for liv og helse. Etter mail-korrespondanse med sekretæren for kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll Knut-Fredrik Haug-Hustad ble dette bekreftet. Han kunne derimot ikke utdype nærmere hva slags tilfeller det var snakk om. Det er heller ikke omtalt nærmere hva slags type situasjoner det kan være. Det er av kontrollutvalget nevnt to tilfeller fra tidligere år;<sup>108</sup>

Første tilfellet gjaldt en sak om alvorlig frihetsberøvelse. Her ble det benyttet kommunikasjonskontroll med hjemmel i straffelovens nødrettsbestemmelse. Grunnen til at de påberopte seg nødrett var at det ikke forelå tilstrekkelig hjemmel i straffeprosessloven. Det ble foretatt kommunikasjonskontroll i form av avlytting i flere dager, og avlyttingen omfattet flere telefoner. I følge utvalget var flere av de som ble avlyttet ikke mistenkte i saken og de fant også svakheter ved etterforskningen og saksbehandlingen.

I det andre tilfellet var det snakk om drapstrussel overfor en nærstående. Her ble den drapstruede brakt i sikkerhet før avlyttingen ble foretatt. Her ble avlytting ikke tatt i bruk for å beskytte den drapstruede, men for å kunne, på en enklest mulig måte, få pågrepet den mistenkte. Dette er etter min vurdering misbruk av kommunikasjonskontroll og slik bruk skal ikke forekomme. I siste tilfelle var det ikke lengre snakk om en nødrettssituasjon

---

<sup>107</sup> Rt. 2000 s. 646 s. 652.

<sup>108</sup> Årsrapport (2009).

da den drapstruede var brakt i sikkerhet av politiet. Formålet med bruken var ikke å redde den drapstruede, men å få pågrepet den mistenkte. Formålsvilkåret<sup>109</sup> i strl. § 47 er derfor ikke oppfylt. Faren<sup>110</sup> er også falt bort i det den drapstruede er brakt i sikkerhet, og da er heller ikke farekravet oppfylt.

Selv om bruken ikke er omfattende er den eksisterende og det er derfor grunn til å se på om bruken oppfylder kravene til tilstrekkelig og klar lovhjemmel etter EMK art. 8 nr. 2. Det er også grunn til å se på om hensynene bak de strenge reglene i straffeprosessloven blir ivare tatt ved denne bruken.

Etter reglene i straffeprosessloven skal det ved bruk av kommunikasjonskontroll blant annet oppnevnes en skjult forsvarer. Denne forsvareren skal ivareta den mistenktes rettslige interesser da mistenkte ikke har anledning til å gjøre dette selv. Ved bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag foretas det ingen rettslig vurdering på noe tidspunkt, og det blir derfor heller aldri oppnevnt en skjult forsvarer etter straffeprosessloven § 100a. Dette bekrefter Haug-Hustad per mail. Mer om denne vurderingen kommer jeg tilbake til i punkt 6.

Utvalget for kommunikasjonskontroll sier klart at bruken av nødrett ikke oppfylder kravene til lovhjemmel etter EMK. Det vil i korte trekk tilsi at bruken av nødrett er i strid med EMK artikkel 8. Om bruken er i strid med EMK må vurderes etter vilkårene i unntaksbestemmelsen i EMK artikkel 8 nr. 2 samt etter vurdering av rettspraksis fra EMD. Blant annet er Bulgaria Association for European integration and human rights og Ekmidzhiev mot Bulgaria helt sentral på dette området. Dette kommer jeg tilbake til under i punkt 5.2.

## **5 Lovskravet i EMK artikkel 8 nr. 2.**

EMK artikkel 8 nr. 2 er en unntaksbestemmelse som slår fast at inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 1 likevel ikke er ulovlige dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

---

<sup>109</sup> Se oppgavens punkt 4.2.2.

<sup>110</sup> Se oppgavens punkt 4.2.1.

For at unntaksbestemmelsen i EMK artikkel 8 nr. 2 skal komme til anvendelse, må det foreligge et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 1. Jeg vil derfor først se på hvilke rettigheter som følger av EMK artikkel 8 nr. 1. For så å drøfte hva som skal til for at det foreligger et inngrep i disse. Dett blir behandlet under punkt 5.1. Under punkt 5.2 vil jeg vurderer om bruken av nødrett<sup>111</sup> som hjemmelsgrunnlag for å foreta kommunikasjonskontroll oppfyller vilkårene etter EMK artikkel 8 nr. 2.

### **5.1 Inngrep etter EMK artikkel 8 nr. 1**

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”.<sup>112</sup> Ordlyden kan antyde at dette er ulike rettigheter, men i praksis er det vanlig å samle begrepene under fellesbetegnelsen ”privatliv”. Det vil det også bli gjort i den videre fremstillingen. Jeg finner grunn til å gå inn på hva som omfattes av begrepet privatliv for å belyse hvilke rettigheter som eventuelt krenkes ved inngrep.

EMD har tolket privatlivsbegrepet vidt;

I Von Hannover mot Tyskland kom EMD til at privatlivsbegrepet omfatter en persons fysiske og psykiske integritet. I Société Colas Est m.fl. mot Frankrike 16. april 2002, kom EMD til at begrepet ”hjem” måtte tolkes slik at også juridiske personer kunne gjøre krav på vern som sine lokaler etter EMK artikkel 8.

Skriftlig korrespondanse omfattes også av privatlivsbegrepet. Dette kom EMD til i Klass and others mot Tyskland. Både brev, telefaks og e-post omfattes av korrespondansebegrepet. I dommen ble det lagt til grunn at avlytting av telefonsamtaler utgjør alvorlig inngrep i denne retten. Denne saken kommer jeg nærmere inn på senere.

---

<sup>111</sup> Straffeloven § 47

<sup>112</sup> EMK artikkel 8 nr. 1



Inngrep i disse rettighetene er i utgangspunktet ulovlig. Jeg vil derfor først gjøre rede for hva et inngrep innebærer før jeg vurderer hvorvidt kommunikasjonskontroll er å regne som et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 1.

For at unntaksbestemmelsen i EMK artikkel 8 nr. 2 skal komme til anvendelse må det foreligge et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 1. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å drøfte hvorvidt kommunikasjonskontroll er et inngrep.

Inngrep er et nøkkelbegrep som ikke er klart definert i lov eller forarbeider. Alle inngrep i den enkeltes rettigheter etter EMK artikkel 8 krever hjemmel i lov. Dette følger av lovskravet<sup>113</sup> i EMK artikkel 8 nr. 2.

Det er vanskelig å trekke en nedre grense for begrepet inngrep. EMD har understreket at det må foretas en helhetsvurdering av om en etterforskningsmetode innebærer et inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 nr. 1.

I vurderingen av om det foreligger et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 1, følger det av EMD praksis at det skal legges vekt på varigheten og intensiteten av inngrepet, samt graden av mistanke og hvilke prosedyrer som er fulgt.<sup>114</sup>

Om kommunikasjonskontroll er å regne som et inngrep må derfor vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Utgangspunktet er jf. EMD praksis at kommunikasjonskontroll er et inngrep i en borgers private sfære. I *Klass and others mot Tyskland* ble det slått fast at kommunikasjonskontroll er et inngrep i privatliv og korrespondanse.<sup>115</sup> Dette er også videreført i senere praksis, og det er derfor på det rene at kommunikasjonskontroll er et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr.1. Det betyr at for å foreta kommunikasjonskontroll, må unn-

---

<sup>113</sup> Se punkt 5.3.

<sup>114</sup> P.G og J.H mot Storbritannia, avsnitt 57

<sup>115</sup> EMD *Klass andt others mot Tyskland*, avsnitt 39-60.

taksbestemmelsene i EMK artikkel 8 nr. 2 være oppfylt. Kommunikasjonskontroll som ikke oppfyller vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2<sup>116</sup> er konvensjonsstridig og dermed ulovlig.

Det er derimot ikke nok å konstatere at det foreligger et inngrep for at inngrepet skal være konvensjonsstridig. Inngrepet må i tillegg være en krenkelse, det vil si at det ikke kan forsvares etter unntaksvilkårene i annet ledd.<sup>117</sup> Det er dette som er vurderingstema i punkt 5.2 under.

## **5.2 Vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2**

EMK artikkel 8 nr. 2 oppstiller tre vilkår som må være oppfylt dersom unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse og kommunikasjonskontroll kan benyttes uten at det strider med konvensjonen.

Første vilkår er at inngrepet er i samsvar med loven. Dette er vilkåret om at det må foreligge et hjemmelsgrunnlag. I tillegg må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn, dette følger av nødvendighetsvilkåret. Til slutt må inngrepet være foretatt for å forebygge uorden eller kriminalitet, det er dette som kalles kravet til et legitimt formål.

Det mest naturlige er først å vurdere om det foreligger et legitimt formål før man vurderer om det foreligger tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag og til slutt ser på om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. I min redegjørelse under vil jeg derimot først drøfte vilkåret om nødvendighet under punkt 5.2.1, før jeg ser på kravet til legitimt formål under punkt 5.2.2. Til slutt vil jeg vurdere om det foreligger tilstrekkelig hjemmel under punkt 5.2.3. Grunnen til at jeg velger å drøfte vilkåret om tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag til slutt er at det er dette som er kjernen i vurderingen av om nødrett oppfyller de kvalitative kravene etter EMK artikkel 8 nr. 2. Da det er denne vurderingen som er avgjørende, finner jeg det derfor mest hensiktsmessig å ta denne vurderingen til slutt.

---

<sup>116</sup> Se oppgavens punkt 5.3

<sup>117</sup> TFS 2012 – 1 s. 28

### 5.2.1 Vilkår om nødvendighet

Etter EMK artikkel 8 nr. 2 er det som nevnt et krav om nødvendighet. Det vil si at det må "... foreligge "tungtveiende samfunnsinteresser" som taler for at det i en konkret situasjon iverksettes et inngrep".<sup>118</sup> EMD har drøftet kravet om nødvendighet ved flere anledninger, blant annet i EMD Buck mot Tyskland. Her understreker EMD at prøvingen av nødvendighetskravet må vurderes mot konsekvensen det innebærer for personen som blir utsatt for inngrepet.

Kravet om nødvendighet utgjør i seg selv en omfattende vurdering. Oppgaven omhandler om nødrett er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll. Det sentrale er derfor om strafferettens nødrettsbestemmelse oppfyller de kvalitative kravene til hjemmelsgrunnlag etter EMK artikkel 8 nr. 2. I det videre vil det derfor ikke bli foretatt en drøftelse av nødvendighetskriteriet, men en drøftelse av kravet til lovhjemmel i EMK artikkel 8 nr. 2. For mer om nødvendighetskriteriet, se blant annet EMD Buck mot Tyskland.

### 5.2.2 Krav om legitimt formål

At det foreligger et krav til legitimt formål kommer frem av ordlyden "... for å forebygge uorden eller kriminalitet"<sup>119</sup>. Formålet med kommunikasjonskontroll er å forebygge og bekjempe alvorlig kriminalitet.<sup>120</sup> Det er videre på det rene at kriminalitetsbekjempelse er å regne som et legitimt formål.

Det er slått fast at kriminalitetsbekjempelse er formålet ved bruk av kommunikasjonskontroll og at kriminalitetsbekjempelse er et legitimt formål. Det betyr at bruk av kommunikasjonskontroll oppfyller vilkåret om at inngrepet må ha et legitimt formål.

---

<sup>118</sup> Bertelsen (2011) s. 275.

<sup>119</sup> EMK artikkel 8 nr. 2.

<sup>120</sup> Jf. oppgavens punkt 2.3.

Kravet til tilstrekkelig hjemmel er hovedtema for den videre drøftelsen av lovskravet under punkt 5.3. Her vil jeg redegjøre for de kvalitative kravene EMK artikkel 8 nr. 2 stiller til lovhjemmelen.

### 5.2.3 Krav til hjemmelsgrunnlaget

EMK artikkel 8 nr. 2 stiller krav til at inngrep kun kan skje dersom det er i samsvar med "loven".<sup>121</sup> At det oppstilles krav til hjemmel i lov etter EMK artikkel 8 nr. 2 innebærer ikke at det må foreligge formell lovhjemmel. Bestemmelsen kan være forankret i rettspraksis, forskrift eller uskreven rett.<sup>122</sup> Reglene må likevel være klare og presise, slik at de er forutberegnelige for borgerne. Hensynet bak lovskravet er prinsippet om forutberegnelighet, som igjen er forankret i hensynet til å forhindre maktmisbruk.

Lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2 har en materiell og en formell side. Den formelle siden innebærer et krav om at det faktisk foreligger et rettsgrunnlag, mens den materielle siden oppstiller kvalitative krav til rettsgrunnlaget. Det er den materielle siden av kravet som vil bli drøftet i den videre fremstillingen, da det er på det rene at det foreligger en formell hjemmel i strl. § 47.

Kommunikasjonskontroll er en skjult metode som ikke med rimelighet kan kreves utformet slik at den mistenkte kan innrette seg etter den. Da vil bruken av kommunikasjonskontroll kunne miste sin effekt, og mistenkte dermed kan unngå å bli avslørt. Likevel tilsier hensynet til forutberegnelighet at det skal stilles krav både til lovgiver ved utforming av loven, og til rettsanvender ved anvendelse av loven. De skal holde seg til en tolkning som ikke er i strid med en naturlig forståelse av lovens ordlyd.

Høyesterett har om kravet til lovhjemmel uttalt at "... kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område man befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det

---

<sup>121</sup> EMK artikkel 8 nr. 2.

<sup>122</sup> Sunday Times mot Storbritannia, avsnitt 47.

rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn”.<sup>123</sup>

Det har lenge vært enighet om at lovbestemmelser som gir grunnlag for straff og andre inngrep, må utformes så presist som mulig for å sikre forutberegnelighet.<sup>124</sup> Forutberegnelighet i saker om kommunikasjonskontroll er vanskelig å oppfylle. Dersom forutberegnelighetskrave skulle bli fulgt, betyr det at den mistenkte må bli underrettet om at han blir underlagt kommunikasjonskontroll. Dette vil vanskeliggjøre etterforskningen. Dersom den mistenkte blir underrettet vil han kunne omgå kommunikasjonskontrollen og unngå å bli tatt.

Det er ofte slik at reglene som oppstiller vilkårene for tvangsmidler er varierte i innhold og karakter og vil ofte finnes i ulike regel sett. Dette kan skape forvirring ved at man må inn i flere ulike lover og se sammenhengene på egen hånd. Nærmere om denne vurderingen kommer jeg ikke inn på i den videre fremstillingen.

At lovskravet må være tilgjengelig og forutsigbart, kommer frem i Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev mot Bulgaria. Saken gjaldt overvåkning og Bulgaria ble dømt for brudd på EMK artikkel 8 på grunn av manglende kontroll ved bruk av overvåkning.

I Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev mot Bulgaria slår domstolen fast at kravet etter EMK artikkel 8, er at hjemmelen må være tilstrekkelig klar. At hjemmelen må være tilstrekkelig klar er bygget på at borgerne skal ha en mulighet til å forutsi sin rettsstilling og at de har en adekvat indikasjon på hvilke midler og på hvilket grunnlag politiet kan benytte seg av skjulte tvangsmidler. I dommens avsnitt 76 slår domstolen fast at det må foreligge et minimumskrav til lovhjemlene, som regulerer bruk av skjulte tvangsmidler, for å unngå misbruk. Det må defineres klart hvilke kategorier

---

<sup>123</sup> Rt. 1995 s. 530

<sup>124</sup> Aall (2007) s. 109

av grupper som kan bli utsatt for overvåkning. Det må også settes en begrenset tidsperiode for bruken. Bruken skal kontrolleres når det gjelder både bruken av informasjonen og oppbevaringen av den. Det skal også tas forhåndsregler om hvem som skal ha tilgang til denne informasjonen som hentes inn, og til slutt skal det settes regler for når og hvordan informasjonen skal slettes.

Nødrettsbestemmelsen<sup>125</sup> har ingen henvisning til reglene i straffeprosessloven, den viser heller ikke til bruk av kommunikasjonskontroll eller andre skjulte tvangsmidler. Bestemmelsen oppfyller dermed ikke kravene EMK oppstiller for regler om inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 første ledd. Dette støttes også av EMD i Olsson mot Sverige. Saken gjaldt inngrep i foreldreretten, men EMD uttaler seg generelt om kravet til hjemmel for inngrep i EMK artikkel 8. Domstolen kom til at hjemmelen var så generell i sin form at den reelt ikke satte grenser for de tiltakene det ble gitt myndighet til.<sup>126</sup>

EMD har utviklet et minimumskrav til loven for å sikre at prinsippene implementeres på en effektiv måte. Det er ikke omtvistet hvorvidt reglene i straffeprosessloven oppfyller vilkårene. Spørsmålet er om nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 47 oppfyller vilkårene under.

Reglene må for det første angi hvilke typer kriminelle handlinger som kan danne grunnlag for inngrepene. Nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 47 som er hjemmelsgrunnlaget i vårt tilfelle, inneholder ikke noe om hvilke typer kriminelle handlinger som kan danne grunnlag for at man blir underlagt kommunikasjonskontroll. Nødrett er, som nevnt over, en bestemmelse om at en ellers straffbar handling kan være lovlig dersom den er foretatt i en nødssituasjon. Den sier med andre ord ingenting om inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 nr. 1. Med andre ord oppfyller ikke nødrettsbestemmelsen første vilkår.

For det andre må bestemmelsen definere hvilke kategorier mennesker som rammes. Nødrettsbestemmelsen viser til at man må stå overfor en nødssituasjon. Man kan derfor si at bestemmelsen rammer mennesker som befinner seg i en nødssituasjon. Dette er likevel

---

<sup>125</sup> Jf. straffeloven § 47.

<sup>126</sup> EMD Olsson mot Sverige, avsnitt 61.

ikke dekkende da det ikke er menneskene i nødssituasjon det er aktuelt å foreta inngrep mot. Det er personen som gjør situasjonen til en nødssituasjon, det er aktuelt å iverksette kommunikasjonskontroll overfor. Det vil si at heller ikke på dette punkt oppfyller nødrettsbestemmelsen vilkåret.

For det tredje må hjemmelen oppstille en grense for hvor lenge inngrepet kan vare. Da det ikke er inntatt noe om inngrep i nødrettsbestemmelsen, sier heller ikke bestemmelsen noe om hvor lenge inngrepet kan vare. Heller ikke dette vilkåret er derfor oppfylt.

Til slutt må hjemmelen oppstille prosedyren for gjennomgangen, bruken og oppbevaringen av de innsamlede opplysningene. Dette er heller ikke lovfestet i nødrettsbestemmelsen.

Etter en vurdering av vilkårene som stilles til hjemmelsgrunnlag for inngrep i fremstillingen over, kommer jeg til at nødrettsbestemmelsen ikke oppfyller noen av de vilkårene som lovskravet oppstiller. Det betyr at nødrett ikke oppfyller kravene og at det derfor ikke kan benyttes som hjemmelsgrunnlag for inngrep i EMK artikkel 8 nr. 1. Kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag strider derfor med EMK og EMD praksis.

## **6 Vurdering og oppsummering**

Av det som kommer frem i redegjørelsene over, er det etter mitt syn ingen tvil om at kommunikasjonskontroll er en effektiv metode for bekjempelse av alvorlig kriminalitet, og det er derfor en nødvendig etterforskningsmetode. Det fremkommer også av kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll sine årsrapporter at bruken av kommunikasjonskontroll er effektiv. I 2012 ble kommunikasjonskontroll benyttet i 180 saker med hjemmel i straffeprosessloven. Dette var saker med totalt 435 mistenkte og omfattet 1103 kommunikasjonsanlegg, i stor grad mobiltelefoner.<sup>127</sup> Kontrollutvalget viser til at det i mer enn 50 prosent av sakene hvor kommunikasjonskontroll ble benyttet, resulterte i pågrep, beslag eller informasjon av vesentlig betydning for den videre etterforskningen. Det vises videre til

---

<sup>127</sup> Årsrapport (2012) punkt 3.

årsrapporten punkt 4 at utviklingen i bruken av kommunikasjonskontroll synes å skje over kortere tidsperioder nå enn tidligere. Dette er helt klart en positiv utvikling.

## **6.1 Rettssikkerhet og personvern**

Retten til personvern og rettssikkerhet er to grunnleggende rettigheter etter norsk rett, og er hovedhensynet bak reglene om kommunikasjonskontroll i straffeprosessloven. Rettighetene var også grunnleggende ved vurderingen av politiets bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder i NOU 2009:15. Jeg finner derfor grunn til å drøfte hvorvidt disse hensynene blir ivaretatt ved bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag, under henholdsvis punkt 6.1.1 om rettssikkerheten og punkt 6.1.2 om personvernshensynet.

### **6.1.1 Rettssikkerheten**

Enhver har krav på rettssikkerhet. Rettssikkerhet er ikke et entydig begrep. Det er likevel enighet rundt en rekke elementer som inngår i begrepet. Kjernen i rettssikkerhetsbegrepet er knyttet til et krav om at enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetens side, samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine interesser.<sup>128</sup>

Det skilles mellom materiell og prosessuell rettssikkerhet. I kjernen av den materielle siden av rettsikkerheten ligger legalitetsprinsippet, hensynet til forutberegnelighet og forholdsmessighetsprinsippet. Den prosessuelle siden omfatter alt fra saksbehandlingsreglene og krav til selve saksbehandlingen. Herunder reglene om iverksetting og kontroll av de aktuelle etterforskningsmetodene.

Som virkemiddel for å nå kravene til rettssikkerhet er det oppstilt en rekke rettssikkerhetsgarantier. Dette er enkeltelementer som hver for seg og samlet søker å garantere at rettssikkerhetskravene blir ivaretatt. Rettssikkerheten sørger for at inngrepet som foretas skjer innenfor de rettslige rammene som er oppstilt. Dette er en forutsetning for at man skal kunne

---

<sup>128</sup> NOU 2009:15 del 2, punkt 7.



forutberegne sin egen rettsstilling, innrette seg etter den og forsvare seg mot inngrepet. Her ligger en av hovedutfordringene ved bruken av skjulte tvangsmidler. Felles for bruken av de ulike inngrepene er at de foregår uten at den mistenkte får kunnskap om bruken.

I tillegg til kravet om kontroll, vil det etter strpl. § 100a bli oppnevnt en skjult forsvarer som skal ivareta den mistenktes interesser da dette ikke er noe han kan ivareta selv. En slik skjult forsvarer blir ikke oppnevnt i saker hvor nødrett brukt som hjemmelsgrunnlag. Ved bruken av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag, foretas det ingen rettslig behandling og det oppnevnes derfor heller ingen skjult forsvarer.

Kravene til den prosessuelle rettssikkerheten er i utgangspunktet strenge, og enda strengere er de ved bruk av skjulte tvangsmidlene. Her vil det bero på en konkret vurdering av arten, omfanget og varigheten av det aktuelle tvangsmiddelet om hvor vidt kravene til bruk er oppfylt eller ikke. I *Klass mot Tyskland* understreket EMD viktigheten med kontroll av tillatelser til bruk av skjulte tvangsmidler. Domstolen pekte på at kontrollen kunne forekomme ved tre stadier; ved begjæringen, ved gjennomføringen eller i ettertid.

Ved bruk av nødrett som hjemmelsgrunnlag foretas det ingen rettslig behandling. Ved den rettslige behandlingen har mistenkte, blant annet krav på en offentlig oppnevnt skjult forsvarer etter strpl. § 100a. Den skjulte forsvareren skal ivareta mistenktes interesser da mistenkte selv ikke har mulighet til det. Dette er klart brudd på EMD praksis. I 2008 ble Bulgaria dømt for brudd på EMK artikkel 8. I *Association for European integration and human rights og Ekmidzhiev mot Bulgaria* la domstolen vekt på at det ikke ble foretatt kontroll av politiets overvåkning. Her ble ikke overvåkingen kontrollert av et eksternt organ verken før, under eller etter at den ble foretatt. Dommen er svært relevant og viser at mangel på kontroll er brudd på rettighetene i EMK artikkel 8. Det betyr at politiets bruk av nødrett som hjemmelsgrunnlag, hvor det ikke foreligger noe kontroll, er i strid med EMK, og at Norge derfor bryter med konvensjonens bestemmelser når det foretas kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag.

### 6.1.2 Hensynet til personvern

Personvernet er definert som ”ivaretakelsen av personlig integritet; ivaretakelsen av enkelt-individens mulighet til privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse”.<sup>129</sup> Når politiet tar i bruk skjulte tvangsmidler vil dette medføre et inngrep i enkeltmenneskers personvern. Dette er en av grunnene til at bruken er strengt lovregulert. Bruk av kommunikasjonskontroll vil også kunne føre til at også helt uskyldige mennesker blir utsatt for inngrep i personvernet. Dette kan for eksempel være i tilfeller hvor man kommunikasjonsavlytter en mistenkt, mens han snakker med kjæresten sin som er helt utenforstående i saken. Hensynene her understreker behovet for rettslig behandling slik at misbruk ikke forekommer.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon oppstiller gjennom EMD praksis en rekke europeiske personvernprinsipper. Disse kan gjøres gjeldene ved drøftelsen av om kommunikasjonskontroll er så inngripende at det burde vært ytterligere lovfestet når det blir brukt med nødrett som hjemmelsgrunnlag. En nærmere redegjørelse for prinsippene vil være for omfattende i forhold til oppgavens rammer slikt at ikke vil drøfte disse i det videre.

I norsk lovgivning har vi en rekke bestemmelser som styrker personvernet. Sterkest av dem er personopplysningsloven. Loven har som formål å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger.<sup>130</sup>

Grunnloven § 102 beskytter mot at myndighetene foretar undersøkelser i private hjem uten at det er mistanke om begåtte kriminelle handlinger. Det vil si at bestemmelsen verner om ”hjemmets fred og ukrenkeligheter” jf. Rt. 2004 s. 1723.

Straffeloven §§ 390 og 390a beskytter personvernet ved at den hjemler et forbud mot å krenke privatlivets fred. Straffelovens § 145a forbyr avlytting ved hjelp av tekniske hjelpemidler i samtaler man selv ikke er deltager i.

Straffeprosessloven setter begrensninger i politiets adgang til å bruke etterforskningsmetoder som utgjør et inngrep i privatlivet. Det er disse reglene som er relevante for

---

<sup>129</sup> NOU 2009:1

<sup>130</sup> Personopplysningsloven § 1

oppgaven. Det er på det rene at reglene er strenge og at de reglene som per i dag eksisterer verner godt om personvernet.

I praksis har Høyesterett avskåret bevis som er ulovlig ervervet under henvisning til hensynet til personlig integritet og personvern.<sup>131</sup> Høyesterett viste i Rt. 1952 s. 1217 til det ”alminnelige rettsvern for personlighet”. Dette er domstolsskapte prinsipper som både supplerer norsk lov, men også kan gi rett til personvern og personopplysningsvern av eget selvstendig grunnlag.

Av redegjørelsen her kan mye tyde på at bevis ervervet ved bruk av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag, er ulovlig ervervet bevis. Det betyr at det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt beviset likevel kan benyttes. Her vil det bli spørsmål om bruk av ulovlig ervervet bevis, jf. oppgavens punkt 3.2.6.

## **6.2 Avsluttende bemerkninger**

Etter en gjennomgang av vilkårene i lovskravet i EMK artikkel 8 nr.2<sup>132</sup> finner jeg det klart at bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag strider med de kvalitative kravene til hjemmelsgrunnlag. Bruken av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag er derfor ulovlig. En av konsekvensene av dette er at informasjon innhentet på dette grunnlag er ulovlig ervervet og man kan risikere at bevisene ikke anføres.<sup>133</sup>

Etter gjennomgang av dommene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol nevnt over, virker det klart for meg, at bruken av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag, bryter med konvensjonen og EMDs praksis. Dette kommer tydelig frem i blant annet EMD Association for European integration and human rights og Ekmidzhiev mot Bulgaria. Her ble Bulgaria dømt for brudd på EMK artikkel 8 etter å ha foretatt omfat-

---

<sup>131</sup> Rt. 1991 s. 616

<sup>132</sup> Jf. punkt 5.

<sup>133</sup> Jf. punkt 3.2.6

tende overvåkning uten ekstern kontroll. EMD la vekt på den manglede kontrollen ved politiets bruk av overvåkning, som de mener er helt grunnleggende for å kunne unngå misbruk av metoden.<sup>134</sup>

Ved bruk av kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag, blir det ikke foretatt rettslig behandling. Det vil si at det ikke blir ført kontroll ved bruken av kommunikasjonskontroll verken før, under eller etter at kommunikasjonskontroll er iverksatt. Dette er klart i strid med EMDs praksis som kommer til uttrykk blant annet i *Klass and others* mot Tyskland. I *Klass and others* mot Tyskland slår EMD klart fast at det skal foreligge ekstern kontroll ved bruken av kommunikasjonskontroll. At det skal føres kontroll av et eksternt organ betyr ikke nødvendigvis at det må være en domstol som foretar kontrollen, men på grunn av domstolenes uavhengige karakter, bør det, etter min mening, være en domstol som foretar kontrollen. Slik fremkommer det også av kommunikasjonskontrollforskriften og straffeprosessloven. Uten rettslig behandling blir rettighetene til mistenkte svekket og hans rettssikkerhetsgarantier ikke ivaretatt. Det vil da blant annet heller ikke bli opprettet skjult forsvarer<sup>135</sup> som kan ivareta den mistenktes rettigheter.<sup>136</sup> Dette er svært kritikkverdig. Det fremgår tydelig av forarbeidene til straffeprosessloven kapittel 16a og av kommunikasjonskontrollforskriften, at domstolskontrollen er en viktig del for bruken av kommunikasjonskontroll. Dette er også slått fast av EMD i de to ovennevnte dommene, *Klass* mot Tyskland og *Association for European integration and human rights* og *Ekmidzhiev* mot Bulgaria.

Selv om bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll ikke er spesielt omfattende, er det likevel et behov for at området lovreguleres. Dette fremgår som nevnt, også av metodeutvalgets vurderinger i NOU 2009:15 og i årsrapportene til kontroll-

---

<sup>134</sup> *Association for European integration and human rights* og *Ekmidzhiev* mot Bulgaria, avsnitt 81

<sup>135</sup> Jf. Straffeprosessloven § 100a

<sup>136</sup> Mail-korrespondanse Haug-Hustad

utvalget for kommunikasjonskontroll.<sup>137</sup> Behovet for lovregulering er for å hindre at metoden blir misbrukt.

Riksadvokaten<sup>138</sup> og kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll er begge enig i at bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll, bør særskilt lovreguleres. Ingen har derimot kommet med konkrete forslag til hvordan det skal gjøres. Jeg skal heller ikke komme med konkrete forslag til lovendringer, men påpeke ved et par eksempler ,hvordan jeg mener dette kan løses rent praktisk.

Det bør for det første ses på om ikke de straffeprosessuelle bestemmelsene i straffeprosessloven kapittel 16a også bør gjelde for bruken av nødrett. For eksempel kan det enkelt tas inn en bestemmelse om bruk av nødrett inn i kapittel 16a i straffeprosessloven. På den måten vil bruken av nødrett som hjemmelsgrunnlag for kommunikasjonskontroll bli rettslig behandlet. Det vil si at det foretas en domstolskontroll og at det oppnevnes en forsvarer som ivaretar mistenktes interesser. Dette vil etter min mening føre til at faren for misbruk reduseres betraktelig.

Det er tydelig for meg at det eksisterer et behov for politiet å starte kommunikasjonskontroll med øyeblikkelig virkning dersom det er mistanke om at det er fare for liv og helse. Det er på det rene at politiet har en adgang til å foreta slik umiddelbar kommunikasjonskontroll gjennom bestemmelsen om hurtigkobling etter strpl. § 216d.<sup>139</sup> Spørsmålet er da om det er et ytterligere behov for å påberope seg nødrett for å iverksette kommunikasjonskontrollen. Det kan etter mitt syn ikke være spesielt tidskrevende å innhente påtaleansvarliges godkjenning for å iverksette kommunikasjonskontroll slik kriteriet er for bruk av hurtigkobling etter vilkårene i § 216d.

---

<sup>137</sup> Jf. Årsrapport (2009), (2010), (2011) og (2012).

<sup>138</sup> Riksadvokatens brev av 06.08.2013

<sup>139</sup> Se oppgavens punkt 3.2.6.

I et av tilfellene nevnt over under punkt 4.3 var det fra politiets side anført at reglene i straffeprosessloven ikke omfattet tilfellet de sto ovenfor. Vilkåret om at det må foreligge stor fare for at etterforskningen vil lide må anses oppfylt når det er snakk om situasjoner av livstruende art. Bestemmelsen er kun en unntaksbestemmelse fra utgangspunktet etter §§ 216a-c, og vilkårene i disse bestemmelsene må derfor foreligge for at hurtigkobling etter § 216d skal kunne være aktuelt.

En annen måte å løse problemet på kan være å legge inn i de eksisterende bestemmelsene et tillegg om at kommunikasjonskontroll kan benyttes i situasjoner hvor det er fare for liv og helse. Med et slikt tillegg i bestemmelsen vil det ikke være tvil om at hurtigkobling kan benyttes. Da vil det også bli ført kontroll av kommunikasjonskontroll som er foretatt i situasjoner med fare for liv og helse, jf. vilkåret om å innhente rettens kjennelse innen 24 timer.<sup>140</sup>

Det er etter mitt skjønn få endringer som vil medføre at kommunikasjonskontroll med nødrett som hjemmelsgrunnlag, kan foretas uten at det vil stride med konvensjonens bestemmelser. Selv om det er på det rene at nødrett ikke oppfyller lovskravet etter EMK artikkel 8 nr. 2, vil nødrettsbestemmelsen, dersom den tas inn i straffeprosessloven ved for eksempel henvisning, likevel kunne oppfylle lovskravet. Dette gjelder også dersom nødrett som hjemmelsgrunnlag tas inn i kommunikasjonskontrollforskriften.

---

<sup>140</sup> Jf. strpl. § 216d og oppgavens punkt 3.2.6.

## 7 Litteraturliste

### *Litteratur:*

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett.* 5. utgave 2004, 4.opplag. Oslo, 2010.
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelse.* 2. opplag. Oslo/Harstad, 2009.
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære, ved Jan E. Helgesen* 5.utg, Oslo 2011
- Eskeland, Ståle *Strafferett.* 2. utg. Oslo, 2006.
- Bjerke, Hans Kristian,  
Erik Keiserud og  
Knut Erik Sæther *Straffeprossessloven kommentarutgave Bind 1.* 4. utg. Universitetsforlaget, 2011
- Hov, Jo *Innføring i prosess* bind 1 og 2. Oslo, 2009.
- Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter.* 2. utg. Bergen, 2007.
- Ruud, Morten og  
Geir Ulfstein *Innføring i folkerett.* 3. utg. Oslo, 2006.
- Bertelsen, Tor Ehlers *EMK, kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter* 1. utg. Bergen, 2011.
- Lov og forskrift:*
- 1902 *Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22 mai 1902 nr. 10.*

|                                     |  |
|-------------------------------------|--|
| 1902                                | Militær straffelov av 22 mai 1902 nr. 13.  |
| 1976                                | Midlertidig lov om adgang til telefonkontroll ved etterforskning av overtredelser av narkotikalovgivingen av 17. desember 1976 nr. 99 (opphevet) |
| 1981                                | Lov om rettergangsmåte i straffesaker (straffeprosessloven) av 22 mai 1981 nr. 25  |
| 1995                                | Lov om politiet (politiloven) av 4 august 1995 nr. 53  |
| 1999                                | Lov om styrking av menneskerettighetenes stiling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21 mai 1999 nr. 30                                    |
| 2000                                | Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14 april 2000 nr. 31   |
| 2005                                | Lov om mekling og rettergang i sivile tviste (tvisteloven) av 17 juni 2005 nr. 90  |
| 1995                                | Forskrift om kommunikasjonskontroll (kommunikasjonskontrollforskriften) av 31. mars 1995 nr. 281   |
| <i>Internasjonale konvensjoner:</i> |  |
| EMK                                 | Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950.  |
| SP                                  | FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 1966   |
| ØSK                                 | FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 1966   |



*Rettspraksis:*

Rt. 1947 s. 612  
Rt. 1952 s. 1217  
Rt. 1955 s. 608  
Rt. 1963 s. 210  
Rt. 1964 s. 591  
Rt. 1985 s. 1  
Rt. 1991 s. 616  
Rt. 1995 s. 530  
Rt. 1997 s. 138  
Rt. 1997 s. 795  
Rt. 1999 s. 1269  
Rt. 2000 s. 646  
Rt. 2002 s. 557  
Rt. 2002 s. 1713  
Rt. 2004 s. 1723  
Rt. 2005 s. 833  
Rt. 2006 s. 582

*Internasjonal rettspraksis:*

Von Hannover mot Tyskland

The European Court of Human Rights  
Strasbourg 24. juni 2004

Société Colas Est m.fl. mot Frankrike

The European Court of Human Rights  
Strasbourg 16. april 2002

Klass mot Tyskland

The European Court of Human Rights  
Strasbourg 6. september 1978

|  |   |
|--|---|
| Kruslin mot Frankrike  | The European Court of Human Rights<br>Strasbourg 24. april 1990     |
| Association for European integration and<br>human rights and Ekimdzhiev mot Bulgaria | The European Court of Human Rights,<br>Strasbourg 28. juni 2007     |
| P.G and J.H mot Storbritannia  | The European Court of Human Rights<br>Strasbourg 25. september 2001 |
| Sunday Times mot Storbritannia   | The European Court of Human Rights<br>Strasbourg 26. april 1979     |
| Olsson mot Sverige   | The European Court of Human Rights<br>Strasbourg 24. mars 1988      |
| Buck mot Tyskland  | The European Court of Human Rights<br>Strasbourg 28. april 2005     |

*Forarbeider:*

|             |   |
|-------------|---|
| NOU 1993: 3 | Strafferettslige regler i terroristbekjempelsen |
| NOU 1999:27 | Ytringsfrihed bør finde Sted                    |
| NOU 2004:6  | Mellom effektivitet og personvern               |
| NOU 2009:1  | Individ og integritet                           |
| NOU 2009:15 | Skjult etterforskning - åpen kontroll           |

*Innstilling til Stortinget:*

Innst.S nr. 240 (1996-97) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen (...) om ulovlig overvåkning av norske borgere (Lund-rapporten)*

*Proposisjoner:*

Ot. Prp. nr. 60 (2004-2005) *Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet).*

*Vedtak og rapporter:*

Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 3 (1999) *Etterforskning. [www.riksadvokaten.no](http://www.riksadvokaten.no)*

Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 4 (2007) *Om politiets sikkerhetstjeneste - etterforsningsansvar og påtalekompetanse mv. [www.riksadvokaten.no](http://www.riksadvokaten.no)*

Brev fra Riksadvokaten av 06.08.2013 *Kommunikasjonskontrollutvalgets årsrapport 2012*

Årsrapport 2009 *Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll*

Årsrapport 2010 *Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll*

Årsrapport 2011 *Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll*

Årsrapport 2012 *Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll*

*Annet:*

Tidsskrift for strafferett TFS-2012-1 *Er isolasjon av innsatte i politiarrest i strid med EMK artikkel 8?*

Mail-korrespondanse

Sekretæren for Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll Knut Fredrik Haug-Hustad