



## OSLO STATSADVOKATEMBETER

Justisdepartementet  
postboks 8005 Dep

0030 OSLO

Deres ref.:  
200907672 ES KFH/mk

Vår ref.:  
09/210 LQ

Dato:  
4. mai 2010

### **HØRING – NOU 2009:15 SKJULT INFORMASJON ÅPEN KONTROLL**

Justisdepartementets brev av 15. desember 2009.

#### **1. Utvalgets mandat og arbeidsmetode**

Utvalget har i kapittel 9 redegjort for sine arbeidsmetoder i forhold til mandatet, og hvordan det siste er tolket av utvalget. En er enig med utvalgets forståelse av mandatet, men finner det svært uheldig at utvalget ikke ble gitt tilgang til å undersøke saksdokumentene i enkeltsaker. En viser her til det som er uttalt under kap.9.4.4 (side 112) om utvalgets ”forsøk på undersøkelse av saksdokumenter”. Selv om det nok er slik at straffeprosesslovens bestemmelser stenger for innsyn, finner en det underlig at Justisdepartementet ikke synes å ha ønsket å fremme en særskilt lovsak som kunne muliggjort det innsyn som utvalget ønsket. Som kjent har man i andre sammenhenger fremmet særskilte lovsaker der dette har vært nødvendig for å sikre et forsvarlig utvalgsarbeid. Dette gjelder også fordi utvalget har hatt vanskelig for å fremskaffe andre relevante data, jfr. kap. 9.4.3 (side 111). En vil også minne om at Justiskomiteen i forbindelse med lovebehandlingen av den sentrale lovendring som fant sted i 2004-2005 (lov om romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet), uttrykkelig påpekte ”viktigheten av en evaluering av de utvidelser i politiets adgang til metoder som er gitt de siste årene, inkludert utvidelsene omtalt i denne innstilling”, jfr Inst. O. Nr 113 (2204-2005), side 6, gjengitt i utvalgets innstilling kap. 9.2.3 (side 107). Etter Oslo statsadvokatembeters oppfatning ville et uavhengig utvalg som var gitt en rimelig grad av innsyn, kunnet styrket utvalgets argumentasjon og antagelig gitt grunnlag for nyansering av noen av utvalgets synspunkter. Det er en grunnleggende svakhet at det i helt sentrale spørsmål, er politiet og delvis påtalemyndigheten som legger de faktiske premisser for utvalgets arbeid. Et utvalg som skal evaluere grunnleggende rettsikkerhets- og personvernspørsmål burde også vært gitt tilgang til det materiale som utvalget anså nødvendig for sitt arbeid.

## **2. Materielle og prosessuelle fellesspørsmål**

### *Utvidet advokatbistand*

Utvalget har foreslått å utvide bruken av offentlig advokat i enkelte sammenhenger, jfr. kap. 15.5 (side 168). Oslo statsadvokatembeter har ingen innvendinger mot forslagene, men en vil her peke på at disse har en kostnadsside som ikke er nærmere vurdert av utvalget. Dersom departementet vurderer å følge opp forslagene, bør merkostnadene beregnes. Det kan antagelig reises spørsmål om nytteverdien vil svare til kostnadene.

### *Muntlige forhandlinger*

Utvalget har videre foreslått å innføre en mer generell regel om avholdelse av muntlige forhandlinger, jfr. kap. 15.5 (side 170). Også dette forslaget har en kostnadsside som utvalget ikke har vurdert nærmere. En vil imidlertid også fremheve at muntlige forhandlinger kan svekke muligheten til etterkontroll og notoritet. Det bør i denne sammenheng nevnes at retten, i mange sammenhenger, har en begrenset mulighet til å etterprøve det faktiske bevismaterialet som ligger til grunn for begjæringer om f. eks. kommunikasjonskontroll. Ved en skriftlig behandling vil en i det minste sikre notoritet omkring begjæringen og det faktiske grunnlaget for denne. Utvalget har påpekt at domstolene ikke sjelden anvender standardformuleringer i sine begrunnelser som kan vanskeliggjøre overprøving, jfr. kap. 15.8 (side 172). Ved muntlige forhandlinger kan grunnlaget for overprøving bli ytterligere svekket, og etter vår oppfatning må det vurderes å innføre begrunnelseskrav som går utover dagens ordning. Etter vår vurdering bør man heller fastsette skriftlig behandling som hovedregel, dog slik at retten kan beslutte å avholde muntlig forhandling når dette ansees nødvendig.

### *Utsatt underretning*

Man kan her i det vesentlige slutte seg til utvalgets forslag.

Hva gjelder PST's saksområde er man enig med utvalget at det her gjør seg særlige hensyn gjeldende. Disse er imidlertid knyttet til utenlandske institusjoner i Norge. Her oppstår det spesielle problemstillinger hva gjelder bruk av tvangsmidler. En vil her likevel peke på at det kunne gis en særskilt lovhjemmel som gjelder bruk av kommunikasjonskontroll i forhold til disse. Dette er en løsning som er valgt i enkelte land. Hva gjelder norske statsborgere og personer med fast bopel i Norge, bør disse falle inn under de generelle regler som foreslås av utvalget.

## **3. Kommunikasjonskontroll**

En har merket seg at utvalget foreslår å utvide adgangen til å anvende kommunikasjonskontroll i saker om menneskesmugling. Oslo statsadvokatembeter er enig i forslaget. Utvalget har vurdert mulige andre utvidelser, men er blitt stående ved dagens ordning. Det bør særlig bemerkes at man slutter seg til utvalgets vurderinger hva gjelder spørsmålet om å knytte det rettslige samtykket til person og ikke det enkelte kommunikasjonsanlegg, som er dagens ordning. Utvalgets innvendinger er av prinsipiell art og man slutter seg til disse. De praktiske innvendinger som er trukket frem mot dagens ordning, vil langt på vei kunne møtes med påtalemyndighetens "hastekompetanse".

Oslo statsadvokatembeter er enig i utvalgets forslag om kommunikasjonskontroll for å avdekke mistenktes identitet, jfr. kap. 16.6 (side 199).

## **4. Romavlytting**

En har merket seg at utvalget under kap.17 (side 200-205) ikke har foreslått noen endring i kriminalitetskravet og foreslår opprettholdt koblingen til straffeloven § 60 a. Sistnevnte bestemmelse er svært upresis og det kan være vanskelig å fastslå om vilkårene etter denne bestemmelse foreligger i en innledende fase av etterforskningen. Oslo statsadvokatembeter vil tilrå at man fjerner henvisningen til denne bestemmelsen i straffeprosessloven § 216 m, første ledd, litra b. De straffbare forhold som er regnet opp i bestemmelsen, er etter vår oppfatning

så vidt graverende at de kan begrunne anvendelse av dette tvangsmiddel. Dersom henvisningen til litra b sløyfes, vil litra c være overflødig.

For øvrig kan vi slutte oss til utvalgets synspunkter vedr. ”ambulerende romavlytning”.

## **5. Teknisk sporing**

Utvalget fremmer her forslag om en utvidelse av hjemmelsgrunnlaget til også å omfatte grovere former av ulovlig befatning med våpen, jfr. kap. 18.3. Oslo statsadvokatembeter er enig i utvalgets synspunkter og støtter forslaget.

## **6. Utleveringspålegg, ransaking, beslag, postbeslag og postkontroll**

Oslo statsadvokatembeter er enig i utvalgets synspunkter og forslaget, jfr. kap. 19 (side 210-221).

## **7. Innhenting av trafikkdata.**

Utvalgets synspunkter, jfr. kap. 20 (side 216-221) er overstemmende med vårt syn. Til orientering vedlegges for øvrig vårt brev av 15. desember 2009 til riksadvokaten der tilsvarende spørsmål er behandlet.

## **8. Skjult fjernsynsovervåkning mot eller på privat sted**

En har ikke merknader til utvalgets synspunkter, jfr. kap 21 (side 222-225).

## **9. Dataavlesning**

Utvalget foreslår å gi hjemmel for dataavlesning i et ikke offentlig tilgjengelig elektronisk informasjonssystem ved hjelp av dataprogrammer eller på annen måte, jfr. kap 20 (side 235-249).

Reelt sett er det tale om en anvendelse av dataprogram som plantes på de aktuelle datamaskiner, og som registrerer aktiviteten på maskinen eller leser innholdet som er lagret på denne. Dette materialet tilbakeføres deretter til politiets datamaskin. Det er flere særtrekk ved denne fremgangsmåten. Den gir en betydelig mengde overskuddsinformasjon. Dette kan gjelde personlige forhold, men også knyttet til den enkeltes økonomiske forhold. Politiet vil ved anvendelse av metoden få tilgang til den enkeltes passord ved utførelse av banktjenester, varekjøp m.v., og passord som anvendes i forhold til det offentlige og dets tjenester. Videre må det fremheves at metoden ikke gir en særlig god notoritet som kan sikre mot misbruk. Rett nok har utvalget skissert på en detaljert liste tiltak som kan sikre notoritet på oppkopling og avkopling, men det bør understrekes at det kan være vanskelig å sikre notoritet og kontroll på det materialet som innhentes. Det må i den forbindelse understrekes at datamaskiner kan inneholde en stor mengde tekst og bilde/filmateriale og at gjennomgangen og kontrollen kan være svært ressurskrevende.

Politiet må i alle tilfelle registrere og dokumentføre det materialet som lastes ned. Dette gjelder også selv om materialet bedømmes som irrelevant av politiet. En sletting i en tidlig fase vil alltid åpne for påstander fra forsvareren om at politiet har slettet materiale som taler til fordel for siktede. En nøyaktig registrering av nedlastet materiale vil åpenbart kunne bli ressurskrevende for politiet.

En vil også peke på problemet vedr. lagring og sletting. Det materialet som innhentes må åpenbart lagres i sin helhet til rettskraftig dom foreligger eller saken henlegges. Lagring etter rettskraftig dom reiser for øvrig særskilte spørsmål i forhold til mulige begjæringer om gjenåpning. Dette vil bli behandlet nedenfor.

Utvalget har fremhevet, jfr. kap. 22.3 (side 244), at utvidelse av eksisterende hjemler må bygge på solid dokumentasjon. Utvalget uttaler imidlertid selv på side 242 at ”Det har ikke

vært mulig på noen måte å få tallfestet eller på annen måte dokumentert behovet for dataavlesning nærmere.” Det har heller ikke vært mulig for utvalget å innhente konkrete opplysninger eller tallmateriale fra våre naboland. Fra det danske NITEC har man gjennom Riksadvokaten fått innhentet noen generelle opplysninger om at man i visse saker har hatt nytte av dataavlesning, jfr. side 244. KRIPOS har gitt to konkrete eksempler som er gjengitt på side 242. Det kan synes overraskende at utvalget fremmer forslag som er så vidt vidtgående når utvalget selv poengterer at det ikke har fått tilstrekkelig dokumentasjon for behovet for å innføre fremgangsmåten.

Når utvalget likevel foreslår å åpne for skjult dataavlesning, er dette begrunnet med at det er nødvendig for å opprettholde effektiviteten av dagens kommunikasjonskontroll og for å kunne gjennomføre en hemmelig ransaking. Etter det man forstår er begrunnelsen å videreføre de i dag tilgjengelige metoder ”i en digital verden.” Derimot forstår man utvalget slik at de ikke foreslår å tillate gjentatte ransaker på en og samme beslutning. Dette ville i prinsippet åpne for en sammenhengende ”overvåkning” av datamaskinene.

Oslo statsadvokater er i prinsippet enig i denne avgrensning. Likevel oppstår det flere vesentlige og vanskelige spørsmål. Et moment i denne sammenheng vil være at man kan etablere tilfredsstillende kontrollsystemer som sikrer mot misbruk eller påstander mot misbruk. Dette kan være av avgjørende betydning for å gi ”legitimitet” for de regler som innføres. Det bør her understrekes at man i prinsippet gir politiet tilgang til samtlige datamaskiner som befinner seg i Norge og i en viss utstrekning utenfor landets grenser. Dette innebærer at den innebyggede kontrollmekanisme som fordrer fysisk medvirkning fra utenforstående (teleselskaper/internettleverandører) blir delvis borte. Det er åpenbart av sentral betydning at eventuelle nye regler om utsatt underretning også blir vurdert i denne sammenheng.

Utvalget fremholder at den teknologiske utviklingen er slik at det neppe er mulig å beskrive fremgangsmåtene i detalj. Men peker på at man i prinsippet kan anvende en ”hardware-” eller ”softwarebasert” løsning. Det er liten grunn til å tro at man i særlig utstrekning vil anvende førstnevnte fremgangsmåte som i de fleste tilfeller vil være operativt vanskelige. En software-løsning vil være vesentlig enklere å anvende. Det er likevel slik at behovet for kontroll og etterprøvnbarhet er størst ved anvendelse av denne fremgangsmåten samtidig som den er vanskelig å få gjennomført.

Utvalget har avvist kommunikasjonskontroll knyttet til person og ikke til anlegget som skal avlyttes, jfr. kap. 16.5. Det er derfor inkonsekvent at utvalget tilsynelatende aksepterer kommunikasjonskontroll over datamaskiner. Den enkelte datamaskin vil ikke ha noen unik identitet på tilsvarende måte som en mobiltelefon. En vil minne om at datamaskiner kan kommunisere på ulike måter, ved ulike protokoller og ulike nettverk og med varierende IP-adresser. Den enkelte datamaskin er ikke registrert på den enkelte bruker og det vil således ikke være mulig å knytte bruker og maskin sammen annet enn ved stasjonære datamaskiner der det foreligger avtale med en leverandør av internett-tjenester. Det omsettes i dag flere bærbare enn stasjonære datamaskiner, og grensen mellom mobiltelefoner og datamaskiner er i ferd med å bli utvisket, samtidig som det kan anvendes nettverk som er tilgjengelige for alle, og der kryptert samband enkelt kan benyttes også til telefonsamtaler.

Den teknologiske utviklingen har gått slik at det nesten er umulig å lage lovgivning som er i tilstrekkelig grad tilpasset den til enhver tid foreliggende kommunikasjontechnologi. Den konvergering som stadig pågår hva gjelder digitale tjenester, bør nå tilsi at disse spørsmål bør utredes på et mer prinsipielt grunnlag. Problemstillingen kunne da være: I hvilket omfang, og på hvilken måte, bør rettshåndhevende myndigheter kunne gis tilgang til informasjon som lagres eller kommuniseres i digital form.

## 10. Oppbevaring og sletting

Etter utvalgets undersøkelser og Høyesteretts avgjørelse i Rt 2005 side 1137 har utvalget kommet frem til at det er behov for en fullstendig revisjon av bestemmelsen i straffeprosessloven §216 g om sletting av informasjon innhentet ved bruk av skjulte tvangsmidler. Oslo statsadvokatembeter er - med utgangspunkt i vår erfaring med politiets håndtering av dette og usikkerheten rundt slettingsreglene - enig i denne vurderingen. Utvalget er samlet kommet til at materialet som er fremlagt for retten under hovedforhandling skal oppbevares sammen med sakens øvrige dokumenter. Dette for å skape notoritet rundt behandlingen av saken for domstolen, men også som grunnlag for en eventuell begjæring om gjenåpning.

Vi er enig i denne vurdering og slutter oss til dette forslaget.

Videre er utvalget av den oppfatning at materiale, som ikke er lagt frem som bevis for retten under hovedforhandling, skal slettes når det foreligger rettskraftig dom. Dette er vi også enig i. Hensynet til en eventuell gjenopptakelsessak kan ikke, som hovedregel, gå foran de skjulte tvangsmidlers inngripende karakter. Det vises for øvrig til utvalgets betraktninger rundt en mulig bestemmelse om adgang til å begjære deponering av materialet som kan synes som en god løsning for de tilfeller dette er aktuelt.

Vi er videre enig i at tilsvarende bør gjelde der saken henlegges og klagefristen for henleggelsesbeslutningen er utløpt.

Det foreslås videre at opplysninger fra personer, hvor det foreligger vitnefritak eller vitneforbud, skal slettes snarest mulig etter at det er fastslått at materialet omfatter slike opplysninger og vedkommende ikke kan mistenkes for en straffbar handling som opplysningene kan ha betydning for.

Også her slutter vi oss til drøftelsene til utvalgets flertall. Det fremstår som klart mest hensiktsmessig at politiet må kunne høre gjennom opptak av denne type kommunikasjon for å avklare hvorvidt vilkårene for sletting er tilstede og på den måten kunne skille det som skal slettes fra det som skal beholdes. En vil også minne om viktigheten av at det er notoritet omkring beslutninger vedrørende sletting.

## 11. Innsyn i straffesaksdokumenter

### *Innledning*

Oslo statsadvokatembeter har ingen kommentarer til at innsynsretten for mistenkte og hans forsvarer forankres i begrepet ”sakens dokumenter”, og at dette omfatter alle opplysninger som har fremkommet eller er innhentet i løpet av etterforskingen. Videre synes det hensiktsmessig å lovfeste alle unntak fra dette utgangspunkt, men det vil neppe være mulig å frata påtalemyndigheten enhver skjønsmessig adgang til å holde opplysninger utenfor sakens dokumenter. Hva som eksempelvis er et internt dokument eller en kildeopplysning må i noen grad baseres på påtalemyndighetens vurderinger.

### *Generelt om forslaget til unntak fra innsynsretten*

Etter Oslo statsadvokatembeters mening må spørsmålet om unntak for opplysninger om politiets kilder og informanter samt materiale fra kommunikasjonskontroll og romavlytting, løses på en helt annen måte enn det utvalget foreslår. Forslaget representerer en omfattende endring i forhold til dagens praksis og vil kunne legge klare begrensninger på kriminalitetsbekjempelsen. Når det gjelder utvalgets vurderinger av behovet for å unnta interne dokumenter og begrense retten til innsyn i andre straffesaker, mener Oslo statsadvokatembeter at forslaget er for vidtrekkende. Videre bør – etter embedets oppfatning – opplysninger, som det er nektet innsyn i etter straffeprosessloven § 242a, også unntas fra mistenktes forsvarer, og strafferammebegrensningen i straffeprosessloven § 242a bør fjernes.

Forslaget om å endre straffeprosessloven § 242 hva gjelder hensynet til etterforskningen av andre saker, tiltres. Oslo statsadvokatembeter har ingen kommentarer til utvalgets vurderinger vedr. innsyn etter at staffesaken er avsluttet, eller det som foreslås om bevisforbud om opplysninger unntatt etter straffeprosessloven § 242a.

### *Forholdet til politiets kilder og informanter*

Slik Oslo statsadvokatembeter forstår utvalgets forslag, legges det til grunn at alle opplysninger i saken som stammer fra informanter og kilder som hovedregel også skal oversendes mistenkte og hans forsvarer når tiltale er tatt ut, jf. straffeprosessloven § 264. Skal dette materialet unntas fra innsyn, så må det skje gjennom bruk av straffeprosessloven § 242a, som foreslås endret av utvalget. Etter Oslo statsadvokatembeters mening er dette ikke veien å gå og forslaget vil kunne få store negative konsekvenser for politiets kriminalitetsbekjempelse. I denne sammenheng nevnes at straffeprosessloven § 242a har klare svakheter. Videre vil fremgangsmåten kunne dra med seg store praktiske problemer, idet det må legges til grunn at antallet § 242a-begjæringer vil skyte i været. Hvor god og reell domstolskontrollen vil bli, synes også usikkert. Det bemerkes at Oslo statsadvokatembeter stiller seg positivt til utvalgets forslag om å endre bestemmelsen.

Etter Oslo statsadvokatembeters mening må det gjøres et helt generelt unntak fra innsyn for opplysninger fra kilder og informanter som ikke skal benyttes som bevis under hovedforhandling og som danner utgangspunkt for iverksettelse av etterforskning, jfr. straffeprosessloven § 224. Det er kun på denne måten at et tilstrekkelig tredjemannsvern sikres, og dette synes også å være den eneste praktiske måten å løse problemet på.

Når det gjelder forholdet til politiets kriminalitetsbekjempelse, fremstår det som klart at det vil være særdeles lite tilfredsstillende å vite at mistenkte og hans forsvarer som hovedregel alltid har krav på innsyn i kilde- og informantinformasjon som inngår i saken. Dette alene vil kunne medføre at bruken av denne type opplysninger vil bli drastisk redusert, og som igjen vil kunne få store konsekvenser for mulighetene til å oppklare straffbare handlinger. En lovfestet regel om det motsatte, at den mistenkte og hans forsvarer ikke har krav på innsyn i denne type opplysninger, gir derimot et meget godt vern for kilder og informanter. I forlengelsen av dette bemerkes at utvalgets forslag bryter ganske kraftig med den praksis som foreligger i dag. Kilde- og informantopplysninger sendes ikke over til forsvarer, men fra tid til annen begjæres det innsyn i denne type informasjon hvis slikt skulle inngå i saken. Det vanlige er da å påstå bevisavskjæring etter straffeprosessloven § 292 eller straffeprosessloven § 123 og i noen tilfeller § 242a. Det understrekes at begjæringer om innsyn i kilde- og informantinformasjon etter Oslo statsadvokatembeters erfaring svært sjelden fremsettes. Dette skyldes etter alt å dømme i betydelig grad faren for å virvle opp ytterligere bevis mot den mistenkte.

Oslo statsadvokatembeter er videre av den formening at straffeprosessloven § 242a har for store svakheter til at den kan brukes til å løse innsynsspørsmålet. Straffeprosessloven § 242a er en lite benyttet bestemmelse, og erfaringene er derfor sparsomme. Oslo statsadvokatembeter har allikevel en viss kjennskap til den gjennom enkeltsaker, eksempelvis ranet av Munch-museet. For å unnta opplysninger fra innsyn fra mistenkte og hans forsvarer ved bruk av straffeprosessloven § 242a, må man gjennom en meget omstendelig prosess. Selv om bestemmelsen endres i tråd med utvalgets forslag så vil bruken av den være like ressurskrevende. Den største svakheten ved straffeprosessloven § 242a er allikevel at mistenkte og hans forsvarer skal gjøres kjent med at det er unntatt opplysninger med hjemmel i den. En bekreftelse på at bestemmelsen er benyttet er ofte ensbetydende med at kildens eller informantens identitet røpes fordi det da er enkelt å resonnerer seg fram til hvem vedkommende er. Denne svakheten må ikke undervurderes, og den er så stor at den alene

tilsier at utvalgets forslag ikke gir en tilfredsstillende løsning i de tilfeller det er aktuelt å unnta kilde- og informantinformasjon.

Som tidligere nevnt mener Oslo statsadvokatembeter at det bør gjøres et generelt unntak fra innsyn i kilde- og informantopplysninger, som ikke skal brukes som bevis under hovedforhandling, og som danner grunnlag for beslutning om å starte etterforskning. Forslaget innebærer at den aktuelle informasjon faller innenfor begrepet "sakens dokumenter" uten at mistenkte og hans forsvarer har krav på innsyn. Oslo statsadvokatembeter kan vanskelig se at et slikt unntak vil innebære kraftige innhugg i den mistenktes straffeprosessuelle rettigheter. I de aller fleste tilfeller vil den aktuelle informasjon være av belastende karakter, slik at den mistenkte under ingen omstendighet har noe å vinne på innsyn. Det erkjennes allikevel at det fra tid til annen bør åpnes opp for innsyn også i kilde- og informantinformasjon. Dette bør i så fall innledes med en begrunnet begjæring fra mistenkte som så underkastes en rettslig prøving hvis ikke påtalemyndigheten på eget initiativ gir innsyn. Retten må så ta stilling til om det bør gis innsyn og vurderingene bør følge vilkårene i straffeprosessloven § 242a. Det understrekes at det fra tid til annen vil kunne være slik at retten bes ta stilling til en innsynsbegjæring uten at det er kilde- eller informantopplysninger i saken. Retten må da ikke røpe dette, men formulere at det ikke gis innsyn i eventuelle dokumenter. Grunnen til at retten må forholde seg på denne måten er at det skal herske absolutt taushet rundt spørsmålet om det er kilde- eller informantinformasjon i saken.

Etter Oslo statsadvokatembeters mening gir den ovennevnte fremgangsmåte en rettssikker og praktikabel løsning på et vanskelig problem. Kilde- og informantinformasjon gis et sterkt, lovfestet vern samtidig som hensynet til mistenkte ivaretas ved muligheten for rettslig prøving av innsynsspørsmålet. Fremgangsmåten vil også redusere antallet begjæringer som må behandles av retten og domstolskontrollen vil bli bedre. Oslo statsadvokatembeter har en begrunnet frykt for at rettens vurderinger av utallige begjæringer etter straffeprosessloven § 242a på et tidlig tidspunkt under etterforskningen ikke vil bli annet enn illusoriske.

#### *Unntak for materiale fra kommunikasjonskontroll og romavlytting*

Denne typen opplysninger vil i de aller fleste tilfeller gis et vern gjennom den fremgangsmåte Oslo statsadvokatembeter har beskrevet over. I noen kommunikasjonskontroll- og romavlyttingssaker vil hensynet til kilder og informanter allikevel ikke komme på spissen, men personvern hensyn kan da tale for at det ikke skal gis innsyn. Det vises her til redegjørelsen fra riksadvokaten og utvalgsmedlem Scheas forslag, som tiltres.

#### *Unntak for interne dokumenter*

Oslo statsadvokatembeter mener at utvalgets forslag om at "ethvert sammendrag eller bearbeidelse av faktum som ikke finnes i andre dokumenter mistenkte eller tiltalte (forsvarer?) har tilgang til" skal omfattes av innsynsretten, favner for vidt. At mistenkte og forsvarer skal ha innsyn i store samlerapporter og systematisk bearbeidelse av databaseslag synes åpenbart, men det er mer betenkelig at det nå åpnes for at politi og påtalemyndighet eksempelvis ikke skal kunne systematisere faktum som ledd i pågående etterforskning eller under forberedelse til hovedforhandling uten at mistenkte og forsvarer har krav på innsyn. Det fremstår i så måte som relativt klart at både etterforskningen samt politiets og påtalemyndighetens forberedelser i forbindelse med hovedforhandling vil kunne bli skadelidende. Videre er det usikkert hvilken nytte den mistenkte og forsvarer vil ha av foreløpige analyser og sammenstillinger som kun er tenkt som hjelpemidler under etterforskning og iretteføring. Retten til innsyn i interne dokumenter bør i tråd med dette begrenses til de produkter som representerer endelige rapporter og analyser, og ikke til mer

foreløpige sammendrag og bearbeidelser som benyttes som ledd i pågående etterforskning eller iretteføring.

### *Innsyn i andre straffesaker*

Utvalgets forslag om at det skal åpnes for innsyn i opplysninger fra andre straffesaker i den utstrekning de "kan antas å ha betydning for saken", synes også svært vidtrekkende. I utgangspunktet hersker det taushetsplikt rundt andre saker, og det må etter Oslo statsadvokatembeters mening kreves en del før det skal gjøres unntak fra denne. Videre vil en omfattende innsynsrett i andre saker kunne medføre vidløftiggjøring ved at det kreves innsyn mer eller mindre automatisk i de tilfeller hvor det er berøringspunkter mellom ulike komplekser. Utvalgets formulering åpner, etter Oslo statsadvokatembeters mening, opp for at det skal gis innsyn mer eller mindre kun fordi det pretenderes at opplysningene vil "kunne" ha betydning for saken. Dette er ikke tilfredsstillende. Det må som et minimum kreves at innsyn kun skal gis etter at det er fremsatt en begrunnet begjæring. Ved å stramme inn utvalgets formulering antas det at antallet begjæringer vil reduseres betydelig blant annet fordi man slipper rene "fisketurer" og at begjæringene blir mer spisset og poengterte. En knytning opp mot betydningen for skyld- og straffespørsmålet synes i så måte å kunne være en vei å gå.

### *Muligheten til å gi forsvareren innsyn der mistenkte nektes*

Oslo statsadvokatembeter har ingen kommentarer til at det lovfestes at forsvarer under etterforskningen kan gis innsyn med pålegg om taushet selv om mistenkte nektes innsyn. En slik lovfesting i straffeprosessloven § 242a er derimot vesentlig mer problematisk. Det er i utgangspunktet vanskelig å se at hensynet til sammenheng og konsekvens i regelverket tilsier en slik endring av bestemmelsen. Under etterforskningen vil innsyn for forsvarer ha stor betydning for hvordan vedkommende skal kunne bistå den mistenkte på en effektiv måte, herunder sette forsvarer i stand til å gi den mistenkte fornuftige råd. Hvilken nytte en forsvarer skal kunne gjøre seg av informasjon som det er nektet innsyn i etter straffeprosessloven § 242a er vesentlig vanskeligere å se. Et viktigere hensyn er at det bør tilstrebes at så få som mulig får innsyn i opplysninger som det er nektet innsyn i etter straffeprosessloven § 242a. Det understrekes at dette ikke er en mistillit til forsvarerne, men en erkjennelse av at jo flere som har innsyn jo større er faren for at opplysninger det er nektet innsyn i røpes uten at dette er tilsiktet. Oslo statsadvokatembeter mener på denne bakgrunn at heller ikke forsvarer bør gis innsyn i opplysninger som er tilbakeholdt etter straffeprosessloven § 242a.

### *Strafferammer som begrensning for bruken av § 242a*

I motsetning til utvalget mener Oslo statsadvokatembeter at det bør foreslås at strafferammebegrensning fjernes i straffeprosessloven § 242 a. I denne sammenheng nevnes at det eksempelvis i saker som dreier seg om overtredelse av straffeloven § 162 første ledd vil kunne være behov for å verne kilder og informanter. All den tid det ikke er spesielle tungtveiende hensyn som taler for at det skal gjelde strafferammebegrensninger, kan ikke Oslo statsadvokatembeter se noen grunn til at dette vilkåret skal opprettholdes

## **12. Anonym vitneførsel**

### *Vedrørende anonym vitneførsel etter straffeprosessloven § 130a*

Oslo statsadvokatembeter har begrenset erfaring med bestemmelsen om anonym vitneførsel i straffeprosessloven § 130a, men den har vært påberopt og brukt i blant annet Munch-saken i forbindelse med at en av politiets infiltratører forklarte seg for lagmannsretten. Etter at det var



blitt truffet formell kjennelse om anonym vitneførsel ble infiltratøren avhørt pr. telefon uten at vedkommendes identitet ble opplyst i retten. I Munch-saken ga bestemmelsen det nødvendige vern, og Oslo statsadvokatembeter kan ikke se at den har spesielle svakheter som medfører at den bør endres, allikevel med et klart unntak. Av tredje ledd fremgår det at navnet på det anonyme vitnet skal opplyses til dommerne, lagrettemedlemmene, aktor, forsvarer og bistandsadvokat. Dette er en betydelig svakhet ved bestemmelsen og den bør endres på dette punkt. Etter Oslo stasadvokatembeters mening bør så få som overhodet mulig gjøres kjent med et anonymt vitnes identitet. Det vil alltid være en fare for at denne vil bli røpet og det bør være tilstrekkelig at rettens leder får opplyst navnet. Når det begjæres anonym vitneførsel, foretas det en meget grundig prøving av vilkårene i retten, og det treffes en formell avgjørelse. Rettssikkerheten ivaretas derfor på en meget god måte og det er da ingen betenkeligheter med at navnet på det anonyme vitnet kun opplyses til rettens leder.

### **13. Advokaters taushetsplikt i straffesaker**

Utvalget har i sitt mandat blitt bedt om å vurdere om det er behov for en nærmere lovregulering av advokaters taushetsplikt i straffesaker, og eventuelt fremme et forslag til slik regulering.

Utvalget foreslår å lovfeste advokatenes taushetsplikt om straffesaksopplysninger etter mønster fra forvaltningsloven § 13b annet ledd og at bestemmelsen kan plasseres som et nytt fjerde ledd i straffeprosessloven § 61 a. Videre at brudd på taushetsplikten bør være straffesanksjonert.

Vi er enig i de vurderinger som er foretatt og slutter oss til den lovregulering som foreslås. Et sentralt argument for å innføre lovbestemt taushetsplikt for advokater er at plikten knytter seg til opplysninger som de andre profesjonelle aktørene i saken plikter å bevare taushet om. Selv om den foreslåtte taushetsplikten for advokater trolig ikke vil rekke lengre enn de advokatetiske regler om diskresjon allerede gjør, er vi enig med utvalget i at så vidt viktige regler bør inntas i lovs form.

Det er ingen tvil om at advokater i forbindelse med straffesaker får kjennskap til informasjon som ikke dekkes av nåværende lovregulert taushetsplikt. Dette gjelder opplysninger som alle andre aktører i saken, herunder politiet, påtalemyndigheten, domstolen, sakkyndige og ansatte innenfor disse etater, vil ha generell taushetsplikt om. Det synes derfor naturlig at advokater, herunder både offentlig oppnevnte og privatantatte forsvarere og bistandsadvokater, underlegges den samme taushetsplikt under forutsetning av at den ikke legger begrensninger på advokatens mulighet til å ivareta sine oppgaver innenfor strafferettspleien. I likhet med utvalget kan heller ikke vi se gode grunner for å opprettholde et system hvor forsvarer og/eller bistandsadvokat er den eneste aktør uten taushetsplikt. Vi kan heller ikke se at det foreligger vektige grunner for at lovgivningen ikke bør avspeile Advokatforeningens regler på dette området.

Selv om vi i prinsippet kan slutte oss til utvalgets synspunkter, vil en nevne en særlig problemstilling: Dersom en forvarer på egenhånd, eller ved medhjelper, iverksetter ”privat etterforskning” vil dette ikke kunne omfattes av taushetsplikten. ”Avhør” eller samtaler med vitner, må falle utenfor taushetspliktsbestemmelsene. Dette innebærer at taushetsplikten må begrenses til samtaler med klienten eller ”noen personlige forhold” samt forretningshemmeligheter. En antar at det ikke har vært formålet med forslaget å ta opp slike problemstillinger.

### **14. Overskuddsinformasjon**

Etter dagens regler kan overskuddsinformasjon bare brukes som bevis for et straffbart forhold som i seg selv kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra.

Utvalgets flertall har, etter en samlet vurdering av de hensyn som taler hhv for og imot å begrense adgangen til bruk av overskuddsinformasjon som bevis, kommet til at dagens generelle begrensning til saker som i seg selv kunne begrunnet den aktuelle tvangsmiddelbruken, bør oppheves.

Oslo statsadvokatembeter er enig i de vurderinger som er foretatt av utvalgets flertall og slutter seg til deres forslag om opphevelse av dagens begrensning i bruk av overskuddsinformasjon som bevis i straffesaker.

I likhet med utvalgets flertall er det vår oppfatning at behovet for å oppklare og irettføre straffbare handlinger med styrke taler for at overskuddsinformasjon bør kunne brukes som bevis i alle typer straffesaker. Dagens regler er en begrensning i grunnprinsippet om fri bevisførsel. Det synes klart at befolkningens tillit til politiet vil svekkes dersom det fremkommer at politiet kjenner til straffbare forhold som ikke kan straffeforfølges. Etter vår oppfatning er det viktigste argumentet for å endre dagens regler det faktum at politiet ikke bør sitte med bevis for forholdsvise alvorlige straffbare forhold uten å kunne påtale disse.

Vi er videre enig med flertallet at en mulig fare for at politi og påtalemyndighet skulle bli fristet til å misbruke ordningen er så vidt beskjedent, at kontrollen med politiets bruk av skjulte tvangsmidler i tilstrekkelig grad vil avverge et slikt eventuelt misbruk. Vi finner også grunn til å nevne at bruk av skjulte tvangsmidler er svært ressurskrevende, noe som rent faktisk også vil begrense misbruksfaren.

Når det gjelder hensynet til personvernet og personlig integritet, er det vår oppfatning at dette har størst betydning i forhold til utenforstående tredjepersoners personvern. Dette hensynet synes tilstrekkelig ivarettatt gjennom rettens mulighet til å nekte overskuddsinformasjon ført som bevis der "særlige grunner" tilsier det. Det bemerkes at det her er snakk om en mulighet for retten og som kun skal brukes unntaksvis der slik bevisføring særlig vil være et uforholdsmessig inngrep.

Mindretallets vurderinger endrer ikke vårt syn.

Det bemerkes avslutningsvis at denne endringen vil gjøre vårt lovverk på området mer i tråd med de øvrige nordiske lands regler.

## **15. Tvangsmidler i avvergende og forebyggende øyemed**

*Forståelsen av straffeprosessloven § 222 d og politiloven § 17 d.*

Utvalget har hatt som mandat å gjennomgå de skjulte tvangsmidler i avvergende og forebyggende øyemed, jfr. kap. 22 (side 226). Utvalget fremholder på side 231 at PST har anvendt forebyggende tvangsmidler i større utstrekning enn dom som var forutsatt av lovgiver. Det fremholdes at antallet saker synes å være lite. Det bør tilføyes at utvalgets vurdering bygger på uttalelser fra EOS-utvalget. Anvendelsen av de to bestemmelser knytter seg til forhold som er av svært prinsipiell betydning og reiser spørsmål om forholdet til Grunnloven og EMK. Etter vår vurdering reiser de aktuelle bestemmelsene flere spørsmål enn det som er drøftet av utvalget. Oslo statsadvokatembeter vil derfor gi en vesentlig mer utførlig vurdering enn det som er vanlig i en høringsuttalelse. En vil først peke på visse grunnleggende svakheter i utformingen av de to bestemmelsene i straffeprosessloven § 222 d og politiloven § 17 d, og deretter vurdere forholdet til Grunnloven § 102 og EMK art. 8. (I det følgende refereres Ot. prp. Nr. 60 2004-2005 som "proposisjonen".)

*De materielle vilkår for bruk av tvangsmidler i avvergende - og forebyggende øyemed.*

### **a. Oversikt**

Lovendringen i 2005 innførte flere nye virkemidler for politiet. Disse faller i tre hovedkategorier: For det første ble det innført enkelte nye tvangsmidler under etterforskningen av straffesaker. Det mest kontroversielle var utvilsomt romavlytting, jfr. stprl. § 216 m. De øvrige endringene var mindre - men ikke uviktige - utvidelser og presiseringer i straffeprosessloven. Den andre hovedkategori var tvangsmidler i avvergende øyemed. Det ble innført en adgang for politiet til å nytte tvangsmidler for å avverge visse

straffbare handlinger dersom opplysninger om dette fremkommer under en løpende etterforskning, jfr. strpl. § 222 d. I noen grad er dette en lovfesting av gjeldende nødrettslige prinsipper som allerede må ansees for gjeldende rett. Den tredje hovedkategori er tvangsmidler i forebyggende øyemed. I motsetning til de to førstnevnte utgjør dette noe prinsipielt nytt både materielt og kompetansemessig. Forebyggende tvangsmidler er tatt ut av den ordinære straffeprosessuelle ramme og tillagt PST som forvaltningsorgan. Dette innebærer at Justisdepartementet har et direkte overordnet ansvar for bruk av telefonkontroll og andre vidtgående tvangsmidler.

#### b. Tvangsmidler under etterforskning.

Lovendringen i 2005 innførte en viss utvidelse av de straffeprosessuelle virkemidler og metoder. Det vil føre vesentlig for langt å gå inn på de konkrete lovendringer som ble innført, hvorav den viktigste var adgangen til romavlytting. For ordens skyld bør nevnes at romavlytting ikke bare gjelder for lukkede rom, men også for annen avlytting med tekniske hjelpemidler, f.eks på offentlig sted. Når man leser proposisjonen, vil man se at departementet bruker mer enn 20 sider på å drøfte dette spørsmålet, før man endte opp med et lovforslag som angir meget trange rammer for et etterforskningsmiddel som har vært relativt vanlig i mange land i Vest-Europa. Danmark innførte romavlytting i 1980. Det er selvsagt ikke grunn til å kritisere departementet for den grundige behandling i proposisjonen, men det bør bemerkes at departementets drøftelse av det prinsipielle hovedspørsmål vedr. bruk av tvangsmidler i forebyggende øyemed begrunnes over 2 sider (side 122-123).

#### c. Tvangsmidler for å avverge alvorlig kriminalitet

Et annet hovedpunkt i lovrevisjonen i 2005 var at en ny bestemmelse i straffeprosessloven § 222 d åpnet for bruk av tvangsmidler for å ”avverge” alvorlig kriminalitet. Bestemmelsen er en nyskaping og reiser flere avgrensningsspørsmål av materiell art, som også har betydning for kompetanse- og ansvarsforhold mellom påtalemyndigheten og Justisdepartementet/politidirektoratet.

Bestemmelsen er generelt utformet slik at den – i motsetning til forebyggende tvangsmidler – kan anvendes av politiet i sin alminnelighet. Det bør her bemerkes at avvergende tvangsmidler er plassert i straffeprosessloven, med den konsekvens at bruken av disse behandles av politiet som påtalemyndighet med statsadvokatene og riksadvokaten som overordnede. Det siste fremgår også direkte av bestemmelsens utforming.

#### c.1 Forholdet til nødrettslige situasjoner

Mindretallet i ”Pedersen-utvalget” (NOU 2004:6), førstestatsadvokat Kjerstin Kvande, foreslo en bestemmelse som åpnet for tvangsmidler i de tilfeller der det var grunn til å tro at noen ville begå ”en alvorlig straffbar handling som ville krenke andres liv, helse eller frihet”. En slik formulering ville langt på vei dekket de rene nødssituasjoner. Departementet utformet bestemmelsen på en snevrere måte og fremholder på side 65:

Når hjemmelen nå gjøres mer begrenset, slik at det bare blir anledning til å anvende tvangsmidler med sikte på å avverge noen få svært alvorlige forbrytelser, vil det i større grad være rom for å anvende tvangsmidler ut fra et nødrettsperspektiv også i fremtiden. Et ikke upraktisk eksempel er gisselsituasjoner, hvor politiet flere ganger har iverksatt romkontroll og kommunikasjonsavlytting ut fra nødrettsbetraktninger. Slik departementet vurderer saken, kan imidlertid disse hensynene ikke tillegges større vekt enn hensynene til rettssikkerhet og personvern, som tilsier at man går forsiktig frem. Departementet har derfor blitt stående ved at tvangsmidler bare skal kunne brukes som ledd i etterforskning, og bare for å avverge noen få og svært alvorlige straffbare handlinger, selv om dette vil medføre at politiet i enkelte saker - også i fremtiden - må anvende nødrett som hjemmel for bruk av tvangsmidler.

Slik en leser dette avsnittet fremstår det som noe uklart, men det må likevel oppfattes slik at departementet er av den oppfatning at bestemmelsen ikke skal dekke rene nødssituasjoner, f.eks. gisseltagninger der politiet vil plassere avlyttingsutstyr i en bolig hvor gisler holdes fanget. I slike forhold vil man være utenfor en straffeprosessuell sammenheng, og politiet vil i disse situasjoner opptre som et forvaltningsorgan undergitt Politidirektoratet. Normalt vil bruk av avlyttingsutstyr uten straffeprosessuell hjemmel være straffbar etter straffelovens § 145 a, men nødrettslige forhold, jfr. straffelovens § 47 (2005-§ 17), gjør bruk av straff uaktuelt. Det kan tenkes grensetilfelle mellom nødrettslige og straffeprosessuelle situasjoner. Dersom det oppstår grunnlag for å anta at gjerningsmennene står i ledtog med personer som befinner seg andre steder, kan det oppstå behov for å avlytte andre telefoner. Så lenge faren fremstår som akutt, vil en tro at nødrettssituasjonen kan begrunne slike tiltak.

Disse betraktninger forkludres imidlertid av hastebestemmelsen i § 222 d, 4. ledd, der påtalemyndigheten gis fullmakt til å beslutte iverksettelse av tvangsmidler uten rettens samtykke i de tilfelle der det foreligger ”stor fare” for at handlingen ikke ellers vil kunne avverges. Bestemmelsen gir dårlig sammenheng med det som er sitert ovenfor, der departementet nettopp forutsetter at straffeprosessloven § 222 d ikke skal dekke nødrettslige forhold. Antakelig må avgrensningen søkes i det som er bestemmelsens utgangspunkt, nemlig at straffeprosessloven § 222 d skal anvendes i forlengelsen av en allerede pågående etterforskning og at påtalemyndighetens hastehjemmel bare skal anvendes i disse tilfelle.

Da vil en få følgende rettslige situasjon: Dersom politiet responderer på en akutt oppstått gisselsituasjon, må hjemmelen for politiets bruk av f.eks. romavlyttingsutstyr søkes direkte i straffelovens nødrettsbestemmelser. I de tilfelle der faren oppdages gjennom en pågående etterforskning, må tvangsmidlene anvendes med hjemmel i straffeprosessloven § 222 d. Dette kan selvsagt gi noen pussige og tilfeldige utslag: Dersom politiet rykker ut til en gisselsituasjon på grunn av ”tips” eller melding fra publikum, vil bruken av tvangsmidler måtte hjemles i nødrett. I de tilfelle der situasjonen oppstår fordi politiet fanger dette opp gjennom en pågående etterforskning, vil straffeprosessloven § 222 d gi hjemmelsgrunnlaget. Materielt sett vil resultatet bli det samme hva gjelder bruk av tiltak, men ansvarslinjene oppover vil antagelig bli forskjellig.

## c.2 Nærmere om begrepet avverge

Dette er den sentrale inngangsverdi i bestemmelsen. Straffeprosessloven § 222 d kan bare anvendes for å avverge forbrytelser av en svært grov art. Dersom det straffbare resultat allerede har inntrådt eller aktørene har trådt inn i en straffbar forsøks- eller forberedelsesfase, har bestemmelsen ingen selvstendig betydning. Denne ”øvre” grensedragnings må baseres på en tolkning av de aktuelle straffebud. I noen tilfelle er dette enkelt, f.eks. straffeloven § 233. I andre tilfelle er oppgaven betydelig vanskeligere. Bestemmelsen kan anvendes i forhold til straffeloven § 162, 3. ledd, jfr § 60a, men ikke i de tilfelle der sistnevnte bestemmelse ikke kommer til anvendelse. Det vil ofte være vanskelig å ha noen sikker formening om det mulige omfang av en fremtidig narkotikaforbrytelse og hvordan denne er organisert.

Det må på tilsvarende måte trekkes en nedre grense mot ”forebygging”. I proposisjonen peker departementet på at forskjellen mellom det å avverge og å forebygge ligger i tidsavstanden til det mulige straffbare resultat. Departementet synes her å basere seg på en forutsetning om at man kan ha noen klar oppfatning om tidsavstanden til det mulige anslag. Dette vil oftest ikke være tilfellet.

Det er lite tilfredsstillende at så vidt sentrale lovspørsmål ikke forsøkes avklart i forarbeidene. Slike dilemmaer kan ikke løses med henvisninger til rettsikkerhet eller personvern. Sondringen mellom de to begreper reiser spørsmål om det overordnede ansvar. Dersom situasjonen vurderes som "forebygging", har politidirektoratet ansvaret. Ved "avverging" tilligger ansvaret statsadvokaten og påtalemyndigheten. Dersom påtalemyndigheten fremmer en begjæring om f.eks. telefonkontroll etter straffeprosessloven § 222 d, men får avslag på denne, vil politiet stadig ha et oppfølgingsansvar for å forebygge et mulig drap. De virkemidler som nå kan anvendes må imidlertid være av forebyggende art, og det overordnede ansvar må da tilligge Politidirektoratet eller Justisdepartementet.

Antagelig vil bruken av tvangsmidler ikke bli løst etter en tidsavstandsformel som antydnet av departementet. Det vitale og springende punkt for domstolen ved en begjæring om f.eks. telefonkontroll etter § 222 d vil være en konkret vurdering av om et drap er en rimelig konkret mulighet. Avstanden i tid vil da være av mindre interesse.

c. 3 Hvilke forbrytelser dekkes av straffeprosesslove. § 222 d? -Kriminalitetskravet

Loven lister opp to hovedkategorier lovbrudd i lovens første og annet ledd.

Straffeprosessloven § 222 d, første ledd:

Første ledd gjelder politiet generelt og omfatter terrorbestemmelsen i straffeloven § 147 a, første og annet ledd. (Fullbyrdet terrorhandling eller trussel om dette.) Det bør her bemerkes at straffeloven § 147, siste ledd ikke er dekket av straffeprosessloven § 222 d, første ledd, men av annet ledd som bare gjelder PST.

Videre omfattes drap (straffeloven § 233), grove ran (straffeloven § 268 jfr. 267) og de alvorligste narkotikaforbrytelser straffeloven § 162, tredje ledd. Loven angir likevel en viktig begrensning: Avvergende tvangsmidler kan bare anvendes dersom disse forbrytelsene kan ansees som en del av organisert kriminell virksomhet. På tilsvarende måte kan avvergende tvangsmidler anvendes dersom dette kan forhindre drap på en "aktør" i rettsvesenet, jfr. straffeloven § 132 a.

Denne oppregningen reiser, som påpekt av utvalget, etiske problemstillinger. Hvorfor det ansees viktigere å beskytte menneskelivet i en sammenheng, men ikke en annen, er ikke så enkelt å forstå. Forskjellen kommer tydelig frem dersom den relateres til drap: Hvis det under en telefonkontroll mot A fremkommer at B planlegger å drepe sin ektefelle C, kan tvangsmidler anvendes mot B dersom C skal drepes fordi hun har tystet til politiet. Hvis det derimot fremkommer at B's drapsplaner bare er et resultat av sjalusi, skal retten ikke gi samtykke til telefonkontroll. Tilsvarende blir dersom det i et organisert kriminelt miljø dersom den forbrytelse som planlegges ikke er drap, men en grov legemsbeskadigelse som rammes av straffeloven. § 231 og § 232 og som er en del av den indre justis i miljøet. Det er ikke helt enkelt å forstå at f.eks. forbrytelser med livsvarig invaliditet er så mye mindre beskyttelseverdige.

Denne logikk synes overveiet av at departementet på side 66 i proposisjonen fremholder:

I departementets forslag til ny § 222 d i straffeprosessloven åpnes det derfor for at retten ved kjennelse skal kunne gi politiet tillatelse til å anvende tvangsmidler dersom formålet er å avverge straffbare handlinger som rammes av straffeloven §§ 147 a første eller annet ledd (terrorhandling). Dersom det er grunn til å tro at noen vil begå en så alvorlig handling, er samfunnets interesse av å avverge handlingen så stor at selv sterke virkemidler kan forsvares.

Videre foreslår departementet at tvangsmidler skal kunne anvendes som ledd i etterforskning for å innhente informasjon med sikte på å avverge forbrytelser som nevnt i straffeloven §§ 233 (forsettlig

eller overlagt drap), 268 annet ledd jf. 267 (grovt ran) og 162 tredje ledd (særlig grove narkotikaforbrytelser). Her bør det imidlertid oppstilles et tilleggsvilkår om at det må være grunn til å tro at forbrytelsene vil bli utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf straffeloven §60 a. Begrensningen til organisert kriminalitet er etter departementets syn viktig for å oppnå en tilfredsstillende målretting av metodebruken. Følgende eksempel illustrerer betydningen av dette tilleggsvilkåret: Dersom det er grunn til å tro at en person som er en del av et organisert ransmiljø, planlegger nye grove ran som ledd i gruppens virksomhet, vil retten kunne gi politiet tillatelse til å iverksette for eksempel romavlytting for å bringe klarhet i om det er hold i mistanken. Dersom mistanken knytter seg til en tidligere ustraffet person, som heller ikke har forbindelseslinjer til noe organisert kriminelt miljø, kan det etter departementets forslag ikke gis slik tillatelse. Selv om samfunnets interesse av å beskytte seg mot grove ran er det samme enten ranet begås av en organisert gruppe eller ikke har denne forskjellsbehandlingen etter departementets syn gode grunner for seg. Synspunktet er at personer som har gjort kriminalitet til en levevei, eller som pleier nære bånd til organiserte kriminelle grupper, ikke har samme krav på beskyttelse mot overvåkning som andre. Personer uten tilknytning til en organisert kriminell gruppe bør på den annen side være forskånet fra å bli utsatt for integritetskrenkende inngrep som romavlytting og kommunikasjonsavlytting, med mindre det foreligger sannsynlighetsovervekt for at vedkommende har begått en alvorlig kriminell handling.

Som en vil se har departementet anvendt den noe mindre farlige ransforbrytelsen som eksempel, men det er ikke enkelt å forstå at man ikke tar opp de mer grunnleggende problemstillinger.

Det bør her tilføyes at politiet selvsagt ikke er uten handlingsrom. De virkemidler som ligger innenfor den alminnelige handlefrihet kan selvsagt benyttes. Departementet påpeker dette på side 67. Det som imidlertid ikke kommenteres er de etiske spørsmål som ligger innbakt i straffeprosessloven § 222 d, og at politiets virkemidler utvides i noen tilfelle og ikke i andre slik at beskyttelsen av menneskelivet varierer etter en straffeprosessuell kontekst.

Straffeprosessloven § 222 d, andre ledd:

Straffeprosessloven § 222 d, andre ledd utvider forbrytelseskatalogen i betydelig grad, men denne utvidede fullmakt er bare gitt til PST. Det at myndigheten er meddelt kun til PST, reiser for øvrig særlige kompetansespørsmål som vil bli behandlet nedenfor.

Også forhold til andre ledd oppstår det flere avveiningsspørsmål som setter søkelyset på departementets intensjon. De forbrytelser som er listet opp i bestemmelsens andre ledd svarer i det vesentlige til de arbeidsoppgaver som er tillagt PST i politilovens § 17 b. Bokstav a dekker de fleste, men ikke alle bestemmelser i kap. 8 og 9 i straffeloven. Her bør det særlig nevnes at straffeloven § 94, som rammer flere konkrete forberedelsehandlinger, ikke er med. Eksempelvis kan det ikke iverksettes telefonkontroll for å avverge at noen innlater seg med en fremmed stat med formål å utføre spionasje. Avvergende tvangsmidler kan anvendes for hele kapitel 9, som bl.a. omfatter straffeloven § 104 a. Underlig nok listes § 104 a opp særskilt slik at bare deler av bestemmelsen er med. Første ledds 1. punktum dekkes ikke. Mer oppsiktsvekkende er det at § 104 a, annet ledd er omfattet. Både straffelovkommisjonen og Lund-utvalget foreslo bestemmelsen opphevet. Flertallet (ett medlem dissenter) uttalte følgende på side 27 i NOU 2003: 18:

Flertallet har i det vesentlige vist til Straffelovkommisjonens begrunnelse og har blant annet pekt på at bestemmelsen synes å ha liten selvstendig betydning. Ingen er straffedømt for brudd på §104a annet ledd. Heller ikke har det vært tatt ut tiltale for overtredelse. Flertallet kan vanskelig se at dagens trusselbilde kan begrunne en videreføring av straffebudet. Bestemmelsen har, i sin tidligere utgave, vært i omfattende bruk i siktelser ved begjæring om telefonavlytting. Bestemmelsen var blant annet grunnlag for avlytting av AKP (m-l)s partikontor i Oslo i årene 1982-1987. Etter hva flertallet kan se, er det ikke først og fremst hensynet til å straffe noen for medlemskap mv. i en slik organisasjon, men hensynet til å forebygge alvorligere straffbare handlinger på et forberedende stadium som i dag trekkes

frem til støtte for å videreføre §104a annet ledd. Dette hensynet kan imidlertid ikke begrunne en materiell strafferegel. Flertallet viser for øvrig til forslaget til ny §162c i straffeloven, jf Ot.prp.nr.62 (2002)

Etter vårt syn burde dette vært omtalt i proposisjonen. Særlig fordi det er dårlig sammenheng mellom § 222 d, første ledd og annet ledd. Det er underlig at politiet etter første ledd ikke kan iverksette tvangsmidler for å avverge drap, mens PST etter bestemmelsens annet ledd kan iverksette tvangsmidler for å avverge overtredelser av en bestemmelse som aldri er anvendt i praksis og som to sentrale lovutvalg har foreslått opphevet.

Etter straffeprosessloven § 222 d, annet ledd, bokstav c kan det anvendes avvergende tvangsmidler for å forhindre overtredelse av eksportkontrollovens § 5. Så vidt en kjenner til er det kun utferdiget noen få forelegg etter denne bestemmelsen.

Bokstav c henviser til nærmere bestemte grove straffbare handlinger som begås med sabotasjehensikt. De aktuelle bestemmelser finner man i straffeloven kap. 14 om allmennfarlige forbrytelser. Her kan nevnes "mordbrann"(straffeloven § 148), forurensing av drikkevann eller gjenstander til alminnelig bruk (straffeloven §§ 150 og 153) og flere forbrytelser som kan ramme "allmennheten". Bestemmelsens rekkevidde snevres imidlertid inn idet loven krever at de aktuelle lovbrudd må være planlagt med "sabotasjehensikt". Begrepet "sabotasjehensikt" er en nyskaping. Det fremgår av lovens forarbeider at begrepet "sabotasje" først og fremst knytter seg til vår forsvarsevne, og at slike handlinger kan være aktuelle under sikkerhetspolitiske kriser. For øvrig er begrepet rimelig vagt. De aktuelle bestemmelser i straffeloven krever forsett, og straffeprosessloven krever altså et "subjektivt overskudd". Det synes klart at dersom man har hatt som formål å svekke vår forsvarsevne, vil dette gå inn under bestemmelsen. Departementet nevner dette særskilt i proposisjonen (s. 131). Antagelig vil også andre formål fanges opp, men her er det ikke enkelt å fastslå noen konkret rekkevidde av bestemmelsen. En kan spørre seg om f.eks. terrorformål, slik dette er angitt i straffeloven § 147a, vil fanges opp av bestemmelsen i straffeprosessloven § 222, annet ledd, bokstav c. I proposisjonen fremholdes det på s. 130:

Med « sabotasje », jf §17 b første ledd nr. 5 første alternativ, menes normalt ødeleggelser mv. som utføres av eller på vegne av en fremmed makt, organisasjon eller gruppering som ledd i en sikkerhetspolitisk strategi, jf NOU 1998:4 side 88-89. Handlingen « forutsetter dessuten et visst organisert preg og vil som regel forekomme under sikkerhetspolitiske kriser ». I noen grad er sabotasje allerede dekket opp gjennom henvisningen i forslaget til straffeprosessloven §222 d til bestemmelser i straffeloven kapittel 8 og 9. Straffeloven §99 verner de øverste statsorganene mot å bli hindret i sin virksomhet ved vold, trusler eller andre ulovlige midler, og det sistnevnte alternativet kan også omfatte ulike former for sabotasje. Paragrafen står i straffeloven kapittel 9, som etter departementets forslag skal kvalifisere for bruk av tvangsmidler i avvergende øyemed. En rekke sabotasjehandlinger vil dessuten kunne utgjøre en « terrorhandling » slik dette begrepet er definert i straffeloven §147 a, som tar opp i seg en rekke allmennfarlige forbrytelser. Men dette vil ikke alltid være tilfelle, ettersom sabotasjehandlinger ikke uten videre oppfyller det kvalifiserte forsettskravet i §147 a. Som påpekt i en rapport utarbeidet av tre forskere knyttet til Norsk Utenrikspolitisk Institutt (NUPI), jf Notat nr. 673-2005 (Arnesen, Bjørge, Mærli) side 1-2, er det prinsipielt sett et klart skille mellom terrorhandlinger og sabotasjehandlinger:

« Mens terrorisme primært har en psykologisk effekt ved å skape frykt gjennom å utsette mennesker for (trussel om) død og skade, har sabotasje i første rekke en funksjonell eller økonomisk effekt overfor en materiell gjenstand eller installasjon. »

En sabotasjehandling vil for eksempel kunne ha som formål å svekke Norges evne til å øve væpnet motstand, uten at det foreligger noe terrorforsett slik dette er presisert i straffeloven §147 a. Departementet går derfor inn for at sabotasjehandlinger bør nevnes særskilt i lovteksten, men avgrenses til nærmere bestemte straffbare handlinger som begås med sabotasjehensikt, jf for eksempel straffeloven §§ 148, 150, 151 a, 151 b, 152 annet ledd, 153 første til tredje ledd og 154. Også grovt skadeverk (straffeloven §291 jf. §292) kan etter omstendighetene være en sabotasjehandling.

Sabotasjebegrepet forutsetter altså to elementer: Skade vår forsvarsevne og at det er tale om ”et visst organisert preg”. Organiseringskravet understrekes også på side 149 der det fremheves at bestemmelsen kun omfatter handlinger som ”utføres av en fremmed stat, organisasjon eller gruppering”. Dette blir noe uklart. De siste peker hen til et rent objektivt element, mens loven etter sin ordlyd krever sabotasjehensikt. Etter vår mening må loven forstås slik at § 222d, annet ledd krever at det i det minste foreligger en gruppe som arbeider for å skade vår forsvarsevne ved å planlegge og kommet nær utførelsen av de handlinger som er nevnt i bokstav c.

Bokstav d i § 222, annet ledd regner opp flere grove integritetsforbrytelser. Det særegne her er at bestemmelsen knyttes til en bestemt personkrets, nemlig innehavere av de høyeste stillinger i våre tre statsmakter. Det kan anvendes ulike tvangsmidler for å beskytte medlemmer av Storting, Regjering og Høyesterett. Bestemmelsen dekker også representanter for tilsvarende organer i andre stater. Det fremkommer av proposisjonen (s. 149 og 152) at det siste omfatter bl.a. ambassadører. Tankegangen er åpenbart at de nevnte representanter innehar så viktige nøkkelfunksjoner i vårt demokrati og vår statsform, at disse må gis en særskilt straffeprosessuell beskyttelse som ikke kan bli alle til del. Noen prinsipiell drøftelse av hvilke personer som bør inkluderes finner man ikke i forarbeidene. Det nærmeste man kommer er følgende på side 129:

Spørsmålet i det følgende er hvilke straffbare forhold som er alvorlige nok til at de kvalifiserer for avvergende bruk av tvangsmidler som ledd i etterforskning etter forslaget til ny §222 d i straffeprosessloven. Sammenhengen i regelverket tilsier at de straffbare handlingene som skal kunne forebygges ved bruk av tvangsmidler utenfor etterforskning, dvs. terrorhandlinger, ulovlig etterretningsvirksomhet og de mest alvorlige formene for vold eller trusler mot representanter for våre øverste statsmyndigheter eller representanter for tilsvarende organer i andre land, også bør kunne avverges ved bruk av tvangsmidler som ledd i etterforskning.

For å finne frem til en god balanse mellom de kryssende hensynene som gjør seg gjeldende, har departementet vurdert konkret hvilke av de øvrige straffbare forholdene som er nevnt i politiloven §17 b første ledd som bør kunne kvalifisere for slik bruk av tvangsmidler. Formålet har vært å finne frem til en snever og presis oppregning, jf departementets forslag til straffeprosessloven §222 d annet ledd. Selv om det ikke er påkrevd å utforme bestemmelsen like presist som et straffebud, er tvangsmidlene så inngripende at det er ønskelig å utforme den så presist som mulig.

Hvilke posisjoner som er viktige i et demokrati, er selvsagt svært vanskelig å avgjøre. Mange vil antagelig mene at alle representanter for demokratisk valgte organer er viktige i denne sammenheng. Departementet burde søkt å forklare den konkrete begrunnelse for de valg som er gjort. Hvorfor f.eks. ambassadører er tatt med er ikke enkelt å forstå dersom begrunnelsen er som nevnt ovenfor. Norges forhold til fremmede stater er selvsagt en mulig begrunnelse, men da burde alt ambassadepersonell vært omfattet av bestemmelsen.

Forklaringen på straffeprosessloven § 222 d, annet ledd må kanskje søkes i hva PST oppfatter som sine arbeidsoppgaver. Dette fremkommer av PST's høringsuttalelse som er gjengitt i proposisjonen. På side 127 i proposisjonen gjengis bl.a. Følgende:

PST har også ansvar for å beskytte Kongehuset, regjeringens og Stortingets medlemmer mot angrep fra enkeltpersoner. Dette er også et typisk område hvor det avgjørende er å forebygge. Også i Norge finnes mentalt ustabile personer som representerer en trussel mot bl.a fremstående politikere. PST har et legitimt behov for tidlig å kunne vurdere hvilken trussel man står overfor, herunder få kunnskap om hvor personen geografisk befinner seg, slik at det kan iverksettes tiltak enten av helse- og sosialmessig art eller i form av rene sikringstiltak fra politiets side.



Forebyggende metoder vil videre være viktige for at PST skal være i stand til å identifisere og analysere miljøer, som i kjølvannet av internasjonale konflikter kan representere en trussel mot vitale samfunnsinteresser lenge før disse har overtrådt nedre terskel for straffbart forsøk. »

Problemet er imidlertid at denne beskrivelse, som departementet synes å akseptere, er upresis. For det første har Politiets sikkerhetstjeneste ikke noe eksklusivt ansvar i de relasjoner som er nevnt. Alle politienheter vil ha de samme oppgaver. Dette fremgår utvetydig av politilovens § 2. Politilovens § 17 b regner opp PST's arbeidsoppgaver. Av interesse i denne sammenheng er bestemmelsens nr. 5 som angir at PST skal forebygge og etterforske ”politisk motivert vold eller tvang eller overtredelser av straffeloven §§ 147 a og 147 b”. Bestemmelsen skal neppe fortolkes antitetisk. Det reelle forhold er at PST pr dato utfører livvaktjeneste (nærsikring) av enkelte medlemmer av regjeringen og enkelte andre personer. For så vidt gjelder Kongehuset utføres dette av Oslo politidistrikt. For øvrig tilligger det politimesterne og Politidirektoratet å sørge for at personer som oppholder seg eller bor i de respektive politidistrikt har en tilstrekkelig beskyttelse.

#### c.4 Farekravet

Det bør her gjentas at loven ikke krever mistanke om en straffbar handling. Dersom dette foreligger, vil de vanlige straffeprosessuelle regler inntre. Det sentrale er at det foreligger en fare for at de konkrete straffbare handlinger som er angitt i bestemmelsen vil inntre. Det bør bemerkes at lovens krav er forskjellig etter første og annet ledd.

Etter første ledd, som altså gjelder politiet i sin alminnelighet – også PST – angir loven det materielle vilkår slik at det må foreligge ”rimelig grunn til å tro at noen vil begå...”. Dette var ikke departementets forslag. I proposisjonen var det materielle krav formulert som: ”grunn til å tro”. Under behandlingen i Stortinget endret man dette til ”rimelig grunn”. Om forståelsen av sitt forslag fremholdes det på side 148 i proposisjonen:

Uttrykket « grunn til å tro » skal i utgangspunktet forstås på samme måte som når det brukes i straffeprosessloven §§ 222 a og 222 c, jf også den nye bestemmelsen om kontaktforbud (§57) i departementets utkast til ny straffelov, se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) om lov om straff (straffeloven). Uttrykket er beslektet med « grunn til å frykte », som brukes i straffeprosessloven §171 første ledd nr. 1 (som hjemler pågrepelse ved fare for unndragelse).

En konklusjon om at det er « grunn til å tro » at noen vil begå en handling som nevnt i første ledd bokstav a til c, må være forankret i objektive holdepunkter. Det kan dreie seg om vitneforklaringer, dokumenter eller andre bevis som indikerer at noen har slike planer. Utover dette må det foreligge en viss grad av sannsynlighet for at en handling som nevnt vil bli begått. Noe krav om sannsynlighetsovervekt gjelder likevel ikke. I Ot.prp.nr.109 (2001-2002) heter det - om det tilsvarende uttrykket i §222 a - at « noe i det konkrete saksforholdet må gi grunn til å tro at den forbudet skal rette seg mot, ellers vil begå en av de aktuelle handlingene; en teoretisk risiko er ikke nok » (se side 44). I dette ligger det en presisering av beviskravet, sett i forhold til tidligere høyesterettspraksis, se Rt-2004-988.

Om den tvangsmiddelbruken vil rette seg mot, tidligere har begått handlinger av samme eller lignende art som den handlingen som søkes avverget, antar departementet at dette ofte vil stå sentralt i sannsynlighetsvurderingen.

Som begrunnelse for den endrede formulering fremholdt justiskomiteen (Innst.O.nr.113 (2004-2005), pkt 6.2):

Komiteen mener det er viktig med klare og tydelige vilkår i loven for å ivareta personvern hensyn og gjøre domstolskontrollen effektiv. Komiteen mener det er behov for en ytterligere klargjøring av mistankekravet i straffeprosessloven §222 d første ledd. Dette kan gjøres ved at lovteksten bruker

begrepet « rimelig grunn ». Dette innebærer en ytterligere klargjøring av krav til saklighet, sannsynlighet og forholdsmessighet.

Det synes noe selvsagt at grunnlaget må være basert på objektive holdepunkter. Hva som konkret skal ligge i dette kan være noe mer usikkert. Det må her minnes om at utgangspunktet er en pågående etterforskning. Dersom opplysningen stammer fra vanlige politiforklaringer eller annen informasjon som inngår i en straffesak, må vel dette i utgangspunktet være objektive holdepunkter. Likevel må det undergis en troverdighetsvurdering. Det er naturligvis ikke helt uvanlig at kriminelle og andre gir uttrykk for misbilligelse av f.eks. politikere, og ledsager dette med kraftige utsagn om hvilken voldelig skjebne som bør ramme den utvalgte. Denne troverdighetsvurderingen vil etter sin natur være vanskelig, og vil selvsagt være vanskeligere i de tilfelle der opplysningen stammer fra en ”kilde”. Etter vårt syn må også ”kildeopplysninger” inngå i de såkalte objektive holdepunkter og kan inngå i grunnlagsmaterialet for en begjæring om tvangsmidler.

Et punkt kan likevel skilles ut. Det fremlagte materiale må vurderes i forhold til en konkret tidsramme som må ligge nokså nær i tid. Dersom det ikke kan angis noe konkret om tiden for den mulige straffbare handling, må man eventuelt falle tilbake på politilovens bestemmelser i § 17 d om forebygging. Det nære forhold til nødretten tilsier at uansett må tidsperspektivet være kortvarig. Loven angir 4 uker som normal tidsramme for tillatelse til telefonkontroll ved vanlig etterforskning, jfr. straffeprosessloven § 216 f. Dersom tidsperspektivet blir vesentlig lenger enn dette, vil det – etter vår vurdering – være vanskelig å hevde at man står ovenfor en avvergelse.

Det sentrale element i skjønnsstemaet vil utgjøres av faregraden for at lovbruddet vil inntre. Det er åpenbart at man med formuleringen ”rimelig grunn til å anta” har angitt en lavere sikkerhetsgrad enn de som fremgår av de materielle vilkår for anvendelse av tvangsmidler i straffeprosessloven for øvrig. Loven krever derfor ikke sannsynlighetsovervekt for at det straffbare vil inntre. Det man antagelig blir stående ved er at det kreves en rimelig mulighet for at den aktuelle straffbare handling vil finne sted, og at det kan begrunnes med konkrete opplysninger som gis i saksdokumentene. Mer generelle opplysninger knyttet til en persons psykiske ustabilitet og tidligere rulleblad, kan neppe være tilstrekkelig. Etter vår vurdering krever loven at det må foreligge fare for en konkret straffbar handling. Derimot vil slike opplysninger selvsagt være svært relevante i kombinasjon med slike generelle opplysninger om personen.

Det som er prinsipielt betenkelig ved lovens system er at den forutsetter en prognose om svært alvorlige handlinger. Man skal neppe ha særlig dyp innsikt i psykologi for å forstå at det lett vil fremstå som lite attraktivt for norske dommere å avslå begjæringer om f.eks. telefonkontroll i avvergende øyemed for å forhindre et drap, hva enten det gjelder statsoverhodet eller en organisert kriminell. Alternativet for retten vil være at dersom begjæringen avslås og handlingen skjer, vil dommeren uvegerlig sitte tilbake med et reelt ansvar. Lovgiver har her gitt domstolene en urimelig oppgave. De blir nå gitt et direkte ansvar for å avverge straffbare handlinger. Verktøyet som er gitt dem – i form av lite konsistent lovgivning – vil gjøre vanskelige vurderinger umulige. Resultatet vil lett bli at domstolene hopper over gjerdet der det er lavest og gir samtykke til inngrepet.

I § 222 d, annet ledd, der PST gis hjemmel til å fremsette begjæringer for å avverge straffbare handlinger innenfor sitt ansvarsområde, er lovens inngangsverdi angitt til at det ”må være grunn til å tro”. Denne forskjellen kom inn under behandlingen i Stortinget. Som det fremgår av sitatet ovenfor var begrunnelsen for endringen av første ledd at justiskomiteen mente at det

var nødvendig å klargjøre kravet "til saklighet, sannsynlighet og forholdsmessighet". Et slikt behov har man åpenbart ikke ansett det nødvendig å ta med i annet ledd for PST's del. Selv om en antitese ligger snublende nær, er det rimelig grunn til å anta at denne forskjellen mellom første og annet ledd skyldes en "lapsus" fra komiteens side. Det er heller ikke enkelt å forstå at det skulle være noen reell forskjell mellom første og annet ledd på dette punkt.

Det er naturligvis mulig at man har ment at det for PST's del skulle kreves en lavere sannsynlighetsgrad enn etter straffeprosessloven § 222 d første ledd. Det er imidlertid ingen uttalelse som tyder på dette i komiteens innstilling. Det ville for øvrig være rimelig søkt om det skulle kreves en lavere sannsynlighetsgrad dersom man skulle avverge forberedelse til terror etter straffeloven § 147a, siste ledd enn selve handlingen etter § 147 a, første ledd.

#### c.5 Straffeprosessloven § 222 d, tredje ledd (Indikasjonskrav og subsidiaritetskrav)

Loven angir ytterligere to tilleggsvilkår. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger fare for en fremtidig straffbar handling som angitt i loven. Tredje ledds første punktum angir at det aktuelle tvangsmiddel antas å gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne avverge handlingen. Etter dansk terminologi kalles dette for indikasjonskrav. Det er ikke helt enkelt å foreslå på hvilken måte en domstol skal kunne ha en begrunnet oppfatning om dette. Domstolen skal ikke bare søke å forutsi muligheten for en alvorlig straffbar handling. Dommeren skal også vite om det kan antas at de involverte vil opptre slik at de vil røpe ytterligere informasjon gjennom det aktuelle tvangsmiddel. Loven bruker formuleringen "antas" om sannsynligheten for at inngrepet vil være relevant. Denne lite presise formulering er forsøkt klargjort noe ved at man på side 149 i proposisjonen uttaler at kjernen i bevisemaene er at det må foreligge en "en viss sannsynlighet" for at tvangsmiddelbruken vil gi relevant informasjon. Formuleringen er ikke den beste. Her angis valget mellom to alternativ og da er det ene mer sannsynlig enn det andre. Likevel må meningen åpenbart være at det som kreves er en rimelig mulighet for at tiltaket skal gi relevant informasjon. Dersom man skal ta lovgiver på ordet, må politiet i forbindelse med sin begjæring også fremlegge opplysninger som kan gi noen holdepunkter for at relevant informasjon vil fremkomme under f.eks. en begjært telefonkontroll. I virkelighetens verden vil et slikt krav være vanskelig og oftest umulig å oppfylle

Lovgiver har videre angitt et kvalitetskrav. Det er ikke enhver informasjon som vil være av betydning. Loven krever at de informasjoner som kan antas å fremkomme må være av vesentlig betydning. Det er vanskelig å forstå på hvilken måte en domstol skal kunne ha en begrunnet oppfatning om dette. Dersom loven tas på ordet, tror en det må være nesten umulig for en dommer å gi samtykke til et tvangsmiddel.

Tredje ledd angir også et ytterligere krav i første punktum: Inngrepet skal bare tillates dersom mindre inngripende virkemidler ikke vil kunne gi det nødvendige resultat. Departementet gir denne vurdering betegnelsen "Subsidiaritetskrav". Også dette skjønnsstema forutsetter en hypotetisk vurdering som selvsagt må fremstå som ytterst problematisk for en domstol. På hvilken måte skal en domstol kunne vurdere om en alternativ fremgangsmåte vil kunne gi det ønskede resultat? En slik vurdering forutsetter kunnskaper om sikkerhetstenkning og "smartness" hos det aktuelle persongalleri som en dommer vanskelig kan ha en begrunnet oppfatning av. Videre kreves det gode kunnskaper om de ulike etterforskningsmetoder og deres mulige potensiale for den aktuelle saken. Det vil selvsagt være vanskelig for en dommer uten bakgrunn og kunnskaper om politiarbeid. Enklere blir det heller ikke når departementet pålegger domstolene også å føle omsorg for statskassen. På side 71 i proposisjonen fremholder departementet:

Departementet er enig med Politidirektoratet i at domstolene ikke bare kan se hen til om alternative tvangsmidler er anvendelige, men at også hensynet til en fornuftig ressursanvendelse må kunne tas i betraktning når retten tar stilling til en begjæring om bruk av et bestemt tvangsmiddel. Den valgte formuleringen tar høyde for dette, og åpner for eksempel for at tvangsmidler i enkelte situasjoner vil kunne tillates brukt selv om det er grunn til å anta at opplysningene som ønskes innhentet, også kan fremskaffes ved omfattende og ressurskrevende spåning. Retten skal også kunne ta hensyn til om politiet har begrenset tid til rådighet for å avverge handlingen, samt om politiet ved å søke å innhente opplysningene på en alternativ måte, kan risikere å sette noens liv eller helse i fare. Det vises til uttalelsene fra utvalgets flertall om disse spørsmålene, som departementet i det alt vesentlige slutter seg til.

## c.6 "Særlige grunner" for de mest inngripende tvangsmidler

Etter tredje ledds annet punktum må det foreligge særlige grunner dersom retten skal kunne gi samtykke til de mest inngripende tvangsmidler. Dette gjelder hemmelig ransaking (§ 200 a), bruk av teknisk peileutstyr (§ 202 c), kommunikasjonskontroll (§ 216 a) og romavlytting (§ 216 m). Hvilket skjønnsstema det her legges opp til kan synes noe uklart. På side 73 i proposisjonen fremholdes følgende:

Departementet går - i likhet med et samlet utvalg - inn for at tvangsmidler ikke skal kunne tillates brukt i avvergende øyemed dersom det ville fremstå som et uforholdsmessig inngrep. Å tillate slik bruk av tvangsmidler ville stride mot de grunnleggende verdier som den norske straffeprosessen er bygget på, og kunne også ha skapt problemer i forhold til våre folkerettslige forpliktelser.

Departementet mener - i likhet med Kvande - at det ikke er nødvendig å utforme en egen forholdsmessighetsregel ved siden av den generelle regelen i straffeprosessloven §170 a. Fordi denne bestemmelsen gjelder ved all bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler, kan departementet heller ikke - i motsetning til Kvande - se noe behov for å innta en uttrykkelig henvisning til §170 i §222 d. §170 a bestemmer at tvangsmidler bare skal kunne anvendes når det er tilstrekkelig grunn til det, og ikke når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep. Begrensningene som kan utledes av denne bestemmelsen vil gjelde også hvor inngrepet er hjemlet i den nye §222 d.

Forholdsmessighetsvurderingen vil ofte ha en grenseflate mot de vurderingene som må foretas i forhold til indikasjonskravet og subsidiaritetskravet, selv om disse elementene er skilt ut og gjort til selvstendige vilkår.

Mistankens styrke er et annet relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen. Dersom det fremstår som svært sannsynlig at en alvorlig straffbar handling vil bli begått, vil det sjelden være uforholdsmessig å tillate bruk av tvangsmidler med sikte på å avverge handlingen.

Ytterligere et forhold som bør stå sentralt i forholdsmessighetsvurderingen, er alvorret i den forbrytelsen som fryktes begått. Selv om §222 d bare retter seg mot alvorlige forbrytelser, er det også her grunnlag for en viss differensiering.

Hvem som rammes av tvangsmiddelbruken er også av betydning. Slik §222 d er utformet, vil metodebruken som regel rette seg mot personer som tilhører eller i det minste har nære bånd til et organisert kriminelt miljø. Unntaksvis kan det likevel tenkes at politiet kan ha grunner for å be om rettens tillatelse til å gripe inn med tvangsmidler overfor personer som ikke har noen tilknytning til et slikt miljø. I slike saker kan det være grunn til å praktisere et strengt forholdsmessighetsprinsipp.

Departementet er kommet til at det for enkelte særlig integritetskrenkende tvangsmidler bør gjelde et skjerpet forholdsmessighetskrav, og foreslår at det oppstilles et krav om særlige grunner for å gi tillatelse til å anvende tvangsmidler som nevnt i straffeprosessloven §200 a (ransaking uten underretning til den mistenkte eller andre), §202 c (visse former for teknisk sporing), §216 a (kommunikasjonsavlytting, også der dette skjer med sikte på å identifisere et kommunikasjonsanlegg) og §216 m (romavlytting). Forholdsmessighetsvurderingen i disse sakene skal ikke være vesensforskjellig fra den som må foretas der begjæringen knytter seg til andre og mindre inngripende tvangsmidler, men kravet om særlige grunner er ment å markere at det skal mer til her enn ellers for å tillate bruk av tvangsmidler i avvergende øyemed

Det angis her at det alminnelige krav til forholdsmessighet skal gjelde også i disse tilfelle. Men hva som egentlig skal ligge i det skjerpede krav til forholdsmessighet, er noe

vanskeligere å se. Anvendelse av tvangsmidler i avvergende øyemed er bare aktuelt i de tilfelle der man står overfor muligheten for svært alvorlige lovbrudd. Departementet peker på at det likevel gis rom for en viss gradering av lovbruddene. Det andre element er "mistankens styrke" (faren for et fremtidig lovbrudd). Dette er imidlertid et selvstendig skjønnsstema ("rimelig grunn til å tro") i lovens første ledd. Det tredje elementet som fremheves er "persongalleriet". Også dette vil imidlertid være et viktig poeng i sannsynlighetsvurderingen etter første og annet ledd i § 222 d. Det er ikke helt enkelt å forstå hvilken selvstendig betydning lovgiveren har lagt i kravet til "særlig grunn". Departementet fremholder at man vil "markere" at det skal mer til enn ellers for å tillate bruk av de mest inngripende tvangsmidler.

Slik loven nå er bygget opp angis flere kumulative vilkår som reelt sett blir gjentakelser og som derfor neppe får selvstendig betydning:

- a. Bare visse typer lovbrudd
- b. En faregrad for at lovbruddene vil inntre
- c. Tvangsmiddelet må forventes å kunne bidra til å forhindre lovbruddet
- d. Andre og mindre inngripende metoder vil i vesentlig grad gjøre det vanskelig å hindre lovbruddet
- e. Det angis et krav om forholdsmessighet
- f. For inngripende tvangsmidler kreves "særlig grunn".

Reelt sett er det punktene a - c som vil være det avgjørende. Dersom domstolen vurderer det slik at det foreligger en reell fare for et terrorangrep i nær fremtid, vil dette selvsagt være avgjørende og samtykke vil bli gitt dersom tvangsmiddelet er knyttet til en relevant person. Reelt sett har, som nevnt ovenfor, lovgiveren gitt domstolene en oppgave som nesten er umulig dersom loven skal tas på ordet. Dette kan medføre at lovens krav fremstår som "fasadepynt" som ikke følges i praksis, med de åpenbare uheldige konsekvenser som dette kan innebære.

### c.7 Saksbehandlingsregler

Bestemmelsen om tvangsmidler i avvergende øyemed er tatt inn i straffeprosessloven. Dette var resultatet av et bevisst valg og har som konsekvens at det forvaltningsmessige ansvar for bruk av strpl. § 222 d er tillagt påtalemyndigheten. Dette følger direkte av lovens ordlyd, jfr. § 222 d, siste ledd og proposisjonen side 75. Primærkompetansen for bruk av tvangsmidlene er lagt til domstolene og man følger her det vanlige straffeprosessuelle system.

Det var ikke uten videre gitt at påtalemyndigheten skulle gis forvaltningsansvaret. Når denne løsning ble valgt, synes dette å ha hatt sammenheng med det som var utgangspunktet, nemlig at opplysningen som danner grunnlaget for en begjæring om tvangsmidler er fremkommet som ledd i en etterforskning, jfr. § 222 d, første ledd. En annen løsning ville da lett kunnet gi opphavet til kompetansestrid.

Ved å legge beslutningsansvaret til domstolene har man selvsagt søkt å ivareta rettsikkerhetshensyn. I realiteten foreligger det egentlig ikke noe alternativ, men det er grunn til å understreke at det kan reises prinsipielle motforestillinger mot å involvere domstolene i beslutninger av denne karakter. Det vil lett oppstå vanskelige habilitetsproblemer i forlengelsen av slike beslutninger. Departementet har sett problemstillingen (prop. side 76) med utgangspunkt i en artikkel av daværende tingrettsdommer Tore Langbach i Lov og Rett 2000 side 309-314, og varsler at man vil komme tilbake til dette spørsmål ved en fremtidig evaluering.

Loven gir særskilte fullmakter til PST. Det er PST som skal begjære avvergende tvangsmidler etter straffeprosessloven § 222 d, annet ledd. Dette reiser spørsmålet om man her har ment PST som forvaltningsorgan eller som en del av påtalemyndigheten. Hva gjelder det siste har ikke sjefen for PST andre fullmakter enn det som for øvrig fremgår av loven for politimestrene, jfr straffeprosessloven § 55. Etter det gjeldende system har sjefen for PST kun påtalemyndighet i Oslo politidistrikt. For påtalemyndigheten er det riksadvokaten som innehar de riksdekkende funksjoner. Etter vårt syn er det åpenbart at PST her må ansees som en del av påtalemyndigheten. Dette følger av plasseringen i straffeprosessloven og det forhold at resten av bestemmelsen konsekvent bruker betegnelsen ”påtalemyndigheten”. Det motsatte resultat ville for øvrig medføre at Justisdepartementet ville bli det overordnede organ og dermed fått instruksjonsmyndighet og ansvar for PST i denne sammenheng. Det bør likevel nevnes at § 222 d, 3. ledd s.p. har en innstramning hva gjelder bruk av romavlytting som kun gjelder PST. Dette gir dårlig sammenheng: Utenfor Oslo politidistrikt er det den stedlige politimester som har påtaleansvaret også for PST-saker. Det er således den stedlige politimester (eller dennes undergitte) som skal fremme begjæringer overfor domstolene. På side 150 i proposisjonen uttaler departementet:

Rettens syn på om vilkårene for å treffe slik beslutning var oppfylt, skal fremgå av rettsboken. Henvisningen til §216 d annet ledd gjør det klart at det normalt er politimesteren eller visepolitimesteren som treffer avgjørelse om eller ber om rettens samtykke til bruk av tvangsmidler etter §222 d. Saker som hører under PST, ligger kompetansen hos sjefen eller den assisterende sjefen for PST. Utover dette gjelder det enkelte særregler, se §216 d annet ledd annet og tredje punktum.

Det synes dermed å lede til følgende resultat: For PST’ ansvarsområde slike begjæringer fremmes av PST’s sentrale enhet som påtalemyndighet. Man har her skapt et uoversiktlig kompetansesystem som bryter med den generelle organisasjon av påtalemyndigheten. Følgende situasjon kan tenkes: Dersom det stedlige politidistrikt under en løpende etterforskning avdekker attentatplaner mot en statsråd eller vedkommendes familie, vil kompetansefordelingen være betinget av at attentatet er ”politisk motivert”, jfr politilovens § 17 b nr 5, vil det lett oppstå uklarhet om kompetansefordelingen. Dersom politiet ikke lykkes i å forhindre attentatet, vil slike spørsmål lett få stor betydning når ansvar skal plasseres i etter tid.

Loven har uansett skapt en prosessuell uklarhet som skulle vært unødvendig. Etter vårt syn burde man sløyfet de særskilte henvisningene med eksklusiv kompetanse for PST og falt tilbake på de generelle regler om stedvis kompetanse. Særlige behov kunne eventuelt blitt ivaretatt etter bestemmelsen stprl. § 59. Nå vil man kunne se for seg en situasjon der begjæringer avvises av domstolene på grunn av mangelfull påtalekompetanse.

#### Hastekompetanse

Som ved vanlig etterforskning har § 222 d, 4. ledd bestemmelser som dekker de tilfelle der det ikke er tid til å innhente rettens beslutning. Reglene er her tilvarende de man ellers har. Beslutning som treffes skriftlig av påtalemyndigheten kan da gi hjemmel for tvangsmiddelet. Uansett skal en slik beslutning forelegges retten for godkjenning.

#### d. Tvangsmidler med forebyggende øyemed

Som nevnt ovenfor er PST - og bare PST - tillagt myndighet til å anvende tvangsmidler i forebyggende øyemed. Det bør understrekes at PST i denne sammenheng ikke opptrer som påtalemyndighet, men som et forvaltningsorgan direkte underlagt Justisdepartementet. Dette har som konsekvens at PST er et politisk styrt organ i den forstand at statsråden plikter å sørge for tilsyn og faglig kontroll med virksomheten. Det er videre fremhevet i proposisjonen at statsråden er konstitusjonelt ansvarlig for virksomheten, jfr. side 125. Det som imidlertid

ikke fremheves er at man ved dette grep for første gang i Norge har knyttet bruken av telefonkontroll, romavlytting m.m. direkte til de politiske myndigheter. Dette vil innebære at PST i ”vanskelige” saker må kunne forvente at departementet instruerer om bruken av tvangsmidler eller gir aksept. Det er for øvrig understreket at PST’s informasjonsplikt overfor departementet skal gjelde uavkortet. I proposisjonen sies det slik på side 125:

Justisministerens konstitusjonelle ansvar for PSTs virksomhet ble understreket blant annet i Ot.prp.nr.29 (2000-2001) side 40 og i Innst.O.nr.89 (2000-2001) side 9-10. En samlet justiskomite sa seg enig i å opprettholde PSTs informasjonsplikt overfor departementet, og understreket at informasjonsplikten skal være kvalifisert i viktige saker av prinsipiell betydning. Informasjon om omfanget av tjenestens bruk av tvangsmidler i forebyggende øyemed vil naturlig omfattes av informasjonsplikten. Innføringen av en slik hjemmel for bruk av tvangsmidler vil derfor i praksis innebære at statsrådets og regjeringens ansvar for PST, utvides.

Det er åpenbart at ønsket om informasjon også må utløse et ansvar for mottageren av informasjonen. De straffbare handlinger som er regnet opp i politilovens § 17 d gjelder svært alvorlige straffbare handlinger. Dersom det foreligger grunn til å undersøke om noen forebereder slike, er det vanskelig å forstå at Justisdepartementet ikke blir løpende orientert om dette og eventuell bruk av tvangsmidler.

I proposisjonen har man lagt stor vekt på EOS-utvalgets tilsynsfunksjoner. Imidlertid nevnes det ikke at departementets virksomhet ikke er underlagt EOS-utvalget, jfr lov nr. 7 av 3. februar 1995 § 6. I den forbindelse kan det oppstå nokså underlige konstallasjoner. Dersom EOS-utvalget finner at det var kritikkverdige av PST å anvende tvangsmidler og departementet har hatt eller kan ha hatt kunnskap om dette, blir dette uheldig dersom statsråden reelt sett har ansvaret. Om ikke annet understreker dette viktigheten av notoritet i kommunikasjonen mellom departementet og PST.

#### d.1 Hvilke tvangsmidler dekkes av politilovens § 17 d?

De tvangsmidlene som det åpnes for, er alle ”skjulte”. De fleste må karakteriseres som inngripende i forhold til den enkeltes personvern. Dette gjelder særlig brev og kommunikasjonskontroll (straffeprosessloven § 211, § 212, § 216a) og romavlytting (straffeprosessloven § 216 m). Departementet vurderte om det kunne være behov for bruk av ”åpne” tvangsmidler, men kom til at dette ikke var praktisk (proposisjonen side 131).

Loven åpner for hemmelig ransakning etter straffeprosessloven § 202 a. Denne bestemmelsen henviser ikke direkte til straffeprosessloven § 192, som er hovedbestemmelsen om ransakning, men gir nærmere regler om såkalt utsatt underretning. Det bør her bemerkes at bestemmelsen i § 192 åpner for to hovedtyper av ransakning: For det første hos siktede selv, jfr. § 192, første ledd. Bestemmelsens andre ledd gir hjemmel for såkalt ”tredjemannsransakning” og begrunnelsen for denne er primært bevissikringshensyn i forbindelse med straffesaken. Det kan reises spørsmål om politilovens § 17 d gir hjemmel for skjult ransakning hos tredjemann. Følgende tilfelle kan tenkes: Det foreligger grunn til undersøke om A forbereder overtredelse av straffeloven § 90 (spionasje). Dersom den nødvendige avklaring kan finnes gjennom hemmelig ransakning på A’s arbeidssted, kan da ransakning gjennomføres der? Spørsmålet er ikke drøftet i forarbeidene, men det synes som om det har vært hensikten. Det fremgår av ordlyden i § 17 e om avskjæring av underretning at den ”inngrepet retter seg” mot avgjørelsen ”ellers rammer” ikke skal underrettes. Bestemmelsen gis dermed en betydelig slagvidde. Dersom PST mener at noen forbereder overtredelse av straffeloven § 90 eller 91, kan i prinsippet ransakningen gjennomføres hos alle dersom dette kan gi den nødvendige avklaring. Loven angir riktignok et krav om forholdsmessighet som en begrensende faktor, men som en skal komme til nedenfor, er dette en vanskelig håndterbar størrelse.

## d.2 De materielle vilkår for bruk av tvangsmidler

Formålskravet:

§ 17 d, første ledd angir at begjæringen må være et ledd i PST's forebyggende virksomhet. Dette innebærer at formålet i siste omgang må være å forebygge at den aktuelle straffbare handling faktisk inntreffer. Departementet som hadde en annen formulering i sitt lovforslag beskrev imidlertid formålet slik på side 151 i proposisjonen:

Et første vilkår for bruk av tvangsmidler i forebyggende øyemed følger av formuleringen « for å undersøke ». Kravet til formålsbestemthet setter begrensninger for hvilke grunner som kan begrunne bruk av tvangsmidler, ved at formålet må være å undersøke om noen forbereder en nærmere bestemt straffbar handling. Dette innebærer at inngrepet må være saklig begrunnet i PSTs forebyggende oppgave slik denne er nedfelt i politiloven § 17 b. Vilkåret forbyr PST å anvende tvangsmidler for å innhente opplysninger som ikke har relevans for den forebyggende virksomheten. Det kan for eksempel ikke gis tillatelse til å bruke tvangsmidler etter bestemmelsen her dersom formålet er å innhente informasjon som utelukkende eller hovedsakelig skal nyttes som ledd i etterforskning. Hvis det er tilfellet, må det fremmes en begjæring etter reglene i straffeprosessloven fjerde del. Den snevre adgangen til å nytte opplysninger som er innhentet med hjemmel i bestemmelsen her som bevis i en straffesak, jf forslaget til § 17 f, tilsier at PST på et tidlig tidspunkt bør vurdere hvilket « spor » som bør velges, og hvilket hjemmelsgrunnlag en begjæring om bruk av tvangsmidler bør forankres i.

Departementet angir at formålet må være å undersøke om noen forbereder en nærmere bestemt straffbar handling. Dette synes å bli for snevert. Når det fremmes begjæring om tvangsmidler, må PST være rimelig trygge på at det straffbare ikke allerede har inntrådt.

Disse betraktningene rundt formålet kan fremstå som teoretiske, men har praktisk betydning i forhold til kompetanseforholdene mellom påtalemyndigheten og de politiske myndigheter i Justisdepartementet. Dette kan belyses med følgende eksempel: Dersom overordnet påtalemyndighet er av den oppfatning at det forligger "rimelig grunn" til å undersøke hvorvidt straffelovens § 90 er overtrådt, jfr. straffeprosessloven § 224, kan denne vurdering ikke overprøves av PST eller Justisdepartementet. Etterforskning skal da innledes, og begjæring om tvangsmidler skal begrunnes i straffeprosesslovens bestemmelser. Dette gjelder selv om PST og departementet skulle ha som formål å forbygge overtredelser av § 90. En annen løsning forutsetter en lovendring, jfr. straffeprosessloven § 56, annet ledd, 2. pkt.

På tilsvarende måte vil det være tilfellet i forhold til domstolene. Dersom retten er av den oppfatning at forholdet ikke dekkes av politiloven § 17 d, men faller inn under straffeprosessloven § 224, må begjæringen avslås. Domstolene kan ikke selv beslutte at etterforskning skal innledes, men det må åpenbart ligge innenfor deres kompetanse å begrunne avslaget med at feil regelsett er søkt anvendt.

"Forebygging"

Loven angir et krav om å ha til formål å "forebygge" det angitte straffbare forhold. Som nevnt ovenfor, er begrepet å forebygge svært upresist. Strengt tatt kan man jo hevde at en etterforskning som følges av tiltale og dom, i betydelig grad virker individualpreventivt på mulige fremtidige handlinger og dermed forebygger, men det er åpenbart at man ikke anser dette som "forebyggende virksomhet".

Loven reiser flere spørsmål som ikke er nærmere avklart. For det første må begrepet "forebygge" avgrenses mot formuleringen "avverge" i straffeprosessloven § 222 d. Dersom retten vurderer det slik at den aktuelle straffbare handling er nær forestående, skal bestemmelsen i straffeprosessloven § 222 d anvendes hvis det relevante materiale har sitt utspring i en pågående etterforskning. Er ikke dette tilfellet, må man falle tilbake til



bestemmelsen i politilovens § 17 d. Det kan for øvrig også nevnes at dersom det relevante materiale er av utenlandsk opprinnelse, kan det være usikkert hvordan dette skal vurderes i forhold til etterforskningsvilkåret i straffeprosessloven § 222 d. Det er uheldig at kompetanse- og ansvarsforholdene er knyttet opp til så vidt uklare begreper.

For det andre oppstår det uklarheter i forhold til de øvrige regler som gjelder spionasje. Kap. 8 i straffeloven inneholder flere bestemmelser som fanger opp forberedelsene til overtredelse av § 90. Straffeloven § 94 rammer inngåelse av "forbund" med sikte på bl.a. overtredelse av § 90. Mer praktisk er imidlertid bestemmelsens annet ledd nr 2 og 4, som straffer den som i hensikt å bl.a. overtre § 90, innlater seg med fremmed makt eller som tilbyr eller påtar seg mot vederlag å forøve en slik forbrytelse. § 91 rammer den som under nærmere angitte vilkår setter seg i besittelse av den type materiale som i en senere fase rammes av § 90. Forsøk på overtredelse av nevnte bestemmelser er straffbare etter § 49. (2005-§ 16). Dette innebærer i praksis at dersom noen "forbereder" overtredelse av § 90, vil ofte § 91, men nesten alltid § 94, være overtrådt, og under enhver omstendighet vil det foreligge "rimelig grunn" til å etterforske overtredelse av denne bestemmelse. Hvilken betydning dette får i forhold til bruk av tvangsmidler etter politiloven § 17 d, er ikke vurdert i forarbeidene. Det synes å være slik at departementet har forutsatt at de ordinære tvangsmidler skal være de primære og at således PST ikke kan velge fritt hvilken innfalsvinkel som skal velges. Departementet fremhever på side 127 i proposisjonen følgende:

Departementet går inn for at PSTs behov for å kunne bruke tvangsmidler i større grad enn i dag, skal løses ved å innføre to nye sett lovhjemler. Som utgangspunkt og hovedregel skal PST - i likhet med politiet for øvrig - bare kunne ta i bruk tvangsmidler etter at etterforskning er satt i verk, det vil si når det er grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold, jf straffeprosessloven §224 første ledd. Den foreslåtte hjemmelen for avvergende bruk av tvangsmidler i straffeprosessloven §222 d skal gjelde også for PST, se forslaget til første og annet ledd. Grunnvilkåret for bruk av tvangsmidler etter forslaget til §222 d - det såkalte minstankekravet - er at det må være grunn til å tro at noen kommer til å begå nærmere bestemte straffbare handlinger (se punkt 6.3).

På den annen side uttales det på side 123 som begrunnelse for innføringen av PST's utvidede fullmakter:

Et tilsvarende behov for å bruke tvangsmidler for å innhente informasjon gjør seg også gjeldende i saker om forebygging av *ulovlig etterretningsvirksomhet*. Det er PSTs erfaring at det ofte oppholder seg personer i Norge som PST er usikre på om utfører ulovlig etterretningsvirksomhet, eller om de eventuelt blir utnyttet av personer som utfører ulovlig etterretningsvirksomhet. Bare sjelden vil vilkårene for bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler være oppfylt. Det blir i slike tilfeller ofte opprettet en forebyggende sak, men mangelen på virkemidler for å undersøke forholdet gjør at saken forblir uavklart - en direkte samtale med vedkommende kan være lite hensiktsmessig av flere grunner. PST nevner følgende eksempel: PST etterforsker på grunnlag av en mistanke om ulovlig etterretningsvirksomhet (straffeloven §§ 90, 91, 91 a og 94). Det fremkommer opplysninger om at en mistenkt utlending har hatt fordekt kontakt med en norsk statsborger som har tilgang til informasjon som alvorlig kan skade vitale norske sikkerhetsinteresser om informasjonen blir kjent for uvedkommende. PST oppretter en forebyggende sak mot vedkommende. I mellomtiden forlater den mistenkte utlendingen Norge. PST står igjen uten muligheter til å avklare om nordmannen er blitt, eller i fremtiden vil bli, utnyttet av andre. PST antar at det ved å benytte for eksempel skjult fjernsynsovervåkning eller kommunikasjonskontroll ville være mulig å avklare dette, og på den måten kunne forebygge fremtidig ulovlig etterretningsvirksomhet.

Departementet synes her å forutsette at PST nettopp fritt kan velge fremgangsmåte: Først etterforskning. Deretter henleggelse. Så telefonkontroll og andre tiltak for å oppnå den nødvendige avklaring slik at man kan forebygge for fremtiden. En overser her det forhold at etterforskningen nettopp skal gi den nødvendige avklaring. Dersom man ikke klarer å etablere "skjellig grunn" til mistanke som grunnlag for tvangsmidler, kan det jo tenkes at vedkommende faktisk er uskyldig. Alternativt kan det tenkes at vedkommende er skyldig, men at PST ikke har den nødvendige etterforskningskompetanse til å fremskaffe de nødvendige bevis. Det fremstår uansett som ganske underlig i lys av uskyldpresumpsjonen som jo også er en del av norsk og europeisk rett.

Etter vår oppfatning må en lojal forståelse innebære at loven forutsetter at dersom det foreligger rimelig grunn til å etterforske, jfr. strpl. § 224, må dette alternativ velges. Hvis ikke vil en omgå hele straffeprosesslovens system som gir garantier vedr. den enkeltes rettssikkerhet. Det bør her nevnes at dette ikke bare gjelder lovens vilkår for bruk av tvangsmidler, men også reglene om vilkårene for å gjenoppta en henlagt sak, jfr straffeprosessloven § 74 og § 75. En vil også nevne at PST, ved å gå frem som antydet av departementet, kan binde opp påtalemyndigheten dersom det forbyggende tvangsmiddel f.eks skulle avdekke omfattende spionasje som allerede har funnet sted. Dette henger sammen med den svært begrensede adgang som politilovens § 17 f gir til å anvende slikt materiale.

For øvrig bør det bemerkes at eksempelet som er gjengitt ovenfor viser en manglende forståelse av straffeprosessloven. Det synes underlig at dersom PST kan dokumentere ”fordekte” møter mellom identifiserte e-offiserer og personer med tilgang til vitale norske sikkerhetsinteresser, ikke skulle begrunne bruk av tvangsmidler. En annen sak er jo at disse vanligvis gir lite stoff av direkte verdi, og derfor ikke kan opprettholdes uavbrutt over lang tid dersom etterforskningen ikke tilføres noe nytt. Det betyr jo ikke at saken skal henlegges. Nettopp i saker av denne art må etterforskningen være langsiktig, slik at tvangsmidler kan brukes for en periode, men gjentas dersom det fremkommer ytterligere opplysninger i saken. Departementet synes å sette likhetstegn mellom bruk av tvangsmidler og etterforskning. Det er i så fall en stor feilslutning. Det bør for øvrig bemerkes at de gitte eksempler i proposisjonen lider av en viss logisk brist. Dersom saken er uavsluttet med en fare for overtredelser i fremtiden, kan følgende fremgangsmåte være anvendelig: PST innkaller vedkommende til en ”bekymringsamtale” eller man må ta opp vedkommendes ”sikkerhetsklarering” til vurdering.

#### De relevante straffebud (Kriminalitetskravet)

Politoloven angir de konkrete straffebud som kan gi grunnlag for forebyggende tiltak. Disse er inndelt i tre grupperinger. Den første er straffelovens § 147 a om terrorisme. Hensett til det politiske bakteppet som lå til grunn for lovforslaget, er det lett å forstå at denne bestemmelsen er tatt med. Det bør imidlertid nevnes at begrepet ”terrorisme” er et meget uskarpt begrep når det kommer til stykket. Det foreligger atskillig uenighet på det internasjonale plan når det gjelder klassifisering av ulike frigjøringsbevegelser som opererer i de enkelte land. Dersom man tenker seg terrorhandlinger i Norge, vil neppe forståelsen av politilovens § 147 a volde særlige problemer i så henseende. Det er imidlertid grunn til å merke seg at § 147a er straffbar i Norge selv om den er begått i utlandet av utlending, jfr. straffelovens § 12. Dette aktualiserer spørsmålet om politilovens § 17 d kan anvendes i forhold til forebygging av terrorhandlinger i utlandet. Spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene, men det er neppe rimelig å forstå bestemmelsen slik at den kun er begrenset til handlinger som eventuelt skal finne sted i Norge. En annen ting er jo at man neppe skal ha særlig stor fantasi for å forestille seg at begjæringer fra utenlandske myndigheter kan være vanskelig å håndtere politisk.

I henhold til straffeloven § 147 a, siste ledd straffes den som planlegger eller forbereder handling som nevnt i bestemmelsens første ledd, ved å inngå forbund med noen for å begå en slik handling. Dette aktualiserer spørsmålet om valg av regelsett. Dersom det foreligger holdepunkter for at det er etablert en gruppering som planlegger en terrorhandling, står da PST (eller Justisdepartementet) fritt til å anvende politiloven? Etter vårt syn er det ikke tvilsomt at etterforskning skal innledes med utgangspunkt i straffeloven § 147 a, siste ledd, men det må også erkjennes at en klar løsning ikke direkte kan leses ut av forarbeidene. Eksempelet illustrerer for øvrig også det uheldige i å legge formålsvurderinger til grunn for

valg av regelsett. Selv om det innledes etterforskning, vil det jo utvilsomt være av helt avgjørende betydning at handlingens utførelse forhindres.

I politilovens § 17 d, første ledd litra b angis den andre hovedgruppering: Dette knytter seg til ordinær spionasje og flyktningspionasje (§§ 90, 91 og § 91a). Det kan synes noe underlig at disse bestemmelsene er tatt med. Det er åpenbart at faren for terrorangrep mot Norge eller andre vestlige land er større enn den var f.eks. tidlig på 90-tallet. (Det kan imidlertid være grunn til å minne seg selv om at det på 70- og delvis 80-tallet var mange terroristangrep i Vest-Tyskland, Italia og Storbritannia.) Hva gjelder spionasje, er det imidlertid vanskelig å hevde at situasjonen skulle være spesielt alarmerende. I proposisjonen har man på side 28 tatt med følgende avsnitt fra Pedersen-utvalgets innstilling, jfr. side 168:

Når det gjelder ulovlig *etterretningsvirksomhet*, peker utvalget (på side 168-69) blant annet på følgende utviklingstrekk:

« ... Etter at fremmede stater i liten grad drev etterretningsvirksomhet på begynnelsen av 1990-tallet, er det mye som tyder på at denne virksomheten har tatt seg betraktelig opp i de senere år. Det er lite som tyder på at den vil avta de kommende år.

Etterretningsvirksomhet blir gjennomført med høy grad av profesjonalitet og sikkerhet. Etterretningstjenestene benytter seg av et bredt spekter av metoder i sin informasjonsinnhenting. »

Sitatet utgjør en ganske skjev beskrivelse av virkeligheten. Tidlig på 90-tallet ble den sikkerhetspolitiske situasjonen preget av Warszawa-paktens oppløsning og sammenbruddet av det tidligere Sovjetunionen. Den til dels betydelige etterretningsvirksomhet som ble drevet fra landene i Øst-Europa, opphørte nesten fullstendig tidlig på 90-tallet. Senere har dette endret seg noe, men dersom man tar utgangspunkt i forholdene under den kalde krigen, er det vanskelig å forstå at situasjonen skulle være spesielt dramatisk. Det at land som er stormakter, eller ønsker å være det, driver etterretningsvirksomhet er ikke særlig oppsiktsvekkende. Departementet gir da heller ingen selvstendig begrunnelse for hvorfor det nå skulle være nødvendig å endre lovgivningen. Antagelig er den reelle begrunnelse å finne i Lundkommisjonens kritikk av PST. På side 112 i proposisjonen tas nærmest Lundkommisjonen til inntekt for at det er behov for å utvide PST's fullmakter i betydelig grad. Uten direkte henvisninger til kommisjonen i form av sitater eller sidehenvisninger utlegges Lundkommisjonens kritikk slik at det var et spørsmål om uklare lovhjemler. Departementet understreker at den dagjeldende lovgivning ikke har funnet avveiningen mellom samfunn og individets behov for rettsikkerhet og personvern. Det fremheves videre at man ikke har en optimal balanse mellom de forventningene som stilles til PST's forbyggende arbeid og de virkemidler som tjenesten hadde lovlig adgang til, jfr. side 112, 1. spalte. Det kan stilles spørsmålstegn ved denne beskrivelse av Lund-kommisjonens konklusjoner.

Hvorfor straffelovens § 91 a er tatt med er ikke helt enkelt å forstå. Det kan neppe være på grunn av forbrytelsens alvorlighetsgrad. Strafferammen er maksimalt 2 års fengsel. Dette må sees i lys av at straffeloven § 89, som har en minimumsstraff på fengsel i 1 år og med 15 år som maksimumsstraff, ikke er tatt med. Noen konkret begrunnelse synes ikke å finnes i forarbeidene.

Den tredje hovedkategori er regnet opp i politilovens § 17 d, første ledd litra c. Her er det tale om voldsforbrytelser eller visse integritetskrenkelser mot medlemmer i våre høyeste statsorgan. På tilsvarende måte som ved strpl. § 222 d, kan det stilles nokså grunnleggende spørsmål omkring hvorfor akkurat disse personer velges ut. Det vises til drøftelsen ovenfor.

Som nevnt ovenfor under drøftelsen av straffeprosessloven § 222 d, har ikke PST noe eksklusivt ansvar til å forebygge forbrytelser mot de nevnte personer. Alle ansatte i politiet og

samtlig politienheter har som arbeidsoppgave å forebygge alle former lovbrudd, også de som er nevnt i politilovens § 17 d. Bestemmelsen i politilovens § 17 b (Om PST's arbeidsoppgaver) kan ikke fortolkes antitetisk. Det bør videre nevnes at bestemmelsen i politilovens § 17 d, første ledd, bokstev c ikke er sammenfallende med politilovens § 17 b. Enkelt sagt kan det formuleres slik: PST har ikke noe særskilt ansvar for å forebygge voldshandlinger mot medlemmer av de høyeste statsorganer som ikke er politisk motivert, jfr. politilovens § 17 b nr 1 og 5. (En slik begrensning gjelder ikke Kongen eller Regenten, jfr straffeloven § 100.) Derimot skal PST etter lovens § 17d begjære forbyggende tvangsmidler i slike tilfelle. Slike uklarheter vil først bli synlige dersom noe går galt. Da kan ansvars plassering være av den største betydning.

”dersom det er grunn til å undersøke”

Loven angir ikke bare et formåls- og kriminalitetskrav. I henhold til første ledd kreves det også at det må foreligge en grunn til å undersøke om noen forebereder en handling som rammes av de aktuelle straffebestemmelser. I departementets lovutkast anvendte man formuleringen ”...for å undersøke om...”. Det er åpenbart at det må legges inn en vurdering som knytter seg til en mulighet for en forberedelse av den straffbare handling. Det vil med andre ord si at man må legge inn en sannsynlighetsvurdering for at noen befinner seg i en forberedelsesfase til det straffbare. Hvor stor muligheten skal fremstå som, er ikke enkelt å besvare. Justiskomiteens endring er likevel vesentlig bedre enn det opprinnelige lovutkast.

Justiskomiteen (Innst O. nr 113 2004-05 side 40) pekte på parallelliteten til staffeprosesslovens § 224 som anvender formuleringen ”rimelig grunn” som vilkår for å iverksette etterforskning, og viste i den forbindelse til riksadvokatens rundskriv av 22. desember 1999 (Del II –nr. 3/1999). Komiteen har formulert det slik på side 40:

Flertallet viser til at vilkåret om at det må være « grunn til å undersøke » om noen forbereder for eksempel en terrorhandling, har klare likhetstrekk med vilkår som allerede finnes i straffeprosessloven, for eksempel §224 første ledd om når etterforskning skal settes i verk. Regelen i §224 første ledd har gjennom praksis fått et klart definert innhold, særlig gjennom rundskriv fra riksadvokaten. Forståelsen av dette uttrykket gir etter flertallets syn veiledning også for forståelsen av uttrykket « grunn til å undersøke ». Grovt sett ligger det tre krav innbakt i uttrykket: Et saklighetskrav, et krav om en viss sannsynlighet for at noe er under oppseiling, og et krav til forholdsmessighet mellom det som skal undersøkes, og de virkemidler som tas i bruk. Dersom det for eksempel dreier seg om utsagn som det etter omstendighetene åpenbart ikke er hold i, vil det ikke være grunn til å undersøke forholdet nærmere. Dersom det kan være hold i opplysningene, kan det være grunn til å undersøke forholdet nærmere ved bruk av metoder, men det strenge kravet til forholdsmessighet gjør at undersøkelser må avsluttes dersom det ikke fremkommer opplysninger som ytterligere underbygger at for eksempel en terrorhandling er i ferd med å bli forberedt. Kravet om « grunn » kommer i tillegg til kravene om vesentlighet i paragrafens andre ledd. Flertallet vil understreke at lovformuleringen « grunn til » er velkjent for domstolene, det har også utviklet seg en rettspraksis rundt forholdsmessighetsvurderinger over de siste 10-15 årene. Videre er « grunn til å undersøke » relativt i forhold til handlingens alvor. Flertallet vil understreke at det skal være vanskeligere å oppfylle kravet dersom PST ønsker å forebygge trusler rettet mot politikere, enn når det er drap på en politiker PST vil forebygge.

Enkelte av de momenter som påpekes fremstår som rimelig selvsagte. At PST bare skal vektlegge saklige hensyn fremstår som åpenbart. Dersom så ikke var tilfellet, foreligger myndighetsmisbruk som ofte vil være straffbart. Tilsvarende må sies om de tilfelle der det ”åpenbart” ikke er hold i opplysningene.

Det springende punkt er jo knyttet til de tilfelle der PST opptrer saklig og der det foreligger en mulighet for at den aktuelle forbrytelse vil inntre. Problemet blir jo å klargjøre hvor stor denne muligheten skal være. Egentlig er det tale om en risikovurdering. Det er åpenbart at generelle risikobetraktninger ikke kan være relevante. På det teoretiske plan er det en mulighet for at personer i ulike politiske eller religiøse grupperinger kan begå en terrorhandling.

Loven krever at det må foreligge konkrete opplysninger. På side 40 understreker justiskomiteen følgende:

Endringen understreker at PST, for å få tillatelse til å ta i bruk lovregulerte metoder, må godtgjøre overfor domstolen at opplysninger i det konkrete saksforholdet gir grunn til å gjennomføre nærmere undersøkelser. Grunnen til å undersøke må, slik flertallet ser det, være forankret i objektive holdepunkter, for eksempel saksopplysninger i form av spanings- eller infiltrasjonsopplysninger, tips, dokumentfunn eller andre bevis som indikerer at noen kan være i ferd med å forberede for eksempel en terrorhandling. Flertallet vil presisere at dersom PST ikke kan underbygge begjæringen med slike holdepunkter for at noe bør undersøkes nærmere, må domstolen forkaste begjæringen. Et slikt grunnvilkår hever terskelen for når domstolen kan tillate bruk av metoder, og bidrar til å gjøre domstolskontrollen mer effektiv. Faren for feil, dvs. at lovlydige borgere blir utsatt for overvåking, blir etter flertallets syn dermed redusert.

Komiteen peker her på noen helt sentrale momenter. Likevel reiser dette nye spørsmål:

(a) Grunnlagsmaterialets opprinnelse

Dersom spanings- eller infiltrasjonsopplysningene stammer fra en pågående etterforskning, kan dette da brukes som grunnlagsmateriale for å begjære forebyggende tvangsmidler? Et bekreftende svar kan åpne for omgåelse av sentrale rettsikkerhetsgarantier og tunge personvern hensyn. Dersom PST har etterforsket en person som mistenkt etter straffeloven § 90, 91 og § 94, og saken henlegges av mangel på bevis, ville det være underlig dersom nye tvangsmidler skal kunne anvendes med utgangspunkt i det samme materialet selv om det skulle være tale om fremtidige forhold.

Annerledes vil saken kunne stille seg dersom utgangspunktet er nye opplysninger. Dette reiser imidlertid et nytt avgrensingsproblem i forhold til en allerede henlagt sak. Dersom man stadig holder seg til spionasje, vil situasjonen være den at det ofte skal klassifiseres som ett sammenhengende straffbart forhold. Dersom en slik etterforskning henlegges og nye opplysninger fremkommer, vil disse kunne bekrefte at den straffbare virksomhet fortsetter. Dette aktualiserer spørsmålet om forholdet reguleres av bestemmelsene i straffeprosessloven § 74 og § 75 og vilkårene for å gjenoppta etterforskningen av en henlagt sak. Spørsmålet er ikke omtalt i forarbeidene.

Antagelig har justiskomiteen primært hatt for øye terrrorsaker der det straffbare forhold vil ha en klarere ramme og der det ikke tidligere har vært etterforskning etter f.eks. straffeloven § 147a, siste ledd. Dersom så er tilfellet, vil vi stå overfor et "rent" tilfelle.

(b) Kvalitetsvurderingen

Dette vil være et kjernes spørsmål. Komiteen forutsetter at det må foreligge objektive holdepunkter. I praksis vil det ofte dreie seg om tolkning av et uklart materiale som bare i begrenset grad kan etterprøves. Som illustrasjon på vanskelighetene kan følgende eksempel nevnes: I 1973 sendte israelske myndigheter ut en terroradvarsel om fare for terrorangrep i Skandinavia samme sommer. Advarselen kunne på den tiden synes vel begrunnet, men i ettertid ble det klarlagt den var basert på en feiltolkning og feilvurdering av grunnlagsmaterialet, som for øvrig også hadde den tragiske konsekvens at en uskyldig person ble myrdet på Lillehammer samme sommer. Dersom materialet stammer fra utlandet, vil det i praksis være umulig å etterprøve. På tilsvarende måte kan det være dersom materialet stammer fra Norge. En dommer kan selvsagt ikke vurdere en "kildes" troverdighet og det vil være vanskelig å etterprøve om politiets tolkning av det foreliggende materiale er korrekt. Dommeren vil lett komme i en nesten umulig tvangssituasjon: Politiet (og antagelig Justisdepartementet) vurderer det som en mulighet at det foreliggende materialet kan gi grunnlag for å forhindre en terroraksjon. Dersom begjæringen avslås og handlingen inntreffer,

vil dommeren lett bli tillagt ansvar. Innvilges tillatelsen og handlingen ikke inntreer, vil det hele forbli omgitt av taushet. Det kreves liten innsikt i menneskelig psykologi for å forutsi resultatet. Det er derfor vanskelig å være uenig med justiskomiteen når det på side 41 fremholdes:

Flertallet mener det byr domstolene på utfordringer ved at det åpnes for metodebruk i forebyggende øyemed. Det er derfor viktig at vilkårene i loven er klare og presise. Flertallet foreslår derfor at uttrykket « det må antas » i forslaget til politiloven §17 d annet ledd erstattes med « det er grunn til å tro ».

Selv om justiskomiteen antagelig ønsket i omformulere loven med den beste intensjon, kan det nok være tvilsomt om dommeren egentlig vil, være særlig hjulpet med den omformulerte lovteksten.

#### Indikasjonskrav og subsidiaritetskrav

På tilsvarende måte som i straffeprosessloven § 222 d angir også politiloven et indikasjonskrav og et subsidiaritetskrav som må oppfylles før domstolen kan gi tillatelse. Det framgår av § 17 d, annet ledd at det må være ”grunn til å tro” at inngrepet vil gi opplysninger av vesentlig betydning. Straffeprosessloven § 222 d bruker formuleringen ”må antas” om det tilsvarende vurderingstema. Det ligger neppe noen større realitetsforskjell i dette. Poenget er at det i begge tilfelle må foreligge en begrunnet mulighet for at inngrepet vil gi relevant informasjon av vesentlig betydning. Loven oppstiller et vesentlighetskrav som må være nesten umulig å oppfylle. Det er vanskelig å forstå at man på forhånd kan ha noen begrunnet oppfatning om f.eks. den aktuelle personen skal komme med informasjon av vesentlig betydning for å kunne forebygge en handling. Det kan selvsagt tenkes at man er i den gunstige situasjon at man har en ”kilde” som gir løpende og pålitelig informasjon. Dersom man løpende kan følge utviklingen, vil dette kunne gi informasjon som gjør det mulig å oppfylle lovens krav på dette punkt. I praksis vil neppe dette skje ofte.

I slike situasjoner vil imidlertid subsidiaritetskravet kunne utgjøre en begrensende faktor. I henhold til § 17 d, annet ledd oppstilles i tillegg også et vilkår om at det ”ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort”. Dette vil innebære at man kan komme i den situasjon at dersom man besitter et godt grunnlagsmateriale, vil dette kunne medføre at domstolen vil avslå bruk av tvangsmidler dersom man på annen måte kan skaffe seg informasjon. Dersom inngangsmaterialet er usikkert, vil det være ytterst vanskelig å ha noen oppfatning av hvorvidt indikasjonskravet og subsidiaritetskravet er oppfylt. Videre forutsetter disse to vurderingstema at dommeren har kunnskaper om politimetoder som de færreste dommere vil inneha. Ved å oppstille slike strenge og delvis motstridende krav i loven, stilles domstolen overfor en ganske håpløs situasjon. Dersom lovens skjønnsstema skal følges, vil dette innebære at en begjæring vil være vanskelig å etterkomme. På den annen side vil et avslag og en etterfølgende terrorhandling medføre at domstolen tillegges et ”ansvar” som den egentlig ikke skal ha. Reelt sett gir loven uttrykk for en dobbeltkommunikasjon.

#### Forholdsmessighetsvurderingen

I tillegg til det som er oppstilt ovenfor krever loven at inngrepet ikke skal være uforholdsmessig. Tradisjonelt angir en slik forholdsmessighet en avveining mellom tvangsmiddelets inngripende karakter og det aktuelle lovbrudds alvorlighetsgrad. Hensett til de alvorlige lovbrudd som er oppregnet i § 17 d, er det ikke helt enkelt å forstå at denne forholdsmessighetsvurderingen kan få særlig selvstendig betydning. Det er vanskelig å forestille seg at en begjæring skal avslås som et uforholdsmessig inngrep dersom det som skal forhindre er en terrorhandling eller voldsforbrytelse mot medlemmer av regjeringen eller Stortinget.

Etter vår oppfatning har politiloven § 17 d fått en uklar utforming og som forutsetter kunnskaper som norske dommere vanskelig kan inneha. Kjernen i bestemmelsen er egentlig at domstolene skal foreta risikovurderinger for fremtiden, som må basere seg på et materiale som domstolen vanskelig kan vurdere på et selvstendig grunnlag.

Når utvalget i tråd med EOS-utvalget kritiserer PST for feil sporvalg ved anvendelse av bestemmelsen, bør det overveies om ikke bestemmelsen bør strammes kraftig inn. Alternativt bør det vurderes om hvorvidt straffeprosessloven § 222 d kan endres, slik at den eventuelt ivaretar de reelle behov for beskyttelse.

## **16. Forståelsen av Grunnloven § 102.**

### *Innledning*

Utvalget har vurdert forholdet til Grunnloven § 102 og har konkludert med at ransakning og romavlytting i forebyggende øyemed ikke er forenlig med Grunnloven § 102, jfr. kap 13 (side 152). Utvalget legger imidlertid til grunn at kommunikasjonskontroll med samme formål faller utenfor § 102. Oslo statsadvokatembeter er enig i flertallets vurderinger, men etter vårt syn har utvalget i for liten grad vektlagt de legislative hensyn som bør være sentrale i dag. Tilsvarende spørsmål har også blitt reist i USA, der problemstillingene har vært de samme, men har der trukket andre rettslige konklusjoner. Et mindretall anser at § 102 ikke innebærer noen begrensninger hva gjelder tvangsmidler uten at det foreligger mistanke om straffbare forhold. For sammenhengens skyld vil man nedenfor gi en bredere redegjørelse for de spørsmål som oppstår i forhold til Grunnloven.

Grunnlovens § 102 lyder slik:

”Hus-Inkvisitioner maa ikke finde sted, uden i kriminelle Tilfælde”.

Bestemmelsen har vært lite fremme i den rettspolitiske debatt i motsetning til de regler i grunnloven som knytter seg til den private eiendomsrett og ytringsfriheten. Dette kan synes noe underlig hensett til at den knytter seg til helt sentrale forhold hva gjelder individenes rettssikkerhet. Andenæs og Fliflet sier det slik i Statsforfatningen i Norge side 407 (10 utg.):

Et karakteristisk trekk ved politistaten, slik som Norge lærte den å kjenne under den tyske okkupasjonen, er den utstrakte bruk av husundersøkelser, foretatt på grunnlag av en mer eller mindre løs mistanke, undertiden helt på måfå (rassia).

Bestemmelsen har sin parallell i flere andre frie forfatninger. Den mest kjente er vel den amerikanske, som i 4. grunnlovstillegg av 1791 har tilsvarende regel. I motsetning til i Norge regnes bestemmelsen som sentral i forholdet mellom individ og stat, og den har vært gjenstand for en omfattende rettspolitisk debatt. Det finnes et stort antall teoretiske fremstillinger, og 4. grunnlovstillegg har ofte vært vurdert av den amerikanske Høyesterett. Det er flere årsaker til denne forskjell: Den amerikanske grunnloven er noe annerledes utformet. Den inneholder bl.a. flere formelle og materielle krav enn den norske og dette gjør selvsagt at det lettere oppstår uenighet om fortolkningen. En annen og kanskje viktigere forklaring er nok at bestemmelsen i 4. grunnlovstillegg oftere har vært utfordret av lovgiverne i USA enn i Norge. Her bør det minnes om at USA har 52 delstater med hver sin lovgivende forsamling. I tillegg kommer så den føderale lovgivning. Innenfor strafferetten og prosessen er det således 53 lovgivende organer. I Norge har straffeprosesslovgivningen hittil ligget godt innenfor rammene av Grunnloven § 102 og således ikke gitt grunnlag for diskusjoner eller mange avgjørelser i Høyesterett. De nye bestemmelser i straffeprosessloven § 222 d og politilovens § 17 d endrer dette.

Noe annerledes har det vært hva gjelder grensesnittet mellom administrative kontrollordninger og de krav som ligger innbakt i grunnlovens § 102. Det er sikkert rett at myndighetene i ganske vid utstrekning kan foreta inspeksjoner av private boliger for å sikre etterlevelse av ulike sikkerhetsmessige forhold vedr. boligen. Arbeidstilsynet kan på tilsvarende måte foreta kontroller på arbeidsteder. Dette gjelder også i de tilfelle der man oppdager straffbare lovbrudd som så gir grunnlag for senere straffeforfølgning. Disse avgrensningsspørsmål, som så avgjort burde blitt gjenstand for en grundigere behandling enn hittil, må en la ligge her. Det pekes likevel på et viktig moment i den sammenheng. Den som driver aktivitet som krever særskilt tillatelse, må i vid utstrekning akseptere at myndighetene også gis anledning til å kontrollere at vilkårene for tillatelsen er oppfylt.

Grunnloven § 102 inneholder to elementer som angir bestemmelsens rekkevidde. Det ene knytter seg til begrepet "Hus-Inkvisisjon" og det andre til formuleringen "i kriminelle Tilfælde".

I denne fremstilling vil en særlig behandle to spørsmål som også har vært sentrale i USA. Hva kan man i dag legge i begrepet "Hus-Inkvisisjon" og kan det oppstilles materielle begrensninger som kan utledes av formuleringen "i kriminelle Tilfælde"? Den gjengse oppfatning i teorien har vært at hus-inkvisisjon skal tas bokstavelig og den andre del av spørsmålet er i liten grad berørt i lærebøkene. Frem til innhenting av de to vedlagte betenkninger var det ingen bredere rettsteoretiske fremstillinger av bestemmelsen. Castberg: Norges statsforfatning II side 292 (3. utg. 1964) behandler § 102 på litt over en side. De synspunkter Castberg gir uttrykk for har stort sett blitt ansett som gjeldende rett og er videreført i Andenæs i de ulike utgaver av Statsforfatningen i Norge, se 10. utg. side 407-409.

#### *Hensynene bak bestemmelsen*

Castberg fremholder at bestemmelsen springer ut av den samme tanke som er formulert i det engelske ordtak "My house is my castle". Videre fremholder han:

"Det grunnlovens §102 skal ramme, er at statens organer uten noen bestemt mistanke trenger inn i borgernes boliger for å bringe på det rene om noe ulovlig foregår eller har foregått der. Det kreves m.a.o et det foreligger en bestemt mistanke om at en forbrytelse er begått eller vil bli begått, og det må være en spesiell grunn til å foreta den husundersøkelse det gjelder."

Dersom man søker etter grunnlovsfedrenes motiver for bestemmelsen, blir materialet sparsomt. Som nevnt i Andenæs/Fliflet var især kjøpmennene fornøyd med bestemmelsen fordi den ville frita dem for husundersøkelser om tollsvik. Antagelig hadde den amerikanske grunnloven et tilsvarende utgangspunkt. Det synes i hvert fall å ha vært slik at britiske myndigheter nokså vilkårlig hadde ransaket hus på jakt etter smuglergods og at det var viktig for de amerikanske grunnlovsforskerne i hindre at dette ble videreført. Dette nokså snevre utgangspunkt kan vanskelig gi rammene for fortolkningen av vår grunnlov, og det er selvsagt også forlatt i USA.

I dag må begrunnelsen for bestemmelsen søkes på et mer prinsipielt plan. Den reelle begrunnelse må være at individene skal ha et materielt vern for sitt privatliv og at dette må være utgangspunktet ved fortolkningen. Dette prinsipp er også uttrykt i E.M.K. art 8, som fastslår at alle har krav på respekt for sitt privatliv, familieliv og korrespondanse. Et tilsvarende utgangspunkt har man lagt til grunn for forståelsen av 4. grunnlovstillegg i den amerikanske forfatning. Dette innebærer rimeligvis ikke at dette vernet kan være absolutt. En slik løsning vil gjøre håndheving av lovgivningen ganske umulig.



Ordlyden i Grunnloven § 102 forbyr ransakning av hus bortsett fra slike som skjer i forbindelse med straffesaker. Det sier seg selv at en nesten 200 år gammel og meget knapt formulert grunnlovstekst ikke kan fortolkes strengt etter ordlyden. Dette gjelder særlig fordi det knapt finnes forarbeider, og om slike skulle finnes må de ha nokså begrenset vekt når de skal anvendes i forhold til dagens virkelighet. Som ellers ved fortolkning av grunnlovens bestemmelser må tolkningen baseres på en avveining av ulike og delvis motstridende hensyn. Ved forståelsen av Grunnloven § 102 blir det forholdet mellom hensynet til privatlivets fred og samfunnets behov, for å sikre en rimelig effektiv etterlevelse av lovgivingen, som bør være det sentrale element i tolkningen.

### *"I Kriminelle Tilfælde"*

Grunnloven hindrer ikke enhver ransakning. Det som direkte fastslås er at dette kun skal tillates i kriminelle tilfelle. Formuleringen angir at i forbindelse med etterforskningen av straffbare forhold, kan lovgivningen tillate dette virkemiddel.

Det har vært antydning i teorien at grunnlovens formulering peker i retning av at det bare er rettsbrudd av grovere karakter som kan gi rett til ransakning, jfr. Andenæs-Fliflet side 408. En tror det vil være vanskelig å begrunne en slik lære i dag, og den er i strid med en gammel avgjørelse i Rt. 1871 side 221. Straffeprosessloven § 192 som angir de materielle vilkår for ransaking, har et krav om at det aktuelle straffbare forhold kan medføre frihetstraff og dette ligger med god margin innenfor begrepet "i kriminelle Tilfælde".

Det har vært vanlig å hevde at Grunnloven 102 ikke direkte oppstiller et krav om den konkrete "styrke" i mistanken. Straffeprosesslovens krav om "skjellig grunn til mistanke" kan således ikke innfortolkes som en del av Grunnloven § 102. På den annen side er det åpenbart at det må oppstilles et krav om en saklig begrunnet mistanke om et straffbart forhold. Hvis ikke, ville jo bestemmelsen åpne for vilkårlige ransakninger, og vi ville da være inne i kjerneområdet for det bestemmelsen skulle forhindre. Bestemmelsen i 4. grunnlovstillegg oppstiller et materielt krav om "probable cause" som vilkår for ransakning. Et slik krav kan vanskelig utledes av vår grunnlov, men det er ikke uten videre gitt at den reelle forskjell vil være så stor dersom man forutsetter at Grunnloven § 102 angir et krav om en saklig begrunnet mistanke om et straffbart forhold.

Det må ansees som utvilsomt gjeldende rett at Grunnloven § 102's krav om "kriminelle Tilfælde" ikke uten videre kan fortolkes antitetisk. Det vil si at "husundersøkelser" eller liknende tiltak også kan skje uten at det foreligger noen mistanke om et straffbart forhold. Dette har hovedsakelig vært knyttet til boligsikkerhet (helse og brann), men bestemmelsen er trukket videre enn dette. Tollvesenet har en relativt vid adgang til visitasjon i enkelte sammenhenger uten at det oppstilles noe krav om mistanke om straffbare forhold. Tilsvarende er delvis tilfelle for ligningsmyndighetene og konkurransetilsynet. Problemstillingen har relativt nylig blitt belyst i rettspraksis, jfr. Rt. 2004 side 1723. Saken gjaldt politiets adgang til å inspisere private hjem for å kontrollere at våpenlovens regler om oppbevaring av registreringspliktige skytevåpen ble etterlevet. Dette ble godtatt av Høyesterett som avgjorde saken med den begrunnelse at kontrollen var så vidt begrenset at den ikke kunne regnes som "Hus-Inkvisisjon". Retten synes å ha lagt avgjørende vekt på at kontrollene er forhåndsvarslet og at de ikke innebærer en total gjennom søkning av boligen. Politiet skal foreta kontrollen etter eiers anvisning for å sikre at loven og forskriftene om oppbevaring er fulgt. Det ble ikke direkte fremhevet av Høyesterett, men det må åpenbart ha vært et viktig poeng at våpenloven selvsagt ikke gir hjemmel for å kontrollere samtlige norske huster. Det kan neppe sies å være noen menneskerett eller livsnødvendighet å inneha registreringspliktige skytevåpen i hjemmet. Den som begir seg på virksomheter som krever offentlig kontroll eller tillatelser,

må akseptere offentlig tilsyn i en større utstrekning enn allmennheten. I amerikansk rettspraksis er det mange avgjørelser som knytter seg til de vanskelige avgrensningsspørsmål som kan oppstå i forbindelse med ulike offentlige tilsyns- og kontrollorgan, men der synes avgjørelsene å være formulert som konkrete unntak fra den hovedregel som er angitt i 4. grunnlovstillegg.

Det forhold at bestemmelsen ikke uten videre skal fortolkes antitetisk, betyr neppe at vilkåret om i kriminelle tilfelle, kan ansees som ikke-eksisterende. Dette ville innebære at bestemmelsen ville miste enhver selvstendig betydning. Det naturlige utgangspunkt må være at grunnvilkåret må gjelde, men at det må formuleres flere unntak fra en slik hovedregel og at disse unntakene må være konkret begrunnet ut i fra samfunnets behov for etterlevelse av sikkerhetsforhold knyttet til bygningskvalitet, brannsikkerhet, helse m.v. Et viktig punkt i den sammenheng må også være hva slag inngrep det er tale om. Dette innebærer at en kontroll av bygningssikkerhet selvsagt må begrense seg til det som er formålet. En slik kontroll må begrense seg til det. Hva som ellers måtte finne seg innenfor hjemmets fire vegger vil klart falle utenfor en slik ramme. For domstolene vil det selvsagt være av betydning at inngrepet er så begrenset at det også vil falle utenfor begrepet "Hus-Inkvisisjon" i § 102. Saken i Rt. 2004 side 1753 ble - som nevnt - avgjort i henhold til dette. At denne avgjørelse påberopes av mindretallet i utvalget, er ikke enkelt å forstå.

I denne sammenheng vil en begrense spørsmålsstillingen til politiet og særlig PST's adgang til å anvende tvangsmidler for å forebygge eller avverge straffbare forhold. Det synes hensiktsmessig å dele fremstillingen i forhold til de to aktuelle lovbestemmelser. Straffeprosessloven § 222 d har sitt utgangspunkt i en regulær etterforskning av straffbare forhold, mens politiloven regulerer PST's fullmakter som vanlig forvaltningsorgan.

#### a. Straffeprosessloven § 222 d

Bestemmelsen i straffeprosessloven har et utgangspunkt i en nødrettsliknende situasjon, men går videre enn dette. Det synes åpenbart at Grunnloven § 102 ikke kan stenge for anvendelsen av tvangsmidler i rene nødssituasjoner. Dette må også gjelde f.eks. ransakning hos 3. mann. Lovgiver har hatt som forutsetning at tvangsmidlene som er omtalt i § 222d bare skal anvendes til å "avverge" straffbare handlinger. Departementet har direkte uttalt i proposisjonen at avverge knytter seg til en kortere tidshorisont enn "forebygge". Problemet er imidlertid at departementet er lite konkret om akkurat denne problemstilling. Dersom en forutsetter at grensen trekkes slik § 222 d forutsetter, at den handling som skal avverges med rimelig grad av sikkerhet, kan tidfestes innenfor en tidshorisont på kanskje noen få måneder. Dersom det ikke lar seg etablere noen rimelig konkret grad av tidsfastsettelse, må rammene bli snevrere. Dersom en legger denne tolkning til grunn, vil en kunne hevde at det etterforskningsmessige utgangspunkt innebærer at straffeprosessloven § 222 d faller innenfor begrepet "kriminelle Tilfælde" i Grunnloven § 102. Den tilsvarende problemstilling vil neppe oppstå helt på samme måte i forhold til amerikansk rett. Straffelovgivningen i USA dekker i langt større grad enn hos oss opp forberedelseshandlinger, slik det ville falle innenfor en regulær etterforskning å anvende tvangsmidler i slik tilfelle. Rene nødrettssituasjoner vil, som hos oss, falle utenfor grunnlovens begrensninger.

Denne løsning er sammenfallende med det Justisdepartementet forutsatte i sitt lovforslag: Straffeprosessloven § 222 d inneholder ikke den tilsvarende begrensning som er inntatt i politilovens § 17 d, annet ledd siste punktum, der det fastslås at det ikke kan gis tillatelse til ransakning av noen private hjem etter den bestemmelsen. Unntaket er begrunnet med forholdet til Grunnlovens § 102, jfr. proposisjonens side 152. Departementet synes her å legge avgjørende vekt på at tvangsmidlene etter § 222 d skjer "som ledd i en etterforskning".

Etter vårt syn er dette ikke helt treffende. Selv om tvangsmidlene anvendes innenfor en straffeprosessuell ramme, er det jo likevel slik at formålet er et annet enn ved vanlig etterforskning. Poenget er jo nettopp at det straffbare ikke har inntrådt, men skal avverges. Begrunnelsen bør heller søkes i den nære tilknytning til etterforskningen av et straffbart forhold og at dette forutsetter et straffeprosessuelt beslutningsregime.

b. Politilovens § 17 d.

Loven forutsetter her direkte at Grunnloven § 102 angir en rettslig skranke for lovgivningen. På side 152 i proposisjonen fremholder departementet:

Utkastet til annet ledd  *tredje punktum*  utelukker at det kan gis tillatelse til å ransake noens private hjem i forebyggende øyemed, jf Grunnloven §102 og Høyesteretts dom gjengitt i Rt-2004-1723. Slik ransaking kan bare skje som ledd i etterforskning etter reglene i straffeprosessloven kapittel 15, jf også forslaget til ny §222 d.

Som nevnt ovenfor synes en ikke begrunnelsen er treffende, selv om en er enig i konklusjonen. Etter mitt syn bør det ikke legges avgjørende vekt på den rettslige ramme som danner utgangspunktet. Løsningen ville blitt nøyaktig den samme selv om bestemmelsen var plassert i straffeprosessloven, slik at påtalemyndigheten hadde blitt tillagt ansvaret. Det underliggende forhold er stadig at formålet med tiltaket ligger utenfor enhver strafferettslig kontekst. Formålet er nå å forebygge at noe skadelig (det straffbare) skal inntre i fremtiden.

De virkemidler som loven gir anvisning på er etter sin art generelle. Det vil si at de kan anvendes på alle som er undergitt norsk jurisdiksjon. Her er det en avgjørende forskjell i forhold til ulike kontroll og tilsynsordninger som er berørt ovenfor. I alle vestlige rettstater er det en mistanke om pågående eller begåtte straffbare handlinger som har gitt legitimitet og begrunnelse for de inngripende tiltak overfor den enkelte som også vår straffeprosesslov gir anvisning på. Beveger man seg utenfor dette området forlater en også en av grunnpilarene i forholdet mellom individene og samfunnet i en rettsstat. Departementet har åpenbart trukket denne konklusjon og som nevnt antatt at politilovens § 17 gis et anvendelsesområde som begrenses av Grunnloven § 102. En annen sak er for øvrig om departementets forståelse av rekkevidden i § 102, egentlig er riktig. Dette vil bli tatt opp nedenfor.

For ordens skyld vil en nevne at de trusler som et samfunn kan bli konfrontert med, kan bli så omfattende at de kan gi grunnlag for anvendelse av konstitusjonell nødrett. Denne problemstilling ligger utenfor denne fremstilling, men er selvsagt tenkelig også ved omfattende og massive terroranslag. Denne problemstilling synes heller ikke å ha vært fremme i lovens forarbeider.

*Begrepet "Hus-Inkvisitioner"*

Departementet har ved utformingen av politilovens § 17 d lagt til grunn at Grunnlovens § 102 bare utgjør en begrensende faktor for så vidt gjelder ransaking i private hjem. Lovens betydning i forhold til Grunnloven begrenses dermed på to plan: For det første er det kun ransaking (hemmelig), jfr straffeprosessloven § 200 a, som er unntatt. Dette innebærer at f.eks. telefonkontroll eller romavlytting ikke ansees problematisk i forhold til Grunnloven § 102. For det andre har departementet lagt til grunn at grunnlovsbeskyttelsen etter § 102 kun omfatter private hjem. Det kan stilles berettigede spørsmålstegn ved en slik rettsoppfatning.

*Gjelder Grunnloven102 bare ransaking?*

Dersom man tillegger ordlyden i § 102 avgjørende betydning synes svaret enkelt. Bestemmelsen kan ikke gis tilsvarende anvendelse på andre og minst like inngripende tvangsmidler. Et slikt resonnement er åpenbart problematisk i et moderne samfunn.

Grunnlovsfedrene kan rimeligvis ikke ha noen formening om de inngripende metoder som kan anvendes i samfunnets kontroll av individene nesten 200 år etter grunnlovens tilblivelse.

Dersom departementets standpunkt er korrekt, må det åpenbart gis en reell begrunnelse for hvorfor romavlytting og telefonkontroll faller utenfor § 102, når realiteten jo er at denne form for tvangsmiddel av lovgiveren selv åpenbart ansees for mer inngripende i privatlivet enn ransakning. Dette reflekteres i at vilkårene for dette inngrep er vesentlig strengere enn vanlig ransakning, jfr. straffeprosessloven § 192 og § 216 m. Tilsvarende er tilfellet for telefonkontroll og annen kommunikasjonsavlytting, jfr. § 216 a. Som nevnt ovenfor må den reelle begrunnelse i våre dager søkes på det mer prinsipielle plan; nemlig i beskyttelsen av individenes privatliv. Med dette som utgangspunkt er det vanskelig å forstå hvorfor "Hus-Inkvisisjon" i dag kun skal innbefatte ransakning i snever forstand. I Norge har disse spørsmål ikke kommet på spissen fordi slike virkemidler bare har vært brukt i staffeprosessuell sammenheng og da vil ikke problemstillingen være aktuell. Inngrepet foretas da kun i "kriminelle Tilfælde".

Gjennom vedtagelsen av politiloven § 17 d aktualiseres disse spørsmål. Tilsvarende problemstillinger har imidlertid blitt reist overfor Høyesterett i USA og utviklingen har en viss interesse også i norsk sammenheng. Bestemmelsen i 4. grunnlovstillegg har det samme historiske utgangspunkt som den norske, men bestemmelsen har en mer konkret og detaljert utforming enn den tilsvarende norske. På dette punkt bruker 4. grunnlovstillegg følgende formulering:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects against unreasonable searches and seizures shall not be violated.....

Som man vil se er bestemmelsen utformet som den norske med den tids virkelighet for øyet. Spørsmålet om telefonavlytting og forholdet til grunnloven ble første gang satt på spissen i 1927 (Olmstead vs. United states). Flertallet la den gang til grunn at telefonavlytting ikke var en ransakning (search and seizure) i forhold til den amerikanske grunnloven. To dommere dissenterte. Denne avgjørelsen ble satt til side i 1967 (Katz vs. United States). Den er begrunnet med at bestemmelsen nå i det vesentlige hadde som formål å beskytte privatlivet til borgerne og den måtte fortolkes i samsvar med dette. Det har etter dette vært ansett som sikker rett at telefonkontroll og romavlytting dekkes av bestemmelsen i 4. grunnlovstillegg. (I hvert fall for amerikanske borgere på amerikansk territorium.)

Etter vår oppfatning er utvalgets fortolkning av Grunnloven på dette punkt ikke holdbar i dag. For det første tilsier reelle hensyn at tiltak som er like eller mer inngripende enn ransakning, bør vurderes på tilsvarende måte i forhold til Grunnloven. For det andre må bestemmelsen fortolkes i lys av EMK art 8 nr. 1 som fastslår hovedprinsippet om retten til et beskyttet privatliv. De begrensninger som følger av nr. 2 i samme artikkel er ikke begrenset til bestemte tvangsmidler, men peker på en standardpreget interesseavveining mellom offentlige behov og individenes rett til et privatliv. Fortolkningen av denne bestemmelsen vil bli behandlet nedenfor.

#### *Hvilke tvangsmidler bør likestilles med ransakning?*

Det neste spørsmål som da oppstår er hvilke tvangsmidler som kan ansees å være like eller mer inngripende i privatlivets fred som "Hus-Inkvisisjon". Dersom man skal legge lovgivningens vurderinger til grunn, må utvilsomt romavlytting, jfr. straffeprosessloven § 216 m, og kommunikasjonskontroll, jfr § 216 a og § 211 vurderes på samme måte. Derimot

vil f.eks. nummeravlesningkontroll og lignende, jfr. straffeprosessloven. § 216 b, og utleveringspålegg etter § 210, jfr § 210a vanskelig kunne likestilles med ransakning. På tilsvarende måte vil en vurdere tvangsmidler som skjult fjernsynsovervåkning og bruk av teknisk peileutstyr, jf straffeprosessloven kap. 15 a. Slike tiltak kan etter omstendighetene bli nokså inngripende, men utgangspunktet her vil likevel være at tiltaket primært vil virke i det offentlige rom. Vår konklusjon på dette punkt vil således være at begrepet "Hus-Inkvisisjon" må forstås slik at det også omfatter romavlytting og kommunikasjonskontroll.

Som en har vært inne på ovenfor er det ikke slik at ethvert tilsyns- eller kontrollbesøk i private hjem av offentlige organer, kan betegnes som "Hus-Inkvisisjon". Det som naturlig vil falle inn under begrepet er en total gjennom søkning av huset i leting etter relevant informasjon. Ved kontroll av bygningstekniske forhold vil slike forhold falle utenfor rammene. Et viktig poeng i denne sammenheng vil det også være dersom kontrollen blir forhåndsvarslet, jfr. Rt. 2004 s. 1753.

### *Gjelder § 102 bare private boliger?*

Departementet forutsetter at Grunnloven § 102 bare gjelder private boliger. Dette innebærer at en forutsetter at bestemmelsen ikke gir beskyttelse mot forbyggende hemmelig ransakning av f.eks. hotellrom og arbeidssted. Det er vanskelig å forstå denne begrensning. Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1753 gir ikke støtte for dette. Den er begrenset til det som var tviste- temaet: Nemlig om det var adgang til å inspisere private boliger med utgangspunkt i våpenlovens § 27 a og om dette var i strid med Grunnloven § 102. Avgjørelsen kan ikke forstås antitetisk. Derimot fremholder Andenæs-Fillet på side 407 at bestemmelsen alltid har vært forstått slik at den er begrenset til å beskytte boligens ukrenkelighet. Utgangspunktet for denne forståelse har vært konstitusjonskomiteens utkast der det heter at "Hver Borgers Huus er hellig". Det er ikke helt enkelt å forstå at en slik kort og meget upresis setning uten videre skal være avgjørende. Hva med de tilfelle der bolig og forretningslokale er i samme "Huus"? Gjelder setningen alle "Huus" som en person måtte inneha? Etter vår vurdering gir det en mer realistisk beskrivelse å ta utgangspunkt i det som må være den reelle begrunnelse i dag, nemlig at beskyttelsen av privatlivets fred må danne det naturlige utgangspunkt ved forståelsen av bestemmelsen. En slik – mer fleksibel – ramme angis også av departementet ved gjennomgangen av EMK art 8 på s. 22-23 i proposisjonen:

*Retten til privatliv beskytter mot direkte inntrengning i private hjem, men også mot innsamling av informasjon, fotografering og hemmelig overvåkning. Det er først og fremst overvåkning av private områder - som hjem, hotellrom og kontorlokaler - som omfattes av bestemmelsen. Retten til privatliv kan også krenkes på offentlige områder dersom personene har innrettet seg på privat samkvem, jf blant annet EMDs dom i saken P.G. og J.H. mot Storbritannia (Reports of Judgments and Decisions 2001-IX). Vernet avtar i den grad personene opptrer i det offentlige rom på en måte som de må forvente at kan bli observert av andre.*

Etter vår vurdering må dette utgangspunktet også være veiledende ved forståelsen av begrepet "Hus-Inkvisisjon". Dette innebærer at ransakning av hjem, hotellrom og kontorlokaler også faller inn under bestemmelsen i Grunnloven § 102. Departementets resonnement vedr. Grunnloven § 102 innebærer jo at dersom PST vil ransake en persons eiendeler - for eksempel bestemte papirer - i forebyggende øyemed, kan dette ikke skje på hans bopel, mens man derimot fritt kan lete etter de samme gjenstander på hans hotellrom og arbeidssted. En slik forskjell kan vanskelig begrunnes bare med en henvisning til ordlyden i en 195 år gammel grunnlovstekst.

En annen sak er det at ulike offentlige tilsynsorgan, herunder også politiet, vil kunne ha tilgang til arbeidsplasser eller andre liknende type bygninger for å kontrollere etterlevelse av ulike sikkerhetsmessige eller arbeidsmiljømessige regler.

## *Konklusjon*

Som en vil se går fremstillingen ovenfor noe lenger enn utvalgets konklusjoner som i hovedsak også er sammenfallende med de innhentede betenkninger. Etter vår vurdering utgjør Grunnloven § 102 en reell rettslig skranke for å tillate anvendelse av visse tvangsmidler uten at det foreligger mistanke om straffbare forhold. Det er selvsagt vanskelig å trekke helt bastante konklusjoner om rekkevidden av en svært gammel bestemmelse, men etter vår oppfatning bør utgangspunktet for fortolkningen være beskyttelse av privatsfæren utenfor det offentlige rom.

## **17. Forholdet til EMK art 8**

Artikkel 8 i den europeiske konvensjon om menneskerettigheter angir begrensninger i forhold til statenes lovgivning hva gjelder individenes privatliv. Bestemmelsen er – rimeligvis – helt annerledes utformet enn Grunnloven § 102, men gir likevel uttrykk for den samme ideologi som i dag må legges til grunn for forståelsen av grunnloven.

I proposisjonen har departementet under pkt 3.3 (side 22-24) gitt en fyldig oversikt over innholdet i bestemmelsen og konkluderer på side 24 at lovforslagene ligger godt innenfor de rammer som følger av våre folkerettslige forpliktelser. Etter vår vurdering er det ikke grunnlag for en så vidt bastant konklusjon hva gjelder forholdet til politilovens § 17 d.

Hovedprinsippet i art 8 følger av nr 1, der det fastslås at enhver har rett til privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Det bør bemerkes at korrespondanse her omfatter telefonsamtaler og annen elektronisk kommunikasjon. Domstolen har i flere avgjørelser lagt til grunn at også telefonavlytting dekkes av bestemmelsen.

Art 8 nr. 1 gir uttrykk for en hovedregel som imidlertid begrenses av bestemmelsen i art. 8 nr. 2. I motsetning til Grunnloven § 102 er ikke den materielle begrensning knyttet til noe bestemt saksområde (i kriminelle Tilfælde), men bestemmelsen åpner for en nokså bred, ganske løst formulert interesseavveining mellom samfunnets behov for nasjonal sikkerhet, i offentlig trygghet, og økonomisk velferd. Videre kan hensynet til beskyttelsen av privatlivet måtte vike for å forebygge uorden og kriminalitet eller for å beskytte helse, moral eller andres rettigheter og friheter. Artikkel 8 nr 2 er på dette punkt så løst formulert at det ikke er vanskelig å forstå at domstolen har veket tilbake for å detaljstyre de materielle krav i konvensjonen på dette punkt. Dette kan synes noe overraskende når man ser hvor konkret domstolen har avgjort andre saker i forhold til andre og minst like løst formulerte artikler i konvensjonen. Forskjellen er kanskje at adgangen til opplesning av politiforklaringer etter artikkel 6, er vesentlig mindre politisk kontroversiell enn statenes behov for telefonavlytting som begrunnes i den nasjonale sikkerhet.

Bestemmelsen i artikkel 8 er likevel ikke helt uten konkret innhold. Den oppstiller et krav om lovhjemmel og departementet legger til grunn – basert på praksis – at konvensjonen oppstiller krav til lovens tilgjengelighet og at den må være klart formulert. Videre kan man av artikkel 8 nr 2 utlede et proporsjonalitetskrav som utledes av formuleringen om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn.

## *Klarhetskravet i lovgivningen*

På side 23 i proposisjonen uttaler departementet følgende om dette:

Inngrepet må være « in accordance with the law ». Det kreves ikke at inngrepet er hjemlet i formell lov. Begrepet « law » omfatter både skrevne rettsregler og regler som er utviklet gjennom rettspraksis. Men hjemmelen og vilkårene for inngrepet må være tilgjengelige og klart formulert. Begrunnelsen er at borgerne skal kunne ha et rimelig grunnlag for å danne seg en oppfatning av når tvangsmidler kan brukes. Kravet til klarhet innebærer at hjemmelen ikke må være for skjønnsmessig utformet, men synes å variere noe med inngrepets styrke. Dreier det seg om rom- eller telefonavlytting, stiller EMD krav om en klar lovhjemmel, jf for eksempel dommen i Malone-saken (se ovenfor). Dersom det først foreligger et tilstrekkelig presist lovgrunnlag, synes det imidlertid som om EMD som regel aksepterer statenes vurdering av behovet for inngrepet

Det er utvilsomt et sentralt poeng. Dersom lovskravet ikke innebærer annet enn et krav om en formell forankring i lov, ville konvensjonen miste nesten enhver betydning som materiell rettsikkerhetsgaranti. Et presisjonskrav til lovgivningen vil sikre en forutberegnelighet, slik at individene - et stykke på vei - gis mulighet til å beskytte sitt privatliv. Den som ikke omgås kriminelle eller involverer seg i straffbar virksomhet, kan eksempelvis, med stor grad av trygghet, legge til grunn at vedkommendes telefoner ikke blir avlyttet.

Politoloven § 17 d angir at tvangsmidler kan anvendes for å "forebygge" visse alvorlige forbrytelser. Som påpekt ovenfor er dette i utgangspunktet en angivelse av formålet med tiltaket og dermed subjektivt betinget. Det problematiske er imidlertid at forebyggingskravet ikke har noen tidsmessig ramme og det er heller ikke angitt noe om dette i lovens forarbeider. I prinsippet er loven anvendelig på mulige handlinger i en fjern og ubestemt framtid. Dette har neppe vært departementets intensjon, men det er problematisk at loven ikke er mer presis. Det kan synes som om departementet har skjøvet den nærmere avgrensning over til domstolene, men dette kan ikke i seg selv oppfylle det presisjonskrav som følger av EMK. Dersom loven hadde anvendt begrepet "avverge" vil dette antagelig vært vesentlig bedre. Det kan her innskytes at konvensjonens engelske tekst bruker formuleringen "...prevention of disorder or crime...". I den norske konvensjonsteksten anvendes uttrykket "forebygge uorden eller kriminalitet". Prevention på engelsk vil innbefatte både det kortsiktige "avverge" og det mer langsiktige "forebygge" på norsk. Det er ikke uten videre gitt at "prevention" skal forstås i den vide betydning på norsk. Rettsikkerhetsmessig er det mye som taler for å gi det en mer snever ramme. Det poengteres i proposisjonen på side 24 at departementet har lagt stor vekt på å gi inngrepshjemlene "en mest mulig presis utforming". Det er det ingen grunn til å betvile, men problemet er at selve grunnforutsetningen om å forebygge er så vag at den gir liten konkret mening.

### *Forholdsmessighetskravet*

Et annet vilkår for å godta et inngrep etter EMK art 8 nr 2 er at dette er "necessary in a democratic society". Dette innebærer et krav om forholdsmessighet mellom de mål som søkes oppnådd og de virkemidler som blir anvendt. Et slikt krav innebærer et krav om at de mest inngripende tvangsmidler ikke kan anvendes på de mest bagatellmessige forhold. Dette i og for seg selvfølgelig utgangspunkt, kan bli nokså porøst dersom tar bort de banale eksempler. At denne avveining kan bli vanskelig, bekrefter følgende formulering fra proposisjonens side 23:

I vurderingen av om lovgrunnlaget oppfyller kravet til forholdsmessighet må det tas hensyn både til den mistenkte lovbrøyer, og til tredjepersoner som kan bli rammet av tiltaket, som for eksempel familiemedlemmer og forretningsforbindelser. Prinsippet om forholdsmessighet krever mer enn at tiltaket er ønskelig eller kan vise seg å være nyttig i kriminalitetsbekjempelsen, men det kreves ikke at tiltaket er uunnværlig. Det må foretas en interesseavveining, og EMD legger i denne avveiningen blant annet vekt på om mindre inngripende metoder kommer til kort. Også den konkrete anvendelsen av tvangsmidlene må bygge på et prinsipp om slik forholdsmessighet (jf regelen om forholdsmessighet i straffeprosessloven §170 a).



Det synes likevel rimelig sikkert at dersom man forutsetter at kravet til presis lovgivning først er oppfylt, synes det lite tvilsomt at kravet til forholdsmessighet er oppfylt i forhold til politilovens § 17 d og de alvorlige forbrytelser som er regnet opp der.

### *Vernet mot myndighetsmisbruk*

I flere sammenhenger har EMD vektlagt at det må forefinnes effektive og gode kontrollordninger som kan gi rimelige garantier mot misbruk. Dette gjelder særlig i de tilfelle der det ikke foreligger normal kontradiksjon slik som ved bruk av hemmelige metoder. At domstolskontroll er et sentralt element i dette, synes rimelig klart. Dette behovet for beskyttelse mot myndighetsmisbruk, synes også dekket gjennom de særlige etterfølgende kontrollordninger som er etablert gjennom EOS-utvalget. Det bør bemerkes at den oppnevnte advokat etter straffeprosessloven § 100 a selvsagt har innsyn i de dokumenter som fremlegges for retten i forbindelse med en begjæring om bruk av tvangsmidler etter politilovens § 17 d. Under behandlingen i Justiskomiteen fikk politilovens § 17 e, annet ledd, 2. punktum en tilføyelse som begrenset advokatens innsyn til de dokumenter som blir fremlagt for retten. En har ikke funnet noen egentlig begrunnelse for denne tilføyelsen, som antagelig ikke har så stor selvstendig betydning. Dette forutsetter imidlertid at alt relevant materiale faktisk blir fremlagt. EOS-utvalget vil her åpenbart ha en kontrollfunksjon som går lenger enn det som er tillagt domstolene. Denne dobbeltkontroll fra domstoler, advokat og EOS-utvalget, bør samlet sett utgjøre et tilfredsstillende kontrollapparat. På dette punkt synes ikke EMK å utgjøre en rettslig begrensning.

Det bør imidlertid tilføyes at problemets kjerne er den manglende presisjon i hjemmelsgrunnlaget. Dersom loven ikke oppfylder presisjonskravet i EMK artikkel 8, vil selvsagt også domstolskontrollen bli en tom kulisse.

## **OSLO STATSADVOKATEMBETER**



Lasse Qvigstad  
førstestatsadvokat