



Forsvarsdepartementet
Postboks 8126 Dep

0032 Oslo

Deres referanse

2016/2773-5/FD II/HVA

Vår referanse

19-017145ADM-BORG/BORG

Dato

07.02.2019

HØRING – FORSLAG TIL NY LOV OM ETTERRETNINGSTJENESTEN

Vi viser til departementets høringsbrev 12. november 2018 og til høringsnotatet av samme dag.

Borgarting lagmannsrett avgrenser sin høringsuttalelse til å gjelde forslagene om domstolskontroll i høringsnotatet punkt 11.11 og omtalen av økonomiske og administrative konsekvenser knyttet til kontrollmekanismene i punkt 11.16.6.

Vi tar som utgangspunkt at reglene må utformes slik at domstolskontrollen blir reell og effektiv. Dette forutsetter både at lovens vilkår er tilstrekkelig presise og at domstolen blir presentert det faktiske grunnlaget for begjæringen i et omfang og på en måte som gjør det mulig å foreta en reell prøving.

Etter utkastet § 8-1 må E-tjenesten ha rettens forutgående tillatelse til søk i lagrede metadata (utkastet § 7-8) og til innhenting og lagring av innholdsdata, (utkastet § 7-9). Etter utkastet § 8-4 skal retten prøve om lovens vilkår er oppfylt, herunder at

- innhenting ligger innenfor Etterretningstjenestens oppgaver etter kapittel 3,
- ikke innebærer brudd på forbudene i §§ 1-3 annet ledd, 4-1, 4-3, 4-4 eller 9-4,
- tilfredsstiller grunnvilkårene etter kapittel 5.

Formålene for innhenting fremgår i utkastet kap. 3 om Etterretningstjenestens oppgaver. Som grunnlag for inngrep er formålsangivelsen vid og vag. Nær sagt all informasjon kan hevdes å ligge innenfor ett av formålene i kap. 3. I lys av tiltakets inngripende karakter mener Borgarting lagmannsrett at formålsangivelsen i § 8-4 bør begrenses slik at bare de formål som er angitt i utkastet § 3-1 om utenlandske trusler, kan begrunne søk etter §§ 7-8 og 7-9.

Borgarting lagmannsrett vil videre peke på at det kan være vanskelig for domstolene å føre reell kontroll med at forbudene i kap. 4 blir overholdt. Etter § 4-1 gjelder et forbud mot at E-

tjenesten innhenter informasjon om norske borgere. Her er det dels uklart hva som ligger i «rettet mot», og dette bør omtales nærmere i forarbeidene. Dels er unntakene og presiseringene i § 4-2 omfattende.

Grunnvilkårene i kap. 5 vil være sentrale ved domstolskontrollen. Grunnvilkåret både i § 5-1 (målsøking) og § 5-2 (målrettet innhenting) er «grunn til å undersøke». Dette er en lav terskel, og det er presisert i høringsnotatet side 156 at denne standarden er en «isolert etterretningsterskel» som ikke har eller skal ha noen sammenheng med tilsvarende begreper i politiloven og straffeprosessloven. I politiloven og straffeprosessloven dreier det seg om sannsynlighet for at noen har begått eller vil begå straffbare handlinger, mens Etterretningstjenesten forholder seg til om innhenting vil besvare norske myndigheters informasjonsbehov, uavhengig av om noen i sakskomplekset har gjort eller vil gjøre noe straffbart eller på annet vis opptre klanderverdig. Dette vil være uvant for domstolene.

En viktigere skranke i praksis blir § 5-4 om forholdsmessighet. Domstolene vant til å foreta forholdsmessighetsvurderinger. Forholdsmessighetskravet er nærmere omtalt i høringsnotatet punkt 9.5.3 på side 152-154. Vilkåret innebærer at inngrepet må være nødvendig for å oppnå formålet, herunder at det er egnet og at formålet ikke kan oppnås med mindre inngripende tiltak. Forholdsmessighetsvurderingen vil være en avveining av på den ene side alvorligheten av inngrepet for den enkelte og på den annen side den samfunnsmessige betydning av å fremskaffe den aktuelle informasjonen (mao. en balansering av private og offentlige interesser). I lys av at søkene gjennomføres i en stor mengde rådata, hvor det meste er knyttet til personer og forhold som ikke er relevante for etterretningstjenestens oppgaveløsning, reiser Borgarting lagmannsrett spørsmål om ikke terskelen for når inngrepet blir uproporsjonalt er lagt for høyt i høringsnotatet. Det må her også ses hen til EMK artikkel 8 og EMDs praksis. Både Big Brother Watch vs. Storbritannia og Centrum for Rättvisa vs. Sverige, som omtales i høringsnotatet, er for øvrig nå henvist til behandling i storkammer i EMD. Etter utkastet § 7-8 første ledd kan personselektorsøk inkludere to ledd ut i personenes kommunikasjonskjede. Gitt det store antall personer som da vil inngå i søket, er lagmannsrettens umiddelbare syn at dette lett kan bli vurdert som uforholdsmessig.

For at domstolsprøvingen skal bli reell og effektiv må det stilles ganske store krav til begjæringene. Disse må være konkrete, beskrive det aktuelle formålet og redegjøre for hvorfor det foreligger «grunn til å undersøke». Videre må begjæringen gi retten alle opplysninger som trengs for å kunne vurdere forholdsmessigheten.

Borgarting lagmannsrett er enig med departementet i at retten i disse sakene ofte vil ha behov for fagkyndig bistand (høringsnotatet side 238-239). Det er ikke unaturlig at Etterretningstjenesten bidrar med dette på samme måte som partene i andre saker (både straffesaker og sivile saker) fører sakkyndige vitner. Hensynet til at domstolskontrollen både skal være, og utad bli oppfattet som, uavhengig tilsier imidlertid at retten ved behov må kunne oppnevne egne sakkyndige som sikkerhetsklarerer for dette formålet. Som lagmannsretten pekte på i sin høringsuttalelse 3. januar 2017 til utredningen fra Lysne II-utvalget, er det viktig at dommerne ikke blir oppfattet som Etterretningstjenestens forlengede arm.

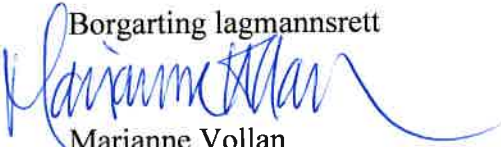
Borgarting lagmannsrett har merket seg at departementet i utkastet § 8-5 foreslår en ordning med særskilt advokat. Vi ser dette som viktig for å oppnå en mest mulig kontradiktorisk saksbehandling. Bestemmelsen er utformet som en kan-regel, og i høringsnotatet side 214 sies at domstolene «vil normalt oppnevne» en slik advokat. I saker etter politiloven § 17d og ved tvangsmidler med utsatt underretning etter straffeprosessloven er det imidlertid obligatorisk

med offentlig advokat, jf. politiloven § 17e og straffeprosessloven § 100a. Hensett til betydningen av kontradiksjon anbefaler lagmannsretten at «kan» endres til «skal» også i § 8-5.

Etter utkastet § 8-3 kan retten holde muntlig forhandling. I lys av disse sakenes spesielle karakter, den lave inngrepsterskel og de skjønsmessige vilkår for øvrig, samt at forholdsmessighetsvurderingen ofte vil være utfordrende, antar Borgarting lagmannsrett at rettsmøte med muntlig forhandling i praksis vil være hovedregelen i tingretten, iallfall så legge saksfeltet er nytt for domstolen. Vi antar at i lagmannsretten som ankeinstans kan de fleste sakene behandles skriftlig, slik regelen ellers er ved anke over kjennelser, jf. straffeprosessloven § 385 første ledd. Men også her vil det nok, særlig de første par årene etter ikrafttreddelsen, bli holdt muntlig forhandling i en ikke ubetydelig andel av sakene.

I høringsnotatet punkt 11.11.4.2 drøftes spørsmålet om domstolskontrollen bør ivaretas av de alminnelige domstoler eller om det bør opprettes en særdomstol. Borgarting lagmannsrett er enig med departementet i at man bør velge de alminnelige domstoler med Oslo tingrett som førsteinstans. En viss dommerspesialisering vil skje i og med at sakene bare kan behandles av sikkerhetsklarerte dommere.

Økonomiske og administrative konsekvenser for domstolene er nokså summarisk behandlet i høringsnotatet punkt 11.16.6.2. For Borgarting lagmannsrett vil merbelastningen (både i form av økt dommerbehov og dommernes behov for administrativ og teknisk støtte i disse sakene) avhenge av hvor mange begjæringer Etterretningstjenesten fremmer overfor Oslo tingrett, hvor stor andel av tingrettens kjennelser som blir påanket og i hvor stor andel av ankesakene det blir holdt muntlig forhandling. Gitt sakenes karakter og kompleksitet må det nok antas at mange kjennelser vil bli påanket, iallfall den første tiden til det foreligger rettspraksis av noe omfang. Av samme grunn må det antas at lagmannsretten den første tiden vil holde muntlig forhandling i mange av ankesakene. Det vil i tillegg påløpe utgifter til salær til de særskilte advokatene og til rettsoppnevnte sakkyndige.

Borgarting lagmannsrett

Marianne Vollan
førstelagmann


Hans-Petter Jahre
lagmann