

Politiets adgang til å anvende skjulte tvangsmidler som kommunikasjonstroll i forebyggende og avvergende virksomhet.

Et kritisk blikk i lys av ulike kryssende hensyn.

Kandidatnummer: 621

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 17 917



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema, problemstilling og rettslig plassering.....	1
1.2	Begrepsavklaring	2
1.3	Overordnede prinsipper.....	5
1.3.1	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon	5
1.3.2	Grunnloven	7
1.4	Historisk utvikling.....	8
1.5	Avgrensning	9
1.6	Den videre fremstilling	10
2	KRYSSENDE HENSYN	12
3	RETTLIG GRUNNLAG	16
4	FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPET	17
5	MISTANKEKRAV FOR ALMINNELIGE TVANGSMIDLER	19
6	VILKÅR FOR POLITIET OG PSTS TVANGSMIDDELBRUK	20
6.1	Det alminnelige politiets avvergende tvangsmiddelbruk.....	20
6.1.1	Etterforskningskravet.....	20
6.1.2	Kriminalitetskravet	22
6.1.3	Mistankekravet	24
6.2	PSTs avvergende tvangsmiddelbruk.....	27
6.2.1	Generelt	27
6.2.2	Mistankekravet	27
6.3	PSTs forebyggende tvangsmiddelbruk	28
6.3.1	Generelt	28
6.3.2	Mistankekravet	30
6.4	Felles materielle tilleggsvilkår for politiet og PST	32
6.4.1	Indikasjons- og subsidiaritetskrav	32
6.4.2	Skjerpet forholdsmessighetskrav og særlige grunner	34
7	DOMSTOLENE	36
7.1	Kort om primærkompetanse og hastekompetanse	36
7.2	Hastekompetanse i lys av maktfordelingsprinsippet.....	36

8	MISTENKTE	40
9	UTENFORSTÅENDE TREDJEPERSONER.....	43
10	EMD	45
11	AVSLUTTENDE VURDERING	50
12	LITTERATURLISTE	52

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og rettslig plassering

Politiets adgang til å benytte skjult kommunikasjonskontroll har gjennomgått flere utvidelser gjennom de siste 10 til 15 årene. Myndighetens behov for å beskytte samfunnet mot økende og mer alvorlig kriminalitet har aktualisert spørsmålet om å innføre nye etterforskningsmetoder.¹ Samtidig har behovet meldt seg for å kriminalisere ytterligere alvorlige straffbare handlinger. Bakgrunnen for utvidelsen av reglene er særlig begrunnet i økningen av organisert kriminalitet og internasjonal terrorisme.² For at politiet skal kunne beskytte samfunnet og enkeltmennesker mot denne type kriminalitet, er det en forutsetning at politiet skal kunne benytte skjulte tvangsmidler på et tidligere tidspunkt før den straffbare handlingen er fullbyrdet. I politiets sikkerhetstjenestes (PST) trusselvurdering for 2015 fastslås det at utviklingen i trusselbildet i Norge gjennomgående er negativ og forventes å fortsette i 2015.³ Det negative trusselbildet kjennetegnes av en økning av ekstreme islamistiske miljøer i Norge og særlig Syria, som tiltrekker seg nye tilhengere og fremmedkrigere. Det påpekes videre at terrortrusselen i Norge først og fremst knytter seg til enkeltindivider, som er i stand til å handle på egenhånd eller i små grupper. I bekjempelsen av denne type kriminalitet er forebyggende og avvergende tiltak viktig for å forhindre fremveksten av organiserte kriminelle miljøer. På denne bakgrunn er temaet for oppgaven politiets adgang til å bruke skjulte tvangsmidler som kommunikasjonskontroll i forebyggende og avvergende virksomhet etter straffeprosessloven⁴ (strpl.) § 222d og politiloven⁵ (pl.) § 17d.

Lovgivning som åpner for skjult tvangsmiddelbruk medfører i teorien at alle borgere kan bli utsatt for en eller annen form for overvåking. Det kan foreligge tilfeller hvor tvangsmiddelbruken er lovhjemlet, men likevel viser seg å være ubegrunnet, fordi mistankegrunnlaget ikke holdt. Ved lave mistankekrav er dette en åpenbar risiko. I de tilfeller hvor tvangsmiddelbruk krever skjellig grunn til mistanke, rimelig grunn til mistanke eller grunn til å undersøke, skal tersklene bl.a. sikre at ingen uskyldige gjenstand for tvangsmiddelbruk. Det mest alvorlige i en rettsstat er at uskyldige blir dømt. Som en følge av kriminalitetsutviklingen er det imidlertid nødvendig å operere med lavere mistankekrav for effektivt å kunne forebygge og avverge at samfunnet ikke utsettes for alvorlige straffbare handlinger. Prisen for en lavere mistanke-

¹ Bruce og Haugland (2014) s. 17.

² Hov (2010) 2 s. 755.

³ PSTs trusselvurdering (2015), gjengitt fra overskrift «oppsummering».

⁴ Lov 22. mai 1981 nr.25 om rettergangsmåten i straffesaker.

⁵ Lov 4. august 1995 nr.53 om politiet.

terskel er imidlertid at uskyldige vil kunne bli rammet av tvangsmiddelbruken.⁶ At uskyldige kan bli rammet viser at det kan bli sett på som negativt at man blir utsatt for overvåking uten at det egentlig foreligger grunnlag for det.

I Norge er det ulike straffesanksjoner og tvangsmidler. De mest sentrale i denne sammenheng er dom, varetekt, pågrepelse, og skjulte tvangsmidler. Terskelen for å iverksette tvangsmidler i alminnelighet er lavere enn hva som kreves for å bli straffedømt, som etter sikker rett krever bevis utover enhver rimelig tvil. Kravet skal sikre at ingen uskyldige blir dømt. For å bli pågrepet kreves skjellig grunn til mistanke, jf. strpl. § 171. Det er mer inngripende å bli straffedømt enn å bli pågrepet.⁷ Derfor senkes terskelen til skjellig grunn. Skjulte tvangsmidler representerer tiltak som iverksettes før det blir aktuelt å pågripe, fengsle eller stille noen for straffansvar. Ved bruk av skjulte tvangsmidler er inngrepet enda mindre siden det foregår i det skjulte og ikke oppleves fysisk, slik at mistanketerskelen senkes tilsvarende. Til gjengjeld kompenseres lavere mistankekrav med at tvangsmiddelbruken kun er forbeholdt alvorlig kriminalitet med høye strafferammer. Fra en slik synsvinkel er det noe samfunnet får – en effektiv kriminalitetsbekjempelse – men også en pris samfunnet må betale, i form av hemmelig overvåking, og dermed inngrep i personvernet. Det reelle faremomentet ved skjult tvangsmiddelbruk må etter dette være hvis myndighetene misbruker denne makten. Det blir derfor viktig med et lovverk og kontrollordninger, som forhindrer vilkårlighet og maktmisbruk.

Utfordringen med å opprettholde en balanse mellom den statlige kontrollen av enkeltindivider i bekjempelsen av alvorlig kriminalitet og plikten til å sikre individets respekt for privatliv og kommunikasjonsfrihet, er til syvende og sist et spørsmål om hvilket samfunn vi vil ha. Spørsmålet beror i stor grad på verdivalg og kompromisser borgerne og staten må tåle. Oppgaven vil derfor rette et kritisk blikk på reglene om skjulte tvangsmidler i lys av ulike kryssende interesser.

Ettersom forebyggende og avvergende tvangsmidler anvendes før en straffbar handling er fullbyrdet, er det hensiktsmessig først å se på hva som menes med begrepen.

1.2 Begrepsavklaring

Tvangsmiddelbruk kan ha ulike formål, men har det til felles at det er foreløpige skritt i en straffesak og opphører normalt når saken er endelig avgjort.⁸ Utgangspunktet som ligger til grunn i straffeprosessen er at politiet plikter å underrette dem som rammes om at de har vært

⁶ Hov (2010) 2 s. 755.

⁷ Hov (2010) 2 s. 727.

⁸ Andenæs (2009) s. 278.

gjenstand for tvangsmiddelbruk. Skjult tvangsmiddelbruk utgjør unntak fra dette utgangspunktet, ved at tvangsmidlets effektivitet tilsier at de som rammes ikke kan underrettes på forhånd eller i det hele tatt.⁹

Kommunikasjonskontroll er en fellesbetegnelse på kommunikasjonsavlytting etter strpl. §§ 216a og 216b.¹⁰ Etter strpl. § 216a tredje ledd 1 pkt. kan kommunikasjonsavlytting bestå i å avlytte samtaler til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre kommunikasjonsanlegg. Det følger av tredje ledd 2 pkt. at identifisering av kommunikasjon med teknisk utstyr etter strpl. § 216b, også faller inn under begrepet. Kommunikasjon skal forstås som overføring av informasjon fra en avsender til en mottaker.¹¹

Skjult tvangsmiddelbruk kan iverksettes på ulike stadier i en straffesak. Det skilles gjerne mellom politiets forebyggende og etterforskende virksomhet. Fremstillingen vil trekke opp noen hovedlinjer for å avklare begrepene, men vil ikke gi en inngående drøftelse om grensdragningen, siden dette faller utenfor oppgavens kjerne. Betydningen av å trekke opp skillet er for det første for å avklare hvilke metodevalg og lov politiet skal anvende.¹² For det andre har grensdragningen betydning for overordningsforholdet; om det er justisdepartementet, herunder politidirektoratet som har det overordnede ansvaret eller om det er påtalemyndigheten med riksadvokaten som øverste leder.

I riksadvokatens rundskriv menes etterforskning som en formålsstyrt virksomhet hvor innsamling av fakta er styrt av rettslige normer med utgangspunkt i strpl. § 226.¹³ Om vilkårene for å iverksette etterforskning etter strpl. § 224 er oppfylt beror på en helhetsvurdering, hvor sentrale momenter er sannsynligheten for at det foreligger et straffbart forhold, samt krav til saklighet- og forholdsmessighet.¹⁴ Det ble videre fastslått at det avgjørende for om virksomheten anses som etterforskning, er om formålet med tiltaket er for å avklare om et straffbart forhold har funnet sted.¹⁵ Er formålet et annet, legges det til grunn at virksomheten skal betegnes som forebyggende.¹⁶ Denne forståelsen ble lagt til grunn av mindretallet i Politimeto- deutvalget, som departementet senere sluttet seg til ved innføringen av forebyggende og av- vergende tvangsmidler.¹⁷ Riksadvokatens rundskriv er derfor fortsatt relevant for hvordan

⁹ NOU 2009: 15 s. 150.

¹⁰ Bruce og Haugland (2014) s. 179.

¹¹ Bjerke, Keiserud og Sæther 1 (2011) s. 743.

¹² NOU 2009: 15 s. 150.

¹³ RA-1999-3 del II, pkt. 1.

¹⁴ RA-1999-3 del III, pkt. 3.

¹⁵ RA-1999-3 del II, pkt. 2.

¹⁶ RA-1999-3 del II, pkt. 3.

¹⁷ NOU 2004: 6 s. 174 og 289, se videre ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 42.

etterforskningsbegrepet skal forstås, herunder avgrensningen mot forebyggende arbeid. Det legges derfor videre til grunn at det avgjørende for om virksomheten betegnes som etterforskning eller forebygging, er formålet med informasjonsinnhenting.

Til forskjell fra etterforskningsbegrepet er ikke forebygging eller etterretning definert i loven. Politiets forebyggende funksjon er imidlertid lovfestet som en selvstendig politioppgave, jf. pl. § 2 nr. 2. Med kriminaletterretning menes det innledende og kartleggende stadiet, hvor fokuset rettes mot innsamling og bearbeidelse av informasjon.¹⁸ Forebyggende virksomhet betegner ulike tiltak politiet iverksetter for å hindre at straffbare handlinger finner sted.¹⁹ Forebyggende tiltak omfatter generelle tiltak av mer regulerende, holdningspåvirkende og kontrollerende karakter til mer konkrete forholdsregler for å hindre, stanse eller avdekke lovbrudd.²⁰

Metodebruk etter strpl. § 222d kan bare anvendes som ledd i etterforskningen, og betegnes derfor som «avvergende», mens metodebruk utenfor etterforskningen betegnes som «forebyggende» etter pl. § 17d.²¹ Ser man for seg en tidsakse med et bestemt gjerningstidspunkt, vil forebyggende tiltak tidsmessig finne sted lengst fra gjerningstidspunktet.²² Den avvergende virksomhet betegner den situasjon hvor politiet griper inn forut for fullbyrdelsestidspunktet, men i umiddelbar nærhet til fullbyrdelsen. I den andre enden av tidsaksen gjenstår de tiltak som politiet iverksetter først etter at den straffbare handlingen er fullbyrdet, hvor formålet med tiltaket er av oppklarende karakter, dvs. etterforskning.

Norges folkerettslige forpliktelser har betydning for hvordan reglene om tvangsmidler bør utformes, hvordan de praktiseres i det konkrete tilfellet, ved innføring av nye etterforskningsmetoder og utvidelse av eksisterende regler. Departementet fremhevet at menneskerettighetsforpliktelsene ikke bare får betydning som begrensning og rettssikkerhetsgaranti, men også som forpliktelse til å treffe effektive tiltak om å bekjempe alvorlig kriminalitet, herunder å gjennomføre tiltak for å beskytte borgerne mot overgrep fra andre samfunnsmedlemmer.²³

¹⁸ Auglend, Mæland og Røsandhaug (2004) s. 294.

¹⁹ Auglend, Mæland og Røsandhaug (2004) s. 295 til 296.

²⁰ Auglend, Mæland og Røsandhaug (2004) s. 225 til 226.

²¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 60.

²² NOU 2004: 6 s. 31.

²³ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 9 til 10.

1.3 Overordnede prinsipper

1.3.1 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Spørsmålet om hvilket samfunn som er ønskelig reiser spørsmålet om hvilke absolutte rammer, og dermed hvilket spillerom, Norges menneskerettslige forpliktelser legger på norske myndigheters adgang til å drive en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Av fremstillingsmessig hensyn velger jeg å behandle Den europeiske menneskerettighetskonvensjon²⁴ (EMK) art. 8 nr. 2 under Den europeiske menneskerettighetsdomstols (EMD) rolle som aktør i oppgavens kapittel 10. I denne delen av fremstillingen skal det redegjøres for kjernen i privatlivsbegrepet for å se på hvordan skjult tvangsmiddelbruk griper inn i denne rettigheten.

Politiets bruk av skjulte tvangsmidler innebærer inngrep den enkeltes personlige integritet ved at myndighetene får innsyn i personers privatliv, bevegelsesmønster og fortrolige kommunikasjon med andre. Tvangsmiddelbruken griper dermed inn i retten til respekt for privatlivet, herunder personvern og rettssikkerhet.

Både strpl. §§ 4 og pl. 3 fastslår at lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten. Gjennom vedtakelsen av menneskerettighetsloven (mnskrl) av 21. mai 1999 nr. 30 ble EMK inkorporert i norsk rett. EMK art. 1 fastslår at medlemsstatene skal sikre («secure») konvensjonsrettighetene. Sikringsplikten innebærer både en positiv og negativ plikt.²⁵ Den positive plikten innebærer at norske myndigheter skal sikre grunnleggende konvensjonsrettigheter slik at disse gis en effektiv beskyttelse. Plikten tilsier at staten skal sikre et regelverk som gjør det mulig for politiet å verne borgerne mot kriminalitet på en effektiv måte. Statens negative forpliktelse innebærer at myndighetene ikke skal innskrenke individets rettigheter uten at det kan påvises et legitimt behov. Ved skjult overvåking må følgelig staten kunne begrunne inngrepet i normer og regler som samsvarer med våre folkerettslige forpliktelser. Det innebærer at den norske stat har forpliktet seg til å bekjempe kriminalitet for å verne borgerne og samtidig ivareta enkeltindividets krav på personvern og rettssikkerhet. Etter mnskrl. §§ 2 og 3 gjelder bl.a. EMK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP) som norsk lov og har ved motstrid forrang fremfor norsk lovgivning. Fremstillingen vil ikke gå nærmere inn på SP art. 17, som også er relevant for adgangen til skjult tvangsmiddelbruk, fordi artikkelen er mindre streng enn EMK art. 8.²⁶

²⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4. November 1950.

²⁵ Bruce og Haugland (2014) s. 35.

²⁶ Bruce og Haugland (2014) s. 35.

Det er særlig EMK art. 8 som er relevant ved politiets bruk av skjulte tvangsmidler, der bruken medfører et inngrep i privatlivet. Det følger av EMK art. 8 nr. 1 at «Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». Bestemmelsen oppstiller et generelt vern om privat- og familieliv, hjem og korrespondanse. Begrepet «privatliv» er et vidt begrep som er ansett for å konsumere de øvrige rettighetene.²⁷ Kjernen i «privatlivet» omfatter i EMD- praksis en persons fysiske- og psykiske integritet, samt retten til å utvikle sin personlighet uten innblanding fra andre.²⁸ Privatlivet omfatter også en persons mulighet til å etablere og utvikle sin sosiale identitet vis- à- vis andre mennesker.²⁹ Retten til å utvikle sin sosiale identitet og utvikle sitt forhold til andre mennesker har i EMD- praksis begrunnet en utvidende tolkning av begrepet «privatliv», bl.a. i *Niemietz mot Tyskland*, hvor Domstolen uttalte at en persons arbeidsplass falt inn under begrepet.³⁰ EMD begrunnet sitt standpunkt med at en persons aktivitet er av betydning for både selvrealisering og relasjonsbygging, og at denne aktiviteten like godt kan finne sted på arbeidsplassen som i hjemmet. Samlet sett synes EMD- praksis å gi støtte for en slutning om at begrepet «privatliv» i vid utstrekning tar opp i seg personverngarantier for den enkelte. Skjult tvangsmiddelbruk vil dermed representere et inngrep i personvernet, jf. EMK art. 8.

Retten til privatliv er imidlertid ikke absolutt, siden begrepet «...respect...» språklig sett gir anvisning på at privatlivet skal respekteres, ikke at det foreligger et totalforbud mot inngrep i denne rettigheten, jf. EMK art. 8 nr. 1. Et inngrep («inteference») innebærer ikke uten videre at det foreligger en krenkelse av retten til privatliv, jf. EMK art. 8 nr. 2. «Inngrep» representerer konkrete faktiske handlinger myndighetene foretar seg, som først og fremst utløser lovkravet, herunder kravet til en legitim begrunnelse, jf. EMK art. 8 nr. 2. EMD har i blant annet *PG og JH mot Storbritannia* fastslått at hvorvidt et inngrep faktisk innebærer en krenkelse av retten til privatliv etter EMK art. 8 beror på en helhetsvurdering av en rekke momenter.³¹ Utover det som kan utledes av kjernen i privatlivsbegrepet, fastslo EMD i samme avsnitt at det er et sentralt moment i vurderingen hvorvidt personen har en rimelig forventning om beskyttelse av retten til et privatliv i det konkrete tilfellet. Artikkelen retter seg direkte mot overvåkning i det private hjem, men det kan på grunnlag av uttalelsene i dommen også tenkes krenkelse av privatlivet selv om personen opptrer i det offentlige rom. EMD presiserte imidlertid at en persons rimelige forventning om rett til beskyttelse av sitt privatliv i det offentlige rom er en viktig, men ikke avgjørende faktor. Det må foretas en konkret vurdering av blant annet inngrepets varighet- og intensitet, hvilken mistankegrad som foreligger, om overvåkningen fant sted

²⁷ All (2011) s. 194.

²⁸ Von Hannover v. Germany (saksnummer 59320/00), avs. 50.

²⁹ Mikulić v. Croatia (saksnummer 53176/99), avs. 53.

³⁰ Niemietz v. Germany A-251- B (1992), avs. 29.

³¹ P.G og J.H v. UK (Reports of Judgments 2001-IX), avs. 57.

åpent eller skjult, om informasjonsinnhenting ble lagret systematisk og permanent, og på hvilken måte beslutningen om overvåkning ble fattet. Helhetsvurderingen rommer på dette grunnlag viktige personvern- og rettsikkerhetsvurderinger.

For at skjult tvangsmiddelbruk ikke skal innebære en krenkelse av privatlivet, må inngrepet oppfylle vilkårene i EMK art. 8 nr. 2. Dette behandles nærmere i kapittel 10.

1.3.2 Grunnloven

Når politiet gjør inngrep i borgernes private sfære ved skjult tvangsmiddelbruk, gjelder det et legalitetsprinsipp. Prinsippet innebærer at norske myndigheter må ha hjemmel i formell lov for å kunne gjøre inngrep - både faktisk og rettslig - overfor borgerne.³² På strafferettens område følger lovkravet direkte av Grunnloven³³ § 96 (Grl), men prinsippet gjelder etter sikker rett også på straffeprosessens område som følge av konstitusjonell sedvanerett. Det ulovfestede legalitetsprinsippet er nå lovfestet i Grl. § 113, som fastslår at «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Prinsippet er lovfestet for all myndighetsutøvelse, herunder politiets informasjonsinnhenting gjennom kommunikasjonskontroll.³⁴ Overført til skjult tvangsmiddelbruk utgjør lovkravet en sentral rettssikkerhetsgaranti ved at det stilles krav til inngrepshjemmelens klarhet og forutberegnelighet for borgerne. På den måten bidrar lovkravet til å hindre vilkårlighet og maktmisbruk fra myndighetens side.

En mer generell beskyttelse av personvernet i norsk rett kommer til uttrykk i den nye Grl. § 102, som lyder: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon». Bestemmelsen er utformet med lik ordlyd som EMK art. 8, og må anses å bidra til å styrke og klargjøre hensynet til privatlivet og personvernet i norsk rett.

Både Grl. §§ 113 og 102 oppstiller konstitusjonelle skranke for inngrep i borgernes private sfære, og er derfor relevante når politiet anvender skjulte tvangsmidler.

Ettersom politiets adgang til å anvende skjulte tvangsmidler har blitt utvidet i løpet av de siste 10 til 15 årene, er det av betydning å se nærmere på begrunnelsen for utvidelsene.

³² Andenæs og Fliflet (2008) s. 226.

³³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

³⁴ Rt. 2014 s. 1105, avs. 24.

1.4 Historisk utvikling

Frem til 1999 hadde politiet og PST kun adgang til å anvende skjult kommunikasjonskontroll i etterforskningen av narkotikalovbrudd og saker om rikets sikkerhet.³⁵ Det rettslige grunnlaget var den gang hjemlet dels i straffeprosesslovens kapittel 16a og dels i lov 24.juni 1915 nr.5 om lov om kontroll av post- og teletjenester. I 1999 ble politiets adgang til å iverksette kommunikasjonskontroll gjort generell ved strpl. kapittel 16a for en rekke andre sakstyper. I tillegg ble det blant annet åpnet adgang til hemmelig ransaking, utleveringspålegg og teknisk sporing. Utvidelsen av tvangsmidler var den gang ikke begrunnet i faren for terrortrussel, ettersom det ble påpekt at Norge i svært begrenset utstrekning hadde vært utsatt for internasjonal terrorisme i og mot den norske staten.³⁶ Det ble imidlertid fremholdt at den norske stat kunne komme i en sårbar og utsatt situasjon dersom myndighetene skulle innrette seg i den tro at faren for fremtidige terrorhandlinger var fraværende. Selv om spørsmålet om terror ble vurdert, var det imidlertid ingen bestemmelser i straffelovgivningen som direkte kriminaliserte terrorisme. Lovfestingen illustrerer hvordan politiets adgang til å bekjempe kriminalitet ble utvidet ved å innføre nye etterforskningsmetoder.

Den neste utvidelsen av politiets adgang til å benytte kommunikasjonskontroll som tvangsmiddel fant sted i etterkant av terrorangrepene i USA 11. september 2001. Etter terrorhandlingene vedtok FN's sikkerhetsråd 28. september 2001 resolusjon 1373 som særlig tok sikte på å forhindre finansiering av og forberedelser til terrorhandlinger.³⁷ Relevant i denne sammenheng er innføringen av straffeloven³⁸ (strl.) § 147a i 2002 som kriminaliserte terrorhandlinger. Lovfestingen av strl. § 147a illustrerer hvordan politiets adgang til å anvende tvangsmidler ble utvidet ved å kriminalisere nye typer alvorlig kriminalitet.

Felles for rettstilstanden før 1999 og frem til 2002 var at politiets adgang til å benytte kommunikasjonskontroll som hemmelig tvangsmiddel knyttet seg til å oppklare alvorlig kriminalitet som ledd i politiets etterforskning. Det fantes imidlertid ingen hjemler som ga politiet adgang til å ta i bruk etterforskningsmetoder på et tidligere tidspunkt i hendelsesforløpet, dvs. før det forelå skjellig grunn til mistanke.³⁹ Gjennom lovendringen av 17. juni 2005 nr. 87 ble politiet gitt hjemmel i straffeprosessloven og politiloven til å benytte skjulte tvangsmidler for å avverge og forebygge bestemte typer alvorlig kriminalitet. Etter departementets syn var

³⁵ Bruce og Haugland (2014) s. 17.

³⁶ Ot.prp. nr.64 (1998-1999) s. 34 og 35.

³⁷ Ot.prp. nr.61 (2001-2002) s. 10.

³⁸ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov

³⁹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 7.

formålet med lovforslaget og bedre politiet og PSTs adgang til å gripe inn i forkant for å forhindre bestemte typer kriminalitet på bakgrunn av økt kriminalitetsutvikling.⁴⁰

For å illustrere hvordan politiets adgang til å benytte skjulte tvangsmidler har blitt utvidet frem til i dag, kan det til slutt nevnes utvidelsen av strl. § 147a til også å ramme forberedelse til terrorhandlinger generelt, og ikke bare ved inngåelse av forbund mellom to eller flere personer.⁴¹ Formålet med kriminaliseringen av forberedelseshandlinger var for å gi samfunnet økt beskyttelse mot terrorhandlinger og fremme enkeltindividets trygghet og sikkerhet.⁴²

Utvidelsene av politiets adgang til å anvende skjulte tvangsmidler de siste 10-15 årene, viser hvordan hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse har vært et tungtveiende argument for å akseptere nye skjulte tvangsmidler, overvåkingshemler og kriminalisere adferd.

1.5 Avgrensning

Oppgavens hovedtema omfatter politiets forebyggende og avvergende tvangsmiddelbruk. Derfor avgrenses fremstillingen mot åpen og skjult metodebruk, som kan finne sted under etterforskningen med formål å oppklare lovbrudd, jf. strpl. § 224. For å få et fullstendig bilde av hvilke mistankekrav som stilles til forebyggende og avvergende tvangsmidler, er det imidlertid hensiktsmessig å redegjøre kort for mistankekravet for alminnelige tvangsmidler, som blir iverksatt med oppklarende formål, jf. f. eks. strpl. § 216a om kommunikasjonskontroll. Skjult tvangsmiddelbruk er kun en av flere mulige «ekstraordinære» tvangsmidler som står til politiets rådighet, men det faller utenfor oppgaven å redegjøre for spaning og infiltrasjon som metode. Domstolen er i første rekke den viktigste kontrollfunksjon som følge av dens forhånds- eller etterkontroll av tvangsmiddelbegjæringen, siden den tvangsmiddelbruken rettes mot ikke får underretning om tiltaket før det er gjennomført.⁴³ Det finnes likevel andre kontrollordninger som oppgaven ikke vil redegjøre for, bl.a. kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, EOS- utvalget, mistenktes forsvarer, oppnevningen av offentlig advokat og Si- vilombudsmannen.

På det forebyggende og avvergende stadiet er kjernen i tvangsmiddelbruken å innhente, lagre og eventuelt bruke denne informasjonen i en videre straffesak. Oppgaven konsentrerer seg imidlertid om stadiet for informasjonsinnhenting, slik at det faller utenfor oppgaven å behandle reglene om den videre bruk og lagring av opplysninger, samt reglene om taushetsplikt og

⁴⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 7.

⁴¹ Strl. § 147a femte ledd.

⁴² Prop. 131 L. (2012-2013) s. 7.

⁴³ Strpl. § 82 tredje ledd, 1 pkt. og pl. § 17e andre ledd 1 pkt.

dokumentinnsyn. Jeg har valgt å disponere avhandlingen ut fra de mest sentrale aktørene med et kritisk blikk på kryssende interesser, og derfor faller det utenfor oppgaven å redegjøre inngående for hvert enkelt materielle og prosessuelle vilkår som bestemmelsene oppstiller.

For at politiet skal kunne oppnå de overordnede målsettingene politiloven og straffeprosessloven tillegger politietaten, har politiet fått ulike virkemidler til bruk i bekjempelsen av kriminalitet. I Metodekontrollutvalgets evaluering av reglene om skjulte tvangsmidler fremhevet alle representantene for politi og påtalemyndigheten at muligheten til å kontrollere den mistenktes kommunikasjon var helt sentral, og i mange tilfeller avgjørende for bekjempelsen av alvorlig kriminalitet.⁴⁴ Fremstillingen vil derfor fokusere på ulike former for kommunikasjonskontroll som en illustrasjon videre i oppgaven, og jeg avgrenser mot en gjennomgang av hvert enkelt tvangsmiddel. For en oversikt over hvilke typer tvangsmidler politiet og PST kan benytte, se strpl. §§ 222d første ledd og pl. 17d første ledd.

Et spesielt forhold når det gjelder rettskildebildet innenfor politiets forebyggende og avvergende metodebruk, er at den faktiske bruken av skjulte tvangsmidler er unntatt offentligheten.⁴⁵ Det finnes dermed lite tilgjengelig rettspraksis om forståelsen av de materielle vilkår i strpl. §§ 222d og pl. 17d. Det foreligger kun én lagmansrettskjennelse som er relevant for min avhandling. For å foreta en regelanalyse og en kritisk vurdering av politiets skjulte tvangsmiddelbruk, vil ordlyd, forarbeider, juridisk litteratur, samt reelle hensyn derfor tillegges større vekt enn det som ellers ville vært naturlig, i mangel av høyesterettspraksis. Jeg har samtidig valgt ikke å ha med et eget metodekapittel, og velger i stedet å la masteroppgavens metode, komme til uttrykk gjennom drøftelsen underveis.

1.6 Den videre fremstilling

Spørsmålet om hvilke metoder samfunnet generelt skal tillate politiet å anvende i bekjempelsen av alvorlig kriminalitet, må avveies mot andre kryssende hensyn. Viktige momenter i denne avveiningen er blant annet hvor alvorlig kriminalitet det er tale om å bekjempe, hvor effektive og inngripende metodene er, og om det er mistenkte eller uskyldige tredjepersoner som rammes av tvangsmiddelbruken.⁴⁶ Det er derfor aktuelt i hoveddelen av oppgaven å problematisere politiets adgang til å anvende forebyggende og avvergende metoder i lys av sentrale aktørers rolle, nemlig politiet, domstolen, mistenkte, utenforstående tredjepersoner og EMD. Det innebærer at hoveddelen av oppgaven ikke vil ta for seg vilkårene i strpl. §§ 222d og pl. § 17d kun under drøftelsen av politiet, men vil i stedet dele opp drøftelsen av de enkelte

⁴⁴ NOU 2009: 15 s. 114.

⁴⁵ Bruce og Haugland (2014) s. 75.

⁴⁶ Ot.prp. nr.64 (1998-1999) s. 37.

vilkår, og behandle disse fra de ulike aktørens synsvinkel. Fremstillingen vil inneholde en regelanalyse og en vurdering av i hvilken grad ulike kryssende hensyn er ivaretatt. I den avsluttende vurderingen vil jeg se fremover i tid og vurdere behovet for endringer i det gjeldende lovverket.

Ettersom politiets adgang til å anvende skjulte tvangsmidler har vært, og fortsatt er et omstridt tema, er det av betydning først å se på hvilke reelle hensyn som ligger til grunn for utformingen av reglene.

2 Kryssende hensyn

De verdivalg som må foretas når det skal tas stilling til hvilket samfunn som er ønskelig, sett i lys av politiets overvåkingsmuligheter, beror på kryssende interesser som står i et spenningsforhold til hverandre. Både politiloven- og straffeprosesslovens vilkår for å ta i bruk skjulte tvangsmidler for å forebygge og avverge straffbare handlinger er skjønnsmessige. Det reiser spørsmål om hvilke hensyn og verdier som kan anføres i begrunnelsen for bruk av inngripende metoder. Det følger av forarbeidene at utgangspunktet for vurderingen er en avveining av samfunnets behov for kriminalitetsbekjempelse mot enkeltindividets rettssikkerhet og personvern.⁴⁷ Det fremheves imidlertid av Schartum at verken hensynet til personvernet eller rettssikkerheten kan defineres som noen absolutte størrelser, hvilket innebærer at de verdier som begrunner et inngrep i borgernes privatliv må avveies mot de verdier som taler mot et aktuelt inngrep.⁴⁸ At det ikke er snakk om absolutte størrelser kan illustreres ved at skjult tvangsmiddelbruk blir iverksatt for å beskytte enkeltindividets privatliv, samtidig som det samme inngrepet like fullt vil innebære et inngrep i andres privatliv.

Hovedbegrunnelsen for å tillate politiets bruk av skjulte tvangsmidler i forebyggende og avvergende øyemed er hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse og de uopprettelige skadevirkninger kriminaliteten representerer. Bruken av inngripende metoder griper imidlertid inn i borgernes alminnelige handlefrihet. For at myndighetene skal gjøre inngrep i denne handlefriheten kreves det en begrunnelse som må avpasses etter hvor sterkt inngrepet er. Lovgiver og den utøvende makt har det overordnede ansvaret for at borgerne ikke misbruker denne handlefriheten. Politiets oppgaver med å ivareta enkeltindividets sikkerhet utfordres av at kriminalitetsbildet går i retning av mer alvorlig og komplisert kriminalitet. Den alvorlige kriminaliteten kjennetegnes med at den foregår skjult og i lukkede miljøer. I slike situasjoner er det ikke alltid tilstrekkelig å benytte alminnelige tvangsmidler, som ransaking og beslag, jf. strpl. §§ 192 og 203. Nye former for kriminalitet som ikke dagens lovgivning hjemler, øker også behovet for å kriminalisere ytterligere atferd. Det må derfor være et visst samsvar mellom hvilke forventninger samfunnet har til at politiet løser sine oppgaver og de virkemidler politiet har til rådighet.⁴⁹ Hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse tilsier at politiet har behov for å kunne ta i bruk skjulte tvangsmidler for å forebygge og avverge alvorlig kriminalitet.

⁴⁷ NOU 2009: 15 s. 68.

⁴⁸ Bruce og Haugland (2010) s. 63.

⁴⁹ NOU 2009: 15 s. 22.

Et annet viktig argument for å tillate skjult tvangsmiddelbruk er at borgerne skal ha tillit til at politiet klarer å bekjempe kriminalitet. Borgerne kan miste tilliten til staten dersom kriminalitetstrusselen blir for stor.⁵⁰ Det kan videre medføre at det skapes utrygghetsfølelse blant borgerne. Dersom det oppstår mistillit og utrygghetsfølelse mellom borgerne og staten, kan det medføre at borgerne ikke henvender seg til politiet fordi de ikke har tiltro til at politiet makter å verne borgerne i tilstrekkelig grad. Et slikt misforhold kan medføre en svekkelse av politiets mulighet til å forhindre kriminalitet og virke destabiliserende på samfunnet. Det blir derfor viktigere at politiet forebygger eller avverger alvorlig kriminalitet, enn å oppklare den i etterkant. Borgernes tillit til politiet blir dermed en forutsetning for en effektiv kriminalitetsbekjempelse.

At politiet må ha en viss adgang til å overvåke enkeltpersoner eller miljøer ved bruk av skjulte tvangsmidler for å ha faktiske muligheter til å forhindre uønskede kriminelle handlinger, innebærer at overvåkningsnivået i samfunnet ikke kan være for lavt. Opprettholdes et for lavt overvåkningsnivå, vil det kunne medføre et økt spillerom for personer som ønsker å begå kriminelle handlinger. Hensynet til politiets oppgave med å beskytte borgerne mot kriminalitet taler for at det bør gjøres unntak fra de alminnelige hjemler for tvangsmiddelbruk, der kravet er skjellig grunn til mistanke. I samme retning taler hensynet for å gjøre unntak fra etterforskningsprinsippet i strpl. § 224 ved at det stilles lavere mistankekrav for at politiet kan gripe inn med forebyggende tvangsmidler, uten at det foreligger «...rimelig grunn til å undersøke...» om en straffbar handling har funnet sted.

I forlengelsen av utgangspunktet om at alle borgere i en rettsstat har krav på en alminnelig handlefrihet, følger det også et grunnleggende prinsipp om at staten skal respektere borgernes privatliv. Respekten for privatlivet innebærer at en borger fritt skal kunne utfolde seg og kommunisere med andre individer uten å bli forstyrret eller frykte å bli forstyrret, fra enkeltpersoner eller myndighetene. Behovet for en slik privat sfære utgjør hovedbegrunnelsen for personvernet.⁵¹ Borgernes behov for en privat sfære utgjør også en viktig del av den personlige integritet, som sikter til enkeltmenneskets selvbestemmelse over egen kropp, eiendom og tanke.⁵² Ved å gjøre unntak fra det alminnelige mistankekravet, legges det press på enkeltindividers personvern og personlige integritet. Slike unntak medfører en økt risiko for at uskyldige personer vil bli rammet av metodebruken. Selv om formålet med politiets informasjonsinnhenting er for å skaffe relevant og faktisk bevismessig grunnlag for om mulige mistenkte forbereder en straffbar handling, kan krenkelsen av personvernet allerede være skjedd idet politiet samtidig besitter kunnskap om f. eks. mistenktes familie, venner eller kollegaer. Det er

⁵⁰ Bruce og Haugland (2014) s. 20 til 21.

⁵¹ Bruce og Haugland (2014) s. 22.

⁵² NOU 2009: 15 s. 50.

heller ikke gitt at en mistenkt som tidligere har vært straffedømt eller personer som er i risikogruppen for å begå kriminalitet, uten videre skal tåle at deres privatliv blir gjenstand for myndighetenes kontroll. De virkemidler myndighetene har til rådighet for å beskytte samfunnet mot kriminalitet griper derfor inn i retten til et uforstyrret privatliv. Den private sfære er dermed et sentralt element i personvernet og den personlige integritet, og anses som en grunnleggende forutsetning for bl.a. individets dannelsesprosess og myndiggjøring.⁵³ Hensynet til personvernet taler for at borgerne som utgangspunkt har rett til å ha kontroll over sine egne personlige opplysninger og i minst mulig utstrekning skal bli gjenstand for overvåking fra myndighetene.

Samfunnet gir politiet vid adgang til å drive overvåking mot borgerne. En forklaring på dette må være at borgerne stoler på politiet. Ved lovgivningsarbeidet må det imidlertid tas høyde for at samfunnet ikke kan vite hva slags situasjon eller politi Norge har 30 år frem i tid. Som eksempel kan nevnes tidligere Øst- Tysklands etterretningstjeneste, Stasi, som fra midten av 1900- tallet hadde som oppgave å overvåke borgerne og bekjempe politiske motstandere. Overført til den norske rettsstat, kan muligheten for maktmisbruk øke, dersom offentlige myndigheters kunnskap om borgernes privatliv øker ved at overvåkingsadgangen utvides.⁵⁴ Dersom politiet overskrider sine vide overvåkingshjemler kan det medføre at borgerne mister den nødvendige tillit til myndighetene ved den usikkerhet overvåkningsmulighetene skaper. Faren for maktmisbruk og overskridelse av overvåkingshjemlene kan derfor påvirke den tillit borgerne skal ha til staten ved at maktbalansen mellom borgerne og myndighetene forstyrres. Schartum anfører i denne sammenheng at dersom overvåkingen blir for omfattende, kan det være med på å øke faren for at samfunnet kan gå i retning mot en overvåkingsstat enn demokrati og rettsstat.⁵⁵

Hensynet til at prosessen skal være tillitsfull er i denne sammenheng et grunnleggende hensyn som ligger til grunn for utformingen av straffeprosesslovens regler.⁵⁶ Behovet for å opprettholde tillit til systemet er derfor et hensyn som kan tale både for og imot bruk av skjulte tvangsmidler, hvilket tilsier at hensynet legger opp til en interesseavveining.

Hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse må også veies mot borgernes krav på rettsikkerhet. Av hensyn til tvangsmidlets effektivitet skjer inngrepet i det skjulte og uten mistenktes kunnskap. Det medfører at den mistenkte ikke får mulighet til selv å ta til motmæle mot mistankegrunnlaget, føre kontroll over informasjonsinnhentingene eller argumentere mot

⁵³ NOU 2009: 15 s. 51.

⁵⁴ NOU 2009: 15 s. 50.

⁵⁵ Schartum (2010) s. 20.

⁵⁶ Andenæs (2009) s. 1 til 2.

politiets begrunnelse for inngrepet på tidspunktet for begjæringen.⁵⁷ Det blir derfor viktig med kompenserende ordninger. Både domstolens forhånds- og etterkontroll av begjæringen og oppnevningen av offentlig advokat for å vareta mistenktes interesser etter § 100a, har en slik kompenserende funksjon. Rettssikkerhetsbegrepet har imidlertid ikke et entydig og presist meningsinnhold, og blir blant annet oppfattet som en fellesbetegnelse for bestemte måter å argumentere på.⁵⁸ Siden begrepet ikke angir noen absolutt størrelse, vil hensynets innhold, styrke og hvilke slutninger som kan utledes, bero på hvem som argumenterer for en bestemt løsning og på hvilke stadier i prosessen spørsmålet oppstår i. Det er imidlertid enighet i juridisk teori om at kjernen i begrepet refererer til beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetene, samt adgangen til å forutberegne sin egen rettsstilling og retten til kontradiksjon.⁵⁹ Politiets forebyggende og avvergende metodebruk reiser for det første spørsmål knyttet til det materielle rettssikkerhetskrav, dvs. overordnede regler om avgjørelsens innhold. For det andre reiser bruk av inngripende tvangsmidler spørsmål knyttet til den prosessuelle rettssikkerhet, som omfatter regler for hvordan avgjørelsen blir truffet.

Departementet fremhevet at det for politiets del er blitt en større utfordring å bekjempe særlige typer alvorlig kriminalitet, som organisert kriminalitet og terrorhandlinger.⁶⁰ I den forbindelse mente departementet at samfunnets interesser i å avverge denne type alvorlig kriminalitet, var et så tungtveiende argument, at de betenkeligheter som kunne anføres mot en utvidelse av politiets adgang til å anvende inngripende metoder, måtte settes til side.⁶¹ Det kan derfor anføres at rettssikkerhetsbegrepet først og fremst stiller krav til myndighetene om at tvangsmiddelbruken skal holde seg innenfor rettslige skranker i norsk lovgivning, samtidig som tvangsmiddelbruken må skje i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser.

Spørsmålet om politiets adgang til å anvende skjulte tvangsmidler i forebyggende og avvergende øyemed og spørsmålet om hvor langt samfunnet skal tillate bruk av ulike overvåkningsmetoder, beror på en interesseavveining. *I denne interesseavveiningen vil samfunnets behov for en effektiv kriminalitetsbekjempelse måtte vurderes mot hensynet til personvern og rettssikkerhet.*

⁵⁷ Bruce og Haugland (2014) s. 28.

⁵⁸ Bernt og Rasmussen (2010) s. 46.

⁵⁹ Eckhoff (2010) s. 58.

⁶⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 51.

⁶¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 52.

3 Rettslig grunnlag

Det følger av pl. § 1 første ledd, at staten har et overordnet ansvar for å sørge for de polititjenester som samfunnet har behov for. Politiet skal etter pl. § 1 andre ledd gjennom «...forebyggende, håndhevende og hjelpende virksomhet være et ledd i samfunnets samlede innsats for å fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelig velferd for øvrig». I politiinstruksen⁶² § 2-1 annet ledd (pi) presiseres det at politiet i ethvert tilfelle kan gjøre best nytte for seg hvis det «...på forhånd lykkes i å forebygge eller avverge lovbrudd...». Politiets forebyggende og straffeforfølgende funksjon er dermed rettslig forankret som en overordnet målsetting, ikke bare som en oppgave.

PST har et særlig ansvar for å forebygge og etterforske alvorlig kriminalitet på norsk territorium, jf. pl. § 17b.⁶³ Reglene følger av politiloven kapittel IIIa. PST er det eneste politiorgan i Norge som har adgang til å anvende skjulte tvangsmidler i straffeprosessloven som ledd i sin forebyggende virksomhet, dersom det foreligger «...grunn til å undersøke...» om noen forbereder en straffbar handling som rammes av pl. § 17d.

Politiet og PSTs rettslige grunnlag for å anvende skjulte tvangsmidler som ledd i etterforskningen for å avverge straffbare handlinger følger av straffeprosesslovens § 222d. Det alminnelige politiet har kun adgang til å anvende tvangsmidler for å avverge alvorlig kriminalitet etter første ledd, dersom det foreligger «...rimelig grunn til å tro...» at noen kommer til å begå nærmere bestemte straffbare handlinger. Etter bestemmelsens andre ledd har PST en utvidet adgang til å anvende avvergende tvangsmidler, dersom det foreligger «...grunn til å tro...» at noen kommer til å begå en forbrytelse som faller inn under PSTs ansvarsområde.

⁶² Instruks 22.juni 1990 nr. 3963 Alminnelig tjenesteinstruks for politiet

⁶³ Jf. også Pl. §§ 2 nr. 1 til 3.

4 Forholdsmessighetsprinsippet

Selv om de materielle vilkårene i strpl. § 222d eller pl. § 17d for å ta i bruk skjulte tvangsmidler er oppfylt, betyr det ikke nødvendigvis at politiet står fritt til å ta virkemidlene i bruk. Det fremheves av blant annet Andenæs at vurderingen av om de enkelte tvangsmidler kan anvendes og hvor lenge, beror på om tvangsmiddelbruken er forholdsmessig etter strpl. § 170a.⁶⁴ Forholdsmessighetsvurderingen retter seg først og fremst mot den mistenkte og utenforstående tredjepersoner. Utvalgets flertall anførte at sistnevnte gruppe ville tillegges vesentlig større vekt i forholdsmessighetsvurderingen.⁶⁵ Etter denne bestemmelsen skal det vurderes hvorvidt det er «...tilstrekkelig grunn...» til å iverksette det konkrete tvangsmiddel, og om tvangsmiddelbruken «...etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep», jf. 1 og 2 pkt. Ordlyden er vidt utformet og legger opp til at det skal foretas en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av en rekke momenter som har utkrystallisert seg i teori og rettspraksis.

Det sentrale vurderingstema ved spørsmålet om det foreligger «...tilstrekkelig grunn...» til å anvende tvangsmiddelet, er om det er hensiktsmessig og ønskelig på tidspunktet for avgjørelsen.⁶⁶ At tvangsmiddelinngrepet må være hensiktsmessig tilsier språklig sett at det må foretas en sammenlikning av andre momenter som kan tale mot det aktuelle inngrepet. Det fremgår av en høyesterettskjennelse fra 2011 at hensiktsmessighetsvurderingen legger opp til en bredere vurdering enn forholdsmessighetsvurderingen.⁶⁷ Vilkåret har således en selvstendig betydning utover forholdsmessighetsvurderingen i 2 pkt., ved at det kan foreligge tilfeller hvor det ikke er hensiktsmessig å bruke det konkrete tvangsmiddelet, selv om inngrepet isolert er forholdsmessig.⁶⁸ I overført betydning må det vurderes konkret hvorvidt det forebyggende eller avvergende tvangsmidlet er hensiktsmessig, ønskelig eller tilstrekkelig begrunnet.

Det kan motsetningsvis utledes av kriteriet i første punktum at selv om metodebruken etter en konkret vurdering er hensiktsmessig, kan det tenkes at inngrepet totalt sett er uforholdsmessig.

Ved spørsmålet om metodebruken representerer et uforholdsmessig inngrep etter strpl. § 170a 2 pkt., er det flere momenter det er relevant å legge vekt på i helhetsvurderingen. Det fremheves av Andenæs at sakens alvor, hvor sterk mistanke som foreligger, hvilke skadevirkninger

⁶⁴ Andenæs (2009) s. 280.

⁶⁵ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 72.

⁶⁶ Bjerke, Keiserud og Sæther 1 (2011) s. 610.

⁶⁷ Rt. 2011 s. 221 avs. 16.

⁶⁸ Andenæs (2009) s. 281.

inngrepet representerer for den som utsettes for det og hvor nødvendig inngrepet er for oppklaringen av saken, er relevant å ta i betraktning.⁶⁹ Andre momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen er forventet straff, siktedes personlige og sosiale forhold, alder, sykdom og arbeidssituasjon, forhold ved siktedes familie og varigheten av inngrepet.⁷⁰ Momentenes karakter tilsier at den fortløpende forholdsmessighetsvurderingen kan endre seg under saksgangen. Ved kommunikasjonskontroll av lenger varighet kan derfor forholdsmessighetsvurderingen på begjæringstidspunktet stille seg annerledes enn ved den videre vurderingen av om fortsatt tvangsmiddelbruk kan tillates.⁷¹

Siden forholdsmessighetsprinsippet etter strpl. § 170a kommer til anvendelse ved all tvangsmiddelbruk, innebærer det også at det ved bruk av skjulte tvangsmidler etter strpl. § 222d og pl. § 17d må vurderes hvorvidt avvergende eller forebyggende metodebruk er forholdsmessig.⁷² Dette vil bli nærmere behandlet under pkt. 6.4 om felles materielle vilkår og under kapittel 10 om EMD.

Neste kapittel tar for seg mistankekravet som følger av alminnelig hjemler for tvangsmiddelbruk.

⁶⁹ Andenæs (2009) s. 280.

⁷⁰ Bjerke, Keiserud og Sæther 1 (2011) s. 611 til 613.

⁷¹ Andenæs (2009) s. 281.

⁷² Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 152 og 150.

5 Mistankekrav for alminnelige tvangsmidler

For å iverksette tvangsmidler etter straffeprosessloven fjerde del stilles det som hovedregel krav om at det må foreligge «skjellig grunn til mistanke» om at en straffbar handling har funnet sted.⁷³ Kravet om «skjellig grunn» tolkes etter sikker rett at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at noen allerede har begått en straffbar handling.⁷⁴ Som hovedregel kan derfor tvangsmidler først anvendes når det er mer sannsynlig enn ikke at den tvangsmidlet rettes mot, har foretatt en handling som oppfyller alle fire straffbarhetsvilkårene. Formålet med slik tvangsmiddelbruk under etterforskningen etter strpl. § 224 er for å oppklare om en straffbar handling har funnet sted, dvs. om den nedre grensen for straffbart forsøk er overskredet eller om personen har overtrådt- eller medvirket til å overtre et straffebud.

Politiet får f. eks. tips fra publikum om at to identifiserte personer er observert løpende fra et åsted hvor det holdes yringsfrihetskonferanse, med skytevåpen og sprengstoffredskaper. Personene har tidligere vært domfelt for å ha fremsatt terrortrusler. På den bakgrunn foreligger det kanskje «skjellig grunn» til å mistenke de to personene for å ha begått en terrorhandling. Politiet kan ta formelle skritt ved å pågripe de mistenkte etter strpl. § 171.

Det kan imidlertid tenkes at terrorhandlingen som i eksempelet over ikke er gjennomført. I et slikt tilfelle foreligger det ikke tilstrekkelig holdepunkter som tilsier at det er «skjellig grunn» til å mistenke noen for å ha begått en terrorhandling etter strl. § 147a, jf. strpl. § 171. Det innebærer også at politiet ikke har hjemmel til å iverksette f. eks. kommunikasjonskontroll etter § 216a, der kravet er «...skjellig grunn...». Politiet kan likevel ha behov for å skaffe opplysninger for å finne ut om noen forbereder eller er i ferd med å begå en terrorhandling. Politiet eller PST må i stedet benytte andre hjemmelsgrunnlag, jf. strpl. §§ 222d og pl. 17d.

Det neste kapittelet tar for seg politiet og PSTs adgang til å anvende skjulte tvangsmidler i avvergende og forebyggende øyemed. Først behandles politiet i sin alminnelighet, for deretter å fokusere på mistankekravene for PSTs avvergende og forebyggende virksomhet. Til slutt i kapittelet redegjøres det for felles materielle vilkår som innskjerper tvangsmiddeladgangen for politiet og PST.

⁷³ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 20.

⁷⁴ Rt.1993 s.1302, s. 1303, se også Rt.2006 s. 582, avs. 19, Rt.2011 s. 946, avs. 13.

6 Vilkår for politiet og PSTs tvangsmiddelbruk

6.1 Det alminnelige politiets avvergende tvangsmiddelbruk

6.1.1 Etterforskningskravet

Det første grunnvilkåret for at politiet skal kunne bruke tvangsmidler med formål å avverge en straffbar handling er at tvangsmidlet brukes «... som ledd i etterforskning...», jf. strpl. § 222d første ledd. En naturlig språklig forståelse av uttrykket «...som ledd i etterforskning...» tilsier at vilkårene i strpl. § 224 om å iverksette etterforskning må være oppfylt for å kunne ta i bruk tvangsmidler etter strpl. § 222d. Av forarbeidene til strpl. § 222d første ledd fremgår det at det avgjørende for om tvangsmiddelet kan anvendes i medhold av bestemmelsen er om det foreligger «...rimelig grunn til å undersøke...» om det foreligger en straffbar handling.⁷⁵ Ut fra ordlyden og forarbeidene kan en derfor trekke den slutning at det avgjørende for spørsmålet om å anvende skjulte tvangsmidler beror på om vilkårene for å sette i verk etterforskning er oppfylt.

For at det skal være adgang til å iverksette etterforskning krever strpl. § 224 første ledd at det er opplysninger som gir rimelig grunn til å undersøke «...om det foreligger...» et straffbart forhold. Det er derfor presisert i strpl. § 226 første ledd bokstav c at et av formålene med etterforskningen bl.a. kan være for å skaffe opplysninger som kan brukes til «å avverge eller stanse straffbare handlinger». I saker hvor formålet med den innledede etterforskningen er å skaffe opplysninger for å avverge en straffbar handling, må det for å anvende tvangsmidler etter strpl. § 222d første ledd, i tillegg foreligge grunn til å tro at det allerede er begått eller i ferd med å begås en straffbar handling.⁷⁶ Dersom vilkårene for å anvende tvangsmidler først er oppfylt etter strpl. § 222d første ledd, fremheves det i forarbeidene at det normalt vil være holdepunkter for å mistenke noen for å ha begått en straffbar forberedelseshandling.⁷⁷ Ut fra kravet om at tvangsmidler bare kan brukes «...som ledd i etterforskning...» må det samlet kunne oppstilles en rettsregel om at det må være rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et annet straffbart forhold enn det som den skjulte tvangsmiddelbruken har til formål å avverge.⁷⁸

Den innledende etterforskningen og den avvergende metodebruken kan følgelig rette seg mot samme eller ulike straffbare handlinger. Det kan spørres om hvilke krav til sammenheng som

⁷⁵ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 148.

⁷⁶ NOU 2009: 15 s. 226.

⁷⁷ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 44.

⁷⁸ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 44.

må oppstilles mellom den straffbare handlingen etterforskningen retter seg mot og den straffbare handlingen som søkes avverget.⁷⁹ Ordlyden «...som ledd i etterforskningen...» er vidt utformet og kan ikke anses å være til hinder for at det kan innfortolkes et krav om en viss tilknytning mellom den straffbare handlingen som etterforskes og den handlingen som søkes avverget. I forarbeidene heter det imidlertid at det ikke var behov for å innarbeide et uttrykkelig krav om en kvalifisert sammenheng.⁸⁰ Departementet begrunnet standpunktet sitt med at det som oftest vil være grunnlag for å iverksette etterforskning på bakgrunn av de oppregnede straffbare handlinger som danner grunnlag for avvergende tvangsmiddelbruk.⁸¹ Tolkningen åpner opp for at skjulte tvangsmidler kan benyttes i alle tilfeller mot en person så lenge det er iverksatt etterforskning og at politiet har holdepunkter for at mistenkte er i ferd med å begå en straffbar handling som omfattes av strpl. § 222d første ledd.⁸²

Bjerke/Keiserud nevner som eksempel på dette at en innledet etterforskning av en trafikkovertrødelse i sin ytterste konsekvens kan frembringe opplysninger som gir grunnlag for å anvende skjulte tvangsmidler for å avverge terror.⁸³ Det heter imidlertid i forarbeidene at etterforskningen av en trafikkovertrødelse mot en person i et ransmiljø, ikke skal kunne danne grunnlag for å anvende hemmelige tvangsmidler som ledd i etterforskningen for å søke etter bevis om en person har planer om begå et ran.⁸⁴ I Metodekontrollutvalgets evaluering av reglene om skjult tvangsmiddelbruk ble det foreslått at det burde oppstilles et strengere krav om tilknytning mellom den straffbare handlingen som søkes avverget og den innledelede etterforskningen.⁸⁵ Etter utvalgets syn bør det legges avgjørende vekt på om overtrødelsen av den fullbyrdede straffbare handlingen som etterforskes, inngår som en del av gjerningspersonens forsett i forberedelsen av det mulige straffbare forholdet som politiet ønsker å avverge.⁸⁶ Bruce og Haugland anfører at forarbeidene gir støtte for en slutning om at det kan innfortolkes et «...krav om saklig sammenheng...».⁸⁷ I samme retning trekker PSTs høringsuttalelse, hvor det ble påpekt at et en slik forståelse av loven er i overensstemmelse med PSTs praksis.⁸⁸ Det er nærliggende å tolke uttalelsene fra departementet om at tilknytningen mellom den straffba-

⁷⁹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁸⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁸¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁸² NOU 2009: 15 s. 226.

⁸³ Bjerke, Keiserud og Sæther 1 (2011) s. 795.

⁸⁴ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁸⁵ NOU 2009: 15 s. 232.

⁸⁶ NOU 2009: 15 s. 232.

⁸⁷ Bruce og Haugland (2014) s. 66, deres tolking av ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁸⁸ PSTs høringsuttalelse 19.mai 2010 gjengitt i NOU 2009:15 s. 7.

re handlingen som etterforskes og den straffbare handlingen som søkes avverget, ikke kan være for avledet.⁸⁹

Det oppstilles videre to grunnvilkår for politiets adgang til å anvende avvergende tvangsmidler. Det siktes her til kriminalitetskravet og mistankekravet.

6.1.2 Kriminalitetskravet

Det neste grunnvilkåret for politiets adgang til å anvende skjulte tvangsmidler i avvergende øyemed følger av strpl. § 222d første ledd. Bestemmelse oppstiller et krav om at det må foreligge mistanke rettet mot bestemte oppregnede straffbar handlinger av en viss alvorlighetsgrad, jf. strpl. § 222d første ledd bokstav a til c.

For det første kan politiet etter strpl. § 222d første ledd bokstav a iverksette skjulte tvangsmidler for å avverge terrorhandlinger eller trussel om slike. Bestemmelsen begrenser seg imidlertid til å gjelde strl. § 147a første eller tredje ledd.

For det andre har politiet adgang til å avverge straffbare handlinger etter bokstav b dersom politiet har rimelig grunn til å tro at noen kommer til å begå drap, grovt ran eller særlig grov narkotikaforbrytelse som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. strl. §§ 233, 268 annet ledd jf. 267 eller 162 tredje ledd, jf. strl. § 60a.

Politiet kan for det tredje anvende tvangsmidler etter bokstav c dersom de har rimelig grunn til å tro at noen kommer til å begå drap som ledd i motarbeidelsen av rettsvesenet, jf. strl. §§ 233, jf. 132a

Som utgangspunkt vil vurderingen av kriminalitetskravet gjelde uavhengig av hvilke tvangsmiddel politiet ønsker å benytte.⁹⁰ Dette utgangspunktet modifiseres noe avhengig av om det er politiet eller domstolene som vurderer tillatelsen til å bruke tvangsmidler. Når domstolen i den konkrete sak skal vurdere hvorvidt politiet kan gis tillatelse til å anvende tvangsmidler, vil det være av betydning hvilken type tvangsmidler begjæringen gjelder.⁹¹ Domstolene må vurdere hvorvidt metodebruken representerer et uforholdsmessig inngrep etter strpl. § 170a.⁹² Departementet pekte i den forbindelse på at skjult fjernsynsovervåkning på offentlig sted let-

⁸⁹ Min tolkning av ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁹⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁹¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 67.

⁹² Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 150.

tere vil kunne anses som et forholdsmessig inngrep enn ved bruk av romavlytting som metode.⁹³

Ifølge Metodekontrollutvalget tar utformingen av kravet til den straffbare handlingen sikte på å forhindre alvorlige handlinger som kan medføre uopprettelige skader.⁹⁴ Både samfunnet og enkeltpersoner kan bli skadelidende ved alvorlig kriminalitet. I følge departementet innebar det imidlertid visse betenkeligheter ved å tillate bruk av tvangsmidler uten at det kunne oppstilles et krav om sannsynlighetsovervekt for at det var begått en straffbar handling.⁹⁵ Kriminalitetskravet måtte derfor ta høyde for et lavere mistankekrav. Utslagsgivende for kriminalitetskravets strenge utforming var hensynet til personvernet og for å hindre at uskyldige personer skulle bli gjenstand for skjult tvangsmiddelbruk.⁹⁶ Etter departementets syn kunne det derfor ikke legges for stor vekt på samfunnets behov for en effektiv kriminalitetsbekjempelse, selv om dette medførte begrensninger for politiets adgang til å anvende avvergende tvangsmidler i enkelte situasjoner.

Et annet hensyn som ble tillagt vekt ved utformingen av det strenge kriminalitetskravet var å begrense virkningen av skjult metodebruk ved å unngå at staten skulle bevege seg mot et overvåkingssamfunn.⁹⁷ Det fremheves av Bruce og Haugland at informasjonsinnhenting for å avverge eller forebygge uønskede kriminelle handlinger tar opp i seg et element av overvåking.⁹⁸ Utgangspunktet for den skjulte tvangsmiddelbruken er at tiltakene retter seg mot en eller flere bestemte personer. Faren for at utenforstående tredjepersoner kan bli rammet er likevel til stede.

At lovgiver har oppstilt et strengt kriminalitetskrav kan etter min mening anses som en form for kompensasjon for at å tillate skjulte tvangsmidler i avvergende øyemed.

Det fremgår av forarbeidene at det avgjørende for å tillate tvangsmiddelbruk etter strpl. § 222d første ledd er om det foreligger rimelig grunn til å tro at noen «... kommer til å begå ...» en av forbrytelsene oppregnet i bokstav a til c.⁹⁹ Det er tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret at det er grunn til å tro at noen kommer til å overtre den objektive gjerningsbeskrivelsen i vedkommende straffebud. Siden det kun kreves at straffebudets objektive vilkår er overtrådt in-

⁹³ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s.67.

⁹⁴ NOU 2009: 15 s. 232.

⁹⁵ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 65.

⁹⁶ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 65 til 66.

⁹⁷ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 66.

⁹⁸ Bruce og Haugland (2014) s. 47.

⁹⁹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 149.

nebærer det at politiet ikke trenger å påvise at det foreligger subjektiv skyld for en bestemt overtredelse av et straffebud for å få tillatelse fra retten til å ta i bruk skjulte tvangsmidler. At den person tvangsmiddelbruken retter seg mot er utilregnelig etter strl. §§ 44 og 46 eller nyter strafferettslig immunitet, er også uten betydning ved vurderingen av inngangsvilkårene for bruk av skjulte tvangsmidler.¹⁰⁰

6.1.3 Mistankekravet

Hovedregelen om mistankekravet ved alminnelig tvangsmidler modifiseres gjennom strpl. § 222d første ledd. Bestemmelsen gir politiet adgang til å anvende skjulte tvangsmidler som ledd i etterforskningen i avvergende øyemed, dersom det er «...rimelig grunn til å tro...» at noen kommer til å begå nærmere bestemte alvorlige straffbare handlinger. Mistankekravet er følgelig knyttet opp til en handling som ikke er fullbyrdet.¹⁰¹

Justiskomiteen uttrykte sin bekymring over forslaget med å tillate utvidet tvangsmiddelbruk før en straffbar handling var begått.¹⁰² Ved å oppstille svakere mistankekrav mente komiteen at faren for å krenke personvernet til uskyldige ville øke ved at tvangsmiddelbruken også ville kunne rette seg mot personer som ikke hadde noe med det straffbare forholdet å gjøre. For å unngå faren for at personvernet til uskyldige kunne bli krenket og gjøre domstolskontrollen mer effektiv, anførte komiteen at det var viktig å oppstille klare og tydelige vilkår i strpl. § 222d første ledd. Justiskomiteen foreslo derfor at strpl. § 222d første ledd måtte formuleres som et krav om «rimelig grunn» for på den måten å presisere at det stilles krav om saklighet, sannsynlighet og forholdsmessighet, i likhet til kravene for å iverksette etterforskning etter strpl. § 224.

Ordlyden gir anvisning på at det må foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Proposisjonen fastslår at uttrykket «...grunn til å tro...» må forankres i objektive holdepunkter.¹⁰³ Departementet nevner at vitneforklaringer, dokumentbevis eller annet bevismaterialet som kan gi støtte for en antakelse om at noen er i ferd med å begå en forbrytelse som nevnt i første ledd, kan representere slike objektive holdepunkter.

Bakgrunnen for å oppstille et krav om mistanke basert på objektive holdepunkter var for å unngå at domstolen baserte sin tillatelse om å bruke tvangsmidler ut fra løse antakelser, uten å

¹⁰⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 149.

¹⁰¹ Bruce og Haugland (2014) s. 65.

¹⁰² Innst. O. nr.113 (2004-2005) s. 20.

¹⁰³ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 148.

ha forankring i klare objektive holdepunkter.¹⁰⁴ Det kan derfor trekkes slutning om at domstolen ikke skal basere sin avgjørelse på subjektive forhold. Domstolen skal f.eks. ikke kunne gi politiet tillatelse til å anvende skjulte tvangsmidler på bakgrunn av at den mistenkte gjentatte ganger har vært i politiets søkelys og oppfattes som en «bråkmaker».

Av forarbeidene fremgår det at uttrykket skal tolkes på samme måte som strpl. §§ 222a og 222c, som gjelder besøksforbud og oppholdsforbud.¹⁰⁵ På bakgrunn av forarbeidsuttalelsene vil dermed praksis knyttet til strpl. §§ 222a og 222c, være en relevant rettskilde ved tolkingen av uttrykket «...grunn til å tro...» i strpl. § 222d første ledd.¹⁰⁶

I tillegg til kravet om objektive holdepunkter fremgår det av forarbeidene at det også må kreves en viss sannsynlighetsgrad for at en straffbar handling vil bli gjennomført.¹⁰⁷ I forarbeidene til strpl. § 222a, hvor tilsvarende formulering er brukt, heter det at det må foreligge konkrete holdepunkter i saksforholdet som gir grunn til å tro at den besøksforbudet retter seg mot, ellers vil overtre en av de oppregnede handlingene.¹⁰⁸ Det fremheves imidlertid at en teoretisk og for abstrakt mulighet ikke er tilstrekkelig.¹⁰⁹ I Rt. 2004 s. 988 avs. 16 la Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn i relasjon til strpl. § 222a at det ikke oppstilles et krav om sannsynlighetsvekt, men at det må kreves at det foreligger en «...nærliggende og reell risiko...» for at noen kommer til å begå en av de aktuelle handlingene.

For at politiet skal kunne få rettens kjennelse til å anvende skjulte tvangsmidler etter strpl. § 222d første ledd, blir vurderingstemaet av beviskravet etter dette om det foreligger en nærliggende og reell risiko for at noen kommer til å begå en av de aktuelle handlingene bestemmelsen oppstiller.

Hvis f.eks. politiet mottar tips fra vitner om at en person over tid er observert på skinnegangen til t- banen og tar bilder av tog understellet, kan dette være et objektivt moment retten kan tillegge vekt i helhetsvurderingen av om mistankekravet er oppfylt. Slike tips vil imidlertid ikke alene oppfylle vilkåret «...rimelig grunn til å tro...» som begrunnelse for skjult tvangsmiddelbruk. Politiet må i tillegg påvise at den observerte personen med en viss sannsynlighetsgrad kommer til å gjennomføre en alvorlig forbrytelse.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 69.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 148.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 70.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 148.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr.109 (2001-2002) s. 44.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr.109 (2001-2002) s. 44.

Et annet sentralt moment i sannsynlighetsvurderingen er hvorvidt personen som mistanken retter seg mot tidligere har overtrådt lignende eller samme type lovbrudd.¹¹⁰ Det vil bli nærmere behandlet i kapittel 8 om mistenkte.

Det lave mistankekravet utvider politiets adgang til å anvende skjulte tvangsmidler på et fremskutt tidspunkt, før det foreligger kvalifisert mistanke om at et lovbrudd har funnet sted. Utvidelsen ble begrunnet med at straffeprosesslovens regler før lovendringen i 2005 ikke ga politiet hjemmel til å anvende tvangsmidler for å innsamle informasjon med formål å avkrefte eller forsterke en mistanke om at noen med hensikt ville begå en alvorlig straffbar handling, selv om politiet hadde et reelt og beskyttelsesverdig behov for det.¹¹¹ Det ble på den ene siden anført av departementet at det som hovedregel burde stilles strengere vilkår for å gripe inn i borgernes privatliv uten at politiet kunne konstatere at det forelå en kvalifisert mistanke om at en straffbar handling ville begås, enn hvor slik mistanke faktisk forelå. På den annen side la departementet større vekt på at samfunnets behov for beskyttelse mot alvorlig kriminalitet måtte gå foran andre viktige interesser, og at tvangsmiddelbruk i avvergende øyemed derfor kunne forsvare et lavere mistankekrav.¹¹²

Det er nærliggende å forstå departementets uttalelser dit hen at det har blitt en viktigere oppgave for politiet generelt å gripe inn tidlig i et gitt hendelsesforløp ved alvorlig kriminalitet, enn å oppklare den i ettertid.

Mistankekravet senkes, men til gjengjeld er strafferammen for de straffbare handlinger som kan danne grunnlag for tvangsmiddelbruk etter strpl. § 222d første ledd, høyere. Sammenliknet med mistankekravet for å bli pågrepet og fengslet, er mistankekravet etter strpl. § 171 første ledd strengere, mens kravet til strafferammen lavere ved at det kreves handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder. En forklaring på dette kan være at det anses som mindre inngripende å bli gjenstand for skjult tvangsmiddelbruk enn å bli pågrepet og fengslet.

Det kan hevdes at det til syvende og sist beror på hvordan mistankekravene praktiseres i hvert enkelt tilfelle, som blir avgjørende for om noen interesser blir skadelidende. Denne avveiningen må foretas konkret og avpasses etter samfunnsutviklingen, særlig utviklingen av kriminalitetsbilde.

¹¹⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 148.

¹¹¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 51.

¹¹² Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 52.

6.2 PSTs avvergende tvangsmiddelbruk

6.2.1 Generelt

I saker som faller utenfor det alminnelige politiets ansvarsområde kan ikke politiet hjemle bruk av skjulte tvangsmidler i strpl. § 222d første ledd. PST er i tillegg til første ledd gitt utvidet hjemmel i strpl. § 222d annet ledd til å avverge alvorlige kriminalitet som faller innenfor tjenestens oppgave.

6.2.2 Mistankekravet

For at PST skal kunne ta i bruk skjulte tvangsmidler må det påvises at det foreligger «...grunn til å tro...» at noen kommer til å begå en straffbar handling som ligger innenfor PSTs ansvarsområde. Ordlyden oppstiller ikke krav om «rimelig» grunn som i strpl. § 222d første ledd. Det ser ikke ut til at formuleringen var ment å føre til noen realitetsendring, ettersom Metodekontrollutvalget påpekte at det måtte bero på en feil at det ikke var oppstilt et krav om «rimelig grunn til å tro» også for PSTs avvergende metodebruk.¹¹³ Tilsvarende synspunkt er også lagt til grunn hos Bjerke/Keiserud og Bruce/Haugland.¹¹⁴ Det må derfor legges til grunn at PST må påvise at det foreligger «...rimelig grunn til å tro...» at noen kommer til å begå en straffbar handling. I likhet med første ledd må «...grunn til å tro...» forankres i objektive forhold, som for f.eks. vitneforklaringer eller andre dokumentbevis.

Illustrerende for vurderingene som må foretas etter strpl. § 222d er en lagmannsrettskjennelse fra 2010.¹¹⁵ Saken gjaldt etterkontroll av påtalemyndighetens hastebeslutning om å iverksette kommunikasjonskontroll etter strpl. § 222d fjerde ledd, jf. andre og tredje ledd. Kommunikasjonskontrollen ble iverksatt etter anmeldelse og etterforskningsordre, og var nært knyttet til president Obamas besøk i Oslo. PST mente det forelå rimelig grunn til å tro at mistenkte kunne komme til å overtre strl. § 147a, og at det forelå stor fare for at handlingen ellers ikke kunne bli avverget uten bruk av hastekompetansen. Lagmannsretten skulle bl.a. ta stilling til om det forelå «grunn til å tro» at mistenkte var i ferd med å begå en terrorhandling for å vurdere om den allerede iverksatte kommunikasjonskontrollen var lovlig. En enstemmig lagmannsretten fant at den allerede iverksatte kommunikasjonskontrollen var lovlig, men ikke kontroll fremover i tid.

¹¹³ NOU 2009: 15 s. 232.

¹¹⁴ Bjerke, Keiserud og Sæther 1 (2011) s. 797, Bruce og Haugland (2014) s. 71.

¹¹⁵ RG. 2010 s.123.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at vilkåret «grunn til å tro» krever at det foreligger objektive holdepunkter og at det må foreligge en viss sannsynlighet for at en slik handling vil bli begått. I helhetsvurderingen la lagmannsretten vekt på flere objektive holdepunkter. Det ble lagt vekt på at mistenkte tidligere var domfelt for drapsforsøk, trusler og grovt skadeverk mot den Israelske synagoge i Oslo. Videre tilla retten en viss vekt at mistenkte arbeidet på et grus-tak der det ble oppbevarte dynamitt, samt at mistenkte led av en personlighetsforstyrrelse som tilsa at det var kvalifisert risiko for gjentakelse. Retten la også vekt på samtaler mellom mis-tenkte og utenforstående, hvor mistenkte gjentatte ganger hadde gitt uttrykk for at han ønsket å gjennomføre en straffbar handling, og eksplisitt uttalte at: «jeg skal lage sprengstoff, men ikke ennå». Retten la avgjørende vekt på at det forelå et stort behov for PST å få tilgang til kommunikasjon mellom mistenkte og andre ukjente i dagene før presidentens ankomst. På dette grunnlaget kom retten til at mistankevilkåret var oppfylt, samt at handlingen ikke kunne avverges med andre lempeligere midler. Retten konstaterte også at kravet til «særlige grunner» var oppfylt for å benytte kommunikasjonskontroll. Inngrepet var tilstrekkelig begrunnet og ikke ansett som uforholdsmessig etter strpl. § 170a.

Kjennelsen kan tas til inntekt for at retten foretar en inngående vurdering av om mistanken er forankret i tilstrekkelige objektive holdepunkter. I tillegg illustrerer kjennelsen at retten vurderer om inngrepet er nødvendig, om kravet til særlige grunner er oppfylt og om inngrepet samlet sett er forholdsmessig. Kjennelsen er den eneste jeg har funnet som er relevant for forståelsen av strpl. § 222d. Kjennelsen tillegges derfor større vekt for hvordan bestemmelsen skal forstås enn hva som ellers gjelder i metodelæren for vekten av underrettspraksis.

Saken gjelder imidlertid en svært alvorlig og samfunnsskadelig handling som fryktes begått. I tillegg svekkes vekten av kjennelsen fordi det kun foreligger én kjennelse. Kjennelsen kan derfor ikke uten videre kan legges til grunn for hva som må kreves av de objektive holdepunkter for å konstatere at det er rimelig grunn til å mistenkte at noen kommer til å overtref.eks. eksportkontrollloven § 5, jf. strpl. § 222d andre ledd bokstav b.

6.3 PSTs forebyggende tvangsmiddelbruk

6.3.1 Generelt

Det kan forekomme tilfeller hvor PST fortsatt har behov for å anvende skjulte tvangsmidler, selv om det ikke foreligger «...rimelig grunn til å tro...» at noen planlegger en alvorlig forbrytelse etter strpl. § 222d første eller annet ledd. En konkret situasjon hvor verken strpl. §§ 224 eller 222d var oppfylt, var på bakgrunn av informantopplysninger til PST om at en mis-

tenkelig person var observert med bag og fotoapparat i marka i nærheten av byens hovedvannforsyning uten å være antrukket for tur.¹¹⁶ Den mistenkelige personen spurte informanten hvor vanninntaket var, og senere forlot stedet med bil. PST vil imidlertid ikke ha adgang til å iverksette kommunikasjonsavlytting etter strpl. § 222d i en slik situasjon, fordi mistanken verken er forankret i tilstrekkelige objektive holdepunkter eller at det er en viss grad av sannsynlighet for at den mistenkte kommer til å forgifte drikkevannet i vannforsyningen. Det vil i en slik situasjon som beskrevet, neppe være grunnlag for å iverksette etterforskning etter strpl. § 224, dvs. at det er «...rimelig grunn til å undersøke...» om det er begått en straffbar handling. Situasjonen illustrerer at PST likevel kan ha et legitimt behov for å undersøke om noen forbereder en straffbar handling som ellers ville ha vært ansett som straffri forberedelse etter den alminnelige forsøkslæren i strl. § 49.

For å fange opp samme eller lignende tilfeller har PST som ledd i sin forebyggende virksomhet hjemmel til å anvende straffeprosessuelle tvangsmidler dersom det er «...grunn til å undersøke...» om noen forbereder visse typer alvorlig kriminalitet etter pl. § 17d første ledd. Den sentrale begrunnelsen for å åpne for tvangsmiddelbruk i forebyggende øyemed er av hensyn til at PSTs ansvarsområde særlig retter seg mot alvorlige forbrytelser som truer samfunnsikkerheten og grunnleggende samfunnsinstitusjoner, som normalt begås i lukkede kriminelle og profesjonelle miljøer.¹¹⁷

Målet med PSTs forebyggende tvangsmiddelbruk var etter departementets syn for å unngå at det ble grunnlag for å iverksette etterforskning og videre strafforfølgning. I lys av dette fremhevet departementet på den ene siden viktigheten av at PST, lenge før hendelsesforløpet hadde nådd grensen for det straffbare, skulle ha hjemmel til å avdekke mulige trusler mot sikkerheten i samfunnet tidligst mulig. På den annen side ble det presisert at forebyggingshjemmelen kun skulle benyttes i meget begrenset utstrekning.¹¹⁸ I følge justiskomiteen skal forebyggingshjemmelen kun benyttes dersom den avvergende tvangsmiddelbruken etter strpl. § 222d første ledd ikke får anvendelse.¹¹⁹ Dersom vilkårene for forebyggende og avvergende tvangsmiddelbruk er oppfylt samtidig, plikter PST å velge avvergende tvangsmidler etter strpl. § 222d.¹²⁰

Som hovedregelen må derfor PSTs forebyggende tvangsmiddelbruk først søkes gjennomført som ledd i etterforskningen etter strpl. § 222d.

¹¹⁶ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 123.

¹¹⁷ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 112.

¹¹⁸ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 112.

¹¹⁹ Innst. O nr.113 (2004-2005) s. 35.

¹²⁰ NOU 2009: 15 s. 228.

Det fremgår av forarbeidene at hensynet til personvern og rettssikkerhet gjør seg gjeldende med enda større tyngde ved bruk av forebyggingshjemmelen enn i de tilfeller hvor tvangsmidlene brukes som ledd i etterforskningen, siden politiet ikke behøver å bevise at mistanken er forankret i objektive holdepunkter om at noen har begått eller kommer til å begå en alvorlig forbrytelse.¹²¹ Justiskomiteen pekte særlig på under stortingsbehandlingen av lovforslaget at risikoen for at lovlydige borgere skulle bli gjenstand for overvåking var større ved forebyggende bruk av tvangsmidler enn ved bruk som ledd i etterforskningen, hvor vilkårene er strengere.¹²²

For å kompensere for de personvern- og rettssikkerhetsutfordringer forebyggende tvangsmiddelbruk innebærer, er kriminalitetstypene som hemmelige tvangsmidler kan rette seg mot begrenset til å gjelde terrorhandlinger generelt, ulovlig etterretningsvirksomhet og attentat mot representanter for Norges øverste myndigheter eller tilsvarende organer i andre stater.¹²³

6.3.2 Mistankekravet

Uttrykket «...grunn til undersøke...» tilsier etter en språklig forståelse at det må foreligge holdepunkter av en viss styrke som gir PST grunnlag for å undersøke nærmere om noen forbereder en aktuell handling etter pl. § 17d. Departementet gikk først inn for å oppstille et mindre strengt mistankekrav ved at hemmelige tvangsmidler kunne brukes «for å undersøke» om noen forberedte en straffbar handling.¹²⁴ Det skulle være tilstrekkelig at inngrepet var saklig begrunnet i PSTs forebyggende oppgaver etter pl. § 17b. Departementet anførte i den sammenheng at vilkåret skulle representere en formålsbegrensning for PST ved at tjenesten ikke kunne skaffe opplysninger som var irrelevant for deres forebyggende virksomhet. Justiskomiteen skjerpet imidlertid mistankekravet ved å innføre et krav om «grunn til å undersøke», hvilket innebærer at PST må fremlegge bevis for domstolen om at opplysninger i den konkrete saken gir grunnlag for å iverksette nærmere undersøkelser.¹²⁵

Kravet hever terskelen for bruk av forebyggende metoder ved at grunnen til å iverksette undersøkelser må være forankret i objektive holdepunkter, som f.eks. spanings- eller infiltrasjonsopplysninger, tips, dokumentfunn eller andre bevis som gir holdepunkter for at noen forbereder en alvorlige forbrytelser. Ved å heve terskelen for bruk av forebyggende tvangs-

¹²¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 128.

¹²² Innst. O nr.113 (2004-2005) s. 34.

¹²³ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 128.

¹²⁴ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 151.

¹²⁵ Innst. O. nr.113 (2004-2005) s. 34.

midler fra «for å undersøke» til «grunn til å undersøke» mente komiteen at dette ville bidra til å redusere risikoen for at uskyldige borgere skulle bli utsatt for overvåking.

På bakgrunn av klare likhetstrekk ved de skjønnsmessige vilkårene, la komiteen til grunn at riksadvokatens rundskriv av 1999 for forståelsen av etterforskningsbegrepet i strpl. § 224, også er relevant ved tolkningen av uttrykket «grunn til å undersøke» i pl. § 17d.¹²⁶ Det kan derfor legges til grunn at det ved vurderingen av om det foreligger «grunn til å undersøke» om noen forbereder en straffbar handling etter pl. § 17d, skal legges vekt på om det foreligger en viss sannsynlighet for at noe er under oppseiling, et saklighetskrav og krav om forholdsmessighet mellom det som skal undersøkes og de virkemidler som anvendes.¹²⁷

Det er vanskelig å tenke seg tilfeller hvor PST sitter inne med kunnskap hvor det er behov for anvende tvangsmidler uten at vilkårene for å iverksette etterforskning er oppfylt, siden terskelen for å iverksette etterforskning etter strpl. § 224 er det lav. Et praktisk tilfelle kan imidlertid tenkes i lys av økt radikalisering ved at enkeltpersoner reiser til Syria for angivelig å motta terrortrening, for deretter å returnere til vestlige land. Dersom PST får informasjon fra sikkerhetstjenester i andre land om at en person eller en terrorgruppe er i Norge for å gjennomføre et terroranslag, men uten å vite sikkert hvor disse befinner seg eller hvem de er, kan PST med hjemmel i pl. § 17d anvende tvangsmidler for å forebygge at noen forbereder en terrorhandling.

Selv om det er lavere mistankekrav for å forebygge og avverge f.eks. terror, kreves det fortsatt skjellig grunn for å bli pågrepet og fengslet, jf. strpl. § 171. Skjult tvangsmiddelbruk representerer tiltak som iverksettes før det blir aktuelt å pågripe, fengsle eller stille noen for straffansvar. Lavere mistankekrav ved skjulte tvangsmidler kan dermed forsvares ved at inngrepet skjer på et fremskutt stadium, og totalt sett oppleves som mindre inngripende enn pågripelse og fengsling. Ved alvorlig kriminalitet er derfor lavere mistanketerskel ekstra viktig for samfunnet, for at politiet skal kunne ha adgang til å forebygge og avverge at slike handlinger finner sted.

¹²⁶ Innst. O. nr.113 (2004-2005) s. 35.

¹²⁷ Innst. O. nr.113 (2004-2005) s. 35.

6.4 Felles materielle tilleggsvilkår for politiet og PST

6.4.1 Indikasjons- og subsidiaritetskrav

I strpl. §§ 222d og pl. 17d oppstilles det supplerende vilkår for at politiet og PST skal kunne få tillatelse til anvende skjulte tvangsmidler. Vilkårene omtales som indikasjons- og subsidiaritetskrav.

Det kreves etter § 222d tredje ledd 1 pkt. at det må «...antas...» at metodebruken «...vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne avverge en handlingen og at avverging ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort.» I pl. § 17d andre ledd 1 pkt. oppstilles det krav om at det er «...grunn til å tro at inngrepet vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne forebygge handlingen...», og «...at forebyggingen ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort...». Fremstillingen vil legge hovedvekten på strpl. § 222d, og det legges til grunn at vilkårene i pl. § 17d skal forstås på samme måte som strpl. § 222d tredje ledd 1 pkt.¹²⁸

At strpl. § 222d tredje ledd operer med begrepet «...antas...» innebærer etter en språklig forståelse at det ikke kreves at politiet eller PST har sikre holdepunkter. Ordlyden indikerer imidlertid at løse eller abstrakte antakelser ikke er tilstrekkelig for at politiet skal få tillatelse til forebyggende metodebruk. Kravene er nærmere presisert i forarbeidene, hvor det heter at det må kreves mer enn en ren formodning for at vilkårene er oppfylt, men at det ikke kreves så mye som sannsynlighetsovervekt.¹²⁹ På bakgrunn av ordlyden og forarbeidene blir vurderingstemaet for begge vilkårene at det må foreligge en viss grad av sannsynlighet for at metodebruken vil bidra til å fremskaffe opplysninger for å avverge nærmere bestemt straffbar handling i strpl. § 222d, og at mildere tiltak ikke vil være tilstrekkelig til å avverge denne.¹³⁰ Sistnevnte innebærer at dersom politiet eller PST på en enklere måte kan innhente opplysninger for å avverge en nært forestående straffbar handling, med mindre inngripende metoder, vil dette være et relevant moment som taler mot å gi politiet tillatelse til å anvende mer inngripende tvangsmidler.

I helhetsvurderingen av om mindre inngripende tvangsmidler kommer til kort for å avverge bestemte typer lovbrudd, kan retten også legge vekt på om tvangsmiddelbruken representerer en fornuftig ressursanvendelse sett i forhold til den handlingen som søkes avverget, om politiet eller PST har begrenset tid til rådighet og om alternative fremgangsmåter ved innhenting-

¹²⁸ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 152.

¹²⁹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 71.

¹³⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 149.

en av opplysninger kan medføre at personers liv eller helse settes i fare.¹³¹ Det åpnes dermed for at politiet kan prioritere hvilke tvangsmidler som er best egnet til å avverge en straffbar handling basert på en hensiktsmessighetsvurdering. Hvis f.eks. noen er i ferd med å begå en terrorhandling som ligger nært opp til fullbyrdelsestidspunktet, kan spaning eller infiltrasjons metode ta for lang tid for at politiet skal løse sine oppgaver på en effektiv måte for å avverge en straffbar handling.

Kravene innebærer en skjerpelse av politiets og PSTs adgang til å benytte inngripende tvangsmidler, ved at tillatelsen bare kan gis dersom myndigheten kan påvise et konkret behov.¹³² Vurderingene av vilkårene har etter sin ordlyd en flytende grense mot forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a.¹³³ Forskjellen ligger imidlertid i at indikasjons- og subsidiaritetskravene legger opp til at det kan legges mer vekt på politiets behov og hva de anser som mest hensiktsmessig. Forholdsmessighetsvurderingen retter imidlertid fokuset mer mot de personer som blir berørt av metoden, det være seg den mistenkte eller utenforstående tredjepersoner.

Indikasjonsvilkåret kan på denne måten anses som den ene vektskålen i forholdsmessighetsvurderingen, ved at det vurderes fra politiets synsvinkel om det konkrete tvangsmidlet kan være egnet til å avdekke noe av interesse. Forholdsmessighetsvurderingen i vid forstand tar både opp i seg politiets behov på den ene siden, og avveier dette mot andre interesser i den andre vektskålen. På den måten kan forholdsmessighetsvurderingen totalt sett tilsi at tiltaket er for inngripende hvis politiets ønske og behov for å skaffe informasjon ikke er av «vesentlig betydning».

Det kan reises spørsmål om indikasjonsvilkåret tilsier at politiet i større grad ensidig kan fokusere på egne behov ut fra hvilke opplysninger de ønsker å finne, uavhengig av hvor inngripende tvangsmiddelet er. Sammenliknes ordlyden med strpl. § 192 om bolig- og hus ransaking, kan ransaking iverksettes «...for å søke etter bevis...», forutsatt at det foreligger «skjellig grunn». Etter strpl. § 193 stilles det kun krav om at det kan ransakes «...i etterforskningsøyemed...». Personransaking kan etter strpl. § 195 foretas dersom det er «...grunn til å anta at det kan føre til oppdagelse av bevis...».

Ser man disse tre bestemmelsene i sammenheng med strpl. § 222d og pl. § 17d, kan det på den ene siden anføres at sistnevnte bestemmelser stiller strengere krav ved at inngrepet «...vil gi...» opplysninger av «...vesentlig betydning...». Det kan hevdes at det må oppstilles et mi-

¹³¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 71 til 72.

¹³² Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 71.

¹³³ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 73.

nimum av relevans og saklighet ved politiets vurdering av om tvangsmidlet vil gi informasjon som er av «...vesentlig betydning...» for å forebygge eller avverge straffbare handlinger.

På den annen side kan det anføres at opplysningskvaliteten ved indikasjonsvurderingen modifieres noe ved begrepene «antas» og «grunn til å tro», slik at det til syvende og sist beror på forholdsmessighetsvurderingen om politiets behov er tilstrekkelig tungtveiende. En forklaring på forskjellene kan være at indikasjonsvilkåret fungerer mer som et minstevilkår for politiets vurdering, men at det først er i forholdsmessighetsvurderingen det må vurderes hvor nyttig informasjonen er og hvor mye en får ut av informasjonen avveid mot andre interesser.

6.4.2 Skjerpet forholdsmessighetskrav og særlige grunner

Som behandlet i punkt 4 må det foretas en forholdsmessighetsvurdering av all tvangsmiddelbruk etter strpl. § 170a. For PSTs forebyggende virksomhet er forholdsmessighetsprinsippet lovfestet og innebærer at «...inngrepet etter sakens art og forholdene ellers ikke fremstår som uforholdsmessig».¹³⁴ Fremstillingen vil ikke behandle pl. § 17d, men det legges til grunn at vilkåret skal forstås på samme måte som strpl. § 170a.¹³⁵

Når domstolene skal vurdere hvorvidt politiet og PST kan få tillatelse til å anvende avvergende tvangsmidler etter strpl. § 222d, kan vektleggingen av de samme relevante momentene som utledes av strpl. § 170a, bli annerledes enn ved tvangsmiddelbruk med oppklarende formål.¹³⁶ Sannsynligheten for at noen kommer til å begå en straffbar handling, lovbruddets karakter, mistankens styrke og hvem tvangsmiddelbruken retter seg mot, vil fortsatt være relevant å legge vekt på ved forholdsmessighetsvurderingen. Departementet nevner som eksempel at dersom det er foreligger sterkt mistanke om at noen mest sannsynlig kommer til å begå en terrorhandling, vil det sjelden være uforholdsmessig å tillate avvergende tvangsmiddelbruk.¹³⁷

Det er nærliggende å forstå departementets eksemplifisering med terrorhandlinger dit hen at samfunnets behov for beskyttelse mot alvorlige kriminalitet tillegges større vekt i retning av at tvangsmiddelbruken ikke er uforholdsmessig. Det forutsettes imidlertid av departementet at lovbruddets karakter står sentralt i forholdsmessighetsvurderingen, selv om strpl. § 222d utelukkende retter seg mot alvorlig kriminalitet.¹³⁸ Ved en slik presisering åpnes det for en relativ forholdsmessighetsvurdering, ved at avvergende metodebruk likevel kan representere et ufor-

¹³⁴ Pl. § 17d andre ledd 1 pkt.

¹³⁵ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 152.

¹³⁶ Bruce og Haugland (2014) s. 71.

¹³⁷ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 150 og 73.

¹³⁸ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 73.

holdsmessig inngrep, selv om det fryktes begått en alvorlig straffbar handling. Det kan også være grunnlag for å oppstille et strengere forholdsmessighetskrav, dersom tvangsmiddelbruken retter seg mot personer uten tilknytning til et organisert kriminelt miljø, enn for personer som tilhører eller har nær tilknytning med slike.¹³⁹ Dersom det er fare for at tvangsmiddelbruken vil rette seg mot lovlydige borgere, vil dette være et relevant moment som trekker i retning av at den avvergende metodebruken lettere kan bli uforholdsmessig.

For særlig inngripende tvangsmidler som politiet og PST kan ta i bruk etter strpl. § 222d første ledd oppstilles det et tilleggsvilkår om at det må foreligge «...særlige grunner...».¹⁴⁰ De avvergende tvangsmidlene som omfattes av tilleggsvilkåret er strpl. §§ 200a om hemmelig ransaking, 202c om teknisk sporing ved bruk av peileutstyr, 216a om kommunikasjonsavlytting og 216m om romavlytting. Ordlyden tilsier at det skal mer til for å anvende enkelte særlig inngripende tvangsmidler i politiets avvergende virksomhet enn de alminnelige vilkårene oppregnet i første ledd og tredje ledd 1 pkt. For å anvende disse tvangsmidlene mente departementet på den ene siden at det var nødvendig å skjerpe forholdsmessighetsvurderingen ved å innføre et ekstra tilleggsvilkår, for på den måten å presisere at det skal markert mer til får å rettens kjennelse.¹⁴¹ På den annen side ble det presisert at kravet om «særlige grunner» ikke var ment å gjøre forholdsmessighetsvurderingen vesensforskjellig fra de vurderingene som må foretas i saker hvor politiet ønsker å benytte mindre inngripende metoder.¹⁴² Kravet om «særlige grunner» får dermed en kompenserende funksjon i interesseavveiningen, ved å bøte på lovgivning som tillater større inngrep i enkeltindividets rettssikkerhet og personvern ved bruk av kommunikasjonskontroll.

Med støtte i forarbeidene skal kravet om «...særlige grunner...» i pl. § 17d andre ledd 2 pkt. for de mest inngripende metodene forstås på samme måte som strpl. § 222d tredje ledd 2 pkt., og vil derfor ikke behandles nærmere.¹⁴³

¹³⁹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 73.

¹⁴⁰ Strpl. § 222d tredje ledd 2 pkt.

¹⁴¹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 73.

¹⁴² Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 73.

¹⁴³ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 152.

7 Domstolene

7.1 Kort om primærkompetanse og hastekompetanse

Det er retten som er kompetent myndighet til å gi politiet eller PST tillatelse til å anvende skjulte tvangsmidler.¹⁴⁴ Politiet eller PST kan som hovedregel ikke beslutte bruk av skjulte tvangsmidler på eget initiativ, men må få tillatelse i form av rettens kjennelse. Kjennelsen skal begrunnes, jf. strpl. § 52. I domstolens forhåndskontroll ligger det en viktig rettssikkerhetsgaranti, fordi tvangsmiddelbruken foregår i det skjulte, og gjør unntak fra viktige grunnleggende rettigheter som muligheten til kontradiksjon og kontroll gjennom offentligheten.¹⁴⁵

Hovedregelen om at retten er primærkompetent modifiseres gjennom politiets og PSTs unntakshjemmel til å benytte seg av sin hastekompetanse etter både straffeprosessloven og politiloven.¹⁴⁶ Felles for begge bestemmelsene er at ordre fra enten påtalemyndigheten i henhold til strpl. § 222d, eller sjefen for PST, herunder den assisterende PST sjef i henhold til pl. § 17d, kan tre i stedet for rettens kjennelse. Kjernen i unntakshjemlene er at det *ved opphold er stor fare for* at muligheten til å forebygge eller avverge en mulig straffbar handling forspilles, slik at etterforskningen blir skadelidende. Ved bruk av hastekompetansen skal beslutningen om tvangsmiddelbruk legges frem for retten til godkjennelse snarest mulig, og senest 24 timer etter at tvangsmidlet ble tatt i bruk.¹⁴⁷ Hvis påtalemyndigheten benytter seg av sin hastekompetanse er det ingen uavhengig instans i forkant av tvangsmiddelbruken. Inngrepet i enkeltindividets privatliv vil allerede være et faktum, selv om det i ettertid foretas en kontroll av tvangsmidlets lovlighet.

Selv om hjemlene til å benytte hastekompetansen er demokratisk legitim, kan det spørres om hvordan bruken av hastekompetansen forholder seg til maktfordelingsprinsippet.

7.2 Hastekompetanse i lys av maktfordelingsprinsippet

Det er avgjørende for en rettsstat at domstolen kan kontrollere at ikke lovgivningen praktiseres i strid med lovgivers intensjon, siden samfunnet gir politiet vide hjemler til å drive overvåking. Etter Grl. § 75 er det Stortinget som er den lovgivende makt, og det er den utøvende makts oppgave å håndheve disse reglene. Domstolen skal som den uavhengige statsmakt, sikre at ingen interesser blir skadelidende ved å kontrollere at vilkårene for skjult tvangsmiddel-

¹⁴⁴ Strpl. §§ 222d første og annet ledd og pl. § 17d første ledd.

¹⁴⁵ Bruce og Haugland (2014) s. 117.

¹⁴⁶ Strpl. § 222d fjerde ledd og pl. § 17d tredje ledd.

¹⁴⁷ Strpl. § 222d fjerde ledd 2 pkt. og pl. § 17d tredje ledd 2 pkt.

bruk er oppfylt. Ved skjønnsmessige bestemmelser er det særlig viktig å kontrollere at reglene ikke misbrukes.

Domstolskontrollen skal være reell og fullstendig. Retten skal særlig ivareta de personvern- og rettssikkerhetsutfordringer som skjult overvåking medfører på best mulig måte. Forhåndskontrollen av om vilkårene for inngrep er oppfylt, er dermed en forutsetning for å oppnå en reell og fullstendig kontroll. Det ble i denne sammenheng påpekt av Metodekontrollutvalget at ordningen med domstolskontroll i forkant av skjult tvangsmiddelbruk var viktig for å sikre krav til uavhengighet, objektivitet og saklighet.¹⁴⁸ Det alminnelige utgangspunktet i straffeprosessen om at påtalemyndigheten begjærer tvangsmiddelbruk i tråd med anklageprinsippet etter strpl. § 63 og retten avgjør spørsmålet basert på en konkret og fullstendig vurdering, er den partsprosessen som best ivaretar kravene til uavhengighet, objektivitet og saklighet. Særlig viktig er denne kontrollen fordi det opereres med et lavere mistankekrav som utvider politiets og PSTs adgang til å foreta inngrep.

Det fremheves i forarbeidene til strpl. § 216d fjerde ledd at bruken av hastekompetanse kun skal benyttes hvor det er «...strengt nødvendig...».¹⁴⁹ Forarbeidene vil være en relevant rettskilde til forståelsen av hastekompetansen i strpl. § 222d, fordi sistnevnte bestemmelse gir hjemmel for å benytte kommunikasjonsavlytting etter § 216a i avvergende øyemed. Ved bruk av hastekompetanse etter § 216a må vilkårene i § 216d være oppfylt. Det legges derfor til grunn at bruken av hastekompetansen i strpl. § 222d fjerde ledd og pl. § 17 tredje ledd forutsetter at det er strengt nødvendig.

De personer som har blitt utsatt for overvåking, vil likevel bli skadelidende ved at politiet eller PST har fått kunnskap om enkeltindividets privatliv. Det kan anføres at den etterfølgende kontrollen derfor ikke er mye til hjelp for den som blir krenket. Likevel har kontrollen ikke bare som funksjon å sikre individet mot vilkårlig inngrep, men også å sikre at den utøvende makt praktiserer regelverket i tråd med norske og folkerettslige regler. Denne funksjonen har domstolskontrollen selv om den er etterfølgende. Domstolskontrollen er viktig ikke bare for å hindre krenkelse overfor individet i et konkret tilfelle, men også i et større perspektiv ved å sikre at systemet ikke sklir ut.

Etterkontrollen må imidlertid ses i lys av formålet med hastekompetansen. Unntaksbestemmelsen er ment å fange opp politiets behov for raskt å komme i gang med telefonavlytting og lignende, i de tilfeller hvor politiet har informasjon om at en alvorlig straffbar handling er

¹⁴⁸ NOU 2009: 15 s. 66.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr.64 (1998-1999) s. 63.

nært forestående.¹⁵⁰ Det tilsier at politiet særlig har behov for å bruke hastekompetansen utenfor rettens kontortid, hvor det ikke er mulig å innhente rettens tillatelse. Faren for at mistenkte bytter SIM- kort, taler for at politiet har behov for å gjøre inngrep i personers personvern og rettssikkerhet ved å fravike hovedregelen om domstolskontroll i forkant. Ofte vil politiet få opplysninger som begrunner kommunikasjonskontrollen kort tid før tiltaket settes i verk. Deresom politiet i slike tilfeller måtte innhente rettens forhåndssamtykke, ville det kunne svekke politiet sterkt og medføre at politiet kom for sent inn i hendelsesforløpet.

For de alminnelige tvangsmidlene er lovgivningen også bygd opp etter et system med primær- og sekundærkompetanse. Det er som hovedregel domstolene som har kompetanse til å treffe beslutning om for eksempel hus- og personransaking, jf. strpl. §§ 192, 195, jf. 197 første ledd. Foreligger det «...fare ved opphold...» kan imidlertid beslutning fra påtalemyndigheten tre i stedet for rettens kjennelse etter strpl. § 197 andre ledd. Uten kjennelse fra retten eller beslutning fra påtalemyndigheten, kan dessuten en politimann foreta ransaking etter strpl. § 198 første ledd nr. 2, når mistenkte treffes på «fersk gjerning eller ferske spor». Sammenliknet med skjult tvangsmiddelbruk, må slik ransaking antas å være mer inngripende og følbart for individet enn skjult tvangsmiddelbruk. Det kan derfor vanskelig sies at hastekompetansen kommer i konflikt med maktfordelingsprinsippet, fordi dette er en tradisjonell arbeidsfordeling i straffeprosessen.

Når det gjelder maktfordelingen, kan det hevdes at så lenge lovgiver gir disse reglene, og de er riktig forstått, kan det på den ene siden vanskelig sies at reglene er i strid med prinsippet. Men på den annen side presser praktiseringen av hastekompetansen systemet, fordi den innebærer en overføring av ansvar fra domstolen til politiet og PST. Når lovgiver gir slike regler, er det viktig at man tar med seg hensynet til maktfordeling i den videre vurderingen av hvordan overvåkingshjemlene skal brukes, for ikke å trække domstolen for nært. Det er viktig å tilstrebe en slik praktisering av lovverket i tråd med lovgivers ønske, siden lovgivningen som hovedregel forutsetter forhåndskontroll fra domstolens side. Utvidede hjemler, som hastekompetansen representerer, forutsetter imidlertid at påtalemyndigheten i politiet eller PST utøver et skjønn basert på rettssikkerhet og personvern.¹⁵¹ Borgernes tillit til at hastekompetansen ikke misbrukes vil således være avgjørende.

Innføringen av hemmelig tvangsmiddelbruk i 2005 i bekjempelsen av alvorlig og organisert kriminalitet innebar et vesentlig innhugg i personvernet.¹⁵² Et sentralt spørsmål i interesseavveiningen blir derfor å ta stilling til hva tvangsmidlene faktisk innebærer for de som blir

¹⁵⁰ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 150.

¹⁵¹ Ot.prp. nr.64 (1998-1999) s. 63.

¹⁵² Andenæs (2009) s. 276.

rammet. Fremstillingen vil i det følgende behandle dette under mistenkte og utenforstående tredjepersoner.

8 Mistenkte

Fremstillingen vil skille mellom de tilfeller hvor personen som mistanken retter seg mot tidligere har vært straffet og mistanke mot personer som tidligere har vært straffedømt. Spørsmålet er i hvilken grad det kan legges vekt på tidligere domfellelse ved vurderingen av å tillate skjult tvangsmiddelbruk.

Både mistankekravet i strpl. §§ 222d og pl. 17d, samt forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a gjør det, som fremstillingen har vist, til et relevant moment i vurderingen av om politiet eller PST kan anvende skjulte tvangsmidler, hvorvidt personen mistanken retter seg mot tidligere har overtrådt lignende eller samme type lovbrudd.

Allerede ved innføringen av nye etterforskningsmetoder i bekjempelsen av organisert narkotikakriminalitet i 1999 ble hvem tvangsmiddelbruken rettet seg mot ansett som relevant for hvilke inngrep en person måtte tåle i personvernet. Departementet uttalte generelt at det krav en person som hovedregel har på å nyte godt av vernet mot registrering i form av overvåking, ikke gjorde seg gjeldende i like stor grad for en «...lovbryter som for en uskyldig person».¹⁵³ Departementet begrunnet sitt syn med at den som begår lovbrudd har satt seg selv i en situasjon som ligger *utenfor det alminnelige vern* av den private sfære som ligger i personvernet. Det ble imidlertid presiserte at hvor stor krenkelse av personvernet en lovovertreder måtte tåle, berodde på lovbruddets alvor. Uttalelsene kan forstås dit hen at samfunnets behov for effektiv kriminalitetsbekjempelse ble tillagt større vekt på bekostning av mistenktes personvern og rettssikkerhet.

Spørsmålet om å innføre et tilleggsvilkår om at personen som mistanken retter seg mot, tidligere måtte være domfelt for en straffbar handling, ble vurdert i forarbeidene ved innføringen av forebyggende og avvergende metodebruk i 2005.¹⁵⁴ Hensikten med lovforslaget var å gjøre metodebruken mer målrettet. Departementet fant, i likhet med høringsinstansene, ikke grunnlag for å innføre et slikt tilleggsvilkår. Det ble bl.a. begrunnet med at det ville legge begrensninger på politiets mulighet til å bekjempe kriminalitet, siden det ville være vanskelig å bevise på et tidlig tidspunkt at vedkommende tidligere var domfelt, spesielt fordi deltakere i terroristgrupper ofte beveget seg over landegrensene.¹⁵⁵

¹⁵³ Ot.prp. nr.64 (1998-1999) s. 37.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 73.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 74.

Om den tvangsmiddelbruken vil rette seg mot tidligere har vært straffedømt for handlinger av samme eller lignende karakter, ble det uttalt i tilknytning til vilkåret «grunn til å tro» i strpl. § 222d første ledd at departementet «...antar ... at dette ofte vil stå sentralt i sannsynlighetsvurderingen».¹⁵⁶ Det er nærliggende å forstå uttalelsene dit hen at det kan legges en viss vekt på at noen har hatt befatning med f. eks terrorhandlinger tidligere, forutsatt at handlingen er av samme eller liknende karakter. I RG. 2010 s. 123 la lagmannsretten, i likhet med PST, vekt på at mistenkte tidligere var domfelt for drapsforsøk, trusler og grovt skadeverk mot den Israelske synagoge i Oslo, i spørsmålet om lovligheten av den allerede iverksatte kommunikasjonskontroll for å avverge en terrorhandling.

Selv om det er et relevant moment i vurderingen av om det er grunnlag for å anvende skjulte tvangsmidler at den mulige mistenkte tidligere har vært straffedømt, vil det ikke alene være tilstrekkelig til å oppfylle mistankekravet.¹⁵⁷ Det må i tillegg foreligge andre objektive holdpunkter som underbygger mistanken, samt at det foreligger en viss grad av sannsynlighet for at den mistenkte forbereder eller er i ferd med å begå en straffbar handling.

Mistenkte som forbereder eller er i ferd med å begå en alvorlig forbrytelse må tåle omfattende inngrep i sitt privatliv, særlig personer som har vært straffedømt for handlinger av samme eller lignende karakter. Det er likevel av betydning for mistenktes rettssikkerhet at det ikke uten videre legges for stor vekt på at mistenkte tidligere har vært straffedømt. I stedet for å innføre et krav om at mistenkte tidligere måtte ha vært straffedømt, mente Politidirektoratet at interesseavveiningen kunne ivaretas gjennom en streng praktisering av nødvendighets og forholdsmessighetsprinsippet.¹⁵⁸

Likevel må tidligere straffedømtes rimelige forventning om ikke å bli overvåket nyanseres noe, dersom de velger å sette seg i en situasjon eller i et miljø som medfører økt risiko for å bli overvåket.

Metodekontrollutvalget pekte på at tvangsmiddelbruk som bare rammer en mistenkt er mindre inngripende enn bruk som retter seg mot lovlydige borgere.¹⁵⁹ På tidspunktet det forebyggen- de tvangsmidlet iverksettes kan det være usikkert om den tvangsmiddelbruken retter seg mot faktisk er den rette mistenkte. Et inngrep som fra starten av hadde et legitimt formål, kan i realiteten innebærer en krenkelse av lovlydige borgeres personvern og rettssikkerhet. Ved skjult kommunikasjonskontroll som pågår over lang tid eller i stort omfang er rettet mot en

¹⁵⁶ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 148.

¹⁵⁷ Departementets høringsbrev til høringsinstansene 4. juni 2004, gjengitt i ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 73.

¹⁵⁸ Politidirektoratets høringsuttalelse, gjengitt i ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 74.

¹⁵⁹ NOU 2009: 15 s. 55.

mulig mistenkt, øker risikoen for at lovlidige borgere blir gjenstand for overvåking i egen-
skap av å være i familie med mistenkte, venn, arbeidskollega eller i samme rom. Ved fore-
byggende og avvergende tvangsmiddelbruk kan det reises spørsmål om i hvilken grad hensy-
net til personvern og rettssikkerhet er ivaretatt overfor utenforstående tredjepersoner.

9 Utenforstående tredjepersoner

I Metodekontrollutvalgets evaluering av reglene om skjulte tvangsmidler konstaterte utvalget at private samtaler uten betydning for etterforskningen relativt ofte ble fanget opp av kommunikasjonskontrollen.¹⁶⁰ Metodekontrollutvalget fant at departementets forutsetning om at tiltakene først og fremst skulle ramme deltakere i kriminelle miljøer, ikke alltid slo til.

Som nevnt under drøftelsen av mistankekravet i strpl. § 222d uttrykte Justiskomiteen en bekymring ved å utvide adgangen til å anvende avvergende tvangsmidler, før den straffbare handlingen hadde funnet sted. Hovedbekymringen med et lavere mistankekrav var begrunnet i at faren for å krenke personvernet til uskyldige ville øke. Kravene til «rimelig grunn» i strpl. § 222d første ledd var ment å kompensere for den lavere mistanketerskelen. Etersom mistankekravet forutsetter en vurdering av saklighet, sannsynlighet og forholdsmessighet, kan det anføres at utenforstående tredjepersoners personvern og rettssikkerhet blir ivaretatt gjennom formuleringen.

Det kan imidlertid hevdes, som omtalt under mistankevilkåret i pl. § 17d, at faren for å krenke lovlydige borgeres personvern og rettssikkerhet ved overvåking er større ved forebyggende tvangsmiddelbruk etter pl. § 17d enn som ledd i etterforskningen, hvor vilkårene er strengere. Ved forebyggende metodebruk settes tiltaket inn lengst unna i tid en mulig straffbar handling. På et tidlig tidspunkt i et gitt hendelsesforløp byr det dermed på utfordringer å skille indikasjon på straffbar virksomhet og straffbare forberedelseshandlinger fra den alminnelige handlingsfrihet.¹⁶¹ Faren for å krenke lovlydige borgeres personvern og rettssikkerhet, tilsier at forebyggingshjemmelen bør praktiseres med varsomhet

For å forsvare et lavt mistankekrav som pl. § 17d første ledd oppstiller, kan det anføres at bestemmelsen kun retter seg mot alvorlige forbrytelser med høye strafferammer. I samme retning trekker det at bestemmelsen utelukkende kan benyttes av PST. Det er et paradoks at det er et vilkår, og det er vanskelig å tenke seg tilfeller hvor PST ønsker å iverksette kommunikasjonskontroll uten at det foreligger «grunn til å undersøke» om noen forbereder en straffbar handling, når mistankekravet settes så lavt. Skulle det tenkes situasjoner hvor PST kun hadde lyst til å iverksette overvåking uten at mistankekravet var oppfylt, vil det kunne oppstå gråsoner hvor rettsstaten beveger seg mot misbruk av ressurser. Et annet argument kan være at inngrep i form av overvåking kun gjelder et mindretall i samfunnet. Det kan hevdes at de som er «kriminelle» har noe å frykte, ikke lovlydige borgere. Et slikt argument kan imidlertid ikke

¹⁶⁰ NOU 2009: 15 s. 23.

¹⁶¹ Auglend, Mæland og Røsandhaug (2004) s. 295.

tillegges stor vekt, men det kan tilsi at samfunnet intuitivt vil akseptere romsligere inngreps-hjemler.

Mot dette kan det anføres at lovlydige borgere som blir gjenstand for overvåking, ikke har mulighet til å vite at et slikt inngrep faktisk har skjedd. Det følger av strpl. § 100a andre ledd at den offentlig oppnevnte advokat kun «...skal vareta den mistenktes interesser...», hvilket utelukker at uskyldige borgeres interesser blir varetatt av advokaten. Metodekontrollutvalget fremmet i den forbindelse forslag om at den oppnevnte advokaten også skulle vareta tredjepersoners interesser, for på den måten å styrke deres personvern og rettssikkerhet.¹⁶² Utvalget begrunnet forslaget med at en hel husstands telefonbruk kan bli avlyttet ved kommunikasjonsavlytting av en fasttelefon.

¹⁶² NOU 2009: 15 s. 134.

10 EMD

For at inngrep i enkeltindividets rett til beskyttelse av privatlivet skal være legitim, må begrunnelsen for inngrepet tilfredsstillende de krav som følger av EMK art. 8 nr. 2. Artikkelen fastsetter grenser for hvor langt staten kan gå i å gjøre inngrep i retten til privatliv. Det oppstilles tre kumulative vilkår for at inngrepet skal være berettiget. Inngrepet må være «...in accordance with the law...» og «... necessary in a democratic society...». I tillegg må inngrepet vareta formål som bestemmelsen anerkjenner. Anerkjente formål er bl.a. «... in the interests of national security, public safety ...», «... the prevention of disorder or crime...» eller «... for the protection of the rights and freedoms of others.».

Lovkravet innebærer at inngrepet må være hjemlet i nasjonal rett.¹⁶³ EMD aksepterer både skreven og uskreven rett, herunder rettspraksis. Det strafferettslige legalitetsprinsipp etter Grl. § 96 er dermed strengere ved krav om at straffedom eller tvangsmiddelinngrep krever formell lov.¹⁶⁴ Den norske straffehjemmelen må dermed være tilstrekkelig presis slik at borgerne vet når de risikerer straff. Legalitetsprinsippet retter seg ikke bare til myndighetene, men også til at lovhjemmelen må være tilstrekkelig klar og presis av hensyn til individet. Bakgrunnen for et mildere lovkrav etter EMK er konvensjonstatenes ulike tradisjoner, for eksempel engelsk rett som i større grad bygger på ulovfestet rett (common law). For lovkravet etter intern norsk rett er det imidlertid hensynet til demokratisk legitimitet som er den avgjørende begrunnelse bak det strengere lovkravet. Den avgjørende begrunnelse for lovkravet etter EMK er å sikre hensynet til forutberegnelighet, ved å stille krav til at nasjonal lovgivning må være tilstrekkelig presis og tilgjengelig.¹⁶⁵ EMDs lovkrav retter seg først og fremst mot offentlige myndigheters adgang til å innskrenke borgernes rett til privatliv av hensyn til individet, mens det norske lovkravet også ivaretar maktfordelingshensynet ved å sette skranker for den utøvende makts adgang til å foreta tvangsmiddelinngrep.

Overført til skjult tvangsmiddelbruk, innebærer forutberegnelighetshensynet at inngrepsvilkårene skal være formulert på en tilstrekkelig presis måte som muliggjør at borgerne kan unngå å sette seg i en situasjon hvor de kan bli overvåket. EMD stiller dermed krav til kvaliteten på lovreglene som tillater skjult tvangsmiddelbruk.

Både strpl. § 222d som enten krever «...rimelig grunn til å tro...» i første ledd, «grunn til å tro» i andre ledd, samt pl. § 17d første ledd som krever «...grunn til å undersøke...» må anses

¹⁶³ Sunday Times v. UK A 30 (1979), avs. 47.

¹⁶⁴ All (2011) s. 111.

¹⁶⁵ All (2011) s. 104.

å oppfylle tilgjengelighetskravet, siden norsk lovgivning både er lett tilgjengelig i bokformat og via internett.

Uttrykkene er på den ene siden skjønnsmessige og vanskeliggjør borgernes mulighet til å forutse hvilken mistankegrad som kreves for å bli utsatt for skjult tvangsmiddelbruk. Særlig gjelder dette ved politiets forebyggende tvangsmiddelbruk etter pl. § 17d, hvor det ikke foreligger offentlig tilgjengelig rettspraksis om forståelsen av uttrykket «...grunn til å tro...». I tillegg er det lavere terskel til mistanken ved tvangsmiddelbruk utenfor etterforskningssporet. Dette kan tilsi at personvern- og rettssikkerhetshensyn ikke i tilstrekkelig grad blir ivaretatt gjennom lovgivningen.

På den annen side ivaretar indikasjons- og subsidiaritetskravet i strpl. §§ 222d tredje ledd og pl. 17d andre ledd viktige rettssikkerhetshensyn. For det første kreves det som tidligere nevnt en viss grad av sannsynlighet for at metodebruken vil bidra til å fremskaffe opplysninger for å avverge eller forebygge nærmere bestemte straffbare handlinger, og at mindre inngripende metoder ikke vil være tilstrekkelig for å avverge eller forebygge disse. For det andre er bestemmelsene lovteknisk bygget opp slik at det kreves «særlige grunner» for de mest inngripende tiltakene, som ved kommunikasjonsavlytting. For det tredje kompenseres den lave mistanketerskelen ved at tvangsmiddelbruken er forbeholdt de mest alvorligste straffbare handlingene, jf. kriminalitetskravet. For det fjerde er mistenktes rettssikkerhet ivaretatt gjennom ulike kontrollordninger, for eksempel ved oppnevningen av offentlig advokat og domstolens forhånds- og etterkontroll av begjæringen.

I *Malone mot Storbritannia* tok EMD stilling til om politiets hemmelige telefonavlytting og brevåpning var i strid med lovkravet etter EMK art. 8 nr. 2.¹⁶⁶ EMD kom enstemmig til at retten til respekt for privatlivet var krenket. I sin begrunnelse la EMD avgjørende vekt at engelsk rett ikke indikerte med rimelig klarhet «...the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities...».¹⁶⁷ Selv om telefonavlyttingen i det konkrete tilfellet ikke oppfylte minimumskravene til rettslig beskyttelse, herunder krav til forutberegnelighet, uttalte EMD likevel at kravet til forutberegnelighet ved skjult overvåking ikke kunne praktiseres på en måte som ga borgerne indikasjon på hvilket tidspunkt myndighetene ville avlytte kommunikasjonen til den enkelte.¹⁶⁸ Tiltakets art kan på den ene siden begrunne at det gjøres unntak fra viktige rettssikkerhets- og personverngarantier ved at behovet for en effektiv kriminalitetsbekjempelse tillegges større vekt i interesseavveiningen, særlig hvor tvangsmiddelinngrepet er begrunnet med hensynet til rikets sikkerhet. På den annen side

¹⁶⁶ *Malone v. UK* A 82 (1984).

¹⁶⁷ *Malone v. UK*, avs. 79.

¹⁶⁸ *Malone v. UK*, avs. 67.

må skjønsmessige inngrepshjemler, som et minimumskrav, være formulert på en måte som gir individet en tilfredsstillende indikasjon på rammene for skjønnnet, samt hvilke omstendighet og adferd som kan begrunne tvangsmiddelinngrepet, for på den måten å sikre individet mot vilkårlig myndighetsutøvelse.¹⁶⁹ Lovkravet var ikke oppfylt, slik at det ikke var nødvendig for Domstolen å vurdere hvorvidt inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn.

Inngrepet må i tillegg være formålstjenlig etter EMK art. 8 nr. 2. De formål som kan begrunne et inngrep er hhv. den offentlige- eller enkeltindividets interesse. Ved en så vid formålsangivelse som kan legitimere myndighetenes behov for inngrep, antas dette vilkåret ikke å skape nevneverdige problemer for statene. Skjult tvangsmiddelbruk kan finne sted som ledd i etterforskningen for å skaffe nødvendige opplysninger for «å avverge eller stanse straffbare handlinger», jf. strpl. § 226 første ledd bokstav c, jf. § 222d. Tvangsmiddelbruk kan også finne sted for å forebygge straffbare handlinger etter pl. § 17d. *I Klass mfl. mot Tyskland* ble inngrep i form av hemmelig telefonavlytting ikke ansett å krenke EMK art. 8, fordi formålet med inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn, og var begrunnet med hensynet til beskyttelse av både rikets- og enkeltindividets sikkerhet.¹⁷⁰ Den tyske Grunnlov og spesiallovgivning, som åpnet for hemmelig overvåking av kommunikasjon, ivaretok dermed myndighetens behov for å gjøre inngrep ved å beskytte nasjonal sikkerhet, herunder forebygge uorden og kriminalitet. EMD har imidlertid uttalt at avlytting av andre personers telefonsamtaler utgjør et alvorlig inngrep i retten til privatliv og korrespondanse.

Selv om skjult tvangsmiddelbruk oppfyller lovkravet og tjener anerkjennelsesverdige formål, må inngrepet etter EMK art. 8 nr. 2 samlet sett være «...necessary in a democratic society...». Slik EMD har tolket uttrykket, må det foretas en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av sentrale momenter som har utkrySTALLISERT seg i praksis.¹⁷¹ Avgjørende i vurderingen er om det foreligger tvingende samfunnsmessig behov for inngrep og at det er forholdsmessighet mellom midlet og formålet med inngrepet. Inngrep som gjør unntak for konvensjonsrettigheter er etter EMD praksis tolket restriktivt. At inngrepet må være nødvendig innebærer at begrunnelsen må ligge et sted mellom det uunnværlig («indispensable») og det ønskelige eller nyttige («desirable»)¹⁷².

Den generelle nødvendighetsvurderingen refererer til statens behov for tiltaket, mens den spesielle forholdsmessighetsvurderingen til forsvarligheten av det konkrete tiltaket.¹⁷³ Etter Jør-

¹⁶⁹ *Malone v. UK*, avs. 68.

¹⁷⁰ *Klass and others v. Germany A 28 (1979)*, avs. 44.

¹⁷¹ *Silver and others v. UK A 61 (1983)*, avs. 97.

¹⁷² Se også *Handyside v. UK A 24 (1976)*, avs. 48.

¹⁷³ *All (2011)* s. 142.

gen Alls syn faller vurderingene sammen ved at spørsmålet blir om det etter omstendighetene var nødvendig å gå frem på en så inngripende måte i det konkrete tilfellet. Et tiltak kan være konvensjonsstridig dersom det ikke er egnet til å realisere det ønskede formålet, formålet med tiltaket ikke er tilstrekkelig presserende eller formålet kan oppnås ved lempeligere midler.¹⁷⁴ Vurderingen må skje konkret i den enkelte sak og for det enkelte tvangsmiddel. Avveiningen må veie det samfunnsmessige behovet for å foreta tvangsmiddelinngrep mot inngrepets intensitet i forhold til den som rammes.

I overført betydning innebærer kravet om egnethet at politiets inngrep må være egnet til å oppnå et anerkjennelsesverdig formål som EMK art. 8 nr. 2 oppregner, bl.a. forbedre politiets muligheter til å ivareta rikets sikkerhet og forebygge kriminalitet.¹⁷⁵ I relasjon til strpl. § 222d og pl. § 17d må hemmelig kommunikasjonskontroll være egnet til å skaffe informasjon med formål å avverge nærstående straffbare handlinger eller forebygge at slike finner sted. EMD foretar tradisjonelt ikke noen inngående prøving av det enkelte tvangsmidlets egnethet i tilknytning til kommunikasjonskontroll. En forklaring på dette må være at nasjonalstaten som utgangspunkt nyter en viss, men ikke ubegrenset, skjønnsmargin på områder hvor hemmelig overvåking begrunnes med hensynet til rikets sikkerhet.¹⁷⁶

I Klass mot Tyskland tok EMD for første gang stilling til avveiningen av samfunnets interesser opp mot individets interesser. Det avgjørende spørsmålet var om den hemmelige kontrollen av brev, post og telekommunikasjon var nødvendig i et demokratisk samfunn. Domstolen kom til at den hemmelige overvåkingen unntaksvis var nødvendig. I sin begrunnelse la EMD avgjørende vekt på muligheten til å beskytte demokratiet mot terrorisme og spionasje, og uttalte at staten måtte nyte en viss, men ikke ubegrenset, skjønnsmargin. EMD la imidlertid særlig vekt på at det måtte foreligge tilfredsstillende og effektive garantier mot myndighetsmisbruk.¹⁷⁷ Det må foretas en konkret vurdering av arten, omfanget og varigheten av kontrollordningene, hvilket grunnlag disse bygger på, hvilke myndighet som har personell og prosessuell kompetanse til å tillate, gjennomføre og kontrollere inngrep. Det legges også vekt på hvilke nasjonale prøvingsinstanser som finnes. Tysk lovgivning tilfredsstilte disse kravene. I avsnitt 58 fastslo EMD at det heller ikke innebar en krenkelse av EMK art. 8 nr. 2 at de personer som hadde blitt utsatt for hemmelig overvåking ikke ble informert om dette i etterkant. Det ble begrunnet med at slike opplysninger ville kunne avsløre de hemmelige tjenestenes arbeidsmetoder og kilder.

¹⁷⁴ All (2011) s. 143.

¹⁷⁵ Bruce og Haugland (2014) s. 41.

¹⁷⁶ Klass and others v. Germany, avs. 49.

¹⁷⁷ Klass and others v. Germany, avs. 50.

Avgjørelsen illustrerer at EMD lettere kan akseptere skjult overvåking av kommunikasjon dersom det foreligger tilstrekkelig og effektive garantier mot vilkårlig inngrep. Dommen kan videre tas til inntekt for at nasjonalstaten har en vid skjønnsmargin, dersom hemmelig avlytting er begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet. Jo mer alvorlige straffbare forhold samfunnet utsettes for, dess mer kan legitimere sterkere inngrepsintensitet overfor individet. Følgelig kan det hevdes at det kreves mindre av statens behov for å innskrenke retten til privatliv, dersom det er snakk om terrortrusler. Det tilsier at individet i større utstrekning må tåle inngrep i sitt personvern, enn ved mindre graverende forhold, før et inngrep representerer en krenkelse av EMK art. 8. I Klass saken understreket imidlertid EMD i tilknytning til lovgivning som åpnet for hemmelig kontroll av brev, post og telekommunikasjon at slikt bare kunne tillates «...under exceptional conditions...».¹⁷⁸

I lovforslaget om skjult tvangsmiddelbruk i forebyggende og avvergende virksomhet fremhevet departementet at den nye lovgivningen var i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁷⁹

Tendensen i EMD- praksis er at statene er gitt stor grad av frihet til selv å avgjøre hvilke skjulte metoder de ønsker å tillate og benytte i det konkrete tilfellet. Til gjengjeld stiller EMD strenge krav til rettssikkerhetsgarantier i lovverket.

¹⁷⁸ Klass and others v. Germany, avs. 48.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr.60 (2004-2005) s. 24.

11 Avsluttende vurdering

Både lovgivningen om og håndhevelsen av skjulte tvangsmidler forutsetter en vurdering av balansepunktet mellom hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse mot personvernet og rettssikkerheten. Hensynene er av relativ karakter og står i et spenningsforhold til hverandre som følge av utviklingen av kriminalitetsbildet og personvernet. Hvorvidt lovgivningen om skjult tvangsmiddelbruk som kommunikasjonskontroll i tilstrekkelig grad ivaretar balansesetsen, koker til syvende og sist ned i hvordan reglene praktiseres i det konkrete tilfellet.

Fra politiets synsvinkel blir det en stadig viktigere oppgave å bekjempe nye former for alvorlig kriminalitet. En forutsetning for at politiet og PST skal kunne gripe inn på et fremskutt stadium, er at inngrepsvilkårene blir formulert på en måte som gjør at det kreves mindre av objektive holdepunkter som kan bevises og lavere krav til sannsynlighet for at noen planlegger å begå straffbare handlinger. Mistankekravene ivaretar dette behovet, samtidig som det totalt sett stilles strenge tilleggsvilkår. At politiet og PST i dag har vid adgang til å iverksette kommunikasjonskontroll kan anses som et utslag av samfunnets og lovgivers vektlegging av hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse.

Hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse tilsier at mistenkte må tåle omfattende innskrenkinger i sitt privatliv på bekostning av personvernet. Likevel er det viktig at deres rettssikkerhet blir ivare tatt gjennom domstolens forhånds- eller etterkontroll. Dette er i samsvar med at EMD i mindre grad foretar en inngående prøving av de materielle vilkår for inngrepet, og i større grad foretar en inngående prøving av om lovgivningen som åpner for kommunikasjonskontroll ivaretar hensynet til rettssikkerhet, og hvordan disse reglene rammer individet i det enkelte tilfellet. Samtidig må mistenktes rimelige forventning om ikke å bli overvåket nyanseres noe, dersom mistenkte velger å sette seg i en situasjon eller i et miljø, som medfører økt risiko for å bli overvåket. Avveiningen av kryssende interesser kan imidlertid ivaretas gjennom en streng praktisering nødvendighets- og forholdsmessighetsprinsippene.

Det er særlig forholdet til utenforstående tredjepersoner som etter min mening reiser de mest betenkelige personvern- og rettssikkerhetsutfordringer. Verken norsk rett eller EMK har et ubetinget krav om at slike personer skal få vite at de har blitt gjenstand for overvåking. Det kan hevdes at PSTs forebyggende metodebruk utgjør den største risikoen for at lovlydige borgere blir overvåket ved å operere med et lavt mistankekrav. Siden den offentlig oppnevnte advokat kun skal vareta mistenktes interesser, kunne strpl. §§ 222d og pl. 17d med fordel inneholdt et krav om at den oppnevnte advokat også skal *vareta andres interesser, så langt reglene passer*. Sistnevnte tilføyelse kunne vært hensiktsmessig for å unngå enhver mistanke om at borgerne kan ha blitt utsatt for overvåking. Det er særlig viktig å styrke lovlydige borgeres

personvern og rettssikkerhet fordi vi ikke kan vite hvilken situasjon eller hvilket politi Norge har 30 år frem i tid.

I et fremtidsrettet perspektiv kan det på bakgrunn av utviklingen av kriminalitetsbildet reises spørsmål om politiet og PSTs viktigste oppgaver i samfunnet er endret fra å være oppklarende og etterforskende til å bli forebyggende.

Et skjæringspunkt i politiets rolle kan spores. På bakgrunn av utviklingen av alvorlig kriminalitet kan det på den ene siden hevdes at det er viktigere å forebygge enn å oppklare straffbare handlinger. På den annen side er det mer betenkelig å gripe inn forebyggende enn oppklarende, fordi risikoen for å ramme feil øker. Hvis det kan konstateres et slikt skifte i politiets oppgaver ved at forebyggelse stadig blir viktigere enn å oppklare, bør også regelverket som tillater skjult overvåking ivareta de hensyn som i fremtiden kan bli skadelidende. Forebyggende tiltak, enten av mer generell holdningspåvirkende karakter eller konkrete tiltak, må uansett anses viktigere enn å gripe inn etter at noe har skjedd. Behovet for forebyggende skjult tvangsmiddelbruk kan dermed forsvare utvidede hjemler.

12 Litteraturliste

LOVER:

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven- Grl.).
- Lov 24. juni 1915 nr. 5 Lov om kontroll med post- og telegrafforsendelser og med telefon samtaler (Lov om kontroll av post- og teletjenester).
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven – strpl.).
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven – strl.).
- Lov 4. august 1995 nr. 53 Lov om politiet (politiloven – pl.).
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mnskr.).
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4. November 1950. Norsk tittel: Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).
- International Covenant on Civil and Political rights, 16. December 1966. Norsk tittel: Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller (SP).
- Lov 17. juni 2005 nr. 87 Lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet).

FORARBEIDER:

- Ot.prp. nr.64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v (etterforskningsmetoder m.v).
- Ot.prp. nr.61 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot terrorisme - gjennomføring av FN-konvensjonen 9. desember 1999 om bekjempelse av finansiering av terrorisme og FNs sikkerhetsråds resolusjon 1373 28. september 2001).
- Ot.prp. nr.109 (2001-2002) Om lov om endringer straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd).
- NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed.
- Ot.prp. nr.60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet).
- Innst. O. nr.113 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet), sitert fra stortinget.no.

- NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll: Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.
- Prop. 131 L. (2012-2013) Endringer i straffeloven av 1902 og straffeloven 2005 mv. (Forberedelse av terror m.m).

Norske avgjørelser:

- Rt. 1993 s.1302
- Rt. 2004 s. 988
- Rt. 2006 s. 582
- RG. 2010 s.123
- Rt. 2011 s. 221
- Rt. 2011 s. 946
- Rt. 2014 s. 1105

EMD dommer:

- Handyside v. UK, 07. desember 1976, A 24 (1976).
- Klass and others v. Germany, 6. september 1978, A 28 (1979).
- Sunday Times v. UK, 26. april 1979, A 30 (1979).
- Silver and others v. UK, 25. mars 1983, A 61 (1983).
- Malone v. UK, 2. august 1984, A 82 (1984).
- Niemietz v. Germany, 16. desember 1992, A 251- B (1992).
- P.G og J.H v. UK, 25. september 2001, (Reports of Judgments 2001-IX).
- Mikulic v. Croatia 7. februar 2002 (saksnummer 53176/99).
- Von Hannover v. Germany, 24. juni 2004 (saksnummer 59320/00).

Annet regelverk: forskrift/instruks, rundskriv.

- Instruks 22. juni 1990 nr. 3963 til politiloven, Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (Politiinstruks).
- Riksadvokatens rundskriv RA-1999-3 22 desember.

Netttenvisning:

- PSTs trusselvurdering (04.02.2015), «åpen trusselvurdering 2015», hentet fra http://www.pst.no/media/74351/PSTs_tv2015-2.pdf (siteret 05.03.2015).

Juridisk litteratur:

- All, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utg., 2011.
- Andenæs, Johs og Arne Fliflet, *Statsforfatning i Norge*, 10. utg., 2008.
- Andenæs, Johs, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor- Geir Myhrer, 2009.
- Auglend, Ragnar L., Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, *Politirett*, 2. utg., 2004.
- Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens Forvaltningsrett*, 1. bind, 2. utg., 2010.
- Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven: Kommentartutgave*, 1. bind, 4. utg., 2011.
- Bruce, Ingvild og Geir S. Haugland, *Skjulte tvangsmidler*, 2014.
- Bruce, Ingvild og Geir S. Haugland, Personvern, rettssikkerhet og vern mot alvorlig kriminalitet i *Overvåking i en rettsstat*, Dag Wiese Schartum (red), 2010, s. 62-83.
- Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 9. utg. ved Eivind Smith, 2010.
- Hov, Jo, *Rettergang 2*, 2010.
- Schartum, Dag Wiese, *Overvåking i en rettsstat – Oversikt over innledende observasjoner i Overvåking i en rettsstat*, Dag Wiese Schartum (red), 2010, s. 17-34.