

Masteroppgave i Rettsvitenskap

Vår 2010

***Bør politiets forebyggende metoder som i dag er ulovfestet,
lovfestes?***



Kandidatnummer:167346

Antall ord:14799

Veileder: Nils Terje Dalseide

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	s. 5
1.1 Oppgavens formål og problemstilling	s. 5
1.2 Avgrensing og videre fremstilling	s. 5
1.3 Begreper i oppgaven	s. 5
1.3.1 Forebyggende metoder	s. 5
1.3.2 Politiet	s. 6
1.3.3 Overvåking	s. 6
1.3.4 Spaning	s. 6
2. Temaets aktualitet	s.7
2.1 Innledning	s. 7
2.2 Kriminalitetsutviklingen	s. 7
2.3 Fokus på personvern	s. 8
2.4 Rettstilstanden i Europa, europeisk standard	s.8
2.5 Kriminalisering av forberedelses handlinger	s. 9
2.6 Teknologisk utvikling	s. 9
2.7 Oppsummering	s. 9
3. Hensynene som gjør seg gjeldende	s. 10
3.1 Innledning	s. 10
3.2 Privatlivets fred	s. 10
3.2.1 Innledning	s. 10
3.2.2 Generelt om begrepet	s. 10
3.2.3 Hvorfor er hensynet viktig å ivareta	s. 11
3.3.4 Dagens metodebruk og hensynet til privatlivets fred	s.12
3.3 Rettsikkerhet	s.12
3.3.1 Innledning	s.12
3.3.2 Generelt om begrepet	s.12

3.3.3 Ivaretar dagens rettstilstand borgernes rettssikkerhet?	s. 13
3.3.4 Oppsummering	s.14
3.4 Kriminalitetsbekjempelse	s.14
3.4.1 Innledning	s.14
3.4.2 Generelt om kriminalitetsbekjempelse	s.14
3.4.3 Hensynets betydning i forhold til lovfestning	s.15
3.5 Oppsummering	s.15
4. Handlefriheten som rettslig grunnlag	s.16
<hr/>	
4.1 Innledning	s.16
4.2 Hva er den ”alminnelige handlefrihet”	s.16
4.3 Hvor langt rekker handlefriheten?	s.16
4.4 Bør politiet ha samme handlefrihet som den alminnelige borger?	s.17
4.5 Oppsummering	s.18
5. Rettslige skranker	s.19
<hr/>	
5.1 Innledning	s.19
5.2 Legalitetsprinsippet	s.19
5.2.1 Innledning	s.19
5.2.2 Legalitetsprinsippets innhold	s.19
5.2.3 Legalitetsprinsippets legislative begrunnelse	s. 20
5.2.4 Legalitetsprinsippet som rettslig skranke for politimetodene	s.20
5.2.5 Tilfredsstillende handlefriheten legalitetsprinsippets hjemmelskrav	s.23
5.2.6 Avsluttende bemerkninger i forhold til Legalitetsprinsippet	s.23
5.3 Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen.	s.24
5.3.1 Innledning	s.24
5.3.2 Konvensjonens rettskildevekt og forholdet til norsk rett	s.24
5.3.3 EMK art. 8(1)	s.25
5.3.3.1 Innledning	s.25

5.3.3.2 Begrepet privatliv	s.25
5.3.3.3 Utgjør spaningovervåkning et inngrep i privatlivet?	s.27
5.3.4 EMK art. 8(2)	s.29
5.3.4.1 Innledning	s.29
5.3.4.2 Formålmessig	s.29
5.3.4.3 Lovskravet	s.29
5.3.4.4 Forholdsmessighet	s.33
5.3.4.5 Avsluttende bemerkninger i forhold til art. 8(2)	s.34
5.4 Politiloven §6	s.34
5.4.1 Innledning	s.34
5.4.2 Behovsprinsippet	s.35
5.4.3 Proporsjonalitetsprinsippet	s.35
5.4.4 Saklighetsprinsippet	s.36
5.4.5 Oppsummering pl. § 6	s.37
6. Avsluttende bemerkninger/konklusjon.	s.37
7. Litteraturliste	s.39

1. Innledning

1.1 Oppgavens formål og problemstilling

Jeg vil i denne oppgaven ta for meg spørsmålet om hvorvidt politiets metodebruk ved forebygging av straffbare handlinger, bør lovfestes. Forebyggende metoder er de metoder som politiet tar i bruk forut for etterforskningen, de aktuelle metodene er observasjon/overvåkning, spaning, infiltrasjon og provokasjon. I dag er disse metodene ulovfestet, men ansett hjemlet i den alminnelige handlefrihet. Denne rettssituasjon reiser flere interessante problemstillinger. Blant annet hvor langt handlefriheten rekker, og hvorvidt politiet bør ha samme handlefrihet som den enkelte borger.

Det kan også stilles spørsmål ved om dagens metodebruk er i tråd med de rettslige reguleringene som foreligger. Først og fremst om dagens rettssituasjon er i samsvar med legalitetsprinsippet, den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen og pl.§ 6. Oppgavens formål er følgelig å besvare disse problemstillingene og klargjøre om dagens rettstilstand er tilfredsstillende, eller om lovfesting av metodene vil innebære en bedre og mer forsvarlig løsning.

1.2 Avgrensning og videre fremstilling

På grunn av oppgavens begrensede omfang, har jeg valgt å fokusere på overvåkning og spaning, og avgrense fra infiltrasjon og provokasjon. Dette fordi metodene dekker et relativt vidt felt i forhold til inngrepstyrke. Den varierende inngrepstyrken egner seg godt til å belyse de ulike momentene, knyttet til spørsmålet om lovfesting.

Når det gjelder Norges internasjonale forpliktelser vil det kun være den Europeiske menneskerettighets konvensjon som behandles. Begrunnelsen er at denne i størst grad har innvirkning på norsk rett.

Jeg har valgt å innlede oppgaven med en begrepsavklaring, før jeg går over i en redegjørelse for temaets aktualitet. Etter dette blir det en gjennomgang av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til oppgavens tema. Videre blir dagens hjemmelsgrunnlag, handlefriheten, problematisert. Oppgavens nest siste del består av en fremstilling av de ulike rettslige skrankene som påvirker politiets metodebruk, og hvilken innvirkning de har på spørsmålet om lovfesting. Helt avslutningsvis blir det et kort kapittel med oppsummering og egne refleksjoner rundt problemstillingen.

1.3 Begreper i oppgaven

1.3.1 Forebyggende metoder

Som nevnt innledningsvis kan de forebyggende metodene defineres som de metoder politiet tar i bruk før det er satt i gang etterforskning. Altså før straffeprosessloven kommer til anvendelse.

Det problematiske knytter seg imidlertid til hvor grensen mellom etterforskning og forbyggende arbeid går. Lovgiver har ikke tatt standpunkt til dette i loven, eller i forarbeidene.

Begrepet ”forebygge” tilsier at man skal gripe inn forut for den uønskede handlingen skjer og forhindre den. Tar man utgangspunkt i en slik forståelse foregår politiets forebyggende arbeid før den kriminelle handlingen har skjedd. Flertallet i politiutvalget som ble utnevnt for å redegjøre for politimetoder i forebyggende øyemed, er av denne oppfatningen.¹

Utvalgets mindretall er imidlertid av en annen oppfatning, og mener flertallets forståelse av begrepet er for snever. Mindretallet argumenterer med at etterforskningens hensikt er å undersøke om det er begått en straffbar handling, jf. Strpl. § 224, og mener derfor grensen må oppstilles på bakgrunn av hva som er formålet med tiltaket.²

Jeg har imidlertid valgt og ikke gå dypere i denne problemstillingen, ettersom jeg ikke anser denne for avgjørende i forhold til spørsmålet om lovfesting. Flertallets oppfatning av begrepet legges til grunn, og forebyggende metoder forstås som metodene som tas i bruk forut for etterforskning.

1.3.2 Politiet

I det norske rettssystemet er politiet delt i to deler, hvorav den ene delen er underlagt påtalemyndigheten og den andre delen justis og politidepartementet. Når politi begrepet brukes i oppgaven er det den sistnevnte som omfattes.

Med politi menes altså de alminnelige tjenestemenn som utfører de oppgaver som fremgår av pl § 2.

Spesialenheter som politiets sikkerhetstjeneste (PST) omfattes ikke av politibegrepet i oppgaven.

1.3.3 Overvåkning

Med overvåkning menes politiets generelle observasjoner rettet mot allmennheten, uten at det foreligger noe mistanke om at det er skjedd en kriminell handling, eller forberedelse til en slik handling.³ Slike observasjoner kan skje både ved at politiet gir seg til kjenne eller ved at de forholder seg skjult.⁴ Overvåkingen skjer ofte i det offentlige rom, men politiet kan også overvåke privates eiendom, for eksempel hage eller innkjørsel.

Overvåkingen kan også bestå av å holde oversikt over offentlige tilgjengelige registre etc. Eksempelvis vil det være hensiktsmessig å holde et øye med ulike nettsteder som driver med kjøp og salg, for å oppdrive stjalne gjenstander.⁵

1.3.4 Spaning

Politiets overvåkning går over i spaning idet de lar sine observasjoner styre av mistanke om forberedelse til, eller av at det er begått en straffbar handling.⁶ Overvåkingen går over til å bli mer målrettet, enten mot en person, persongruppe eller mot et nærmere bestemt sted.

¹ NOU 2004:6 s. 16

² NOU 2004:6 s. 16

³ NOU 2004:6 s. 57

⁴ NOU 2004:6 s. 57

⁵ Eksempelvis nettstedet www.finn.no.

⁶ NOU 2004:6 s. 60

Det finnes ulike måter å spane på, men forenklet er spaningen enten visuell eller basert på avlytting. Den visuelle spaningen kan skje i det offentlige, eller være rettet mot det private rom.

Når det gjelder avlytting er politiets adgang begrenset som følge av strl §142 a(1). Av bestemmelsen fremgår det at *”Med bøter eller fengsel inntil 6 måneder straffes den som ved hjelp av hemmelig lytteapparat avlytter telefonsamtale eller annen samtale mellom andre, eller forhandlinger i lukket møte som han selv ikke deltar i.”*⁷ Bestemmelsen verner om den enkeltes rett til beskyttelse av egen privatsfære. Det er kun teknisk avlytting som omfattes. Dette medfører at avlytting ved vinduer eller dører, uten bruk av tekniske innretninger ikke omfattes av bestemmelsen. Ordlyden ”mellom andre” åpner for at politiet kan avlytte samtaler hvor en av samtalepartene har samtykket, eller hvor politiet selv deltar i samtalen.

Bruk av teknisk utstyr til å avlytte i det private rom, faller derfor utenfor spaningsbegrepet.

De ulike måtene å spane på varierer i inngrepstyrke. Generelt sett vil visuell spaning være mindre inngripende enn avlytting, og spaning i det private mer inngripende enn i det offentlige. Hvorvidt det er tatt i bruk teknisk utstyr vil også ha en innvirkning på hvor inngripende tiltaket vil fremstå for den berørte.

2. Temaets aktualitet

2.1 Innledning

For å få en bedre innsikt i oppgavens tema, er det hensiktsmessig å se på de ulike samfunnsrettslige faktorene som aktualiserer spørsmålet om lovfesting.

2.2 Kriminalitetsutviklingen

Kriminalitetsstatistikken de senere årene viser at antall registrerte anmeldelser har holdt seg rimelig stabil.⁸ En ser likevel en klar tendens i økning av såkalt offerløs kriminalitet.⁹ Det som karakteriserer offerløs kriminalitet, er at det ikke finnes noe offer til å anmelde forholdet. Narkotikasaker er et illustrerende eksempel på slik kriminalitet, fordi den som kjøper narkotikaen er best tjent med å holde forholdet skjult. Følgen av dette er at politiet ikke vil motta noen anmeldelser om forholdet.¹⁰ Politiet må derfor selv avdekke og anmelde slike kriminelle forhold¹¹. Situasjonen er tilnærmet den samme når det gjelder en del former for økonomisk kriminalitet og kriminalitet knyttet til IKT.¹² Utfallet er at politiet i større grad må arbeide aktivt for å avdekke kriminelle forhold.

En annen tendens er at man har hatt en oppblomstring av organisert kriminalitet. Selv om det konkrete omfanget er vanskelig å fastslå, er det klart at omfanget har økt de siste årene. Politiets største problem i forhold til organisert kriminalitet er at miljøene ofte er preget av en

⁷ Min utheving

⁸ NOU 2004:6 s.160

⁹ NOU 2004:6 s.160 flg.

¹⁰ NOU 2004:6 s. 160 flg

¹¹ NOU 2004:6 s. 160 flg.

¹² NOU 2004:6 s. 160 flg.

meget tøff indre justis.¹³ Konsekvensen er at svært få ønsker å vitne eller gi politiet opplysninger i foreliggende saker.¹⁴ Som ved offerløs kriminalitet kreves det derfor i større grad at politiet går aktivt inn for å skaffe seg informasjon.¹⁵

Som følge av denne utviklingen, vil de forebyggende metodene bli brukt i større omfang. Derfor er det nå enda mer viktig at det foreligger klare rammer for metodebruken. Spørsmålet om lovfesting vil følgelig være aktuelt.

2.3 Fokus på personvern

En annen faktor som aktualiserer lovfesting av politiets forebyggende arbeid er samfunnets økende fokus på personvern. Selv om personvern lenge har vært en viktig del av norsk rett, fikk vernet en sterkere rettslig gjennomslagskraft da den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen ble implementert i norsk lov i 1999.¹⁶

Lovfesting av denne retten har ført til at den enkelte har blitt mer bevisst på sine rettigheter. For at publikum skal fortsette å ha tillit til politiet er det viktig at eventuelle inngrep i disse rettighetene er basert på klare rettslige rammer. Problemet med dagens rettssituasjon er at politiet er gitt en vid skjønnsmargin i sin metodebruk. Fra borgernes side kan beslutningen om inngrep derfor fremstå som vilkårlig. For å hindre at politiet mister tillitt i befolkningen, kan lovfesting være løsningen. Dette fordi allmennheten lettere vil kunne godta inngrep i personvernet, dersom hjemmelen for inngrep er lovfestet.

Som følge av bevisstgjøringen rundt personvern, har spørsmålet om lovfesting igjen blitt aktuelt.

2.4 Rettstilstanden i Europa/ Europeisk standard.

Internasjonalisering og globalisering har også satt sitt preg på jussen. I løpet av de siste tiårene har flere internasjonale konvensjoner og traktater sett dagens lys. Disse har i ulik grad bidratt til å utviske noen av de store forskjellene mellom de ulike europeiske rettsystemene. De ulike rettslige systemene påvirker derfor også hverandre.

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen har spesielt hatt en stor innvirkning på rettsutviklingen i Europa. Dette skyldes først og fremst at konvensjonen har egen domstol, den europeiske menneskerettighets domstol, etter dette EMD. Domstolens uttalelser er bindende for medlemsstatene.

De senere årene har EMD lagt til grunn et strengere legalitetskrav, noe som har ført til at flertallet av de europeiske landene har lovfestet politiets forebyggende metoder.¹⁷ Denne tendensen har betydning når EMD skal vurdere om det foreligger krenkelse. Hvor det kan påvises en generell tendens i Europa, vil avvik fra denne lettere anses som en krenkelse. Følgelig påvirker denne utviklingen Norge, og spørsmålet om lovfesting er høyst aktuelt.

¹³ NOU 2004:6 s. 162

¹⁴ NOU 2004:6 s. 162

¹⁵ NOU 2004:6 s. 162

¹⁶ Etter dette omtalt som EMK.

¹⁷ Blant annet har Storbritannia, Finland og Nederland lovfestet de forebyggende metodene, jf. NOU:2004:6 s. 135 flg.

2.5 Kriminalisering av forberedelses-handlinger

I de senere år har vi sett en tendens til endring i strafferettens karakter, ved at fokuset blir rettet mot å avdekke og avverge kriminaliteten før den straffbare handlingen finner sted.¹⁸ Ofte skjer det en omfattende forberedelse før selve hovedhandlingen. Utviklingen de siste årene har gått i retning av å kriminalisere disse forberedelseshandlingene.

Fordi en rekke forberedelseshandlinger er kriminalisert, vil straffeprosessloven komme til anvendelse på et tidligere tidspunkt enn før. Grunnen er at forbyggende tiltak kan kategoriseres som etterforskning av forberedelseshandlinger.

Det kan derfor argumenteres for at behovet for lovfesting av de forebyggende metodene har blitt mindre, fordi mange situasjoner nå vil reguleres i straffeprosessloven. Samtidig er ordningen betenkelig fordi en virksomhet som reelt sett er forbyggende, vil følge det straffeprosessuelle spor.¹⁹ Dette innebærer at den berørte risikerer å bli utsatt for inngripende tiltak, allerede før hovedhandlingen er gjennomført. Ordningen strekker derfor de straffeprosessuelle tiltakene lenger enn det er grunnlag for.

Samtidig kan det rent praktisk sett være vanskelig å konstantere at det foreligger en straffbar forberedelseshandling. Grunnen til dette er at forberedelseshandlingene ofte er identiske med rent hverdagslige handlinger. I tillegg reiser ordningen en rekke problemstillinger i forhold til selvinkrimineringsforbudet, og EMK art. 8.²⁰

Ettersom utviklingen medfører en rekke uheldige løsninger, vil den ikke bedre dagens rettsituasjon. Behovet for avklaring i forhold til de forebyggende metodene vil tvert imot være enda større enn tidligere.

2.6. Teknologisk utvikling

Det har funnet sted en massiv teknologisk utvikling siden lovgiver sist tok stilling til om politiets forebyggende metoder burde lovfestes. Omfanget av informasjon som formidles mellom borgerne og informasjonsmengden som finnes om den enkelte borger er større enn tidligere. Derved er rettssikkerhets- og personverninteresser mer under press.

På grunn av at de faktiske omstendighetene har endret seg, vil også avveiningen knyttet til lovfesting være en annen. Som følge av disse endringene, bør debatten rundt lovfesting igjen tas opp, slik at vi får en avveining som er mer representativ for dagens samfunn.

2.7 Oppsummering

Når man setter temaet lovfesting av forebyggende metoder i en større sammenheng, ser en tydelig at utviklingen de senere årene har ført til aktualisering av temaet. Mye taler derfor for at temaet bør grundig utredes, og at det må vurderes om metodene bør lovfestes.

¹⁸Husabø, Pre-aktiv strafferett, *Tidsskrift for strafferetten*, 2003, s. 98

¹⁹NOU 2004:6 s. 18

²⁰Husabø s. 104

3. Hensynene som gjør seg gjeldende.

3.1 Innledning

Spørsmålet om lovfesting av metodene, beror hovedsaklig på en avveining av tre hensyn; privatlivets fred, rettsikkerhet og effektiv kriminalitetsbekjempelse. Disse hensynene skal følgelig behandles hver for seg.

3.2 Privatlivets fred

3.2.1 Innledning

Alle de ulike forebyggende metodene muliggjør inngrep i privatsfæren. Dette medfører at hensynet til privatlivets fred kommer inn som et viktig moment i vurderingen om hvorvidt metodene bør lovfestes.

3.2.2 Generelt om begrepet

Hensynet til privatlivets fred inneholder to elementer, nemlig den personlige integritet og personvernet. Personvernet er den delen av privatlivets fred som går ut på å beskytte opplysninger om et individ, mens integritetsvernet går mer ut på å beskytte mot inngrep i privatsfæren.²¹ I den videre behandlingen vil fokuset være på inngrep i private sfæren. Når begrepet hensynet til privatlivets fred skal behandles videre, vil det derfor kun omfatte inngrep i privatsfæren.

For å forstå det nærmere innholdet i begrepet ”privatsfære”, kan det være hensiktsmessig å se på skillet mellom den offentlige og den private sfæren.

I den offentlige sfære vil man automatisk være undergitt andres observasjoner. I den private sfære derimot, vil utgangspunktet være det motsatte. Altså er privatsfæren et domene der den enkelte har rett til å være for seg selv, uten innblanding fra andre.²² Skillet kan også illustreres ved å si at den offentlige sfære har til mål å utvikle samfunnsordningen, mens den private sfære setter fokus på individets utvikling. Disse to påvirker hverandre, og den ene er avhengig av den andre for å eksistere.

For å få et fungerende samfunn er det derfor viktig å skille mellom den offentlige og den private sfæren. Hva som tilhører hvilken sfære vil være variere ut ifra mange ulike elementer. Blant annet vil kultur, religion og politisk styresett ha betydning for hvor grensene settes. Den samfunnsmessige utviklingen vil også ha en innvirkning på grensene. Det som befant seg i den private sfære tidligere, kan ha glidd over i det offentlige, og omvendt.

Som følge av dette er det derfor viktig å foreta vurderinger etter hvert som samfunnet utvikler seg. Endringer i samfunnet har kanskje nødvendiggjort nye reguleringer. Som illustrerende eksempel har man den enorme teknologiske utviklingen som har funnet sted de siste årene. Denne utviklingen har gitt folk uendelige nye måter å overvåke og observere andre på.

²¹ Aarli, Vern av privatlivets fred, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2005 s. 525-573(s 535)

²² Aarli s. 532

Eksempelvis vil bærbare PCer, mobiltelefoner og andre tekniske hjelpemidler forsterke kapasiteten til å samle inn, lagre og bearbeide informasjon. Rettsikkerhet og personverninteresser tilsier derfor at det bør foretas en ny gjennomgang av behovet for rettslig regulering av metoder for forebygging av straffbare handlinger.

3.2.3 Hvorfor er hensynet viktig å ivareta

Både offentlige og private interesser taler for å verne privatlivet.

Når det gjelder offentlige interesser vil skillet mellom den offentlige og den private sfæren være en forutsetning for samfunnsutviklingen. For å sikre utvikling er man avhengig av at folk har et privat forum hvor de kan snakke åpnet om sine tanker og følelser, uten at det skal få konsekvenser. Det er nettopp i dette rom nye tanker og ideer oppstår. For å forhindre at samfunnet stagnerer i gamle tankemønstre, er det følgelig viktig å verne om privatlivets fred.

Den frie tanke er også grunnlaget for et fungerende demokrati. Ytringsfrihetskommisjonens, uttalelse i NOU 1999:27 s.28 illustrerer dette. Her sier de at den offentlige samtale i et fritt samfunn har *”sitt utgangspunkt i slike frie og utvungne prosesser, som springer frem fra den beskyttede privatsfære.”*²³

Et annet moment som tilsier at et skille er viktig å opprettholde, er at enkelte opplysninger ikke er egnet for det offentlige. Begrunnelsen er at private opplysninger kan virke ødeleggende på den offentlige samtale. I NOU 1997:27 s112 uttales det:

*”Det er ikke bare at disse opplysningene er irrelevante, de er skadelige for karakteren av den offentlige samtale ved at de trekker oppmerksomheten bort fra det den offentlige samtalen var ment å skulle dreie seg om.”*²⁴

Når det gjelder rent private interesser, må verdien i det å få være alene, i seg selv vektlegges. Hvert enkelt individ har krav på ”et eget rom” der det ikke blir forstyrret, kan bevege seg fritt og ikke bli observert.²⁵ Et slikt eget rom er en forutsetning for å være et fritt menneske.²⁶ Det gir en mental ro eller psykisk frihet som for den enkelte kan være mer eller mindre nødvendig for å mestre å være del av et større sosialt fellesskap.²⁷

Ytringsfrihetskommisjonen poengterer også hvor viktig vernet er for den enkeltes dannelsesprosess²⁸. På side 28 uttaler de:

*”Man kan bare utvikles som menneske ved at man har et rom der man kan føle seg fri fra å måtte stå til ansvar for hva man gjør eller sier ovenfor ytre ukjente kontrollører.”*²⁹

²³ Min utheving

²⁴ Min utheving

²⁵ Aarli s. 538

²⁶ Aarli s. 538

²⁷ Aarli s. 538

²⁸ NOU 1999:27 s.28

²⁹ Min utheving

Vern av privatlivets fred er altså en forutsetning for et velfungerende samfunn. Dette gjelder både på det overordnede samfunnsmessige plan og på det individualiserte nivået.

3.2.4 Dagens metodebruk og hensynet til privatlivets fred.

De forebyggende metodene politiet benytter i dag, berører alle i ulik grad privatlivets fred. Selv om dette i utgangspunktet er uønskelig, er det klart at det i mange tilfeller vil foreligge et legitimt behov for å gjøre inngrep.

De siste årene har vi som nevnt hatt en enorm utvikling innenfor teknologien. Utviklingen har muliggjort en rekke nye metoder for politiet. I tillegg til dette lar de allerede eksisterende metodene seg gjennomføre på langt mer effektive og inngripende måter. Eksempelvis gjør retningsstyrte mikrofoner det enklere å avlytte samtaler i det offentlige rom. Visuell spaning lar seg også gjennomføre på mer inngripende måter, ved at kamerautstyret er vesentlig mer avansert i dag enn tidligere.

Som følge av politiets utvidede muligheter, kan det være fristende for tjenestemennene å ta i bruk mer inngripende metoder, enn det behovet legitimerer. Resultatet er at misbruksfaren er mer nærliggende. Når politiet i tillegg er gitt en relativt vid skjønnsmargin i forhold til metodebruken, setter dette hensynet til privatlivets fred i en utsatt posisjon.

Under 3.2.3 ble det redegjort for viktigheten av å verne om privatlivets fred, både i forhold til enkeltindividet, og samfunnet som en enhet. Sammenholder en dette med den store misbruksfaren for inngrep, er dette illevarslende. Når det er tale om inngrep i en slik grunnleggende rettighet, bør faren for misbruk være minimal. Lovfesting av metodene kan være løsningen. Lovgiver vil da ha mulighet til å oppstille klare rammer i forhold til metodebruken. Dette både i forhold til hvilke situasjoner som åpner for bruken, og hvor intensivt den aktuelle metoden bør anvendes. På denne måten vil inngrep i privatlivets fred kun skje når det er ytterst nødvendig.

3.3 Rettssikkerhet

3.3.1 Innledning

Ettersom politiets adgang til å ta i bruk forebyggende metoder er ulovfestet, vil spørsmålet om hvorvidt borgerens rettssikkerhet er ivaretatt, stå sentralt.

3.3.2 Generelt om begrepet

Rettssikkerhetsbegrepet er vidt, og det er derfor vanskelig å gi en kort og presis definisjon. Metodeutvalget, angir imidlertid det de anser som kjernen av begrepet som:

”krav om at enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettstilling og forsvare sine rettslige interesser.”³⁰

³⁰ NOU 2009:15 s. 60. Min utheving.

En ser her at hensynet har en klar linje til personvernet. Begge hensynene ivaretar de samme grunnverdiene, nemlig å sikre individets integritet og autonomi ovenfor mektige samfunnskrefter.³¹ Selv om hensynene er nært knyttet til hverandre, vil de i enkelte tilfeller også være motstridene. Eksempelvis kan en tenke seg situasjoner hvor man er nødt til å gripe inn i ett individs personvern for å ivareta en annens rettssikkerhet.

3.3.3 Ivaretar dagens rettsstilstand borgernes rettssikkerhet?

Kjernen i hensynet er å hindre at borgerne blir utsatt for overgrep og vilkårlighet fra myndighetene. For å unngå at dette skjer er man avhengig av at myndighetene holder seg innenfor de rettslige rammer som er oppstilt. For at rettssikkerhetshensynet skal anses ivaretatt på en tilfredsstillende måte, oppstilles det et krav om at disse rettslige rammene er et resultat av en betryggende fremgangsmåte. I dette ligger et krav om at den rettslige normen er basert på en demokratisk prosess, underlagt grundig utredning, og at prosessen ivaretar rettsystemets maktfordeling. I tillegg til krav om normens dannelses, vil også muligheten for kontroll ha innvirkning på borgerens rettssikkerhet.

Lovgivingsprosessen har som formål å ivareta borgerens interesser på best mulig måte. Dette skjer ved at de folkevalgt er tildelt en viktig rolle i lovgivingen. Deres oppgave er å belyse de ulike sidene ved et lovforslag, slik at loven bygger på et syn som er representativt for samfunnet som en enhet. På denne måten vil lovgivingen være i tråd med demokratiet.

Når de rettslige rammene ikke er forankret i formell lov, vil ikke rettsområdet ha gjennomgått den samme betryggende prosessen. Selv om handlefriheten må sies å være et allment akseptert prinsipp, er dannelsen av dette prinsippet ikke resultatet av en demokratisk prosess. Dette peker i retning av at dagens rettsstilstand ikke ivaretar rettssikkerhetshensynet på en forsvarlig måte.

Den andre siden ved formell lovgivning er at den endelige normen er basert på en grundig utredning. Utredningen tar sikte på å klargjøre hvilke fordeler, ulemper og virkninger loven vil ha. Dette sikrer at den endelige normen holder et høyt kvalitativt nivå.

Der de rettslige normene ikke bygger på en slik betryggende prosess, vil dette gå på bekostning av normens kvalitative innhold. Som vi skal se senere i oppgaven er dette tilfellet i forhold til handlefriheten. Også dette synspunktet taler for at dagens ordning ikke ivaretar rettssikkerhetshensynet på en fullgod måte.

Videre ivaretas rettssikkerhetshensynet ivaretas gjennom maktfordeling. For å forhindre vilkårlighet og overgrep er det viktig at man ikke har maktkonsentrasjon i rettsystemet. Vårt rettssystem er derfor delt inn i utøvende, lovgivende og dømmende makt. Selv om dette er idealet, er realiteten i enkelte tilfeller en annen. Hvor et organ er gitt en vid skjønnsmargin, kan en si at den utøvende og lovgivende makt ligger hos samme organ.

De forebyggende metodene er ikke lovfestet, noe som fører til at det er opp til politiet å avgjøre hvilken metode som skal anvendes og hvordan den skal utøves. Politiet er følgelig gitt

³¹ NOU 2009:15 s. 60

en relativt vid skjønnsutøvelse i forhold til metodebruken. Det kan således argumenteres for at dagens ordning ikke er ideell med hensyn til maktfordeling, og at rettssikkerheten derfor ikke er ivaretatt på en tilfredsstillende måte.

En måte å bøte med dette vil være å lovfeste metodene. Dersom den rettslige normen gir klarere vilkår i henhold til når, hvordan, og med hvilken intensitet metodene kan anvendes, vil ikke lenger politiet ha den samme skjønnsmarginen de har i dag. Konsekvensen vil da være at idealet om maktfordeling blir opprettholdt, og hensynet til rettssikkerhet bedre ivaretatt.

For å forhindre at politiet skal kunne gjøre unødvendige inngrep, er det viktig at politiets utøvende virksomhet er underlagt effektiv kontroll. Hvor virksomheten ikke er underlagt formell lovgiving, vil det være betraktelig vanskeligere å fastslå om politiet har holdt seg innenfor de lovlige rammene. Dette fordi det kan være problematisk å si noe om hvor grensene for lovligheten går. Slik rettssituasjonen er per i dag, er det uklart hvor langt handlefriheten rekker. Resultatet er at det er vanskelig å kontrollere hvorvidt politiet har gått utenfor det lovlige, ved bruk av de forbyggende metodene. Dagens ordning vil følgelig ikke være forsvarlig med hensyn til borgernes rettssikkerhet.

Også her vil rettssituasjonen kunne bedres ved formell lovgivning. Formell lovgivning vil oppstille klarere rammer for når, hvordan og med hvilken intensitet metodene kan anvendes, slik at det vil bli lettere å kontrollere om politiet holder seg innenfor de rettslige rammene som er oppstilt.

3.3.4 Oppsummering

Som redegjort for under 3.3.2 vil rettssikkerheten best ivaretas ved formell lovgiving. Begrunnelsen er at dette sikre normens kvalitative innhold, hindrer maktmisbruk og gjør det enklere å kontrollere politiets metodebruk. Rettssikkerhetshensyn taler følgelig for at politiets forebyggende metoder bør lovfestes.

3.4 Kriminalitetsbekjempelse

3.4.1 Innledning

I utgangspunktet står hensynet til kriminalitetsbekjempelse som motpol til personvern og rettssikkerhet. Årsaken er at dagens ordning med ulovfestede metoder bidrar til å gi politiet fleksibilitet. Denne fleksibiliteten er en fordel for å få en effektiv kriminalitetsbekjempelse

3.4.2 Generelt om kriminalitetsbekjempelse.

Med kriminalitetsbekjempelse menes den virksomhet som drives for å hindre at samfunnet og borgerne utsettes for kriminelle handlinger.³²

Det primære ansvaret er lagt til politiet. Dette følger uttrykkelig av pl.§ 1, hvor det fremgår at en av politiets oppgaver er å ”forebygge kriminalitet og andre krenkelser av den offentlige orden og sikkerhet” og å ”avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare

³² NOU 2009:15 s. 68

forhold".³³ Denne plikten er også nedfelt i EMK art 2, hvor staten er gitt en positiv plikt til å beskytte borgernes liv mot alle former for trusler, blant annet livstruende kriminalitet³⁴.

Kriminalitetsbekjempelse er viktig for å opprettholde et stabilt og trygt samfunn. Dersom ikke politiet klarer å etterleve publikums forventninger kan det lett oppstå mistillit til myndighetene, og man risikerer en stat hvor folk tar loven i egne hender. Det sier seg selv at en slik situasjon ikke lar seg forene med et rolig og sikkert samfunn.

Kriminalitetsbekjempelse er derfor grunnleggende for at vi skal kunne leve i et velfungerende samfunn.

3.4.3 Hensynets betydning i forhold til lovfesting.

Publikum har generelt en stor forventning i forhold til politiets innsats i kriminalitetsbekjempelsen. Skal politiet kunne imøtekomme disse forventningene er de avhengige av å ha effektive verktøy i sitt arbeid. I politiets arbeid er sjeldent to saker like. Dette fører til at hver sak må imøtekommes på ulike måter og behovet for fleksible metoder er fremtredende.

Rettstilstanden per i dag gir politiet en viss fleksibilitet i forhold til hvilke metoder de anser for å være hensiktsmessige i de ulike tilfellene. Denne fleksibiliteten oppnås gjennom at metodene er ulovfestede. Et slikt synspunkt taler derfor for at dagens ordning bør beholdes.

Et annet moment som kan tale mot lovfesting er de kriminelles tilpasningsmuligheter. Dersom metodene lovfestes vil de kriminelle i større grad ha mulighet til å tilpasse sine virksomheter, slik at de unngår å komme i politiets søkelys. Jo mindre kunnskap de kriminelle har om de metodene politiet bruker, jo mer effektive vil de være. Dette peker helt klart i retning av å beholde dagens ordning, hvor de kriminelle har minimalt med kunnskap om politiets bruk av forebyggende metoder.

3.5 Oppsummering

Som det fremgår av drøftelsene over, taler både hensynet til personvern og rettsikkerhet for å lovfeste metodene. På den annen side kan det argumenteres for at man oppnår en mer effektiv kriminalitetsbekjempelse ved å opprettholde dagens ordning. Selv om rettsikkerhet og personvern er tungtveiende hensyn, vil ikke avveiningen av de reelle hensyn gi noen klar løsning på spørsmålet om lovfesting.

³³ Min utheving

³⁴ NOU 2009:15 s. 68

4. Handlefriheten som rettslig grunnlag

4.1 Innledning

Politiets forbyggende metoder anses i dag hjemlet i den alminnelige handlefriheten. Som rettslig grunnlag har imidlertid handlefriheten flere svakheter. For det første er det uklart hvor langt handlefriheten rekker, og for det andre kan det stilles spørsmål ved om politiet bør ha den samme handlefriheten som den alminnelige borger.

4.2 Hva er ”den alminnelige handlefrihet”?

Det norske rettssystem bygger på tanken om at alle mennesker har formell frihet, det vil si en alminnelig tanke og ytringsfrihet.³⁵ Så lenge det ikke forligger noen forbud, kan altså enhver fritt foreta de handlinger, tenke de tanker og ytre seg slik en ønsker.³⁶ Denne grunnleggende tanken betegnes ofte som den alminnelige handlefrihet.

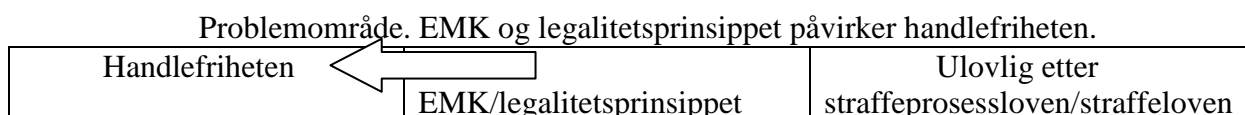
Som følge av den alminnelige handlefriheten kan enhver fritt observere andre, overhøre samtaler i det offentlige rom eller lete målrettet etter spesifikke opplysninger i offentlige arkiver. Når handlefriheten brukes som hjemmel for politiets forebyggende metoder, bygger dette på tanken om at når den alminnelige borger kan foreta seg disse handlingene, må politiet kunne gjøre det samme.

4.3 Hvor langt rekker handlefriheten?

Utgangspunktet er at handlefriheten gjelder så fremt handlingen ikke er gjort ulovlig. Det er lagt til grunn at bestemmelsene i straffeprosessloven skal tolkes antitetisk, det vil si at metoder som ikke er omhandlet der og som ikke kommer i strid med annen lovgivning er tillatt. Dette innebærer at metodene er lovlige uten særskilt hjemmel, så lenge de ikke er gjort ulovlige i lovgivningen.

Grensene er likevel ikke så enkle å oppstille. Dette fordi både EMK og det nasjonale legalitetsprinsippet vil komme inn som en ytterligere skranke for hva som anses lovlig. Med andre ord kan en handling som ikke er gjort ulovlig i straffeprosessloven eller straffeloven, likevel komme i konflikt med EMK eller det nasjonale legalitetsprinsippet.

Dette kan illustreres slik:



EMK og legalitetsprinsippet befinner seg altså i sonen mellom de handlinger som er lovlig, som følge av handlefriheten, og handlinger som er gjort ulovlige i straffeprosessloven og straffeloven. I noen tilfeller vil EMK og legalitetsprinsippet gripe inn på handlefrihetens område og gjøre handlingene ulovlige, til tross for at de i utgangspunktet er lovlige.

³⁵ Hopsnes, Legalitetsprinsippet, *Jussens venner*, 2005 s.77-152(s. 81)

³⁶ Hopsnes s. 81

Problemet i forhold til EMK og legalitetsprinsippet er at grunnlagenes omfang ikke er fullstendig avklart. Dette skal jeg drøfte nærmere senere i oppgaven.

Som drøftelsen over viser, er grensene for handlefriheten vanskelige å oppstille. Konsekvensen er at rettstilstanden i forhold til politiets metodebruk er uavklart. Dette er langt ifra en ideell løsning, når man befinner seg på et område hvor faren for inngrep er stor.

4.4 Bør politiet ha samme handlefrihet som alminnelige borgere?

Dagens rettsoppfatning er bygget på en betraktning om at politiet bør kunne gjøre det samme som den vanlige borger. En kan imidlertid stille spørsmål om politiet bør ha samme handlefrihet som den alminnelige borger, eller om politiets posisjon i samfunnet stiller dem annerledes.

På den ene siden kan en si at politiet i minste fall bør kunne foreta seg det samme som den alminnelige borger. Denne oppfatningen støttes av at politiet vil stå i en særstilling i forhold til den alminnelige borger, fordi deres oppgave er å verne om samfunnets verdier. Med bakgrunn i dette kan en da si at politiet bør ha en ”større handlefrihet” enn andre.

På den annen side er det mange momenter som taler mot at politiet bør ha større handlefrihet enn den alminnelige borger. Roald Hopsnes og Raymond Solberg berør temaet i sin artikkel om legalitetsprinsippet fra 2005. De argumenterer for at det offentlige ikke bør ha samme handlefrihet som enkeltindividet. Dette fordi de hensyn som begrunner enkeltindividets handlefrihet, ikke gjør seg gjeldende i forhold til det offentlige. På side 95 i artikkelen skriver de:

”Når rettssystemet anerkjenner og verner om fysiske personers iboende egenskaper til å handle, tenke og ytre seg, er vel dette først og fremst begrunnet i at frihet presumptivt øker livskvaliteten for enkeltindividet. Offentlige organ har ingen iboende egenskaper, og organets formål er utelukkende å styre samfunnet; særlig gjennom avveining av hensynet til ulike personers handlefrihet. Det offentlige har ingen egeninteresse ut over denne fellesskapsinteressen, og de samme betenkelighetene med å innskrenke friheten oppstår ikke i forhold til det offentlige.”³⁷

Videre poengterer de at det offentlige i kraft av sin betydelige maktposisjon er mer tilbøyelig til å misbruke makt. Det er derfor viktig å redusere muligheten for maktmisbruk, ved å stille strenge krav til hva de kan og ikke kan foreta seg.³⁸ Synspunktet taler for at politiets handlefrihet bør være mindre enn enkeltindividets.

I sin artikkel fra 1978, stiller også Torstein Eckhoff seg kritisk til at politiet skal ha samme rett som den enkelte borger til å gripe inn i andres psykiske integritet.³⁹ Dette fremgår av hans argumentasjon i forhold til krav om lovhjemmel ved overvåkning. Han viser til at man i alle tider har vært varsomme med å godta inngrep i den fysiske integritet og personlige frihet, uten hjemmel i lov.⁴⁰ Han mener at overvåkning har mye til felles med slike inngrep. På side 65 uttaler han:

³⁷ Min utheving

³⁸ Hopsnes, s. 95

³⁹ Eckhoff, Rettslige sider ved overvåkning og sikkerhetstjeneste, Jus og jord heiderskrift til Olav Lid på 70års dagen, 1978, s 55

⁴⁰ Eckhoff s. 65

”Det forekommer meg minst like viktig å verne mot at ens handlingsmønstre blir registrert, som mot at pappilarmønstret i fingrene blir det. Det ligger også et element av frihetsinngrep i overvåkningen. For det å regne med muligheten av at ”storebror ser deg” kan skape frykt hos den enkelte, og få dem til å avstå fra lovlige aktiviteter som de ellers ville ha vært med på.”⁴¹

Han anser altså inngrep i den psykiske integritet like inngripende som inngrep i den personlige frihet og fysiske integritet. Når det da stilles strenge krav til lovhjemmel for slike inngrep, bør de samme kravene gjelde for overvåkning. Han uttaler videre at det ikke foreligger noen hjemmel for overvåkning. Hans standpunkt er altså at politiet ikke kan bruke handlefriheten som hjemmel for å overvåke andre. Dette innebærer at den alminnelige borger og politiet ikke har samme handlefrihet.

I forlengelsen av denne argumentasjonen bør det også bemerkes at politiet og enkeltindividet benytter seg av handlefriheten på ulike måter. Enkeltindividet tenker sjeldent over at det har handlefrihet, mens politiet bruker den alminnelige handlefriheten bevisst i sin virksomhet, som hjemmel for inngrep. Politiets bruk er derfor mer målrettet, og får større direkte følger for den som rammes. Med andre ord vil politiets utnyttelse av handlefriheten potensielt innebære større inngrep, enn enkeltindividets utnyttelse. Denne ulikheten taler for at politiet og enkeltindividet ikke bør ha samme handlefrihet.

Etter drøftelsen over er det forsvarlig å legge til grunn at politiet ikke bør ha samme handlefrihet som den alminnelige borger. I realiteten benytter imidlertid politiet seg i stor utstrekning av handlefriheten som hjemmel. Dette er meget betenkelig når man tar i betraktning de argumentene som er gjennomgått over.

4.5 Oppsummering

Slik det følger av drøftelsen over har handlefriheten som rettslig grunnlag flere svakheter. Hovedårsaken til dette er at det er svært vanskelig å si noe konkret om hvor langt dette hjemmelsgrunnlaget rekker. Dette fører til at man blir stående med en usikker og uklar rettsstilstand. Lovfesting av metodene vil kunne bøte med denne usikre rettsstilstanden, ved at man får mer klare vilkår for om, når og hvordan metodene skal brukes.

Samtidig viser det seg at hovedtyngden av argumenter taler mot at politiet bør ha samme handlefrihet som den alminnelige borger. Grunnlaget for å anvende handlefriheten som hjemmel for inngrep, faller derfor bort. Og konsekvensen er at politiet i realiteten gjør inngrep uten hjemmel.

Gode grunner taler etter dette for at politiets forbyggende metoder bør lovfestes.

⁴¹ Min utheving

5. Rettslige skranker

5.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg gå nærmere inn på de rettslige skrankene som påvirker politiets adgang til å ta i bruk forbyggende metoder. Det er hovedsakelig tre grunnlag som er av betydning; legalitetsprinsippet, EMK og pl § 6. Jeg skal nå ta for meg de ulike skrankene og klargjøre hvilken betydning de har for dagens metodebruk.

5.2 Legalitetsprinsippet

5.2.1 Innledning

Den norske grunnloven har i motsetning til en rekke andre lands konstitusjoner, ingen generell bestemmelse som løser spørsmålet om hvilke tiltak som krever hjemmel i lov⁴². I norsk rett har vi imidlertid et ulovfestet prinsipp som oppstiller krav til når et tiltak krever hjemmel i lov. Prinsippet blir omtalt som Legalitetsprinsippet. Deler av prinsippet har grunnlovs rang.⁴³

Det første spørsmålet som oppstår i forhold til legalitetsprinsippet og politiets forebyggende metoder, er om legalitetsprinsippet kommer til anvendelse. Den neste problemstillingen som oppstår er hvorvidt handlefriheten oppfyller legalitetsprinsippets hjemmelskrav. Men før jeg går nærmere inn på disse spørsmålene, er det hensiktsmessig å se nærmere på prinsippets innhold og de legislative hensyn som begrunner det.

5.2.2 Legalitetsprinsippets innhold

Prinsippet innebærer et forbud mot at staten griper inn i borgernes rettigheter uten hjemmel i lov. Lovsbegrepet omfatter både formell lov, lovhjemlede forskrifter og unntaksvis sedvanerett.⁴⁴ Det er først og fremst private borgere, deres fred, frihet, legemlige integritet, ytringsfrihet og eiendomsrett som nyter vern.⁴⁵

Til tross for at kjerneområdet for legalitetsprinsippet er rettslige inngrep fra staten, er det antatt at prinsippet også gjelder vern av faktiske handlinger.⁴⁶ Illustrerende er Rt 1995s 20. Dommen gjaldt tvangsmedisinering av en utenlandsk statsborger som skulle transporteres ut av landet. Høyesterett kom her til at tvangsmedisineringen var så inngripende at polititjenestemannen ikke kunne gjennomføre en slik handling uten å ha hjemmel i lov.

Som jeg skal komme nærmere inn på under 5.2.4 er det noe uklart hvorvidt psykiske inngrep omfattes av legalitetsprinsippet.

For øvrig vil tiltakets art, innhold og konsekvenser være avgjørende for om legalitetsprinsippet kommer til anvendelse.⁴⁷

⁴² Hopsnes s. 80

⁴³ NOU 2004:6 s. 42

⁴⁴ Ragnar L. Auglend, Politirett, 2.utgave, s. 398

⁴⁵ Auglend s. 399

⁴⁶ Auglend s. 400

⁴⁷ Auglend s. 400

5.2.3 Legalitetsprinsippets legislative begrunnelse

Legalitetsprinsippet har som formål å sikre forutberegnelighet og hindre maktmisbruk.

Hensynet til forutberegnelighet ivaretas ved at borgerne kan orientere seg i regelverket og innrette sin adferd etter de normer som forligger. Forutsetningen er da at reglene er så klare at vedkommende kan forutberegne sin rettsstilling.

Den andre siden av legalitetsprinsippets begrunnelse går ut på å hindre maktmisbruk. Dette oppnås for det første ved at legalitetsprinsippet oppstiller krav om hjemmel i formell lov. Formell lovgivning vil sikre at hjemmelsgrunnlaget er basert på en demokratisk prosess. Denne prosessen sørger for at den endelige normen har grunnlag i en systematisk utredning, som tar hensyn til samfunnets fundamentale verdier.

I forlengelsen av dette vil den demokratiske prosessen også være i tråd med maktfordelingsprinsippet. Det innebærer at normene gis av et annet organ enn det som utøver dem. Hvor organet har frihet til å definere sin egen kompetanse, vil faren for misbruk være nærliggende. Det vil derfor være viktig at det utøvende organet ikke har mulighet til å sette grenser for sin egen kompetanse.

Den siste måte å hindre maktmisbruk, er å ha klare inngrepshjemler. Klare inngrepshjemler hindrer myndighetene å tøyde de regler som foreligger. Samtidig er det mye enklere å kontrollere at myndighetene har holdt seg innenfor de oppstilte rammene.

Det er en nær sammenheng mellom de to hensynene som begrunner legalitetsprinsippet. Hvis borgerne kan innrette seg på statlige inngrep, blir det vanskeligere å misbruke myndigheten⁴⁸.

5.2.4 Legalitetsprinsippet som skranke for politimetodene

Som behandlet tidligere i oppgaven hjemles de forebyggende metodene i handlefriheten. Det kan imidlertid være problematisk å anvende dette som hjemmel idet grensene er uklare. Den alminnelige oppfatning er at grensen går ved det ulovlige, altså det som er gjort ulovlig i lov. Men her vil legalitetsprinsippet i noen tilfeller komme inn som begrensning i tillegg til loven. En handling vil derfor kunne være ulovlig som følge av legalitetsprinsippet, selv om den ikke er gjort ulovlig i formell lov.

Som følge av virkelighetens kompleksitet, er det umulig å komprimere alle tenkelige situasjoner ned til et lovverk. Samtidig er det heller ikke ønskelig med et lovverk med vage bestemmelser som gir myndighetene en for vid skjønnsmargin. Dette gjør lovgivers oppgave meget vanskelig. Legalitetsprinsippet fungerer derfor som en sikkerhetsventil, og kommer inn i de situasjoner hvor handlingen ikke er gjort ulovlig, men likevel utgjør et inngrep.

Legalitetsprinsippet regulerer derfor det området som befinner seg mellom det som er straffesanksjonert/ulovlig og det lovlige. Overfører man dette direkte til min problemstilling, ser en at de forebyggende metodene befinner seg i en slik ”mellomposisjon”. Dette fordi metodene ikke er gjort ulovlig, men likevel kan utgjøre et inngrep. Legalitetsprinsippet spiller derfor i utgangspunktet en sentral rolle som skranke for bruken av de ulovfestede politimetodene.

⁴⁸ Hopsnes s. 84

Det har imidlertid vært usikkert om legalitetsprinsippet gjelder ved de ulovfestede politimetodene, ettersom det er snakk om inngrep i den psykiske integritet. Spørsmålet blir derfor om inngrep i den psykiske integritet omfattes av legalitetsprinsippet.

I Hopsnes og Solbergs artikkel om legalitetsprinsippet, besvares dette bekreftende.⁴⁹ De mener menneskets psykiske tilstand er grunnleggende, både for individets utvikling og for et velfungerende samfunn. Derfor mener de at denne interessen er viktig å ivareta, og den bør nye vern av legalitetsprinsippet. Ytringsfrihetskommisjonen er av samme oppfatning.⁵⁰

Uttalelser i Torstein Eckhoffs artikkel vitner om at også han mener inngrep i den psykiske integritet bør omfattes av legalitetsprinsippet.⁵¹ Dette kan trekkes ut av hans argumentasjon om at overvåkning, som er et inngrep i den psykiske integritet, er like inngripende som fysiske inngrep. Når da fysiske inngrep nyter vern av prinsippet, bør psykiske inngrep ha samme vern.

Forarbeidene til endringslov om etterforskningsmetoder peker også i retning av at inngrep i den psykiske integritet omfattes.⁵² På side 16 uttales det at *”rent unntaksvis kan det imidlertid tenkes at spaning eller annet tiltak blir så intensivt, og at inngrepet i den personlige sfære blir så stort at legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov.”*⁵³ Selv om det her presiseres at det kun er i unntakstilfeller slike tilfeller bør omfattes, åpner uttalelsen for at psykiske inngrep omfattes.

Også politimodeutvalget som ble opprettet i forbindelse med vurderingen av politimetoder i forebyggende øyemed, tilslutter seg oppfatningen om at inngrep i den psykiske integritet omfattes. Dette kan leses ut av deres uttalelse i NOU 2004:6 s 43: *”det er ingen tvil om at for eksempel romavlytting og telefonavlytting krever hjemmel i lov også i medhold av legalitetsprinsippet.”*⁵⁴ Ettersom romavlytting og telefonavlytting utgjør et inngrep i den psykiske integritet, vitner altså uttalelsen om at slike inngrep omfattes av legalitetsprinsippet.

Det uttales imidlertid også at *”mer tvil er det om observerende og manipulerende metoder krever lovhjemmel.”*⁵⁵ Uttalelsen viser at det må oppstilles en grense, slik at ikke alle inngrep i den psykiske integritet omfattes. Spørsmålet blir følgelig hva som skal til for at metodene vil bli omfattet av legalitetsprinsippet.

Uttalelsene over viser altså at det må oppstilles en viss terskel for at inngrepet skal omfattes av legalitetsprinsippet. Hopsnes og Solberg diskuterer denne terskelen på side 120 i sin artikkel:

*”mens grensene for inngrep i form av begrensninger i bevegelsesfriheten og den fysiske integritet normalt er relativt enkle å trekke, er grensen for inngrep i den private sfære meget problematisk. Inngrepsterskelen vil variere etter tiltakets art, omfang og varighet”.*⁵⁶

⁴⁹ Hopsnes, s 90 flg.

⁵⁰ NOU 1999:27 s. 27. Se sitat fra uttalelsen under 3.2.3

⁵¹ Eckhoff s. 65, uttalelsen er referert under avsnitt 4.4

⁵² Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s.16

⁵³ Min utheving

⁵⁴ Min utheving

⁵⁵ NOU 2004:6 s. 43, min utheving

⁵⁶ Min utheving

Inngrepet må følgelig være av en viss art, omfang og varighet for å omfattes av prinsippet. Begrunnelsen er at den berørte ikke vil ha noe reelt behov for vern, dersom tiltaket ikke har hatt noen innvirkning på vedkommende. Dette innebærer at inngrepet må ha en viss psykisk påvirkning på den berørte for at legalitetsprinsippet skal komme til anvendelse.

Eckhoff angir også noen retningslinjer i forhold til hvor grensen skal gå. Han mener det bør skilles mellom opplysninger den berørte selv har gjort tilgjengelige for andre, og andre opplysninger.⁵⁷ Hvor vedkommende selv har gjort opplysningene tilgjengelige skal det mer til for at politiets registrering av disse er å anse som et inngrep. Det er uten betydning om det har vært brukt tekniske hjelpemidler ettersom inngrepet vil oppfattes like krenkende for den berørte.⁵⁸

Legger man til grunn disse momentene, vil ikke politiets generelle observasjoner i det offentlige, omfattes av prinsippet. Begrunnelsen er at enhver som oppholder seg i det offentlige rom må forvente å bli observert av andre. Man har ved å oppholde seg her bevisst eller ubevisst, tilgjengeliggjort ens handlingsmønster. Som følge av dette vil ikke politiets observasjoner oppleves som noen psykisk påkjenning, og borgerne har ikke behov for vern av legalitetsprinsippet.

Går den generelle observasjonen derimot over i spaning i det offentlige rom, vil saken være en annen. Da vil politiets oppmerksomhet hovedsakelig være rettet mot en person, og tilgangen på informasjon øker. Det vil også være større sannsynlighet for at politiet oppfatter informasjon som den berørte hadde ment på privat samkvem. Spaning i det offentlige vil derfor oppleves som en større psykisk påkjenning for den berørte, og legalitetsprinsippet bør verne vedkommende.

Når spaningen tiltrer i intensitet og varighet, og retter seg mot det private rom, vil tiltaket få en ytterligere inngripende karakter. Å bli konstant overvåket vil klart oppfattes som en stor psykisk påkjenning. Legalitetsprinsippet bør derfor komme til anvendelse på slike tiltak.

En slik argumentasjon har støtte i Hopsnes sin artikkel. I artikkelen uttales det at: ”*Dersom det offentliges samlede kontroll med individet blir stor, kan dette tale for å utvide legalitetsprinsippet forbudsnorm av hensyn til frihet som verdi.*”⁵⁹ Som uttalelsen viser, vil det avgjørende være hvor omfattende overvåkingen er.

Også forarbeidene straffeprosessloven og straffeloven endringslov, støtter en slik oppfatning.⁶⁰ På side 16 heter det: ”*rent unntaksvis kan det imidlertid tenkes at spaning eller annet tiltak blir så intensiv, og at inngrepet i den personlige sfære blir så stort at legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov.*”⁶¹ Uttalelsen viser at legalitetsprinsippet bør komme til anvendelse når spaningen blir intensiv.

Konklusjonen blir derfor at borgerne vil ha behov for vern etter legalitetsprinsippet, når politiets spaning blir av et visst omfang. Dette innebærer at hjemmelen for å foreta slik spaning må tilfredsstille legalitetsprinsippet hjemmelskrav. Spørsmålet blir derfor om handlefriheten oppfyller legalitetsprinsippet hjemmelskrav.

⁵⁷ Eckhoff, s 64 flg.

⁵⁸ Eckhoff s.65

⁵⁹ Hopsnes s. 120 flg., min utheving.

⁶⁰ Ot.prp. nr 64 (1998-1999) s. 16

⁶¹ Ot.prp. nr 64 (1998-1999) s. 16, min utheving.

5.2.5 Tilfredsstillende handlefriheten legalitetsprinsippets hjemmelskrav?

Legalitetsprinsippet krever at inngrep har hjemmel i lov. Som nevnt under 5.2.2 er lovskravet i legalitetsprinsippet tolket strengt, slik at det ytterst unntaksvis godtas annet enn formell lov. Dette er problematisk i forhold til gjeldende rett, hvor eneste hjemmel er den ulovfestede handlefriheten. Dersom annet enn formell lov skal kunne godtas som hjemmel, må minstekravet være at hjemmelen er av en slik kvalitet at den ivaretar de hensyn som legalitetsprinsippet bygger på. Som gjort rede for under avsnitt 5.2.3 er dette hensynet til forutberegnelighet, og hindring av maktmisbruk.

I forhold til forutberegnelighet er kravet at normen er tilgjengelig, slik at enkeltindividet kan tilpasse sin adferd. Selv om handlefriheten kan sies å være tilgjengelig, er det ikke klart hvor langt den rekker jf. avsnitt 4.3. Følgelig vil ikke borgerne kunne forutberegne sin rettsstilling. Handlefriheten kan derfor ikke sies å tilfredsstillende kravet til forutberegnelighet.

Som det fremgår av 5.2.3 vil maktmisbruk best hindres ved at inngrepshjemmelen har klare rammer, og er basert på en demokratisk prosess.

For det første er ikke handlefriheten et resultat av en demokratisk prosess, men bygger på et alminnelig rettsprinsipp. Konsekvensen er at normen ikke har gjennomgått de samme grundige prosessene som ved formell lovgivning. I tillegg til dette kan det argumenteres for at dagens rettsituasjon heller ikke er i tråd med maktfordelingsprinsippet. Årsaken er at politiet er gitt en vid skjønnsmargin i henhold til å fastsette grensene for handlefriheten. Dette innebærer at de i stor grad er med på å fastsette sin egen kompetanse. Og som redegjort for under 5.2.3 åpner en slik ordning for maktmisbruk. Handlefriheten som hjemmel bidrar derfor ikke til å hindre maktmisbruk.

Når det gjelder handlefrihetens klarhet, er det tidligere gjort rede hvor vanskelig det er å fastsette hvor langt grunnlaget rekker. Dette fører naturlig nok til at politiet lettere kan tøyte grensene i metodebruken. Samtidig vil det også være vanskelig å kontrollere om politiet har handlet utenfor grensene. Handlefriheten kan heller ikke sies å oppfylle kravet om klarhet.

Handlefriheten som hjemmel vil etter dette ikke ivareta de legislative hensyn som legalitetsprinsippet bygger på. Konklusjonen blir derfor at den alminnelige handlefriheten ikke oppfyller legalitetsprinsippets hjemmelskrav.

5.2.6 Avsluttende bemerkninger i forhold til Legalitetsprinsippet.

Som drøftelsene over viser, vil størsteparten av politiets spaning omfattes av legalitetsprinsippet. Når det da viser seg at handlefriheten ikke oppfyller legalitetsprinsippets hjemmelskrav, innebærer det at deler av politiets metodebruk i dag er i strid med legalitetsprinsippet.

En slik rettstilstand er urovekkende på flere plan. Først og fremst fordi legalitetsprinsippet ivaretar grunnleggende rettssikkerhetsgarantier i samfunnet. Videre fordi prinsippet har stor rettskildevekt i norsk rett, og deler av prinsippet har også grunnlovs rang. Samtidig er det paradoksalt at det er politiet som handler i strid med prinsippet, når en av deres hovedoppgaver er å verne borgerne mot inngrep fra myndighetene. Tungtveiende grunner taler derfor for at dagens rettstilstand bør endres.

Lovfesting av metodene vil kunne bidra til at politiets bruk av forebyggende metoder, ikke lenger utøves i strid med legalitetsprinsippet.

5.3 Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen

5.3.1 Innledning

Det er først og fremst EMK artikkel 8, vern om privatliv, som kan komme i konflikt med politiets forebyggende metoder. Jeg skal i det følgende klargjøre om politiets forebyggende metoder innebærer et brudd på denne rettigheten. Men før jeg går inn i den konkrete drøftelsen, vil det være hensiktsmessig å si noe om konvensjonens rettskildevekt og de faktorene som påvirker tolkningen av konvensjonen.

5.3.2 Konvensjonens rettskildevekt og forholdet til norsk rett

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ble gjort til norsk rett gjennom menneskerettighetsloven av 1999. Det fremgår av lovens §§ 2 og 3 at konvensjonen ved motstrid har forrang foran annen lovgivning. Presumsjonsprinsippet innebærer også at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med EMK.⁶² Dette medfører at norske domstoler vil væ.⁶³

EMK står i en særstilling i forhold til en rekke andre forpliktelser fordi konvensjonen har en egen domstol, den europeiske menneskerettighets domstol.⁶⁴ Medlemslandene er bundet av domstolens uttalelser. Dette og selve eksistensen av domstolen bidrar til å legge ekstra press på statene til å overholde konvensjonens forpliktelser. Disse faktorene bidrar til at EMK har stor innvirkning på medlemslandenes nasjonale rett.

Det var lenge uklart hvor langt norske domstoler skulle gå i å tolke konvensjonen. Dette ble imidlertid klargjort i Bøhler-dommen fra Rt-2006-996, hvor det fremgår at norske domstoler skal ”benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD.”⁶⁵ Uttalelsen har stor rettslig betydning i forhold til tolkningen av konvensjonen, ettersom det i utgangspunktet er store ulikheter mellom norske tolkningsprinsipper og de prinsipper som EMD legger til grunn.

For det første har EMD en langt mer formålsrettet tolkningsstil enn norske domstoler. Som følge av at konvensjonens formål er å verne individet mot inngrep fra statsmakten, vil EMD derfor tolke EMK til fordel for individet.⁶⁶ Oppstår det i den videre drøftelsen tvil om tolkningen skal dette legges til grunn.

I tillegg til å være formålsrettet, anvender også EMD en dynamisk tolkningsstil. Dette fremgår blant annet av Tyrer mot Storbritannia.⁶⁷ Her uttaler EMD at EMK må anses som: ”*a living instrument ...that must be interpreted in the light of present day conditions.*”⁶⁸ Følgelig vil samfunnets utvikling kontinuerlig påvirke tolkningen av konvensjonen. Også dette må tas i betraktning når artikkel 8 skal drøftes.

⁶² Jon Gisle, Jusleksikon, 2.utgave, 2003, s. 227.

⁶³ Gisle, s. 227.

⁶⁴ Etter dette EMD.

⁶⁵ Min utheving

⁶⁶ Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 2.utgave, s. 38

⁶⁷ Tyrer mot Storbritannia sak nr 5856/78

⁶⁸ Min utheving

Videre legger også EMD til grunn en autonom tolkning av konvensjonen. Dette innebærer at de ikke lar seg styre av medlemslandenes interne vurderinger. EMD anser seg derfor ikke bundet av den forståelse som er gitt de tilsvarende begrepene i nasjonal rett. Begrunnelsen for dette er at det ville være uheldig dersom statene selv kunne kontrollere hva som vil falle inn under konvensjonens vern og ikke.

EMDs prøvingsintensitet vil også ha innvirkning på den nærmere drøftelsen av artikkel 8. Årsaken er at medlemslandene i noen saker er gitt en videre skjønnsmargin i forhold til tolkningen av konvensjonens rettigheter. Hvor skjønnsmarginen er stor vil EMD være mer tilbakeholdne med å prøve saken.

Prøvingsintensiteten vil variere ut ifra hvilket område man befinner seg på. Domstolen vil generelt være mer tilbakeholdne med å prøve saker som gjelder landets indre anliggende. Dette fordi slike avgjørelser er mer kulturelt, politisk eller religiøst betinget. Landet selv vil i slike tilfeller ha de beste forutsetningene til å ta slike avgjørelser. Eksempelvis fremgår det av praksis at medlemslandene er gitt videre skjønnsmargin i økonomiske og politiske saker.⁶⁹

I saker som direkte gjelder enkeltindivider vil derimot prøvingsintensiteten være høy. Dette skyldes at man befinner seg innenfor konvensjonens kjerneområde.⁷⁰ Samtidig er disse rettighetene av en så grunnleggende karakter, at de ikke er påvirket av medlemslandenes ulikheter. I denne sammenheng vil det også ha betydning hvilke konsekvenser inngrepet har for individet. Hvor inngrepet har store konsekvenser for individet, vil prøvingsintensiteten generelt være stor.⁷¹ Som nevnt tidligere vil politiets forebyggende metoder berøre rettighetene som følger av artikkel 8. Et inngrep i denne rettigheten vil kunne ha store konsekvenser for individet. Dette peker altså i retning av at EMDs prøvingsintensitet vil være stor, og at det lettere vil konstateres krenkelse.

I den følgende drøftelsen skal det altså legges vekt på at konvensjonen skal tolkes til fordel for individet. Videre skal den samfunnsmessige utviklingen tillegges betydning. Og endelig vil terskelen for å konstantere krenkelse være lav, fordi man befinner seg innenfor konvensjonens kjerneområde.

5.3.3 EMK artikkel 8(1)

5.3.3.1 Innledning

Politiets forebyggende metoder aktualiserer først og fremst vernet etter EMK art. 8. Artikkelen oppstiller vern om privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. "Privatliv" må anses som bestemmelsens hovedbegrep, ettersom det er så vidt at det konsumerer de øvrige.⁷²

5.3.3.2 Begrepet privatliv

I forhold til politiets forebyggende metoder vil det sentrale være å avklare på hvilke områder borgerne nyter vern etter artikkel 8. Den følgende drøftelsen tar derfor sikte på å gjøre rede for dette.

⁶⁹ Aall s. 92

⁷⁰ Særlig EMK Artikkel 3-8.

⁷¹ Aall s. 92

⁷² NOU 2004:6 s. 36

Ordlyden ”privatliv” er meget vid og det er derfor vanskelig å gi noen konkret definisjon av begrepet. Reelle hensyn tilsier likevel at artikkelens virkeområde må avgrenses noe. Aall angir at området må begrenses til den sfære hvor individet kan motsette seg at andre, enten private eller offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke.⁷³ Dette vil i alle tilfeller gjelde i det private hjem. Spørsmålet er imidlertid om vernet også bør gjelde utover dette området.

I EMD dom P.G. og J.H. mot Storbritannia uttaler domstalen:

*”There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person’s private life is concerned in measures effected outside a person’s home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person’s reasonable expectations as to privacy may be a significant, though not necessarily conclusive factor.”*⁷⁴

Som uttalelsen viser, utelukker ikke EMD at artikkel 8 også vil kunne komme til anvendelse på det offentlige område. Forutsetningen er da at man har en rimelig forventning om at ens handlinger er private. Et eksempel kan være en privat samtale på en restaurant. Man forventer da at samtalen er privat, til tross for at den finner sted på offentlig område.

Bestemmelsens underbegreper vil også kunne bidra til fastsettelsen av artikkel 8s omfang. I forhold til de forebyggende metodene er det imidlertid kun «hjem» og «korrespondanse» som er relevante.

Når det gjelder det første begrepet ”hjem”, tilsier en naturlig språklig forståelse av ordlyden det området hvor man har fast bopel. EMD har imidlertid tolket ordlyden meget vidt. I Niemietz mot Tyskland ble det foretatt en ransakelse av et advokatkontor.⁷⁵ Her uttalte EMD at grensen mellom privatliv og yrkeslivet er vanskelig å trekke, både fordi mange foretar ervervsvirksomhet i hjemmet, og fordi private konfidensielle opplysninger kan komme frem i forretningsvirksomhet. Derfor kan man ikke begrense artikkel 8:

*”to an inner circle in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree to establish and develop relationships with other human beings.”*⁷⁶

Uttalelsen viser at man ikke skal begrense artikkel 8s omfang i for stor grad. Bestemmelsens formål er å verne om menneskelige relasjoner. Og ettersom menneskelige relasjoner ikke begrenser seg til det private rom, kan heller ikke bestemmelsens omfang gjøre det.

Videre er ”korrespondanse” opplistet som del av det vernede området. Ordlyden må forstås som den kommunikasjon som foregår mellom mennesker, uavhengig av hvordan denne skjer.⁷⁷ På bakgrunn av plasseringen er det først og fremst private meddelelser som vernes. Det sentrale vil derfor være om meddelelsen var ment på en bestemt person eller gruppe, eller

⁷³ Aall s. 175

⁷⁴ P.G og J.H mot Storbritannia, sak nummer 44787/01, avsnitt 57. Min utheving

⁷⁵ Niemietz mot Tyskland, sak nr 13710/92, avsnitt 29

⁷⁶ Min utheving

⁷⁷ Aall s. 199

om den var ment på allmennheten som sådan. Hvor meddelelsen var ment å være begrenset, vil den falle innenfor artikkel 8s vernede område.

Som drøftelsen over viser er formålet med artikkelen å verne om menneskelige relasjoner. Dette innebærer at man skal være forsiktig med å begrense artikkelens vernede område, fordi menneskelige relasjoner ikke begrenser seg til et bestemt område.

5.3.3.3 Utgjør spaning /overvåkning et inngrep i privatlivet.

Slik det fremgår av avsnitt 5.3.3.2 skal begrepet tolkes vidt, men det må oppstilles en grense i forhold til omfanget. Spørsmålet blir derfor om politiets overvåkning/ spaning utgjør et inngrep i retten til "privatliv", jf. EMK art. 8(1).

Under 5.3.3.2 ble det gjort rede for at vernet etter art. 8 også vil kunne omfatte handlinger i det offentlige rom, dersom vedkommende har en rimelig forventning om at hans handlinger er private, jf. P.G og J.H mot Storbritannia.⁷⁸ Dette innebærer at politiets generelle observasjoner i det offentlige rom, ikke nødvendigvis går klar av EMK.⁷⁹ Ettersom denne metoden anses som den minst inngripende, vil de øvrige metodene heller ikke gå klar av bestemmelsens vernede område.

Samtidig angir den samme dommen at enhver som oppholder seg i det offentlige rom, må forvente å bli observert.⁸⁰ Utgangspunktet må derfor være at behovet for vern etter art.8 ikke vil være like fremtredene.

Dette synspunktet er også lagt til grunn i Friedl mot Østerrike.⁸¹ I denne saken hadde politiet fotografert tilfeldige deltakerne i en demonstrasjon. En av de som ble fotografert var Fridel. Denne fotograferingen ble ikke ansett som konvensjonsstridig fordi vedkommende befant seg på et offentlig sted. Dommen angir følgelig at det vil være en viss terskel før vernet etter artikkel 8 slår igjennom på offentlig sted. Denne terskelen vil ha en direkte sammenheng med hvilken metode politiet tar i bruk.

Som med fremgår av avsnitt. 1.3 vil politiets metoder variere i inngrepsstyrke. Avveiningen av behovet for metoden og skaden den vil medføre, påvirkes derfor av hvilken metode som brukes. Ved de mindre inngripende metodene vil ikke hensynet til personvern gjøre seg like sterkt gjeldende, som ved de mer inngripende metodene. Dette medfører at behovet for metodebruken ofte vil være mer tungtveiende hvor politiet benytter seg av de mindre inngripende metodene.

Med andre ord må borgerne tåle mindre inngrep i privatlivet, for at politiet skal kunne gjennomføre en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Dette taler for at politiets generelle observasjoner i det offentlige ikke bør anses som et inngrep i privatlivet. Avveiningen vil imidlertid ikke være like klar, når politiets observasjoner går over i mer målrettet spaning mot bestemte personer. EMD har trukket opp en ganske snever grense for hva politiet kan foreta seg uten å komme i kontakt med det vernede området.⁸²

⁷⁸ P.G og J.H mot Storbritannia, sak nummer 44787/01

⁷⁹ NOU 2004:6 s. 57 flg.

⁸⁰ Se uttalelsen fra P.G og J.H mot Storbritannia som er referert under 5.3.3.2

⁸¹ Friedl mot Østerrike, sak nummer 55225/95

⁸² NOU 2004:6 s. 61

Når det gjelder visuell spaning foreligger det ikke noe konkret praksis om dette fra EMD. Det fremgår likevel en rekke momenter i P.G og J.H mot Storbritannia, som må anses å være av relevans.⁸³ For det første er det av betydning om spaningen skjer i det offentlige eller i det private, for det andre om det er tatt i bruk tekniske hjelpemidler som er skjult for den som blir observert, og til slutt vil varigheten og intensiteten være av betydning.⁸⁴

Det første som må vurderes er om spaningen skjer i det offentlige eller i det private rom. Generelt vil visuell spaning mot private rom være mer inngripende fordi vedkommende da ikke vil ha noen forventning om å bli observert. Hensynet til personvern vil derfor gjøre seg sterkt gjeldende i slike situasjoner. Spaning mot det private rom vil derfor anses som et inngrep i privatlivet.

Videre får bruken av tekniske hjelpemidler innflytelse på vurderingen. Hvor spaningen foretas ved hjelp av tekniske hjelpemidler vil politiet få tilgang på enn større mengde informasjon enn ellers. En vanlig person forventer ikke at han overvåkes med hjelp av slike hjelpemidler, og vil derfor heller ikke innrettet sin atferd etter det. Han eksponeres derfor i større utstrekning enn han er klar over, noe som vil være mer inngripende i personvernet. Gode grunner taler derfor for at spaning ved bruk av tekniske hjelpemidler anses som inngrep i privatlivet.

Intensitet vil også ha innvirkning på vurderingen om hvorvidt spaningen anses som et inngrep i privatlivet. Intensiv spaning vil være en stor psykisk påkjenning for den rammes. Dette ble også vektlagt i kommisjonsrapporten Tsavachidis mot Hellas, hvor det ble fastsatt at detaljkartlegging over tid vil omfattes av vernet etter art.8.⁸⁵ Intensiv spaning over tid vil derfor måtte anses som inngrep i privatlivet.

I tillegg til de momentene som fremgår av P.G og J.H mot Storbritannia, sier også Lûdi mot Sveits noen om hva som skal vektlegges når det skal vurderes om spaningen er et inngrep i privatlivet.⁸⁶ Her ble personens eget forhold vektlagt. I denne saken var den overvåkede personen involvert i kriminell virksomhet, derfor mente EMD at han måtte forstå at han kunne komme i politiets søkelys. I avsnitt 40 uttaler de at Lûdi selv ”*was running the risk*” for at politiet skulle foreta nærmere undersøkelser.⁸⁷ Dommen medfører at terskelen for at det foreligger inngrep i art.8 vil høyere dersom vedkommende frivillig involverer seg i kriminell virksomhet.

Graden av mistanke vil også komme inn som et relevant moment i vurderingen om den visuelle spaningen utgjør et inngrep i privatlivet.⁸⁸ Dagens metodebruk oppstiller ikke noe vilkår om at det må foreligge konkret mistanke om et straffbart forhold. Likevel vil tiltaket lettere anses som et inngrep dersom mistanken er lav. Hvor mistanken er lav, er det større sannsynlighet for at tiltaket var unødvendig og derfor også mer inngripende.

Det siste spørsmålet er knyttet til om avlytting i det offentlige utgjør et inngrep i artikkel 8. Mange av de samme momentene som ved visuell spaning vil her gjøre seg gjeldende. Men som gjennomgått under 5.2.3.2 vil den private samtalen stå i en særstilling, som følge av at

⁸³ P.G og J.H mot Storbritannia, sak nummer 44787/01

⁸⁴ NOU 2004:6 s. 61, NOU 2004: 6 s. 82 og Aall s. 99 og 100

⁸⁵ Tsavachidis mot Hellas, sak nummer 28802/99

⁸⁶ Lûdi mot Sveits, sak nummer 12433/92

⁸⁷ Min utheving

⁸⁸ Aall s 100, NOU 2004:6 s. 82

korrespondansen er nevnt spesielt i bestemmelsen. Mye taler derfor for at terskel for inngrep vil være noe lavere når det er snakk om avlytting i det offentlige rom.

Oppsummert ser en altså at spørsmålet om hvorvidt spaning strider mot EMK art. 8, ikke er fullstendig klarlagt. I forhold til politiets generelle overvåkning i det offentlige, skal det imidlertid mye til for å anse dette som et inngrep i privatlivet. Når det gjelder spaning derimot, taler de holdepunkter som forligger for at spaning i de fleste tilfeller vil utgjøre et inngrep i art. 8. Ser man dette i sammenheng med at konvensjonen skal tolkes til fordel for individet og at man befinner seg innenfor konvensjonens kjerneområde, vil den endelige konklusjonen være at store deler av politiets spaning i dag er et inngrep i art.8.

5.3.4 EMK art 8(2)

5.3.4.1 Innledning

Vernet etter artikkel 8(1) er ikke absolutt. Det følger av annet ledd at inngrep i rettigheten kan skje på nærmere vilkår. Her fremgår det at inngrep kan foretas dersom inngrepet har hjemmel i lov, inngrepet har et relevant formål og det er nødvendig i et demokratisk samfunn.

Vilkårene er kumulative, slik at samtlige må være oppfylt for at inngrepet skal være i tråd med konvensjonen.

Jeg skal gjøre rede for de ulike vilkårene, og drøfte hvorvidt de er oppfylt i forhold til politiets forbyggende metoder.

5.3.4.2 Formålmessig

Det første spørsmålet som oppstår er hvorvidt politiets forbyggende metoder må anses å være i tråd med de formål som oppstilles i artikkelen. De formål som legitimerer inngrep i artikkelen er: ” *interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.* ”⁸⁹

I forhold til politiets forbyggende metoder er det i hovedsak to av disse formålene som er aktuelle, “interests of national security” og “the prevention of disorder or crime”. Det er ikke tvilsomt at politiets metoder fungerer som et verktøy for å hindre uro og kriminalitet, og for å verne om landets sikkerhet. Formålet med metodebruken samsvarer derfor med de formål artikkelen oppstiller.

Vilkåret om formålmessighet er oppfylt.

5.3.4.3 Lovskravet

Videre oppstiller artikkelen et krav om at inngrepet må være ” in accordance with the law”. Ordlyden tilsier at det kreves hjemmel i lov for å gjøre inngrep i rettigheten. Konvensjonenes lovbegrep er autonomt, det vil si at man ikke har lagt avgjørende vekt på om loven er formell eller bygger på uskreven rett, jf. Sunday Times dommen.⁹⁰ Selv om saken gjaldt lovskravet i

⁸⁹ Min utheving

⁹⁰Sunday Times mot Storbritannia, sak nummer 6538/79

art 10 (2,) er det senere slått fast at lovskravet etter art 8(2) skal tolkes tilsvarende.⁹¹ Av dommens avsnitt 47 fremgår det:

*”The Court observes that the word “law” in the expression “prescribed by law” covers not only statute but also unwritten law.”*⁹²

Domstolen begrunner det autonome lovsbegrepet med at Storbritannias lovsystem, common law, hovedsakelig bygger på uskreven rett. Dersom konvensjonens lovsbegrep ikke skulle dekke uskreven rett, ville dette ha ført til en undergraving av Storbritannias lovsystem.

Lovskravet angir to ulike vurderinger. Den første vurderingen knytter seg til hvorvidt inngrepet har hjemmel i nasjonal lovgivning.⁹³ Ettersom EMD ikke vil overprøve nasjonale myndigheters tolkning av egen lovgivning, byr denne vurderingen sjeldent på problemer⁹⁴. Den andre vurderingen derimot vil ofte være mer problematisk. Denne vurderingen går ut på å fastslå om den nasjonale inngrepshjemmelen tilfredsstillende visse grunnleggende kvalitetskrav. Av Sunday times dommen, avsnitt 49 følger det at hjemmelen skal være:

*”adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct (...).”*⁹⁵

Som uttalelsen viser oppstilles det krav om at hjemmelen skal være tilgjengelig og tilstrekkelig presis. Når det gjelder kravet om tilgjengelighet vil dette først og fremst være problematisk hvor det er usikkert om hjemmelsgrunnlaget er gjort kjent for allmennheten. Eksempelvis hvor bestemmelsen kun fremgår av en interne instruks som ikke er offentliggjort. I slike tilfeller vil ikke borgeren ha mulighet til å forutberegne sin rettstilling fordi den regulerende hjemmelen ikke er tilgjengelig.

Tilgjengelighetskravet vil imidlertid ikke by på problemer i forhold til bruk av den alminnelige handlefrihet som hjemmel, fordi prinsippet er kjent for allmennheten. Dette innebærer at borgerne til en viss grad vet hva politiet kan foreta seg med hjemmel i handlefriheten. Den videre problemstillingen knytter seg derfor til om den alminnelige handlefrihet er tilstrekkelig presis til at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling.

Av Sunday Times-dommen følger det hjemmelen skal være så presis at den:

*“enable[s]⁹⁶ the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.”*⁹⁷

Som uttalelsen viser er utgangspunktet at hjemmelen må være så tilstrekkelig klar og presis at den berørte har mulighet til å innrette seg etter de gjeldene reglene⁹⁸. Nærmere bestemt

⁹¹ Jf. Silver mfl. mot Storbritannia, sak nummer 5947/83 og Malone mot Storbritannia, sak nummer 8691/84

⁹² Min utheving.

⁹³ Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske Menneskerettigheds konvention for praktikere, 2.utgave, 2007, s.511.

⁹⁴ Kjølbro, s.511.

⁹⁵ Sunday Times mot Storbritannia, sak nummer 6538/79. Min utheving

⁹⁶ Min klamme

⁹⁷ Sunday Times mot Storbritannia, sak nummer 6538/79, avsnitt 49. Min utheving

forutberegne med rimelig grad av sikkerhet hvilke konsekvenser hans handlinger vil kunne få⁹⁹

For det første angir ikke handlefriheten vilkår for når politiet kan gjøre inngrep i privatlivet. Dette gjør at borgerne ikke vet hvilke handlinger de må unngå for å slippe å bli utsatt for politiets forebyggende metoder. I tillegg er det vanskelig å fastsette klare grenser for hvor langt handlefriheten rekker. Dette gjør det problematisk for borgerne å si noe om hvor langt politiet kan gå i sine forebyggende metoder. Begge disse momentene innebærer at det vil være nærmest umulig for borgerne å vite med rimelig grad av sikkerhet hvilke konsekvenser hans handlinger vil kunne få. Argumentet taler for at handlefriheten ikke oppfyller konvensjonens lovskrav.

Selv om det stilles ganske strenge krav til at hjemmelen skal gi borgerne mulighet til å forutberegne sin rettsstilling, oppstilles en øvre grense. I *Malone mot Storbritannia* hadde politiet overvåket en privatperson blant annet gjennom tilgang til kunderegistre fra det engelske postvesen og televerk. EMD uttalte her at:

*“in particular, the requirement of foresee ability cannot mean that an individual should be enable to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly.”*¹⁰⁰

Uttalelsen gir altså uttrykk for at en ikke kan kreve at hjemmelen skal være så presis at enhver kan forutse konkret i hvilke situasjoner politiet kan overvåke. Begrunnelsen er at dette vil kunne gå på bekostning av tiltakets effektivitet, idet vedkommende vil ha mulighet til å tilrettelegge sin atferd. Dette er spesielt relevant i forhold til politiets forebyggende metoder, ettersom metodene vil være mest effektive dersom de forgår i det skjulte. En slik argumentasjon taler derfor for at kravene til presisjon ikke bør settes for høyt i forhold til politiets forebyggende metoder.

På bakgrunn av borgernes rettsikkerhet bør imidlertid de generelle vilkår og retningslinjer i hjemmelsgrunnlag ha en rimelig grad av klarhet og presisjon.¹⁰¹ Dette fremgår også av domstolens videre behandling av lovskravet i *Malone* dommen:

*“Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence.”*¹⁰²

Uttalelsen viser altså at loven må være så klar at den gir borgerne en indikasjon på hvilke omstendigheter, og på hvilke betingelser myndighetene kan gjøre inngrep i privatlivet. Slik situasjonen er per i dag, angir handlefriheten verken under hvilke omstendigheter eller hvilke betingelser som gjelder ved overvåkning eller spaning. Grensene er som jeg har vært inne på tidligere, ytterst uklare. Dette peker helt klart i retning av at handlefriheten ikke tilfredsstillende lovskravet.

⁹⁸ Kjølbro, s. 513-514

⁹⁹ Kjølbro s.514

¹⁰⁰ *Malone mot Storbritannia*, sak nummer 8691/84, avsnitt 67.

¹⁰¹ Nicolai Vogt Skjerdal, Hva betyr "klar lovhjemmel", *Jussens venner* 2001, s 337(s 355)

¹⁰² *Malone mot Storbritannia*, sak nummer 8691/84, avsnitt 67. Min utheving

Samfunnets kompleksitet gjør det imidlertid umulig å utforme et lovverk som omfatter alle tenkelige situasjoner. Vide og skjønnsmessige bestemmelser må derfor til en viss grad aksepteres for å oppnå et dynamisk rettssystem. Dette presiseres også i Sunday times – dommen i avsnitt 49, hvor det uttales:

*“whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.”*¹⁰³

Som uttalelsen viser må en altså langt på vei godta skjønnsmessige bestemmelser for å oppnå fleksibilitet, samtidig må ikke dette i for stor grad gå på bekostning av hjemmelens presisjon. En må derfor foreta en avveining mellom fleksibilitet og klarhet. Minstekravet er at omfanget av skjønnnet og måten det skal utøves på er angitt med tilstrekkelig klarhet, når det tas hensyn til det relevante formål, og at individet er beskyttet mot vilkårlige inngrep fra det offentlige¹⁰⁴. Dette fremgår blant annet av Gillow mot Storbritannia.¹⁰⁵

Sammenholder en dette med gjeldene rettstilstand, ser en at dagens hjemmelsgrunnlag ikke angir omfanget av skjønnnet eller måten det skal utøves på. Selv om pl.§6 angir visse retningslinjer, er bestemmelsen så generelt utformet at den i praksis ikke vil innskrenke politiets vide skjønnsmargin.¹⁰⁶ Risikoen for at borgerne utsettes for vilkårlige inngrep vil derfor være stor, noe som taler for at lovskravet i art.8(2) ikke er oppfylt.

Herczegfalvy mot Østerrike henviser også til noen momenter som skal vektlegges ved presisjonskravet.¹⁰⁷ Saken gjaldt en mann som under en tvangsinnleggelse på psykiatrisk institusjon ble utsatt for brevsensur fra institusjonsledelsen. Den anførte hjemmelen for dette inngrepet var en bestemmelse som uten nærmere presisering ga adgang til å begrense tvangsinnlagtes kontakt med omverdenen. EMD la i denne saken til grunn at hjemmelen bør angi, hvem som har kompetanse, hvilke tiltak som kan iverksettes, når det kan iverksettes og hvor lenge inngrepet kan foretas.

Sammenlignet med vår rettssituasjon vil heller ikke den alminnelige handlefriheten gi noen konkrete svar på hvilke tiltak som kan iverksettes eller hvor lenge inngrepet kan foretas. Dette peker i retning av at den alminnelige handlefrihet oppfyller lovskravet.

I tillegg til disse mer konkrete momentene, vil også legalitetskravet generelt avhenge av karakteren og intensiteten av inngrepet. For det første vil det være av betydning at de forebyggende metodene foretas i hemmelighet. Dette innebærer at den berørte ikke vil ha mulighet til kontradiksjon, og faren for vilkårlige inngrep vil være stor.¹⁰⁸ Skal man forhindre at dette skjer må man derfor oppstille et strengt lovskrav, slik at inngrepshjemlene i minst mulig grad åpner for vilkårlighet.

Videre vil det også være av betydning hvilken rettighet det gjøres inngrep i. Inngrep i privatlivet har generelt sett være ansett som et stort inngrep, og lovskravet skal derfor tolkes

¹⁰³ Sunday Times mot Storbritannia, sak nummer 6538/79. Min utheving.

¹⁰⁴ Kjølbros, s. 515

¹⁰⁵ Gillow mot Storbritannia, sak nummer 9063/86

¹⁰⁶ Se avsnitt 5.4

¹⁰⁷ Herczegfalvy mot Østerrike, sak nummer 10533/92

¹⁰⁸ Malone mot Storbritannia, sak nummer 8691/84, avsnitt 66-67

strengt.¹⁰⁹ Ser en den overnevnte drøftelsen i lys av dette, er det nærliggende konkludere med at handlefriheten ikke tilfredsstillende lovskravet i art. 8(2). Konsekvensen er at de forebyggende metodene som anses som inngrep i privatlivet, vil være i strid med EMK.

5.3.4.4 Forholdsmessighet

Det følger av artikkel 8(2) at inngrep i privatlivet kun kan foretas så fremt det er “*necessary in a democratic society*”.¹¹⁰ Ordlyden angir et nødvendighetskrav. Det må følgelig foretas en forholdsmessighetsvurdering. Her må hensynet til borgerne veies opp mot samfunnets behov for å ta i bruk krenkende metoder for å sikre statens sikkerhet, og bekjempe kriminalitet¹¹¹.

Hva som nærmere ligger i kravet følger av EMDs praksis. I Handyside uttaler domstolen at kravet ligger et sted mellom uomgjengelig og ønskelig/nyttig.¹¹² Denne uttalelsen er vag og gir ingen god veiledning. Kravet er imidlertid mer presist uttalt i Olsson-dommen:

*”the notion of necessity implies that an interference correspond to a pressing social need and, in particular that it is proportionate to the legitimate aim pursued.”*¹¹³

Ordlyden “and” angir at det er to kumulative vilkår. Det må forligge et presserende samfunnsmessig behov for inngrepet og inngrepet må stå i forhold til formålet¹¹⁴. Vilkårene kan være vanskelig å skille fra hverandre, men kort forklart går det første ut på om det er et *generelt* behov for inngrepet, altså om det er nødvendig.¹¹⁵ Det andre vilkåret derimot går mer på om det *konkrete* inngrepet er forholdsmessig.¹¹⁶

I forhold til det første vilkåret vil metodebruken ofte kunne begrunnes i behovet for effektiv kriminalitetsbekjempelse. Derfor vil det i de fleste tilfeller kunne vises til at det foreligger et samfunnsmessig behov for metodebruken.

Mer problematisk er det å fastslå hvorvidt den konkrete overvåkingen eller spaningen vil være forholdsmessig, ettersom vurderingen beror på de konkrete faktorene i saken. Som følge av at disse faktorene vil variere fra land til land, er statene i utgangspunktet gitt en viss skjønnsmargin.¹¹⁷ Omfanget av statenes skjønnsmargin vil imidlertid ikke være den samme på alle områder. EMD vil i utgangspunktet være mer tilbakeholden med å karakterisere inngrepet som uforholdsmessig, hvor staten er gitt vid skjønnsmargin.

Som det fremgår av 5.3.3 vil skjønnsmarginen variere ut ifra hvilke rettigheter det er snakk om. Ettersom det ved politiets metodebruk er snakk om inngrep i privatlivet, vil man befinne seg innfor konvensjonens kjerneområde. Dette innebærer at statenes skjønnsmargin er liten og at EMD lettere vil karakterisere inngrepet som uforholdsmessig. Et slikt synspunkt taler derfor for at det skal lite til før EMD anser inngrepet som uforholdsmessig, og følgelig konstaterer krenkelse av artikkel 8.

¹⁰⁹ Aall, s 100-101

¹¹⁰ Min utheving

¹¹¹ NOU 2004:6 s. 39

¹¹² Handyside mot Storbritannia, sak nummer 5493/76, avsnitt 48-49

¹¹³ Olsson mot Sverige, sak nummer 10465/88, avsnitt 67. Min utheving

¹¹⁴ Aall, s. 128

¹¹⁵ Min utheving

¹¹⁶ Min utheving

¹¹⁷ Se avsnitt 5.3.3 hvor det er gjort rede for statens skjønnsmargin.

Formålet ved inngrepet har også betydning for skjønnsmarginen. Hvor formålet med inngrepet er å verne om statens vitale interesser, eksempelvis rikets sikkerhet, vil skjønnsmarginen generelt være stor.¹¹⁸ Klass mot Tyskland egner seg her som eksempel.¹¹⁹ I denne saken aksepterte EMD visse systemer for hemmelig avlytting under henvisning til den rådende nasjonale terrortrusselen.¹²⁰ Også i Silver m/fl mot Storbritannia var EMD tilbakeholdne med å prøve forholdsmessighetsvurderingen fordi inngrepet kunne begrunnes i hensynet til kriminalitetsbekjempelse.¹²¹

Formålet med politiets forebyggende metoder er å verne om statens vitale interesser og sikre en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Sammenholder man dette med praksisen som er gjennomgått over, taler det for at Norge har en vid skjønnsmargin når det kommer til å vurdere metodenes forholdsmessighet. EMD vil derfor være tilbakeholdne med å karakterisere metodebruken som uforholdsmessig.

Som det fremgår av drøftelsen, vil EMD generelt være tilbakeholdne med å prøve hvorvidt inngrepet er uforholdsmessig. Dette innebærer at vilkåret om forholdsmessighet sjeldent vil være til hinder for å overvåke eller spane. Det kan nok tenkes situasjoner hvor EMD vil prøve forholdsmessigheten, men dette vil da begrense seg til tilfeller hvor inngrepet er grovt uforholdsmessig.

5.3.4.5 Avsluttende bemerkninger i forhold til artikkel 8(2)

Verken vilkåret om forholdsmessighet eller formålmessighet vil i utgangspunktet være til hinder for politiets metodebruk. Problemet er imidlertid at hjemmelsgrunnlaget handlefriheten ikke tilfredsstiller lovskravet i art.8(2). Som følge av dette vil spaning og overvåking som kan karakteriseres som et inngrep etter første ledd, innebære en krenkelse av konvensjonen. Deler av politiets metodebruk vil derfor etter dagens ordning være ulovlig. En rettstilstand som fører til at politiet selv bryter loven for å bekjempe kriminalitet, er åpenbart ingen god løsning. Følgelig taler gode grunner for at politiets forebyggende metoder bør lovfestes.

5.4 Politiloven § 6.

5.4.1 Innledning

Politoloven oppstiller også skranker i forhold til politiets metodebruk. Lovens §6 angir grunnprinsippene for all utøvelse av politimyndighet. Bestemmelsen er ingen selvstendig inngrepshjemmel, men oppstiller lovfestede retningslinjer for politiets utøvende virksomhet.

Bestemmelsen angir hovedsakelig tre ulike prinsipper som politiet må følge i sin myndighetsutøvelse; behovsprinsippet, saklighetsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet. I det følgende skal jeg gjøre rede for hvilken innvirkning de har på politiets metodebruk.

¹¹⁸Aall, s. 130

¹¹⁹Klass mot Tyskland, sak nummer 5029/78

¹²⁰Aall, s. 130

¹²¹Silver mfl. mot Storbritannia, sak nummer 5947/83

5.4.2 Behovsprinsippet

Av §6(2) fremgår det at ”*Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt.*”¹²² Bestemmelsen uttrykker et krav om at tiltaket må være nødvendig eller til vesentlig lette i tjenesten.¹²³ Reglens formål er å hindre misbruk i tjenesten, og forhindre at tjenestemannen tar ”snarveier”.

Nødvendighetskravet innebærer at målet først skal forsøkes oppnådd med den minst inngripende metoden. Middelet skal ikke være større enn det som er nødvendig for å oppnå målet. Denne begrensingen blir ofte kalt subsidiaritetsprinsippet. Begrensningen medfører at politiet først må forsøke å innhente informasjon ved hjelp av de minst inngripende metodene. Det er først når det viser seg at metoden ikke egner seg til å oppnå målet, at andre metoder kan tas i bruk. Dette medfører at det ikke kan igangsettes spaning mot privat rom, før samtlige av de mindre inngripende metodene har vært forsøkt, eller fremstår som uhensiktsmessige.

Nødvendighetsprinsippet innebærer videre at middelet som anvendes ikke må overskride det som er påkrevd for å løse den aktuelle oppgaven, slik at inngrepet skal opphøre så snart målet er nådd.¹²⁴ Vurderingen skal foretas fortløpende, jf. Rt-2007- 1172. Overført til politiets forebyggende metoder, tilsier denne begrensingen at politiets metodebruk skal opphøre med en gang de aktuelle opplysningene er innhentet. Med andre ord kan ikke spaningen fortsette etter at politiet har fått de opplysninger de var ute etter, fordi inngrepet kun er lovlig så lenge det foreligger et reelt behov.

Det siste momentet som kommer inn under nødvendighetsvurderingen er at middelet som anvendes må være adekvat. Med dette menes at middelet må være egnet til å løse oppgaven. Politiet kan derfor ikke foreta spaning, dersom dette ikke vil bidra til opplysninger som er nødvendige i det aktuelle tilfellet.

Behovsprinsippet innskrenker politiets skjønn i forhold til hvilke metoder som kan anvendes. De står følgelig ikke helt fritt i skjønnsutøvelsen, men må fortløpende vurdere om det foreligger behov for den aktuelle metoden. Tilsier behovet at målet kan oppnås med mindre inngripende tiltak, er politiet nødt til følge dette.

5.4.3 Proporsjonalitetsprinsippet

Det fremgår videre av pl.§ 6(2) andre setning at ”*de midler som anvendes, må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig.*”¹²⁵ Ordlyden angir en interesseavveining mellom fordelene ved inngrepet, og den skade og ulempe det vil medføre. Med andre ord må det foreligge forholdsmessighet mellom tjenestehandlingens mål og middel.¹²⁶ Det sentrale er at inngrepet ikke skal ha større skade enn vinning. Forholdsmessighetsvurderingen skiller seg fra behovsvurderingen ved at fokuset ligger på den berørte. I NOU 2004:6 s 52 beskrives

¹²² Min utheving

¹²³ Auglend s. 413

¹²⁴ Auglend s. 416

¹²⁵ Min utheving

¹²⁶ Auglend s. 417

vurderingen som ”en interesseavveining hvor inngrepets styrke for individet må tåles mot nyttet av å gjennomføre tiltaket”.¹²⁷

Det er vanskelig å si noe konkret om når metodene vil anses som uforholdsmessige, fordi vurderingen i stor grad beror på omstendighetene i den enkelte sak. Likevel kan det trekkes frem noen generelle holdepunkter som vil være av betydning i avveiningen.

For det første vil inngrepets art være av interesse i avveiningen. Jo mer inngripende metoden er, jo fortere vil bruken av metoden anses som uforholdsmessig. Som beskrevet tidligere spanner metodene spaning og overvåkning seg fra politiets generelle observasjoner i det offentlige, til mer målrettet intensiv spaning mot konkrete personer. I de førstnevnte tilfellene skal det mye til for at metoden anses som uforholdsmessig, fordi skaden ved inngrepet er minimal. Avveiningen blir imidlertid en annen når politiets overvåkning blir mer målrettet og intensiv. Det skal da relativt mye til for å veie opp mot de potensielle skadene inngrepet kan forårsake. Eksempelvis må det foreligge mistanke om mer alvorlige straffbare handlinger.

Et annet moment som kommer inn i vurderingen er tiltakets formål. Spaning igangsettes ofte for å forebygge, kartlegge eller avdekke kriminell virksomhet. Metoden er et viktig redskap i politiets arbeid med å bekjempe kriminalitet. Så lenge metoden kan begrunnes med et slikt tungveieende formål, skal det generelt mye til for at metoden anses som uforholdsmessig.

Tidsaspektet vil også kunne ha innvirkning på vurderingen. Selv om metodebruken i utgangspunktet er forholdsmessig, kan avveiningen bli en annen dersom bruken trekker ut i tid. Det kan derfor tenkes at spaningen i utgangspunktet var i tråd med pl. § 6, men fordi den blir langvarig ikke lenger kan anses som forholdsmessig.

Prinsippet medfører altså at det i den enkelte sak må foretas en forholdsmessighetsvurdering i forhold til hvilke konsekvenser tiltaket vil ha for den berørte. Som ved behovsprinsippet vil dette i en viss grad innskrenke politiets skjønn i forhold til metodebruken. Spesielt vil dette gjelde de mer inngripende metodene, fordi det skal mer til for å rettferdiggjøre bruken av dem.

5.4.4 Saklighetsprinsippet

Den siste begrensingen følger av pl. § 6(3), hvor det fremgår at ”Politiet skal opptre saklig og upartisk og med omtanke for personers integritet, slik at den som er gjenstand for inngrep fra politiet, ikke utsettes for offentlig eksponering i større grad enn gjennomføringen av tjenestehandlingen krever.”¹²⁸ Ordlyden angir altså to prinsipper. Det ene går ut på at politiet skal være saklig i sin tjenesteutøvelse, og det andre at tjenestemannen skal forholde seg upartisk.

Ordlyden ”saklig” tilsier at den konkrete metodebruken må være motivert i saklige hensyn.¹²⁹ Det er ikke mulig å sette opp en uttømmende liste over hva som er usaklig. Begrunnelsen er at det som er saklig i et tilfelle, kan være usaklig i et annet. Likevel vil det være enkelte hensyn som alltid vil være usaklige. Eksempelvis kan ikke en polititjenestemann bygge avgjørelsen på egne sympatier eller antipatier.¹³⁰ Polititjenestemannen skal heller ikke bygge sine

¹²⁷ Min utheving

¹²⁸ Min utheving

¹²⁹ NOU 2004:6 s. 50

¹³⁰ NOU 2004:6 s. 50

avgjørelser på subjektive bekvemmeligheter eller ønske om å fremme egne interesser.¹³¹ Eksempelvis kan ikke politiet sette i gang intensiv spaning mot en person, bare fordi dette vil være lettere enn å lete gjennom omfattende offentlige arkiver. Politiets valg av metode eller intensitet, kan heller aldri være motivert av pønale hensyn eller hevnmotiver.¹³² Derfor kan politiet ikke ta i bruk inngripende metoder dersom eneste hensikt er å straffe eller hevne seg.

Hjemmelens formål vil også kunne avgjøre hva som er saklig. Har hjemmelen et klart avgrenset formål, kan den ikke benyttes for å oppnå andre formål.¹³³ Eksempelvis kan politiet ikke bruke spaning som ledd i ordensarbeid, når formålet med spaning er å sikre en effektiv kriminalitetsbekjempelse.

I forlengelsen av saklighetsprinsippet har vi likhetsprinsippet. Likhetsprinsippet gjelder all offentlig myndighetsutøvelse, og derfor også politiet. Kjernen i prinsippet er at like tilfeller skal behandles likt, i utgangspunktet vil dette også gjelde politiets metodebruk. Innen politiets arbeidsområde er det likevel vanskelig å praktisere prinsippet fullt ut. De fleste sakene politiet behandler er ulike, slik at det er vanskelig å trekke paralleller til lignende praksis. I tillegg møter politiet en forventning om å handle raskt, noe som gjør det vanskelig å innhente informasjon om tidligere saker. På bakgrunn av dette skal det sammenlignet med andre myndighetsområder, mer til før det foreligger usaklig forskjellsbehandling. I et realistisk perspektiv, og i lys av politiarbeidets spesielle karakter, vil nok de faktiske mulighetene for å konstantere og påtale brudd på prinsippet være begrenset til mer åpenbare tilfelle av usaklig forskjellsbehandling.¹³⁴

5.4.5 Oppsummering, pl. § 6

Politoloven §6 utgjør altså en skranke for utøvelsen av metodebruken. Problemet er imidlertid at prinsippene i bestemmelsen gjelder all myndighetsutøvelse, og er meget generelt utformet. Dette gjør det vanskelig å trekke ut konkrete begrensninger i forhold til metodebruken. Likevel vil bestemmelsen pålegge politiet å forta fortløpende vurderinger i forhold til inngrepets nødvendighet. I tillegg vil den være en oppstille en generell begrensning når det gjelder bruken av de mer inngripende metodene. Og avslutningsvis vil den også begrense bruken til de tilfeller hvor formålet er å forebygge og avdekke kriminalitet.

6. Avsluttende bemerkninger/konklusjon

Spørsmålet om lovfesting har blitt aktualisert som følge av ulike endringer i samfunnet. Årsaken er at endringene i ulik grad påvirker avveiningen av lovfestingsspørsmålet. For at rettstilstanden skal samsvare med dagens samfunn bør derfor temaet igjen tas opp til grundig utredning.

Slik det følger av kapittel 3, er ivaretagelse av borgernes rettssikkerhet og privatlivets fred, grunnleggende forutsetninger for et velfungerende samfunn. Fordi begge disse verdiene vil få sterkest vern gjennom formell lovgiving, taler gode grunner for å lovfeste de forebyggende metodene. Selv om det kan argumenteres for at dagens fleksibilitet bidrar til effektiv kriminalitetsbekjempelse, vil det være mulig å utarbeide et regelverk som opprettholder

¹³¹ Auglend s. 420

¹³² NOU 2004:6 s. 50

¹³³ NOU 2004:6 s. 51

¹³⁴ Auglend s. 420

fleksibilitet, og samtidig ivaretar hensynet til privatlivets fred og borgernes rettssikkerhet. En slik løsning vil være en langt bedre enn den vi har i dag.

Under kapittel 4 blir det gjort rede for at handlefriheten har påfallende svakheter som hjemmelgrunnlag. Først og fremst fordi hjemmelens grenser er vanskelig å oppstille. Dette er klart bekymringsfullt når man befinner seg på et rettsområde hvor myndighetene kan gjøre inngrep i borgernes rettssfære. I tillegg viser drøftelsen i avsnitt 4.4 at begrunnelsen for å anvende handlefriheten som hjemmel for inngrep, ikke kan forsvares. I realiteten vil derfor politiet gjøre inngrep uten å ha hjemmel. Lovfesting av metodene vil bidra til å avklare rettstilstanden og følgelig hindre at politiet misbruker sin makt.

Videre konkluderer jeg under 5.2 med at deler av politiets metodebruk i dag vil være i strid med legalitetskravet. Dette er meget illevarslende når man tar i betraktning legalitetsprinsippets tungtveiende rettskildevekt. Det er også paradoksalt at politiet handler i strid med prinsippet, når deres oppgave er å beskytte borgerne mot inngrep. For å tilfredsstill legalitetsprinsippets legalitetskrav bør derfor metodene lovfestes.

Sist, men ikke minst viser det seg at den alminnelige handlefriheten ikke tilfredsstill lovskravet i EMK art.8(2). Som følge av dette vil den metodebruken som anses som et inngrep i privatlivet, innebære en krenkelse av konvensjonen. EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven av 1999, dette medfører at politiet selv bryter loven for å bekjempe kriminalitet. Åpenbart er dette ikke noen god løsning i en demokratisk rettsstat som Norge. Lovfesting anses derfor som eneste løsning.

Hovedtyngden av argumenter taler klart i retning av å lovfeste politiets forebyggende metoder. Et slikt lovfestet regelverk må ta sikte på å ivareta borgerens rettssikkerhet og hensynet til privatlivets fred på en bedre måte enn dagens rettstilstand. Minstekravet bør være at bestemmelsen angir under hvilke omstendigheter politiet kan gjøre inngrep, hvilke metoder som kan anvendes, og i hvilken utstrekning. For at politiet fortsatt skal ha mulighet til å opprettholde en effektiv kriminalitetsbekjempelse, kan det ikke stilles krav om at regelverket skal inneholde inngående opplysninger om den konkrete metodebruken. Det vil være tilstrekkelig at dette fremgår av interne instruksjoner, slik at det er mulig å føre intern kontroll over metodebruken.

Konklusjonen er etter dette at politiets forebyggende metoder bør lovfestes.

Litteraturliste

Forarbeider

NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

NOU 1999:27 Ytringsfrihed bør finde sted. Forslag til ny Grundlov §100.

NOU 2003: 21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern - politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed

NOU 2009:15 Skjult informasjon - åpen kontroll

Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)

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

Juridisk Teori

Bøker:

Auglend, Ragnar L., Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. Politirett, 2.utgave, Oslo 2004

Aall, Jørgen. Rettsstat og menneskerettigheter, 2.utgave, Bergen 2007

Gisle, Jon. Juridisk leksikon, 2.utgave, Oslo 2003.

Kjølbrot, Jon Fridrik. Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – for praktikere, 2.utgave, København 2007.

Artikler:

Aarli, Ragna. "Vern av privatlivets fred", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2005 s. 525-572

Eckhoff, Torstein. " Rettslige sider ved overvåkning og sikkerhetstjeneste", *Jus og jord heiderskrift til professor Olav Lid på 70års dagen*, 1978 s 55.

Hopsnes, Roald. "Provokasjon som politim metode", *Jussens Venner*, 2003 s. 18-86

Hopsnes, Roald. "Legalitetsprinsippet", *Jussens Venner*, 2005 s. 77-152, Raymond Solberg

Husabø, Johannes. Pre-aktiv strafferett, *Tidsskrift for strafferetten* ,1/2003 s 97-106.

Skjerdal, Nicolai Vogt. Hva betyr "klar hjemmel". *Jussens Venner*, 2001 s 337.