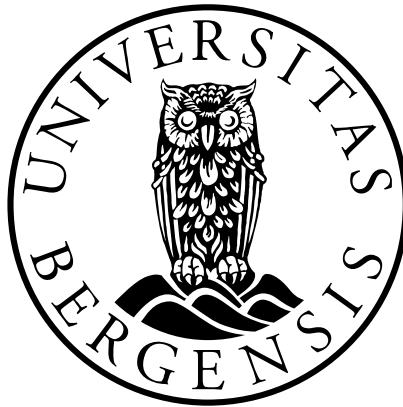


EMK art. 8 og Grl. § 102 som rettslige
skranker for politiets bruk av skjulte
tvangsmidler

*Utfordringer og muligheter som følge av
teknologiutvikling*

Kandidatnummer: 94

Antall ord: 14974



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Kryssende hensyn	4
1.3 Historisk utvikling	5
1.4 Aktualitet	6
1.5 Rettskildebildet og metode	8
1.6 Avgrensninger og videre fremstilling	9
2 Forholdet mellom EMK art. 8 og norsk rett	10
2.1 EMK og Grunnloven	10
2.2 EMK og straffeprosessloven	14
3 Materielle og prosessuelle krav	15
3.1 Straffeprosesslovens skjulte tvangsmidler	15
3.1.1 Særskilte straffebud	15
3.1.2 Minimum 10 års fengsel	15
3.1.3 Minimum 5 års fengsel	17
3.1.4 Minimum 6 måneder fengsel / frihetsstraff	17
3.2 Materielle krav	18
3.3 Prosessuelle krav	19
4 Når foreligger et inngrep i privatlivet?	21
5 Hjemmelskrav	24
5.1 EMK art. 8.2 – «in accordance with the law»	24
5.1.1 Tilgjengelighetskrav	24
5.1.2 Forutsigbarhetskrav	25
5.2 Legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113	27
6 Formåls- og proporsjonalitetskrav	32
6.1 EMK art. 8.2	32
6.1.1 Formålskrav – «legitimate aims»	32
6.1.2 Proporsjonalitetskrav – «necessary in a democratic society»	33
6.1.2.1 Egnethetskrav	33
6.1.2.2 Nødvendighetskrav	34
6.1.2.3 Forholdsmessighetskrav	34
6.1.2.4 Statenes skjønnsmargin	35
6.1.2.5 Rettssikkerhetsgarantier	36

6.2	Forholdsmessighetsprinsippet i strpl. § 170 a	38
6.2.1	Hensiktsmessighetskrav	38
6.2.2	Forholdsmessighetskrav	39
7	Skjulte tvangsmidler – nye muligheter for bekjempelse av moderne kriminalitet	41
7.1	Mer avansert og hurtigere teknologiutvikling	41
7.2	Kunstig intelligens (KI)	42
7.2.1	Sweetie 2.0	43
7.2.2	PrevBOT	43
7.3	Droneutvikling	45
8	Utfordringer og muligheter	48
8.1	Privatlivsvernet og teknologiutviklingen	48
8.2	Behov for kontinuerlig teknologi- og metodeutvikling	49
8.3	Veien videre	50
	Kilderegister	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Retten til respekt for privatliv er en menneskerett og en grunnlovsvernet rett. Privatlivsvernet er viktig for individets mulighet for livsutfoldelse, utvikling og relasjonsbygging. Vernet bygger på en grunnleggende idé om at privatpersoner ikke skal føle seg overvåket, avlyttet, få hjemmet ransaket eller på andre måter oppleve unødvendige myndighetsinngrep i privatlivet. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.) har gitt privatpersoner et betydelig vern mot inngrep i privatlivet.¹

Både vern av privatliv og kriminalitetsbekjempelse er nødvendig for å beskytte enkeltindividet og samfunnet. Mangelfull prioritering av kriminalitetsbekjempelse vil kunne skape mistillit mot politiet og deres arbeid.² Nye kriminelle metoder utvikles og tas raskt i bruk som følge av akselererende teknologiutvikling. Kriminalitet blir dermed stadig mer uoversiktlig og teknologisk sofistikert. Politiet har behov for å tilpasse sine etterforskningsmetoder for å holde tritt med denne utviklingen. Spørsmålet er hvilke vilkår som må være oppfylt for at politiet kan ta i bruk nye former for skjulte etterforskningsmetoder som muliggjøres gjennom teknologiutvikling.

Skjulte tvangsmidler innebærer bruk av tvang. Når politiet anvender slike metoder, utgjør dette et inngrep i enkeltmenneskers autonomi.³ Begrepet tvangsmiddel er ikke legaldefinert, men i forarbeidene er skjulte tvangsmidler beskrevet som «etterforskningsmetoder som har hjemmel i lov og som brukes uten at den personen metoden er rettet mot kjenner til det».⁴ Ved bruk av skjulte tvangsmidler gjøres unntak fra prinsippet om politiets plikt til å underrette den rammede, hvilket ellers gjelder for tvangsmiddelbruk.⁵ Flere skjulte tvangsmidler, særlig ulike former for kommunikasjonskontroll, utgjør en form for hemmelig overvåkning. Overvåkning kan på sin side beskrives som formålsrettet informasjonsinnsamling. Den kan enten rette søkelyset mot

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen) Artikkel 8; Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 102.

² NOU 2009: 15 s. 272.

³ Ibid. s. 50.

⁴ Ibid. s. 21.

⁵ Bruce og Haugland (2018) s. 17; Se eksempelvis lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 200 a tredje og fjerde ledd.

konkrete individer eller ha et mer generelt preg. Den kan være åpen, som skiltet kameraovervåkning på offentlig plass eller skjult som ved kommunikasjonsavlytting av telefon.⁶ Hemmelig overvåkning er viktig for å avdekke og forhindre visse former for alvorlig kriminalitet. Den mistenkte vil ikke være klar over at vedkommende etterforskes. Politiets bruk av skjulte tvangsmidler utfordrer dermed enkeltpersoners mulighet for kontroll og imøtegåelse av inngrepene.

Denne avhandlingen omhandler konflikten mellom enkeltindividers krav på respekt for eget privatliv og behovet for å gjøre inngrep i denne grunnleggende rettigheten for å avdekke kriminalitet, gjennom bruk av moderne teknologi. I denne sammenheng foretas en vurdering av hvilke materielle og prosessuelle krav som må være oppfylt for at politiet rettmessig kan ta i bruk nye former for inngripende overvåknings- og etterforskningsmetoder, jf. EMK art. 8 og GrI. § 102.

1.2 Kryssende hensyn

Politiets bruk av skjulte tvangsmidler aktualiserer en viktig balansering av flere sentrale hensyn som kriminalitetsbekjempelse, rettssikkerhet og personvern.⁷ Som følge av at den mistenkte ikke får kunnskap om etterforskningen, representerer skjulte tvangsmidler svært inngripende etterforskningsmetoder. Metodene må derfor praktiseres i tråd med lovverk og intensjoner for å ivareta mistenktes rettssikkerhet i størst mulig grad.

Alle mennesker har i utgangspunktet alminnelig handlefrihet. For å ivareta den allmenne rettssikkerheten har staten ansvar for at denne handlefriheten ikke brukes på måter som skader andre eller fellesskapet. Dette kan nødvendiggjøre bruk av skjulte tvangsmidler. En utfordring ved dette er at mistenkte ikke har kunnskap om etterforskningen og derfor ikke kan forutberegne egen rettsstilling og forsvare egne interesser.⁸ På den annen side kan ikke krav om beskyttelse av rettssikkerheten være til hinder for myndighetsinngrep i ethvert tilfelle. I gitte situasjoner foreligger det formål og behov som legitimerer inngrep ved bruk av skjulte tvangsmidler. Bekjempelse av alvorlig kriminalitet anses som et slikt legitimt formål.⁹ Av hensyn til det skjulte tvangsmiddelets effektivitet må etterforskningen nødvendigvis gå på bekostning av

⁶ Bruce og Haugland (2018) s. 51-52.

⁷ NOU 2009: 15 s. 47.

⁸ Bruce og Haugland (2018) s. 26-27.

⁹ EMK art. 8.2 anser «prevention of disorder or crime» som legitimt formål.

rettssikkerheten til de berørte, herunder kontradiksjonsprinsippet. Mistenkte kan ikke forhåndsvarsles om skjult etterforskning eller gis innsyn i sakens dokumenter under den pågående etterforskningen.

I en tillitsbasert samfunnsmodell som den norske må det anses som grunnleggende at myndighetene respekterer enkeltindividers privatliv og ikke går lengre enn nødvendig i sin inngripen. Norske borgere skal kunne føle seg frie fra unødvendig innblanding fra både myndigheter og andre personer. Den private sfære og personlige integritet skal vernes om. Personvern hensyn innebærer at mennesker skal kunne samhandle, bygge relasjoner, utvikle seg og bevege seg fritt uten frykt for overvåkning. Dette er blant forutsetningene for å få til et velfungerende demokrati hvor borgerne fritt kan diskutere, drøfte, dele og teste egne oppfatninger med andre. En restriktiv og tydelig regulering av skjulte tvangsmidler står dermed sentralt for å redusere risiko for maktmisbruk gjennom vilkårlig overvåkning og informasjonsinnhenting. En for vid praktisering og romslig adgang for politiet til å benytte skjulte tvangsmidler vil kunne skape mistillit til politiet, myndighetene og dermed være ødeleggende av hensyn til demokratiet.¹⁰

1.3 Historisk utvikling

Narkotikakriminalitet og forbrytelser mot rikets sikkerhet var de første kriminalitetsformer hvor norsk politi ikke klarte å avdekke alvorlig kriminalitet gjennom tradisjonelle etterforskningsmetoder. Som følge av dette ble det i 1976 innført en midlertidig lov om telefonkontroll i narkotikasaker samt at spesielle etterforskningsmetoder som eksempelvis provokasjon ble tillatt. Kriminalitetsutviklingen har medført at tilsvarende hensyn og behov gjør seg gjeldende også for andre kriminalitetsformer.¹¹

Reguleringen har vært streng og restriktiv. Høyesterett har imidlertid ved flere anledninger tillatt bruk av skjulte tvangsmidler i situasjoner der enten lovregulering har manglet eller der vilkårene i tvangsmiddelbestemmelsene ikke har vært oppfylt.¹² I en narkotikasak fra 2000 uttale Høyesterett at «politiet må ha adgang til i en viss utstrekning å benytte utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmetoder i bekjempelsen av alvorlig og samfunnstruende

¹⁰ NOU 1999: 27 s. 9; Bruce og Haugland (2018) s. 23.

¹¹ NOU 1997: 15 punkt 3.3.3.8.

¹² Se bl.a. Rt. 1984 s. 1076, Rt. 1991 s. 193 og Rt. 1994 s. 1262.

kriminalitet, særlig hvor det ikke er noen privat fornærmet, og hvor man gjerne kommer til kort med de tradisjonelle metoder».¹³ Lovhjemmel var ikke nødvendig, og metodebruken var ikke i strid med EMK art. 8. I ettertid har Høyesterett utviklet sitt synspunkt, oppstilt strengere krav og finner sjeldnere hjemmel i politiets alminnelige handlefrihet.¹⁴

Rundt årtusenskiftet utvidet lovgiver adgangen og innførte generelle regler som åpnet for bruk av skjulte tvangsmidler i en rekke andre sakstyper. Dette anses som den historisk mest omfattende endringen av regelverket for skjulte tvangsmidler.¹⁵ I ettertid har reguleringen vært revidert og justert en rekke ganger for å tilpasses samfunnsbehov, digitalisering og teknologisk utvikling.¹⁶ I 2021 var 46 % av sakene hvor det ble benyttet kommunikasjonskontroll relatert til narkotikakriminalitet, resten omhandlet annen alvorlig kriminalitet som drap, frihetsberøvelse, overgrep mot barn og menneskehandel. I 60 % av sakene bidro kommunikasjonskontrollen til gjennombrudd i etterforskningen eller var av bevismessig betydning for videre etterforskning.¹⁷

Reguleringen har utviklet seg over tid og blitt tilpasset nye samfunnsforhold. Den historiske utviklingen illustrerer at Stortinget gjentatte ganger har anerkjent politiets behov for skjulte tvangsmidler for å løse sitt samfunnsoppdrag. Utviklingen viser viktigheten av klar lovregulering og lovgivervilje til å videreutvikle regelverket i takt med teknologiutviklingen.¹⁸

1.4 Aktualitet

Det fremgår av politiloven (politil.) § 1 at staten skal sørge for den polititjeneste som «samfunnet har behov for». Gjennom «forebyggende, håndhevende og hjelpende virksomhet» skal politiet yte innsats for å fremme borgernes «rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd».¹⁹ Når politiet anvender skjulte tvangsmidler, er det særlig den forebyggende og den straffefølgende funksjonen som er relevant. I motsetning til Politiets sikkerhetstjeneste

¹³ Rt. 2000 s. 1345 på s. 1347-1348.

¹⁴ Se bl.a. Rt. 2009 s. 394, Rt. 2014 s. 1105 og HR-2016-1833-A.

¹⁵ NOU 1997: 15; Ot.prp nr. 64 (1998-1999); Innst. O. nr. 3 (1999-2000).

¹⁶ Se bl.a. Prop. 68 L (2015-2016) s. 7-8.

¹⁷ KK-utvalgets årsrapport (2021) s. 12.

¹⁸ Se bl.a. Prop. 68 L (2015-2016) s. 12.

¹⁹ Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven) § 1 første og andre ledd.

(PST), har alminnelig politi kun en svært snever hjemmel til å anvende skjulte tvangsmidler i sin forebyggende virksomhet.²⁰

I tråd med politil. § 2 nr. 3 skal politiet «avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold». Det er ved straffeforfølgning at politiet vanligvis kan benytte skjulte tvangsmidler.²¹ En sentral del av straffeforfølgningen er etterforskning. Etterforskningsprosessen er formålsstyrt og hovedmålsetningen er å avklare om det har vært begått straffbare forhold som det offentlige kan forfølge.²²

Kriminalitet internasjonalt og nasjonalt blir stadig mer sofistikert og teknologidrevet. Hvordan kriminalitet planlegges, utføres og samarbeides om er i konstant endring. Profesjonelle aktører anvender eksempelvis krypterte digitale løsninger og stadig mer avanserte digitale plattformer. Som dagsaktuelt eksempel på utfordringer politiet står overfor kan nevnes det såkalte kryptosporet i Lørenskog-saken som p.t. fortsatt pågår.²³ Kryptosporet er knyttet til et krav om EURO 9 millioner i form av en vanskelig sporbar kryptovaluta.²⁴ Krypterte løsninger utfordrer kontinuerlig politiets kompetanser, muligheter og metoder for informasjonsinnhenting. Teknologit utviklingen skaper samtidig muligheter for å ta i bruk nye avanserte etterforskningsmetoder, eksempelvis ved bruk av kunstig intelligens (KI).²⁵ KI kan bidra i kriminalitetsbekjempelse gjennom eksempelvis effektiv sortering og analyse av allerede innhentet informasjon og gjennom mulighet for nye former for autonom overvåkning.²⁶

KI illustrerer at teknologit utvikling åpner for enorme muligheter. Dersom politiet gis for vide hjemler til å utnytte disse mulighetene i forbindelse med skjulte tvangsmidler, er det rimelig å anta økt risiko for at politiet overvåker personer som i utgangspunktet ikke er mistenkt for straffbare forhold. Samtidig følger avanserte kriminelle miljøer med på politiets teknologit utvikling og er raske til å ta i bruk banebrytende teknologiske nyvinninger for å sikre seg mot politiets metoder.²⁷ Det er viktig at lovverket er tilpasset denne virkeligheten.

²⁰ Se straffeprosessloven § 222 d sml. politiloven § 17 d.

²¹ Straffeprosessloven kap. 13-16.

²² Straffeprosessloven § 224 første ledd.

²³ Øst politidistrikt (2022).

²⁴ Stolt-Nielsen (2022).

²⁵ KI er «[t]eknologiske systemer som oppfatter og tilpasser seg omgivelsene sine for å oppnå en ønsket funksjonalitet.», jf. FFI-rapport (2021) s. 94.

²⁶ Bruce (2018).

²⁷ FFI-rapport (2021) s. 38.

De mest inngripende formene for skjulte tvangsmidler skal utelukkende benyttes i forbindelse med bekjempelse av alvorlig kriminalitet. Kommunikasjonskontroll etter straffeprosessloven (strpl.) §§ 216 a og 216 b ble i 2021 anvendt i 93 saker. Dette innbefattet avlytting av 199 personer og 524 kommunikasjonsanlegg. Statistikk viser årlig nedgang i politiets bruk av kommunikasjonskontroll i perioden 2017-2021.²⁸ Om dette skyldes nedgang i alvorlig kriminalitet, strengere prosessuelle rettssikkerhetsgarantier eller at metoden blir utdatert grunnet teknologisk utvikling er usikkert. Det er imidlertid ikke tvilsomt at krypterte løsninger appellerer til profesjonelle kriminelle sammenlignet med ordinær mobiltelefonbruk. Det nyeste tilskuddet til skjulte tvangsmidler, dataavlesing, har foreløpig ikke vært benyttet i særlig grad.²⁹ Siden innføringen i 2016 har tvangsmiddelet årlig blitt benyttet i færre enn 10 saker.³⁰

1.5 Rettskildebildet og metode

Avhandlingen behandler rettskilder av ulik art og med ulikt opphav, inkludert konvensjonsbestemmelser, grunnlovsbestemmelser og bestemmelser inntatt i formell norsk lov. For å klarlegge gjeldende rett etter relevante bestemmelser i Grunnloven og straffeprosessloven anvendes alminnelig juridisk metode. Utgangspunktet er en alminnelig språklig forståelse av ordlyden. Skjulte tvangsmidler er inngripende i sin natur og legalitetsprinsippet blir dermed utfordret. Grl. § 113 oppstiller krav om hjemmel i lov ved myndighetsinngrep. EMK art. 8 innehar også hjemmelskrav. For å tolke konvensjonens bestemmelser må juridisk metode slik den er utviklet av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) benyttes.³¹ Også for EMD er utgangspunktet bestemmelsens ordlyd, jf. Wien-konvensjonen (WK) art. 31-33. I tråd med WK art. 31 (1) skal EMK tolkes i «good faith» og i samsvar med dens «ordinary meaning», «in their context» og i lys av konvensjonens «object and purpose».³² En lojal språklig tolkning er utgangspunktet, men tolkningsbidrag gjennom kontekstuell- og formålsrettet tolkning kan vektlegges.

²⁸ KK-utvalgets årsrapport (2021) s. 11.

²⁹ Dataavlesing etter straffeprosessloven §§ 216 o og 216 p innebærer utstørs- og kunnskapsbaserte metoder for å aksessere ikke offentlig tilgjengelige opplysninger i et datasystem, jf. Prop. 68 L (2015-2016) s. 12.

³⁰ KK-utvalgets årsrapport (2021) s. 12.

³¹ EMK art. 32 gir EMD jurisdiksjon til å tolke og anvende EMK. I tråd med art. 46 forplikter kontraherende parter å innrette seg etter EMDs endelige dom.

³² *Golder mot Storbritannia* [P] 1975, no. 4451/70 avsnitt 29; Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen) art. 31-33.

Et metodisk grep for den videre fremstillingen er å ta utgangspunkt i EMK art. 8 med tilhørende EMD-praksis. Grl. § 102, straffeprosessloven og Høyesterettspraksis behandles der dette er av rettskildemessig relevans for forståelsen av vernet om privatlivet i nasjonal sammenheng. Samlet skal dette belyse hvilke prosessuelle og materielle krav som må være tilfredsstilt for at politiet kan anvende nye teknologiske skjulte tvangsmidler. Avhandlingens problemstilling berører enkelte metodiske spørsmål som må belyses nærmere før de krav som kan utledes av EMK art. 8 og Grl. § 102 behandles. Særlig forholdet mellom EMK og Grunnloven må klargjøres. Dette er tema for kapittel 2.

1.6 Avgrensninger og videre fremstilling

Avhandlingen skal foreta en nærmere vurdering av politiets adgang til å ta i bruk skjulte tvangsmidler. Det avgrenses mot PSTs bruk av skjulte tvangsmidler og Etterretningstjenestens skjulte etterforskningsmetoder, herunder masseovervåkning. Videre avgrenses det mot ulovfestede skjulte politimetoder som bruk av informanter, infiltrasjon og provokasjon. Det avgrenses også mot bruk av skjulte tvangsmidler i forebyggende og avvergende øyemed. I hovedsak behandles etterforskningsmetoder politiet benytter for å avdekke begått kriminalitet og som utgjør myndighetsinngrep i privatlivet.

I avhandlingens kapittel to redegjøres for forholdet mellom EMK art. 8 og norsk intern rett. Søkelyset rettes særlig mot forholdet mellom EMK og Grunnloven. De etterfølgende kapitlene behandler krav som må være oppfylt for at ny teknologi kan anvendes av politiet som skjult tvangsmiddel. I kapittel tre gjennomgås skjulte tvangsmidler inntatt i straffeprosessloven, etterfulgt av andre materielle og prosessuelle krav for bruk av disse. Kapittel fire analyserer hva som utgjør et inngrep i privatlivet. Kapittel fem behandler hjemmelskravet etter EMK og legalitetsprinsippet i Grl. § 113. I kapittel seks gjennomgås formåls- og proporsjonalitetskrav for inngrep i retten til privatliv. I kapittel syv presenteres eksempler på teknologiske innovasjoner som skaper muligheter for nye skjulte tvangsmidler. Avslutningsvis, i kapittel åtte, gis noen avsluttende betraktninger rundt nåværende status og behov for politiets skjulte etterforskningsmetoder samt mulige utfordringer som følge av teknologisk utvikling.

2 Forholdet mellom EMK art. 8 og norsk rett

2.1 EMK og Grunnloven

Relevant for avhandlingens tematikk er begrensninger og muligheter for politiets bruk av skjulte tvangsmidler som følger av privatlivsvernet. Retten til privatliv fremgår av EMK art. 8:

«1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the 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.»

I norsk sammenheng fremgår vernet av Grl. § 102 første ledd:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.»

Ordlyden i Grl. 102 første ledd første setning er tydelig inspirert av EMK art. 8.1. Grunnloven er imidlertid lex superior og formelt sett den trinnhøyeste rettskilden i det norske rettssystemet. Bestemmelsen skal i utgangspunktet ha større vekt og høyere prioritet i lovanvendelsen enn en internasjonal konvensjon som EMK.³³ Grunnlovens menneskerettighetskatalog innledes ved Grl. § 92. Bestemmelsen er relevant for forståelsen av forholdet mellom EMK art. 8 og Grl. § 102 og innehar følgende ordlyd:

«Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

³³ HR-2016-2554-P avsnitt 65.

Grl. § 92 sin ordlyd kan forstås dithen at EMK art. 8 er inkorporert på Grunnlovs nivå slik at den har lik rettskildemessig vekt som Grl. § 102. I HR-2016-2554-P presiserte Høyesterett rettstilstanden. Førstvoterende på vegne av flertallet uttalte at det måtte anses som «klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett».³⁴ Uttalelsen tilsier at Grunnlovens menneskerettighetskatalog er lex superior sammenlignet med EMK. Grl. § 102 har formelt sett forrang foran EMK art. 8 og kan ved motstrid tilsidesette denne.

I tråd med en alminnelig forståelse av ordlyden i Grl. § 102 er vernet om retten til privatliv tilnærmet absolutt. En antitetisk tolkning av grunnlovsbestemmelsen, som eksplisitt kun åpner for inngrep gjennom «[h]usransakelse», tilsier at en generell unntaksadgang tilsynelatende er avskåret. En slik forståelse ville hindret politiet i å benytte andre inngrepsformer i privatlivet. Ordlyden isolert åpner ikke for at politiet kan benytte skjulte tvangsmidler som eksempelvis kommunikasjonskontroll. EMK art. 8.2 innehar på sin side en eksplisitt unntaksadgang og har etter sin ordlyd et relativt vidt rom for myndighetsinngrep i privatlivsvernet sammenlignet med den restriktive ordlyden i Grl. § 102. En ren ordlydsfortolkning av de to bestemmelsene tilsier et ulikt materielt vern, slik at vernet etter Grl. § 102 er sterkere enn EMK art. 8.

Det er Høyesterett, og ikke internasjonale håndhevingsorganer, sitt ansvar å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.³⁵ Grl. § 102 og EMK art. 8 trenger dermed ikke tolkes i samsvar og grunnlovsvernet kan ha et selvstendig innhold. EMK innehar minimumsrettigheter og det vil ikke innebære et konvensjonsbrudd å gi sterkere vern i tråd med Grl. § 102 sin ordlyd.³⁶ I tråd med høyesterettspraksis skal likevel Grl. § 102 tolkes i lys av EMK, men slik at fremtidig EMD-praksis nødvendigvis ikke får samme prejudikatsvirkning for grunnlovstolkningen som ved konvensjonstolkningen.³⁷ Til tross for at EMK formelt har lavere rettskildemessig rang enn Grunnloven, har konvensjonen vist seg å være betydningsfull i nasjonal sammenheng.

I tråd med presumsjonsprinsippet skal norsk rett antas å være i overensstemmelse med internasjonal rett.³⁸ Menneskerettighetsutvalget uttalte i tilknytning til Grunnlovsrevisjonen at

³⁴ HR-2016-2554-P avsnitt 70.

³⁵ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

³⁶ EMK art. 53.

³⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

³⁸ Frøberg (2020) s. 60-61.

domstolene i lys av presumsjonsprinsippet bør «lojalt søke å unngå en tolkning av Grunnloven som strider mot de menneskerettighetskonvensjonene som Norge er bundet av».³⁹ Uttalelsen er i tråd med et av grunnlovsrevisjonens formål om å «styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang».⁴⁰ Å tillegge menneskerettighetskatalogen i Grunnloven et svakere vern enn EMK er både formålsstridig og uforenelig med presumsjonsprinsippet. Spørsmålet er imidlertid om Grunnlovens restriktive ordlyd kan fravikes til fordel for et svakere beskyttelsesnivå enn ordlyden gir anvisning om etter en bokstavelig og antitetisk tolkning.

Høyesterett har i kommunikasjonskontrollsaker lagt seg på linje med EMK art. 8 og innfortolket en generell inngrepsadgang. I Rt. 2014 s. 1105 ble det lagt til grunn at «hvorvidt en lov som griper inn i privat- og familielivet, hjemmet, kommunikasjonen eller den personlige integritet, er forenlig med § 102, [...] beror på om loven ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig».⁴¹ Uttalelsen ble fulgt opp i Rt. 2015 s. 93:

«Grunnloven § 102 [inneholder] ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig *hjemmel*, forfølger et *legitimt formål* og er *forholdsmessig*».⁴²

Det nasjonale privatlivsvernet etter Grl. § 102 er tydelig påvirket av EMK art. 8. Av forarbeidene fremstår dette også som intensjonen, idet det uttales at hvor langt det menneskerettslige grunnlovsvernet skal strekke seg «vil måtte *forstås i lys av og suppleres med* det internasjonale konvensjonsvernet og med tidligere ulovfestet rett».⁴³ Til tross for Grl. § 102 sin restriktive ordlyd skal ikke privatlivet fullt ut vernes om i alle situasjoner. Det kan oppstå konflikterende interesser som skaper behov for inngrep av ulike årsaker, hensyn og formål. Prinsippbestemmelsen i Grl. § 92 kan dermed tas til inntekt for en lovgiverintensjon om at domstolene skal ha myndighet til å håndheve Grunnlovens menneskerettigheter på tilsvarende måte som parallelle konvensjonsbestemmelser. Å vektlegge EMK art. 8 ved tolkningen av Grl.

³⁹ Dokument 16 (2011-2012) s. 69.

⁴⁰ Ibid. s. 17.

⁴¹ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

⁴² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

⁴³ Dokument 16 (2011-2012) s. 175.

§ 102 har dermed både konstitusjonell forankring og er også i tråd med presumsjonsprinsippet.⁴⁴ Staten har like fullt en forpliktelse til å vektlegge bestemmelsene i Grunnloven slik de er formulert, jf. lex superior-prinsippet. Det oppstår derfor en konflikt mellom ordlyd og praktisk håndtering av bestemmelsen.

Grl. § 102 tilfører isolert relativt lite innen privatlivsvernet. Høyesterett har tolket bestemmelsen innskrenkende slik at det materielle vernet til borgerne er nedjustert til EMK art. 8-nivå. Høyesterettspraksis illustrerer at vernet reelt sett er en tilnærmet kopi av vernet etter EMK art. 8 og EMD sin tolkning av konvensjonsbestemmelsen. Dette er hensiktsmessig ettersom det reelt sett foreligger samfunnsbehov som nødvendiggjør mulighet for myndighetsinngrep i privatlivet. Dersom Høyesterett skulle anlagt en bokstavelig fortolkning av Grl. § 102 ville det i dag blitt svært vanskelig for politiet å etterforske enkelte former for alvorlig kriminalitet.

Utformingen av Grl. § 102 kan kritiseres. For borgere flest er det antageligvis naturlig å benytte Grunnloven, den trinnhøyeste rettskilden, for å gjøre seg kjent med egne rettigheter. En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier en svært snever adgang til inngrep i privatlivsvernet. Høyesteretts innskrenkende fortolkning utfordrer rettssikkerheten. Muligheten for forutsigbarhet svekkes, hvilket er kritisk med tanke på hvor viktig behovet for privatliv anses. Av denne årsak kan det stilles spørsmål ved Stortingets valg av en absolutt ordlyd i Grl. § 102.

Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser er knappe og vage. Dette medfører et behov for å fortolke i tråd med den parallelle konvensjonsbestemmelsen i EMK. EMK art. 8 er utførlig utformet og betydelig EMD-praksis utvikler bestemmelsens innhold.⁴⁵ EMKs minstekrav til materielle og prosessuelle rettigheter ved politiets bruk av skjulte tvangsmidler bør derfor etterleves. Dette er også fastslått av Høyesterett i den ferske dommen inntatt i HR-2022-1317-A. Grl. § 102 og EMK art. 8 blir behandlet samlet med den begrunnelse at «[både] Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 om retten til respekt for blant annet privatliv og korrespondanse setter rammer for ransaking og beslag av slikt materiale. Jeg kan ikke se at grunnlovsvernet går lenger enn EMK og nøyer meg i det følgende med å behandle artikkel 8».⁴⁶ Det nasjonale

⁴⁴ Aall (2018) s. 46.

⁴⁵ Ibid. s. 36-37.

⁴⁶ HR-2022-1317-A avsnitt 28.

privatlivsvernet rekker dermed like langt som vernet etter EMK, supplert av Grl. § 113 sitt formelle lovskrav, jf. avhandlingens kapittel 5.2.

2.2 EMK og straffeprosessloven

Det norske rettssystemet er basert på et dualistisk prinsipp. Dette innebærer at det kreves en særskilt gjennomføringsakt for at internasjonal rett direkte kan anvendes for norske domstoler.⁴⁷ EMK er gjort til del av norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.). Konvensjonen skal ved motstrid gå foran annen norsk lovgivning.⁴⁸ EMK har derfor forrang fremfor ordinær norsk lov.

Politiets adgang til å iverksette skjulte tvangsmidler er regulert i straffeprosessloven.⁴⁹ I loven er det inntatt en spesialregel i strpl. § 4 første ledd om at straffeprosesslovens regler gjelder med «de begrensninger som er anerkjent i folkeretten». En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at folkeretten kan legge begrensninger på straffeprosessretten, også når internasjonale konvensjoner ikke er en del av norsk rett. Bestemmelsen gir uttrykk for sektormonisme på straffeprosessens område i motsetning til dualisme. Straffeprosessen har blitt betydelig påvirket av Norges folkerettslige forpliktelser. I den sammenheng har EMK hatt særlig innflytelse.⁵⁰ I tråd med både strpl. § 4 og uttrykkelig regulering i mrl. §§ 3, jf. 2 nr. 1 skal EMK ved motstrid gå foran straffeprosessloven.

⁴⁷ Frøberg (2020) s. 60-61.

⁴⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 3 jf. 2 nr. 1.

⁴⁹ Straffeprosessloven kap. 13-16.

⁵⁰ Frøberg (2020) s. 28-29.

3 Materielle og prosessuelle krav

3.1 Straffeprosesslovens skjulte tvangsmidler

For at politiet skal operere i tråd med EMK art. 8 og GrL § 102, oppstiller straffeprosessloven materielle og prosessuelle vilkår for bruk av skjulte tvangsmidler. EMD har differensiert mellom de ulike formene for tvangsmidler og stiller strengere krav til klar og detaljert lovhjemmel for bruk av særlig inngripende tvangsmidler enn for mindre inngripende tvangsmidler.⁵¹ Felles for de skjulte tvangsmidlene er at de anvendes uten mistenktes kjennskap. Dette innebærer begrensede kontrollmuligheter for mistenkte. Vernet om privatlivet blir utfordret ved målbevisst individrettet overvåkning. Metodene må derfor være underlagt strenge rettslige rammer. I det følgende presenteres straffeprosesslovens regulering av skjulte tvangsmidler. Tvangsmidlene er sortert fra mest til minst inngripende. Sorteringen tar utgangspunkt i strafferammekravet. De tvangsmidlene lovgiver har ansett som mest inngripende har strengest strafferammekrav.⁵²

3.1.1 Særskilte straffebed

Det mest inngripende skjulte tvangsmiddelet er *romavlytting*. Metoden kan kun anvendes ved mistanke om brudd på særskilte straffebed, herunder mistanke om terrorhandlinger- og trusler, drapssaker, grove ran og grove narkotikalovbrudd som ledd i organisert virksomhet.⁵³ Den praktiske gjennomføringen innebærer plassering av lydopptaksutstyr på et spesifikt sted, også i hjemmet.

3.1.2 Minimum 10 års fengsel

Skjult kameraovervåkning på privat sted kan iverksettes ved mistanke om straffbart forhold som kan medføre fengsel i 10 år eller mer. Bestemmelsen kan ikke benyttes til å overvåke private hjem, kun andre steder det må antas at mistenkte oppholder seg.⁵⁴

⁵¹ *Kruslin mot Frankrike* [J] 1990, no. 11801/85 avsnitt 33.

⁵² Prop. 68 L (2015-2016) s. 42.

⁵³ Straffeprosessloven § 216 m.

⁵⁴ Straffeprosessloven § 202 a andre og fjerde ledd.

Hemmelig ransaking innebærer at politiet tar seg inn i hjemmet og gjennomgår eiendelene til mistenkte uten at vedkommende opplyses om dette. Ransaking er i utgangspunktet en ordinær etterforskningsmetode, men den blir mer inngripende når den foregår i det skjulte og med utsatt underretning. Strafferammekravet er 10 år.⁵⁵

Kommunikasjonsavlytting innebærer sanntidsavlytting av telefonsamtaler, SMS, internetttrafikk og innholdet i nevnte kommunikasjon. Politiet kan pålegge tilbyder eller eier av nett eller tjeneste å yte nødvendig bistand. I lang tid har dette vært det mest brukte skjulte tvangsmiddelet. Metoden er svært inngripende, og strafferammekravet er 10 år.⁵⁶ EMD har lagt til grunn at telefonavlytting utgjør et alvorlig inngrep i privatlivet og vernet av korrespondanse.⁵⁷

Dataavlesing er det nyeste skjulte tvangsmiddelet. Strafferammekravet er 10 år.⁵⁸ Regulering av metoden ble tilført som et forsøk på å imøtegå konfliktene som oppsto mellom legalitetsprinsippet og teknologiutviklingen. Avanserte kriminelle miljøer benytter sofistikert teknologi inkludert kryptering av informasjon og data. Kommunikasjonsavlytting har dermed blitt stadig mer utilstrekkelig som metode for politiet og har medført et pressende behov for nye virkemidler for å avdekke kriminalitet. Tidligere var det et problem at informasjonen ble samlet kryptert hos teletilbyder. I dag løses slike utfordringer ved hjelp av dataavlesing hvor politiet kan installere avlyttingsmekanismer i selve det elektroniske kommunikasjonsmiddelet tilhørende den mistenkte. Etterforskningsmetoden er i utgangspunktet teknologinøytral og kan omfatte en rekke ulike fremgangsmåter.⁵⁹

Teknisk sporing av person har strafferammekrav på 10 år.⁶⁰ Metoden er særlig inngripende fordi det tekniske peileutstyret plasseres fysisk nærme den mistenkte, gjerne i klær, veske eller i andre gjenstander vedkommende bærer med seg. Dette gir gode muligheter for sporing og overvåking.

⁵⁵ Straffeprosessloven § 200 a.

⁵⁶ Straffeprosessloven §§ 216 a, jf. 216 c.

⁵⁷ Se bl.a. *Klass m.fl. mot Tyskland* [P] 1978, no. 5029/71 avsnitt 41.

⁵⁸ Straffeprosessloven §§ 216 o, jf. 216 p.

⁵⁹ Prop. 68 L (2015-2016) s. 224.

⁶⁰ Straffeprosessloven § 202 c.

3.1.3 Minimum 5 års fengsel

Såkalt *annen kontroll av kommunikasjonsanlegg* har strafferammekrav på 5 år.⁶¹ Tvangsmiddelet omfatter ulike fremgangsmåter, blant annet innhenting av trafikkdata hos teletilbydere, bruk av instrumentet IMSI-catcher og bruk av skjult SMS.⁶² Skjult SMS innebærer at melding ikke registreres på mistenktes telefon, men genererer trafikkdata slik at politiet kan innhente opplysninger hos teletilbydere. Metodene kan gi kunnskap om hvem mistenkte ringer til samt hvor vedkommende befant seg på tidspunktet data ble generert.

Løpende utleveringspålegg med utsatt underretning er til forskjell fra et ordinært utleveringspålegg ansett så alvorlig at metoden har 5 års strafferammekrav.⁶³ *Teknisk sporing av gjenstand eller kjøretøy* har også strafferammekrav på 5 år.⁶⁴ Metoden benyttes for å kartlegge hvor den mistenkte eller konkrete gjenstander befinner seg.

3.1.4 Minimum 6 måneder fengsel / frihetsstraff

Skjult kameraovervåkning på offentlig sted eller fra offentlig sted rettet mot privat sted har strafferammekrav på minst 6 måneder fengsel.⁶⁵ Overvåkingen kan eksempelvis rettes mot hage og inngangsparti. Også *beslag med utsatt underretning* og *utleveringspålegg med utsatt underretning* har tilsvarende strafferammekrav på minimum 6 måneder fengsel.⁶⁶

Samtykkeavlytting er en form for kommunikasjonsavlytting der den ene av samtalepartnerne er kjent med at politiet avlytter samtalen. Dette kan eksempelvis være en informant eller undercover politiagent. Samtalen avlyttes uten mistenktes kunnskap, enten ved teknisk innretning eller opptak av samtalen der ordinære polititjenestemenn selv deltar i samtalen eller har fått samtykke fra en av samtalepartene. I lys av strafferammekravet anses metoden som et av de mindre inngripende skjulte tvangsmidlene. Kravet er frihetsstraff, uavhengig av varighet.⁶⁷

⁶¹ Straffeprosessloven §§ 216 b, jf. 216 c.

⁶² IMSI-catcher er et apparat som benyttes for å overvåke mobiltrafikkdata i nærområdet, jf. Prop. 68 L (2015-2016) s. 123.

⁶³ Straffeprosessloven §§ 210 b, jf. 210 c.

⁶⁴ Straffeprosessloven § 202 b.

⁶⁵ Straffeprosessloven § 202 a første ledd.

⁶⁶ Straffeprosessloven §§ 208 a og 210 a.

⁶⁷ Straffeprosessloven § 216 l.

3.2 Materielle krav

Felles for de skjulte tvangsmidlene er at det oppstilles en rekke grunnvilkår i de ulike tvangsmiddelbestemmelsene for å unngå maktmisbruk og unødvendig tvangsmiddelbruk. Det oppstilles ulike *strafferammekrav*, det må foreligge *skjellig grunn til mistanke*, en *tilknytning til mistenkte*, et *indikasjonskrav*, et *subsidiaritetskrav*, et *forholdsmessighetskrav* og i noen tilfeller *særlige grunner*.⁶⁸

Strafferammekravet innebærer et minimumskrav til alvorret i straffesaken før politiet kan benytte seg av det skjulte tvangsmiddelet. Kravet søker å gjenspeile hvor inngripende de ulike tvangsmidlene anses å være. Bestemmelsene har et tillegg om særlige straffebud hvor tvangsmiddelbehovet anses såpass stort at metodene kan brukes til tross for at strafferammekravet ikke er oppfylt.⁶⁹

Mistankekravet, herunder *skjellig grunn til mistanke*, er felles for de skjulte tvangsmidlene. Høyesterett har lagt til grunn at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at den mistenkte har begått en handling som tilsvarer de aktuelle straffebudene i tvangsmiddelbestemmelsen.⁷⁰ Mistanken må ha tilknytning til den konkrete personen politiet ønsker å overvåke. *Tilknytningskravet* innebærer at politiet eksempelvis ikke kan overvåke vitner. EMD har i *Roman Zakharov* understreket viktigheten av at den myndighet som har kompetanse til å iverksette hemmelig overvåkning også er kapabel til å verifisere «the existence of a reasonable suspicion against the person concerned, in particular, whether there are factual indications for suspecting that person of planning, committing or having committed criminal acts or other acts that may give rise to secret surveillance measures». Til forskjell fra Norge tillater EMD også at andre enn mistenkte, som besitter relevant informasjon, kan avlyttes.⁷¹

Indikasjonskravet innebærer at den skjulte tvangsmiddelbruken må antas å kunne gi god nytte i den konkrete saken. Det er i forarbeidene beskrevet som et «krav om at det må være påvist et konkret behov for at tvangsmidler skal kunne brukes».⁷² *Subsidiaritetskravet* innebærer at den minst inngripende fremgangsmåten skal benyttes. Kravet er beskrevet som «en regel om at tillatelse til bruk av tvangsmidler bare skal kunne gis dersom avverging ellers i vesentlig grad

⁶⁸ Innst. O. nr. 113 (2003-2004) s. 15-18; Se eksempelvis straffeprosessloven §§ 216 a, jf. 216 c.

⁶⁹ Prop. 68 L (2015-2016) s. 42.

⁷⁰ HR-2019-2282-U avsnitt 11-12.

⁷¹ *Roman Zakharov mot Russland* [GC] 2015, no. 47143/06 avsnitt 260 og 245.

⁷² Innst. O. nr. 113 (2003-2004) s. 10.

vil bli vanskeligjort». ⁷³ Politiet kan ikke anvende et særlig inngripende tvangsmiddel dersom mindre inngripende metoder kan ha tilstrekkelig nytte i saken.

Informasjonen eller det materiale politiet kan tilegne seg ved metodebruken må være vurdert som så verdifullt at ønsket skjult tvangsmiddelbruk anses som en proporsjonal etterforskningsmetode i forhold til den antatte belastningen det har for den mistenkte. Dette *forholdsmessighetskravet* innebærer en proporsjonalitetsvurdering som må gjennomføres individuelt og konkret i hver enkelt sak. ⁷⁴ Ved visse varianter av de mest inngripende metodene oppstilles et tilleggskrav om *særlige grunner*. ⁷⁵ Vilkåret hever terskelen for overvåking. Det er uklart om vilkåret har selvstendig funksjon eller om det inngår i en større forholdsmessighetsvurdering av de tvangsmidler hvor vilkåret blir aktualisert.

3.3 Prosessuelle krav

Felles for de skjulte tvangsmidlene er at det oppstilles prosessuelle rettssikkerhetsgarantier for å hindre myndighetsmisbruk, herunder krav om domstolsbehandling, tidsbegrensning, oppnevning av hemmelig advokat og sletting av innhentede opplysninger. ⁷⁶ Kravet om domstolsbehandling innebærer at politiet ikke kan iverksette skjulte tvangsmidler uten godkjenning fra domstolen. Påtalemyndigheten må som hovedregel fremsette skriftlig begjæring til retten. Domstolen innehar beslutningskompetansen og kan ved kjennelse gi politiet tillatelse til å iverksette skjult tvangsmiddelbruk. For noen tvangsmidler kan det i hastetilfeller gjøres unntak fra denne hovedregelen. Dette må eventuelt nedfelles skriftlig i ettertid og forelegges retten for godkjenning snarest. ⁷⁷

Skjulte tvangsmidler tillates for et begrenset tidsrom. Bruken skal ikke vare lengre enn nødvendig og tidsrommet må være i tråd med hva som anses hensiktsmessig i den konkrete sak. Mistenkte skal i de fleste tilfeller underrettes om forholdet ved opphør av tvangsmiddelbruken. Dersom underrettelse kan gjøre vesentlig skade for politiets videre etterforskning av saken, kan den utsettes. Underretning gis senest når tiltale tas ut eller saken henlegges og fristen etter strpl. § 75 annet ledd første punktum er passert. Der underretning vil være til vesentlig skade for

⁷³ Innst. O. nr. 113 (2003-2004) s. 18.

⁷⁴ Straffeprosessloven § 170 a, jf. EMK art. 8.2.

⁷⁵ Innst. O. nr. 113 (2003-2004) s. 18.

⁷⁶ Straffeprosessloven § 216 g med videre henvisninger regulerer sletting og sperring av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll.

⁷⁷ Se eksempelvis straffeprosessloven § 216 d.

senere oppklaring av saken eller andre omstendigheter gjør det strengt nødvendig, kan retten bestemme at underretning unnlates i sin helhet.⁷⁸

I lys av redusert ivaretagelse av retten til kontradiksjon er det forsøkt regulert kompenserende rettssikkerhetsgarantier. Ved politiets bruk av blant annet skjulte tvangsmidler skal påtalemyndigheten «straks oppnevne offentlig advokat for den mistenkte».⁷⁹ Advokaten skal ivareta mistenktes og eventuelle tredjepersoners interesse ved rettens behandling av påtalemyndighetens begjæring om bruk av skjulte tvangsmidler. Dette skal imøtegå den manglende kontradiksjonsmuligheten. Det er derfor essensielt at advokaten blir tilstrekkelig informert om vedtakets grunnlag. For etterforskningsarbeidet er det en viktig forutsetning at advokaten ikke settes i kontakt med den mistenkte og at det foreligger en streng taushetsplikt.

Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, som skal føre kontroll med politiets og påtalemyndighetens bruk av en rekke skjulte tvangsmidler, representerer en ytterligere rettssikkerhetsgaranti. Kontrollen omfatter blant annet romavlytting, kommunikasjonsavlytting og dataavlesing. Utvalgets funksjon er å opprettholde lovlighet, sikre bevissthet og godt internt regelverk i politiet.⁸⁰

I takt med den teknologiske utviklingen må det påregnes at regelverket for skjulte tvangsmidler vil og må utvides og tilpasses denne virkelighet. Det er naturlig å forvente at nye tvangsmidler vil være omfattet av tilsvarende krav som eksisterende. Dette betyr en høy terskel for anvendelse. Dersom et nytt tvangsmiddel blir vurdert som lovlig, formåls- og forholdsmessig etter en konkret vurdering, vil politiets faktiske bruk være underlagt klar og streng regulering og kontroll.

⁷⁸ Se eksempelvis straffeprosessloven § 200 a fjerde ledd.

⁷⁹ Straffeprosessloven § 100 a første ledd.

⁸⁰ Straffeprosessloven § 216 h; Det føres kontroll med strpl. §§ 216 a, 216 b, 216 m og 216 o. Se KK-utvalgets årsrapport (2021) for nærmere innføring i utvalgets arbeid.

4 Når foreligger et inngrep i privatlivet?

Privatlivsvernet aktualiseres ved myndighetsinngrep. Høyesterett har uttalt at innholdet i vernet etter Grl. § 102 skal forstås i samsvar med EMK art. 8.⁸¹ Forvaltningsvedtak, straffedom og faktiske myndighetshandlinger kan utgjøre inngrep.⁸² Nasjonal regulering kan være så inngripende i seg selv at det må anses som et inngrep.⁸³ I relasjon til skjulte tvangsmidler må det avklares hva som utgjør et inngrep som krever hjemmel i lov og hva som kan forsvares i lys av den alminnelige handlefrihet. Innsamling av allment tilgjengelig informasjon eller observering av personer i offentlige rom over et visst tidsrom, er handlinger enhver kan foreta i lys av den alminnelige handlefrihet. Tilsvarende gjelder i utgangspunktet også for politiet selv om de benytter informasjonen i etterforskningsøyemed.

Begrepet privatliv er utfordrende å definere entydig. Begrepet er heller ikke legaldefinert i nasjonal sammenheng. Høyesterett har uttalt at «[u]ttrykket «privatliv» favner vidt – noen uttømmende definisjon finnes ikke [...]. Men sentralt i den foreliggende praksis fra EMD står blant annet menneskets fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*. [...] Retten til «respekt» for privatliv og familieliv innebærer i første rekke et vern mot uberettigede offentlige inngrep.»⁸⁴ EMD har tolket konvensjonsvernet dithen at privatliv omfatter personers fysiske og psykiske integritet, herunder retten til å utvikle personlighet samt rett til å etablere og utvikle relasjoner til andre personer, såkalt sosial identitet.⁸⁵ Det er ikke bare den innerste sfæren som omfattes, men også retten til å ha kontakt med andre mennesker.⁸⁶ EMD har tolket privatlivsbegrepet vidt. Begrepet omfatter familieliv, hjem og korrespondanse som spesifiserte eksempler på privatliv.⁸⁷

Myndigheters aktive innsamling, lagring og bruk av informasjon og data om spesifikke individer uten deres kunnskap eller samtykke utgjør et inngrep i privatlivet.⁸⁸ Etterforskningsmetoder som databeslag og annen innhenting av ikke-offentlig tilgjengelig

⁸¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57-58.

⁸² Aall (2018) s. 115-116.

⁸³ *Dudgeon mot Storbritannia* [P] 1981, no. 7525/76 avsnitt 40-41.

⁸⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58-59.

⁸⁵ *Von Hannover mot Tyskland* [J] 2004, no. 59320/00 avsnitt 50-51.

⁸⁶ *Niemietz mot Tyskland* [J] 1992, no. 13710/88 avsnitt 27-29.

⁸⁷ Aall (2018) s. 214.

⁸⁸ *Z. mot Finland* [J] 1997, no. 22009/93 avsnitt 95.

informasjon må dermed være i tråd med EMK art. 8.2. Overvåkning på offentlig sted utgjør nødvendigvis ikke et inngrep i privatlivet. Eksponeringen er til en viss grad selvvalgt. Alle kan bruke synet fritt og man må i en viss utstrekning tåle å bli observert. Det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle.⁸⁹

Begrepet «home» eller «hjem» forstås som boligen eller stedet noen bor.⁹⁰ Det omtales som privat- og familielivets hovedkvarter, hvilket tilsier et særlig sterkt vern.⁹¹ Vernet om den psykiske integritet omfatter retten til å være i fred i hjemmet. Begrepet er i praksis blitt tolket vidt og inkluderer garasje på annet sted enn selve boligen.⁹² I visse tilfeller kan også, ved besøk, en annen persons hjem omfattes av vernet.⁹³ Som følge av et uskarpt skille mellom privatliv, hjem og yrkesliv kan også myndighetsinngrep på arbeidsplasser omfattes.⁹⁴

Mange aspekter ved menneskets livsførsel, herunder sosial identitet, foregår gjennom «correspondence» eller «kommunikasjon» med andre.⁹⁵ Begrepet skal forstås vidt og omfatter en rekke ulike former for kommunikasjon som telefon, brev, e-post eller andre digitale kommunikasjonsformer. Situasjoner hvor politiet beslaglegger, avlytter, gjennomleser, tar opptak av eller kopierer slike former for kommunikasjon i bevisøyemed, utgjør et inngrep i vernet. Ettersom korrespondanse som begrep også omfattes av det overordnede begrepet privatliv, er en naturlig tolkning at det er de private meddelelser som omfattes av vernet.⁹⁶ Også informasjon om selve korrespondansen, herunder telefonnummer, samtalelengder og tidspunkt for samtalen omfattes. Tilsvarende gjelder for digital kommunikasjon.⁹⁷

EMD har understreket at det beror på en helhetsvurdering om etterforskningsmetoder utgjør inngrep i privatlivet. En persons berettigede forventning om å være i fred kan være relevant, men likevel slik at systematisk og permanent opptak også i offentlig rom omfattes.⁹⁸ Andre momenter er varigheten og intensiteten av tiltaket, graden av mistanke samt hvilke beslutningsprosedyrer som ble fulgt.⁹⁹ Dette er momenter som må vurderes dersom politiet

⁸⁹ *Uzun mot Tyskland* [J] 2010, no. 35623/05 avsnitt 49-53.

⁹⁰ EMK art. 8; Grunnloven § 102.

⁹¹ Aall (2018) s. 249.

⁹² *Hewitson mot Storbritannia* [J] 2003, no. 50015/99 avsnitt 19-21.

⁹³ *Armstrong mot Storbritannia* [J] 2002, no. 48521/99 avsnitt 18-20.

⁹⁴ *Niemietz mot Tyskland* avsnitt 29-30.

⁹⁵ EMK art. 8; Grunnloven § 102.

⁹⁶ Aall (2018) s. 252.

⁹⁷ Bruce og Haugland (2018) s. 41-42.

⁹⁸ *P.G og J.H mot Storbritannia* [J] 2001, no. 44787/98 avsnitt 57.

⁹⁹ *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 257-260.

ønsker å iverksette nye former for teknologisk overvåkning. Dersom metoden utgjør et inngrep, må inngrepet oppfylle krav til hjemmel, formåls- og forholdsmessighet.¹⁰⁰

¹⁰⁰ EMK art. 8.2.

5 Hjemmelskrav

5.1 EMK art. 8.2 – «in accordance with the law»

Det første vilkåret som må være oppfylt for at politiet kan anvende skjulte tvangsmidler er at inngrepet er «in accordance with the law».¹⁰¹ Lovskravet forutsetter at alle inngrep i privatlivet har en hjemmel. EMKs hjemmelskrav er autonomt og omfatter både formell og uskreven ulovfestet rett som eksempelvis rettspraksis, sedvane og direktiv. Dette for å hensynta ulike lovgivertradisjoner i konvensjonsstatene. Kravet henspiller til konvensjonsstatenes nasjonale rett.¹⁰² EMD overprøver både om det foreligger en relevant hjemmel og hvorvidt det konkrete inngrepet er i samsvar med hjemmelen.¹⁰³ Det er i utgangspunktet konvensjonsstatene som skal tolke og anvende nasjonal rett, men EMD er også kompetent til å overprøve dette.¹⁰⁴ Dersom konvensjonsstaten ikke har hjemmel for inngrepet, foreligger det et brudd på EMK art. 8. Dersom staten har en relevant hjemmel, oppstilles et klarhetskrav til lovhjemmelen. EMD har i en sak om kommunikasjonskontroll uttrykt at klarhetskravet «requires that the legal basis be “accessible” and “foreseeable”».¹⁰⁵ Hjemmelen må være tilgjengelig og sikre forutsigbarhet.

5.1.1 Tilgjengelighetskrav

Relevant hjemmel må være tilgjengelig før politiet iverksetter bruk av skjulte tvangsmidler. EMD har i en plenumsdom uttalt at «the law must be 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».¹⁰⁶ Tilgjengelighetskravet innebærer at hjemmelen må ha vært praktisk tilgjengelig for allmennheten, slik at borgerne har hatt mulighet til å gjøre seg kjent med tvangsmiddelreguleringen i forkant av inngrep. Interne instruksjoner som veileder bruk av skjulte tvangsmidler og som ikke er offentlig tilgjengelige, vil ikke oppfylle hjemmelskravet etter EMK.¹⁰⁷ Innrettelseshensyn ivaretas best ved en form for kunngjøring eller publisering.¹⁰⁸ I

¹⁰¹ EMK art. 8.2.

¹⁰² *Malone mot Storbritannia* [P] 1984, no. 8691/79 avsnitt 66.

¹⁰³ *A mot Frankrike* [J] 1993, no. 14838/89 avsnitt 38-39.

¹⁰⁴ Aall (2018) s. 119.

¹⁰⁵ *Doerga mot Nederland* [J] 2004, no. 50210/99 avsnitt 49.

¹⁰⁶ *Sunday Times mot Storbritannia* [P] 1979, no. 6538/74 avsnitt 49.

¹⁰⁷ *Malone mot Storbritannia* avsnitt 79.

¹⁰⁸ *Silver m.fl. mot Storbritannia* [J] 1983, no. 5947/72 mfl. avsnitt 87-88 og 93-95.

Norge kunngjøres regelverk elektronisk på Lovdatas nettsted i publikasjonen Norsk Lovtidend.¹⁰⁹ Dersom loven er kunngjort før politiet iverksetter skjult tvangsmiddelbruk, oppfylder norsk formell lov tilgjengelighetskravet etter EMK.

5.1.2 Forutsigbarhetskrav

Straffeprosesslovens regulering av skjulte tvangsmidler må utformes tilstrekkelig presist. Presisjon skal sikre at det er forutsigbart ut fra lovgivningen at politiet vil kunne ta i bruk skjulte tvangsmidler. Om forutsigbarhetskravet har EMD lagt til grunn at «a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable 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».¹¹⁰ Uttalelsen tilsier et klarhetskrav. Klarhetskravet innebærer en begrensning i å tolke lovene til å omfatte mer enn en alminnelig forståelse av ordlyden skulle tilsi, der dette er til ugunst for borgeren. I tråd med EMD-praksis er det i strid med klarhetskravet å foreta utvidende eller analogisk tolkning av tvangsmiddelreguleringen.¹¹¹ Dette sikrer forutsigbarhet og rettssikkerhet.

EMD har i en rekke dommer om kommunikasjonsavlytting lagt til grunn at fragmentert regulering som medfører at borgerne selv må sette sammen fragmentene for å oppnå en forutberegnelig rettstilstand ikke oppfyller hjemmelskravet. I sakene var hjemlene basert på delegert lovgivning og utfyllende rettspraksis. Lov, forskrift og rettspraksis ga ikke samlet en tilstrekkelig forutsigbar og klar hjemmel. Hjemmelskravet etter EMK art. 8.2 var krenket.¹¹²

Hensynet til en kompleks virkelighet og behov for rimelig fleksibilitet har ledet til at EMD i en viss utstrekning har akseptert skjønnspregede hjemler. Domstolen har uttalt at «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.».¹¹³ Rommet for fleksibilitet kan imidlertid ikke akseptere manglende presisjon der det ville vært mulig å utforme hjemmelen mer presist uten å gå på

¹⁰⁹ Lovdata (2009).

¹¹⁰ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49.

¹¹¹ *Coëme m.fl. mot Belgia* [J] 2000, no. 32492/96 m.fl. avsnitt 145.

¹¹² *Kruslin mot Frankrike* avsnitt 30-36; *Huvig mot Frankrike* [J] 1990, no. 11105/84 avsnitt 33-35; *Valenzuela Contreras mot Spania* [J] 1998, no. 27671/95 avsnitt 46 og 61.

¹¹³ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49.

bekostning av fleksibilitetshensyn. Behovet for fleksibilitet i tilknytning til skjulte tvangsmidler aktualiseres som følge av teknologisk utvikling.

En annen utfordring i relasjon til forutsigbarhetskravet og skjulte tvangsmidler er behovet for hjemler som ikke er så klare at de kan avsløre hemmelig overvåkning for den mistenkte. I plenumsdommen *Malone* uttalte EMD følgende:

«[...] the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. 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. [...] Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference».¹¹⁴

Klarhetskravet kan dermed tilpasses særlige behov som oppstår i relasjon til hemmelig overvåkning. Likevel anses hemmelig overvåkning som et betydelig inngrep i privatlivet, hvilket stiller krav om en så presis hjemmel som mulig. EMD har uttalt at det for hemmelig overvåkning er «essential to have clear, detailed rules» for å kunne rettferdiggjøre vesentlige inngrep i privatlivet som i liten grad kan kontrolleres og motsettes av den som utsettes for det eller av samfunnet ellers.¹¹⁵

I norsk sammenheng har klarhetskravet ledet til omfattende, komplekse og svært detaljerte bestemmelser om bruk av skjulte tvangsmidler. Dette gjør reglene mindre fleksible og tilpasningsdyktige i en verden som er i kontinuerlig teknologisk utvikling. Likevel er klarhetskravet sentralt for å ivareta borgernes rettssikkerhet og forutberegnelighet. Absolutt klarhet, presisjon og entydige vilkår er imidlertid utfordrende og heller ikke et krav etter EMK. Det er likevel viktig at loven uttrykkelig indikerer hvor stort spillerom myndighetene har ved den konkrete skjønnsutøvelsen.¹¹⁶

¹¹⁴ *Malone mot Storbritannia* avsnitt 67-68.

¹¹⁵ *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 229.

¹¹⁶ *Malone mot Storbritannia* avsnitt 67-68.

Hvor strengt hjemmelskravet må praktiseres beror på en vurdering av overvåkningsmetodens inngripen i privatlivet i hvert enkelt tilfelle. EMD har eksempelvis ansett telefon- og romavlytting som mer alvorlig enn andre overvåkningsformer. Dette medfører strengere krav til klarhet samtidig som prinsippene for hjemmelskravet ved avlyttingssaker også skal kunne anvendes for andre hemmelige overvåkningsmetoder. Det avgjørende er graden av inngripen i privatlivet og ikke den tekniske definisjonen.¹¹⁷ Jo større inngrep, jo klarere hjemmel må foreligge.

Hjemmelskravet skal sikre at tvangsmiddelbestemmelsene er tilgjengelige, tilstrekkelig klare og presist formulerte. Straffeprosesslovens tvangsmiddelbestemmelser er komplekse, hvor enkelte deler er mer presist formulert enn andre. Det kan være uunngåelig, og dermed akseptabelt, med en viss vaghet. Dette gjelder særlig for materielle vilkår for skjulte tvangsmidler, som eksempelvis mistankekravet.¹¹⁸ Det stilles gjennomgående krav om *skjellig grunn til mistanke* om utvalgte straffbare handlinger for politiets skjulte tvangsmiddelbruk. Formuleringen er isolert sett vag. I tillegg henviser tvangsmiddelbestemmelsene til andre materielle straffebestemmelser, som medfører en ytterligere kompleksitet.¹¹⁹ Det er imidlertid enklere med presisjon tilknyttet personell og prosessuell inngrepskompetanse, herunder hvem som kan beslutte vedtaket og hvordan. Det stilles derfor et strengere klarhetskrav til disse delene av bestemmelsene.¹²⁰

5.2 Legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113

I motsetning til EMK art. 8 inneholder ikke ordlyden i Grl. § 102 en generell inngrepsadgang. Dersom en streng tolkning av Grl. § 102 legges til grunn vil det ikke være behov for å vurdere om det foreligger hjemmel for inngrepet. En innskrenkende tolkning av Grl. § 102 i tråd med Høyesterettspraksis, Grl. § 92 og EMK art. 8, taler for å innfortolke en inngrepsadgang med de begrensninger som følger av lov-, formåls- og proporsjonalitetskrav, jf. kapittel 2.1. Hvor politiets etterforskningsmetoder utgjør et inngrep i retten til privatliv, må inngrepet oppfylle EMDs materielle hjemmelskrav om tilgjengelighet, presisjon og klarhet, jf. kapittel 5.1. Avslutningsvis i Grunnlovens menneskerettighetskatalog er legalitetsprinsippet forankret. Grl.

¹¹⁷ *R.E. mot Storbritannia* [J] 2015, no. 62498/11 avsnitt 127-130.

¹¹⁸ Aall (2018) s. 139.

¹¹⁹ Se eksempelvis straffeprosessloven § 216 a.

¹²⁰ Aall (2018) s. 139.

§ 113 er lex superior sammenlignet med EMK og det er derfor nødvendig å foreta en nærmere vurdering av kravene som kan utledes av legalitetsprinsippet. Grl. § 113 regulerer at:

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Legalitetsprinsippet innebærer at myndighetene må ha grunnlag i lov for å kunne gjøre inngrep i en persons rettssfære. Ordlyden «inngrep» kan tilsi både en fysisk forandring, situasjonsendring eller utvikling. Både faktiske handlinger og vedtak omfattes.¹²¹ Ordlyden «grunnlag i lov» skal fortolkes strengt. Det er kun formell lov eller forskrift gitt med hjemmel i lov som aksepteres som rettsgrunnlag. Dette for å ivareta hensyn til maktfordeling og demokrati ved myndighetsinngrep overfor enkeltindivider. Legalitetsprinsippet utgjør et skjerpet formelt lovskrav sammenlignet med EMK art. 8.2 sitt materielle hjemmelskrav som primært ivaretar hensynet til forutberegnelighet og derfor også anerkjenner andre rettsgrunnlag.¹²²

Kravet om formell lov suppleres av krav til hvordan lovene skal tolkes og forstås. En alminnelig forståelse av lovbestemmers ordlyd er det grunnleggende utgangspunktet i norsk rett og særlig på legalitetsprinsippets område. Høyesterett har lagt til grunn at ordlyden skal stå sentralt ved lovtolkningen, men at «tolkningstvil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne».¹²³ Dermed oppstilles en høy terskel for fravikelse av klar ordlyd på grunnlag eksempelvis forarbeidsuttalelser, formålsbetraktninger eller andre relevante rettskildefaktorer.¹²⁴ Mulighetsrommet for utvidende tolkning og analogisk anvendelse av et hjemmelsgrunnlag begrenses.¹²⁵

Som utgangspunkt må «kravet til lovhjemmel [...] nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».¹²⁶ Hjemmelskontrollen varierer ut fra hvor vesentlig inngrepet er. Dette betyr at det er relevant å differensiere mellom de ulike skjulte tvangsmidlene. I tilfeller hvor et inngrep

¹²¹ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27.

¹²² Aall (2018) s. 115.

¹²³ Rt. 2014 s. 1281 avsnitt 48.

¹²⁴ Kierlulf, Norsk lovkommentar: Grunnloven, Note 256D.

¹²⁵ Aall (2018) s. 145.

¹²⁶ Rt. 1995 s. 530 på s. 537.

utføres ved hjelp av ny teknologi som er sammenlignbar med eksisterende tvangsmidler, som kommunikasjonskontroll, taler dette for at nye metoder bør følge et strengt lovskrav.

Politiets skjulte tvangsmiddelbruk har vært sentralt for utviklingen av lovskravet på straffeprosessens område. I en dom fra år 2000 understreket Høyesterett politiets handlefrihet. Politiet hadde mottatt opplysninger ved å besvare henvendelser som siktede fikk på sin beslaglagte mobiltelefon. Det ble understreket at politiet må ha en viss adgang til å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder når tradisjonelle metoder ikke strekker til. Politiet kunne ikke ha plikt til å skru av telefonen og måtte ha adgang til å besvare anrop og lese eller lytte til innkomne meldinger. Handlingene krevde ikke lovhjemmel.¹²⁷ Med dagens smarttelefoner med enorme mengder private data og informasjon, kan det ikke tas for gitt at Høyesterett hadde konkludert tilsvarende.

I 2009 konkluderte Høyesterett med at IMSI-catcher ikke kunne anvendes til å identifisere personen, kun kommunikasjonsanlegget. Et slikt inngrep krevde hjemmel i lov for å være i tråd med legalitetsprinsippet og hjemmelskravet etter EMK art. 8. Dette til tross for at metoden lignet på andre lovregulerte metoder. Kravet til klar lovhjemmel måtte praktiseres særlig strengt på området for kommunikasjonskontroll.¹²⁸ Den formen for bruk av IMSI-catcher som politiet ønsket å anvende, samsvarte ikke med fremgangsmåten politiet kunne benytte etter loven. Først i 2016 ble det vedtatt en lovendring som tillot slik bruk.¹²⁹ Eksempelen illustrerer at det eksisterte relevante teknologiske muligheter i over syv år som politiet ikke kunne benytte i lys av legalitetsprinsippet.

I en sak om kommunikasjonskontroll fra 2014 foretok Høyesterett en grundig redegjørelse av lovskravet ved behandling av overskuddsinformasjon etter bruk av skjulte tvangsmidler. Flertallet uttalte at det ikke var tilstrekkelig at «loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også *kvalitative krav*: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater».¹³⁰ Dette er i tråd med hjemmelskravet etter EMK art. 8. Det er imidlertid usikkert hvorvidt uttalelsen knyttet seg til legalitetsprinsippet eller det menneskerettslige hjemmelskravet. I nyere Høyesterettspraksis har

¹²⁷ Rt. 2000 s. 1345 på s. 1348-1349.

¹²⁸ Rt. 2009 s. 394 avsnitt 6-7.

¹²⁹ Se straffeprosessloven § 216 b andre ledd.

¹³⁰ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30.

tilsvarende klarhetskrav blitt tilknyttet vurderingen av Grl. § 113, slik at kravene til tilgjengelighet og presisjon også må gjelde etter legalitetsprinsippet.¹³¹

Høyesterett konkluderte i 2016 med at politiet ikke har hjemmel til å tvinge en person som er inne til avhør til å åpne telefonen ved bruk av fingeravtrykkgjennkjennelse. Det forelå ingen hjemmel i straffeprosessloven som tilsvarte fremgangsmåten. Strpl. § 157 om «kroppslig undersøkelse» kunne ikke anvendes.¹³² I 2022 er allerede fingeravtrykkgjennkjennelse utdatert teknologi og ansiktsgjennkjennings-teknologien har i stor grad overtatt.¹³³

De skjulte tvangsmidlene i straffeprosessloven er av en slik karakter at politiets alminnelige handlefrihet ikke gir tilstrekkelig hjemmel for inngrepet. Dersom det er aktuelt å ta i bruk metoder som bygger på ny teknologi, må det vurderes om legalitetsprinsippet aktualiseres. Det vil være en kontinuerlig spenning mellom den hurtige teknologiutviklingen og legalitetsprinsippet. I de tilfeller hvor teknologianvendelsen representerer et inngrep i privatlivet, må bruken være tilstrekkelig og presist nok hjemlet i lov. Dette medfører at regelverket til en viss grad alltid vil bli hengende etter utviklingen. Regelendringer som iverksettes for å omfatte teknologiske endringer har resultert i et komplisert og tungvint regelverk preget av å være uoversiktlig, fragmentarisk og lite tilpasningsdyktig til ny teknologi.

Konflikten mellom tilgjengelig ny teknologi og krav til lovregulering innebærer imidlertid ikke at all teknologiutvikling må medføre lovendringer og heller ikke at alle fremgangsmåter bør tillates som etterforskningsmetoder. For at politiet imidlertid skal kunne arbeide effektivt i lys av utviklingen, foreligger det et reelt behov for et mer nøytralt og fleksibelt regelverk som til en viss grad kan omfatte den teknologiske utviklingen. På en annen side utvikles stadig mer avanserte løsninger og metoder som gir nye etterforskningsmuligheter for politiet. Gode grunner kan tale for en lovgivergjennomgang når slike nye metoder ønskes tatt i bruk av politiet. Et eksempel er KI som åpner opp for hittil ukjente muligheter for innhenting og analysering av store mengder data og informasjon.

Dersom tvangsmiddelbestemmelsene i straffeprosessloven kunne blitt tolket utvidende eller analogisk, ville det kunne medført at nye metoder i større grad ble omfattet. Alternativt kunne lovene blitt utformet teknologinøytralt og mer fleksibelt. En tredje alternativ løsning på konflikten mellom legalitetsprinsippet og teknologiutviklingen på tvangsmiddelområdet hadde

¹³¹ HR-2018-1907-A avsnitt 51.

¹³² HR-2016-1833-A avsnitt 14 og 22-24.

¹³³ Politiet fikk i 2017 hjemmel til biometrisk autentisering ved ransaking av datasystem i strpl. § 199 a.

vært å tolke legalitetsprinsippet mildere. Høyesterett har imidlertid beveget seg mot et strengere lovskrav på straffeprosessens område.¹³⁴ Sistnevnte sikrer hensynet til forutberegnelighet gjennom et klart lovverk.

I tråd med Grl. § 92, jf. mrl. §§ 3 jf. 2 må det nasjonale legalitetsprinsippet i denne sammenheng tolkes og forstås i lys av EMK. Dette som følge av at inngrep ved skjult tvangsmiddelbruk i stor grad også innebærer et inngrep i EMK art. 8. Konvensjonens materielle hjemmelskrav blir derfor sentralt for forståelsen av lovskravet også etter Grl. § 113. Sistnevnte innebærer at EMD-praksis blir relevant ved tolkningen av lovskravet ved politiets inngrep i privatlivet. Teknologien blir i økende grad avansert og sofistikert. Lovreglene må evne å gjenspeile dette for å kunne gi en tilstrekkelig klar indikasjon på når og på hvilke vilkår politiet kan anvende nye skjulte tvangsmidler i etterforskningsøyemed. Inngrep må både oppfylle det formelle lovskravet i tråd med legalitetsprinsippet samt kvalitative hjemmelskrav i tråd med EMK.

¹³⁴ Se eksempelvis HR-2016-1833-A og Rt. 2014 s. 1105.

6 Formåls- og proporsjonalitetskrav

6.1 EMK art. 8.2

For at politi- og påtalemyndigheten rettmessig skal kunne gripe inn i borgernes privatliv, er det ikke tilstrekkelig at hjemmelskravet er oppfylt. Inngrepet må også være formålmessig og proporsjonalt.¹³⁵ Høyesterett har lagt til grunn en aktiv kontroll av formåls- og forholdsmessighet også for inngrep i de grunnlovsvernedede menneskerettighetene. I en dom omhandlende kommunikasjonskontroll ble det lagt til grunn at «hvorvidt en lov som griper inn i privat- og familielivet, hjemmet, kommunikasjonen eller den personlige integritet, er forenlig med [Grl.] § 102, [...] beror på om loven ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig».¹³⁶ Til tross for at utformingen av Grl. § 102 ikke innehar en generell inngrepsadgang, har Høyesterett lagt seg på linje med EMK angående når myndighetsinngrep i privatlivet kan aksepteres. Høyesterett har tolket grunnlovens privatlivsvern innskrenkende og tillatt en tilsvarende vid inngrepsadgang i norsk rett for å ivareta hensynet til eksempelvis kriminalitetsbekjempelse. Vurderingen tar derfor utgangspunkt i EMKs formåls- og proporsjonalitetskrav.¹³⁷

6.1.1 Formålsskrav – «legitimate aims»

For å kunne gjøre inngrep i privatlivet kreves blant annet et lovlig formål.¹³⁸ For norsk politi er den viktigste hensikten med skjult tvangsmiddelbruk kriminalitetsbekjempelse, herunder avdekke og oppklare straffbare forhold for å kunne oppstille straffeansvar.¹³⁹ Formålene i EMK art. 8.2 er bredt formulert. Inngrep kan begrunnes i «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». Inngrep kan kun

¹³⁵ EMK art. 8.2.

¹³⁶ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28-29.

¹³⁷ HR-2022-1317-A avsnitt 28.

¹³⁸ EMD benytter uttrykket «legitimate aims», jf. *Z. mot Finland* avsnitt 94.

¹³⁹ NOU 2009: 15 s. 54-55.

forsvares i lys av de eksplisitte formål som nevnt i rettighetsbestemmelsene.¹⁴⁰ Selv om formålslisten er uttømmende, dekker de opplistede formålene i realiteten de fleste tilfeller der konvensjonsstatenes myndigheter har behov for å foreta inngrep i borgernes privatliv.

Det er særlig formålet «prevention of disorder or crime» som aktualiseres ved politiets inngrep. EMD har akseptert at beskyttelse av nasjonal sikkerhet og forebygging av uorden og kriminalitet kan begrunne hemmelig overvåkning og være nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁴¹ Hensynet til kriminalitetsbekjempelse vil som regel alltid legitimere et inngrep i privatlivsvernet, slik at politiets tvangsmiddelbruk hviler på et lovlig formål. Ettersom formålene er vidt definert, blir i realiteten problemstillingen sjelden satt på spissen. Forholdsmessighetsvurderingen blir desto viktigere.

6.1.2 Proporsjonalitetskrav – «necessary in a democratic society»

Selv om skjult tvangsmiddelbruk legitimt kan begrunnes med kriminalitetsbekjempelse, må inngrepet også være «necessary in a democratic society».¹⁴² Høyesterett har i lys av relevant EMD-praksis tolket proporsjonalitetskravet dithen at inngrepet må være egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand.¹⁴³ Læren om statenes skjønnsmargin er relevant for tolkningen av EMK art. 8 i flere sammenhenger. I tråd med EMD-praksis vurderes skjønnsmarginen ofte i relasjon til proporsjonalitetskravet, herunder nødvendighetskravet.¹⁴⁴ Det er derfor naturlig å behandle dette i 6.1.2.4. Av tilsvarende årsak blir krav om rettssikkerhetsgarantier i forbindelse med hemmelig overvåkning behandlet i 6.1.2.5.

6.1.2.1 Egnethetskrav

Innledningsvis må det avklares om det konkrete skjulte tvangsmiddelet er egnet til å oppnå formålet om kriminalitetsbekjempelse. De anførte begrunnelsene for inngrep må være «relevant and sufficient» tatt i betraktning sakens omstendigheter.¹⁴⁵ Skjulte tvangsmidler og hemmelig overvåkning kan utvilsomt bidra til å oppklare kriminalitet. Vurderingen må imidlertid ta utgangspunkt i det konkrete tvangsmiddelet som ønskes benyttet. Eksempelvis er det rimelig å

¹⁴⁰ EMK art. 18.

¹⁴¹ *Klass m.fl. mot Tyskland* avsnitt 48.

¹⁴² EMK art. 8.2.

¹⁴³ HR-2022-1317-A avsnitt 29.

¹⁴⁴ *Olsson mot Sverige* [P] 1988, no. 10465/83 avsnitt 67.

¹⁴⁵ *Z. mot Finland* avsnitt 94.

anta at kommunikasjonsavlytting er en relevant og tilstrekkelig metode for å avdekke alvorlig kriminalitet som narkotikaforbrytelser.

Utvikling av ny teknologi skaper både muligheter og utfordringer. Dersom en nyutviklet teknologi på den ene siden er egnet til å hjelpe politiet til å oppnå formålet, men politiet på den annen side ikke har tilstrekkelig kompetanse, kapasitet eller utstyr til å anvende teknologien, kan den ikke anses som egnet. Kravet må vurderes av domstolen før et konkret skjult tvangsmiddel iverksettes. Egnethetskravet er tilsvarende relevant for lovgiver i vurderingen av om ny teknologi skal tillates som tvangsmiddel og dermed lovreguleres.

6.1.2.2 Nødvendighetskrav

Nødvendighetsvurderingen innebærer at det må foreligge tvingende samfunnsbehov for å kunne ta i bruk skjulte tvangsmidler. EMD har tolket nødvendighetskravet dithen at det må foreligge «pressing social need». Det er ikke tilstrekkelig at inngrepet er rimelig, nyttig eller ønskelig.¹⁴⁶ Det stilles imidlertid ikke krav om at inngrepet må være uunnværlig, absolutt nødvendig eller strengt nødvendig. Terskelen ligger et sted mellom de nevnte ytterpunkter.¹⁴⁷ Om det foreligger tvingende samfunnsbehov for inngrep beror på en konkret vurdering. Det kan eksempelvis foreligge tungtveiende behov for å bekjempe en terrortrussel, narkotikakriminalitet eller overgrep mot barn.

6.1.2.3 Forholdsmessighetskrav

Det konkrete inngrepet må være forholdsmessig. EMD har uttalt at «the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued».¹⁴⁸ Det må foreligge et proporsjonalt forhold mellom hvor inngripende det skjulte tvangsmiddelet som ønskes benyttet er og hva som søkes oppnådd ved bruken. Overordnet vil det være en vurdering av hvor vesentlig samfunnets behov er i en konkret sak holdt opp mot individets behov for vern av privatlivet.¹⁴⁹ Fordelene for politiet må avveies mot ulempene den mistenkte utsettes for. I vurderingen må tvangsmiddelet

¹⁴⁶ *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 51.

¹⁴⁷ *Handyside mot Storbritannia* [P] 1976, no. 5493/72 avsnitt 48-49.

¹⁴⁸ *Olsson mot Sverige* avsnitt 67.

¹⁴⁹ Aall (2018) s. 151.

sammenlignes med andre mulige fremgangsmåter. Dersom formålet kan oppnås på en mindre inngripende måte skal dette velges.

Sentralt i forholdsmessighetsvurderingen er inngrepsstyrke og risiko for myndighetsmisbruk. Det må derfor differensieres mellom de ulike skjulte tvangsmidlene. Avlytting i sanntid er ansett som mer alvorlig enn eksempelvis hemmelig ransaking av et hjem. Det er dermed en høyere terskel for å ta i bruk avlytting.¹⁵⁰ Ved romavlytting foreligger det en reell risiko for å avlytte også andre enn mistenkte, hvilket øker alvorlighetsgraden av inngrepet. Relatert til forholdsmessighetsvurderingen betyr dette at kravene er større for å kunne akseptere metodebruken. I vurderingen kan tiltakets art og karakter påvirke kravene til nødvendighet og forholdsmessighet.¹⁵¹

Høyesterett har lagt til grunn en tilsvarende forståelse av proporsjonalitetskravet for inngrep i Grl. § 102. Den «alminnelige forholdsmessighetsbegrensningen [...] gjelder også for lovhjemlede og saklig begrunnede inngrep i rettighetene og frihetene fastsatt i Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».¹⁵² Forholdsmessighetsvurderingen skal avveie «balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre».¹⁵³ Høyesterett har dermed innfortolket EMKs krav til forholdsmessighet i Grl. § 102.

6.1.2.4 Statenes skjønnsmargin

Statenes skjønnsmargin kalles «margin of appreciation» og omhandler hvor inngående EMD prøver konvensjonsmessigheten av inngrep.¹⁵⁴ Som følge av at det i utgangspunktet er statenes ansvar å sikre menneskerettighetene etter EMK og statene er nærmest til å vurdere forhold i eget land, har det blitt gitt et skjønnsmessig spillerom.¹⁵⁵ Norsk politi og påtalemyndighet anses mer kompetent til å vurdere om og eventuelt hvilke skjulte tvangsmidler som kreves iverksatt i en konkret situasjon.

EMD skal derfor til en viss grad akseptere statenes situasjonsvurderinger og hvilke tiltak som iverksettes som følge av dette. Skjønnsmarginen kan imidlertid ikke være ubegrenset ettersom

¹⁵⁰ *R.E. mot Storbritannia* avsnitt 127-130; Aall (2018) s. 249.

¹⁵¹ Aall (2018) s. 254.

¹⁵² Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

¹⁵³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

¹⁵⁴ *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 51-52.

¹⁵⁵ EMK art. 1.

dette vil medføre risiko for at konvensjonsvernet uthules. Skjønnsmarginens omfang varierer med utgangspunkt i hvilken rettighet det gjøres inngrep i, hvor viktig rettighetsvernet er for den konkrete borgeren, hvor omfattende inngrepet er og hvor anerkjennelsesverdig formålet som søkes ivaretatt er. I tilfeller hvor situasjonen tilsier at nærhet til begivenheten og situasjonen kreves fordi det er utfordrende avveininger som må foretas, øker skjønnsmarginen.¹⁵⁶

Statenes skjønnsmargin aktualiseres på en rekke områder innen konvensjonen, blant annet i forbindelse med overprøvingen av formålmessigheten og proporsjonaliteten av inngrep i konvensjonsrettighetene. EMD har lagt særlig vekt på statenes behov for skjønnsmargin i nødvendighetsvurderingen, herunder om det foreligger et pressende sosialt behov for inngrepet. Dette er i utgangspunktet opp til konvensjonsstatene selv å vurdere.¹⁵⁷ EMD har uttrykt denne vurderingen slik: «a margin of appreciation should be left to the competent national authorities in striking a fair balance [...]. The scope of this margin will depend on such factors as the nature and seriousness of the interests at stake and the gravity of the interference».¹⁵⁸ Nevnte momenter vil ha betydning for EMD sin beslutning om eventuell overprøving av domstolens nødvendighetsvurdering for bruk av et skjult tvangsmiddel. I formålsvurderingen varierer skjønnsmarginen ut fra formåletts viktighet. Dersom inngrepet gjennomføres for å ivareta nasjonal sikkerhet og/eller sikre vitale statlige interesser tilkjennes statene en betydelig skjønnsmargin.¹⁵⁹

6.1.2.5 Rettssikkerhetsgarantier

I EMD-praksis legges det i proporsjonalitetsvurderingen av hemmelige overvåkningsinngrep ofte avgjørende vekt på hvorvidt staten har innført nasjonale kontrollmekanismer og rutiner for gjennomføring av inngrepet. Dersom statene har tilfredsstillende formalia og kontrollordninger som regulerer inngrepsadgangen, overprøver EMD i lys av statenes skjønnsmargin sjeldnere nødvendighetsvurderingen.

Rettssikkerhetsgarantier er viktig fordi tvangsmiddelet gjennomføres i hemmelighet og uten mistenktes kunnskap. Kravet omtales i *Klass m.fl.* som «adequate and effective guarantees against abuse». Kravet er relativt og betinget av blant annet inngrepsstyrken, behovet for

¹⁵⁶ Bruce og Haugland (2018) s. 46; Aall (2018) s. 156-157.

¹⁵⁷ *Dudgeon mot Storbritannia* avsnitt 51-52.

¹⁵⁸ *Z. mot Finland* avsnitt 99.

¹⁵⁹ Aall (2018) s. 157.

inngrepet, hvem som kan godkjenne, iverksette og følge opp overvåkningen, tidsrommet for overvåkningen og sakens omstendigheter.¹⁶⁰ Høyesterett har understreket behovet for betryggende kontroll tilknyttet bruk av skjulte tvangsmidler og har henvist til Grl. § 102 og EMK art. 8 med tilhørende EMD-praksis.¹⁶¹ Herunder må nasjonale garantier mot misbruk være ivaretatt for at den skjulte tvangsmiddelbruken skal kunne anses som nødvendig å benytte i et demokratisk samfunn.

I *Roman Zakharov* oppsummerer EMD hvilke vilkår og krav til kontroll statene må ivareta i forbindelse med hemmelig avlytting. Saken omhandlet russisk lovgivning som tillot avlytting av enhver som kunne ha informasjon om et begått straffbart forhold. Loven ble ansett som for generell. I tillegg ble det vurdert å være manglende kontroll med avlyttingene. Saken innebar derfor brudd på EMK art. 8. I forbindelse med minimumsgarantier for kontroll uttalte EMD følgende:

«In its case-law on secret measures of surveillance, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in law in order to avoid abuses of power: the nature of offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped; a limit on the duration of telephone tapping; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or destroyed [...]»¹⁶²

I lys av uttalelsen må lovreguleringen angi hvilke forbrytelser som kvalifiserer for bruk av tvangsmiddelet, definisjon av hvilke grupper som kan risikere avlytting, tidsrammen for avlytting, prosedyrer for hvordan innhentet informasjon skal behandles, forsiktighetsregler for informasjonsdeling samt retningslinjer for sletting. Lovgivningen tilknyttet skjulte tvangsmidler må derfor eksplisitt regulere mekanismer for både forhåndskontroll, underveiskontroll og etterkontroll. Ettersom etterforskningen pågår i det skjulte, er disse mekanismene desto viktigere for å ivareta mistenktes rettssikkerhet. I tilknytning til forhåndskontroll er det sentralt hvilket myndighetsorgan som avgjør bruk. Prosessen anses mer

¹⁶⁰ *Klass m.fl. mot Tyskland* avsnitt 50.

¹⁶¹ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30.

¹⁶² *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 231.

betryggende når en domstol avgjør om overvåkning skal iverksettes enn når politiet eller påtalemyndigheten selv avgjør.

Avhandlingens gjennomgang av materielle og prosessuelle krav til skjulte tvangsmidler viser at Norge har strenge krav og gode kontrollmekanismer, jf. kapittel 3. I en klagesak mot Norge om telefonavlytting fant EMD at norske regler og kontrollordninger var tilfredsstillende og sikret effektive garantier mot maktmisbruk. Det ble uttalt at «any individual measure of surveillance has to comply with the strict conditions and procedures laid down in the said legislation».¹⁶³ I den forbindelse vektla EMD tryggheten som gitt ved domstolsavgjørelser om bruk av avlytting og eksistensen av et kontrollutvalg som fører tilsyn.

6.2 Forholdsmessighetsprinsippet i strpl. § 170 a

Straffeprosessloven § 170 a lovfester et generelt forholdsmessighetsprinsipp for bruk av tvangsmidler. Det konkrete inngrepet må verken være uhensiktsmessig eller uforholdsmessig. Vurderingen får betydning for om et tvangsmiddel skal iverksettes og eventuelt tidsrommet det kan benyttes.¹⁶⁴ Bestemmelsen ivaretar EMK art. 8.2 sitt krav om proporsjonalitetsvurdering på saksnivå og ikke lovgivningsnivå.

Prinsippet er en minimumsregel og for enkelte særlig inngripende skjulte tvangsmidler er det lovfestet et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp. Eksempelvis må inngrepet ved hemmelig ransaking også være «av vesentlig betydning» for å kunne oppklare saken samt at oppklaring ellers «i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort».¹⁶⁵ Vurdering av forholdsmessighetsprinsippet skal vektlegges i rettens avgjørelse av hvorvidt politiet kan iverksette bruk av skjulte tvangsmidler. Vurderingen aktualiseres først etter at retten har avgjort at andre materielle og prosessuelle vilkår i den konkrete tvangsmiddelbestemmelsen er oppfylt.¹⁶⁶

6.2.1 Hensiktsmessighetskrav

Et skjult tvangsmiddel skal kun benyttes «når det er tilstrekkelig grunn til det».¹⁶⁷ Ordlyden tilsier en hensiktsmessighetsbegrensning som innebærer at det må være et visst samsvar mellom

¹⁶³ *P.L. mot Norge* [C] 1990, no. 13564/88 under punktet «THE LAW».

¹⁶⁴ Ot.prp nr. 64 (1998-1999) s. 146.

¹⁶⁵ Straffeprosessloven § 200 a annet ledd.

¹⁶⁶ HR-2018-1389-U avsnitt 15.

¹⁶⁷ Straffeprosessloven § 170 a.

tvangsmiddelet som tas i bruk og målet som søkes oppnådd. Eksempelvis har Høyesterett lagt til grunn i en sak om beslag av datautstyr at det må «foretas en interesseavveining der det på den ene side må sees hen til kostnader ved speilkopiering og en eventuell mulighet for at bevis kan gå tapt ved tilbakelevering også etter speilkopiering. På den annen side er det spørsmål om hvor sterkt siktedes behov for det beslaglagte er».¹⁶⁸ Momenter i saken omfattet konkret vurdering av kostnader, fare for bevisforspillelse, siktedes reelle behov og eventuelle andre måter å dekke behovet på.

Ordlyden «tilstrekkelig grunn til det» forstås som et nødvendighetskrav. Følgelig må den konkrete situasjonen tilsi at det konkrete tvangsmiddelet er nødvendig. Politiet skal i tråd med minsteinngrepsprinsippet ta i bruk det minst inngripende tvangsmiddelet. Nødvendighetskravet innebærer at det skjulte tvangsmiddelet må være egnet for formålet.¹⁶⁹

6.2.2 Forholdsmessighetskrav

Et skjult tvangsmiddel kan ikke benyttes når det etter «sakens art og forholdene ellers» vil være et «uforholdsmessig inngrep».¹⁷⁰ Strpl. § 170 a gir anvisning om en forholdsmessighetsvurdering. Dette innebærer at det må foreligge et proporsjonalt forhold mellom tiltakets inngripende karakter overfor den mistenkte og hvor nødvendig og egnet tiltaket er for å oppnå målet. Ordlyden «sakens art og forholdene ellers» tilsier en bred vurdering hvor fordeler og ulemper avveies mot hverandre. I en sak om varetektsfengsling uttalte Høyesterett at forholdsmessighetsvurderingen er en «totalvurdering hvor retten blant annet [...] [tar] hensyn til siktelsens alvor, hvor godt begrunnet mistanken er, hvor stor belastning varetektsfengslingen er for siktede, og hvor lang tid som må antas å gå til hovedforhandling kan holdes».¹⁷¹ Forholdsmessighetsvurderingen forutsetter en bevissthet rundt formålet med inngrepet. Dette er en parallell til EMK art. 8.2 sin forutsetning om en formålsoverveidende forholdsmessighetsvurdering.¹⁷²

Praksis illustrerer at Høyesterett primært behandler vilkårene som utledes av EMK art. 8.2 i sin vurdering av forholdsmessighet av skjulte tvangsmidler.¹⁷³ Dette innebærer ikke at strpl. § 170

¹⁶⁸ Rt. 2012 s. 1645 avsnitt 19.

¹⁶⁹ NOU 2016: 24 s. 312-313.

¹⁷⁰ Straffeprosessloven § 170 a.

¹⁷¹ Rt. 2000 s. 1713 på s. 1716.

¹⁷² Riksadvokatens rundskriv 21/955 (2021) s. 4.

¹⁷³ Se bl.a. Rt. 2015 s. 93 og HR-2022-1317-A.

a har begrenset betydning i praksis. I tråd med forarbeidene «må [det] gå frem av begrunnelsen at retten har vurdert om bruk av tvangsmidlet vil innebære et uforholdsmessig inngrep».¹⁷⁴ I situasjoner der retten godkjenner tvangsmiddelbruk skal forholdsmessigheten av tiltaket alltid være vurdert.

¹⁷⁴ Ot.prp nr. 64 (1998-1999) s. 146.

7 Skjulte tvangsmidler – nye muligheter for bekjempelse av moderne kriminalitet

7.1 Mer avansert og hurtigere teknologiutvikling

Den teknologiske utviklingen representerer muligheter og trusler i kriminalitetssammenheng. Det er samfunnskritisk at politiet er i stand til å utføre samfunnsoppdraget sitt. Politiet skal fremme borgernes «rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd».¹⁷⁵ Sentrale verdier for det norske politi er objektivitet, hensynsfullhet, respekt for enkeltindivider og respekt for menneskerettighetene.¹⁷⁶ Det er derfor avgjørende at både politiet, domstolen og lovgiver foretar fortløpende og tilstrekkelige vurderinger av nye inngripende teknologibaserte etterforskningsmetoder, slik at disse ikke bryter med EMK art. 8 og Grl. § 102.

Avhandlingens gjennomgang av EMK samt nasjonal regulering og praksis viser at vernet mot myndighetsinngrep i privatlivet står sterkt. Likevel har politiet mulighet til å gå forholdsvis langt i sin inngripen, så lenge dette utføres i tråd med krav til lovregulering, formåls- og forholdsmessighet samt gjennomføres i tråd med pålagte rettssikkerhetsgarantier for å unngå maktmisbruk. Dersom nye metoder vurderes til å utgjøre et inngrep i privatlivet, kreves lovregulering. Av denne grunn er det uunngåelig at politiet vil møte utfordringer med tanke på den teknologiske utviklingen. Lovgiver må på sin side være aktiv og sikre at metodene fremkommer tilstrekkelig klart av lovtekstene.

En annet spørsmål er hvorvidt det er ønskelig å gi politiet mer makt og flere teknologibaserte muligheter. Hvor langt det er hensiktsmessig at politiet kan gå for å oppnå formålet om kriminalitetsbekjempelse må balanseres mot hensynet til privatliv og rettssikkerhet. Det er imidlertid ikke gitt at nyutviklede teknologibaserte metoder er mer inngripende enn allerede lovregulerte metoder. Eksempelvis er kommunikasjonskontroll og romavlytting svært inngripende i lys av privatlivsvernet. Borgerne skal kunne ha en forventning om å fortrolig kunne kommunisere med andre innenfor husets fire vegger eller ved bruk av egen mobiltelefon.

¹⁷⁵ Politiloven § 1.

¹⁷⁶ Sunde og Sunde (2019) s. 17-18.

Ny teknologi som kan lette for eksempel politiets digitale overvåkning, er ikke nødvendigvis mer inngripende enn allerede eksisterende metoder.

Det er en betydelig risiko for at det akselererende tempoet i teknologiutviklingen kan medføre at eksisterende teknologikompetanse og gjeldende regelverk blir hengende etter. Diskusjonen i forrige avsnitt tilsier at lovgiver bør være proaktiv og rask til å evaluere nye inngripende etterforskningsmetoder og eventuelt eksplisitt lovregulere disse. Alternativt tilpasse regelverket til å bli mer teknologinøytralt. På denne måten tilrettelegges det for at politiet kan holde tritt med teknologiutviklingen. Avveiningen mellom hensynet til privatliv og hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse, tilsier at kontinuerlig lovregulering av metodene er en svært viktig formell prosess for å ivareta kravene etter EMK og det nasjonale legalitetsprinsippet. I de tilfeller hvor tvangsmiddelbestemmelsene i større grad kan utformes teknologinøytralt, vil det kunne effektivisere godkjenningprosesser og spare lovgiver for merarbeid.

I mangel av lovregulering kan politiet i noen tilfeller støtte seg til nødrettshjemmelen i straffeloven § 17.¹⁷⁷ Hjemmelen er snever, men kan også benyttes for uregulerte inngripende etterforskningsmetoder dersom bestemmelsens vilkår er oppfylt.¹⁷⁸ Terskelen er høy og det kan ikke anses hensiktsmessig at politiet i utstrakt grad benytter nødrettshjemmelen for bruk av nye skjulte tvangsmidler. Til sammenligning vil en mer kontinuerlig lovregulering og -justering fra lovgiverhold i større grad sikre rettssikkerhet og forutberegnelighet.

7.2 Kunstig intelligens (KI)

KI antas å kunne bidra til betydelig effektivisering i bruken av skjulte tvangsmidler samt i prosessering av informasjon.¹⁷⁹ KI er i kontinuerlig utvikling, kommer i ulike former og kan benyttes til utallige formål. Fellestrekk er at de analyserer omgivelsene og kan til en viss grad handle autonomt og adaptivt. Nye teknologier utnyttes til stadig mer avanserte former for databasert kriminalitet og til avanserte former for kommunikasjon blant kriminelle. Samtidig muliggjør teknologiutvikling nye etterforskningsmetoder for politiet. KI kan utnyttes til totalovervåkning av samfunn og enkeltindivider og kan eksempelvis benyttes autonomt til å lokke frem nettbaserte overgripere. I tilfeller hvor KI-systemer er særlig inngripende kan dette

¹⁷⁷ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 17.

¹⁷⁸ Bruce og Haugland (2018) s. 93-94.

¹⁷⁹ Bruce (2018).

utfordre grunnleggende samfunnsverdier med risiko for at politiets relasjon til borgerne svekkes. For å minimere risikoen for redusert polititillit er det viktig at banebrytende nye systemer testes grundig og at det er tydelige føringer for bruken.¹⁸⁰

7.2.1 Sweetie 2.0

Sweetie 2.0 er et eksempel på en innovasjon som utfordrer eldre tvangsmiddelregelverk. Dataprogrammet er utviklet av en nederlandsk organisasjon som arbeidet mot barnemisbruk og personifiserer en fiktiv mindreårig jente. KI-teknologien benyttes for å avsløre og bekjempe pedofile overgripere på nett. Programmet opererer autonomt og selvstendig, med andre ord uten direkte og kontinuerlig styring fra operatør. Sweetie fører samtaler med menn i ulike chatterom på nett og kan benyttes simultant i mange versjoner. Programmet registrerer, lagrer og analyserer innhold i samtaler og kan ved senere anledninger gjenkjenne samtalepartnere samt produsere statistikk over all innhentet informasjon. I løpet av en 10-ukers testperiode med Sweetie, avslørte teknologien 1.000 overgripere i 71 land.¹⁸¹ Informasjon om de identifiserte overgriperne ble videreformidlet til Europol. Dette ledet til en rekke arrestasjoner og siktelser.¹⁸² Sweetie er et eksempel på teknologiens muligheter innen politiarbeid. Bruk av KI muliggjør at politiet kan iverksette politiroboter til å overvåke internettet.

7.2.2 PrevBOT

PrevBOT er et utviklingsprosjekt for en «crime prevention robot». Den tar utgangspunkt i Sweetie 2.0 og kan på tilsvarende måte observere og samhandle i chatterom på internett.¹⁸³ Formålet er å identifisere mulige overgripere samt internettfora med høy risiko for å omfatte nettovergrep mot barn. Statistikk og annen data som slik teknologi kan produsere, kan være viktig for politiets arbeid både operativt og strategisk. Teknologien er skalerbar slik at politiet i prinsippet kan sende ut et ubegrenset antall «politiagenter» i ulike internettfora simultant. Dette står i motsetning til tradisjonell bruk av fysiske politiagenter, som er en snever, spesialisert og ressurskrevende politimetode.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Paulsen (2022).

¹⁸¹ Bruce (2018).

¹⁸² Sunde og Sunde (2021) punkt 2.4.

¹⁸³ Ibid. punkt 1 og 3.

¹⁸⁴ Bruce (2018).

Dersom politiets bruk av PrevBOT utgjør et myndighetsinngrep, aktualiseres privatlivsvernet. Denne formen for teknologibasert politimetode kan på en måte anses som en nettbasert variant av ordinær patruljering i kraft av den alminnelige handlefrihet, som en politiagent som videreformidler kunnskap tilbake til politiet eller som politiprovokasjon. Men teknologien går lengre ettersom all trafikk og alle samtaler roboten har hatt vil lagres hos politiet. Politiets aktive innsamling, lagring og bruk av informasjon og data om individer utgjør et inngrep i privatlivet.¹⁸⁵ Handlingsrommet for hva politiet kan iverksette i kraft av den alminnelige handlefrihet blir stadig innsnevret, noe som tilsier at en klar lovhjemmel for bruk av PrevBOT vil være viktig og nødvendig, jf. legalitetsprinsippet.

Et sentralt spørsmål er om metoden kan omfattes av allerede eksisterende regelverk. Relevant i denne sammenhengen er samtykkebasert avlytting, herunder at politiet kan ta opp samtaler hvor de selv deltar.¹⁸⁶ Det er imidlertid tvilsomt om PrevBOT kan sies å ha samtykket til politiets avlytting. I forhold til dataavlesing er det likheter, men samtidig forskjeller ved at dataavlesing benyttes overfor personer som ikke samtykker og ikke vet at politiet avlytter, mens teknologien i dette tilfellet selv utgjør en part som kan sies å være klar over hva som foregår.¹⁸⁷ Det kan argumenteres for at teknologien faller inn under samtykkebasert avlytting, dataavlesing eller en kombinasjon av bestemmelsene. Sannsynligvis vil det være mer korrekt å kategorisere PrevBOT som noe helt nytt, som igjen vil kreve oppdatering av regelverket dersom det er aktuelt å bruke systemet som skjult tvangsmiddel.¹⁸⁸

Slik metodebruk er kompleks. I sammenheng med lovbrudd tilknyttet overgrep som PrevBOT identifiserer, er det i straffeбудene forutsatt at gjerningspersonene utsetter barn for skadelige handlinger.¹⁸⁹ Roboten er ikke et ekte barn og kan derfor ikke bli skadet. Derimot kan det være relevant å vurdere om det foreligger forsøk på straffbare handlinger.¹⁹⁰ PrevBOT-eksempelet illustrerer at teknologien bringer med seg en rekke komplekse juridiske spørsmål og dilemmaer som bør utredes og belyses på en grundig måte før slike metoder eventuelt tas i bruk.

Internettrelaterte overgrep mot barn er oppført som en særskilt prioritert sakstype av Riksadvokaten i 2022.¹⁹¹ Regjeringen har utformet en nasjonal strategi for forebygging og

¹⁸⁵ *Z. mot Finland* [J] 1997 avsnitt 95.

¹⁸⁶ Straffeprosessloven § 216 l.

¹⁸⁷ Straffeprosessloven §§ 216 o.

¹⁸⁸ Bruce (2018).

¹⁸⁹ Se straffeloven §§ 291, 292, 299, 300, 302 og 304.

¹⁹⁰ Straffeloven § 16; Bruce (2018).

¹⁹¹ Riksadvokatens rundskriv 22/252 (2022) s. 7.

bekjempelse av slike overgrep.¹⁹² Dersom PrevBOT kan bidra til effektivisering av arbeidet for å avdekke og forhindre alvorlig kriminalitet mot barn, kan metoden bli et svært nyttig og viktig verktøy for politiet. Metoden kan i praksis effektivt utvide den samlede politistyrken og bidrar dermed til en betydelig kapasitetstilvekst. Dersom denne eller tilsvarende KI-teknologi vurderes tatt i bruk, er det essensielt å utrede muligheter og trusler samt styrker og svakheter ved systemet. Det er per nåværende tidspunkt iverksatt testing gjennom det såkalte Nettprat-prosjektet, som er steg nr. 1 i realiseringen av PrevBOT.¹⁹³

7.3 Droneutvikling

Droner benyttes i økende grad i alle politidistrikter i Norge. Politidirektoratet kjøper droner til distriktene, sørger for egen tilpasset dronebil og utdanner dronepiloter. Innen utgangen av 2022 skal politiet ha over 100 utdannede dronepiloter. Politiets øyne flyttes opp i luften og teknologien utvider mulighetsrommet innen mange spekter av politiarbeid.¹⁹⁴ Mobile kameraløsninger har blitt et viktig verktøy for politiet og anvendes til ulike formål. Droner med kamera eller sensorteknologi er nyttig i forbindelse med dokumentasjonsformål, redningsoperasjoner og søk etter gjerningspersoner, men også som hemmelig overvåkningsmetode. Dersom droner eksempelvis benyttes til å filme inn gjennom privatpersoners vindu eller at politiet styrer små droner inn vinduer og plasserer den på lite synlige plasser, kommer hensynet til privatlivet inn med full styrke. Slik overvåkning foregår i sanntid og må anses svært inngripende. Den kan sammenlignes med skjult kameraovervåkning på privat sted og romavlytting. Begge anses å være blant av de mest inngripende skjulte tvangsmidlene. Dette tilsier et klart behov for tilstrekkelig presis hjemmel for at politiet ikke skal operere i strid med legalitetsprinsippet eller EMK art. 8.

Det følger av strpl. § 202 a fjerde ledd at «kameraovervåking» regnes som personovervåking ved hjelp av overvåkningskamera eller annet lignende utstyr «som er fastmontert». Et strengt lovskrav både i nasjonal og EMK-sammenheng innebærer et snevert rom for utvidende og analogisk tolkning. Bestemmelsens ordlyd avgrenser eksplisitt mot mobile kameraer. Lovskravet innebærer at mobile kameradroner ikke kan innfortolkes i bestemmelsen. Politiets manglende hjemmel tilsier at inngripende bruk av droner kan være ulovlig og i strid med EMK

¹⁹² Justis- og beredskapsdepartementet (2021).

¹⁹³ Sunde, Sunde og Bendiksen (2022).

¹⁹⁴ Politidirektoratet (2022).

art. 8. Situasjonen illustrerer nok et eksempel hvor den teknologiske utviklingen har beveget seg bort fra ordlyden i de straffeprosessuelle tvangsmidlene.

Politiet benytter likevel i økende grad droner som redskap under skjult etterforskning. Riksadvokaten har derfor funnet det hensiktsmessig å gi midlertidige retningslinjer for politiets droneovervåkning for å sikre en enhetlig og forsvarlig praksis. Han anerkjenner at det ikke eksisterer en direkte lovhjemmel for skjult overvåkning ved bruk av mobile og fjernbetjente kameraer i etterforskningsøyemed, men finner det imidlertid tilstrekkelig at «straffeprosessloven § 202a skal benyttes *så langt den passer* når påtalemyndigheten og politiet tar i bruk mobile, fjernbetjente kamera». ¹⁹⁵ Uttalelsen tilsier at dronebruk i skjult etterforskningsøyemed anerkjennes, men at de rettssikkerhetsgarantier som oppstilles for fastmontert kameraovervåkning må følges. ¹⁹⁶ Dette innebærer at dronebruk ikke kan benyttes til overvåkning av private hjem, men på andre steder hvor det antas at mistenkte oppholder seg. ¹⁹⁷

Et avvikende punkt er den personelle kompetansen. Riksadvokaten, til forskjell fra strpl. § 202 a anerkjenner at påtalemyndigheten selv kan beslutte iverksettelse av dronebruk. ¹⁹⁸ Hovedregelen for skjulte tvangsmidler er at retten avgjør dette ved kjennelse. Den innsnevrede kompetansefordelingen og manglende overprøving av forholdsmessigheten kan i ytterste konsekvens øke risikoen for myndighetsmisbruk, herunder at politiet anvender metoden i større omfang enn strengt nødvendig. Dette anses også tvilsomt i et EMK-perspektiv.

I tilfeller hvor droner anvendes til overvåkning av deler av privatlivet som politiet ellers ikke ville hatt innsyn i ved ordinær spaning i tråd med den alminnelige handlefrihet, må utgangspunktet være krav til lovhjemmel. Til tross for at Riksadvokaten er påtalemyndighetenes øverste leder, kan et rundskriv vanskelig forsvares i lys av legalitetsprinsippet og det menneskerettslige hjemmelskravet. Dronebruk som skjult tvangsmiddel uten lovhjemmel anses uansett betenkelig og kritikkverdig i lys av hensynet til en klar rettstilstand, forutberegnelighet og individers rettssikkerhet. Det oppfordres derfor til at metoden lovfestes. ¹⁹⁹

¹⁹⁵ Riksadvokatens rundskriv 21/845 (2021) s. 2.

¹⁹⁶ Straffeprosessloven § 202 a.

¹⁹⁷ Straffeprosessloven § 202 a fjerde og femte ledd.

¹⁹⁸ Riksadvokatens rundskriv 21/845 (2021) s. 3.

¹⁹⁹ Gimse og Tøien (2022).

Politidroner er i dag hovedsakelig avhengig av en fysisk operatør, en dronepilot, for å kunne benyttes hensikts- og formålmessig. I fremtiden aktualiseres bruk av ubemannede og autonome droner basert på KI. Forhåndsdefinerte algoritmer og KI i kombinasjon med dronesystemer vil åpne for at droner på egenhånd kan agere, fly og reagere på omgivelsene uten dronepilot. Dronene kan kommunisere seg imellom, hvilket åpner et enormt mulighetsrom for overvåkning med tilhørende automatisk rapportering til politiet når sensorer observerer noe som programmet definerer som interessant.²⁰⁰ Potensiale for overvåkning og kriminalitetsbekjempelse er stort, men risikoen for overvåkning av andre enn mistenkte er også klart til stede. Det er ikke usannsynlig at fremtidens KI-baserte droneteknologi selv vil kunne vurdere hva som er formålsriktig å videreformidle og rapportere til politiet, slik at den automatisk siler bort opptak uten relevans for saken. Dette vil bare fremtiden gi svar på.

²⁰⁰ FFI-rapport (2021) s. 24.

8 utfordringer og muligheter

8.1 Privatlivsvernet og teknologiutviklingen

Et overordnet mål i et fritt og velfungerende demokratisk samfunn antas å være at statens samlede overvåkning av befolkningen er så begrenset som mulig og ikke mer enn høyst nødvendig. Et viktig spørsmål er om styrken i vernet av retten til privatliv med tiden har blitt uthulet i lys av en stadig videre inngrepsadgang. På den ene siden har EMD gitt konvensjonsstatene stor frihet til selv å råde over og bestemme hvilke etterforskningsmetoder politiet kan benytte. På den andre siden er det oppstilt krav til strenge rettssikkerhetsgarantier for å verne borgerne mot maktmisbruk og vilkårlige myndighetsinngrep.²⁰¹

En utfordring for politiet er å unngå å bli hengende etter, både kompetanse- og utstyrmessig, i påvente av tilstrekkelig presis lovregulering av ny teknologi. Tidsbruken kan øke risikoen for at kriminelle miljøer benytter teknologier som politiet ikke har kompetanse og virkemidler til å møte. På en annen side er lovskravet essensielt for at vernet om privatlivet ikke uthules. Behov for stadig raskere innføring av mer avansert teknologi som samtidig åpner opp muligheter for politiet til å gå stadig lengre i sin inngripen, innebærer økt risiko for svakere privatlivsvern. Dette understreker betydningen av lov, formåls- og forholdsmessighetskrav. Fra et rettssikkerhetsperspektiv er det viktig å ha et bevisst forhold til denne utfordringen.

Materielle krav om strafferamme samt krav til tilstrekkelig mistanke om alvorlig kriminalitet, hever terskelen for å ta i bruk skjulte tvangsmidler. Den alminnelige borger skal dermed i utgangspunktet ikke trenge å bekymre seg for myndighetsovervåkning. Til tross for at politiet sannsynligvis får tilgang til stadig mer avanserte teknologiske metoder, vil den høye terskelen for å ta i bruk skjulte tvangsmidler tilsi at borgernes privatliv fortsatt har et godt rettsvern.

For politiets del er det viktig at befolkningen har tillit til at skjulte tvangsmidler ikke benyttes til andre formål eller i uakseptabel grad sammenlignet med hva som er tiltenkt og regulert. Politiet skal fremme borgernes rettssikkerhet og trygghet.²⁰² Dette betyr å jobbe for befolkningen og ikke mot befolkningen, som man gjerne ser i mer totalitære regimer. For å

²⁰¹ Bruce og Haugland (2018) s. 48.

²⁰² Politiloven § 1.

ivareta denne tilliten er det avgjørende at bruken av skjulte tvangsmidler oppfyller kravene som oppstilt i Grunnlov, lov og internasjonal rett som EMK.

8.2 Behov for kontinuerlig teknologi- og metodeutvikling

Spørsmålet er om det foreligger et reelt behov for utvidelse av metodene for skjult tvangsmiddelbruk. I Riksadvokatens årsrapport for 2020 pekes det på at «[d]en organiserte, skjulte kriminaliteten synes å utvikle seg i takt med den teknologiske utviklingen [...]. [D]en kriminalitet som begås på internett ved hjelp av kryptert kommunikasjon og kryptert valuta utfordrer politiets metoder innen kompetanse, kapasitet og teknologi. [...] Skal politiet lykkes med å etterforske organisert kriminalitet, er det avgjørende å ta i bruk kompetanse- og teknologikrevende metoder.»²⁰³ Også INTERPOL anerkjenner at innovasjon er avgjørende for at politi- og påtaletjenestene skal kunne fortsette å bekjempe kriminalitet i samfunn der kriminelle raskt utnytter ny teknologi.²⁰⁴

Samfunnet er avhengig av å ha et moderne og kompetent politi som evner å holde tritt med den teknologiske utviklingen. Tidligere var alminnelig kommunikasjonskontroll av mobiltelefon en effektiv etterforskningsmetode. I dag eksisterer det avanserte krypteringsløsninger som utfordrer politiet i deres arbeid. For å sette politiet i stand til å løse sitt samfunnsoppdrag er det viktig at lovgiver fortløpende bidrar til at politiet utvikler seg i takt med teknologiutviklingen, men samtidig sikrer borgernes rettssikkerhet og privatlivsvern.

Innovasjonstakten globalt skjer så raskt at dagens teknologi i mange sammenhenger fort blir utdatert. Avanserte kriminelle miljøer er raske til å adoptere nye løsninger som kan bidra til å muliggjøre og/eller skjule kriminelle handlinger. Å holde tritt med denne utviklingen er svært utfordrende og kan lede til både vide og vage hjemler. Slike hjemler for bruk av skjulte tvangsmidler vil imidlertid raskt havne i konflikt med klarhetskravet etter EMK.

I den grad lovskravet tillater vil det være hensiktsmessig å utforme bestemmelser om skjulte tvangsmidler mer teknologinøytralt. Dette fant lovgiver rom for i 2016-reguleringen av dataavlesning.²⁰⁵ Hensynet til effektivisering av politiarbeidet samt evne til å oppklare alvorlig kriminalitet, tilsier at nye metoder eksempelvis innen KI og droneteknologi vil tvinge seg frem.

²⁰³ Riksadvokatens årsrapport (2020) s. 21.

²⁰⁴ INTERPOL (2022) s. 9.

²⁰⁵ Straffeprosessloven §§ 216 o og 216 p.

Metodemulighetene bør fortløpende evalueres og eventuelt lovreguleres som godkjent skjult tvangsmiddel sammen med formålstjenlige kontrollmekanismer. Uansett vil det være en forutsetning for å kunne ta i bruk nødvendig og tilgjengelig teknologi at politiet er kompetent. Heving av teknologikompetanse er derfor en prioritet i politiets virksomhetsstrategi.²⁰⁶

Det kan være klare etiske og rettslige årsaker til at politiet ikke skal eller bør ta i bruk tilgjengelige skjulte metoder selv om det kan åpne for mer effektiv kriminalitetsbekjempelse. Men i de tilfeller hvor nye teknologier og metoder prinsipielt eller konseptuelt ikke vil være mer inngripende eller mer problematiske i relasjon til privatlivsvernet enn eksisterende lovregulerte skjulte tvangsmidler, kan det være negativt for kriminalitetsbekjempelse om lovgiver bruker lang tid på å gi tilstrekkelig relevante hjemler.

8.3 Veien videre

I tillegg til gjennomgåtte utfordringer som følge av den teknologiske utviklingen, opplever politiet også en rekke nye muligheter for informasjonsinnhenting. Det finnes enorme mengder offentlig tilgjengelig informasjon gjennom eksempelvis sosiale medier og andre digitale kanaler. I tillegg lagres store mengder data eller opptak i ulike innretninger, webkameraer på offentlig sted og i sensorer som potensielt kan hentes ut. Mange moderne kjøretøy er i dag online og kan spores. I tillegg har det blitt mer og mer vanlig med ulike kameraløsninger i bil. Tyverialarmanlegg er ofte koblet med kamerateknologi innomhus. Under normale omstendigheter legger vi alle igjen en rekke forskjellige digitale spor. Dette representerer store informasjonsmuligheter og -utfordringer for politiet.

Mange sivile teknologier, løsninger og medier har potensiale til å bli misbrukt. Bruken blir likevel ofte allment akseptert, eventuelt tatt for gitt som ufarlige. Samlet representerer imidlertid dette en stor og usammenhengende informasjonskilde og potensiell overvåking av samfunnet med svak regulering og svake kontrollmekanismer. Til sammenligning er politiets bruk av tvangsmidler underlagt streng regulering og kontroll for å sikre privatlivsvernet. Den digitale åpenheten i samfunnet skaper store muligheter for avansert og databasert kriminalitet. Samtidig representerer den digitale sporbarheten trusler for kriminelle, ettersom sannsynligheten for å kunne bli sporet er betydelig, enten det er fysisk eller på nett. Også av

²⁰⁶ Politiets virksomhetsstrategi (2017).

denne grunn er kriminelle miljøer raske til å utnytte formålstjenlig og avansert teknologi, som for eksempel kryptering, kryptovaluta og det mørke nett. Kriminelle miljøers profesjonalitet og evne til raskt å utnytte avanserte teknologiske hjelpemidler, tilsier behov for at lovgiver kontinuerlig vurderer regelverket for skjulte tvangsmidler. Både EMK art. 8 og Grl. § 102 åpner for videreutvikling av skjulte og inngripende etterforskningsmetoder – så lenge materielle og prosessuelle krav tilfredsstilles.

Kilderegister

Norske lover

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
Politoloven	Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (ikrafttredelse 3. september 1953)
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969 (ikrafttredelse 27. januar 1980)

Norske lovforarbeider

NOU 1997: 15	Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II
Ot.prp nr. 64 (1998-1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)
NOU 1999: 27	«Ytringsfrihed bør finde Sted». Forslag til ny Grunnlov § 100
Innst. O. nr. 3 (1999-2000)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Innst. O. nr. 113 (2003-2004)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)
NOU 2009: 15	Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker
Dokument 16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Prop. 68 L (2015-2016)

Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte
tvangsmidler)

NOU 2016: 24

Ny straffeprosesslov

Rettsavgjørelser

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1984 s. 1076	A
Rt. 1991 s. 193	U
Rt. 1994 s. 1262	U
Rt. 1995 s. 530	A
Rt. 2000 s. 1345	A
Rt. 2000 s. 1713	U
Rt. 2009 s. 394	U
Rt. 2010 s. 612	A
Rt. 2012 s. 1645	U
Rt. 2014 s. 1105	A
Rt. 2014 s. 1281	A
Rt. 2015 s. 93	A
HR-2016-1833-A	A
HR-2016-2554-P	P
HR-2018-1389-U	U
HR-2018-1907-A	A
HR-2019-2282-U	U
HR-2022-1317-A	A

Rettsavgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

<i>Golder mot Storbritannia</i> [P] 1975, no. 4451/70	<i>Golder mot Storbritannia</i> [P], no. 4451/70 [1975] Series A no 18
<i>Handyside mot Storbritannia</i> [P] 1976, no. 5493/72	<i>Handyside mot Storbritannia</i> [P], no 5493/72 [1976] Series A no 24
<i>Klass m.fl. mot Tyskland</i> [P] 1978, no. 5029/71	<i>Klass m.fl. mot Tyskland</i> [P], no. 5029/71 [1978] Series A no 28
<i>Sunday Times mot Storbritannia</i> [P] 1979, no. 6538/74	<i>Sunday Times mot Storbritannia</i> [P], no. 6538/74 [1979] Series A no 30
<i>Dudgeon mot Storbritannia</i> [P] 1981, no. 7525/76	<i>Dudgeon mot Storbritannia</i> [P], no. 7525/76 [1981] Series A no 45
<i>Silver m.fl. mot Storbritannia</i> [J] 1983, no. 5947/72 m.fl.	<i>Silver m.fl. mot Storbritannia</i> [J], no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75, 7107/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 [1983] Series A no 61
<i>Malone mot Storbritannia</i> [P] 1984, no. 8691/79	<i>Malone mot Storbritannia</i> [P], no. 8691/79 [1984] Series A no 82
<i>Olsson mot Sverige</i> [P] 1988, no. 10465/83	<i>Olsson mot Sverige</i> [P], no. 10465/83 [1988] Series A no 130
<i>Huvig mot Frankrike</i> [J] 1990, no. 11105/84	<i>Huvig mot Frankrike</i> [J], no. 11105/84 [1990] Series A no 176B
<i>Kruslin mot Frankrike</i> [J] 1990, no. 11801/85	<i>Kruslin mot Frankrike</i> [J], no. 11801/85 [1990] Series A no 176-A

<i>P.L. mot Norge</i> [C] 1990, no. 13564/88	<i>P.L. mot Norge</i> [C], no. 13564/88 [1990] (uten Series A no)
<i>Niemietz mot Tyskland</i> [J] 1992, no. 13710/88	<i>Niemietz mot Tyskland</i> [J], no. 13710/88 [1992], Series A no 251-B
<i>A mot Frankrike</i> [J] 1993, no. 14838/89	<i>A mot Frankrike</i> [J], no. 14838/89 [1993] Series A no 277-B
<i>Z. mot Finland</i> [J] 1997, no. 22009/93	<i>Z. mot Finland</i> [J], no. 22009/93 [1997], ECHR:1997:0225JUD00220093
<i>Valenzuela Contreras mot Spania</i> [J] 1998, no. 27671/95	<i>Valenzuela Contreras mot Spania</i> [J], no. 27671/95 [1998], ECHR:1998:0730JUD002767195
<i>Coëme m.fl. mot Belgia</i> [J] 2000, no. 32492/96 m.fl.	<i>Coëme m.fl. mot Belgia</i> [J], no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 og 33210/96 [2000], ECHR:2000:0622JUD003249296
<i>P.G og J.H mot Storbritannia</i> [J] 2001, no. 44787/98	<i>P.G og J.H mot Storbritannia</i> [J], no. 44787/98 [2001], ECHR:2001:0925JUD004478798
<i>Armstrong mot Storbritannia</i> [J] 2002, no. 48521/99	<i>Armstrong mot Storbritannia</i> [J], no. 48521/99 [2002], ECHR:2002:0716JUD004852199
<i>Hewitson mot Storbritannia</i> [J] 2003, no. 50015/99	<i>Hewitson mot Storbritannia</i> [J], no. 50015/99 [2003], ECHR:2003:0527JUD005001599
<i>Doerga mot Nederland</i> [J] 2004, no. 50210/99	<i>Doerga mot Nederland</i> [J], no 50210/99 [2004], ECHR:2004:0427:JUD005021099

<i>Von Hannover mot Tyskland</i> [J] 2004, no. 59320/00	<i>Von Hannover mot Tyskland</i> [J], no. 59320/00, ECHR:2004:0624JUD005932000
<i>Uzun mot Tyskland</i> [J] 2010, no. 35623/05	<i>Uzun mot Tyskland</i> [J], no. 35623/05 [2010], ECHR:2010:0902JUD003562305
<i>Roman Zakharov mot Russland</i> [GC] 2015, no. 47143/06	<i>Roman Zakharov mot Russland</i> [GC], no. 47143/06 [2015], ECHR:2015:1204JUD004714306
<i>R.E. mot Storbritannia</i> [J] 2015, no. 62498/11	<i>R.E. mot Storbritannia</i> [J], no. 62498/11 [2015], ECHR:2015:1027JUD006249811

Uttalelser fra andre organer og institusjoner

Politiets virksomhetsstrategi (2017)	Politiet, «Politiet mot 2025 – politiets virksomhetsstrategi», <i>POD-publikasjon</i> , august 2017, https://www.politiet.no/globalassets/05-om-oss/03-strategier-og-planer/politiet-mot-2025---politiets-virksomhetsstrategi.pdf , (lest 06. desember 2022)
Riksadvokatens årsrapport (2020)	Jørn S. Maurud, «Årsrapport 2020», <i>Riksadvokaten</i> , 15. mars 2021, https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2021/03/Årsrapport-2020-Dhp.pdf , (lest 2. september 2022)
Riksadvokatens rundskriv 21/955 (2021)	Jørn Sigurd Maurud, «Påtalemyndighetens legalitetskontroll med tvangsmiddelbruk – relevant etterforskningsformål og forholdsmessighet – særlig om ransaking i narkotikasaker», Riksadvokatens rundskriv 21/995 – 3 / RTO006, <i>Riksadvokaten</i> , 09. april 2021, https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2021/04/P%C3%A5talemyndighetens-

- [legalitetskontroll-med-tvangsmiddelbruk.pdf](#) (lest 29. november 2022)
- Riksadvokatens rundskriv 21/845 (2021) Jørn Sigurd Maurud, «Politiets bruk av mobile og fjernbetjente kamera i etterforskningsøyemed», Riksadvokatens rundskriv 21/845 – 2 / RBR004, *Riksadvokaten*, 17. september 2021, <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2021/09/Mobile-og-fjernbetjente-kamera-i-etterforskningsoyemed.pdf>, (lest 18. november 2022)
- FFI-rapport (2021) Forsvarets forskningsinstitutt, «Teknologiutviklingens betydning for politiet, PST og Den høyere påtalemyndighet», FFI-RAPPORT 21/02532, *FFI*, 16. desember 2021, <https://ffi-publikasjoner.archive.knowledgearc.net/bitstream/handle/20.500.12242/2976/21-02532.pdf>, (lest 8. september 2022)
- KK-utvalgets årsrapport (2021) Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, «Årsrapport 2021», *KK-utvalget*, <https://www.kk-utvalget.no/rapporter.473489.no.html>, (lest 26. oktober 2022)
- Justis- og beredskapsdepartementet (2021) Justis- og beredskapsdepartementet, «Forebygging og bekjempelse av internettrelaterte overgrep mot barn. Nasjonal strategi for samordnet innsats (2021-2025)», *Departementene*, 2021, https://www.regjeringen.no/contentassets/2915ff68eb2849edb3218055be32d8cb/strategi-mot-internettrelaterte-overgrep-mot-barn_uu.pdf, (lest 10. november 2022)
- Riksadvokatens rundskriv 22/252 (2022) Jørn Sigurd Maurud, «MÅL OG PRIORITERINGER FOR STRAFFESAKSBEHANDLINGEN I 2022», Riksadvokatens rundskriv 22/252, *Riksadvokaten*, 3. februar 2022, <https://www.riksadvokaten.no/wp-content/uploads/2022/02/M%C3%A5l-og-pri-2022.pdf>, (lest 10. november 2022)

- INTERPOL (2022) INTERPOL, «Scanning for the Future(s) of Policing: First steps towards a new global paradigm. An INTERPOL Innovation Centre Working Paper. [Version 1.0]», *Interpol*, mars 2022, <https://www.interpol.int/content/download/18111/file/INTERPOL%20Working%20Paper%20on%20the%20Future%20of%20Policing-EN-22062022.pdf>, (lest 13. november 2022)
- Politidirektoratet (2022) Politidirektoratet, «Alle politidistrikt får droner», *Politiet*, 21. juni 2022, <https://www.politiet.no/aktuelt-tall-og-fakta/aktuelt/nyheter/2022/06/21/nyedroner/>, (lest 17. november 2022)
- Øst politidistrikt (2022) Øst politidistrikt, «Lørenskogsaken: Bekrefter ny siktelse», *Politiet*, 12. oktober 2022, <https://www.politiet.no/aktuelt-tall-og-fakta/aktuelt/nyheter/2022/10/12/lorenskogsaken-bekrefter-ny-siktelse/>, (lest 27. november 2022)

Litteratur

Bøker og lovkommentarer

- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018
- Bruce og Haugland (2018) Bruce, Ingvild og Haugland, Geir Sunde, *Skjulte tvangsmidler*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2018
- Frøberg (2020) Frøberg, Thomas, *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal 2020

Kierlulf, Norsk lovkommentar: Grunnloven, Note 256D Anine Kierlulf, *Norsk lovkommentar: Grunnloven*, note 256D, Rettsdata.no (lest 12. november 2022)

Sunde og Sunde (2019) Sunde, Inger Marie og Sunde, Nina, *Det digitale er et hurtigtog! Vitenskapelige perspektiver på politiarbeid, digitalisering og teknologi*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2019

Artikler

Bruce (2018) Bruce, Ingvild, Førsteamanuensis - Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo, intervjuet av redaktør Erik Inderhaug, «Kunstig intelligens kan effektivisere politiets bruk av skjulte tvangsmidler», *Politiforum*, 31. august 2018, <https://www.politiforum.no/ingvild-bruce-kunstig-intelligens-nyhet/kunstig-intelligens-kan-effektivisere-politiets-bruk-av-skjulte-tvangsmidler/147470>, (lest 04. august 2022)

Lovdata (2009) Lovdata, «Hvordan kunngjøres regelverk i Norge?», *Lovdata.no*, 11. august 2009, https://lovdata.no/artikkel/hvordan_kunngjores_regelverk_i_norge/30, (lest 27. september 2022)

Paulsen (2022) Paulsen, Jan Erik, “Kunstig intelligens, pålitelighet og utprøving av nye systemer” *Politiforum*, 09. august 2022, <https://www.politiforum.no/kunstig-intelligens/kunstig-intelligens-palitelighet-og-utproving-av-nye-systemer/228070>, (lest 8. oktober 2022)

Sunde og Sunde (2021) Sunde, Nina og Sunde, Inger Marie, “Conceptualizing an AI-based Police Robot for Preventing Online Child Sexual Exploitation and Abuse: Part 1 – The Theoretical

and Technical Foundations for PrevBOT”, *Idunn*, 14. juni 2021,
<https://www.idunn.no/doi/full/10.18261/issn.2703-7045-2021-02-01> (lest 21. november 2022)

Sunde, Sunde og Bendiksen
(2022)

Sunde, Inger Marie, Sunde, Nina og Bendiksen, Jørgen, «Kan nettprat fra overgrepssaker brukes til å forebygge framtidige nettovergrep?», *Politiforum*, 09. november 2022, <https://www.politiforum.no/overgrep/kan-nettprat-fra-overgrepssaker-brukes-til-a-forebygge-framtidige-nettovergrep/230622>, (lest 26. november 2022)

Avisartikler

Gimse og Tøien (2022)

Gimse, Mikkel Toft og Tøien, Tale Tandi Eidsvold, “Bruker politiet ulovlig droneovervåkning?”, *Rettt24*, 18. oktober 2022, [kommentar]
<https://rett24.no/articles/bruker-politiet-ulovlig-droneovervaking> (lest 17. november 2022)

Stolt-Nielsen (2022)

Stolt-Nielsen, Harald, «Lørenskog-saken: Nye opplysninger om trusselbrevet», *Aftenposten*, 13. mai 2022, [nyhetsartikkel]
<https://www.aftenposten.no/norge/i/V9vdp1/loerensskog-saken-nye-opplysninger-om-trusselbrevet> (lest 22. november 2022)