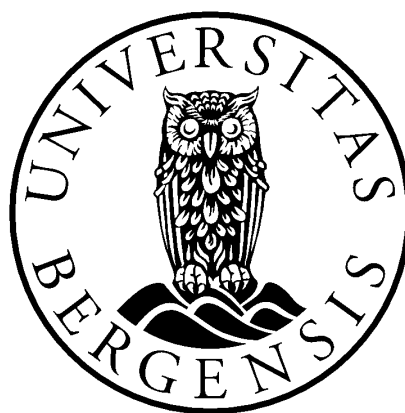


Skyggeadvokatens rolle

Hvilken rettsstatlig rolle har skyggeadvokaten oppnevnt i kraft av strpl. § 100a?

Kandidatnummer: 18

Antall ord: 13 485



JUS399 - Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

| | |
|---|-----------|
| Innholdsfortegnelse | 2 |
| Innledning | 3 |
| 1.1 Tema | 3 |
| 1.2 Problemstilling | 4 |
| 1.3 Aktualitet | 4 |
| 1.4 Fremstilling | 5 |
| 2 Rettslig utgangspunkt | 6 |
| 2.1 Historikk | 6 |
| 2.2 Norsk rett | 8 |
| 2.2.1 Bruk av tvangsmidler | 8 |
| 2.2.2 Avskjæring av innsyn | 9 |
| 2.3 Dansk rett | 10 |
| 2.4 Svensk rett | 11 |
| 2.5 Ny straffeprosesslov | 11 |
| 3 Internasjonale forpliktelser | 12 |
| 3.1 EMK Artikkel 8 | 13 |
| 3.2 EMK artikkel 6 | 14 |
| 3.3 Equality of arms | 15 |
| 3.4 Forsvarer fra tidlig tidspunkt | 16 |
| 3.5 Når starter kravet om rettferdig rettergang | 17 |
| 3.6 Krav om forholdsmessighet | 19 |
| 3.7 Kontradiksjon | 20 |
| 4 Statistikk og intervjuer | 20 |
| 4.1 Innledning | 20 |
| 4.2 Metodiske betraktninger | 21 |
| 4.3 Statistikk fra KK-utvalget | 23 |
| 4.4 Intervju med Line Presthus ved Riksadvokaten | 24 |
| 4.5 Intervju med Marius Dietrichson i Advokatforeningen | 27 |
| 4.6 Intervju med praktiserende advokat og tidligere politimester, Einar Drægebø | 29 |
| 4.7 Betraktninger knyttet til intervjuene | 32 |
| 5. Skyggeadvokatens rolle i rettsstaten | 32 |
| 5.1 Kontradiksjon | 33 |
| 5.2 Muntlighet | 34 |
| 5.3 Innsyn jf. § 242 | 37 |
| 5.4 Offentlighet | 38 |
| 5.5 Advokat, ikke forsvarer | 38 |

| | |
|------------------------------------|-----------|
| 5.6 Reell kontradiksjon? | 39 |
| 6. Avslutning og konklusjon | 40 |
| 7. Litteraturliste | 41 |

1. Innledning

1.1 Tema

Avlytting av telefoner. Peileutstyr på biler. Hacking av telefon.

Alt dette er eksempler på etterforskningskritt som skjer relativt ofte i Norge. Påtalemyndigheten er gjennom straffeprosessloven gitt et bredt spekter av hjemler til å bruke etterforskningsmetoder som for de fleste i samfunnet høres ut som noe som kun skjer på film. Tallene viser imidlertid at påtalemyndigheten 168 ganger i 2019 ba om å få kontrollere kommunikasjon, avlytte rom eller avlese mistenktes data. Antall personer som utsettes for disse tvangsmidlene, synes å øke de senere år¹.

Felles for disse virkemidlene er at de alle på et sentralt punkt skiller seg fra de mer tradisjonelle tvangsmidlene som påtalemyndigheten kan benytte seg av i etterforskningen av kriminelle handlinger: Den mistenkte er ikke klar over hva som skjer. Dette gjør at man i et rettssikkerhetsperspektiv befinner seg i en spesiell situasjon. For hvordan kan rettssikkerheten ivaretas, for eksempel ved at den helt elementære retten til kontradiksjon oppfylles, dersom den som blir utsatt for straffeforfølging ikke engang vet at tvangsmidler blir benyttet mot ham?

Skyggeadvokaten, som denne besvarelsen omhandler, er én del av svaret. Advokaten som oppnevnes i medhold av straffeprosessloven § 100a skal "*vareta den mistenktes og eventuelle tredjepersoners interesser i forbindelse med rettens behandling av begjæringen*". Benevnelsen *skyggeadvokat*, som ofte blir brukt om §100 a-advokaten, er etablert nettopp på bakgrunn av den situasjonen forsvareren befinner seg i; i skyggene, uten adgang til kontakt med sin egen klient.

¹ KK-utvalgets årsrapport 2019

Selv om skyggeadvokaten i lovgivningen er plassert i kapittelet *forsvareren*,² er det vesentlige forskjeller mellom 100-a-advokatens og den tradisjonelle forsvarerens stilling. Dette handler primært om det at advokaten ikke kan kontakte sin klient. I tillegg skal den offentlige advokaten også vareta eventuelle tredjepersoners interesser, noe som avviker fra den tradisjonelle forsvarerrollen, hvor oppgaven primært er å vareta klienten.³ I denne avhandlingen er målet å belyse hvilken rolle skyggeadvokaten har i et rettsstatlig perspektiv. Rollen vil med andre ord vurderes i lys av grunnleggende rettssikkerhetsverdier som kontradiksjon, muntlighet, innsyn, offentlighet og forholdsmessighet.

Jeg ønsker å rette en særlig takk til Line Presthus ved Riksadvokaten, advokat Einar Drægebø og forsvarergruppens Marius Dietrichson som lot seg intervju om sine erfaringer og meninger om skyggeadvokatorordningen. Deres villighet til å avse av sin tid har vært svært viktig for arbeidet med denne oppgaven. Takk også til Bergen tingrett og Justis- og beredskapsdepartementet for nyttig hjelp med praktiske spørsmål knyttet til både ordningen og lovarbeid.

1.2 Problemstilling

Hvilken rettsstatlig rolle har skyggeadvokaten oppnevnt gjennom strpl. § 100a?

1.3 Aktualitet

Bruken av skjulte tvangsmidler er et tilbakevendende tema i norsk offentlighet. I fjor fikk det stor oppmerksomhet da det ble kjent at politiet har benyttet seg av en rekke skjulte tvangsmidler i en av de mest omdiskuterte kriminalsakene i norsk offentlighet de senere år; Lørenskog-saken. Tom Hagen er fortsatt siktet i saken der hans kone Anne Elisabeth Hagen er forsvunnet, og per dags dato er saken uavklart. Politiets metoder er en av mange sider ved denne saken som har blitt grundig debattert, spesielt etter at det ble kjent at man i nærmere et halvt år før siktelsen ble offentlig kjent hadde drevet omfattende avlytting av både rom og telefon tilhørende Tom Hagen.⁴ Denne saken kan ha ført til at skyggeadvokatorordningen ble kjent for noen flere enn før.⁵

Generelt sett synes bruken av skjulte tvangsmidler å ha stabilisert seg på et relativt høyt nivå, sammenlignet med begynnelsen på 2010-tallet. Parallelt har internasjonal praksis beveget seg i retning av

² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (stpl.), kap. 9

³ Erik Keiserud mfl., Straffeprosessloven. Lovkommentar, [§ 100 a, Juridika](#) (kopiert 11. mai 2021)

⁴ Sandnes, Andersen, m.fl, "Tom Hagen ble hemmelig etterforsket", VG, 28. april 2020, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/pL2A8X/tom-hagen-ble-hemmelig-etterforsket>

⁵ Five, Mari Linge, "Kritisk til bruk av Skyggeadvokat", 29. april 2020, <https://www.tv2.no/a/11410969/>

et større fokus på siktedes rettssikkerhet.⁶ I forslaget til ny straffeprosesslov fremsatt av straffeprosessutvalget i 2016, er det foreslått en ordlydsendring i bestemmelsen som regulerer bruk av skyggeadvokater. Dette forslaget går nærmere inn på under punkt 2.5. Etter at forslaget ble fremsatt har en rekke momenter ført til forsinkelser i lovarbeidet. Forsinkelsene skyldes blant annet usikkerhet vedrørende økonomiske og administrative kostnader for de foreslåtte lovendringene, samt nødvendige tilpasninger til ulike etaters datasystemer.⁷ Den foreløpig siste utvikling kom i april i år, i form av Prop. 146 L. Departementet fulgte da opp noen forslag fra straffeprosesslovutvalget, men ingen av disse omhandlet skyggeadvokatrollen direkte. Departementet skriver at de vil “komme tilbake til spørsmålet om en full lovrevisjon senere”.⁸ Det er altså i for øyeblikket uvisst når eller om det vil komme en ny straffeprosesslov.

1.4 Fremstilling

Innledningsvis vil avhandlingen ta for seg det rettslige utgangspunktet for dagens lovverk knyttet til skyggeadvokatordningen, herunder også historikken som ledet frem til dagens lovverk.

Som det fremgår har skyggeadvokaten betydning for både bruk av skjulte tvangsmidler, og saker der påtalemyndigheten vil avskjære innsyn i sakens dokumenter. I avhandlingen vil jeg berøre begge disse sidene ved ordningen, men vil klart konsentrere meg mest om bruken av skjulte tvangsmidler. Dette valget knytter seg primært til at det hos mine informanter fremstår klart at det er i sammenheng med bruk av skjulte tvangsmidler at skyggeadvokatens rolle er aller mest sentral. Avhandlingen bærer i noen grad preg av dette, og det at rollen knyttet til innsynsavskjæring i mindre grad blir belyst er noe som kan være en svakhet ved besvarelsen.

I noen deler av oppgaven vil kanskje behandlingen av ulike bestemmelser synes noe kortfattet. Dette er bevisste valg der tanken har vært å fokusere på det som oppleves som sentralt for å redegjøre for 100 a-advokatens rolle. Det blir for eksempel ikke noen detaljert gjennomgang av hvilke vilkår som må innfris for at påtalemyndigheten skal kunne iverksette de ulike skjulte etterforskningskrittene, men snarere et fokus på hvilken rolle skyggeadvokaten må innta, når etterforskningskrittene er begjært. I denne første delen vil jeg også peke på noen fellestrekk og forskjeller mellom vår nasjonale lovgivning, og den i våre naboland.

⁶ Langbach 2015, s. 42

⁷ Prop. 146 L, s. 10.

⁸ *ibid.*

Bruken og funksjonen til skyggeadvokaten har klare spenninger mot kravet om en rettferdig rettergang i menneskerettighetene. Disse spenningene, og praksis fra EMD redegjøres for i del 3. Her vil jeg i noen grad ta for meg de samme rettssikkerhetsgarantiene i som i del 5, men skyggeadvokatorordningen vil drøftes i lys av de føringer som EMD har lagt til grunn.

I neste del presenteres betraktningene til tre ulike aktører som alle har erfaring med og meninger knyttet til skyggeadvokatorordningen. Basert på flere samtaler med informanter våren 2021, har jeg bearbeidet tre intervjuer som er godkjent for publisering i denne avhandlingen. Jeg har i tillegg gjort meg noen metodiske og generelle betraktninger til disse intervjuene.

I lys av de momentene som er kommet i delene 1-4, vil jeg i del 5 foreta en analyse av skyggeadvokatens rolle i et rettssikkerhetsperspektiv. Jeg har valgt å gjøre dette gjennom å se på ulike rettssikkerhetsgarantier, og ta for meg skyggeadvokatens rolle i lys av disse. Hovedvekten vil ligge på kontradiksjon, muntlighet, offentlighet og forholdsmessighet.

2 Rettslig utgangspunkt

2.1 Historikk

28. mars 1996 presenterte Høyesterettsdommer Ketil Lund rapporten som han og resten av medlemmene i Lund-kommisjonen hadde brukt de to foregående årene på å utarbeide. Ifølge mandatet skulle kommisjonen “granske alle forhold i forbindelse med påstander om at politiets overvåkingstjeneste, Forsvarets sikkerhetstjeneste og Forsvarets etterretningstjeneste, eller personer knyttet til disse tjenester, har vært engasjert i ulovlig eller irregulær overvåking av norske borgere”.⁹

Kommisjonens funn blir mye omtalt i norsk offentlighet. Funnene handler blant annet om at det har foregått utstrakt overvåking av norske borgere med politisk ståsted ytterst på venstresiden på den tradisjonelle politiske aksene. Rapporten utløste en omfattende og langvarig debatt om de hemmelige tjenestene og deres virksomhet.

Kommisjonen kritiserte imidlertid ikke bare de hemmelige tjenestene. I rapporten tok også kommisjonen opp en rekke kritiske punkter rettet mot systemet som hadde latt overvåkningen finne sted. Noe av

⁹ Dok nr 15 (1995-96), s. 1

kritikken er rettet direkte mot domstolene, og kommisjonen tok opp flere problematiske sider ved den ordningen man den gang hadde.

På dette tidspunktet måtte tjenestene ha domstolens godkjenning for å iverksette den aktuelle overvåkingen. Hjemlene var knyttet til de ulike tvangsmidlene, men felles for alle var at domstolen måtte godkjenne bruken. Det er neppe en overdrivelse å si at kommisjonen var svært kritisk til måten domstolene utførte sitt arbeid på. De skriver at når “så mange dommere gjennom så mange år ukritisk og i strid med lovgrunnlaget har akseptert overvåkingstjenestens begjæringer om telefonkontroll, (...) er det et megetsigende uttrykk for kontrollorganenes manglende evne til å skjøtte oppgaver av denne karakter”.¹⁰

Kritikken blir enda mer konkret når kommisjonen skriver at domstolskontrollen “ikke utelukkende kan utøves av en person”, hvor det siktes til den aktuelle dommeren som behandler begjæringen. Man mangler, som kommisjonen uttrykker det, “det avgjørende korrektiv som en motpart ellers tilfører rettspleien”.¹¹

Disse bemerkningene blir på mange måter startskuddet for arbeidet frem mot strpl. § 100a, slik vi kjenner den i dag. I årene som følger blir det utarbeidet en rekke lovarbeider som danner grunnlaget for bestemmelsen som trådte i kraft i 1999. I 1997 viste det såkalte Metodeutvalget direkte til Lund-kommisjonens kritikk rettet mot ordningen hvor domstolen “alene” tok avgjørelsen om det aktuelle tvangsmiddelet kunne brukes, eller ikke. Utvalget pekte blant annet på det problematiske ved at det ikke var oppnevnt noen forsvarer, og at sakene potensielt ikke ble bredt nok belyst før dommeren tok sin avgjørelse.¹² Her ble det direkte henvist til danske ordningen, som i noe mer detalj blir redegjort for under punkt 2.3. Metodeutvalget uttalte at et “viktig argument for å innføre en slik ordning vil være at man får et topartsforhold som er det normale ved rettergang”¹³. En annen måte å formulere det på er at utvalget etterlyser kontradiksjon.

I det vesentlige ble Metodeutvalgets anbefalinger knyttet til skyggeadvokatordningen fulgt opp i den påfølgende proposisjonen. I den minnet departementet om at det er særlig viktig at “forsvareren tar sin oppgave alvorlig når ikke den mistenkte selv kan ta til motmæle”.¹⁴ Etter vedtakelse har bestemmelsen ved flere anledninger blitt justert noe. Et eksempel er at skyggeadvokaten tidligere utelukkende skulle

¹⁰ Dok nr 15 (1995-96), s. 1126

¹¹ *ibid.*

¹² NOU 1997:15, punkt 2.3

¹³ *ibid.*

¹⁴ Ot. prp. nr. 64 (1998-1999), kap. 23

ivareta mistenktes rettigheter, til i bestemmelsen nåværende form også ivareta “tredjepersoner”¹⁵. Det anses ikke hensiktsmessig å utførlig gjennomgå alle endringene. De av betydning for å belyse den rettsstatlige rollen til skyggeadvokaten vil bli løpende behandlet i det videre.

2.2 Norsk rett

2.2.1 Bruk av tvangsmidler

Når påtalemyndigheten ber retten behandle begjæring om en rekke ulike skjulte tvangsmidler, skal skyggeadvokaten oppnevnes. Helt konkret gjelder dette de tilfeller hvor retten behandler begjæringer fra påtalemyndigheten, herunder PST, jf. [politiloven § 17b](#), hvor det er tale om utsatt underretning i saker om ransaking, skjult kameraovervåking på privat sted, beslag, utleveringspålegg eller løpende utleveringspålegg, jf. [§§ 200a, 202a annet ledd, 208a, 210a og 210c](#), teknisk sporing, jf. [§ 202c](#), kommunikasjonskontroll, jf. [§§ 216a og 216b](#), romavlytting, jf. [§ 216m](#), dataavlesing, jf. [§ 216o](#) og båndlegging av formuesgoder, jf. [politiloven § 17h tredje ledd](#).¹⁶

Uten å gå detaljert gjennom disse ulike metodene, er dette alle situasjoner der påtalemyndigheten ønsker å benytte etterforskningskritt som mistenkte ikke kan vite om.

Etter lovens ordlyd skal skyggeadvokaten oppnevnes “straks” retten mottar slik begjæring. Oppnevningen skal skje uavhengig av om siktede har forsvarer fra før. Det er et selvstendig poeng at den tradisjonelle forsvarerrollen og skyggeadvokatrollen ikke skal bekles av samme person. Dette fordi skyggeadvokaten potensielt kan motta informasjon som man av ulike årsaker ikke kan formidle til sin egen klient. Det åpner for uheldige situasjoner der man som forsvarer ikke kan utføre sitt oppdrag optimalt.

I noen tilfeller, der bruk av tvangsmiddelet må skje raskt, kan påtalemyndigheten bruke sin kompetanse til å gjennomføre handlingene uten å fremme begjæringen for domstolen.¹⁷ Dette skal imidlertid bare skje dersom det “ved opphold er stor fare for at etterforskningen vil lide”.¹⁸ Domstolene står fritt til å etablere grupper med advokater som anses spesielt egnet for oppdrag som offentlig advokat.¹⁹ I praksis vil den

¹⁵ Strpl. §100 a

¹⁶ Erik Keiserud mfl., Straffeprosessloven. Lovkommentar, [§ 100 a, Juridika](#) (kopiert 11. mai 2021)

¹⁷ Strpl. §200a (7)

¹⁸ Strpl. §216 d

¹⁹ Prop. 68 L (2015-2016), s.61

oppnevnte i de fleste tilfeller få tilsendt de aktuelle dokumentene i saken av påtalemyndigheten.²⁰ Skyggeadvokaten sender deretter sine bemerkninger videre til domstolen, som vurderer om tvangsmiddelet skal tillates brukt.

2.2.2 Avskjæring av innsyn

Utgangspunktet er at mistenkte og hans forsvarer får tilgang til sakens dokumenter etter begjæring. Dette er ifølge Høyesterett en grunnleggende straffeprosessuell rettighet²¹ og har en sentral betydning i kravet til rettferdig rettergang i menneskerettighetene.²²

Skyggeadvokaten har etter en lovendring i 2005 i utgangspunktet krav på innsyn i sakens dokumenter. Dette er nedfelt i lov,²³ og ble for øvrig også slått fast i Rt. 2007 s.1250. Der konkluderte Høyesteretts ankeutvalg med at lagmannsretten sannsynligvis ikke hadde fått med seg lovendringen i strpl. §100 a i 2005. Denne innebar en realitetsendring der skyggeadvokaten gikk fra å ha innsynsrett i “begjæringen om kommunikasjonskontroll og grunnlaget for den”, til etter endringen å ha innsynsrett i “sakens dokumenter”. Dette innebærer en utvidet tilgang til dokumenter, hvor man før kun hadde tilgang til de som omhandlet begjæringen og grunnlaget for den. Dette er også slik rettstilstanden er i dag.

Det finnes imidlertid tilfeller der påtalemyndigheten mener det er hensiktsmessig å unnta visse eller alle dokumenter fra den generelle innsynsretten som de aktuelle partene har.²⁴ Med hjemmel i straffeprosessloven § 242a kan innsyn i opplysninger som ikke påberopes som bevis, begrenses. Hvis påtalemyndigheten skal kunne begrense innsynet i slike opplysninger, må de gå til domstolen og be om slik tillatelse. Det skal da umiddelbart oppnevnes en advokat for mistenkte i medhold av strpl. § 100a.

Et unntak fremgår i lovteksten. Dersom mistenkte allerede har en forsvarer, og påtalemyndigheten ikke har betenkeligheter med å dele dokumentene med vedkommende, kan forsvarer motta dokumentene mot taushetsplikt. Dersom påtalemyndigheten ønsker dette, skal det ikke oppnevnes advokat etter § 100a.

I særskilte tilfeller kan påtalemyndigheten be om at også forsvareren skal nektes innsyn. Det er imidlertid en svært snever adgang for en slik praksis. Høyesteretts ankeutvalg har uttalt at “hjemmelen for å nekte

²⁰ Ifølge informant statsadvokat Presthus, se besvarelsens punkt 4.4

²¹ Rt. 2010, s. 655, avsnitt 40

²² Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), art. 6

²³ Strpl. §100a.

²⁴ Strpl. §242 første ledd

innsyn for forsvarerne burde praktiseres med varsomhet”.²⁵ Dette har sin naturlige kobling til retten til rettferdig rettergang, som er nedfelt i menneskerettighetene. Denne grunnleggende retten ville utfordres dersom verken en mistenkt eller hans representant skulle få anledning til å sette seg inn i sakens dokumenter. I saker hvor påtalemyndigheten ønsker å begrense mistenktes innsyn i sakens dokumenter, spiller 100 a-advokaten en sentral rolle som rettssikkerhetsventil. Dette vil det redegjøres for nærmere under punkt 5.2, men kommer blant annet til uttrykk ved at det kun er den særskilte advokaten etter § 100 a som har ankerett. Dette ble slått fast i et spørsmål for Høyesterett knyttet til den omfattende saken som i media ble kjent som Lime-saken. De tiltalte forsvarere ønsket å anke kjennelse om nektelse av dokumentinnsyn. Høyesteretts ankeutvalg fastslo imidlertid at det bare er skyggeadvokaten som kan anke en kjennelse avsagt i medhold av § 242a. Høyesterett avviste at kravet om en rettferdig rettergang etter Grl. §95 eller EMK art. 6 kunne lede til annet resultat.²⁶

2.3 Dansk rett

I dansk rett reguleres bruken av skjulte tvangsmidler i lov om strafferetsplejen kapittel 71.²⁷ I paragraf 783 listes en oversikt over hvilke overtredelser som må være antatt gjennomført for at tvangsmidlene skal være aktuelle.

I påfølgende bestemmelse, §784, fremgår at det før retten tillater bruk av det aktuelle tvangsmiddelet, skal “beskikkes en advokat for den, som indgrebet vedrører, og advokaten skal have lejlighed til at udtale sig”.²⁸

På samme måte som i den norske lovgivningen, er det klare utgangspunkt at advokaten skal få anledning til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Det finnes imidlertid også her visse unntak, blant annet kan dokumentar holdes tilbake dersom de skulle være “af særlig fortrolig karakter”, jf. §785.

Forholdsmessighetsvurderingen, som også står sentralt i norsk rett, fremgår i danskenes §782.

Som allerede nevnt har dansk rett flere likhetstrekk med den norske modellen. I dansk rett er reglene om tvangsmidler av denne typen lagt i et eget kapittel. I norsk rett finner man som allerede nevnt i dag reglene som angår skyggeadvokaten i samme kapittel som rettsreglene for den vanlige forsvarer fremgår. På dette punkt skiller dansk rett seg fra norsk.

²⁵ Rt. 2005, s.209

²⁶ HR-2016-604-U

²⁷ Lov av 17. november 2011 om rettens pleje, kap. 71

²⁸ Lov av 17. november 2011 om rettens pleje, § 784.

2.4 Svensk rett

I svensk rett reguleres straffeprosessuelle regler i “rättegangsbolken”. I kapittel 27 fremgår reglene om bruk av skjulte tvangsmidler, som spenner seg fra telefonavlytting til dataavlesing. Tidligere måtte påtalemyndigheten kun ha rettens godkjenning, uten innblanding fra noen andre for å benytte seg av disse tvangsmidlene. Med bestemmelsene i kapittel 27 ble det imidlertid i år 2002 endring på dette. Etter svensk rett skal det i disse tilfellene nå oppnevnes et såkalt ombud jf. rättegangsbolken kapittel 27, §26. Rollen som ombud kan bare inntas av svenske statsborgere som har vært advokat og/eller dommer. Dette innebærer at det i stor grad er harmoni mellom rettstilstanden på dette feltet i Norge, Danmark og Sverige. Der danskene var først ute med at det skulle oppnevnes en representant for den som utsettes for skjult etterforskning, fulgte ikke svenskene etter med lignende regler før i 2002. Svenskene er imidlertid tydelige på at ombudet ikke eksisterer for å ivareta enkeltpersoners rettssikkerhet, direkte. Formålet med ombudet er snarere å sikre at allmennhetens interesser ivaretas.²⁹ Svenskernes formulering er således mer tråd med forslaget til ny norsk straffeprosesslov, enn gjeldende norsk rett. Mer om dette under punkt 2.5.

2.5 Ny straffeprosesslov

Etter to og et halvt års arbeid, i november 2016, la Straffeprosessutvalget frem sin utredning “Ny straffeprosesslov”.³⁰ Utvalget foreslo en betydelig omstrukturering av straffeprosessloven. Dagen strpl. § 100a er plassert i kapitlet med tittel “forsvareren”. I lovutkastet foreslo utvalget å videreføre plasseringen i et kapittel med navnet “mistenkte og forsvareren”. Selv om plasseringen er tematisk likt plassert i lovutkastet, ønsket utvalget å gjøre flere endringer av selve bestemmelsen. I dagens lov fremgår både vilkår for når en skyggeadvokat skal tre inn og en beskrivelse av dens rolle i samme bestemmelse. I utvalgets forslag er bestemmelsen delt i to. I § 3-25 fremgår det nærmere vilkår for når en “særskilt advokat” skal oppnevnes. I den påfølgende § 3-26 fremgår den særskilte advokats oppgave og plikter.³¹

På mange måter er bestemmelsen materielt sett lik dagens § 100a. Det er imidlertid en tydelig forskjell. Der man i § 100a viser til at advokaten skal “ivareta den mistenktes (...) interesser”, har utvalget i § 3-26 første ledd bokstav a ordlagt seg slik: “Den særskilte advokaten skal på samfunnets vegne ivareta den mistenktes interesser og rettigheter i forbindelse med rettens behandling av begjæringer som nevnt i § 3-25”.

²⁹ Prop. 2002/03:74

³⁰ NOU 2016: 24

³¹ *ibid.*

Det sentrale her er at hovedvekten flytter seg fra mistenkte selv, til samfunnet som sådan. I begge formuleringer ligger det en forpliktelse om at advokaten skal ivareta sin klient på best mulig vis. Bruken av “på samfunnets vegne”, forut for “mistenktes interesser”, kan leses på ulike måter. På den ene siden kan det leses som en måte å peke på at samfunnets interesser, blant annet kravet til en materielt sett riktig rettsprosess, i denne sammenhengen er det viktigste. Samtidig kan det også forstås som en realitetsorientering. Det er i utvalgets rapport en erkjennelse av man i mindre grad har forutsetninger til å ivareta mistenktes interesser, og at man derfor løfter frem “samfunnets vegne”. Uansett har utvalget ved denne formuleringen i noen grad beveget seg nærmere formuleringen man har i Sverige, som nevnt under punkt 2.4.

Arbeidet med ny straffeprosesslov har blitt utsatt flere ganger, som nevnt i innledningen. Lovgiver har likevel fulgt opp en del av utvalgets anbefalinger gjennom ulike proposisjoner de senere år. På mange måter kan man si at oppfølgingen av lovutkastet har blitt fragmentert. Hva angår skyggeadvokatbestemmelsen § 100 a, har det ikke skjedd endringer i tråd med utvalgets anbefalinger, foreløpig.

3 Internasjonale forpliktelser

På strafferettens område gjelder et strengt legalitetsprinsipp som springer ut av Grunnloven (GrL.) § 96. Bruk av straff og straffeprosessuelle tvangsmidler er følgelig strengt regulert gjennom en detaljert og omfattende lovgivning. Likevel blir disse reglene i noen tilfeller supplert og korrigert av overordnede normer med forrang. Gjennom grunnlovens kapittel E sikres mistenkte personer flere straffeprosessuelle rettigheter og stiller flere krav til domstolenes behandling av straffesaker. Straffeprosessloven § 4 gir menneskerettighetskonvensjonen forrang på straffeprosessens område. Slike rettigheter følger også av menneskerettighetskonvensjonen fra 1950 (EMK). Allerede i 1951 var konvensjonen ratifisert av Norge. Konvensjonen ble i 1999 en inkorporert del av norsk rett gjennom menneskerettsloven,³² og lovens § 2 og § 3 gir EMKs artikler forrang ved motstrid.³³ De rettigheter, rettergangskrav og forbud som følger av EMK har stor betydning i norsk straffeprosess.³⁴

Et moment av betydning for hvordan rettigheter i EMK skal tolkes, er at Høyesterett i flere avgjørelser har gjort det klart at konvensjonens artikler ikke skal tolkes etter samme metodikk som norsk lov, for

³² Lov av 21. mai 1999 nr. 30, om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

³³ Øyen 2019, s. 44-45

³⁴ Øyen 2019, s.45.

øvrig. I Rt. 2005 s.833 skriver Høyesterett at domstolene skal *“foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen). Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen”*. De sentrale forskjellene her er blant annet at formålsbetraktninger og EMDs praksis spiller en vesentlig rolle i utviklingen, og dermed også betydningen av, menneskerettighetene i EMK. Dette får selvsagt også betydning på strafferettens område. Som det vil fremgå i fortsettelsen er det særlig vekten av formålsbetraktninger som blir relevant i lys av tema for denne besvarelsen.

Kort nevnes også at FN-konvensjonen 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter omhandler momenter med betydning. Denne rekker imidlertid ikke lenger enn EMK i tilknytning til rettssikkerhetsgarantier i strafferetten,³⁵ og EMK blir derfor referanse i det videre. I det videre vil særlig innholdet i EMK artikkel 8 og 6 belyses. Det redegjøres løpende for vilkår som må innfris for at inngrep i rettighetene de stadfester skal kunne gjøres. Herunder blir også en de mest sentrale rettssikkerhetsgarantier som springer ut av disse rettighetene drøftet i lys av skyggeadvokatens rolle og betydning i rettsstaten.

3.1 EMK Artikkel 8

I flere av konvensjonens artikler kan man utlede rettssikkerhetsgarantier som gjør seg gjeldende ved bruk av skjulte tvangsmidler. Blant annet er artikkel 8 om retten til privatliv betydningsfull. Ifølge kontrollutvalget for kommunikasjonsskontroll (KK-utvalget) er denne retten under press internasjonalt, blant annet på grunn av den teknologiske utviklingen som muliggjør inngrep i privatsfæren på en helt annen måte enn før.³⁶ Bruk av skjulte tvangsmidler som for eksempel telefon- eller romavlytting vil være en direkte inngripen i den enkeltes rett til privatliv, og således kunne representere en krenkelse av artikkel 8 første ledd. I andre ledd fremgår vilkårene for inngrep i denne rettigheten. I hovedsak må inngrepet være i samsvar med lov, begrunnet i et av hensynene som fremgår i artikkel 8 andre ledd, og *“nødvendig i et demokratisk samfunn”*.³⁷ Disse vilkårene representerer klare rettssikkerhetsgarantier som skal sikre borgerne mot tilfeldige inngrep i grunnleggende rettigheter. I tillegg til artikkel 8 kan også EMK artikkel 10 om ytringsfrihet og informasjonsfrihet utgjøre en materiell skranke for bruk av enkelte tvangsmidler.³⁸

³⁵ Øyen 2019, s.45

³⁶ KK-utvalgets årsrapport 2019

³⁷ EMK artikkel 8 andre ledd

³⁸ Øyen 2019, s.199

Både artikkel 8 og 10 vil kunne være aktuelle å drøfte i forbindelse med bruk av skjulte tvangsmidler. I denne besvarelsen vil de likevel få mindre omtale enn artikkel 6. Dette fordi de anses å i mindre grad være egnet til å si noe vesentlig om skyggeadvokatens rolle, som er tema for denne besvarelsen. Dermed blir det mest naturlig å vektlegge artikkel 6, kravet til en rettferdig rettergang og rettspraksis knyttet til denne.

3.2 EMK artikkel 6

På strafferettens område har Norges internasjonale forpliktelser fått en stadig større betydning, spesielt når det gjelder siktedes rettigheter.³⁹ Likevel er det få steder i den gjeldende straffeprosesslovens forarbeider der lovgiver har trukket paralleller til våre folkerettslige forpliktelser, som dem som oppstår i henhold til EMK. Ifølge Andenæs, som selv var formann i komitéen som utarbeidet lovforslaget, er det en naturlig forklaring på dette. Det sparsommelige fokus på menneskeretten i vår egen straffeprosessuelle lovgivning skyldes at det var relativt lite EMD-praksis på tidspunktet lovforslaget ble utarbeidet. Samtidig hadde nettopp siktedes rettssikkerhet vært et særlig fokus for komitéen, og man kunne ikke se for seg at noe i forslaget skulle kunne være i strid mot menneskerettighetene.⁴⁰

EMK. artikkel 6 (2) gjør gjeldende den såkalte uskyldspresumsjonen. I tillegg oppstiller den en rekke minstekrav som den siktede for en straffbar handling skal sikres i (3). I første avsnitt fremgår det generelle kravet om en rettferdig rettergang, som står sentralt i denne besvarelsen.

*“For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Dommen skal avsis offentlig, men pressen og offentligheten kan bli utelukket fra hele eller deler av rettsforhandlingene av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser”.*⁴¹

Artikkel 6 (1) har sin parallell i grl. §95. Det sentrale i Artikkel 6 (1) for denne besvarelsens del, er kravet om en rettferdig rettergang, samt noen av minsterettighetene i (3). Hva som konkret ligger i disse

³⁹ Langbach (2015), s. 42

⁴⁰ Andenæs (1995) s. 84

⁴¹ EMK artikkel 6 (1)

rettighetene er utpenslet i bred rettspraksis fra både EMD og Høyesterett. Bruken av skjulte tvangsmidler kan på noen områder sies å være på kollisjonskurs med rettighetene som angis i artikkel 6. Det er imidlertid klart fra bred rettspraksis at inngrep i disse grunnleggende rettighetene, som for eksempel kravet om rettferdig rettergang, dersom visse vilkår er innfridd.⁴² Dette omtales blant annet under punkt 3.2. I denne besvarelsen er det naturlig å ta for seg hvordan EMKs minsterettigheter og krav om rettferdig rettergang påvirker den rollen som skyggeadvokaten har i saker hvor det er begjært bruk av skjulte tvangsmidler. Dette gjøres ved å se nærmere på noen av de rettssikkerhetsgarantiene som artikkel 6 er ment å ivareta.

3.3 Equality of arms

Et grunnleggende rettsstatsprinsipp er at partene som møtes i retten, i så stor grad som mulig, skal være likestilte. I sivilretten løses dette som regel ved full kontradiksjon. Begge parter har vid adgang til motpartens bevisførsel, og skal da i teorien stå fritt til å kunne svare på det som kommer, og velge egne anførsler. Det er også partenes anførsler domstolen i stor grad skal forholde seg til Likhetsprinsippet skinner også igjennom i kravet om å bidra til sakens opplysning, uavhengig av hvilken part beviset er til fordel for.⁴³

I strafferetten er forholdet noe annerledes, der det antas å være en grunnleggende skjevhet i styrkeforholdet mellom påtalemyndighet og den som etterforskningen rettes mot. På den ene siden står myndighetene, ved politiet og påtalemyndighet, med potensielt enorme ressurser i sin favør. Enkeltmennesket som utsettes for etterforskningen har ikke samme ressursadgang.

Equality of arms- eller likhetsprinsippet, er derfor ment som balansering av påtalemyndighetens dominerende stilling, og har til formål å sikre best mulig balanse mellom partene.⁴⁴ Prinsippet inneholder bl.a. et krav om kontradiksjon, hvilket betyr at straffesiktede må få mulighet til å imøtegå hva som blir anført av påtalemyndigheten.⁴⁵

I rettspraksis vil man se at kravet om equality of arms i de fleste tilfeller knytter seg til forhold rundt hovedforhandlingen. I Foucher-dommen formuleres kravet som at: "Each party must be afforded a

⁴² Dudgeon mot Storbritannia, avsnitt 54

⁴³ Lov 17. juni 2005 nr 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvL) § 21-4

⁴⁴ Jebens (2004), s.327

⁴⁵ Bærland, John Petter, 2007,

reasonable opportunity to present his case in conditions that do not place him at a disadvantage vis-a-vis his opponent".⁴⁶

Skyggeadvokaten kommer inn i prosessen på et langt tidligere stadium enn når hovedforhandlingen finner sted. Høyesterett har flere ganger behandlet spørsmål knyttet til denne problematikken. I en sak hadde tiltaltes forsvarer fått uttalt seg i spørsmål om oppnevning av sakkyndig, men tiltalte selv ikke hadde fått samme mulighet. Dette ble anført å være et brudd på strpl. § 141, og således også likhetsprinsippet i EMK art 6. Dette avviste Høyesteretts ankeutvalg med henvisning til at "forsvarer har fått uttale seg om oppnevningen av de sakkyndige, og at det da ikke foreligger en plikt for påtalemyndigheten til å kommunisere om dette direkte med siktede".⁴⁷

Man kan argumentere for at avgjørelsen har betydning for skyggeadvokatens rolle i lys av kravet om equality of arms. Avgjørelsen taler klart for at dersom man er representert av forsvarer, tillates visse inngrep eller avvik fra de rettssikkerhetsgarantier man normalt vil sette som minstestandard. I saken Rt. 1998 s.1466 er det mulig å argumentere for at tiltaltes manglende kjennskap til oppnevningen av en sakkyndig kunne representere et brudd på EMK art 6 (3) bokstav d. Dette inngrepet aksepterer likevel domstolen, fordi man har en forsvarer som handler på vegne av seg. Overført kan man argumentere for at den skjevheten som oppstår som følge av de inngrep som siktede utsettes for i forbindelse med bruk av skjulte tvangsmidler, også kan repareres ved at skyggeadvokaten arbeider for å ivareta klientens interesser. Rettspraksis viser i hvert fall at representasjon kan balansere noe skjevhet. Dette viser noe helt sentralt ved skyggeadvokatens rolle; å balansere en styrkemessig skjevhet i lys av likhetsprinsippet i straffeprosessen.

3.4 Forsvarer fra tidlig tidspunkt

Når påtalemyndigheten foretar seg visse handlinger i den hensikt å etterforske mulige straffbare forhold utført av enkeltpersoner, oppstår det på ulike tidspunkt rettigheter som innebærer at man har krav på forsvarer. Nøyaktig når rettigheten oppstår avhenger av hvor i straffeprosessen man befinner seg, hvilken status man har og hvilke virkemidler man utsettes for. Man har etter norsk rett krav på offentlig oppnevnt forsvarer i de tilfellene som fremgår i strpl. § 96-99.

⁴⁶ Foucher mot Frankrike, avsnitt 34

⁴⁷ Rt. 1998 s.1467

I tilfeller der påtalemyndigheten får benytte seg av skjulte tvangsmidler, er man som regel svært tidlig i prosessen. For eksempel har den som etterforskningen retter på dette tidspunktet fortsatt status som mistenkt. Status som siktet får vedkommende først etter at vedkommende har fått underretning om bruken av tvangsmiddelet⁴⁸.

Gjennom rettspraksis har EMD tydeliggjort at retten til en rettferdig rettergang oppstår tidlig i etterforskningsfasen.⁴⁹ I *Salduz mot Tyrkia* uttalte domstolen:

“Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ ... Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right”.⁵⁰

Høyesterett poengterer betydningen av at de sentrale momentene fra *Salduz* gjennom en rekke avgjørelser siden 2008. I noen tilfeller har EMD uttrykt seg i noe ulik ordlyd enn i *Salduz*, men dette mener Høyesterett at er uten betydning: *“(...)ikke noe av dette kan rokke ved at EMD meget sterkt og klart har understreket betydningen av at forsvarer involveres på et tidlig stadium i prosessen”*.⁵¹

Ved bruk av skjulte tvangsmidler blir det ikke oppnevnt forsvarer som i tilfellene nevnt i strpl. § 96-99. I fraværet av en “vanlig” forsvarer fra første avhør, spiller skyggeadvokaten en viktig rolle for å bidra til kravet om en rettferdig rettergang opprettholdes, selv uten at mistenkte får oppnevnt forsvarer fra et tidlig stadium i etterforskningen. På samme måte som i en tradisjonell etterforskning, er skyggeadvokatens oppgave å bidra til kontradiksjon. Den nevnte rettspraksis tydeliggjør viktigheten av skyggeadvokatens rolle, særlig for å overholde de krav EMD har satt til at forsvaret skal være på plass på et tidlig tidspunkt i straffeprosessen.

3.5 Når starter kravet om rettferdig rettergang

Retten til en rettferdig rettergang er den overordnede rettigheten som EMK artikkel 6 angir. Etter ordlyden av “rettergang” jf. EMK art. 6 nr 1, kan man forstå at kravet om rettferdighet primært knytter

⁴⁸ Strpl. 82 tredje ledd

⁴⁹ NOU 2016:24, s. 217

⁵⁰ *Salduz mot Tyrkia*, 2008, avsnitt 55

⁵¹ Rt 2015 s. 844, avsnitt 33.

seg til hovedforhandlingen, altså selve iretteførelsen av saken. En slik ordlydsforståelse vil kunne innebære at kravet ikke primært gjør seg gjeldende i etterforskningsfasen, der typisk tvangsmiddelbruk kan være aktuelt. Den rene ordlydstolkningen må klart nyanseres.

Som nevnt under avsnitt 3.1 er imidlertid formålsbetraktninger sentrale i fortolkningen av menneskerettighetskonvensjonen, og således viktigere enn den naturlige språklige forståelsen. Ser man på artikkel 6 i et formålsperspektiv, er det nok naturlig å forstå at rettigheten også skal gjelde på etterforskningsstadiet. Selv om ordlyden kanskje kan tenkes drar i retning av at den kun gjelder under hovedforhandling, tilsier en formålsbetraktende tolkning at retten må gjøres gjeldende under hele prosessen. Dette er likevel som utgangspunkt ikke tilfelle, fordi det før selve iretteføringen ikke er tale om å få avgjort saken, jf. EMK art 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1. Gjennom EMDs praksis er det imidlertid ifølge Jebens klart at rettergangen som helhet må vurderes i lys av kravet om rettferdig rettergang.⁵² Nettopp dette var tema i saken Lhermitte mot Belgia. Domstolen måtte vurdere en sak der tema blant annet var om tiltalte ikke i tilstrekkelig grad forstod årsaken til at han ble dømt. Før den konkrete vurderingen slo domstolen på generelt grunnlag fast at spørsmålet om rettferdig rettergang må vurderes på bakgrunn av hele straffeforfølgingen, ikke enkeltdele. EMD formulerte det som at: “*compliance with the requirements of a fair trial must be assessed on the basis of the proceedings as a whole and in the specific context of the legal system concerned*”.⁵³

Det er naturlig å forstå “*proceedings*” som at kravet begynner å løpe i det etterforskningsprosessen mot mistenkte starter. Det synes også å være slik Jebens tolker det⁵⁴, og det er også utgangspunktet i ulike eksempler på EMDs praksis.⁵⁵

Det er spesielt to slutninger som er naturlig å trekke fra dette, som er relevant for skyggeadvokatens rolle. Det ene er at kravet om en rettferdig rettergang begynner å løpe helt fra start, altså når tvangsmiddelet blir begjært. Dette tydeliggjør skyggeadvokatens rolle i domstolens behandling av de skjulte tvangsmidlene. Når et menneske blir utsatt for tvangsmidler uten å selv være klar over det, oppstår det en rettssikkerhetsmessig skjevhet. I et slikt perspektiv må man kunne si at skyggeadvokatens rolle er nettopp å bidra til en balansering av den skjevheten. Skyggeadvokaten spiller derfor en sentral rolle som virkemiddel for å utjevne skjevhetene som oppstår i denne tidlige fasen av straffeforfølgingen.

⁵² Jebens 2004, s. 313

⁵³ Lhermitte mot Belgia, 2016, avs. 69

⁵⁴ Jebens 2004, s. 313

⁵⁵ Kalandia mot Georgia, avs. 39

3.6 Krav om forholdsmessighet

Som nevnt er det mulig å gjennomføre inngrep i menneskerettighetene, dersom visse vilkår er innfridd, se nærmere under punkt 3.1. Det sentrale vilkåret her er forholdsmessighetskravet. I EMK artikkel 8 er vilkåret formulert som et krav om at det aktuelle inngrepet i rettigheten må være “nødvendig i et demokratisk samfunn”. I EMDs rettspraksis har det blitt oppstilt krav om at myndighetenes begrunnelse for å foreta inngrepet må være “relevant («relevant») og tilstrekkelig («sufficient»)”.⁵⁶ I denne sammenheng betyr dette at de lovhjemlede metodene politiet tillates å bruke må være egnet til å oppnå det aktuelle formålet, nemlig å forbedre politiets muligheter til å ivareta nasjonal sikkerhet eller forebygge uorden eller kriminalitet.⁵⁷

I en situasjon der tradisjonelle tvangsmidler begjæres, er en av jobbene til en forsvarer å stille spørsmål ved forholdsmessigheten ved bruk av de tvangsmidlene som påtalemyndigheten begjærer. Dette er også en oppgave som skyggeadvokaten har, men på mange måter har forsvareren og skyggeadvokaten to ganske ulike utgangspunkt. Forskjellen består grovt sett i hvor mye informasjon man har før man skal utføre sitt oppdrag. En forsvarer har som oftest lest gjennom sakens dokumenter, vært i dialog med sin klient og dermed skaffet seg et helhetlig bilde av saken. I skyggeadvokatens tilfelle har man også fått tilgang til deler av sakens dokumenter. Man har imidlertid ikke vært i dialog med klienten. Dette vil innebære at man som skyggeadvokat har noe mindre informasjon å bygge på når man skal utfordre forholdsmessighetsvurderingen ved inngrepet.

Det ligger i skyggeadvokatens rolle at man skal sikre at inngrepet som det skjulte tvangsmiddelet representerer både er relevant og tilstrekkelig, som EMD har påpekt. I hvor stor grad skyggeadvokaten har mulighet til å utfordre påtalemyndighetens egen forholdsmessighetsvurdering, er et aktuelt spørsmål. Som blant annet intervjuet i besvarelsens del 4 vil vise, er det delte meninger om dette. Rognlien har i en av sine artikler uttalt at manglende tilgang på informasjon fra påtalemyndigheten er utilfredsstillende. Han mener påtalemyndigheten generelt legger frem for få saksdokumenter og at det derfor blir “umulig for en advokat å vurdere om vilkårene for avlytting foreligger. Å fortsette som advokat i slike saker vil bidra til å skape en illusjon om at mistenktes interesser blir ivaretatt”.⁵⁸ Bevissthet rundt faren for å befinne seg i en situasjon hvor man har underskudd av informasjon synes således å være en viktig del av skyggeadvokatens rolle.

⁵⁶ Dudgeon mot Storbritannia, 1981, avsnitt 54

⁵⁷ NOU 2009:15, punkt 7.3

⁵⁸ Rognlien, 2004, artikkel s. 87

3.7 Kontradiksjon

I de tilfeller der skyggeadvokaten oppnevnes, ønsker påtalemyndigheten å benytte seg av tvangsmidler som skiller seg fra øvrig metodebruk på et vesentlig punkt: Mistenkte vet ikke om dem. Når den tvangsmidlene retter seg mot selv ikke vet om hva som skjer, blir muligheten til reell kontradiksjon svekket. Gjennom rettspraksis har EMD slått fast at hvis man befinner seg i en situasjon hvor et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp blir utfordret, kan blant annet forutsigbarhet for den mistenkte avhjelpe den rettssikkerhetsmessige ubalansen som har oppstått. Metodekontrollutvalget viser til at EMD i flere avgjørelser vist til at det er en viktig rettssikkerhetsgaranti at inngrep i grunnleggende rettigheter undergis kontroll av en advokat, slik skyggeadvokatordningen legger opp til.⁵⁹

Kontradiksjon er et grunnleggende prinsipp i alle saker på strafferettens område. EMD har også pekt på at risikoen for tilfeldige og urettmessige inngrep i rettighetene blir ekstra tydelige når det er snakk om inngrep som foregår i det skjulte. EMD formulerte det som at: “Especially where a power of the executive is exercised in secret the risks of arbitrariness are evident.”⁶⁰ I en annen sak har EMD påpekt at behovet for prosedyrer som ivaretar kontradiksjon, er særlig viktig i saker der mistenkte selv ikke kan tale sin egen sak. *“It must therefore scrutinise the decision-making procedure to ensure that, as far as possible, it complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused”*⁶¹

Det synes ut fra EMDs praksis å være tydelig at man står i en rettssikkerhetsmessig særstilling ved bruk av skjulte etterforskningskritt. Rollen til skyggeadvokaten må forstås i lys av denne særstillingen. Advokaten har et stort ansvar for å ivareta kontradiksjon på vegne av den mistenkte, selv om man ikke har mulighet til å rådføre seg med vedkommende.

4 Statistikk og intervjuer

4.1 Innledning

I det følgende vil jeg bevege meg et stykke bort fra det teoretiske perspektivet, og innta en mer praktisk tilnærming til skyggeadvokatens rolle. Det vil derfor i denne delen presenteres et øyeblikksbilde av

⁵⁹ NOU 2009:15, s. 67

⁶⁰ Valenzuela Contreras mot Spania, 1998, avsnitt 46

⁶¹ Janatuinen mot Finland, 2009, avsnitt 43

nå-situasjonen. Dette gjøres ved å se på noen tendenser, i tillegg til konkrete intervjuer med mennesker som i dag har erfaring med å forholde seg til ulike aspekter ved skyggeadvokatorordningen og dens rolle i virkeligheten.

Intervjuene er gjort med få dagers mellomrom i månedsskiftet mars/april 2021. Målet har vært å belyse skyggeadvokatens rolle fra ulike ståsted, og på den måten gi en realistisk og aktuell beskrivelse av hvordan aktørene som er i befatning med rollen opplever den.

Det finnes ingen offentlig oversikt over advokater som utfører oppdrag i medhold av § 100a. Jeg har derfor kontaktet Riksadvokatembetet, forsvarergruppen i Advokatforeningen og Bergen tingrett. Etter en siling av de opplysninger jeg fikk, har jeg endt opp med tre aktører som har ulike betraktninger knyttet til det denne oppgaven søker å belyse. Informantene har selv lest gjennom det som skrives fra mine samtaler med dem, og godkjent at det brukes i denne besvarelsen.

4.2 Metodiske betraktninger

Hensikten med intervjuene har vært å gi et øyeblikksbilde av betraktninger som et lite utvalg relevante informanter har knyttet til skyggeadvokatens rolle. Det anses ikke hensiktsmessig å gjøre noen dyptpløyende teoretisk analyse av metodisk tilnærming, da dette vil innebære et stort sprang bort fra det som er tematikken for besvarelsen. I denne delen vil jeg i stedet fremme noen metodiske betraktninger knyttet til mitt valg av intervju som metode.

Intervjuene ble gjennomført ved bruk av et såkalt semistrukturert intervju. Formen har blitt definert som ”en planlagt og fleksibel samtale som har som formål å innhente beskrivelser av intervjupersonens livsverden med henblikk på fortolkning av meningen med de fenomener som blir beskrevet”.⁶²

Alle intervjuene ble gjennomført med utgangspunkt i en lik intervjuguide, men at det også har vært rom for å forfølge interessante detaljer som fremkom i løpet av intervjuene. Fordelen ved dette er man står friere til å forfølge aspekter som informantene og intervjuer er særlig opptatt av, og således kan få frem perspektiver som ville gått tapt i et mer lukket intervju. Ulempen er at man mister nyanser ved å åpne opp for at informantene styrer retningen på intervjuet i for stor grad. Det ble arbeidet grundig med å utforme spørsmålene på en måte som i teorien skulle gjøre det mulig for informantene å svare åpent og unngå at de skulle være ladd på noen måte.

⁶² Kvale og Brinkmann (2009), s.325

Utvalget av informanter ble gjort delvis basert på et bevisst ønske fra min side, men også i noen grad basert på hva som lot seg praktisk gjennomføre. Det viste seg raskt å være noen utfordringer knyttet til å finne informanter som både hadde innsikt i ordningen og ønsket å stille. Noen av de som ble kontaktet, takket nei fordi de var usikre på i hvor stor grad de kunne tillate seg å snakke åpent om at de selv opererte som skyggeadvokat. Dette var også en betenkelighet som ble reist av de som ble kontaktet i domstolsapparatet. Det var et bevisst valg å intervju aktører som i kraft av sine roller har ulike innfallsvinkler til skyggeadvokaten og dens rolle. Jeg tilstrebet derfor å få Riksadvokat, forsvarsadvokat og påtaleadvokat. Disse faktorene preget utvelgelsen av informanter. Det at noen av de jeg kontaktet takket nei, mens andre ja, kan tilsi at de i mitt utvalg har noe til felles med hverandre. De som takket nei kan ha andre perspektiver om skyggeadvokatens rolle, enn de som lot seg intervju. Jeg er bevisst på at dette kan ha ført til en viss seleksjonsskjevhet i utvalget, som kan ha påvirket resultatene. Innenfor tidsperioden satt av til arbeid med oppgaven, synes det ikke mulig å fullt ut kompensere for denne eventuelle påvirkningen.

Intervjuene ble gjennomført med kort tids mellomrom om lag halvveis ut i arbeidet med denne avhandlingen. Det var et bevisst valg å ikke gjennomføre dem for tidlig, for å kunne stille relevante og velfunderte oppfølgingsspørsmål til informantene. Samtidig kunne ikke intervjuene gjennomføres for sent i prosessen. Det kunne ha ført til at det ikke ville bli tilstrekkelig tid til å bearbeide tekstene. Det opplevdes som en fordel å gjennomføre alle intervjuene med kort tids mellomrom, fordi det gjorde det lettere å få øye på interessante ulikheter ved informantenes syn på ordningen.

Notatene fra intervjuene ble transkribert like etter at intervjuene ble gjennomført. Transkriberingen gjorde jeg selv, uten bruk av programvare av noe slag. Deretter ble transkriberingen bearbeidet til den løpende teksten som fremgår i del fire av besvarelsen. Valget mellom å tydeliggjøre skillet mellom direkte sitat og indirekte sitat ble tatt for å gjøre det lettere å lese teksten i sin helhet. Alle informantene har fått sine respektive tekster til gjennomlesing og godkjent at de siteres på det som fremgår i teksten.

En annen problemstilling er intervjuenes validitet. I samfunnsfaglig teori er dette knyttet til datamaterialets gyldighet for de problemstillinger som skal belyses.⁶³ Informasjonsinnhenting som er gjort i forbindelse med dette arbeidet er selvsagt gjort for å belyse problemstillingen, men er på ingen måte bred nok til å kunne trekke bastante konklusjoner. Likevel kan det være verdifullt å løfte frem subjektive opplevelser og betraktninger. Det kunne vært interessant å gjennomføre en større studie av hva aktørene nærmest denne ordningen reelt sett synes, ettersom det har gått en del år siden det sist ble gjort.

⁶³ Grønmo, 2004, s.221

4.3 Statistikk fra KK-utvalget

I henhold til straffeprosessloven § 216h skal et kontrollutvalg føre kontroll med politiets bruk av de avlytting og andre kommunikasjonsformer som er angitt i strpl. kap 16 og politiregisterloven §50 tredje ledd. Utvalget har navnet Kommunikasjonskontrollutvalget, men omtales vanligvis som KK-utvalget, slik det også vil bli omtalt i fortsettelsen her.

Utvalgets oppgaver er presisert i kommunikasjonskontrollforskriften § 14. Utvalget skal blant annet kontrollere at “politiets bruk av kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing skjer innenfor rammen av lov og instruksjer” og at “tvangsmiddelbruken begrenses mest mulig”.⁶⁴

Hvert år publiserer utvalget en årsrapport der de blant annet oppgir statistikk over bruk av de aktuelle tvangsmidlene som faller inn under kategorien skjulte etterforskningskritt. I rapportene deler man i de fleste tilfellene inn statistikken i tre deler: Kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing. Av disse er det kommunikasjonskontroll som er desidert vanligst, og i det følgende vil jeg bruke denne kategorien som en illustrasjon.

Ved å systematisere tall fra Kontrollrådet for kommunikasjonskontrolls årsrapporter helt tilbake til 2012, kan man se en klar tendens. Det er få tilfeller hvor påtalemyndigheten går til domstolen og ber om å få utøve kommunikasjonskontroll, og domstolen sier nei.

I perioden 2012-2019 har norske tingretter vurdert om påtalemyndigheten skal gis tillatelse til kommunikasjonskontroll i 1257 saker. Hver sak er ulik, og antall saker sier for eksempel ingenting om hvor mange personer som er utsatt for kommunikasjonskontroll. I 51 av disse 1257 sakene avviste tingretten påtalemyndighetens begjæring om bruk av kommunikasjonskontroll.

Rapportene oppgir i varierende grad hva som skjer etter tingrettens behandling. I et tilfelle, 2019-rapporten, har utvalget opplyst at tingretten i seks tilfeller nektet påtalemyndigheten å gjennomføre kommunikasjonskontroll. I to av disse tilfellene ble tillatelse gitt etter ny, senere begjæring. Ettersom ikke alle rapportene inneholder slik detaljert rapportering som 2019-rapporten, er det vanskelig å si noe eksakt om hvor mange av påtalemyndighetens begjæringer som har blitt endelig avslått i den aktuelle perioden. Tendensen om at de fleste begjæringer blir etterkommet er imidlertid svært tydelig.

I tillegg fremgår det av 2019-rapporten at skyggeadvokaten i fem tilfeller anket tingrettens kjennelse der den ga påtalemyndigheten tillatelse til å utføre kommunikasjonskontroll. Ingen av disse ankene førte fram

⁶⁴ Forskrift av 9. september 2016 om kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing, § 14

i lagmannsretten. Dette er ikke unikt for 2019. Ifølge rapportene fra årene 2012-2019 har skyggeadvokatens anker i til sammen *fem* tilfeller ført fram i lagmannsretten. Skyggeadvokatens anke har altså i fem av 1257 tilfeller ført til at lagmannsretten har omgjort tingrettens opprinnelige tillatelse til kommunikasjonskontroll.

På den ene siden kan denne tendensen være en indikator på at advokaten har liten reell betydning. Som en av mine informanter, under punkt 3.3 er inne på, finnes det de som argumenterer for at den manglende gjennomslagskraften, i form av få tilfeller der anken fører fram, er indikasjon på at skyggeadvokatens reelle verdi kan settes spørsmålstegn ved.

En annen forståelse av den klare tendensen kan være at de sakene der det blir fremmet begjæring om bruk av kommunikasjonskontroll, er at dette er saker der påtalemyndigheten generelt sett har så mye informasjon tilgjengelig, at domstolene generelt finner argumentasjonen deres overbevisende. Dette er også en av informantene inne på, spesielt representanten for Riksadvokaten i punkt 4.3.

4.4 Intervju med Line Presthus ved Riksadvokaten

Line Steen Presthus arbeider for øyeblikket som konstituert statsadvokat ved Riksadvokatembetet. Steen Presthus har imidlertid jobbet i nærmere 15 år som påtalejurist, etterforskningsleder og fagansvarlig ved Oslo politidistrikt. De siste fem-seks årene har hun nesten utelukkende arbeidet med skjult etterforskning, som har vært hennes primære ansvarsområde. Med dette i bakhodet, anses det å være mest hensiktsmessig at Presthus ikke primært uttaler seg på vegne av embetet hun nå representerer, men snarere i kraft av sin brede erfaring på området fra et påtaleperspektiv. Presthus selv opplyser at skyggeadvokatordningen uansett er noe som Riksadvokaten generelt sett har lite direkte befatning med, og at det derfor uansett er begrenset hvor mye hun kunne ha uttalt seg om på embetets vegne.

Nødvendig ordning

Ordningen med skyggeadvokater ble som allerede nevnt innført like før tusenårsskiftet. I dag beskriver Presthus ordningen som helt nødvendig.

- Jeg anser den som en helt nødvendig forutsetning for systemet vi har i dag. Til tross for at etterforskningen utføres skjult, og at mistenkte således ikke vet om den, skal han ha samme rettssikkerhetsgarantier som ellers, sier Presthus.

Hun peker på at påtalemyndigheten uansett skal utvise objektivitet i sin etterforskning.

Objektivitetsplikten fremgår også klart av lovtekst jf. strpl. §226 og §55 fjerde ledd. I tillegg til den rettssikkerhetsgarantien som ligger i domstolsprøvingen i seg selv, mener hun at det må være på plass en reell motpart som kan ha et kritisk blick på det påtalemyndigheten legger fram.

- Dette er snakk om inngripende etterforskningsmetoder. En ordning som denne er derfor helt nødvendig, sier hun.

Skriftlig behandling

Presthus forteller at hennes erfaring er at forhandlingene i praksis utelukkende foregår skriftlig. Hun legger imidlertid til at hun kjenner til at man andre steder i landet i noen grad praktiserer muntlige forhandlinger. I Oslo følger man stort sett en fast saksgang. Påtalemyndigheten sender fra seg sine dokumenter til retten, der den oppnevnte skyggeadvokaten kan gå gjennom dokumentene. Dokumentene sendes ikke til advokatens kontor, blant annet fordi dokumentene normalt er gradert etter sikkerhetsinstruksen, og derfor skal behandles på en måte som er i henholdt til denne. I retten leser skyggeadvokaten gjennom materialet. Deretter skriver vedkommende sin eventuelle skriftlige uttalelse, som sammen sendes til domstolen. Etter 15 års erfaring på ene siden av bordet i saker der 100 a-advokaten oppnevnes, har Presthus til gode å ha en dårlig opplevelse med disse advokatene.

- Min erfaring er at de gjør en samvittighetsfull og god jobb. Dersom vi beveger oss på grensen for det som anses å være skjellig grunn til mistanke, et nødvendig vilkår for alle tvangsmidler, så vet vi at 100 a-advokaten vil påpeke dette for domstolen. Det er umulig å “jukse” med jussen, for du vet at det vil bli påpekt av motparten. Det skjerper oss, og gjør at vi må argumentere godt for hvorfor vi mener vilkåret er innfridd, sier hun.

Presthus mener at det ikke er nødvendig å rådføre seg med den man representerer for å ivareta dens interesser.

- Selv om det sikkert er en rar posisjon å innta, så er det mulig å ivareta noens rettigheter uten å snakke med dem. De kan gjøre en veldig god jobb ved å vurdere om vilkårene i loven er oppfylt, sier Presthus.

Statsadvokaten er tydelig på at hun mener at statistikken fra kommunikasjonskontrollutvalget ikke indikerer at skyggeadvokatens rolle er av mindre betydning.

- Jeg har jobbet med dette i 15 år, og noen ganger har jeg fått nei. Selv om statistikken viser at påtalemyndigheten ofte får domstolens medhold til denne type tvangsmidler, så tror jeg ikke det har noe å gjøre med at 100 a-advokaten skulle ha lite innflytelse. Det å etterforske ved bruk av de skjulte tvangsmidlene er ekstremt arbeids- og ressurskrevende, og vi setter ikke i gang med dette med mindre vi har knadd og grublet på problemstillingen gjentatte ganger. Vi har ikke en eneste krone å kaste bort på feil bruk av ressurser, sier den erfarne påtaleadvokaten.

Nødvendig med noe hemmelighold

På spørsmål om det er for lite åpenhet knyttet til skyggeadvokatordningen, svarer Presthus avkreftende. Ved siden av at noen forhold opplagt må holdes skjult på grunn av at de er gradert, mener hun også at samfunnet som sådan er tjent med at visse sider av politiets skjulte etterforskning holdes nettopp skjult.

- Noen ganger må åpenhet vike for andre forhold. I noen tilfeller, og i disse sakene oftere enn i andre, blir kriminaliteten så hard at man begynner å bevege seg inn i et område hvor sikkerheten til aktørene kan settes på spill, dersom for mye informasjon gjøres kjent for offentligheten. Dette gjelder ikke bare for politipersonell, men også for de 100 a-advokatene som arbeider med denne type saker. De advokatene som jobber med disse sakene jobber mer alene enn det politifolk gjør, og det kan gjøre dem mer utsatt. Dersom de kriminelle får vite hvem som jobber med disse sakene, kan de bli utsatt for press eller handlinger for at de kriminelle skal få vite hva de vet om hvem, for eksempel. Det tror jeg ville vært veldig uheldig, sier Presthus.

I tillegg til sikkerhetsperspektivet, peker hun også på det generelle metodevernet.

- Vi ser at skjult etterforskning ikke er så effektivt som det var for 10-15 år siden. Det er blant annet fordi at de metodene vi har er så godt kjent og så bredt omtalt i media, at de som kunne havne i politiets søkelys, tilpasser seg. Dette med skyggeadvokaten er sånn sett litt på siden, men at denne

ordningen ikke omtales i for stor grad er nok generelt et gode for at metodene ikke skal eksponeres i for stor grad, sier hun.

I liten grad påvirket av EMK

Presthus opplyser at hun i sitt daglige virke som påtalejurist ikke ofte berører problemstillinger der praksis fra EMD har blitt avgjørende. På direkte spørsmål sier hun at hun ikke kan komme på noen konkrete avgjørelser fra domstolen som har påvirket hennes arbeid i særlig grad.

Likevel er hun tydelig på at praksis fra EMD, generelt sett, er en viktig rettskilde.

- Men generelt sett er jo norsk praksis relativt ofte på den riktige siden av EMK artikkel 6 og 8. Vi har en god straffeprosess og tydelige rettssikkerhetsgarantier i lovgivningen. Tvangsmidlene som vi snakker om her er i utgangspunktet svært inngripende handlinger, og det er nettopp det lovgiver har tatt hensyn til i Norge. Jo høyere inngrepet er, jo høyere krav blir stilt til den aktuelle kriminaliteten, mistankens styrke, også videre.

Sentral rettssikkerhetsgaranti

Man har lovfestet strenge krav til forholdsmessighet mellom tvangsmiddel som benyttes og kriminalitetens alvor.⁶⁵ Påtalemyndigheten har en lovpålagt objektivitetsplikt.⁶⁶ Skyggeadvokatens rolle er, i samspill med disse momentene, viktig i en total rettssikkerhetsgaranti, ifølge Presthus.

- Det er mulig jeg har begrenset fantasi, men jeg kan ikke se hvordan vi kunne gjort dette på en annen måte. Det er vanskelig å se for seg et bedre system for å ivareta de rettssikkerhetsgarantier vi kjenner fra systemet vårt ellers. 100 a-ordningen bidrar til å ivareta equality of arms-prinsippet gjennom kontradiksjon i disse spørsmålene. Man har etter mitt syn langt på vei de samme elementene som i en åpen prosess, og 100 a-advokaten er helt nødvendig for å få det til.

4.5 Intervju med Marius Dietrichson i Advokatforeningen

⁶⁵ Strpl. kap. 16

⁶⁶ Strpl. § 55a fjerde ledd

Marius Oscar Dietrichson har bakgrunn som politiadvokat, dommerfullmektig og er nå partner og styreleder i selskapet Furuholmen Dietrichson AS. De siste seks årene har Dietrichson også vært leder av forsvarergruppen i Advokatforeningen. Denne gruppen i foreningen har i henhold til egne nettsider som formål å “styrke siktedes rettsstilling, styrke forsvarerrollen og styrke forsvarernes interesser”.⁶⁷

Dietrichson, som uttaler seg på vegne av forsvarergruppen, er svært kritisk til skyggeadvokatordningen.

- Ordningen finnes fordi den skal sørge for kontradiksjon i domstolen. Problemet er bare at det ikke er noen reell kontradiksjon. Man får ikke snakket med sin klient, det er umulig å vite hvor skoen trykker og dermed også umulig å vite hva et forsvar reelt sett skal bygges på, sier han.

Korte tidsfrister er også en del av problemet, sier Dietrichson, som forteller at han baserer meningene sine på tilbakemeldinger han har fått fra forsvarerkolleger både gjennom sitt verv i foreningen og ellers.

- I tillegg til at man ikke får snakket med klienten sin, så opereres det ofte med korte tidsfrister. Det er ikke sjelden at det haster for påtalemyndigheten å få gjennomført de aktuelle tvangsmidlene. Realiteten blir da ofte slik at skyggeadvokaten får tilsendt store mengder dokumenter, med kort frist på å komme med eventuelle innsigelser til domstolen. Etter min oppfatning er dette en rettsprosess som er en ren skinnprosess, sier Dietrichson.

Som nevnt under punkt 4.2 viser statistikk fra kommunikasjonskontrollutvalget at påtalemyndighetens begjæring om bruk av skjulte tvangsmidler i relativt få saker blir avvist av domstolene. Dietrichson mener at dette er en indikasjon på at skyggeadvokatens reelle betydning er svært begrenset.

- De får medhold i så og si alt de ber om. Arbeidsformen er så dårlig at skyggeadvokaten ikke har anledning til å gi reell motstand i behandlingen av saken. Jeg mener at påtalemyndigheten like gjerne kunne skrevet direkte til domstolene, uten skyggeadvokatens involvering. Med tanke på hvilket resultat domstolen kommer til, mener jeg det ville bety minimalt å fjerne skyggeadvokaten, sier han.

Av konkrete endringer, peker Dietrichson på at domstolsbehandlingen som et minimum burde foregå muntlig.

⁶⁷ Advokatforeningens nettsider, <https://www.advokatforeningen.no/om/org/organer/faggruppene/forsvarergruppen/praktisk-informasjon/forsvarergruppen/> - Lastet 10.05.21.

- Nå er det bare skriftlige forhandlinger, basert på det vi får tilbakemelding om. Det burde utvilsomt vært muntlige forhandlinger. Da ville man kunne stille spørsmål på en helt annen måte, og hele prosessen ville vært mer transparent.

Dietrichson sier han har et inntrykk av mange erfarne strafferettsadvokater vegrer seg for å påta seg skyggeadvokatoppdrag, nettopp med bakgrunn i de innvendingene han fremmer. Han forteller blant annet om en profilert straffesak, der han ble kjent med at skyggeadvokaten i saken hadde et helt annet ekspertiseområde enn strafferett. Han presiserer at han ikke kan vise til statistikk for påstanden, men mener at inntrykket er velbegrunnet på bakgrunn av tilbakemeldinger som forsvarergruppen får.

- Slik det er i dag er dette bare en ordning man har for å være på riktig side i forhold til krav fra menneskerettighetsdomstolen. Den formelle rollen til skyggeadvokaten er den i et rettsstatlig perspektiv skal ivareta kontradiksjon til påtalemyndighetens begjæring, sier han. Problemet er bare at det er en skinnprosess. Skyggeadvokaten har ingen reell funksjon, sier han.

4.6 Intervju med praktiserende advokat og tidligere politimester, Einar Drægebø

Einar Drægebø er tidligere politimester i daværende Hordaland politidistrikt i årene 1997-2001. I dag er han partner i advokatfirmaet Harris og har straffeprosess som et flere ekspertiseområder. På midten av 90-tallet var han sjef for PST på Vestlandet, og ble innsatt som settesjef for sikkerhetstjenesten da spørsmål om innsyn i Treholt-saken ble vurdert i 2007. Disse erfaringene har gitt ham bredt innblikk i skyggeadvokatordningen på flere nivåer, og ifølge Drægebø selv har han et stort engasjement for rettssikkerhet. Han forteller at han er tilhenger av ordningen, som han mener bidrar til kontradiksjon langs to akser.

- Det ene er fra mistenktes perspektiv. Hans interesser blir ivaretatt i saken, og således møter påtalemyndigheten motstand på sine argumenter. Det andre er fra dommer-perspektivet, der dommeren får en ekstra trygghet ved at siktede har fått oppnevnt en advokat. Dommeren skal alene, hjemlet i strpl § 294, våke over sakens fulle opplysning. Dert at en advokat, på motsatt side av påtalemyndigheten, også har vurdert saken, er en trygghet for dommeren. Hele intensjonen er å sikre den mistenktes rettssikkerhet. Det er i seg selv et gode.

Drægebø mener, som Presthus, at det er mulig å “vareta den mistenktes interesser” jf. Strpl §100 a, selv om skyggeadvokaten ikke kan kommunisere med den som representeres.

- Det er åpenbart utfordrende. Det å ikke kunne kommunisere med mistenkte og presentere ham for de beskyldninger som blir rettet mot ham, er jo opplagt noe som gjør det mer utfordrende å ivareta hans interesser. Det vil begrense advokatens reelle mulighet til å få et fullstendig bilde. Men i helheten spiller advokaten en viktig rolle, sier han.

Ønskelig med begrenset åpenhet

Drægebø viser til påtalemyndighetens objektivitetsplikt i strpl. §§55 jf. 226 tredje ledd og kravet om at domstolene skal sikre sakens fulle opplysnings jf. § 294. Når skyggeadvokaten bidrar til kontradiksjon i spørsmålene om bruk av tvangsmidler, mener Drægebø at rettssikkerheten ivaretas.

- Formålet med disse inngripende tvangsmidlene er å stanse store, ofte pågående, kriminelle handlinger. Det mener jeg er et aktverdig formål. Hvis vi skulle fjerne muligheten for å drive denne formen for etterforskningsskritt, ville muligheten til å oppklare saker av denne typen bli vesentlig avskåret.

Drægebø er ikke blant dem som mener at det er for lite åpenhet omkring skyggeadvokatordningen og de tvangsmidlene som påtalemyndigheten benytter seg av i saker hvor de involveres. Han mener at det er et gode at offentligheten får begrenset med informasjon om disse sakene.

- Rammene for disse sakene er at man skal bevare taushet. Både når det kommer til etterforskningmetoder og når det kommer til aktører som kan tenkes å skulle bli forsøkt påvirket, så er det fornuftig, sier han.

Kritiserer manglende muntlighet

Muntlighetsprinsippet står, sammen med blant annet anklage-, offentlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet, som grunnprinsipper i vår straffeprosessuelle lovgivning.⁶⁸ Likevel er

⁶⁸ NOU 2016: 24, s.95

skriftlighet regelen fremfor unntaket i sakene der 100 a-advokaten trer inn, ifølge Presthus⁶⁹. Dette mener Drægebø er en uheldig side ved ordningen.

- Dersom man hadde hatt muntlige forhandlinger i disse sakene, kunne det bidratt til at dommeren kunne blitt enda mer oppmerksom på ulike sider ved saken. Dersom dommeren kunne stilt partene spørsmål i en muntlig sammenheng, ville saken muligens blitt enda bedre belyst. Dette kunne føre til at den plikten domstolen har til å sørge for sakens opplysning etter §294 ville blitt utført på en bedre måte. Konsekvensen av muntlighet ville derfor etter mitt syn bli en styrket rettssikkerhet.

Han ser imidlertid to mulige utfordringer ved å innføre krav til muntlighet i disse sakene.

- Det ene er ressurser og ressursbruk. Uten at jeg kan anslå noen tall, vil det trolig være mer ressurskrevende å gjennomføre muntlige rettsmøtet i disse sakene. Det er et prosessøkonomisk hensyn man må ta. Det andre er mulige lekkasjer. Altså muligheten for at opplysninger fra etterforskningen kan tenkes å nå andre enn de som må vite om den, dersom man gjennomfører muntlige møter. Det vil utvilsomt øke antall mennesker som kjenner informasjon om saken, og på den måten vil også sjansen for lekkasjer øke. Hvor reell denne faren er, må man nødvendigvis undersøke nærmere for å avklare.

Drægebø mener at man ikke kan si at skyggeadvokatorordningen gir samme rettssikkerhet som mistenkte får i en vanlig fengslingssak. I denne sammenhengen blir "vanlig" å forstå som en sak hvor det ikke er tale om skjulte etterforskningsskritt. Han begrunner dette med at man ikke kan oppnå fullstendig lik grad av kontradiksjon som i vanlige saker, fordi mistenkte ikke kan ytre seg.

- Det er umulig å oppnå full kontradiksjon når man ikke kan kommunisere med klienten sin, så det blir galt å si at skyggeadvokatorordningen gir samme grad av rettssikkerhet. Men jeg må da stille spørsmål om hva som kunne tenkes å være alternativet til dagens ordning. Jeg ser det ikke. Det å fjerne muligheten for denne type etterforskningsskritt fremstår heller ikke hensiktsmessig. Etter min oppfatning bidrar ordningen til at rettssikkerheten ivaretas.

⁶⁹ Se intervju i punkt 4.4

4.7 Betraktninger knyttet til intervjuene

Det mest påfallende ved intervjuene var etter mitt syn hvor ulikt man så på skyggeadvokatordningen, og dermed også hvor ulikt man ser på dens rolle og betydning i et rettsstatlig perspektiv. Refleksjonene hos informantene varierte fra å mene at ordningen er en sentral rettssikkerhetsgaranti, til på motsatt side nærmest avfeie ordningen som et spill for galleriet.

Respondentenes svar har imidlertid noen fellestrekk med de funnene som gjort i kvantitative undersøkelser om temaet før. Metodeutvalgets rapport viste flere steder til undersøkelsen utført av Myhrer og Thommasen i 2009, som blir utbrodert i en nylig publisert masteroppgave i politifag.⁷⁰ Begge steder var det en klar tendens at advokatene var skeptisk til ordningens rettssikkerhetsmessige verdi, mens påtalemyndigheten og til dels også dommerne generelt var mer positive. Utvalget er selvsagt alt for lite til å trekke noen klare konklusjoner, men blant de tre informantene intervjuet i denne besvarelsen er tendensen den samme. De som har erfaring med ordningen fra påtalemyndighetens side er mer positiv til ordningen enn de som har erfaring fra forsvarersiden.

5. Skyggeadvokatens rolle i rettsstaten

Det sentrale for denne avhandlingen er å redegjøre for hvilken rettsstatlig rolle skyggeadvokaten har. Det finnes ikke formelle krav for hvem som kan oppnevnes som skyggeadvokat i medhold av strpl § 100a. Lovgiver har oppfordret domstolene til å etablere lister over advokater som er villig til å påta seg disse oppdragene, og ifølge informantene som har uttalt seg i denne oppgaven, har de ofte ulik bakgrunn. De kan være erfarne strafferettsadvokater, men de kan også primært arbeide innenfor helt andre fagdisipliner. Selve oppdraget til skyggeadvokaten er angitt i §100 a annet ledd. Den skal vareta interessene til den mistenkte og eventuelle tredjepersoner. Ettersom det finnes få formelle krav til skyggeadvokaten, er det vesentlig at man i en rettsstat har en klar oppfatning av hvilken rolle den skal spille i et rettssikkerhetsperspektiv. Spørsmålet som i det videre vil bli drøftet er hvilken rolle skyggeadvokaten spiller i et rettsstatlig perspektiv der rettssikkerhet er idealet den søker å bidra til.

⁷⁰ Espedalen, Lene, 2016, *Utfordringer og muligheter ved bruk av skjulte etterforskningsmetoder*, lastet fra https://phs.brage.unit.no/phs-xmlui/bitstream/handle/11250/2737457/master_etterf._Espedalen.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 01.06.2021

5.1 Kontradiksjon

Et av de mest sentrale prinsippene i strafferetten er kontradiksjonsprinsippet. Begrunnelsen for kravet er todelt, ifølge Øyen. På den ene siden bidrar effektiv kontradiksjon til sakens fulle opplysning. Dersom en argumentasjon møter motstand, vil det totale bildet i større grad bli utfylt. På den andre siden bidrar kontradiksjon til at både partene og samfunnet for øvrig får større tillit til avgjørelsen som tas.⁷¹ Retten til kontradiksjon fremgår både i “rettferdig rettergang” jf. GrL. §95 og “Fair trial” i EMK artikkel 6. Det selvstendige ansvaret som domstolen har for å “våke over sakens fulle opplysning”, kan vanskelig utføres uten tilstrekkelig kontradiksjon i prosessen.

I en “vanlig” rettsbehandling, oppfylles vanligvis kontradiksjonen ved at den anklagede selv får muligheten til å forsvare seg mot beskyldningene som rettes mot ham. I lovverket er det en rekke verktøy som tilgjengeliggjøres for anklagede for å oppnå dette. Eksempler er både strpl. § 244 der det fremgår at siktede skal ha rett til å “være til stede i rettsmøtet”, og §304 som gir anledning til tiltalte å “komme med en sluttbemerkning” før saken tas opp til doms. Også Høyesterett har i gjennom sin praksis fremholdt hvor sentral nettopp retten til å forsvare seg er. “Det er et grunnleggende element i retten til rettferdig rettergang at tiltalte har rett til å være tilstede i egen straffesak for å kunne forsvare seg”.⁷² I noen tilfeller, som ved bruk av skjulte tvangsmidler, er det imidlertid ikke mulig for den anklagede å forsvare seg selv.

Som det har vært redegjort for under punkt 2 og flere steder i det følgende, har 100 a-advokaten en særskilt betydning for å ivareta kravet om kontradiksjon, som er en sentral rettsikkerhetspillars i norsk strafferettspleie. Der man står i en situasjon hvor mistenkte ikke kan få vite at tvangsmidler benyttes mot ham, er skyggeadvokatens rolle å sikre at rettssikkerhetens likevel ivaretas. Bakgrunnen for paragrafen er hensynet til kontradiksjon når retten behandler en begjæring fra påtalemyndigheten om tillatelse til bruk av tvangsmidler som skal skje uten mistenktes (og mistenktes forsvarers) kjennskap⁷³.

På denne måten kan man si at skyggeadvokatens oppdrag starter i en motbakke. Man skal ivareta kontradiksjon der det kan synes svært utfordrende. Lovgiver har i lovforarbeid knyttet til bestemmelsen på mange måter erkjent at full kontradiksjon ikke er mulig ved bruk av denne typen tvangsmidler. “(...) for *til en viss grad* (egen kursivering) å kompensere for dette er det etablert en ordning etter

⁷¹ Øyen 2019, s. 285

⁷² Rt. 2014 s.1045, avsnitt 40

⁷³ Erik Keiserud mfl., Straffeprosessloven. Lovkommentar, § 100 a, Juridika <https://juridika.no/lov/1981-05-22-25/%C2%A7100a/kommentar/>

straffeprosessloven § 100 a, hvoretter det for enkelte tvangsmidler skal oppnevnes en offentlig advokat som, uten å ha kontakt med siktede, skal søke å ivareta siktetes interesser”.⁷⁴

Ved bruk av skjulte tvangsmidler, kan altså ikke den det rettes mot ikke kan vite om at det foregår. Følgen er de nevnte utgangspunkt om reell kontradiksjon må avvikes fra. Prinsippet er med andre ord ikke uten begrensninger⁷⁵. I EMD har man flere ganger vurdert saker der påtalemyndigheten har benyttet seg av skjulte tvangsmidler.

I dette perspektivet spiller på mange måter skyggeadvokaten en avgjørende rolle. Ved å stille kritiske spørsmål til påtalemyndighetens begjæring, både knyttet til jussen, faktum og forholdsmessigheten ved det aktuelle tvangsmiddelet, bidrar skyggeadvokaten til en kontradiktorisk prosess, selv uten at den anklagede en gang vet om at det foregår.

5.2 Muntlighet

Prinsippet om muntlighet i strafferettspleien er en grunnleggende bærebjelke i den norske strafferettstradisjonen. Hovedregelen er at hovedforhandlingen er muntlig.⁷⁶ Skriftlige bevis skal leses opp for retten, og den kan bare bygge sin avgjørelse på de bevis som er ført under hovedforhandling.⁷⁷ Ifølge Schei er det få land der den muntlige behandlingsformen er gjennomført så langt og så konsekvent som i Norge.⁷⁸ Det er flere årsaker til at muntlighetsprinsippet, sammen med bevisumiddelbarhetsprinsippet og offentlighetsprinsippet, har en slik sentral posisjon i strafferettspleien. Rui mener at når alle bevis, også de skriftlige, som retten kan legge vekt på, presenteres muntlig, er det mulig for tilhørerne å kontrollere hvilke bevis retten benytter.⁷⁹ Ved at denne kontrollfunksjonen utvides fra å være partenes ansvar alene, øker muligheten for at eventuelle feil i prosessen kan oppdages.

Hva angår saker der skyggeadvokaten oppnevnes, er det uklart hvor vanlig det er å avvike fra hovedregelen om muntlighet. Noe kunnskap finnes imidlertid. I arbeidet med NOU 2009:15, utførte utvalget en undersøkelse hvor man ønsket å finne ut i hvor stor grad det blir gjennomført muntlige forhandlinger i forbindelse med domstolens behandling av begjæringer om bruk av skjulte tvangsmidler,

⁷⁴ NOU 2016: 24, s.141

⁷⁵ NOU 2016: 24, s.141

⁷⁶ Strpl. §278 første ledd

⁷⁷ Strpl. §305

⁷⁸ Schei, Tore, 2014, s. 12

⁷⁹ Rui, 2014, s.428

der skyggeadvokaten er oppnevnt. Det fremstår tydelig at det ikke var tale om et absolutt svar. I rapporten fremgår det at “Så vidt utvalget har forstått praktiseres en hovedregel om muntlige forhandlinger blant annet ved tingrettene i Bergen og Trondheim”.⁸⁰ Det fremgår ikke hva utvalget har gjort for å avdekke om det kun praktiseres muntlighet i Bergen og Trondheim, eller om de har lagt mye ressurser i å sjekke forholdene ved landets øvrige tingretter. Om man legger til grunn at utvalget har sjekket alle tingretter som praktiserer muntlighet i disse spørsmålene, viser deres funn at det er mange som avviker fra hovedregelen om muntlighet. På tidspunktet fantes det 63 tingretter i Norge.

Dommerne som ble intervjuet av Metodekontrollutvalget påpekte at den manglende muntlighet også gjorde det utfordrende å gjøre en reell forholdsmessighetsvurdering. Dommerne som skal vurdere om påtalemyndighetens begjæring om tvangsmiddelbruk skal innvilges, må vurdere om alle vilkår for å gjøre det, er innfridd. I denne prosessen er forholdsmessighetsvurderingen sentral. Domstolen må vurdere om det aktuelle inngrepet er forholdsmessig, sett i forhold til de øvrige forhold i saken, som nevnt blant annet under punkt 3.6. Dommerne utvalget snakket med sa at materialet som ble fremlagt som grunnlag for begjæringen om tvangsmiddelbruk “ofte kan være begrenset, at det kan være vanskelig å foreta svært grundige vurderinger av dette og særlig konsekvensene av tvangsmiddelbruken for utenforstående tredjepersoner”.⁸¹ De mente at muntlighet kanskje kunne avhjulpet disse utfordringene.

NOU-en er nå 12 år gammel. Innenfor rammene for denne besvarelsen har det ikke vært mulig å undersøke eksakt hvor vanlig muntlige rettsmøter der skyggeadvokaten er oppnevnt i 2021. Det som er klart, er imidlertid at flere av informantene er klare på at disse rettsmøtene foregår skriftlig. I intervjuet med Statsadvokat Presthus opplyser hun at de utelukkende foregår skriftlig i Oslo politidistrikt. Med dette sagt, kan det hende at hennes erfaring er unik. Det er imidlertid lite sannsynlig. Hun har i nærmere 15 år jobbet nesten utelukkende med bruk av skjulte tvangsmidler i Norges største politidistrikt i Norge.⁸² Det fremstår ikke utenkelig at distriktet har en betydelig andel av sakene der skyggeadvokaten oppnevnes, og som seksjonsleder for skjult etterforskning har hun utelukkende erfart skriftlig behandling. Dette synes å være en klar indikasjon på at det ofte skjer skriftlig behandling.

Som vist over, fremstår det sannsynlig at det forekommer mange avvik fra hovedregelen om muntlighet i straffeprosessen i saker der skyggeadvokaten er oppnevnt. Dersom man legger dette til grunn, er det naturlig å stille seg spørsmål om hvorfor det er slik.

⁸⁰ NOU 2009: 15, s. 170.

⁸¹ NOU 2009: 15, s.124

⁸² Politiets årsrapport 2019

I EMD har man gjennom praksis etablert at det er en snever adgang for å gjøre avvik fra en konvensjonsbeskyttet rettighet. Avvik kan tillates, men det må da begrunnes at behovet for den aktuelle tvangsmiddelbruken er reelt og tydelig. EMDs praksis har her gitt medlemsstatene skjønnsmargin til å vurdere tilfeller der det er reelt nødvendig å gjennomføre tvangsmiddelbruken. Det EMD samtidig har påpekt, blant annet tydelig i Klass mot Tyskland, er at det i disse tilfellene stilles strenge krav til garantier i lovverket. Disse garantiene skal være effektive for å motvirke tilfeldige inngrep og maktmisbruk.

*“The Court must be satisfied that, whatever system of surveillance is adopted, there exist adequate and effective guarantees against abuse”.*⁸³

Metodekontrollutvalget påpekte i sin rapport at EMD i samme sak understreket viktigheten av kontroll med tillatelsene til bruken av slike metoder. De pekte på at denne kontrollen kan foregå på tre stadier: Når begjæring om metodebruk fremsettes, mens den gjennomføres eller etter at den er avsluttet.⁸⁴

Dersom man legger til grunn at muntlighetsprinsippet kan leses inn som en del av det generelle kravet om rettferdig rettergang i EMK art. 6, og man samtidig legger til grunn at det i dag er utstrakt skriftlig praksis, er det mulig å stille spørsmål ved om norsk praksis på området i dag ville gått klar av EMDs linje på feltet, dersom det ble innklaget.

I metodeutvalgets utredning kom man til at “det bør innføres en ordning hvor hovedregelen er at det skal avholdes muntlige forhandlinger ved begjæring om tillatelse til bruk av skjulte tvangsmidler.”⁸⁵ Dette er noe de informantene som er inkludert i denne avhandlingen også mener ville vært positivt. Likevel ble dette avvist i Prop. 68 L (2015-2016). Departementet pekte på flere momenter, men trakk i sin vurdering særlig fram effektivitetshensyn og notoritetshensyn. Man kunne ikke se at muntlige forhandlinger ville påvirke utfallet i sakene, og konkluderte med at saker om skjulte tvangsmidler blir tilstrekkelig belyst i dag.⁸⁶ I år har departementet gjort ytterligere endringer i straffeprosessloven, som nevnt under punkt 2.5. I sin proposisjon har departementet fulgt opp flere av de forslagene som ble fremlagt i NOU 2016:24. Det finnes imidlertid ingen henvisning til rollen til 100-a-advokaten, eller bruk av skjulte tvangsmidler som sådan.

⁸³ Klass VS Tyskland, avsnitt 50

⁸⁴ NOU 2009:15, s. 64

⁸⁵ NOU 2009:15, s. 171

⁸⁶ Prop. 68 L. (2015-2016), s. 66

5.3 Innsyn jf. § 242

Som nevnt i innledningen, er det skyggeadvokatens rolle i situasjoner der det er aktuelt å bruke skjulte tvangsmidler som er denne besvarelsens hovedansvarlig. Samtidig spiller også skyggeadvokaten en rolle i situasjoner der påtalemyndigheten ønsker å nekte innsyn i deler av sakens dokumenter i henhold til strpl. § 242a. Dette betyr at det også i disse tilfellene skal det oppnevnes skyggeadvokat.

Strpl. §242 a handler om situasjoner der påtalemyndigheten mener det er grunn til å bryte hovedregelen nedfelt i strpl. §242 om at mistenkte og hans forsvarer skal ha tilgang på sakens dokumenter. Det kan være mange grunner til at man ønsker å begrense denne kunnskapen. For eksempel kan det være fordi det ved å gi innsyn er fare for noens liv og helse, eller at en skjult informants identitet blir avslørt.⁸⁷ Her, som ved bruk av all tvangsmiddelbruk, må påtalemyndigheten foreta en forholdsmessighetsvurdering. Etter bestemmelsen kan unntak fra hovedregelen om dokumentinnsyn “(...)bare besluttes dersom det er strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til den mistenktes forsvar”.⁸⁸

Høyesterett har påpekt at retten til innsyn er en grunnleggende straffeprosessuell rettighet⁸⁹. Det å ha tilgang til det samme som påtalemyndigheten har tilgang til, er også et av kjernepunktene i equality of arms-prinsippet som springer ut av retten til en rettferdig rettergang.⁹⁰ Ved at mistenkte gis innsyn ivaretas både muligheten til kontradiksjon og likhet. Ved å skjerme deler av informasjonen som påtalemyndigheten sitter på, griper man i de fleste tilfeller direkte inn i denne retten.

Oppnevningen av skyggeadvokaten i disse situasjonene er naturlig å lese som et forsøk på å balansere den rettssikkerhetsmessige ubalansen som oppstår ved et slikt inngrep. Dette har også Høyesteretts ankeutvalg pekt på. Da utvalget behandlet sak hvor mistenkte anførte brudd på EMK artikkel 6 da vedkommende ble nektet innsyn, avviste Høyesterett dette. Det ble vist til at beslutningen beror på en helhetlig vurdering, der skyggeadvokatens mulighet for argumentasjon mot innsynsnekt er av betydning.⁹¹ I saker der § 242a er aktuell, spiller dermed skyggeadvokaten også her en viktig rolle for å ivareta kontradiksjon.

⁸⁷ Strpl. §242a bokstav a-e

⁸⁸ Strpl. § 242a

⁸⁹ Rt. 2010, s. 65,5 avsnitt 40

⁹⁰ Jf. GrL. §95 og EMK §6

⁹¹ Rt. 2007, s.321, avsnitt 58

5.4 Offentlighet

Offentlighet er et sentralt rettssikkerhetsprinsipp som kommer til uttrykk i både Grl. §100 og EMK artikkel 6. Den som blir utsatt for straffeforfølgning skal være trygg på at prosessen ikke gjemmes bort fra offentlighetens søkelys. “Rettsnormen gir vern mot maktovergrep fra dommere og sikret tiltalte muligheten til å kunne stille spørsmål ved utøvelsen av en fagjuridisk rasjonalitet”.⁹²

Hva angår saker der skyggeadvokaten oppnevnes, er det av naturlige årsaker mindre grad av offentlighet enn i tradisjonelle straffesaker. Dette gjelder både for selve rettsmøtet om bruk av skjulte tvangsmidler og rettsavgjørelsene knyttet til disse. I kjølvannet av en undersøkelse av saker der PST har begjært bruk av skjulte tvangsmidler, ble det opprettet et eget arkiv over anonymiserte avgjørelser fra disse sakene. Målet var at dette arkivet skulle fungere som et presedensarkiv både for skyggeadvokater og dommere.

Fem år etter at arkivet ble opprettet, ble det avvirket. Ifølge Skonnord skjedde dette på bakgrunn av “lite interesse fra dommere og advokater”⁹³

Det finnes ingen tilsvarende ordning i dag. Dette innebærer på mange måter at den rettssikkerhetsgarantien som offentlighet representerer, ved siden av kontrollorganet KK-utvalget, ivaretas av skyggeadvokaten. Ivaretagelse av de prinsippene som offentligheten tradisjonelt skal ivareta, er en viktig dimensjon i skyggeadvokatens rolle.

5.5 Advokat, ikke forsvarer

Da skyggeadvokatorordningen ble innført i 1999, skulle det oppnevnes offentlig *forsvarer* for den mistenkte. I dagens § 100a skal det oppnevnes en offentlig *advokat*. I løpet av årene har det vært diskutert om skyggeadvokaten formelt sett skulle ansees å være en advokat eller en forsvarer. Denne diskusjonen peker Skonnord på i sin artikkel.⁹⁴ Det kan argumenteres for at forsvarerrollen er en ganske annen enn advokatrollen, spesielt i lys av det oppdraget som den som oppnevnes etter strpl. § 100a har.

Metodeutvalget pekte rett nok på den kontradiktoriske funksjonen til vedkommende, men uttalte også at:

«Et hovedpoeng må her være at den oppnevnte advokat ikke primært er der for å ivareta den siktedes sak, men derimot representere allmennheten og påse at det tas tilstrekkelig hensyn til personvernet i den

⁹² Aarli (2007), s. 27

⁹³ Skonnord 2008, s. 180

⁹⁴ Skonnord, 2008, s. 183

avveiningen som i den konkrete sak skal skje mellom hensynet til den enkeltes integritet, og fellesskapets behov for oppklaring og avverging av kriminalitet.»⁹⁵

Et overhengende spørsmål knyttet til skyggeadvokatens rolle er nettopp om det er mistenktes interesser eller allmennhetens behov for en rettssikker og objektivt sett “god” prosess som er det sentrale. Gitt at man endret fra forsvarer til advokat, er det naturlig å tenke at ivaretagelsen av klientens interesser, slik forsvareropdraget skal, ikke er det primære. Samtidig fremgår det eksplisitt i strpl. § 100a andre ledd at den skal “vareta den mistenktes interesser”. Det er mulig å argumentere for at dette illustrerer en utfordrende tosidighet ved skyggeadvokatens rolle. På den ene siden skal man ivareta klientens interesser uten dialog med ham, samtidig skal man våke over saken for å ivareta rettssikkerhet i et rettsstatlig perspektiv. Det fremgår ikke klart i lovteksten hvilket av disse hensynene som skal vektes tyngst.

Som nevnt under punkt 2.5, er det i arbeidet med ny straffeprosesslov foreslått en ny paragraf som regulerer skyggeadvokatorordningen. I forslaget fremgår det av bestemmelsen at skyggeadvokaten skal “på samfunnets vegne ivareta den mistenktes interesser og rettigheter i forbindelse med rettens behandling”.⁹⁶

5.6 Reell kontradiksjon?

I denne besvarelsen har Advokatforeningens Marius Dietrichson vært tydelig i sin kritikk av skyggeadvokatorordningen. Han sier at hans egen samvittighet gjør at han ikke ville påtatt seg et slikt verv selv, fordi han mener at muligheten for å gi klienten et reelt forsvar, ikke eksisterer. Det er liten tvil om at Dietrichsons kritikk, se mer i punkt 4.5, er svært tydelig. Momentene i kritikken hans, er imidlertid ikke nye. Allerede da Metodekontrollutvalget gjorde sin evaluering i 2009, ble det påpekt momenter som skulle være egnet å styrke graden av faktisk kontradiksjon.⁹⁷

Utvalget fikk på tidspunktet gå gjennom rettens avgjørelser knyttet til påtalemyndighetens begjæring i kommunikasjonskontroll i PST-saker. Sakene de leste var fra Oslo tingrett. Inntrykket var at det kunne stilles spørsmål ved skyggeadvokatenes reelle kontradiksjon til påtalemyndighetens begjæring. “Det er ikke sjeldent at advokatens påtegninger lyder: «Jeg har ikke grunnlag for å hevde at begjæringen ikke kan tas til følge». Advokatens oppgave er å fremsette motargumenter slik at saken er best mulig opplyst før dommeren fatter sin avgjørelse”.⁹⁸

⁹⁵ NOU 1997: 15 punkt 6.2.10

⁹⁶ NOU 2016: 24, s. 32

⁹⁷ NOU 2009: 15, s.24

⁹⁸ NOU 2009: 15, s. 134

Utvalgets forslag til løsning på denne bekymringen var økt opplæring til de aktuelle advokatene. Informantene som er intervjuet i forbindelse med arbeidet med denne besvarelsen har ikke nevnt økt fokus på opplæring til skyggeadvokatene de senere år. I arbeidet med ny straffeprosesslov er heller ikke økt opplæring til denne gruppen nevnt.⁹⁹ Det synes derfor plausibelt å legge til grunn at denne anbefalingen ikke i særlig grad har blitt fulgt opp. Om økt opplæring er det som vil bøte på utfordringene som de har identifisert ved at skyggeadvokaten mangler grunnlag for å argumentere mot begjæringen, behandler imidlertid utvalget ikke. Informantene som har kritisert ordningen i denne besvarelsen, peker snarere på manglende informasjon fra påtalemyndigheten, samt korte frister til å komme med bemerkninger, som de sentrale svakheter.

6. Avslutning og konklusjon

Som det fremgår av det ovenstående er det liten tvil om at skyggeadvokatens mest sentrale funksjon i rettsstaten er å bidra til kontradiksjon i situasjoner der den som utsettes for tvangsmidler, av naturlige grunner, ikke selv kan vite om det. Som besvarelsen har vist er det ulike meninger om hvorvidt skyggeadvokaten reelt sett har en kontradiktorisk funksjon, og i hvilken grad man den kan jevne ut den rettssikkerhetsmessige ubalansen som naturlig oppstår ved bruk av skjulte tvangsmidler. Skyggeadvokatorordningen ble i sin tid innført fordi man mente at den “ville bringe inn «et element av kontradiksjon og en rettssikkerhetsgaranti for at vilkårene i loven blir overholdt».¹⁰⁰ Nettopp innsiktet om at det er “et element” av kontradiksjon, og ikke fullendt kontradiksjon man oppnår, synes å være en treffende beskrivelse også i dag. I hvert fall om man setter lit til det informantene i denne besvarelsen sier. Rognlien formulerer det ordningen skal bidra til at det “kompenseres for *det* rettssikkerhetsmessige underskuddet ved at advokaten i disse sakene ikke har mulighet til å innhente opplysninger fra andre kilder, særlig fra mistenkte selv.”¹⁰¹

Det er vanskelig å se for seg en ordning der man oppnår fullstendig kontradiksjon i en situasjon der mistenkte selv ikke vet om at han blir utsatt for tvangsmidler. Det ligger i inngrepets natur at dette er utfordrende. Samtidig er det lite som tyder på at det er aktuelt å begrense politiets mulighet til å

⁹⁹ NOU 2016:24

¹⁰⁰ Ot. prp. nr. 64 (1998-1999), punkt 8.10.5

¹⁰¹ Rognlien, 2004, s 81

gjennomføre skjulte etterforskningsskritt. I hvert fall er dette i liten grad oppe til diskusjon i offentligheten i dag.

Det synes derfor hensiktsmessig å søke at den ordningen vi har i så stor grad som mulig bidrar til rettsikkerhet. Dersom man skulle styrke skyggeadvokatens rolle synes det mest naturlig å forbedre de aspektene ved ordningen som det er mulig å endre på, uten å røkke ved at mistenkte ikke får vite om tvangsmiddelbruken. Basert på drøftelsen i besvarelsen del 5 er det særlig graden av muntlighet i domstolsprøvingen av sakene, graden av offentlighet knyttet til avgjørelsene og innsynsretten til skyggeadvokaten, som fremstår som de mest nærliggende aspektene som med fordel kan styrkes for å bidra til økte rettssikkerhet. Ved å søke å forbedre disse aspektene knyttet til ordningen vil man muligens også bidra til å øke muligheten for at skyggeadvokaten utfører det mest sentrale oppgaven i sin rolle: kontradiksjon.

7. Litteraturliste

Litteratur:

Aarli, Ragna, Offentlig rettergang, Cappelen Damm, 2010.

Bjerke, Hans Kristian, Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler, Universitetsforlaget, 1986.

Grønmo, Sigurd, Samfunnsvitenskapelige metoder, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2004.

Jebens, Sverre Erik, Menneskerettigheter i straffeprosessen, Cappelen Akademisk Forlag, 2004.

Kvale, S. & Brinkmann, S., Det kvalitative forskningsintervju, Gyldendal Akademiske, 2009.

Langbach, Tor, Forsvareren, Gyldendal, 2015.

Myhrer, Tor Geir, Personvern- og samfunnsansvar, Cappelen Damm, 2001.

Rui, Jon Petter, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, Universitetsforlaget, 2009.

Øyen, Ørnulf, Straffeprosess, 2. utgave, Fagbokforlaget, 2019.

Lover:

Lov 17. juni 2005 nr 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

Forarbeider:

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

Prop. 147 L (2012-2013) Endringer i straffeprosessloven mv. (behandling og beskyttelse av informasjon)

Prop. 68 L (2015-2016) Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler)

Prop. 146 L (2020-2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.)

NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet (Delinnstilling II)

NOU 1998: 4 - Politiets overvåkingstjeneste

NOU 2009: 15 Skjult informasjon - åpen kontroll

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Dok nr 15 (1995-96) Rapport til Stortinget fra kommisjonen som ble nedsatt av Stortinget for å granske påstander om ulovlig overvåking av norske borgere (Lundkommisjons rapport)

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1998, s. 1466

Rt. 2005, s.209

Rt. 2005, s.833

Rt. 2007, s.321

Rt. 2007, s.1250

Rt. 2010, s. 655

Rt. 2014, s. 1045

HR-2016-604-U

EMD:

Dom av 9. april 1984, *Goddi mot Italia*, 8966/80

Dom av 30. juli 1998, *Valenzuela mot Spania*, 27671/95

Dom av 16. februar 2000 [GC], *Jasper mot Storbritannia*, 27052/95

Dom av 14. mars 2002, *Edwards mot Storbritannia*, 46477/99

Dom av 27. november 2008 [GC], *Salduz mot Tyrkia*, 36391/02

Dom av 8. desember 2009 [GC], *Janatuinen, mot Finland*, 28552/05,

Dom av 29. november 2016 [GC], *Lhermitte mot Belgia*, 34238/09

Artikler:

Skonnord, Ingeborg, “En undersøkelse av advokatordningen etter strpl. §100 a i saker hvor PST begjærer bruk av skjulte tvangsmidler”, *Tidsskrift for strafferett* 2008 nr. 2, s. 179-187

Rognlien, Knut, “Advokater som gisler i i telefonavlyttingsaker”, *Tidsskrift for strafferett* nr. 1 2004, s. 81-87

Bærland, John Petter, “Hvordan skal sakens dokumenter avgrenses for materiale fra kommunikasjonskontroll, og i hvilken grad kan slikt materiale unntas fra innsyn i medhold av straffeprosessloven § 242 a?”, *Jussens Venner* 2007/3, s. 129

Schei, Tore, *Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet*, 2014, hentet fra:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/artikkel-schei.pdf>

Rui, Jon Petter, «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens venner* nr. 6 (2014), s. 382– 443.

Rapporter:

Kontrollutvalget for kommunikasjonskontrolls årsrapport for 2019. Lastet fra

<https://www.kk-utvalget.no/getfile.php/4730260.2611.7sptqsliaipaj/%C3%85rsrapport+2019.pdf> 04.05.2021.

Politiets årsrapport 2019, lastet fra

<https://www.regjeringen.no/contentassets/80197702ddb144e8a016a040e656751f/arsrapport-2019-pod.pdf>, 15.05.2021