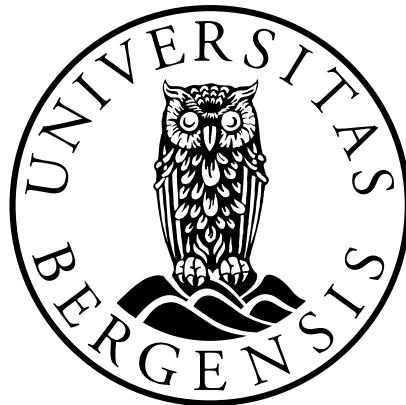


# Rekkevidden av politiloven § 17 d og PSTs bruk av skjulte tvangsmidler i forebyggende øyemed

Kandidatnummer: 146

Antall ord: 14 006



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

8. juni 2020

# Innholdsfortegnelse

<b>1 INNLEDNING</b> .....	<b>3</b>
1.1 PROBLEMSTILLING OG RETTSLIG PLASSERING .....	3
1.2 OPPGAVENS DISPOSISJON .....	4
1.3 AKTUALITET OG KRYSSSENDE HENSYN .....	4
1.4 KORT OM METODE .....	6
1.5 KORT OM STATUS SOM MISTENKT, SIKTET OG TILTALT .....	6
<b>2 POLITILOVEN § 17 D OG ANVENDELSESOMRÅDET</b> .....	<b>7</b>
2.1 BEHOVET FOR POLITILOVEN § 17 D .....	7
2.2 DE MATERIELLE VILKÅR .....	9
2.3 FOREBYGGENDE VIRKSOMHET .....	9
2.4 GRUNNVILKÅRENE I PL. § 17 D .....	10
2.4.1 «Grunn til å undersøke» .....	10
2.4.2 Indikasjonskravet .....	12
2.4.3 Subsidiaritetskravet .....	14
2.4.4 Forholdsmessighet .....	15
2.5 OPPSUMMERING AV VILKÅRENE I PL. § 17 D, ANDRE LEDD .....	16
2.6 SKILLET MELLOM FOREBYGGENDE OG ETTERFORSKENDE VIRKSOMHET .....	17
2.6.1 Forebyggende og avvergende virksomhet .....	19
2.7 NÅR ETTERFORSKNING KAN IVERKSETTES I MEDHOLD AV STRPL. § 224 .....	19
2.7.1 Skjønnsmessig adgang til å ikke starte etterforskning .....	20
2.8 OPPSUMMERING .....	21
<b>3 KONTROLLMEKANISMENE</b> .....	<b>22</b>
3.1 INNLEDNING .....	22
3.2 INTERNKONTROLL .....	23
3.3 OFFENTLIG OPPNEVNT FORSVARER .....	24
3.3.1 Om forsvareren og mistenktes rettigheter .....	24
3.3.2 Den offentlig oppnevnte advokatens effektivitet .....	25
3.4 DOMSTOLSKONTROLL .....	29
3.4.1 Innledning .....	29
3.4.2 Lund-kommisjonens rapport .....	29
3.4.3 Situasjonen i dag .....	31
3.5 STORTINGETS KONTROLLUTVALG FOR ETTERRETNINGS-, OVERVÅKNINGS-, OG SIKKERHETSTJENESTE (EOS-UTVALGET) .....	32
3.6 OPPSUMMERING .....	34
<b>4 FORHOLDET TIL EMK</b> .....	<b>35</b>
4.1 INNLEDNING .....	35
4.2 INNGREP I PRIVATLIVET .....	35
4.3 HJEMMELSGRUNNLAGET OG KLARHETSKRAVET .....	37
4.4 NØDVENDIG I ET DEMOKRATISK SAMFUNN .....	40
4.5 OPPSUMMERING .....	42
<b>5 AVSLUTTENDE MERKNADER</b> .....	<b>42</b>
<b>REFERANSER</b> .....	<b>45</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og rettslig plassering

Temaet og problemstillingen for denne oppgaven er i hvilken grad den mistenktes rettssikkerhet er ivaretatt i situasjoner der påtalemyndighetene ønsker å benytte skjulte tvangsmidler for å skaffe beviser mot vedkommende *før* det er begått en ulovlig handling. Oppgaven vil ha et særlig blikk på hjemmelen for å benytte skjulte tvangsmidler som finnes i politiloven § 17 d, og i hvilken grad bruken av og kontrollen som føres med denne hjemmelen ivaretar den mistenktes rettigheter på en tilfredsstillende måte. For å beskytte samfunnet mot stadig økende<sup>1</sup> fare for terror og andre alvorlige forbrytelser, mente Justisdepartementet i 2005 at det var nødvendig å styrke politiets mulighet til å gripe inn på et tidligere tidspunkt i hendelsesforløpet med sikte på å forhindre at kriminelle handlinger blir gjennomført. Politilovens (pl.) § 17 d<sup>2</sup> ble innført, og denne oppgaven vil ha et særlig henblikk på Politiets sikkerhetstjenestes (PST) adgang til å benytte skjulte tvangsmidler som ledd i sin *forebyggende* virksomhet etter denne bestemmelsen. Skjulte tvangsmidler er bruk av lovregulerte politimetoder som benyttes uten at den de rettes mot, er klar over det. Pl. § 17 d hjemler PSTs mulighet til å kunne bruke disse metodene, ikke bare i etterforskningsøyemed eller for å avverge kriminelle handlinger, men også for å kunne forebygge de alvorligste lovbruddene innenfor sikkerhetstjenestens arbeidsområde.<sup>3</sup>

I 2005 ble PST gitt mulighet til å benytte skjulte tvangsmidler i sin *forebyggende* virksomhet, det vil si utenfor etterforskningsstadiet og *før* det er grunn til å undersøke om en straffbar handling er begått,<sup>4</sup> så lenge det er grunn til å undersøke om noen forbereder en handling som rammes av straffeloven<sup>5</sup> §§ 131, 133 og 134 (terrorrelaterte handlinger), §§ 121 til 126 (ulovlig etterretningsvirksomhet), § 142 (befatning med ulovlig materiale), eller §§ 251, 254, 256, 263, 273 eller 275, som dreier seg om tvang, frihetsberøvelse, trusler og drap, «såfremt disse retter seg mot medlemmer av Kongehuset, Stortinget, regjeringen, Høyesterett eller representanter for tilsvarende organer i andre stater».<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 30

<sup>2</sup> Lov 4. august, 1995 nr. 53, om politiet (politiloven)

<sup>3</sup> Prop.61 L (2016-2017), s. 4

<sup>4</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 7

<sup>5</sup> Lov 20. mai, 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

<sup>6</sup> Politiloven § 17 d

De skjulte tvangsmidlene som PST har til rådighet etter § 17 d, går i korte trekk ut på ransaking, avlytting, dataavlesing samt teknisk sporing av vedkommende.

## **1.2 Oppgavens disposisjon**

I pkt. 2 vil det redegjøres for når pl. § 17 d kommer til anvendelse, herunder hvilke prosessuelle og materielle vilkår som må oppfylles for at tvangsmidler skal kunne anvendes med hjemmel i bestemmelsen. I pkt. 3 vurderes i hvilken grad mistenktes rettsikkerhet ivaretas ved hjelp av de ulike kontrollmekanismene, herunder ved uavhengig kontroll samt intern- og domstolskontroll. Her vil det være hensiktsmessig med et historisk perspektiv, da norske påtalemyndigheter i perioden mellom 1970- og -90-tallet bedrev kommunikasjonskontroll som ble karakterisert av Lund-kommisjonen som «rettssikkerhetsmessig lite betryggende».<sup>7</sup> Flere av manglene som ble påpekt av kommisjonen er imidlertid rettet, og et spørsmål som her er interessant å drøfte er hvorvidt disse endringene er tilstrekkelige til å ivareta rettssikkerheten til personer som utsettes for skjult tvangsmiddelbruk i dag.

I pkt. 4 vil det redegjøres for Norges internasjonale forpliktelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Her vil de norske bestemmelsene ses i lys av de regler Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har utviklet gjennom praksis, i den hensikt å vurdere i hvilken grad de internasjonale rettsreglene er etterlevd.

## **1.3 Aktualitet og kryssende hensyn**

Temaet er særlig aktuelt i dag fordi vi lever i et samfunn hvor de aller fleste av oss er i besittelse av mobiltelefoner og annet teknologisk utstyr som brukes på måter som gjør innehaveren svært sårbar for overvåkning. Stadig større deler av folks liv leves gjennom teknologiske enheter, som gjør at kommunikasjonskontroll i dag potensielt vil kunne oppfattes som enda mer inngripende enn tidligere.

Hvorfor overvåkning fra staten er noe en ikke bør ta lett på, er et spørsmål det er viktig å stille. Mange tenker kanskje at så lenge man har rent mel i posen, har man ingenting å frykte dersom den norske stat bare ønsker å forsikre seg om at man ikke holder på med noe ulovlig.

---

<sup>7</sup> Dok. nr. 15 (1995-1996), s. 678

I Norge har vi høy tillit til politiet og rettsvesenet. Faktisk viser tall fra statistisk sentralbyrå at vi er i Europa-toppen når det gjelder denne tilliten. Det er kun i Finland og Danmark politiet nyter høyere tillit i befolkningen. Når det gjelder rettsvesenet er det bare danskene som har høyere tillit enn oss.<sup>8</sup> Denne tilliten er neppe malplassert i Norge i dag, men man skal ikke lenger tilbake enn til 1990-tallet for å finne eksempler på norsk tvangsmiddelbruk som strider mot de daværende (og nåværende) norske og internasjonale reglene som styrer når skjult tvangsmiddelbruk er tillatt etter loven.

I tillegg har hjemlene for å drive med skjult tvangsmiddelbruk blitt utvidet samtidig som stadig flere og mer inngripende metoder tillates, også når det gjelder mindre alvorlig kriminalitet. I 1915 ble adgangen til å foreta kommunikasjonskontroll lovfestet. Denne gjaldt telegraf- og postkontroll og kun i saker som gjaldt rikets sikkerhet.<sup>9</sup> Også telefonsamtaler ble omfattet av loven etter 1950.

I 1976 ble det åpnet for at telefonavlytting kunne finne sted også ved etterforskning av narkotikakriminalitet. Man forlater her «rikets sikkerhet» som eneste grunnlag, riktignok midlertidig.<sup>10</sup> Drøyt 15 år senere, i 1992, blir ordningen gjort permanent og inntatt i straffeprosessloven<sup>11</sup> (strpl.). Justiskomiteen uttaler at «telefonavlytting er et ekstraordinært etterforskningsmiddel som bare må tillates brukt ved alvorlig og sterkt samfunnsskadelig kriminalitet [...]».<sup>12</sup> I 1999 blir det så gitt adgang til å utføre telefonavlytting i alle saker med en strafferamme på fengsel i 10 år eller mer.<sup>13</sup>

Det historiske perspektivet er viktig fordi det viser hvordan såkalte formålsutglidninger kan finne sted, altså når tidligere autoriserte midler plutselig brukes til andre formål enn det de opprinnelige var ment til. Det er her personvernet og retten til privatliv må utgjøre en terskel for formålsutglidninger og stadig mer inngripende kontrolltiltak i forbindelse med stadig mindre alvorlig kriminalitet. Det kan diskuteres om disse hensyn veier tungt nok når vi ser hvilken vei utviklingen har gått.

---

<sup>8</sup> Samfunnsspeilet 2/2016, s. 14

<sup>9</sup> LOV-1915-06-24-5, § 1

<sup>10</sup> LOV-1976-12-17-99 § 1

<sup>11</sup> Lov 22. mai, 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

<sup>12</sup> Innst.O.nr.61 (1991-1992), pkt. 3.1

<sup>13</sup> Ot.prp.nr.64 (1998-1999), s. 45

#### 1.4 Kort om metode

Sentralt å merke seg når det gjelder rettskildebildet innenfor politiets bruk av skjulte tvangsmidler, er at dokumentasjonen av den faktiske bruken er unntatt offentligheten. På grunn av dette finnes det lite rettspraksis når det gjelder forståelsen av vilkårene i pl. § 17 d. Metodekontrollutvalget ble oppnevnt i 2008 og avga i 2009 en evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler. Justisdepartementet leverte en proposisjon i 2016, som førte til en lovendring samme år. Denne oppgaven bygger derfor i stor grad på analyser av disse rettskildene, men også av eldre forarbeider der synspunktene anses fremdeles å være relevante og gjeldende.

#### 1.5 Kort om status som mistenkt, siktet og tiltalt

Når en person går fra status som vitne til *mistenkt*, åpner straffeprosessloven for at mistenkte på enkelte vilkår kan utsettes for inngrep, herunder skjulte tvangsmidler, som loven ikke hjemler overfor vitner eller andre. Mistenkte har imidlertid et mer vidtrekkende selvinkrimineringsvern enn vitner, og retten til taushet for mistenkte under politiavhør følger av strpl. § 232 første ledd. En person får status som mistenkt når politiet betrakter vedkommende som mistenkt.<sup>14</sup>

Status som *siktet* får man når «påtalemyndigheten har erklært ham som siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten, eller det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller liknende forholdsregler rettet mot ham», jf. strpl. § 82. Som siktet har man enkelte rettigheter som kommer i tillegg til de man har som mistenkt. Man har krav på varsel om aktiv deltakelse i rettsmøter på etterforskningsstadiet og et utvidet vern mot gjenopptakelse dersom saken blir henlagt jf. strpl. §§ 74 og 75.

En person er *tiltalt* når påtalemyndigheten har tatt ut tiltale mot vedkommende eller sendt et forelegg mot vedkommende til tingretten for pådømmelse i medhold av strpl. § 268.

Når det gjelder bruk av skjulte tvangsmidler, vil dette som hovedregel være rettet mot mistenkte fordi status som mistenkt kreves før de kan benyttes og fordi vedkommende må varsles om status som siktet eller tiltalt, hvilket gjør skjult tvangsmiddelbruk lite effektivt.

---

<sup>14</sup> Øyen (2017), s. 81

## 2 Politiloven § 17 d og anvendelsesområdet

### 2.1 Behovet for politiloven § 17 d

PST er Norges etterretningstjeneste og har ansvar for å forebygge og etterforske angrep på nasjonal sikkerhet. Det er politiloven som regulerer PSTs *forebyggende* virksomhet, mens den *etterforskende* virksomheten er regulert i strpl. § 222 d.<sup>15</sup> Både politiloven og straffeprosessloven åpner for bruk av skjulte tvangsmidler.

I de aller fleste av sakene PST etterforsker vil det være rimelig grunn til å undersøke om det allerede foreligger et straffbart forhold. Hjemmelen for å sette i gang en etterforskning er da strpl. § 224, første ledd.<sup>16</sup> De måter som eksempelvis terrorhandlinger utføres og forberedes på i dag, skaper imidlertid et behov for å senke denne terskelen for å kunne undersøke om det foreligger en fare for et fremtidig straffbart forhold. Det er i slike saker, hvor terskelen for å iverksette etterforskning ikke er møtt, at behovet for forebyggende arbeid gjør seg gjeldende. Det følgende eksempelet fra forarbeidene illustrerer behovet.

I 2004 blir en gruppe menn observert klatrende over et gjerde ved togstasjonen på Oslo Lufthavn. De tar seg til flytogets skinnegang og fotograferer og filmer understellet på vognene. Liknende hendelser ble rapportert flere steder i Europa på samme tid. Behovet for å undersøke hva som motiverte denne spesielle oppførselen er åpenbart. Etter datidens regler vil det ikke være adgang til å benytte skjulte tvangsmidler i medhold av straffeprosessloven før det kan bevises at personene mest sannsynlig allerede har gjort noe straffbart. Behovet for å kunne undersøke denne typen aktivitet førte til utvidede undersøkelseshjemler.<sup>17</sup>

Lavere terskler for undersøkelser vil kunne avdekke og stoppe potensielt skadelige planer på et tidligere stadium. Felles for handlingene som pl. § 17 d er ment å forhindre, er at de er særdeles alvorlige og at gjerningspersonen ofte opptrer på måter som gjør at forbrytelsene er svært krevende å forhindre.<sup>18</sup>

En mulig løsning ville vært å senke terskelen for kriminalisering av slike forberedende handlinger, slik at de kan fanges opp av reglene i straffeprosessloven § 224, første ledd hvor

---

<sup>15</sup> Bruce (2019), s. 94

<sup>16</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 124

<sup>17</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 123

<sup>18</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 124

vilkåret for etterforskning er hvorvidt det foreligger «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold».<sup>19</sup> Dette vil kunne gjøre at flere forberedende handlinger blir ulovlige og i tur sørge for at terskelen i hjemmelen politiet trenger for å etterforske, er møtt. Departementet mente imidlertid at dette var problematisk av to årsaker. For det første er de forberedende handlingene som pl. § 17 d søker å fange opp, gjerne mindre «straffverdige» enn den straffbare handlingen de er foretatt for å forberede. For det andre kan det være vanskelig å skille forberedelse til kriminelle handlinger fra og lovlige og dagligdagse gjøremål. Kjøp av en øks kan for eksempel tjene som forberedelse til både en terrorhandling og vedhogst.<sup>20</sup>

For å kunne skille mellom det lovlige og det straffbare, kreves inngående kunnskap om gjerningsmannens motiver og tanker i gjerningsøyeblikket. Departementet uttalte til dette at å la grensen mellom det lovlige og straffbare i så betydelig grad komme an på sinnelaget til gjerningspersonen taler med stor vekt *imot* at slike forberedende handlinger skal kriminaliseres.<sup>21</sup>

Dersom det ikke er ønskelig å utvide området for det straffbare slik at PST i større omfang kan ta i bruk straffeprosessuelle tvangsmidler, blir alternativet ved bekjempelsen av denne typen kriminalitet (som pl. § 17 d søker å forebygge) å ta stilling til om det bør stilles «mindre strenge krav til vilkårene for å kunne ta i bruk slike tvangsmidler og da særlig ved å lempe på vilkåret om det må foreligge mistanke om straffbare forhold».<sup>22</sup>

Dette alternativet gjør at det skal mindre til for at noens handling gjør at de kan mistenkes for noe straffbart. Dermed kan mer dagligdagse handlinger utløse bruk av inngripende skjulte tvangsmidler dersom politiet mener at vilkårene i pl. § 17 d er oppfylt. Avgjørelsen om å ikke utvide området for det straffbare skaper også en situasjon der det er fare for at lovlydige personer også blir overvåket når vilkåret om «skjellig grunn til mistanke» ikke lenger er gjeldende.

---

<sup>19</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 124

<sup>20</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 124

<sup>21</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 124

<sup>22</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 124



Denne problemstillingen vil drøftes i det følgende med sikte på å vurdere om mistenktes rettssikkerhet, tross den senkede terskelen for mistanke, er tilstrekkelig ivaretatt.

## **2.2 De materielle vilkår**

Etter pl. § 17 d kan PST bruke skjulte tvangsmidler dersom retten «ved kjennelse» gir tillatelse til, som ledd i sin forebyggende virksomhet, «å nytte tvangsmidler som nevnt i strpl. [...] dersom det er grunn til å undersøke om noen forbereder en handling som rammes av» de nevnte bestemmelser i straffeloven.

Bestemmelsen åpner for bruk av kommunikasjonsavlytting, hemmelig ransaking, teknisk sporing, skjult kameraovervåkning, beslag, utleveringspålegg og løpende utleveringspålegg med utsatt underretning.

Det vil først gjøres rede for hva som menes med «forebyggende virksomhet», jf. pl. § 17 d, første ledd, første setning. Dette i motsetning til avvergende virksomhet som hjemles av strpl. kap. 17 b. Forebyggende metodebruk skjer altså utenfor etterforskningen. Dette gjøres rede for i pkt. 2.3 før det i pkt. 2.4 gjøres rede for de supplerende vilkår som følger av pl. § 17 d, andre ledd.

## **2.3 Forebyggende virksomhet**

Det følger av pl. § 1, andre ledd, første setning at «[p]olitiet skal gjennom forebyggende, håndhevende og hjelpende virksomhet være et ledd i samfunnets samlede innsats for å fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd forøvrig».<sup>23</sup>

Videre følger det av forarbeidene til politiloven at «[f]orebyggelse av kriminalitet er en av politiets hovedoppgaver».<sup>24</sup> Høyesterett har også uttalt i Rt. 1978 s. 1259 at «politiet har en plikt til å forebygge straffbare handlinger».

Ordlyden taler for at metodebruken etter § 17 d ikke omfatter straffbare handlinger som er i ferd med å gjennomføres, eller som tidligere har blitt gjennomført. Begrepet forebyggende

---

<sup>23</sup> Politiloven § 1, andre ledd

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.22 (1994-1995), s. 14

kan imidlertid også ha en vid og en snever betydning.<sup>25</sup> I den snevre betydningen dreier det seg om forebyggende grep som utføres med den hensikt å avdekke forberedelser til konkrete straffbare handlinger. Den vide definisjonen omfatter all politivirksomhet med det formål å verne om de interesser som politiet skal beskytte. Dette arbeidet er av generell karakter uten blick til konkrete mistanker om straffbare handlinger osv. Eksempler på dette vil være politiets synlighet i nærmiljø, besøk på skoler og lignende.

## **2.4 Grunnvilkårene i pl. § 17 d**

Adgangen til skjult tvangsmiddelbruk i forebyggende øyemed kan gis i tilfeller der det er «grunn til å undersøke om noen forbereder en handling» som faller inn under en av straffebestemmelsene som det henvises til i § 17 d, første ledd. Etter andre ledd må det være «grunn til å tro at inngrepet vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne forebygge handlingen» og at «forebygging ellers i vesentlig grad blir vanskeliggjort», og til sist kan ikke inngrepet fremstå som «uforholdsmessig».

For å kartlegge rekkevidden av bestemmelsen er det viktig å fastslå hvor terskelen ligger for at vilkårene er oppfylt. Ettersom Høyesterett ikke ennå har behandlet vilkårene i pl. § 17 d, vil tolkningen av bestemmelsen bero på dens ordlyd samt forarbeidene og tilsvarende vilkår i straffeprosessloven.

### **2.4.1 «Grunn til å undersøke»**

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «grunn til å undersøke» tilsier at det må foreligge en faktisk omstendighet som taler for at noen har startet forberedelser til en relevant straffbar handling. Justiskomiteens uttalelse i innstillingen hvor vilkåret ble foreslått viser at en slik ordlydstolkning er treffende:

«Endringen understreker at PST, for å få tillatelse til å ta i bruk lovregulerte metoder, må godtgjøre overfor domstolen at opplysninger i det konkrete saksforholdet gir grunn til å gjennomføre nærmere undersøkelser. Grunnen til å undersøke må, slik flertallet ser det, være forankret i objektive holdepunkter, for eksempel saksopplysninger i form av [...] bevis som indikerer at noen er i ferd med å forberede for eksempel en terrorhandling.»<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Auglend (2016), s. 314-315

<sup>26</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), s. 42

Ordlyden tilsier også et visst beviskrav all den tid opplysningene må være sterke nok til at det foreligger «grunn til å undersøke». Dette vilkåret minner om mistankekravene når det gjelder de straffeprosessuelle tvangsmidlene hvor vilkårene og beviskravene er at det må foreligge «skjellig grunn», «grunn til å tro» eller «rimelig grunn» til mistanke.<sup>27</sup> Der de andre straffeprosessuelle beviskravene graderer graden av «grunn» som kreves for at vilkåret skal være oppfylt, finner vi ingen slik gradering i pl. § 17 d. Dette tilsier at beviskravet som oppstilles ikke er særlig strengt og i alle fall lavere enn i straffeprosessloven.<sup>28</sup>

Spørsmålet er så hva som regnes som en forberedende handling. Erling Husabø skriver i «Straffansvarets periferi» at forberedende handlinger må negativt avgrenses mot forsøk. Som eksempel ved et tenkt innbrudd nevner han at planlegging og innkjøp vil regnes som forberedelser, mens selve innbruddet må regnes som forsøk.<sup>29</sup> Det er klart at alle handlinger som leder opp mot et straffbart forhold vil kunne ses på som «forberedende» i vid forstand, derfor er det sentralt kun å fokusere på de handlinger som er utført med «forsett om, enten alene, sammen med andre, eller ved hjelp av andre å fullføre en forbrytelse, men uten at handlemåten har kommet langt nok til at det utgjør et straffbart forsøk [...]».<sup>30</sup> Husabø legger dette til grunn som sin strafferettslige definisjon på begrepet «forberedelser». Dette betyr at den forberedende handlingen som utgjør «grunn til å undersøke» etter pl. § 17 d må befinne seg i sjiktet under det straffbare forsøk, men må oppfattes som en handling som er utført med «forsett om å [...] fullføre en forbrytelse», jf. ovenfor.

Justiskomiteens flertall understreker at det er klare likhetstrekk mellom vilkårene som finnes fra før i straffeprosessloven når det gjelder hva som skal til for at det foreligger «grunn til å undersøke» om noen forbereder en terrorhandling. Et eksempel som Justiskomiteen viser til, hvor regelen har fått et «klart definert innhold», finner vi i strpl. § 224 første ledd. Her følger det at «Etterforskning foretas når det som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold [...]».<sup>31</sup> Regelens innhold er

---

<sup>27</sup> Bruce (2019), s. 97

<sup>28</sup> Bruce (2019), s. 97

<sup>29</sup> Husabø (1999), s. 306

<sup>30</sup> Husabø (1999), s. 307

<sup>31</sup> Straffeprosessloven § 224, første ledd

presisert gjennom praksis og gjennom rundskriv fra riksadvokaten.<sup>32</sup> Denne uttalelsen fra riksadvokaten tilsier at terskelen for at det foreligger «grunn til å undersøke», jf. pl. § 17 d, er noe høyere enn hva ordlyden isolert sett taler for.

Justiskomiteen uttaler videre at «grovt sett ligger det tre krav innbakt i uttrykket: Et saklighetskrav, et krav om en viss sannsynlighet for at noe er under oppseiling, og et krav til forholdsmessighet mellom det som skal undersøkes og det virkemidlet som tas i bruk».<sup>33</sup> Dette betyr at det avgrenses mot påstander og bevis som det åpenbart ikke er hold i. Disse vil det ikke finnes hjemmel til å undersøke. Komiteen uttaler så at dersom det er hold i påstandene, men at det etter nærmere undersøkelser ikke kommer fram nye opplysninger som kan underbygge den innledende mistanken, vil det strenge forholdsmessighetskravet bety at undersøkelsene må avsluttes.<sup>34</sup> Innstillingen gir liten anvisning med hensyn til hvilke omstendigheter som utgjør forberedelser til et relevant lovbrudd.

Vilkåret må i tillegg regnes som et såkalt relativt beviskrav, hvor sannsynligheten for at noen planlegger noe straffbart må vurderes i lys av alvorlighetsgraden av den straffbare handlingen, samt hvilket omfang og hvor inngripende tvangsmiddelet vil være for personen det rettes mot.<sup>35</sup>

Oppsummert taler ordlyden «grunn til å undersøke» for at terskelen for å kunne anvende tvangsmidler etter pl. § 17 d er noe lavere enn i øvrig straffeprosesslovgivning hvor «grunnen» er gradert med vilkår som «rimelig» eller «skjellig». Justiskomiteen og riksadvokatens uttalelser om at vilkåret skal tolkes med henblikk til vilkår som «rimelig grunn» i straffeprosessloven, taler imidlertid for at terskelen likevel er høyere enn ordlyden gir uttrykk for. Forholdsmessighetskravet gjør også at terskelen vil kunne variere ettersom hvor alvorlig handlingen som forberedes antas å være.

#### **2.4.2 Indikasjonskravet**

Vilkårene i pl. § 17 d, andre ledd, er til for å beskytte borgerne mot vilkårlige inngrep. Det følger her at tillatelsen til å benytte tvangsmidler kun kan gis om det er «grunn til å tro at

---

<sup>32</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), s. 42

<sup>33</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), s. 42

<sup>34</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), s. 42

<sup>35</sup> Bruce (2019), s. 98

inngrepet vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne forebygge handlingen». Dette vilkåret kalles også *indikasjonkravet*.<sup>36</sup>

Det ligger to elementer i dette kravet, som til dels glir inn i hverandre. Det første er et sannsynlighetskrav, jf. «grunn til å tro», og det andre et krav til opplysningens kvalitet og relevans, jf. «opplysninger av vesentlig betydning».

Ordlyden «grunn til å tro» tilsier at det må foreligge en viss sannsynlighet, men tilsier ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at opplysningene vil vise seg å være vesentlige. For at kontrollen av metodebruken skal kunne fungere effektivt og hindre at den skjer på urettmessig grunnlag, er det viktig at beslutningen om å benytte tvangsmidler bygger på objektive og etterprøvbare opplysninger. Ved å sette et slikt krav hindrer man en situasjon der tvangsmidler kan tas i bruk basert på en magefølelse. Lovgiver har her forsøkt å gjøre vilkårene så klare som mulig. Justiskomiteen mente at de utfordringer som forebyggende metodebruk medfører, tilsier at vilkårene må være presise. Derfor ble ordlyden endret fra «det må antas», som er uttrykket i strpl. § 222 d, til «grunn til å tro». Dette for å understreke ytterligere at det må foreligge objektive holdepunkter for å benytte tvangsmidler i forebyggende øyemed. Ordlydsendringen var dog ikke ment å innebære en realitetsendring i forhold til straffeprosessloven og må derfor kun ses på som klargjørende.<sup>37</sup>

Grunnen til å undersøke må være forankret i objektive holdepunkter som tilsier at noen forbereder en ulovlig handling. Dokumentfunn, tips eller informasjon som følge av spaning eller infiltrasjon vil kunne oppfylle dette kravet. Justiskomiteen uttalte at «et slikt grunnvilkår hever terskelen for når domstolen kan tillate bruk av metoder, og bidrar til å gjøre domstolskontrollen mer effektiv».<sup>38</sup> Den høye terskelen vil også kunne styrke lovlidige borgeres rettssikkerhet ved at faren for feil reduseres og metodebruk sjeldnere benyttes mot noen som ikke har gitt domstolen tilstrekkelig årsak til å tillate inngrep.

Vesentlighetskravet er også en svært viktig sikkerhetsventil som styrker rettssikkerheten til den mistenkte. Det sikrer først og fremst at kvaliteten på opplysningene som innhentes må

---

<sup>36</sup> NOU 2004: 6, s. 88

<sup>37</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), pkt. 9.2

<sup>38</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), pkt. 9.2

være god, men også at metodebruken stanses når de relevante opplysningene er innhentet. Dette er et viktig moment som gjør at tvangsmiddelbruken ikke kan fortsette utover det som er strengt nødvendig. Øvrige opplysninger som måtte foreligge om andre lovlige eller ulovlige forhold, kan ikke regnes som vesentlige, og en ny tillatelse om tvangsmiddelbruk må fremskaffes.

Det må imidlertid stilles spørsmål om hvorvidt politilovens § 17 d oppfyller ønsket om å sikre at beslutninger om å bruke tvangsmidler skal være basert på etterprøvbare opplysninger. Spørsmålet er hvorvidt det i grensetilfellene i praksis vil være mulig å avgjøre om sannsynlighetskravet er møtt. Det kan også innvendes at det vil være vanskelig å vite på forhånd med noen grad av sikkerhet at opplysningene man innhenter vil være avgjørende i forebyggingen av en handling. Dette synspunktet fremmes også av Oslo statsadvokatembeter og det uttales at loven oppstiller et «vesentlighetskrav som må være nesten umulig å oppfylle».<sup>39</sup>

Disse momentene skaper uklarhet når det gjelder sikkerhetsventilene som er til for å beskytte rettssikkerheten. Vilkårene angir vanskelige og særdeles hypotetiske vurderinger for PST, og det vil potensielt være problematisk for domstolen å forhåndskontrollere disse. Dette skaper en situasjon der domstolen i verste fall i liten grad er i stand til å overprøve PSTs vurderinger av når vilkårene er oppfylt, noe som fører til at rettssikkerheten svekkes. Departementet anerkjente at denne overprøvningsmuligheten ofte vil være begrenset, særlig med hensyn til vilkåret om at opplysningene må være av vesentlig betydning. Den viktigste funksjonen domstolen har ved prøvingen vil være om tvangsmiddelbruken er forholdsmessig (se pkt. 2.4.4).<sup>40</sup>

### 2.4.3 Subsidiaritetskravet

Det følger videre av pl. § 17 d, andre ledd, at tillatelse bare gis når det er grunn til å tro at opplysningene vil være av vesentlig betydning for å kunne forebygge handlingen «og at forebygging ellers i vesentlig grad blir vanskeliggjort». Dette kalles *subsidiaritetskravet*. Formålet med dette vilkåret er å beskytte borgerne mot inngripende metodebruk i tilfeller der mindre inngripende metoder kan tas i bruk. Ordlyden tilsier at tvangsmidler kun kan benyttes

---

<sup>39</sup> Prop. 68 L (2015-2016), s. 219

<sup>40</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 133

dersom mindre inngripende midler ikke kan gi samme resultat. Forskjellen må også være «vesentlig». Etter ordlyden er ikke tid- eller ressursbruk momenter som skal inngå i vurderingen. Forarbeidene støtter her ikke opp om ordlydstolkningen. Det åpnes for at det kan tas hensyn til ressurs spørsmål og «mulige ulemper som knytter seg til en alternativ innhenting av opplysningene».<sup>41</sup> I tillegg åpnes det for at tidsmomentet kan tillegges vekt dersom det er fare for at en alvorlig straffbar handling er nært forestående.

Et problematisk moment er domstolens reelle overprøvningsmulighet når det gjelder disse vilkårene. Dette er et problem fordi selv om vilkårene fremstår som strenge, bygger beslutningene i stor grad på politifaglige vurderinger som domstolen ikke kan forventes å ha inngående kunnskap om. Eksempelvis bør dommeren ha betydelig kunnskap om politimetoder dersom vedkommende skal kunne avslå en begjæring om tvangsmiddelbruk på bakgrunn av at det finnes mindre inngripende virkemidler som vil gi samme resultat. Oslo statsadvokatembeter bemerker at dette problemet kan slå ut på to måter. Det kan føre til at domstolen følger «lovens skjønnstema», hvilket innebærer at «begjæringene blir vanskelige å etterkomme», eller det kan medføre at et «avslag og en etterfølgende terrorhandling medføre[r] at domstolen tillegges et «ansvar» den egentlig ikke skal ha».<sup>42</sup> Begge disse sidene kan være problematiske, men om alternativet er å overlate en større del av forhåndskontrollen til PST internt, fremstår den likevel som den beste løsningen. Departementet fastholdt i 2016 at kontrollsystemet bør opprettholdes og at forhåndstillatelsen har en disiplinerende effekt på PST.<sup>43</sup>

#### **2.4.4 Forholdsmessighet**

Selv om de øvrige vilkår er oppfylt vil tvangsmidler bare kunne benyttes dersom «inngrepet etter sakens art og forholdene ellers ikke fremstår som uforholdsmessig», jf. pl. § 17 d, andre ledd. Vilåret er inkludert fordi politiloven ikke inneholder noen egen forholdsmessighetsbestemmelse som man finner i strpl. § 170 a.

Forholdsmessighetskravets formål er, i likhet med indikasjons- og subsidiaritetskravene, å ivareta borgerens rettssikkerhet og beskytte mot ubegrunnede inngrep. Vilåret betyr at PSTs

---

<sup>41</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 74

<sup>42</sup> Prop.68 L (2015-2016), s. 220

<sup>43</sup> Prop.68 L (2015-2016), s. 220

konkrete behov for å benytte tvangsmidler ikke alene er tilstrekkelig. Ordlyden tilsier at inngrepet også må veies opp mot ulempen det påfører den mistenkte. Målet som ønskes oppnådd må ikke stå i et misforhold til denne ulempen.

Forholdsmessighetskravet verner også uskyldige tredjeparter. Disse har ofte større krav på vern enn den som er mistenkt for å planlegge en straffbar handling. Forholdsmessigheten retter seg her mot hvor mange tredjepersoner som blir påvirket og på hvilken måte, veid opp mot politiets behov for den konkrete metodebruken.<sup>44</sup>

For at de mest inngripende tvangsmidlene som for eksempel hemmelig ransaking og skjult kameraovervåkning kan benyttes, er det oppstilt et skjerpet forholdsmessighetskrav og det kreves at «særlige grunner» tilsier bruk, jf. pl. § 17 d, andre ledd, andre setning.

Domstolens viktigste funksjon under prøvingen er å vurdere om tvangsmiddelbruken er forholdsmessig, eventuelt om «særlige grunner» kan tilsi tvangsmiddelbruken, jf. pl. § 17 d, andre ledd, andre setning.<sup>45</sup> Det er her domstolen har det beste grunnlaget til å foreta en selvstendig prøving, særlig sammenlignet med de øvrige indikasjons- og subsidiaritetsvilkårene. Oslo statsadvokatembeter har imidlertid stilt spørsmål ved forholdsmessighetsvurderingens reelle gjennomslagskraft. Det vil være vanskelig å forestille seg at en begjæring om tvangsmiddelbruk blir avslått som et uforholdsmessig inngrep i saker hvor det som skal forhindres er et terrorangrep eller et angrep på medlemmer av regjeringen eller Stortinget.<sup>46</sup>

Likevel må forholdsmessighetsvurderingen regnes som den beste muligheten domstolen har til å overprøve PSTs vurderinger på uavhengig grunnlag, og dens inklusjon i bestemmelsens andre ledd er svært viktig for rettssikkerheten.

## **2.5 Oppsummering av vilkårene i pl. § 17 d, andre ledd**

Vilkårene i andre ledd er ment å fungere som sikkerhetsmekanismer for å hindre vilkårlige og ubegrunnede inngrep. Vilkaene fremstår som strenge, men vurderingstemaenes til dels vage,

---

<sup>44</sup> NOU 2004:6, s. 192

<sup>45</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 133

<sup>46</sup> Prop.68 L (2015-2016), s. 220



vanskelige og ofte hypotetiske natur kan potensielt gjøre at domstolen ikke besitter det tilstrekkelige grunnlaget som kreves for å være i stand til å overprøve PSTs vurderinger. Derfor er forholdsmessighetsvurderingen særlig viktig og fremstår som den viktigste sikkerhetsventilen.

Det at vilkårene er vanskelige å anvende gjør at PSTs vurderinger kanskje ikke overprøves nok i forhåndskontrollen. Derfor blir den etterfølgende kontroll desto viktigere for å sørge for at metodebruken skjer i tråd med lovgivers forutsetninger og at personvernet ikke blir krenket uten tilstrekkelig grunnlag. Denne kontrollen drøftes i pkt. 3.

## **2.6 Skillet mellom forebyggende og etterforskende virksomhet**

Forebyggende virksomhet må avgrenses mot etterforskende virksomhet. Problemstillingen er viktig fordi den avgjør når pl. § 17 d og det medfølgende regelsett kommer til anvendelse. Det følger av strpl. § 226 bokstav a-f at «etterforskning» kan ha ulike formål. I tilfeller der etterforskningen har som formål «å avverge eller stanse straffbare handlinger», jf. bokstav c, kan PST benytte tvangsmidler etter strpl. § 222 d, andre ledd. Dette kalles det avvergende spor.<sup>47</sup> Avvergende tvangsmiddelbruk må skje «som ledd i etterforskning», jf. strpl. § 222 d, første ledd. Det er her et vesentlig skille fra den forebyggende metodebruken som finner sted utenfor etterforskning, som nevnt over. I forarbeidene formuleres forskjellen slik:

*«Skillet mellom forebyggende og avvergende metodebruk knytter seg til grensedragningen mellom generell forebyggende virksomhet og strafferettslig etterforskning. Forskjellen i begrepsbruk markerer at en – når metodebruken skjer som ledd i etterforskning – i tid gjerne befinner seg nærmere handlingen som søkes forhindre.»<sup>48</sup>*

Justis- og beredskapsdepartementet uttaler at den forebyggende virksomheten defineres som den «informasjonsinnhenting PST driver uten at vilkårene for å igangsette etterforskning er oppfylt, det vil si uten at det er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger et straffbart forhold».<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 60

<sup>48</sup> Prop.68 L (2015-2016), s. 171, jf. Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 60.

<sup>49</sup> Prop.68 L (2015-2016), s. 202

Det er flere grunner til at det er viktig å skille mellom forebyggende og avvergende virksomhet. Først og fremst er hjemmelen for å bruke tvangsmidler i de to tilfellene forskjellig. Straffeprosessloven § 222 d, andre ledd, er hjemmelen for det avvergende spor, mens det som nevnt er pl. § 17 d som hjemler forebyggende tvangsmiddelbruk. Dette er sentralt fordi også forskjellige regelsett kommer til anvendelse i prosessen. Når det gjelder etterforskende virksomhet reguleres denne av straffeprosessloven, påtaleinstruksen og retningslinjer fra overordnet påtalemyndighet (riksadvokaten). Forebyggende virksomhet vil på sin side reguleres av politiloven og forvaltningsloven, og det rapporteres til Justisdepartementet.<sup>50</sup>

Når og hvor grensen mellom forebyggende og etterforskende arbeid krysses er et viktig spørsmål som må besvares for å kunne fastslå hvilke forebyggende skritt PST kan ta før virksomheten egentlig må karakteriseres som etterforskning. Videre er det også et spørsmål om hvilke vilkår som må være oppfylt før en etterforskning kan begynne i medhold av strpl. § 224. Dette vil besvares i pkt. 2.7.

Det er formålet med virksomheten som skiller etterforskning fra politiets øvrige virksomhet. Det er også tilstrekkelig for at virksomheten skal kunne regnes som etterforskende at «virksomheten har hatt som ett av flere mulige utfall at informasjonen kan komme til å bli brukt i straffeforfølgende øyemed», ifølge Metodekontrollutvalget.<sup>51</sup> Justisdepartementet uttaler også at hvis siktemålet med virksomheten er «å avklare om et straffbart forhold finner eller har funnet sted, er [den] å anse som etterforskning. Er formålet et annet, er utgangspunktet at virksomheten ikke er å anse som etterforskning».<sup>52</sup>

Riksadvokaten presiserer at «generell innhenting av informasjon med sikte på å avverge eller oppklare mulige fremtidige straffbare forhold [...] faller utenfor etterforskningsbegrepet».<sup>53</sup> Det kan her for eksempel dreie seg om kartlegging av kriminelle miljøer og hvordan disse opererer uten henblikk mot ett konkret lovbrudd. Hvis formålet med virksomheten derimot er å straffeforfølge, bør den omfattes av etterforskningsbegrepet. Hvilke metoder som brukes og

---

<sup>50</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 1

<sup>51</sup> NOU 2009:15, s. 149

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.60 (2004-2005), s. 42

<sup>53</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 3

hvordan politiet selv beskriver virksomheten og handlingene skal heller ikke være bestemmende for om det foreligger en etterforskning i lovens forstand.<sup>54</sup>

### **2.6.1 Forebyggende og avvergende virksomhet**

Dersom en virksomhet har flere formål, altså både avvergende og forebyggende, kan det tenkes at parallelle saker bør opprettes og at ansvaret for dem bør deles mellom PSTs avdelinger med ansvar for de respektive formål. Riksadvokaten mener imidlertid at dette ikke er en god løsning og skriver at dersom etterforskningen er den dominerende virksomhet, bør påtalemyndigheten ha ansvaret selv om andre formål også spiller inn. Dersom formålet er tvilsomt eller endres underveis, skal det legges vekt på hvem som har engasjert seg i saken og i praksis har ansvaret for den.<sup>55</sup>

### **2.7 Når etterforskning kan iverksettes i medhold av strpl. § 224**

Spørsmålet om når etterforskning kan startes i medhold av strpl. § 224 er sentralt fordi det avgjør når tvangsmidler med hjemmel i strpl. 222 d, andre ledd, kan benyttes. Dette betyr at vilkårene for når det er mulig å starte en etterforskning utgjør de ytre rammene for det forebyggende sporet. Hovedregelen er dermed at etterforskning skal opprettes når vilkårene er til stede.<sup>56</sup> Vilåret for å sette i gang etterforskning etter strpl. § 224 er om det foreligger «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige». Et unntak er likevel den skjønsmessige adgangen PST har til å utsette etterforskningen selv om vilkårene er oppfylt der det er behov for dette, se pkt. 2.7.1.

Forståelsen av vilåret «rimelig grunn til å undersøke» i strpl. § 224, første ledd, er ifølge Justiskomiteen også sentralt i tolkningen av når det foreligger «grunn til å undersøke om noen forbereder en handling» etter pl. § 17 d, se også pkt. 2.4.1.<sup>57</sup>

Innholdet i regelen i strpl. § 224 er presisert gjennom praksis og rundskriv fra Riksadvokaten og består av en vurdering bestående av tre momenter: sannsynlighet, proporsjonalitet (forholdsmessighet) og saklighet.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 3

<sup>55</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 4

<sup>56</sup> Prop.68 L (2015-2016), s. 203

<sup>57</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), s. 42

<sup>58</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 6

Sannsynlighetsvurderingen består av en vurdering av hvor stor mulighet det er for at det foreligger et straffbart forhold. Det skal, ifølge Riksadvokaten, mindre til å foreta en etterforskning hvis det fremstår som «sannsynlig at et straffbart forhold foreligger enn hvor dette fremstår som en noe fjern mulighet».<sup>59</sup>

Vurderingen av hvor stor sannsynlighet som kreves, er tett knyttet opp mot proporsjonalitetsvurderingen og hvor alvorlig det straffbare forhold er. Det uttales at for at politiet skal kunne sette i gang en etterforskning må det foreligge opplysninger av troverdighet når det gjelder det straffbare forholds art og omfang. Avgrensninger angående «når» og «hvor» det straffbare vil finne sted er også ønskelig.<sup>60</sup> Proporsjonalitetsvurderingen beror på en avveining mellom hvor alvorlig det straffbare forhold er og hvilke etterforskningsmidler som er tilgjengelige. Ved et alvorlig straffbart forhold skal det mindre til å utløse en etterforskning enn ved et mer alminnelig forhold.<sup>61</sup> Hvilke etterforskningsmidler som er tilgjengelige og hvor inngripende disse er vil også påvirke vurderingen, og jo mer inngripende disse er, desto høyere vil graden av alvorlighet av det straffbare forholdet være.

Etterforskningen må også være saklig begrunnet og det kan ikke tas utenforliggende hensyn. I dette ligger at en persons status eller posisjon ikke skal vektlegges. Etterforskningen kan heller ikke ha noen form for politisk motiv.<sup>62</sup>

### **2.7.1 Skjønnsmessig adgang til å ikke starte etterforskning**

Departementets oppfatning er at dersom vilkårene for å åpne etterforskning er oppfylt, bør dette gjøres. Det forebyggende spor skal kun benyttes som en sikkerhetsventil der vilkårene for å starte etterforskning *ikke* er oppfylt. Det åpnes likevel for at PST har en skjønnsmessig kompetanse til å avgjøre når en sak bør flyttes fra det forebyggende til det etterforskende sporet.<sup>63</sup> Dette begrunnes i hensynet til lojalitet mot utenlandsk etterretning og andre kilder som potensielt ikke lenger vil kunne tjene som informasjonskilder etter den eksponeringen som en straffesak kan medføre. Konsekvensene dette får for mistenktes rettssikkerhet er

---

<sup>59</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 6

<sup>60</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 6

<sup>61</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 6

<sup>62</sup> Riksadvokatens rundskriv 1999 nr. 3, s. 7

<sup>63</sup> Prop.68L (2015-2016), s. 203

betydelige fordi det som hovedregel skal gis innsyn i informasjonen som innhentes i en etterforskning, jf. strpl. § 242, selv om det her finnes unntak for informasjon som kan skade etterforskningen. Den skjønsmessige adgangen til å unnlate å starte en etterforskning medfører derfor en viss fare for at PST vil kunne misbruke unntaket for å slippe å gi mistenkte innsyn i «sakens dokumenter», jf. strpl. § 242. En slik situasjon kan tenkes der PST ikke ønsker å oppgi kildene for informasjonen som er samlet inn.

Saken i Rt. 2009, s. 1075 er illustrerende. Her ble mistenkte nektet innsynsrett i en rekke av sakens dokumenter fordi disse var innhentet i forebyggende øyemed, altså før etterforskning var iverksatt. Selv om anmeldelsen bygget på informasjon innhentet av PST i forebyggende øyemed, fant Høyesteretts ankeutvalg at det notoriske skillet i PST mellom virksomhetsdelene (forebyggende og avvergende) gjorde at disse opplysningen ikke skulle inngå i sakens dokumenter, jf. avsnitt i 35 i kjennelsen.

På den ene siden har dette gode grunner for seg, nemlig at det kun er «De dokumenter som innhentes, opprettes og mottas under etterforskningen, [som] inngår i sakens dokumenter, og det er på grunnlag av disse at tiltalespørsmålet må avgjøres.»<sup>64</sup> Dermed har mistenkte og domstolen en klart definert tidsperiode å forholde seg til, og påtalemyndigheten må som hovedregel inkludere alle dokumenter innhentet etter at etterforskningen er startet. Dette skaper forutberegnelighet og styrker rettssikkerheten. På den andre siden vil muligheten til å nekte innsyn på bakgrunn av skillet mellom forebyggende og etterforskende virksomhet kunne være problematisk. Sett i sammenheng med den skjønsmessige adgangen til å velge når etterforskning skal åpnes, utgjør dette potensielt en hindring for rettssikkerheten dersom PST benytter det forebyggende spor i større grad enn hva lovgiver forutsatte da det ble åpnet for forebyggende tvangsmiddelbruk.

## **2.8 Oppsummering**

Politi-loven § 17 d ble innført på grunn av behovet for lavere terskler for å benytte skjulte tvangsmidler med det formål å forebygge alvorlig kriminalitet. Terskelen for å benytte skjulte tvangsmidler etter bestemmelsen er dermed lavere enn ved avvergende tvangsmiddelbruk. Til gjengjeld kommer bestemmelsen kun til anvendelse når det er snakk om særskilt alvorlig kriminalitet.

---

<sup>64</sup> Rt. 2009, s. 1075 (avsnitt 33)

Selv om terskelen for å benytte tvangsmidler kan fremstå noe lavere, søkes mistenktes rettssikkerhet ivaretatt av vilkårene i andre ledd. Disse vilkårene byr imidlertid på svært hypotetiske og fremtidsrettede vurderinger som domstolene vil ha vansker for å kunne prøve selvstendig. Nettopp fordi disse vurderingene er særs vanskelige for domstolen å overprøve i forhåndskontrollen, vil de øvrige kontrollmekanismene være sentrale for å sørge for at mistenktes rettssikkerhet er ivaretatt der tvangsmidler med hjemmel i pl. § 17 d blir benyttet. Denne kontrollen er tema for del 3.

## 3 Kontrollmekanismene

### 3.1 Innledning

Når politiet tyr til skjult tvangsmiddelbruk må en rekke rettssikkerhetsgarantier vike til fordel for det målet som søkes oppnådd. De rettssikkerhetsmidler som mistenkte vanligvis har til disposisjon, som retten til kontradiksjon og å selv føre kontroll med bevisene mot ham, er ikke anvendelige her. Det samme gjelder prinsippet om offentlig kontroll og de garantier som følger med en transparent rettsprosess. Disse prinsippene følger av Grunnloven<sup>65</sup> (Grl.) § 96, og EMK art. 6, nr. 3.

At man ikke kan lene seg på disse prinsippene lenger betyr at andre metoder for å sikre borgeren mot vilkårlige og ulovlige inngrep må benyttes. Kontrollmekanismene som eksisterer i forbindelse med skjult tvangsmiddelbruk, har derfor en svært viktig rettssikkerhetsmessig funksjon. Målet er å holde politiets metodebruk i sjakk og sørge for at maktmisbruk og uhjemlede inngrep ikke finner sted.<sup>66</sup>

Spørsmålet her blir hvordan og i hvilken grad kontrollmekanismene ivaretar rettssikkerheten til borgeren og om denne er tilstrekkelig for å sikre rettferdig rettergang.

De kontrollmekanismer som eksisterer i dag kan deles inn i tre kategorier: intern kontroll, ekstern kontroll og kontroll gjennom uavhengige utvalg. Den interne kontrollen utføres av politiets og påtalemyndigheten selv, mens den eksterne består av domstolskontroll og

---

<sup>65</sup> Lov av 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov

<sup>66</sup> Bruce (2018), s. 131

advokater. I tillegg til disse vil uavhengige utvalg også føre etterfølgende kontroll med politiets tvangsmiddelbruk.

### 3.2 Internkontroll

Internkontroll av politiets skjulte tvangsmiddelbruk er et viktig virkemiddel for å avdekke mangler og feil ved praksisen. Ansvaret for PST er delt mellom den virksomhet som regnes som forebyggende og den som regnes som etterforskende. Den forebyggende delen av virksomheten er direkte underlagt Justisdepartementet, jf. Instruks for PST § 2.<sup>67</sup> Det følger videre at pl. § 17 a, jf. § 17 c, at PST ledes av den sentrale enhet (DSE), mens den etterforskende og påtalemessige delen av PSTs virksomhet er underlagt påtalemyndigheten.

For at et kontrollsystem skal fungere effektivt, er det viktig at feil og mangler avdekkes og rettes på et så lavt og tidlig nivå som mulig. For at dette i praksis skal kunne skje, må politiets egne kontrollordninger fungere på en tilfredsstillende måte. Et viktig moment her er at ordningene er av god kvalitet og samkjørte mellom de ulike politidistriktene.

Metodekontrollutvalget bemerker at PST «synes å ha gode kontrollrutiner», med et «internkontrollsystem som gjelder hele virksomheten», men samtidig at *ekstern* kontroll oppfattes som en viktig ressurs for virksomheten.<sup>68</sup> Det fremkommer også at internkontrollen synes å fungere bedre i PST enn i det ordinære politiet, hvilket taler for at kontrollvirksomheten er mer samkjørt, et viktig moment for å oppnå effektiv og forutberegnelig kontroll.

Sjefen for PST er pålagt å rapportere alle saker av viktighet, herunder de saker som faller under tjenestens forebyggende virksomhet, til Justisdepartementet, mens departementet kun skal orienteres om etterforskningsaker.<sup>69</sup> I riksadvokatens rundskriv er Det nasjonale statsadvokatembetet for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet (NAST) gitt ansvaret for å følge opp at tvangsmiddelbruk først og fremst skjer i *avvergende* øyemed, jf. strpl. § 222 d, der dette lar seg gjøre, fremfor i *forebyggende* øyemed. Det ble vist til forarbeidene og uttalt at dette var sentralt for å sikre at forebyggende tvangsmiddelbruk forble et «smalt supplement til metodebruk i det avvergende sporet».<sup>70</sup> I forarbeidene ble det slått

---

<sup>67</sup> Forskrift 19. august 2005, nr. 920

<sup>68</sup> NOU 2009: 15, s. 137

<sup>69</sup> Forskrift 19. august 2005, nr. 920, § 17

<sup>70</sup> Riksadvokatens rundskriv RA-2007-4, pkt. III

fast at nok et viktig tiltak var at statsadvokatene skulle gå gjennom alle forebyggingssaker for å vurdere om de heller burde vært etterforsket.<sup>71</sup>

Det er viktig å understreke at tallene på PSTs tvangsmiddelbruk ikke er offentlige, men Metodekontrollutvalget har tidligere påpekt at «hoveddelen» av PSTs tvangsmiddelbruk skjer i forebyggende øyemed, noe som tydelig strider mot lovgiverviljen da regelen ble vedtatt, samt riksadvokatens oppfordring i rundskrivet fra 2007.<sup>72</sup> Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved hvor effektiv den interne kontrollen har vært.

Departementet advarte i forarbeidene om at det kunne oppstå en «fare for et press i retning av at forebygging foretrekkes også når formålet reelt sett er å etterforske og skaffe bevis til straffeforfølgning». At mesteparten av PSTs tvangsmiddelbruk skjer i forebyggende øyemed kan derfor anses som betenkelig. Dette momentet kan tale for at den interne kontrollmekanismen ikke har fungert som den skal og at reglene om forebyggende tvangsmiddelbruk tolkes for vidt i forhold til lovgiverviljen, som jf. ovenfor skulle være et «smalt supplement» til avvergende metodebruk.

### **3.3 Offentlig oppnevnt forsvarer**

#### **3.3.1 Om forsvareren og mistenktes rettigheter**

I 1999 ble mistenktes rett til offentlig oppnevnt advokat ved skjult tvangsmiddelbruk innført ved lov.<sup>73</sup> Formålet med oppnevningen var å kompensere for at mistenkte er fratatt muligheten til å kontrollere eller svare på politiets fremgangsmåte. Spørsmålet er her hvor effektivt det er mulig for den offentlig oppnevnte advokaten å forsvare den mistenkte og om det grunnleggende kravet til kontradiksjon er ivaretatt.

Det følger av strpl. § 100 a at det skal oppnevnes en offentlig forsvarer idet retten skal ta stilling til en begjæring om bruk av skjulte tvangsmidler. Dette gjelder også selv om den mistenkte allerede har en forsvarer, jf. § 100 a, første ledd, første og andre setning. «Advokaten skal vareta den mistenktes og eventuelle tredjepersoners interesser i forbindelse med rettens behandling av begjæringen», jf. § 100 a, andre ledd, første setning. Regelen i

---

<sup>71</sup> Innst. O. nr. 113 (2004-2005), s. 44

<sup>72</sup> NOU 2009:15, s. 126

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.64 (1998-1999), s. 78-84



strpl. § 100 a gjelder også saker med forebyggende tvangsmiddelbruk som nevnt i § 17 d, første ledd, jf. pl. § 17 e.

Ettersom den mistenkte selv ikke kan ta til motmæle og heller ikke har mulighet til å forholde seg til tvangsmiddelbruken, kan forsvareren åpenbart ikke søke kontakt med vedkommende, dette følger også av strpl. § 100 a tredje ledd. I tilfeller der kun den mistenkte selv kan gi forklaringer på opplysninger som fremlegges av påtalemyndigheten, vil forsvaret kunne svekkes av at denne muligheten ikke er til stede.

Det vil potensielt være vanskelig for en dommer å avvise en begjæring om bruk av skjulte tvangsmidler når PST mener det er grunn til å undersøke om noen forbereder en terrorhandling. Dette fordi konsekvensene av ett avslag for mye vil kunne være betydelig større enn én tillatt begjæring for mye. I tillegg er det kun politiets betingelser for saken som fremlegges og deres begrunnelser for å ta tvangsmidlene i bruk som presenteres.

Nettopp derfor er denne kontrollmekanismen sentral for å ivareta den mistenktes rett til kontradiksjon. Metodekontrollutvalget uttaler også at advokaten er av «avgjørende betydning» for at kontrollen med metodebruken og domstolens behandling av den skal være «reell». <sup>74</sup> Vedkommende vil ikke ha noen mulighet til selv å forsvare sine handlinger, og ved en forhåndskontroll er det mye som taler for at domstolens reelle muligheter til å overprøve PSTs egne vurderinger vil være snevre (se også pkt. 2.4.2-2.4.3). Dette gjelder særlig dersom ingen kommer med innsigelser på vegne av den mistenkte.

### **3.3.2 Den offentlig oppnevnte advokatens effektivitet**

Spørsmålet er her om den offentlige oppnevnte advokatens rolle er tilrettelagt på en slik måte at vedkommende best mulig er i stand til å vareta den mistenkte og eventuelle tredjepersoners interesser, jf. strpl. § 100 a, andre ledd.

Metodekontrollutvalget har i sin rapport fra 2009 påpekt enkelte mangler ved de ulike kontrollmekanismene. Når det gjelder den offentlig oppnevnte advokaten, vises det til at disse ofte ikke har tilstrekkelig tid til å «gjøre seg kjent med alle sakens dokumenter, tilgang til

---

<sup>74</sup> NOU 2009:15, s. 134

rettens kjennelser for å vurdere ankemuligheter mv».<sup>75</sup> Mangelen som Metodekontrollutvalget påpeker her, skyldes i hovedsak to momenter. Det første er de tilgjengelige ressursene og hvor mye tid advokaten har til å gjøre seg kjent med saken. Det andre momentet er hvilke muligheter advokaten har til å sette seg inn i sakens dokumenter og viktige kilder. Det uttales i rapporten at det ikke er sjelden at advokatens påtegninger lyder: «Jeg har ikke grunnlag for å hevde at begjæringen ikke kan tas til følge».<sup>76</sup> Dette taler for at dagens ordning ikke i tilstrekkelig grad gir advokaten mulighet til å vareta mistenktes interesser på en god nok måte.

Det fremgår av Kontrollutvalget for kommunikasjonskontrolls årsrapport fra 2018 at av de 130 sakene som ble anlagt i 2017, ble kun 3 påanket av den oppnevnte advokaten. Ingen av ankene førte frem. Det må her merkes at dette kontrollutvalget ikke behandler saker som hører under PSTs ansvarsområde, da disse behandles av EOS-utvalget, jf. strpl. § 216 h, første ledd, andre pkt. Ettersom detaljer om PSTs tvangsmiddelbruk i all hovedsak er unntatt offentligheten, legges det her til grunn at Kontrollutvalget for kommunikasjonskontrolls rapporter likevel gir viktig informasjon om de ulike kontrollmekanismenes effektivitet når det gjelder skjult tvangsmiddelbruk hos det ordinære politiet. Dette fordi kontrollmekanismene og reglene som kommer til anvendelse når det gjelder domstolsprøvingen, er de samme.

I 2017 ble i alt 276 personer underlagt kommunikasjonskontroll fordelt på 586 kommunikasjonsanlegg.<sup>77</sup> I 223 av disse tilfellene ble såkalt hurtigoppkobling benyttet. Dette vil si at kommunikasjonskontrollen ble utført etter begjæring fra påtalemyndigheten, og Tingrettens kontroll fant sted i ettertid. Tingretten avviste påtalemyndighetenes begjæring om etterfølgende godkjenning i én av disse 223 sakene.<sup>78</sup> Årsaken til avvisningen eller nærmere opplysninger om denne saken foreligger ikke i rapporten.

Statistikken over saker der hurtigoppkobling ble benyttet vitner enten om en påtalemyndighet som nærmest utelukkende fremmer begjæringer hvor det ikke er tvil om at vilkårene for tvangsmiddelbruk er oppfylt, eller faktisk om et system hvor overprøving av påtalemyndigheten skjer for sjelden. Ettersom sakene er unntatt offentligheten, er det ikke mulig å si noe konkret om hvorvidt mistenktes rettssikkerhet i hver enkelt sak er tilstrekkelig

---

<sup>75</sup> NOU 2009:15, s. 135

<sup>76</sup> NOU 2009:15, s. 134

<sup>77</sup> Et «kommunikasjonsanlegg» kan for eksempel være en mobiltelefon, fasttelefon eller bredbåndsruiter.

<sup>78</sup> Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, årsrapport 2018.

ivaretatt. Statistikken sammenholdt med Metodekontrollutvalgets uttalelser om advokatenes manglende mulighet til å sette seg inn i saken, skaper imidlertid et inntrykk av at mistenktes forsvar lider av visse mangler.

Metodekontrollutvalget viser til uttalelser fra forsvarsadvokater som påpeker at forhold som «tid og mulighet til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter» ikke er tilrettelagt for at jobben skal kunne utføres tilfredsstillende.<sup>79</sup> Et avhjelpende virkemiddel vil kunne være å gi den oppnevnte advokaten mer tid til å sette seg inn i sakene. Dette kan oppnås ved å avvente med domstolsbehandling, men dette vil forsinke prosessen, noe som kan forringe det forespurte tvangsmidlets effektivitet. Dette er ikke en ønskelig løsning når hurtig saksgang er viktig. Et alternativ til dette vil, etter min mening, da være å oppnevne den offentlige advokaten på et tidligere tidspunkt i prosessen, før selve begjæringen er fremlagt for retten. Advokaten vil da ha mer tid på seg til å forberede innsigelser ved en eventuell domstolsbehandling av begjæringen. En konsekvens av sistnevnte løsning vil være at advokater i noen tilfeller får innsyn i saker som ikke ender opp med begjæring.

Videre følger det av strpl. § 100 a, andre ledd, tredje punktum, at advokaten kun «etter anmodning» har krav på innsyn i saken. Også her har Metodekontrollutvalget påpekt et forbedringspotensiale. Det ble foreslått at innsyn ikke burde være betinget av en konkret begjæring fra advokaten, men at det heller burde gis automatisk, slik som i en fengslingssak. Dette vil, etter utvalgets mening, kunne gjøre det lettere for advokaten å sette seg inn i saken på en grundig måte.

At dette er tiltak som vil kunne utgjøre en forskjell, fremstår som svært sannsynlig basert på Metodekontrollutvalgets rapport. I evalueringen fra 2009 ble det nemlig vist til at retten ikke motsatte seg PSTs begjæringer i noen av sakene der den oppnevnte advokaten *ikke* hadde innsigelser. I sakene der advokaten *hadde* innsigelser fikk vedkommende helt eller delvis medhold i omlag en tredjedel av sakene. Det ble reist innsigelser mot politiets begjæringer i 65 % av sakene.<sup>80</sup> Tallene viser at det er en betydelig sannsynlighet for at saksutfallet blir annerledes der advokaten har innsigelser. Derfor er det viktig å sette advokaten i best mulig

---

<sup>79</sup> NOU 2009: 15, s. 134

<sup>80</sup> Bruce (2018), s. 140

posisjon til å fremme innsigelser for å sikre et rettferdig og fullstendig avgjørelsesgrunnlag for domstolen.

De motstående hensyn her er hensynet til effektiv kontroll hos domstolene på den ene siden, og faren for økt ressursbruk fra domstolen og påtalemyndighetens side på den andre. Utvalget selv foreslår obligatorisk opplæring av advokater som påtar seg slike oppdrag, i regi av domstolene eller Juristenes Utdanningscenter. Dette for bedre å sette dem i stand til «å fremsette motargumenter slik at saken bli best mulig opplyst før dommeren fatter sin avgjørelse.»<sup>81</sup>

I tillegg til utvidet ressursbruk i form av opplæring og tidligere innsyn for advokatene vil økt tilgang til relevant kildemateriale og saksdokumenter potensielt kunne avhjelpe problemet som oppstår der advokaten ikke har tilstrekkelig grunnlag til å vurdere ankemulighetene. Avslutningsvis er det viktig å nevne lovendringen som trådte i kraft i 2016, hvor det følger at «Samme advokat skal så langt det er mulig oppnevnes» ved begjæringer om forlenget bruk av tvangsmidler, jf. strpl. § 100 a, andre ledd, andre setning. Dette gjør at mindre tid og ressurser kreves ved at nye advokater må sette seg inn i mistenktes sak gjennom forløpet. I tillegg vil færre personer få kjennskap til bruken av tvangsmidlene. Advokaten blir også bedre i stand til å vurdere forholdsmessigheten sett i lys av tidligere metodebruk mot mistenkte. Alle disse elementene bedrer rettssikkerheten og må ses på som viktige endringer. Forbeholdet om at samme advokat kun benyttes «så langt det er mulig» betyr at dette ikke er en absolutt regel; det vil være lite praktisk å kreve at samme advokat må være til stede gjennom hele forløpet. Hensikten med forbeholdet er at regelen ikke skal skape forsinkelser som skader etterforskningen.<sup>82</sup>

Den offentlig oppnevnte advokaten er et sentralt element for å sikre effektiv domstolskontroll og dermed styrket rettssikkerhet for den mistenkte. Basert på tallene Metodekontrollutvalget har presentert, fremstår advokaten som en viktig beskytter av mistenktes rettssikkerhet, men det er rom for bedring av forholdene rundt rollen. At samme advokat burde oppnevnes gjennom hele sakskomplekset så langt det lar seg gjøre, er en viktig del av denne

---

<sup>81</sup> NOU 2009: 15, s. 134

<sup>82</sup> Prop.68 L (2015-2016), pkt. 6.6.2.4

forbedringen. Advokaten bør i tillegg gis mer tid til å sette seg inn sakene på et tidligere tidspunkt i hendelsesforløpet, og rettskildetilgangen bør være bedre.

### **3.4 Domstolskontroll**

#### **3.4.1 Innledning**

Det overordnede spørsmålet er her om domstolskontrollen i dag oppfyller kravene til rettssikkerhet som skal sikre at mistenkte ikke blir offer for myndighetsmisbruk i form av ulovlig overvåkning. Historisk sett taler mye for at norske domstoler tidligere ikke har klart å tilfredsstillere dette kravet, jf. Lund-rapporten (se nedenfor). Det vil i det følgende vurderes om det finnes grunnlag for å slå fast at de endringer som er gjort i nyere tid gjør at domstolens kontroll i dag er effektiv og ivaretar mistenktes rettssikkerhet på en god måte.

Når det gjelder pl. § 17 d er domstolens forhåndskontroll lovbestemt i første ledd. Det følger her at «Retten kan ved kjennelse gi Politiets sikkerhetstjeneste tillatelse [...]». Kravet om tillatelse til tvangsmiddelbruk fra domstolen kommer også til uttrykk gjennomgående i straffeprosessloven. Hovedregelen er at retten må gi tillatelse på forhånd, før tvangsmiddelbruk kan finne sted. Unntaksvis kan PSTs sjef og assisterende sjef treffe beslutning om tvangsmiddelbruk etter pl. § 17 d, tredje ledd, men også denne beslutningen skal «snarest mulig, og senest 24 timer etter [...] legges frem for retten for godkjennelse».

Domstolens rolle som uavhengig statsmakt er også viktig for å sikre et rettsapparat som ikke påvirkes av politiske føringer eller annen uforholdsmessig påvirkning fra myndighetene. Domstolens tre instanser gjør at avgjørelsene kan påankes og overprøves om nødvendig. Domstolen vil også kunne etterprøve lovligheten av bruk av skjulte tvangsmidler i straffesaker der bevis fremskaffet ved hjelp av slike midler blir brukt. Mistenktes innsynsrett og øvrige bevisføringsregler er her sentrale.<sup>83</sup> Videre må alle domstolens kjennelser begrunnes, jf. strpl. § 52, noe som i teorien vil styrke avgjørelsens legitimitet.

#### **3.4.2 Lund-kommisjonens rapport**

Norges domstoler har møtt skarp kritikk for å ikke verne om den rettssikkerhet borgerne har krav på når beslutninger om skjulte tvangsmidler har vært truffet. Den såkalte Lund-kommisjonen ble nedsatt av Stortinget i 1994 og fikk som oppgave å granske påstander om

---

<sup>83</sup> Bruce (2018), s. 141

ulovlig overvåkning av norske borgere. Kommisjonen ble ledet av Høyesterettsdommer Ketil Lund. Dens konklusjon var at det forelå en systematisk mangel på respekt for mistenktes rettssikkerhet, rett til privatliv og rett til kontradiksjon i spørsmål om skjult overvåkning. I rapporten kommisjonen la frem, ble det fastslått at «det er ingen tvil om at domstolene ikke har fungert som den rettssikkerhetsgaranti de var ment å være».<sup>84</sup>

Det legges her til grunn at Lund-rapportens funn, som i senere år har ledet til en rekke endringer i kontrollsystemet,<sup>85</sup> avdekket en rekke reelle rettssikkerhetsmessige mangler. Det vil i det følgende være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i utbedringen av disse manglene for å vurdere i hvilken grad domstolskontrollen i dag er tilfredsstillende.

Først vil det gjennomgås i korte trekk hvilke konkrete mangler Lund-kommisjonen påpekte, før det tas stilling til om situasjonen er annerledes i dag.

Når det gjaldt domstolsbehandlingen i avgjørelser om kommunikasjonskontroll, uttalte kommisjonen at denne «inneholder elementer som er rettssikkerhetsmessig lite betryggende, især hensett til at det kontradiktoriske prinsipp ikke gjelder».<sup>86</sup> Dette tydeliggjøres ved gjennomgangen av datidens praksis som viser at rettens avgjørelser ble truffet i overvåkningssentralens lokaler, hvor også alle dokumenter ble lagret. Rettsprotokollen med rettens standardbeslutninger ble skrevet ut på forhånd og det eneste som manglet var dommerens underskrift.<sup>87</sup> Det levnes i rapporten liten tvil om at mistenktes rett til kontradiksjon ikke er særlig godt ivaretatt.

Videre var beslutningsgrunnlaget for rettens avgjørelser vanskelig å etterprøve, da disse «ofte [hadde] preg av standardformuleringer», forklarer tidligere overvåkningssjef Jostein Erstad.<sup>88</sup> Kommisjonen viser til at de aller fleste beslutningene hadde en slik generell karakter. Formuleringer som «Retten finner etter en gjennomgang av sakens dokumenter at mistenkte med skjellig grunn kan mistenkes for ...» er, ifølge Metodekontrollutvalget, langt fra sjeldne

---

<sup>84</sup> Dok. nr. 15 (1995-1996), s. 678

<sup>85</sup> Bruce (2018), s. 142

<sup>86</sup> Dok. nr. 15 (1995-1996), s. 678

<sup>87</sup> Dok. nr. 15 (1995-1996), s. 678

<sup>88</sup> Dok. nr. 15 (1995-1996), s. 676

og viser at kravene til begrunnelse ikke har vært tilstrekkelige.<sup>89</sup> At disse avgjørelsene treffes i form av standardbeslutninger er betenkelig fordi det ikke viser at retten foretar en konkret, selvstendig og individuell vurdering av den enkelte sak den blir forelagt. Det er ikke dermed sagt at slike vurderinger ikke er *gjort*, da dommeren har mulighet til å stille spørsmål til tjenestemenn og sette seg inn i sakens dokumenter også i disse tilfellene.<sup>90</sup> Problemet oppstår når dette ikke fremkommer av avgjørelsen og det sjelden gjøres tilstrekkelig rede for hvilke straffbare forhold som ligger til grunn for rettens beslutning. Da svekkes domstolens legitimitet.

Kort oppsummert dreide kritikken på 90-tallet seg om mangel på kontradiksjon, mangel på rettslig etterprøvbare begrunnelser av avgjørelser samt potensielt inhabile dommere, eksponert for hemmelig informasjon på etterforskningsstadiet. Med utgangspunkt i disse manglene vil det i det følgende vurderes om endringer ved kontrollsystemet som er utført de siste årene, har styrket mistenktes rettsikkerhet.

### 3.4.3 Situasjonen i dag

I samsvar med Metodekontrollutvalgets anbefalinger ble strpl. § 100 a innført, og mistenkte fikk dermed oppnevnt en offentlig advokat med sikte på å ivareta retten til kontradiksjon (jf. pkt. 3.3). Mye taler for at denne ordningen prinsipielt er svært viktig for å ivareta mistenktes rettssikkerhet, men den har som nevnt i pkt. 3.3 også et visst forbedringspotensial.

Mens rettens avgjørelser tidligere ble fattet som standardbeslutninger, blir avgjørelser om skjulte tvangsmidler i dag fattet ved kjennelse, jf. bl.a. pl. § 17 d, første ledd, første setning. Det følger av strpl. § 52 første ledd, jf. § 43, første ledd, at det må avholdes rettsmøter for kjennelser. Dette er et steg i riktig retning og sørger for at rettens begrunnelser må møte lovbestemte terskler. Rettens begrunnelse må være «slik at det er mulig å etterprøve om vilkårene for tvangsmiddelet er oppfylt».<sup>91</sup> Dette gir avgjørelsene etterprøvbarhet og større legitimitet. Rettens kjennelser kan påankes, jf. strpl. § 377, noe som også vil kunne ha en skjerpene effekt for underinstansens avgjørelse.

---

<sup>89</sup> NOU 2009: 15, s. 172

<sup>90</sup> Dok. nr. 15 (1995-1996), s. 675

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.64 (1998-1999), s. 145

Metodekontrollutvalget påpeker at hovedregelen fremdeles er at forhandlingene i saker om bruk av skjulte tvangsmidler foregår skriftlig.<sup>92</sup> Årsaken er, ifølge departementet, at muntlige forhandlinger kan forsinke gjennomføringen av et tvangsmiddel og på den måten svekke etterforskningen. Dette kan anses som problematisk fordi det vil være en høyere terskel for å stille spørsmål og avklare uklarheter dersom forhandlingen ikke er muntlig. Departementet vedgikk også at muntlige forhandlinger vil kunne gjøre det enklere for den oppnevnte advokaten å få svar på potensielle spørsmål og uklarheter ved saken, samt senke terskelen for å fremme innsigelser mot begjæringen. Likevel ble hensynet til effektiv saksbehandling funnet viktigere.<sup>93</sup>

Det må nevnes at muntlige forhandlinger er hovedregelen blant annet ved tingrettene i Bergen og Trondheim, og en sammenligning mellom disse tingrettene og der hovedregelen er skriftlig behandling, viser at muntlige forhandlinger i liten grad påvirker utfall og rettsprosess.<sup>94</sup>

### **3.5 Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåknings-, og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget)**

I tillegg til kontrollen som føres internt, av domstolen og den offentlig oppnevnte advokaten, har den etterfølgende kontrollen også en viktig funksjon. Uavhengige utvalg står for en sentral del av arbeidet som gjøres for å sikre at skjult tvangsmiddelbruk skjer i samsvar med loven. EOS-utvalget utfører etterfølgende kontroll av PSTs skjulte tvangsmiddelbruk. Utvalget har en særlig viktig rolle som objektive kontrollører uten noen form for partsinteresse i de ulike sakene. I motsetning til dommerens rolle vil utvalgets kontroll av bruken ikke påvirkes av muligheten for en nært forestående trussel mot nasjonal sikkerhet. Dette sørger for en mer objektiv vurdering av tvangsmiddelbruken og er derfor et viktig verktøy for å hindre utglidning og uforholdsmessig eskalering av overvåkingen.

Spørsmålet blir her om EOS-utvalget har de midler og fullmakter som kreves for å kunne føre en effektiv kontroll som også har reell påvirkning på tvangsmiddelbruken.

---

<sup>92</sup> NOU 2009:15, s. 170

<sup>93</sup> Prop. 68 L (2015-2016), s. 65-66

<sup>94</sup> Prop. 68 L (2015-2016), s. 66



Utvalget er Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjenesten og har ansvar for å føre kontroll med disse virksomhetene. Formålet med kontrollen følger av EOS-kontrollloven<sup>95</sup> § 2 og inkluderer å påse at menneskerettighetene respekteres; at det ikke benyttes mer inngripende midler enn nødvendig og at inngrepene holder seg innenfor lovens rammer. Videre er formålet «rent kontrollerende», jf. siste ledd, hvilket vil si at utvalget ikke har noen instruksjonsmyndighet og at kontrollen utelukkende er etterfølgende.

Det følger av EOS-loven § 8 at EOS-utvalget har omfattende innsynsrett i de ulike tjenestenes dokumenter samt arkiver. Utlevering av dokumenter kan kreves for både avsluttede og pågående saker. Videre spesifiseres utføringen av kontrollen av § 5, hvor det følger at «utvalget skal gjennomføre kontroll og regelmessige inspeksjoner av etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjeneste som utøves i den sivile og militære forvaltning».

Det følger av § 6 at utvalget skal føre kontroll med PSTs bruk av skjulte tvangsmidler, både i etterforskende og forebyggende øyemed. Ved alle inspeksjoner i PST vil utvalget vurdere hver ny og avsluttede sak hvor skjulte tvangsmidler ble benyttet. I tillegg vil alle saker gjennomgås en gang i halvåret.<sup>96</sup>

Et annet viktig aspekt er at utvalget gjennomgår rettens kjennelser og kontrollerer at tvangsmiddelbruken er i samsvar med de rammene retten har satt, særlig når det kommer til varighet og gjennomføring.

Metodekontrollutvalget uttaler at EOS-utvalget er blant de mest sentrale organene som bidrar til å kontrollere tvangsmiddelbruk, samt at kontrollen synes å «fungere tilfredsstillende».<sup>97</sup> Basert på dette fremstår det som klart at EOS-utvalgets kontroll forbedrer rettssikkerheten for enhver som blir utsatt for skjulte tvangsmidler, særlig der vedkommende aldri blir kjent med metodebruken eller at inngrep har funnet sted. Kontrollen utvalget fører bidrar også til å styrke befolkningens tillit til tjenesten.

---

<sup>95</sup> EOS-loven 1993, nr. 7

<sup>96</sup> Bruce (2018), s. 150

<sup>97</sup> NOU 2009:15, s. 146

### 3.6 Oppsummering

Denne gjennomgangen viser at de ulike kontrollmekanismene fungerer i varierende grad. Forhåndskontrollen som foregår internt består av hyppig rapportering til statsadvokaten og Justisdepartementet, noe som antas å ha en skjerpene effekt på PSTs arbeid. Det er imidlertid mye som tyder på at føringene som er gitt av riksadvokaten og lovgiver når det gjelder bruk av forebyggende kontra avvergende tvangsmidler, ikke har blitt etterlevd i særlig grad. Ettersom sakene er unntatt offentligheten vites det ikke om den betydelige prioriteringen av forebyggende metodebruk strider mot loven, og det kan vanskelig konkluderes med at internkontrollen er ineffektiv på grunn av dette.

Ordningen med offentlig oppnevnt advokat har rom for forbedringer når det gjelder advokatens allokerte tids- og ressursbruk. Det vises til forsvarsadvokater som uttaler at de ikke har tilstrekkelig grunnlag for å komme med innsigelser, og i saker hvor innsigelser faktisk fremmes, blir disse ofte tatt til følge. Derfor er det viktig å bedre advokatenes tilgang til kildemateriale samt utvide tidsbruken som står til rådighet for å bedre sørge for at den mistenktes sak tales av en som faktisk kjenner saken. At mistenkte blir tildelt samme advokat gjennom hele saksforløpet vil her kunne avhjelpe dette problemet.

Domstolenes begrunnelser må også møte de standarder som loven krever jf. strpl. § 52, nemlig etterprøvnbarhet og at begrunnelsen ikke er «kortfattet».<sup>98</sup> Standardformuleringer som «Retten finner etter en gjennomgang av sakens dokumenter at mistenkte med skjellig grunn kan mistenkes for ...»<sup>99</sup> møter neppe disse standardene, og slike kjennelser bør og må påankes oftere av forsvarsadvokaten slik at Lagmannsrettene kan kreve grundigere begrunnelser.

Etterkontrollen fremstår som velegnet til å sørge for at tvangsmiddelbruken ikke bryter med loven. Selv om denne formen for kontroll kun har en disiplinerende og *kontrollerende* effekt synes den effektivt å være i stand til å utføre sitt formål. I 2015-2016 utførte et stortingsoppnevnt utvalg en evaluering av EOS-kontrollen, noe som førte til en regelendring og utvidede midler fra Stortinget samt en endring i EOS-loven. Dette viser at kontrollen også følges opp og forbedres der det er nødvendig, et viktig moment innen et område som overvåkning, som er i stadig utvikling.

---

<sup>98</sup> Ot.prp.nr.64 (1998-1999), s. 145

<sup>99</sup> NOU 2009: 15, s. 172

## 4 Forholdet til EMK

### 4.1 Innledning

Til nå er det gjort rede for hvilke vilkår som må oppfylles for at skjulte tvangsmidler kan benyttes i forebyggende øyemed, samt i hvilken grad mistenktes rettssikkerhet er ivaretatt gjennom domstolsbehandlingen og de øvrige kontrollmekanismene som fører kontroll med metodebruken.

I denne delen vil Norges forpliktelser etter EMK gjøres rede for i et forsøk på å vurdere i hvilken grad bruk av skjulte tvangsmidler med hjemmel i pl. § 17 d skjer i tråd med de rettsregler som følger av internasjonal lovgivning og praksis.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 8, nr. 1 gir et generelt vern av borgerens privatliv, familieliv og korrespondanse. Etter EMK art. 8, nr. 2. må de inngrep som offentlige myndigheter ønsker å utføre være i samsvar med loven. Hjemmelen må også være presist nok utformet. Til sist må inngrepet være «nødvendig i et demokratisk samfunn».<sup>100</sup> Hvor terskelen for presisjon ligger, samt hva som må til for at inngrepet regnes som «nødvendig», vil gjøres rede for i det følgende.

Forpliktelsene Norge har etter EMK art. 8, utgjør i første rekke rammene for hvor langt lovgiver kan gå når inngripende politimetoder skal hjemles. Artikkel 8, nr. 1 oppstiller en generell regel om vern mot inngrep i den enkeltes privat- og familieliv samt hjem og korrespondanse. Dette vernet er imidlertid ikke absolutt og inngrepet er tillatt dersom det kan begrunnes tilstrekkelig etter art. 8, nr. 2.

### 4.2 Inngrep i privatlivet

Det første spørsmålet som må besvares er hva som regnes som privatliv i henhold til Den europeiske menneskerettsdomstols (EMD) praksis og hvor rammene ligger for beskyttelse av denne retten.

EMDs praksis viser at tre elementer utgjør det som regnes som privatliv etter artikkel 8. Privatlivsbegrepet omfatter fysisk og psykisk integritet og muligheten til å utvikle sin

---

<sup>100</sup> Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, art. 8, nr. 2

personlighet uten innblanding fra andre. I motsetning til inngrep i den *fysiske* integriteten, som fengsling eller ransakelse, hvor individet nødvendigvis er klar over inngrepet, regnes skjult tvangsmiddelbruk som inngrep i den *psykiske* integriteten.

Videre følger også retten til å utvikle relasjoner til andre mennesker og å bygge en sosial identitet i samfunnet. Friheten til å utøve sin religion og ytre sine meninger er også en sentral del av den psykiske integriteten. Sistnevnte område har et særlig vern i EMK art. 9 og 10, men art. 8 er ment å skulle fange opp de aspekter av psykisk integritet som ikke faller innunder art. 9 og 10.<sup>101</sup>

Kjerneområdet av vernet som følger av artikkel 8 nr. 1 fremkommer i saker der politiets metoder rettes mot borgerens private *hjem*. Avlytting av rom og telefon beskyttes dermed av artikkel 8 nr. 1. Denne tolkningen støttes også av EMDs praksis i dommene *Klass m.fl. mot Tyskland*<sup>102</sup> og *Khan mot Storbritannia*.<sup>103</sup>

I saken *Niemietz mot Tyskland*<sup>104</sup> la EMD til grunn at skillet mellom yrkesliv og privatliv ikke er spesielt skarpt. Begrepet «hjem» er tolket vidt, det kan for eksempel inkludere en annen persons hjem der mistenkte er på besøk eller en garasje som ligger et annet sted enn selve boligen.<sup>105</sup> Hjemmet kan være en plass hvor arbeidsvirksomhet kan utøves, og en kan også ha en viss rimelig forventning om privatliv på kontoret. Etter hvert som teknologiske fremskritt blir mer og mer fremtredende, vil også slike betraktninger få økt gyldighet, da internett og andre «informasjons- og kommunikasjonshjelpemidler gjør at stadig flere opererer fra hjemmekontor».<sup>106</sup> Praksis viser dermed at selv om kjerneområdet i den konvensjonsmessige beskyttelsen gjelder eget hjem, eksisterer den i høyeste grad også utenfor hjemmets fire vegger.

Politi-loven § 17 d hjemler, som redegjort for over (pkt. 2.2), svært inngripende metodebruk som rettes mot, men ikke er begrenset til mistenktes hjem. Det er klart at loven hjemler

---

<sup>101</sup> Bruce (2018), s. 40-41

<sup>102</sup> *Klass m.fl. mot Tyskland*, 6. september 1978 (sak 5029/17)

<sup>103</sup> *Khan mot Storbritannia*, 12. mai 2000 (sak 35394/97)

<sup>104</sup> *Niemietz mot Tyskland*, 6. desember 1992 (sak 13710/88)

<sup>105</sup> Bruce (2018), s. 41

<sup>106</sup> Aall (2016), s. 247

inngrep i rettighetene som er beskyttet av EMK art. 8 nr. 1. Det neste spørsmålet blir dermed om inngrepene som loven hjemler likevel er konvensjonsmessige etter art. 8 nr. 2.

### 4.3 Hjemmelsgrunnlaget og klarhetskravet

Utgangspunktet etter EMK art. 8 nr. 2. er at inngrep krever hjemmel for å være lovlige. Krav til hjemmelens kvalitet vil variere etter hvor inngripende metoder den hjemler. I det følgende er spørsmålet hvor høyt kravet til hjemmelen er når det gjelder kommunikasjonskontroll, og hvorvidt hjemmelen i pl. § 17 d tilfredsstillende dette kravet.

Etter norsk rett er kravet om hjemmel for inngrep i individets rettssfære en følge av legalitetsprinsippet. Hjemmelen må dermed eksistere i form av lov. Dette er nå kodifisert i GrL § 113, blant annet. EMK på sin side oppstiller intet krav om at det må foreligge formell hjemmel i lov; inngrepet må kun ha grunnlag i nasjonal rett. I lys av dette kan det norske lovkravet fremstå strengere enn EMKs, fordi kun formell lov aksepteres som rettsgrunnlag, både når det gjelder straff og forvaltningsinngrep etter norsk rett.<sup>107</sup>

EMDs praksis taler likevel for at andre hjemmelsgrunnlag enn formell lov neppe vil være tilstrekkelige for å oppfylle konvensjonens krav til hjemmel når det gjelder skjult tvangsmiddelbruk. Det kan her vises til *Malone mot Storbritannia*,<sup>108</sup> en dom som førte til utvidet britisk lovgivning på området for kommunikasjonskontroll, med *The Interception of Communications Act 1985*, nettopp for å møte kravet til klare hjemler som ble slått fast i EMD.

Et grunnleggende utgangspunkt som kan utledes i *Malone* er at jo sterkere inngrepet er, desto klarere hjemmel kreves. Kommunikasjonskontroll ble regnet som et betydelig inngrep og kravet til hjemmelens klarhet blir derfor skjerpet. Bestemmelsen i pl. § 17 d oppfyller lovkravet og spørsmålet blir så om den er presist nok utformet.

Kravet til klarhet i hjemmelen betyr ikke at borgere skal kunne vite når bruk av skjulte tvangsmidler faktisk vil finne sted og dermed kunne innrette sin oppførsel etter dette, men at

---

<sup>107</sup> Aall (2016), s. 118

<sup>108</sup> *Malone mot Storbritannia*, 2. august 1984 (sak 8691/79)

enkeltpersoner gjennom lovgivningen får tilstrekkelig indikasjon på hvilke omstendigheter som gir myndighetene rett til å gjøre inngrep i borgernes privatliv.

*«It is therefore essential to have clear, detailed rules on interception of telephone conversations [...] The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures.»<sup>109</sup>*

Klarhetskravet vil variere etter hvilket rettsområde saken gjelder, jf. blant annet *Kruslin mot Frankrike*:

*«Tapping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a "law" that is particularly precise [...]»<sup>110</sup>*

Det må derfor stilles strenge krav til klarhet og presisjon i nasjonal lovgivning når inngrepet går på bekostning av rettighetene vernet i art. 8 nr. 1. Dette gjelder selv når inngrepet er hjemlet i artikkelens nr. 2, og formålet som sådan er beskyttet. Spørsmålet blir hva som konkret ligger i dette skjerpede lovkravet på artikkel 8s område.

For det første må hjemmelen presisere hva slags typer handling som kan være grunnlag for overvåkingen, men det kreves ikke noen uttømmende liste over spesifiserte forbrytelser.<sup>111</sup> Dette er slått fast i *Kennedy mot Storbritannia*<sup>112</sup> hvor EMD uttaler at «sufficient detail should be provided of the nature of the offences in question». For det andre må hjemmelen gjøre rede for hvilke persongrupper som kan overvåkes. I *Roman Zakharov* uttaler domstolen at også personer som kan besitte informasjon om et straffbart forhold av relevans for saken, kan avlyttes.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> Roman Zakharov mot Russland, 4. desember 2015 (sak 47143/06), avsnitt 229

<sup>110</sup> Kruslin mot Frankrike, 24. april 1990 (sak 11801/85)

<sup>111</sup> Bruce (2018), s. 45

<sup>112</sup> Kennedy mot Storbritannia, 18. mai 2010 (sak 26839/05)

<sup>113</sup> Roman Zakharov mot Russland, 4. desember 2015 (sak 47143/06)

Videre må lovgivningen «oppstille en grense for hvor lenge overvåkingen kan vare, og når den skal avbrytes».<sup>114</sup> Det må også fremkomme retningslinjer for hvordan den innsamlede informasjonen skal behandles, herunder hvordan den skal oppbevares, brukes og når den skal slettes.

Når det gjelder tvangsmiddelbruken, betyr klarhetskravet at inngrepvilkåret er formulert på en måte som gir borgerne forutberegnelighet slik at de kan unngå å havne i en situasjon som åpner for overvåking mot dem.

Vilkåret «grunn til å undersøke» i pl. § 17 d er av nokså skjønnsmessig art og fordrer hypotetiske vurderinger som ikke uten videre kan utledes av ordlyden. Dette reduserer den gjennomsnittlige borgers forutsetning for å vite hva som kreves for å bli utsatt for tvangsmiddelbruk. Det foreligger heller ikke rettspraksis som presiserer hvordan vilkåret skal forstås, noe som ytterligere vanskeliggjør tolkningen. Terskelen for mistanke er også lavere når vi befinner oss utenfor etterforskningssporet. Isolert trekker dette i retning av at rettssikkerhetshensyn ikke er tilstrekkelig ivaretatt gjennom lovgivningen..

Likevel sørger vilkårene i andre ledd for at § 17 d ivaretar sentrale rettssikkerhetshensyn. Det kreves at det er grunn til å tro at opplysningene som fremskaffes er av «vesentlig» betydning for å kunne forebygge handlingen. Vesentlighetsvurderingen kan være vanskelig, jf. pkt. 2.4.4, men den hever terskelen for tvangsmiddelbruk. Sammenholdt med forholdsmessighetskravet som sikrer at mer inngripende metodebruk enn det som er nødvendig ikke benyttes, trekker dette i retning av at rettssikkerheten er tilstrekkelig ivaretatt. Videre kan de mest inngripende tiltakene kun benyttes når «særlige grunner» tilsier det. Den lave terskelen for mistanke blir oppveid mot det at det kun er et lite utvalg av særlig alvorlig kriminalitet som utløser bruk av tvangsmidler etter bestemmelsen.

Hvilke *prosessuelle* garantier lovteksten gir er også sentralt. Her vil EMD blant annet legge vekt på adgangen til domstolskontroll i nasjonale instanser. I *Roman Zakharov mot Russland*<sup>115</sup> fant EMD at telefonavlyttingsmetodene utgjorde brudd på EMK art. 8 nr. 1, og

---

<sup>114</sup> Bruce (2018), s. 45

<sup>115</sup> Roman Zakharov mot Russland, 4. desember 2015 (sak 47143/06)

den mangelfulle adgangen til domstolsprøving gjorde at bruddet ikke kunne rettferdiggjøres etter art. 8 nr. 2.

Adgangen til domstolskontroll etter pl. § 17 d fremkommer i første ledd hvor det følger at «Retten kan ved kjennelse gi tillatelse». Det legges her til grunn, jf. pkt. 3.4, at domstolskontrollen i Norge i dag er omfattende og at de prosessuelle garantier som gis i lovteksten er her oppfyller EMDs krav.

#### **4.4 Nødvendig i et demokratisk samfunn**

I tillegg til hjemmelskontrollen hvor lovens klarhet og presisjon vurderes, skal det også prøves om inngrepet er formålstjenlig. Dette innebærer at metodene myndighetene bruker skal egne seg for det ønskede formålet.

I tillegg må inngrepet være «nødvendig». Det betyr at det må være forholdsmessig. Dette vil si at det er forholdsmessighet mellom middelet som er brukt og målet som søkes oppnådd. Kjernen av vurderingen i kravene om nødvendighet og forholdsmessighet er en avveining mellom den enkeltes og samfunnets interesser i en gitt situasjon.<sup>116</sup>

Som uttalt i *Dudgeon mot Storbritannia*<sup>117</sup> må begrunnelsen for inngrepet i rettigheter som er beskyttet av konvensjonen være «relevant og tilstrekkelig». På den ene siden kreves det ikke at inngrepet er *uunnværlig*, men på den andre siden må inngrepet være mer en kun *nyttig*. Det følger av *Olsson mot Sverige*<sup>118</sup> at terskelen ligger et sted mellom de to nevnte ytterpunktene. I den enkelte sak må dette bero på en konkret vurdering, men noen retningslinjer for vurderingen er likevel mulig å slå fast.

Ved EMDs anvendelse av konvensjonen er hver stat gitt en viss skjønnsmargin. Dette vil si at det til en grad er opp til staten selv å avgjøre hva som må regnes som et nødvendig tiltak eller en nødvendig metode. Denne skjønnsmarginen er ikke altomfattende, og staten kan ikke selv bestemme omfanget av en konvensjonsbeskyttet rettighet. EMD vil legge varierende vekt på statens egen vurdering av gjennomføringen av et gitt inngrep, avhengig av hvilket rettsområde

---

<sup>116</sup> Aall (2016), s. 154

<sup>117</sup> *Dudgeon mot Storbritannia*, 22. oktober 1981 (sak 7527/76)

<sup>118</sup> *Olsson mot Sverige*, 24. mars 1988 (sak 10465/83)



man befinner seg på. Eksempelvis er statens skjønnsmargin svært snever når det gjelder inngrep i personlig frihet, integritet eller liv. Men den vil være betydelig større når saken for eksempel handler om eiendomsrett.<sup>119</sup>

Skjønnsmarginen må likevel utvides når tungtveiende samfunnsmessige interesser ligger i motsatt vektskål. Når det gjelder inngrep i form av skjulte tvangsmidler, hvor disse utgjør et ledd i beskyttelse av samfunnets og rikets sikkerhet, vil skjønnsmarginen dermed være vid. Et slikt synspunkt støttes opp av EMD i *Leander mot Sverige*<sup>120</sup> hvor domstolen uttalte at

*«[...] In the instant case, the interest of the respondent State in protecting its national security must be balanced against the seriousness of the interference with the applicant's right to respect for his private life.»*

Det sentrale ved nødvendighetsvurderingen er altså det sammenlignende perspektiv mellom inngrepets styrke overfor den som rammes av det på den ene siden, og de samfunnsmessige eller individuelle interesser som taler for at et inngrep bør utføres, på den andre.<sup>121</sup>

EMD har, blant annet i *Klass mfl. mot Tyskland*, akseptert at lovgivning som hjemler bruken av skjulte tvangsmidler kan være «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å beskytte nasjonal sikkerhet og forebygge kriminalitet.<sup>122</sup>

Det ble videre uttalt i dommen at adgangen til domstolskontroll er sentral ved bruken av skjulte tvangsmidler, nettopp fordi den inngrepet rettes mot ikke har mulighet til å ivareta egen rettssikkerhet eller ta del i rettslige prosesser. Dette gjør det desto viktigere at nasjonale kontrolltiltak tilstrekkelig ivaretar garantiene for individets rettigheter. Utgangspunktet er at pl. § 17 d hjemler bruk av svært inngripende tvangsmidler, nemlig bruk av tvangsmidler rettet mot personer som ikke vet at deres rett til privatliv blir krenket. Derfor må de hensyn og som ligger til grunn for inngrepet tale for at maktbruken fremstår forholdsmessig og nødvendig.

---

<sup>119</sup> Aall (2016), s. 159

<sup>120</sup> *Leander mot Sverige*, 26. mars 1987 (sak 9248/81), avsnitt 59

<sup>121</sup> Aall (2016), s. 157

<sup>122</sup> Bruce (2018), s. 44

Handlingene som nevnes i § 17 d, først ledd, bokstav a-d er av særskilt alvorlig karakter. Det dreier seg om handlinger som er egnet til å gjøre stor skade og spre betydelig frykt i befolkningen. Det er kun denne uttømmende listen av alvorlige handlinger som utløser bruken av tvangsmidlene. EMD vil normalt ikke foreta noen inngående prøving av hvor egnet de enkelte tvangsmidlene er når det gjelder kommunikasjonskontroll. Dette fordi staten i utgangspunktet har en viss skjønnsmargin i saker der rikets sikkerhet begrunner overvåkning.<sup>123</sup>

Ettersom pl. § 17 d kun kommer til anvendelse ved mistanke om forberedelser til svært alvorlig kriminalitet, taler mye for at forholdsmessighetskravet er ivaretatt. Dette synspunktet kommer også frem i *Klass m.fl. mot Tyskland* hvor inngrep i form av telefonavlytting ikke ble regnet for å være i strid med EMK art. 8. Formålet med inngrepet i dommen ble dermed ansett nødvendig i et demokratisk samfunn. Inngrepet var også begrunnet med hensyn til beskyttelse av nasjonal sikkerhet i tillegg til enkeltindividets.<sup>124</sup>

#### 4.5 Oppsummering

EMD-praksis viser en tendens til at statene selv gis stor frihet til å selv bestemme hvilke metoder som er egnet i konkrete tilfeller, og EMD overprøver sjelden oppfyllelsen av materielle vilkår i lovgivningen. Det stilles til gjengjeld strenge krav til prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, som adgang til domstolskontroll. Gjennomgangen av EMDs praksis og tolkning av EMK viser dermed at den norske bruken av tvangsmidler, med hjemmel i pl. § 17 d, skjer i tråd med de rettsregler som følger av denne praksisen.

## 5 Avsluttende merknader

Temaet og problemstillingen har vært i hvilken grad den mistenktes rettssikkerhet er ivaretatt i situasjoner der påtalemyndighetene ønsker å benytte skjulte tvangsmidler for å skaffe beviser mot vedkommende *før* det er begått en ulovlig handling. Oppgaven har gjennomgått hjemmelen for å benytte skjulte tvangsmidler som finnes i politiloven § 17 d, og diskutert i hvilken grad bruken av og kontrollen som føres med denne hjemmelen, ivaretar den mistenktes rettigheter på en tilfredsstillende måte.

---

<sup>123</sup> Klass m.fl. mot Tyskland, 6. september 1978 (sak 5029/17), avsnitt 49

<sup>124</sup> Klass m.fl. mot Tyskland, 6. september 1978 (sak 5029/17), avsnitt 44

Lovgivningen om skjulte tvangsmidler og håndhevelsen av denne medfører en sentral vurdering av hensynet til personvern og rettssikkerhet vs. en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Ingen av hensynene er absolutte og kan kun håndheves i den grad det er forholdsmessig. Begge forandres i tråd med utviklingen av personvernet så vel som endringer i kriminalitetsbildet. Hvorvidt lovgivningen om kommunikasjonskontroll og skjult tvangsmiddelbruk kan ivareta begge disse hensynene på en tilstrekkelig måte vil avgjøres av hvordan reglene etterleves og praktiseres i hver enkelt sak.

Nye former for kriminalitet oppstår stadig, og det er viktig at politiet er i stand til å bekjempe disse på et tidlig stadium. En forutsetning er at vilkårene for inngrep er formulert slik at det kreves lavere sannsynlighet og færre objektive holdepunkter for at noe straffbart er i ferd med å skje. Mistankekravet sørger for at dette behovet er møtt, mens de strenge tilleggsvilkårene sørger for at det ikke er fritt fram. At samfunnet og lovgiver i dag aksepterer at PST har en nokså vid adgang til å benytte skjulte tvangsmidler må kunne tolkes som at hensynet til særlige typer kriminalitetsbekjempelse, som terror, veier tungt.

Det samme hensynet gjør at mistenkte må tåle betydelige innskrenkninger i sitt privatliv. Samtidig er vedkommendes rettigheter forsøkt ivaretatt av kontrollmekanismer som alle slår inn på ulike stadier i prosessen, med varierende styrke og gjennomslagskraft. Dette skjer i samsvar med EMDs praksis med mindre prøving av materielle vilkår og høyere krav til prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som domstolsprøving og etterfølgende kontroller.

Politolovens § 17 d har ikke et vidt nedslagsområde, primært på grunn av kriminalitetskravet som kun omfatter særlig alvorlige handlinger. I 2016 ble ulovlig befatning med farlig materiale også inkludert i bestemmelsen, og det er neppe utenkelig at denne vil utvides i fremtiden, gitt at utviklingen av kriminelle metoder fortsetter.

Lovgivers forutsetning da pl. § 17 d ble innført var at den skulle fungere som et «snevert supplement» i de tilfellene der reglene som omfattet det avvergende spor ikke kom til anvendelse.<sup>125</sup> Selv om konkrete tall for PSTs tvangsmiddelbruk ikke er offentlige, viser

---

<sup>125</sup> Innst.O.nr.113 (2004-2005), s. 45

Metodekontrollutvalgets rapport at bruken stort sett skjer i forebyggende øyemed.<sup>126</sup> Dette kan enten bety at PST velger dette sporet selv om vilkårene for avvergende metodebruk er oppfylt, eller at behovet for forebyggende tvangsmidler har vært stort og at vilkårene således har vært oppfylt i de fleste sakene. For mye forebyggende tvangsmiddelbruk kan medføre enkelte betenkeligheter, som manglende innsyn og mer utstrakt skjult tvangsmiddelbruk som følge av den lavere terskelen i pl. § 17 d. Det faktum at regelsettene og mistenktes rett til innsyn varierer i så stor grad mellom disse to sporvalgene betyr at det kan være interessant å stille spørsmål ved når de ulike hjemlene benyttes. EOS-utvalget har imidlertid ikke kritisert metodebruken i de senere år. Dette taler for at PST ikke overskrider de grenser som lovgiver har satt og at bruken skjer i henhold til lovgiverviljen.

I dette landskapet, hvor det skal balanseres mellom personvern og rettssikkerhet på den ene siden og effektiv kriminalitetsbekjempelse av svært alvorlige forbrytelser på den andre, finnes det ikke enkle fasitsvar, som vist i denne oppgaven. Det er imidlertid viktig med en kontinuerlig diskusjon om hvordan begge hensyn kan ivaretas på en god måte. Det må i alle fall ikke være tvil om hjemlens rekkevidde. Dessuten kreves en særlig årvåkenhet fra domstolens side, som ansvarlige for mistenktes rettsvern. I tillegg bør kontrollorganet – EOS-utvalget – styrkes for å sikre en god etterkontroll av tvangsmiddelbruken.

Åpenhet om bruk av skjulte tvangsmidler har naturlig nok sine grenser. Likevel, og av hensyn til disse virkemidlenes legitimitet i befolkningen, bør man også etterstrebe en størst mulig åpenhet om slike inngrep. Dermed sikres også samsvar mellom virkemiddelbruk og folks rettsfølelse.

---

<sup>126</sup> NOU 2009:15, s. 126

## Referanser

### Lover og forskrifter

1950	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Norsk tittel: Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)
1976	Midl. lov om adgang til telefonkontroll ved etterforskning av overtredelser av narkotikaloven (Telefonavlyttingsloven)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1993	Lov om kontroll med etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjeneste (EOS-kontrolloven)
1915	Lov om kontroll med post- og telegrafforsendelser og med telefonsamtaler
1995	Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)
2005	Forskrift 19. august nr. 920, Instruks for Politiets sikkerhetstjeneste

### Forarbeider

Innst.O.nr.61 (1991-1992)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker)
Ot.prp.nr.22 (1994-1995)	Om lov om politiet (politiloven)
Ot.prp.nr.64 (1998-1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)
NOU 2004:6	Mellom effektivitet og personvern – Politimetoder i forebyggende øyemed
Ot.prp.nr.60 (2004-2005)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)
Innst.O.nr.113 (2004-2005)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)
NOU 2009:15	Skjult informasjon – åpen kontroll Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om

politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker

Prop.68 L (2015–2016)

Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler)

Prop.61 L (2016-2017)

Endringer i straffeprosessloven og politiloven (utlevering av informasjon fra PST til E-tjenesten)

### **Internasjonal rettspraksis**

Dudgeon mot Storbritannia, 22. oktober 1981 (sak 7527/76)

Kennedy mot Storbritannia, 18. mai 2010 (sak 26839/05)

Khan mot Storbritannia, 12. mai 2000 (sak 35394/97)

Klass m.fl. mot Tyskland, 6. september 1978 (sak 5029/17)

Kruslin mot Frankrike, 24. april 1990 (sak 11801/85)

Leander mot Sverige, 26. mars 1987 (sak 9248/81)

Malone mot Storbritannia, 2. august 1984 (sak 8691/79)

Niemietz mot Tyskland, 6. desember 1992 (sak 13710/88)

Olsson mot Sverige, 24. mars 1988 (sak 10465/83)

Roman Zakharov mot Russland, 4. desember 2015 (sak 47143/06)

### **Norsk rettspraksis**

Rt. 1996, s. 261

Rt. 2009, s. 1075

### **Litteratur**

Aall, Jørgen. «Rettsstat og menneskerettigheter», 4. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2016

Auglend, Ragnar og John Henry Mæland. «Politirett», 3. utgave. Oslo: Gyldendal, 2016

Bruce, Ingvild. «Hvilken risiko må rettsstaten tåle?» i Straff & Frihet: Til vern om den liberale rettsstat, festskrift til Tor-Aksel Busch. Knut Erik Sæther, Kjerstin A. Kvande, Runar Torgersen, Ulf Stridbeck red., Oslo: Gyldendal, 2019 s. 93-107

Bruce, Ingvild og Geir Sunde Haugland. «Skjulte tvangsmidler», 2. utgave: Oslo: Universitetsforlaget, 2018

Husabø, Erling. «Straffansvarets periferi - Medverking, forsøk og førebuing», Oslo: Universitetsforlaget, 1999.

Nørgård, Elisabeth. «Samfunnsspeilet», 2/2016, Oslo: Statistisk Sentralbyrå, 2016

Øyen, Ørnulf. «Straffeprosess», 2. opplag. Bergen: Fagbokforlaget, 2017

## **Rapporter**

Lund-Rapporten: Dokument nr. 15 (1995–96) – Rapport til Stortinget fra kommisjonen som ble nedsatt av Stortinget for å granske påstander om ulovlig overvåking av norske borgere

Kontrollutvalget for Kommunikasjonskontroll, årsrapport 2018 [<https://www.kk-utvalget.no/rapporter.473489.no.html>], lastet ned 6.4.2020.

Riksadvokaten. Rundskriv fra riksadvokaten, nr. 3 (22.12.1999) Etterforskning

Riksadvokaten. Rundskriv fra riksadvokaten nr. 4 (20.11.2007) Politiets sikkerhetstjeneste – etterforskningsansvar og påtalekompetanse