

## KONTROLL AV EKSTRAORDINÆRE ETTERFORSKINGSMETODER – OVERVÅKINGSSAMFUNNET OG DEN NYE TEKNIKK

AV SORENSKRIVER NILS DALSEIDE

*The ruling of the European Court of Human Rights in the case of Klass and others versus Germany (application no 5029/71) of September 6th, 1978, states: "Whatever system of surveillance is adopted, there must exist adequate and effective guarantees against abuse". This article discusses how we can design and apply the best possible control system concerning the use of concealed coercive investigation methods by the police service. The control system needs to be such that those subject to it will act in compliance with the rules regulating their police work, which will also generate confidence among the public.<sup>1</sup>\**

### 1. Innledning

#### 1.1. Bakgrunn og sammenheng

Etter anmodning fra Nordisk kriminalistmøde, København 2010 skal jeg forsøke å drøfte enkelte sider ved de problemstillinger som overskriften peker på.

Min hovedmålsetting er å sette fokus på hvordan vi - ved hjelp av forbedring av kontrollsystemet – kan ivareta personvern hensyn og rettssikkerhet i forbindelse med bruk av skjulte tvangsmidler på en best mulig måte.

Mitt ståsted vil være preget av at jeg har ledet arbeidet med den norske lovutredningen NOU 2009:15 – Skjult informasjon – åpen kontroll, og jeg kommer på enkelte punkter til å nøye meg med å vise til de analyser og avveiningsresultater som jeg har tatt til orde for der.<sup>1</sup>

#### 1.2. Begrepsbruken

Begrepet "ekstraordinære" etterforskningsmetoder er etter mitt syn ikke et helt hensiktsmessig begrep i alle henseender. Det er ingen klar, universell og omforent grense mellom ordinære og ekstraordinære etterforskningsmetoder, verken rettslig eller faktisk. Begrepet er således ikke utpreget avklarende verken for vilkår eller virkninger.

Det brukes undertiden også begreper som "utradisjonelle" og "ukonvensjonelle" etterforskningsmetoder, uten at det er nevneverdig mer opplysende i rettslig eller faktisk henseende. Etter mitt syn er begrepet skjulte tvangsmidler noe mer

\* Title in English: *Control of Extraordinary Investigation Methods: The Surveillance Society and the New Techniques*. Original in Norwegian.

treffende i denne sammenheng. Det tilkjennegir at det er tale om etterforskningsmetoder som er skjulte for dem som de retter seg i mot. Som underkategorier er det etter mitt syn mest hensiktsmessig at man beskriver det som faktisk foretas, f. eks. kommunikasjonskontroll, hemmelig ransaking og romavlytting, som eksempler på svært inngripende etterforskningsmetoder. I det vesentlige omfatter de skjulte tvangsmidler etterforskningsmetoder som de aller fleste oppfatter som å være særlig inngripende overfor dem de rammer, både mistenkte og tredjemenn. Om man skulle benytte et alternativt begrep som samlebetegnelse, synes kanskje "særlig inngripende" å være mer egnet til å karakterisere de etterforskningsmetoder som er skjulte.

Både rettsutviklingen, samfunnsutviklingen og den tekniske og teknologiske utvikling, vil gjøre de fleste begreper av denne typen uhensiktsmessige og mindre treffende etter forholdsvis kort tid. Det beste er derfor ikke å gå veien om forskjellige flertydige og lite utviklingsrobuste overbegreper eller hjelpebegreper, men å drøfte og å lovregulere hver etterforskningsmetode ut fra en beskrivelse av hva som faktisk kan og skal foretas, så langt det er mulig. Begrepet "overvåkingssamfunnet" er etter mitt syn et lite opplysende begrep. Det er både upresist, udefinert og noe ladet, og er således ikke noe godt egnet redskap for en grundig analyse av de verdier og hensyn som står mot hverandre.<sup>2</sup>

Ordet "overvåking" er også flertydig, og gir utilstrekkelig informasjon om det gjelder "overvåking" av enhver art som enhver som eventuelt "overvåker" bedriver, eller om det utelukkende gjelder myndighetenes (eventuelt politiets) innsamling og bearbeidelse av informasjon.

Begrepet skiller heller ikke mellom de ulike former for informasjonsinnsamling som myndighetene foretar, f. eks. overvåking av transaksjonstrafikk, vegtrafikkovervåking og kommunikasjonsovervåking. Overvåkingsbegrepet skiller som sådan heller ikke mellom private rettssubjekters innsamling av informasjon, og myndighetenes innsamling av informasjon om samfunnsborgerne. Private rettssubjekter samler inn og bearbeider store mengder informasjon, typisk større kommersielle aktører som f. eks. Google, ulike finansinstitusjoner, ulike teleleverandører og servertjenesteleverandører, bomselskaper, bensinstasjoner, medieforetak mv, alle av hensyn til sitt eget økonomiske behov.<sup>3</sup> Bare forekomsten og utbredelsen og bruken av DPI-programmer medfører en betydelig innsamling av informasjon om hva enkeltindivider holder på med.<sup>4</sup> I volum er summen av den kommersielle informasjonsinnsamlingen og bruken meget omfattende, sammenlignet med hva f. eks. politiet samler inn og bearbeider av informasjon.

Også fremmede lands etterretningstjenester samler inn og bearbeider informasjon som omfatter samfunnsborgerne i mange land.

Ei heller skiller begrepet mellom innsamling av informasjon om bevegelser

på Internettet som er egnet til å true den generelle informasjonssikkerheten (f. eks. forekomst av botnett, virusangrep, tjenestenekt mv), og informasjon om rettssubjekters eller datasystemers kommunikasjonskontakt (trafikkdata og metadata), eller om det gjelder noe lang mer inngripende så som f. eks. innholdsinformasjon (innholdsdata) i kommunikasjon mellom datasystemer. Dette er etter mitt syn meget viktige nyanser å ha med seg når man skal avveie hensynene til effektiv kriminalitetsbekjempelse, personvern og rettssikkerhet mot hverandre.

Begrepet "overvåkingssamfunnet" kan lede tanken hen på at myndighetenes tilgang til informasjon er et rent resultat av økt overvåkingsaktivitet eller overvåkingsinnsats fra myndighetenes side. Det er egnet til å tildekke det faktum at borgernes egen bruk av teknologi av ulike slag i dag etterlater spor og informasjon om oss selv som i omfang langt overskrider hva som har vært tilfellet tidligere. Den enkelte samfunnsborger kan kun i begrenset utstrekning påvirke hvilken type informasjon man etterlater seg og mengden av denne. På den annen side velger samfunnsborgere ofte (bevisst eller ubevisst) å dele betydelige informasjon med omverdenen. Brukerne av Facebook har for eksempel lagt ut over 40 milliarder bilder på Internettet, og antallet innehavere av mobiltelefoner og ipods/ipads har millioner av bilder av ulike slag lagret på sine datamaskineneheter.<sup>5</sup> Bilder som publiseres online kan også gi andre enn adressaten mye informasjon f. eks. om detaljer om personer og verdier på bildet, samt lokalisasjonsdata.<sup>6</sup> Dette utgjør bare en liten del av informasjon som borgerne etterlater seg ved frivillig eller ufrivillig informasjonsutveksling, for eksempel på ulike nettsamfunn.

I større grad enn noen gang tidligere er verktøy (både maskiner og programvare) for informasjonsinnsamling og bearbeiding kommersielt tilgjengelige for enhver. Det er her tilstrekkelig å nevne forekomsten av GPS-baserte sporingssystemer for ulike typer kapitalgjenstander fra biler til Appleprodukter (bærbare datamaskiner, ipods, iphones) og ulike typer datamaskiner.<sup>7</sup> I stor grad benytter også politiet seg av kommersiell hardware og programvare i IKT-basert etterforskning. I de kommende årene vil flere og flere av de datasystemer vi omgir oss med være utstyrt med sporingsteknologi som standard fra fabrikantens side. Dette er en form for informasjonsinnsamling om formuesgjenstander, herunder hvor disse befinner seg og eventuelt hvem som har befattning med dem.

Selve betegnelsen "overvåkingssamfunnet", gir således etter mitt syn liten hjelp i det løpende arbeidet med å finne den rette avveiningen av de sentrale hensyn, personvern, rettssikkerhet og kriminalitetsbekjempelse. Man må analysere hensyn for hensyn og bygge på mest mulig oppdatert og dekkende informasjon om de faktiske forhold. Ved analysen av hva som kreves for å få et best mulig kontrollsystem, gjelder tilsvarende premisser.

### 1.3. Nærmere avgrensning av emnet

Det vil til enhver tid være ulike syn på hva som er en forsvarlig avveining mellom de tre grunnhensynene som gjør seg gjeldende ved bruken av skjulte tvangsmidler, herunder rettsikkerhet, personvern og effektiv kriminalitetsbekjempelse. Eller sagt mer tabloid: Hva er et passende overvåkingstrykk i samfunnet ut fra behovet for informasjonsinnsamling og bruk til å ivareta viktige samfunnshensyn?

Det har vært hevdet at "overvåkingssamfunnet" slik enkelte oppfatter at det finnes i dag, i seg selv innebærer en "demontering av den liberale rettsstat".<sup>8</sup> Jeg skal ikke gå nærmere inn på dette i denne sammenheng, men finner grunn til å peke på at et moderne rettsstatsbegrep neppe kan nøye seg med å inneholde den historiske (helt fra den franske revolusjon og den amerikanske uavhengighetserklæringen) kjerne – nemlig skranker mot statlige overgrep mot borgerne – men bør i dag omfatte angrep på borgernes rettigheter fra alle retninger. Man bør etter mitt syn videreutvikle forståelsen av og innholdet i begrepet rettsstat i lys av utviklingen i menneskerettighetene, overnasjonale normer innenfor EU- og EØS-systemet, f. eks. inneholder Forfatningstraktaten meget relevante analyser av personvern og beskyttelse av borgerne mot ulike trusler og samfunnets nåværende og fremtidige behov. Kjernen i dette må være at demokratiet settes i stand til å møte ytre og indre trusler mot borgernes fysiske og rettslige vern – uten at rettsstatens kjerneverdier settes til side.<sup>9</sup> Kontrollsystemet må også omfatte den løpende ivaretagelsen av disse verdier.

Dette er verdimeslige og rettslige avveiningsspørsmål som samfunnet fortløpende må ta stilling til ut fra samfunnets behov, og innenfor rammen av internasjonale og nasjonale rettslige skranker. Men uansett hva man tillater innsamlet og benyttet av opplysninger og på hvilke vilkår, må det være et mest mulig effektivt og betryggende kontrollsystem slik at praksis faktisk blir i henhold til regelverket. Det er en nær sammenheng mellom kontrollens effektivitet og hva man kan tillate av innsamling og bruk av informasjon, også på den måte at bruk av særlig inngripende etterforskningsmetoder forutsetter særlig effektive og tillitskapende kontrollsystemer.<sup>10</sup>

I den offentlige diskusjon i Norge har det vært særlig fokus på betenkelighetene ved "overvåking". Det er nødvendig og positivt. Det er meget viktig at vi hele tiden stiller oss kritiske til inngrep i borgernes rettighetssfære. Og det må kreve meget tungtveiende grunner å gripe inn privatlivets fred. Likevel er et for ensidig fokus på betenkelighetene ikke hensiktsmessig når man skal foreta en fornuftig avveining av de legitime og viktige interesser som står mot hverandre. Rettssikkerhets- og personverninteressene søkes ivaretatt gjennom både internasjonale og nasjonale normer, og disse normene danner viktige skranker for hva politiet kan samle inn og bruke av informasjon.<sup>11</sup> I den offentlige debatt er det oftest fokus på

de rettssikkerhensyn som begrunner et sterkt vern mot å bli gjenstand for skjulte tvangsmidler. Det er dessverre ofte noe underkommunisert at rettssikkerheten også referer seg til samfunnets og kriminalitetsofrenes og de etterlattes rettssikkerhet, og deres rett til vern mot å bli utsatt for ulike former for alvorlig kriminalitet.<sup>12</sup> Kontrollsystemene må etter mitt syn være slik innrettet at de også omfatter kontrollen av at nasjonalstaten etterlever konvensjoner om beskyttelse av individer mot visse former for kriminalitet.

EU's Datatilsynskomiteé har nettopp reist spørsmålet om effektivitets (nytte)-forholdsmessighets- og nødvendighets- kriteriene er oppfylte ved all informasjonsinnsamling og informasjonsbruk (omfattende ca 450 millioner innbyggers Internett og telefonbruk) som allerede foregår, og som vil komme til å omfattes av Datalagringsdirektivet. Dersom direktivet innføres eller videreføres slik som foreslått og delvis implementert, forutsetter det uansett at et effektivt kontrollsystem er på plass.

Jeg avgrenser her mot spørsmålene om hva som ut fra samfunnets behov bør tillates innsamlet, bruken av innsamlet informasjon, herunder lagring, bearbeidelse og sletting og de nærmere vilkår for dette. Imidlertid er det også her en sammenheng mellom arten og omfanget av metodebruk og kontrollsystemet, bl.a. ved at kontrollen fortløpende også må gi tilstrekkelig informasjon til at det kan etterprøves om etterforskningsmetodene har en slik effekt som det var forutsatt at de skulle ha da de ble innført.<sup>13</sup> Dette må så langt som mulig være etterprøvbart både for Stortinget, regjeringen og allmennheten.

## **2. Noen grunnleggende utgangspunkter i arbeidet med å utvikle et godt samlet kontrollsystem**

Reglene om hva som skal tillates innsamlet, bruken av innsamlet informasjon og vilkårene for dette, samt kontrollen av lovlighet og regeletterlevelse, må for det første ivareta nasjonalstatens internasjonale forpliktelser, herunder f. eks. de internasjonale rettskildefaktorer som regulerer menneskerettighetene og ellers folkerettslige forpliktelser som nasjonalstaten har.<sup>14</sup> Videre må reglene ligge innenfor Grunnloven og de grunnleggende rettsstatsprinsipper.<sup>15</sup>

Skjulte tvangsmidler vil som regel innebære et sterkt inngrep i den enkeltes krav på respekt for sitt privatliv, familieliv, hjem og/eller sin korrespondanse, jf. EMK artikkel 8 nr. 1. Slike inngrep kan bare tillates når det har hjemmel i lov og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter, jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

I EMD's sak *Klass mot Tyskland* 6. september 1978 (saksnummer 5029/71)

avsnitt 48, ble det akseptert at lovgivning som åpner for skjult overvåking av kommunikasjon kan være nødvendig i et demokratisk samfunn for å beskytte nasjonal sikkerhet og forebygge uorden og kriminalitet. EMD's praksis innebærer at kravene til rettsgrunnlaget for et inngrep skjerpes når det er tale om skjulte inngrep. EMD's praksis stiller indirekte også krav til å ha et kontrollsystem som hindrer avvik. I Klass-saken avsnitt 50 uttalte EMD følgende:

*“The Court must be satisfied that, whatever system of surveillance is adopted, there exist adequate and effective guarantees against abuse. This assessment has only a relative character: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy provided by the national law.”*

For bruken av skjulte tvangsmidler må det oppstilles et krav om at de etablerte prosedyrer i seg selv skal inneholde hensiktsmessige og tilstrekkelige garantier for beskyttelse av individets rettigheter. Dette kravet kan neppe imøtekommes uten at man har et effektivt kontrollsystem samlet sett. Systemet må også ta høyde for at individet, på grunn av inngrepets karakter (at det er skjult), er avskåret fra selv å anvende eventuelle rettsmidler eller ta aktiv del i kontrollen med inngrepet.<sup>16</sup> I EMD's praksis er det særlig lagt vekt på om det er adgang til domstolsprøving. Det er videre ansett som en viktig rettssikkerhetsgaranti at et inngrep kan undergis kontroll av en advokat, se blant annet Calenzuela Contreras mot Spania 30. juli 1998 (saksnummer 27671/95) avsnitt 46. Også dette forutsetter at advokatens kontrollarbeid er effektivt, og at både regelverket og de fysiske forhold legges til rette for dette.

Kontrollsystemet må omfatte det å avdekke eventuelle avvik mellom politiets faktiske handlemåte, og de handlingsnormer som gjelder for den aktuelle metodebruk på ethvert punkt så som f. eks. vilkår og gjennomføringsmåte. Kontrollsystemet må videre være slik innrettet at det i størst mulig grad forhindrer avvik fra gjeldende norm, og at det alminnelige publikum kan ha tillit til at kontrollsystemet virker. Det avgjørende er således den **samlede** effekt på normetterlevelsen av de enkelte elementer i det som utgjør kontrollsystemet, jf. pkt 3 nedenfor.

Det er naturlig å øke kontrollintensiteten nettopp i forbindelse med bruken av skjulte tvangsmidler (sammenlignet med andre tvangsmidler), på grunn av deres særlig inngrepene effekt og derved økt skadepotensial ved misbruk.

Den generelle risiko for avvik mellom faktisk handling og handlenorm synes å være særlig høy hvor et maktorgan i perioder eller i situasjoner arbeider uten

løpende eksternt innsyn. Slik sett er også risikoen for avvik større ved skjulte tvangsmidler enn ved andre tvangsmidler. I situasjoner med f. eks. tidspress, "oppklaringspress", press på å "ta" en mistenkt eller å "ta" den som man allerede med rette eller urette har sett seg ut som mistenkt. Det kan lede til at politiet – uten hjemmel – f. eks. innhenter og/eller bruker informasjon som det ikke er rettslig grunnlag for.<sup>17</sup> Det er mindre risiko for regelbrudd knyttet til informasjon som skal benyttes som bevis i retten, nettopp fordi en tredje statsmakt da fører tilsyn i tillegg til mistenktes/siktedes/tiltaltes kontradiksjonsrett, samt effekten av allmennhetens og medias innsyn, kan virke disiplinerende. Det er særlig ved innhenting av informasjon som kun tenkes benyttet til etterforskningen – og derved den interne bruk – at avvikrisikoen er høy, dersom ikke kontrollsystemene virker effektivt nettopp i denne fasen av en sak. Det er alltid en risiko for at en lokal eller intern "ukultur" kan utvikle seg, og lede til at man i "den gode saks tjeneste", begår ulike former for regelbrudd.<sup>18</sup>

Risikoen for avvik stiger ytterligere dersom det er få aktører til å utføre oppgavene, og lite eksternt innsyn.

Hvis de ovennevnte risikofenomener inntreffer samtidig, vil den totale avvikrisikoen være sterkt forhøyet. Et godt kontrollsystem må således være slik innrettet at kontrollintensiteten retter seg mot de mest risikofylte situasjoner, og at de som kan komme til å handle regelstridig oppfatter at det er en nærliggende og reell risiko for oppdagelse, personlig ansvar og reaksjon.

Kontrollsystemet må innrettes slik at det reageres på eventuelle avvik fra norm på et så tidlig stadium som mulig, og i en fase med så lavt skadepotensial som mulig. I så henseende vil IKT-baserte kontrollsystemer kunne være et særlig egnet verktøy.

I de fleste land er kontrollen med politiets etterforskningsmetoder i all hovedsak innrettet som en legalitetskontroll. I mange situasjoner vil det være utilstrekkelig. Utviklingen av kvalitetskontrollsystemer i statlig forvaltning – både interne og eksterne – har gjort fremskritt de senere år. For kontrollorganer, herunder politiet, vil det å påvirke faglige og etiske holdninger både under utdanningen og den løpende gjennomføring av tjenesten, kunne være et viktig tilleggselement i kontrollsystemet. Ganske særlig spiller de etiske og faglige normene en stor rolle i egenkontrollen. Egenkontrollen og internkontrollen kan ha stor betydning for faktisk forekomst av normavvik, men vil alltid måtte suppleres med eksternt kontroll.

Det vil være viktig å *kombinere* forskjellige kontrollsystemer, så som forhåndskontroll (f. eks. regler om krav om rettens samtykke til politiets metodebruk), løpende kontroll, og etterkontroll.

For at kontrollen både skal være mest mulig effektiv, og ikke minst for at

omverdenen skal kunne ha tillit til at den er det, må kontrollsystemet også omfatte kontroll fra organer som er uavhengige i forhold til det organ som kontrolleres. Uavhengigheten kan referere seg både til det organisatoriske (f. eks. ulike statsmakter), og til hvem som utnevner medlemmer av organet og om disse medlemmene er og også oppfattes som å være uavhengige. Undersøkelser har vist at allmennheten oppfatter domstolskontrollen som sådan som tillitsvekkende, noe som kan ha med organmessig uavhengighet og kompetanse å gjøre. Imidlertid kan også denne kontrollen vesentlig forbedres, som påpekt i det følgende.

I debatten om metodebruk og "overvåking" er det ofte fremholdt at det den omfattende bruken av IKT, og omfanget av opplysninger som kan lagres og bearbejdes representerer en særlig misbruksfare. Det er etter min mening en riktig observasjon. Det er imidlertid viktig å se på IKT ikke bare som en fare, men også som en ressurs og en ny mulighet i effektiviseringen av kontrollarbeidet. Nettopp fordi man i dag har kapasitet til å bearbejde store datamengder, benyttes IKT i ulike arbeidsprosesser. Også for de skjulte tvangsmidlers vedkommende brukes datastøttet saksbehandling og elektroniske hjelpemidler for innhenting, bearbejdelse og lagring. Det er da viktig at man benytter programvare på en slik måte at både brukerne, interne kontrollsystemer og eksterne kontrollsystemer kan anvende IKT som middel til å avverge og eventuelt avdekke avvik mellom norm og faktisk handlemåte. Ved at programmer f. eks. logger alle viktige transaksjoner og inneholder høy grad av sporbarhet mht forekomst av og tilgang til informasjon og foretatte aktiviteter, kan kontrollsystemet forbedres betydelig. Også i helsevesenet er personopplysningsvern av stor betydning. Helsevesenet har de senere år ved hjelp av IKT avdekket uautoriserte oppslag i pasientjournaler nettopp gjennom gode logge- og sporingssystemer.<sup>19</sup> Mønsterkjennning er eksempel på en metode som er godt egnet til å kontrollere at innsamling, bruk og sletting er overensstemmende med regelverket.<sup>20</sup> Enkelte metodevalg som er gjort for beskyttelse av helseopplysninger kan anvendes også for personopplysninger. Også for sikring av innsamlet informasjon mot uautorisert tilgang til data gjennom f. eks. låsing og kryptering kan datasystemer anvendes som et effektivt verktøy.

Som nevnt er det avgjørende at kontrollsystemet er effektivt mht å avdekke avvik mellom praksis og lovverk. Man kan imidlertid ikke nøye seg med det. Dersom man skal påse at staten etterlever EMD's krav om forholdsmessighet mellom den samlede virkning av bruk av skjulte tvangsmidler og betydningen dette har for kriminalitetsbekjempelsen, er det nødvendig å ha fortløpende tilgang på vurderingsparametere som muliggjør en forsvarlig bedømmelse også fra nasjonalforsamlingen og allmennheten. De bestemmende myndigheter må settes løpende i stand til å vurdere om de forhold som var anført som begrunnelse for inngreps-hjemlene fortsatt gjør at inngrepene er nødvendige, relevante og forholdsmes-



sige. Derfor må systemene også rapportere f. eks. forekomst av bruk av skjulte tvangsmidler, betydning for etterforskningen, herunder for oppklaring, henleggelse mv.<sup>21</sup>

Det er summen av alle kontrollsystemets enkeltelementer som avgjør om hensynet til personvern og rettssikkerhet blir ivaretatt på en tilstrekkelig god måte.

Under arbeidet i Metodekontrollutvalget erfarte vi at det var betydelige forskjeller mellom kontrollorganene mht kontrollorganets faktiske kontrollmuligheter, dets kontrollfaglig kompetanse, de utvalgte kontrollgjenstander, kontrollmetodikk, de samlede kontrollressurser og kontrollintensitet innenfor de ulike områder hvor det benyttes skjulte tvangsmidler. Dette er forhold som må utbedres så snart det er mulig for de områder som ligger etter.

Man skal etter mitt syn ikke undervurdere betydningen av at kontrollorganet har tilstrekkelige ressurser av alle typer. Det må foreligge tilstrekkelig rettslig kompetanse (lov eller forskriftshjemmel) for kontrollen, organet må ha tilstrekkelig kontrollfaglig kompetanse, dvs f. eks. juridisk kompetanse, politifaglig kompetanse, IKT-kompetanse og mht kontrollmetodikk. Også budsjettressursene er av avgjørende betydning. Sammenligner man budsjettene for EOS-utvalget og Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll i Norge, viser det en så stor forskjell at det ikke kan være tvilsomt at det i seg selv har betydning for kontrollintensiteten også når man korrigerer for ulikhet mht oppgaver på enkelte punkter. Tilstrekkelig tilgang på personell og mengde timer til kontrollarbeid er i seg selv en avgjørende faktor for å hindre avvik mellom faktisk handlemåte og norm.

Kontrollsystemet for bruken av skjulte tvangsmidler tjener samfunnet best når det er slik innrettet at de kontrollerte oppfatter at de er gjenstand for en effektiv kontroll, og når samfunnet opplever tillit til at det forholder seg slik. Ikke minst gjelder det den delen av politiet som arbeider med skjulte tvangsmidler, har tillit i befolkningen.

### **3. De ulike komponenter i kontrollsystemet**

#### *3.1. Saksbehandlingsregler som kontrollmekanisme*

Det er nettopp personverns- og rettssikkerhetshensyn som ligger til grunn for mange av de saksbehandlingsregler som regulerer bruken av skjulte tvangsmidler. Reglene om innhenting, bearbeiding og bruk av materiale under etterforskningen står særlig sentralt i den sammenheng. Særlig relevant i å ivareta rettssikkerhet og personvern er personelle og prosessuelle kompetanseregler, herunder f. eks. bestemmelser om kompetansen til å treffe avgjørelser om bruk av de aktuelle tvangsmidler, kravene til avgjørelsen med hensyn til for eksempel utforming, begrunnelse og overprøvningsmuligheter, tillatelsens varighet, omfang og eventuell adgang til forlengelse, oppnevning av advokat, underretning, innsyn og sletting/

oppbevaring av opplysningene mv. Det er nødvendig med en løpende vurdering av om disse reglene i tilstrekkelig grad ivaretar disse hensynene på en dekkende måte. Det er viktig at disse endres straks det inntreffer hendelser som etterlater tvil om de er tilstrekkelig effektive.<sup>22</sup> I den offentlige debatt kan man av og til få inntrykk av at det fra politiets side er adgang til å samle inn informasjon etter for-godtbefinnende, mens det faktiske forhold er at innsamling av personopplysninger er undergitt meget strenge vilkår.

### 3.2. Hjemmelskravet som kontrollmekanisme

Hjemmelskravet i strafferetten, både ut fra nasjonale og internasjonale rettskilde-faktorer, er grundig analysert i nordisk rett.<sup>23</sup> Hjemmelskravet ved tvangsmidlene i straffeprosessen er i mindre grad omhandlet i den juridiske litteraturen. Det er nep-pe grunn til at det skal være noen nevneverdig forskjell vedrørende lovskravet ved bruk av inngripende etterforskningsmetoder og ved straffebud. I Høyesteretts kjen-nelse KK-2008-1, fremgår det at kravet til klar lovhjemmel må stå sterkt på dette området. Også i ovennevnte sak, *Klass mot Tyskland*, forutsettes det at kravene til hjemmelsgrunnlag skjerpes ved sterkt inngripende etterforskningsmetoder.<sup>24</sup>

I forarbeidene til lovgivning om skjulte tvangsmidler, f. eks. telefonavlytting, synes lovgiver også å bygge på at det kreves klar hjemmel.<sup>25</sup> Det ligger i seg selv et kontrollelement i å opprettholde et strengt lovskrav.

### 3.3. Mistenkte som kontrollmekanisme

Mistenkte er i mange saker vedrørende etterforskningsmetoder en god kontrollme-kanisme i seg selv. Mistenkte vil jo få kunnskap om de bevis man mener å ha mot ham/henne og ved de ikke skjulte tvangsmidler også få kunnskap om tvangsmid-delbruken, og vil kunne være den første til å gjøre seg betraktninger om hvordan politiet har kommet i besittelse av det aktuelle bevis. Det er et kjennetegn ved de skjulte tvangsmidler at mistenkte ikke er kjent med at tvangsmidler rettes mot ham/henne eller de resultater tvangsmiddelbruken har gitt. Denne omstendighet, sammen med eksistensen av regler om utsatt underretning om at slike tvangsmidler har vært benyttet, tilsier at de øvrige rettssikkerhetsmekanismer må styrkes mest mulig. I de tilfeller hvor siktede likevel underrettes om bruken av skjulte tvangs-midler vil vedkommende kunne anfekte grunnlaget for tvangsmiddelbruken.

### 3.4. Kontrollen med bruken av skjulte tvangsmidler gjennom advokater

Uavhengige og kompetente advokaters arbeid utgjør også på dette området en meget viktig rettssikkerhetsgaranti. Det er derfor viktig at advokatene settes best mulig i stand til å utføre denne viktige kontrollfunksjonen. Advokatenes arbeid som kontrollfunksjon inntreffer i ulike faser av prosessen. I fasen før en mistenkt

får status som siktet, er det advokatrollen etter straffeprosessloven § 100a (skyggeadvokaten/samfunnsadvokaten – en betegnelse som skyldes det forhold at han/hun ikke kan sette seg i kontakt med mistenkte i anledning saken) som fyller denne kontrollfunksjonen. Etter at mistenkte får status som siktet og i de senere stadier av et straffeprosessuelt løp, er det forsvareren som overtar denne kontrollfunksjonen.

Advokater oppnevnt med hjemmel i straffeprosessloven § 100a skal ivareta den mistenktes interesser og samfunnets interesser i saken. Selve den omstendighet at advokaten ikke kan sette seg i forbindelse med mistenkte medfører at det må lages ordninger som likevel ivaretar rettssikkerheten i tilstrekkelig grad. Etter mitt syn kan det gjøres forskjellige grep for å effektivisere denne kontrollen. I utvalgsarbeidet har vi lagt stor vekt på å ha tett kontakt med advokater som har erfaring som § 100-advokater, for å få forslag til hvordan denne funksjonen kan styrkes best mulig ut fra deres erfaringer med sakene. Det må hele tiden skje en best mulig tilrettelegging for advokatenes arbeid på dette området.

Det er på det rene at den fysiske tilretteleggingen i form av tilgang til rettskilder under arbeidet i rettslokalene og å få effektiv tilgang til alle sakens dokumenter i tilstrekkelig tid er sentrale forbedringspunkter. Omfanget av advokatens innsynsrett og tilretteleggingen for gjennomføringen har betydning for advokatens reelle muligheter for å ivareta vervet.

Mest sentralt i tilretteleggingen for bedret rettssikkerhet er at advokaten har en oppnevning som dekker alt nødvendig arbeid i saken og at oppnevningen også omfatter eventuell anke og behandling for kontrollorganet (f. eks. EOS-utvalget eller Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll). Ved at det er samme advokat som behandler saken i alle nivåer og organer blir det mer kontinuitet og rettssikkerheten ivaretas enda bedre, f. eks. ved at saken blir bedre opplyst. Det er et viktig rettssikkerhetselement.

Utvalget har også gått inn for at det settes inn særskilte opplæringstiltak for advokater som skal betjene rollen som § 100 advokat, og at utgiftene forbundet med dette må dekkes av det offentlige.

Det er videre viktig at advokatens ansvar ikke bare omfatter mistenktes interesser, men også omfatter ivaretagelsen av den uspesifikke gruppe av tredjepersoner som skjulte tvangsmidler berører eller kan komme til å berøre (f. eks. alle som kommuniserer med mistenkte på e-post eller chattekanaler eller telefonerer med mistenkte eller kretsen rundt mistenkte). Enkelte skjulte tvangsmidler, så som f. eks. kommunikasjonskontroll og romavlytting, rammer tredjepersoners personvern i stor grad.

Forsvarere i straffesaker som kommer for retten har også reelt sett en viktig funksjon i kontrollen med bruken av skjulte tvangsmidler. Advokaten vil da få in-

formasjon fra siktede også dersom siktede mener seg å ha vært utsatt for urettmessig tvangsmiddelbruk. Dessuten vil advokaten kunne få innsyn i bevisresultater av eventuell uhjemlet skjult tvangsmiddelbruk i den utstrekning dette brukes som bevis i retten.

### 3.5. *Kontroll fra politiets og påtalemyndighetens side*

Politiets eget organinterne kontrollsystem er første skanse mot avvik fra norm knyttet til bruk av skjulte tvangsmidler. Det er grunn til å anta at det fortsatt er mye å hente gjennom videreutvikling av forskrifter, instruksjer, rutinebeskrivelser og rapporteringssystemer innenfor politiets virksomhetsområde. Det er store variasjoner fra sted til sted, noe som er egnet til å svekke kontrollsystemet enkelte tjenestesteder. Slike verktøy er etter mitt syn i for liten grad samordnet og kvalitetssikret, noe som gjør dette til en svakhet i kontrollsystemet. Eksistensen av slike styringsverktøy har også betydning for eksterne kontrollorganer, og deres virksomhet bør omfatte å kontrollere eksistensen og etterlevelsen av slike handlenormer. Retningslinjene må omfatte alle parametere av betydning for gjennomføring, evaluering og kontroll. Det bør etter min mening snarest mulig iverksettes en landsomfattende gjennomgang for å skape et forsvarlig felles kvalitetssikringsregime og internkontrollsystem i alle politiorganer som har befattning med skjulte tvangsmidler. Det er etter min mening også viktig at alle viktige handlenormer for bruk av skjulte tvangsmidler er regulert i en rettslig norm på trinnhøyde med tilstrekkelig gjennomslagskraft, dvs forskrift. Etter min mening bør således Riksadvokatens retningslinjer for romavlytting reguleres på samme måte som kommunikasjonskontrollen er regulert i forskrift om kommunikasjonskontroll 31. mars 1995 nr 258.

Overordnet påtalemyndighet har – i egenskap av sin instruksjonsmyndighet – rett og plikt til å gi instruksjer og veiledninger, og å drive kontroll gjennom inspeksjoner mv. Et eksempel på generelle retningslinjer fra Riksadvokaten er meddelelse av 28. august 2005 (RA-2005-483m) om påtalemyndighetens beslutning om bruk av tvangsmidler og forholdet til rettens avgjørelse. Dette er en god måte å bidra til en forsvarlig kontroll på.

Overordnet påtalemyndighet kan også gjennom meddelelser presisere hvordan gjeldende rett skal forstås og praktiseres av underordnet påtalemyndighet, jf. f. eks. Riksadvokatens retningslinjer 22. juli 2005 (RA-2005-293m) i forbindelse med ikraftsetting av lov 17. juni 2005 nr. 87 om endringer i straffeprosessloven og politiloven om innføring av romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet. Riksadvokaten la blant annet til grunn – og politimestrene har blitt instruert om – at også ved romavlytting og kommunikasjonskontroll i avvergende øyemed skal rapporteringsbestemmelsene i kommunikasjonskontroll-

forskriften gjelde tilsvarende. Nettopp ved rapportering og oppfølging kan normavvik avverges.

Overordnet påtalemyndighet kan videre gi utfyllende instruks for blant annet å bidra til et mer effektivt kontrollsystem. Den 29. mai 2009 publiserte Riksadvokaten retningslinjer for romavlytting (RA 09-44) for blant annet å skape kontrollmessig notoritet ved bruken av slikt utstyr.

Riksadvokaten har meddelt at det forutsettes at statsadvokatembetene foretar inspeksjoner ved politidistriktene med sikte på at praksis er overensstemmende med gjeldende rett og instruks. Det er også på det rene at slike inspeksjoner finner sted som forutsatt.

Det nasjonale statsadvokatembete for bekjempelse av organisert og annen alvorlig kriminalitet ble etablert 1. august 2005. Embetet har det overordnede påtalemessige ansvaret for de saker som blir etterforsket av Kripos, samt ansvaret for å veilede og kontrollere arbeidet som blir utført i straffesakene. Embetet har et særskilt ansvar for behandlingen av saker innenfor organisert kriminalitet, datakriminalitet og særskilte internasjonale forbrytelser, herunder folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser. Fra 1. januar 2008 fikk embetet også påtaleansvar og fagansvar for de sakene som etterforskes av Den sentrale enhet i PST. Ansvarsområdet er således nært knyttet til politiorganer som gjør bruk av skjulte tvangsmidler.

Kontrollen med Politiets sikkerhetstjeneste (PST) er av særlig betydning for personvern og rettssikkerhet knyttet til bruken av skjulte tvangsmidler. Ikke minst skyldes det hemmeligholdelsesbehovet og den generelle faren for at man – i den gode saks tjeneste – blir for ivrig i å løse sine oppgaver og ikke i tilstrekkelig grad analyserer rettskildefaktorer og andre parametere av betydning for skrankene for virkemiddelbruk.<sup>26</sup>

Politiets sikkerhetstjeneste er organisert som en særskilt polititjeneste innen politietaten som er politifaglig og administrativt direkte underlagt Justisdepartementet, jf. instruks for Politiets sikkerhetstjeneste § 2 første ledd. I påtalespørsmål er PST underlagt påtalemyndigheten. Sjefen for PST skal rapportere til departementet om alle saker av viktighet. I rene etterforskingssaker skal departementet kun orienteres, jf. instruks § 17. Departementet har videre regelmessige inspeksjoner av PSTs forebyggende saker og øvrig virksomhet, som ikke er underlagt overordnet påtalemyndighet. I PST er det etter det som ble opplyst til Metodekontrollutvalget etablert et internkontrollsystem som gjelder hele virksomheten, inkludert etterforskning og påtalemyndighet. Ved innføringen av systemet ble alle retningslinjer, rutiner, prosedyrer og andre regler samlet og gjennomgått. Det er også etablert et internkontrollsystem.<sup>27</sup>

Det nasjonale statsadvokatembetet har påtalekompetanse og fagansvar for de

sakene som etterforskes av Den sentrale enhet i PST. I Riksadvokatens rundskriv 20. november 2007 (RA-2007-4) er embetet pålagt, som en del av fagledelsen av Den sentrale enhet i PST, et særlig ansvar for å kontrollere at tvangsmidler så vidt mulig brukes i avvergende fremfor forebyggende øyemed. Denne kontrollen med «sporvalget» er særdeles viktig for «å sikre at metodebruk i det forebyggende sporet kun blir et smalt supplement til metodebruk i det avvergende sporet», se Innst. O. nr. 113 (2004–2005) side 36. Dette innebærer et absolutt avgjørende kontroll-element, da det ved ”sporvalget” generelt sett eksisterer en forhøyet avviksrisiko. I tillegg til dette kommer Politidirektoratets og Justisdepartementets kontroll. Jeg går ikke nærmere inn på det her.<sup>28</sup>

### *3.6. Domstolskontrollen*

En viktig pillar i ivaretagelsen av personvern- og rettssikkerhetsinteressene er domstolskontrollen. Domstolene har, i egenskap av å være en av forvaltningen uavhengig statsmakt med gjennomgående faglig sterke medarbeidere, vært oppfattet som en sentral rettssikkerhetsgaranti for at politiets innsamling av materiale under etterforskningen skjer på lovbestemt måte. Kontrolleffekten finner sted på flere plan, dels ved at retten som den store hovedregel må gi tillatelse på forhånd til bruk av tvangsmidler, etter begjæring fra politiet (forhåndskontroll). I de tilfeller hvor påtalemyndigheten har såkalt hastekompetanse (kompetanse til selv å beslutte bruk av tvangsmidler fordi opphold ved innhenting av rettens tillatelse vil medføre fare for at etterforskningen vil lide) skal påtalemyndighetens beslutning forelegges retten så snart som mulig og senest innen 24 timer for godkjenning (etterkontroll).

Domstolenes hierarkiske oppbygning med tingrett, lagmannsrett og Høyesterett sikrer videre mulighet for overprøving av rettens beslutning. Domstolens kontrollmulighet kommer også inn f. eks. ved spørsmål om pågripelse og varetektsfengsling, og under pådømmelsen av straffesaker, hvor bevis innhentet gjennom skjulte tvangsmidler kan bli påberopt. Spørsmålet om bevis som er innhentet på forskriftsmessig måte skal tillates ført for retten og bevisene som presenteres i straffesaker setter domstolene i en god posisjon til å kunne bedømme om bruken av skjulte tvangsmidler er sterkt på avveie. Den samlede mengde informasjon om bruken av skjulte tvangsmidler som tilflyter domstolene gjennom saker, medfører at domstolene har gode muligheter til å bli oppmerksomme på risiko for systemsvikt med manglende rettssikkerhet eller manglende ivaretagelse av personvernet som resultat. Det som imidlertid skjer internt i politiet og f. eks. kun benyttes til internt bruk i politiet faller utenfor domstolenes synsfelt, og er som nevnt et område som kontrollsystemet særlig må fokusere på.

Metodekontrollutvalget har hatt utstrakt kontakt med erfarne dommere om

bruken av skjulte tvangsmidlene og reglene for dette. Dette har medført at utvalget har vurdert en rekke forskjellige tiltak for å forbedre domstolens grunnlag for behandlingen av begjæringer om skjulte tvangsmidler, som også antas å bidra til å styrke domstolens kontrollfunksjon, jf. blant annet om muntlige forhandlinger og at samme dommer som behandlet den første begjæringen om tvangsmiddelbruk også skal behandle forlengelsesbegjæringer.

### *3.7. Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll*

Etter straffeprosessloven § 216h og kommunikasjonskontrollforskriften kapittel 2 er det opprettet et kontrollutvalg for kommunikasjonskontroll. Også romavlytting faller innenfor utvalgets virkeområde gjennom bestemmelsen i straffeprosessloven § 216m siste ledd, jf. også Riksadvokatens retningslinjer 22. juli 2005 (RA-2005-293m).

Kontrollutvalget skal kontrollere at politiets bruk av kommunikasjonskontroll og romavlytting skjer innenfor rammen av lov og instruks. Det skal også sørge for at bruken av kommunikasjonskontroll begrenses mest mulig og ikke benyttes i andre saker enn de som er nevnt i straffeprosessloven kapittel 16a.

Kontrollutvalget vurderer innberetninger og rapporter som politimestrene oversender til Riksadvokaten. I tillegg skal utvalget undersøke enhver klage fra enkeltpersoner eller organisasjoner som mener seg urettmessig utsatt for kommunikasjonskontroll eller romavlytting. Utvalget kan også på eget initiativ ta opp enhver sak eller ethvert forhold i tilknytning til politiets eller påtalemyndighetens bruk av kommunikasjonskontroll som det finner grunn til å behandle. Det skal særlig legges vekt på forhold som har vært gjenstand for offentlig omtale eller kritikk, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 15.

Etter mitt syn er det stort behov og betydelige muligheter for å forsterke og forbedre Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll sine muligheter til effektiv kontroll.<sup>29</sup> På grunn av volumet av informasjon som innhentes og brukes vil grensenytten av forbedringer være meget stor. Særlig nødvendig er det å forbedre kontrollorganets tilgjengelighet, kontrollressurser av alle slag og kontrollmetodikk. Det er nødvendig at Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll kan tilføres kunnskaper ervervet ved EOS-utvalgets kontrollarbeid, som etter mitt syn er meget kompetent innenfor sitt ansvarsområde.

Det har i årsrapporten for 2009 fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll ikke fremkommet vesentlig kritikk mot politiets praksis. Det heter i utvalgets konklusjon bl. a. at: "politiets bruk av kommunikasjonskontroll gjennomgående er forsvarlig og godt begrunnet", og at: "det er ikke registrert åpenbart misbruk av metoden".<sup>30</sup> Utvalgets leder har uttalt at: "Gjennomgående er politiets arbeid med kommunikasjonsaker av høy kvalitet med gode rutiner og høy grad av personvern".<sup>31</sup>

### 3.8. Andre forvaltningsorganer med kontrollfunksjoner

Det finnes flere forvaltningsorganer med kontrollfunksjoner av betydning for ulike sider av bruken av skjulte tvangsmidler, herunder Spesialenheten for politisaker, Post- og teletilsynet, Datatilsynet og Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker.<sup>32</sup> Da disse organene ikke er av avgjørende betydning i denne sammenheng, går jeg ikke nærmere inn på dem.

### 3.9. Stortingets kontrollorganer

Stortinget har to meget viktige funksjoner av betydning for det som kan omtales som kontrollsystemet i sin videste forstand; nemlig lovgivnings- og budsjettmyndighet.

I tillegg har Stortinget opprettet egne kontrollorgan som er mer målrettede i sin kontrollfunksjon.

Det er ved lov opprettet et eget tilsynsorgan for PSTs virksomhet. Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget) er oppnevnt av Stortinget for å føre kontroll med etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-tjenestene) som utøves av eller på vegne av offentlige myndigheter til beskyttelse av nasjonale sikkerhetsinteresser. Utvalget utfører sitt arbeid uavhengig av Stortinget, men rapporterer hvert år til Stortinget gjennom en årsmelding. EOS-tjenestene består av Etterretningstjenesten (E-tjenesten), Politets sikkerhetstjeneste (PST), Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) og Forsvarets sikkerhetstjeneste (FOST). Av særlig betydning for bruken av skjulte tvangsmidler er kontrollen med PST. Utvalget foretar regelmessige inspeksjoner av tjenestene, behandler klager fra enkeltpersoner og setter i verk undersøkelser av eget tiltak.

EOS-utvalgets kontroll av PST omfatter kontroll med bruken av tvangsmidler i enkeltsaker, herunder undersøkelser av tjenestens samlede informasjonsgrunnlag i enkeltsaker for å se om det er samsvar mellom dette og begjæringen til retten. Videre kontrolleres hvorvidt PST benytter tvangsmiddelet i samsvar med rettens tillatelse. Det kontrolleres også at tiltaket avvikles dersom forutsetningene faller bort. I tillegg fører utvalget kontroll med den samlede bruken av tvangsmidler og med sporvalget.

Det er i årsmeldingen for 2008 på side 18 gitt uttrykk for at EOS-utvalgets kontroll av PSTs tvangsmiddelbruk i enkeltsaker dette året ikke ga grunnlag for å rette vesentlig kritikk på noen av disse punktene. Heller ikke for 2009 er det fremkommet vesentlig kritikk mot PST's bruk av skjulte tvangsmidler.

Sett over de siste år, har kontrollsystemet avdekket få alvorlige avvik. Generelt sett kan det derfor sies at det sjelden avdekkes svært alvorlige feil i tjenesten. Ser man utvalgets årsmeldinger under ett fremgår det at det relativt sjelden rettes kritikk mot tjenestens bruk av skjulte tvangsmidler. Ofte vil utvalget ha en dialog



med tjenesten om dette, og som regel kommer man frem til et omforent syn, noe som innebærer at det ikke er grunn til å rapportere om det i årsmeldingen. Utvalget har likevel i ett tilfelle rettet kritikk mot tjenestens håndtering av et postbeslag - dvs om tjenesten hadde gått ut over rammen for det som fremgikk av rettens kjennelse.

Når det gjelder forebyggende saker og etterforskingssaker er det generelt en tendens at tjenesten foretar en regelmessig vurdering av behovet for å opprettholde sakene (revurdering) og at det jobbes aktivt med sakene (ajourføring). I motsetning til det som Lundkommisjonen avdekket er det ikke lenger å finne eksempler på at tjenesten har gående saker på personer i årevis uten at det fremkommer nye opplysninger.<sup>33</sup>

Registreringer/behandling av opplysninger i tjenesten er vel kanskje det området hvor det syndes mest mot regelverket. Utvalget avdekker regelmessig at tjenesten foretar registreringer som det ikke er grunnlag for, dvs. at kravene til relevans, nødvendighet og formålstjenlighet ikke er oppfylt. Det er vanskelig å danne seg noe inntrykk av forekomsten av dette, ut i fra at utvalgets kontroll er stikkprøvebasert og antall personer som er registrert i tjenestens registre er ikke offentlig informasjon. Men utvalget har tallfestet at tjenesten etter spørsmål fra utvalget har slettet omtrent 20 registreringer ett år (2007). I 2009 hadde tjenesten en gjennomgang av registreringer av "et større antall" personer i registeret uten at det ble avdekket alvorlige avvik.

Det er mitt inntrykk av foreliggende informasjon at EOS-utvalget så vel resursmessig som kompetansemessig har de nødvendige forutsetninger for å utføre sine kontrolloppgaver på en forsvarlig måte.

En stor del av den informasjonen EOS-utvalget behandler i kontrollarbeidet er gradert etter sikkerhetsloven og dermed underlagt lovbestemt taushetsplikt. Dette setter grenser for innholdet i utvalgets orienteringer til Stortinget og allmennheten om kontrollvirksomheten. EOS-utvalget ser det imidlertid som en viktig oppgave å gi offentligheten et mest mulig nøkternt og reelt bilde av EOS-tjenestenes virksomhet. Dette gjøres først og fremst i utvalgets årlige melding til Stortinget. Etter lov om kontroll med hemmelige tjenester § 8 skal årsmeldingene være ugraderte. Utvalget kan imidlertid i årsmeldingen eller i en særskilt melding gjøre Stortinget oppmerksom på at Stortingets kontroll med forvaltningen tilsier at det bør gjøre seg kjent med graderte opplysninger i en sak eller et forhold som utvalget har undersøkt.

Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen) fører kontroll med forvaltningen. Kontrollen utføres på grunnlag av klager fra borgerne om urett og feil som måtte være gjort av offentlig forvaltning. Ombudsmannen kan også ta opp saker av eget tiltak. Ombudsmannens arbeidsområde omfatter hele

den offentlige forvaltningen. Ombudsmannen har gitt en generell redegjørelse for behandlingen av saker som gjelder påtalemyndigheten i årsmeldingen for 2001 side 25–26. Ombudsmannen har lang praksis for at arbeidsområdet i prinsippet også omfatter påtalemyndighetens virksomhet. Utgangspunktet er likevel at påtalemyndigheten har en uavhengig og selvstendig stilling i forhold til påtaleavgjørelser. Ombudsmannen vil derfor bare i begrenset utstrekning undersøke, vurdere og si sin mening om påtaleavgjørelser. I forhold til de skjulte tvangsmidlene ligger likevel den viktigste begrensningen i at domstolens virksomhet faller utenfor ombudsmannens arbeidsområde, jf. ombudsmannsloven § 4 første ledd bokstav c.<sup>34</sup>

### 3.10 Media

Media kan, etter omstendighetene, ha ganske stor betydning for kontroll av personvern og rettssikkerhet. Media kan selv avdekke kritikkverdige forhold eller sette søkelys på områder som bringer allmennhetens og de enkelte organers fokus på konkrete problemområder.<sup>35</sup> Videre vil allerede eksistensen og kunnskapen om at media kan komme til å undersøke et saksområde nærmere, bidra til økt fokus på å følge gjeldende reguleringer og rutiner. Det er grunn til å påregne at mennesker som mener seg utsatt for lovlig tvangsmiddelbruk (ofte kalt overvåking) også oppfatter at deres sak vil være egnet til å fange mediens interesse, og derved opplyse allmennheten og politikere om eksistensen av deres sak. Fravær av rapporter i media om slike hendelser over tid, vil normalt være et sunnhetstegn.

Utvalget har fremmet flere forslag som er egnet til å styrke mediens betydning som kontrollfaktor.

## 4. Betydningen av systematisk evaluering av praksis og lovverk

Det er etter mitt syn av avgjørende betydning for løpende ivaretagelse av personvern og rettssikkerhet at gjeldende regulering, herunder kontrollsystemet, underlegges jevnlig og kontinuerlig systematisk evaluering. Metodekontrollutvalget ble oppnevnt nettopp med tanke på en slik evaluering, og har i sitt arbeid blitt ytterligere styrket i sin mening om nødvendigheten og behovet for dette.

Også Justisdepartementet har forutsatt at etterkontrollen ikke avsluttes med Metodekontrollutvalgets vurderinger, jf. Ot.prp. nr. 64 (1998–1999) side 141, hvor det uttales at det etter departementets syn ”også etter den første etterkontrollen regelmessig [bør] foretas kontroll med praktiseringen av de nye reglene”. Dette standpunkt er etter mitt syn meget avgjørende for ivaretagelse av rettssikkerhet og personvern.

For å kunne foreta en systematisk evaluering, her med bruken av skjulte tvangsmidler, er det behov for tilgang til informasjon. Denne informasjonen kan gjelde vurderinger av gjeldende regelverk, forekomst, resultater, ressursbruk mv

eller annet statistisk materiale. Selv med tilgang til denne typen informasjon, vil imidlertid evalueringen by på store utfordringer fordi det sjelden er tale om å vurdere faste størrelser. Justisdepartementet var i Ot.prp. nr. 64 (1998–1999) side 141 inne på dette:

”En etterkontroll av de foreslåtte reglene vil kunne by på større utfordringer enn det som er vanlig ved etterkontroll av lover. De aspekter som vil stå sentralt ved kontrollen, er vanskelige å måle: betydningen for personvernet og rettssikkerheten på den ene siden og den reelle nytten av nye etterforskningsmetoder på den andre. Men siden lovendringene berører tungtveiende motstridende hensyn bør det likevel etter departementets syn foretas etterkontroll. Kontrollen bør første gang skje tre til fire år etter at lovendringene er trådt i kraft.”

Disse utfordringene skjerper kravene til tilrettelegging for evalueringen. Allerede ved vedtakelsen av de lovendringer som skal evalueres, bør det redegjøres grundig for hva som skal være gjenstand for evaluering og hvordan evalueringen skal kunne gjennomføres. Sentralt vil være å fastslå hvilke mål som ønskes oppnådd, og hvilke kriterier som skal brukes for å kunne vurdere om målsetningene er nådd. Det er nødvendig å sikre tilgang til informasjon til bruk under evalueringen gjennom rapportering av alle relevante faktorer.

Metodekontrollutvalget ble anmodet om å gjennomføre den etterkontrollen som ble bebudet i Ot.prp. nr. 64 (1998–1999) på side 141. Om den nærmere gjennomføringen av kontrollen ble det pekt på at det bør undersøkes om tvangsmidlene har den betydning for etterforskningen av alvorlige straffesaker som ble forutsatt i proposisjonen, og om hensynene til personvern og rettssikkerhet for den mistenkte og andre berørte er tilstrekkelig ivaretatt. Det ble spesielt understreket at det kan være behov for å kartlegge den samlede effekten av de nye tvangsmidlene.

Som leder av utvalget har jeg dessverre måttet konstatere at lite var lagt til rette for å sette utvalget, eller andre, best mulig i stand til å gjennomføre den evalueringen som utvalget er bedt om. Utvalget så det som naturlig at det ble gitt innsyn i straffesaker hvor skjulte tvangsmidler, særlig kommunikasjonskontroll, er blitt brukt. Dette har vist seg ikke gjennomførbart på grunn av den særlige taushetspliktbestemmelsen i straffeprosessloven § 216i, som ikke gjør unntak for situasjoner som utvalgets arbeid. Utvalget mener det ville vært av sentral betydning å få innsyn i saksdokumentene i saker hvor skjulte tvangsmidler har vært brukt for å kunne vurdere metodebrukens betydning for etterforskningen av alvorlige straffbare handlinger, ivaretagelsen av hensynet til personvern og rettssikkerhet, og den samlede effekten av metodebruken. På bakgrunn av den erfaringen utvalget har

gjort foreslås en endring i straffeprosessloven § 216i, slik at det åpnes for at det ved fremtidige evalueringer vil være mulig å få innsyn i saksdokumenter ved evaluering av bruken av tvangsmidler etter kapittel 16a.

En del av det tallmateriale som etter utvalgets oppfatning ville ha vært relevant i forbindelse med utvalgets evaluering, har dessverre ikke latt seg fremskaffe. Videre har utvalget hatt visse utfordringer med å skaffe seg tilgang til det tallmateriale som finnes. Det er herunder lagt visse begrensninger på bruken av deler av det tallmateriale som er gjort tilgjengelig for utvalget. Imidlertid har utvalget gjennom spørreundersøkelsen og kontakten med de som konkret har kontrollfunksjoner likevel klart å fremskaffe et tilstrekkelig forsvarlig vurderingsgrunnlag for å kunne foreslå avgjørende forbedringer.

Etter kommunikasjonskontrollforskriften § 10 skal politimestrene rapportere til Riksadvokaten som igjen skal rapportere til Justisdepartementet om antall saker hvor kommunikasjonskontroll har funnet sted eller er blitt begjært eller beordret, hva slags kontroll som har vært foretatt, hvor mange telefonnummer, IMEI-nummer, nettverksadresser eller andre identifiserte kommunikasjonsanlegg som er kontrollert, hvilke politidistrikter som er ansvarlig for sakene og hvilke resultater som er oppnådd eller ventes oppnådd gjennom kontrollen. Det skal sendes kopi av rapporten til Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Rapportene er i utgangspunktet ikke offentlige og deler av vurderingene er skjønnspregede, særlig gjelder det vurderingen av metodens effektivitet i de enkelte sakene. Dette gir dårlige muligheter for både politikernes og allmennhetens og medias fortløpende kontroll med om bruken av tvangsmidlene har vært i samsvar med forutsetningene, men også for den evaluering utvalget er satt til å gjennomføre.

Et samlet utvalg har derfor stilt seg meget kritisk til at den etterkontrollen som var en av forutsetningene da bestemmelsene ble vedtatt ved lov 3. desember 1999 nr 82, jf. Innst. O. nr. 3 (1999–2000) side 24, ikke er bedre tilrettelagt. Det er helt nødvendig at forutsetningen om en bebudet evaluering må være reell, at det legges nødvendige føringer på hva evalueringen er ment å sikre og hvordan evalueringen skal gjennomføres allerede ved vedtakelsen av de lovendringer det er aktuelt å evaluere. Videre er det helt avgjørende for et effektivt kontrollsystem å etablere ordninger for rapportering av relevant informasjon til bruk i evalueringen. Slik rapportering vil for øvrig ikke bare være av nytte i forbindelse med en systematisk evaluering, men også i forbindelse med politiets internkontroll, overordnet påtalemyndighets kontroll og kanskje særlig for Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll. Forbedringer på dette punkt vil således kunne få avgjørende betydning for ivaretagelse av rettssikkerhet og personvern.

For ethvert troverdig kontrollsystem er det nødvendig med en bedre registrering av data om bruken av skjulte tvangsmidler. Slikt registreringsverktøy bør im-

plementeres i politiets datasystemer og integreres i IKT-baserte kontrollverktøy. Noe tallmateriale finnes allerede, særlig ved bruk av kommunikasjonskontroll, men det savnes tallmateriale også for de øvrige skjulte tvangsmidlene. Etter mitt syn er blant annet følgende registreringer av faktiske forhold av betydning ved kontroll av tvangsmiddelbrukens betydning for etterforskningen, ivaretagelsen av hensynet til personvernet og rettssikkerheten, og den samlede effekten av metodebruken, nemlig informasjon om: antall begjæringer om bruk av skjulte tvangsmidler, antall beslutninger, antall gjennomførte tilfeller, samt antall forlengelser, antall skjulte tvangsmidler brukt med hjemmel i straffeprosessloven § 222d, varigheten av tvangsmiddelbruken, hvilke straffbare handlinger som ligger til grunn for etterforskningen hvor tvangsmiddelet er anvendt, antallet tilfeller der hastekompetanse er brukt, herunder antall godkjente/ikke godkjente tilfeller ved rettens etterkontroll, antall samtaler som fanges opp ved kommunikasjonskontroll og romavlytting, antall samtaler som fanges opp ved kommunikasjonskontroll og romavlytting med personer underlagt særlig yrkesmessig taushetsplikt, eller som er omfattet av pressens rett til kildevern, antallet tilfeller der materialet fra tvangsmiddelbruken er brukt som grunnlag for beslutninger om bruk av andre tvangsmidler, antallet tilfeller der materialet fra tvangsmiddelbruken er brukt som bevis under hovedforhandlingen.

Koblingen mellom tvangsmiddelbruken og resultatet i sakerna må registreres. F. eks. ledet tvangsmiddelbruken til henleggelse eller tiltale, og ble resultatet i saken frifinnelse eller domfellelse?, ressursbruk i tilknytningen til tvangsmiddelbruken, oppfølgingen av sletteplikten og bruken av prosessuelle bestemmelser til beskyttelse av informasjon, som for eksempel straffeprosessloven §§ 130a, 234a og 242a.

Ulike metoder krever forskjellige kontrolldata og kontrollmetodikk.<sup>36</sup> Det må ligge til grunn for utviklingen av kontrollsystemet.

## 5. Avsluttende merknader

Rammene for denne gjennomgangen tillater ikke noen fullstendig analyse av alle aspekter ved kontrollen med bruken av skjulte tvangsmidler, men jeg håper å ha belyst enkelte sentrale spørsmål. Jeg håper at disse refleksjonene kan gi et bidrag til å ivareta personvern og rettssikkerhet samtidig som samfunnet opprettholder evnen til effektivt å bekjempe alvorlig kriminalitet og derved ikke bare beskytte borgerne mot overgrep fra staten, men også fra kriminelle.

Uansett hvilken informasjon og hvor mye informasjon som tillates innsamlet og brukt, og på hvilke vilkår, må kontrollen med bruken av så inngrepende etterforskningsmetoder være effektiv og intens. Kontrollorganene må ha løpende tilgang på tilstrekkelig informasjon til at alle sider ved metodebruken kan etter-

prøves, herunder om den samlet sett er forholdsmessig og om den har tilstrekkelig nytteverdi til å kunne opprettholdes.<sup>37</sup> Fravær av slik kontroll tilsier etter mitt syn at enkelte metoder ikke bør tillates benyttet, for eksempel dataavlesing og romavlytting. Erfaring viser at man ikke kan basere seg på at myndighetene av eget tiltak vil drive regelmessig systematisk evaluering med skjulte tvangsmidler. Det er derfor nødvendig å sette det som en lovgivningsmessig forutsetning for innføring og opprettholdelse av metoder.<sup>38</sup>

Den sikreste garanti for at bruken av skjulte tvangsmidler ikke kommer på avveie, er en våken og kritisk opinion og sterke fagmiljøer med fokus på rettssikkerhet og personvern.

### Noter:

<sup>1</sup> NOU 2009:15 ble levert av Metodekontrollutvalget til statsråd i Justisdepartementet, Knut Storberget, den 26. juni 2010.

<sup>2</sup> Til illustrasjon av begrepsbruken, se f. eks. Høyesterettsdommer *Ketil Lunds* artikkel: "Demonteringen av den liberale rettsstat" i boken: "Til forsvar for personvernet", Universitetsforlaget/Civita, 2010.

<sup>3</sup> Om omfanget av f. eks. Googles informasjonsinnsamling per juni 2010, se f. eks. det tyske ukemagasinet Stern nr. 34, 19.08.2010, "Google sieht Dich an", side 30-41. Det er særlig redegjort grundig for programvaren Google street view og dens betydning for beskyttelsen av folks private sfære.

<sup>4</sup> DPI – Deep Packet Inspection – utgjør milliardmarked hvor både myndigheter og private aktører er brukere. Selv om denne programvaren ikke kan lese kryptert innhold, innebærer bruken av den at det gjennomgås enorme datamengder, og metodikken benyttes for å avlytte, overvåke og endog sensurere uønsket materiale. Hovedbegrunnelsen for å benytte DPI er å ivareta egen datasikkerhet, men teknologien og programvaren gir også muligheter for annen bruk som kan gå utover personvernet.

<sup>5</sup> Aftenposten A-Magasinet 30. juli 2010 side 37 andre spalte.

<sup>6</sup> Om kriminelles interesse for slik informasjon se f. eks. International Herald Tribune torsdag 12. august 2010. Om verktøy for tilgjengeliggjøring av informasjon fra bilder, se f. eks. Exif viewer for Mozilla Firefox og Opanda IExif.

<sup>7</sup> Mest utbredt er Web-baserte posisjoneringssystemer som f. eks. Fleetguard og Skyhook.

<sup>8</sup> Høyesterettsdommer *Ketil Lunds* artikkel: "Demonteringen av den liberale rettsstat" i boken: "Til forsvar for personvernet", Universitetsforlaget/Civita, 2010.

<sup>9</sup> Jeg tiltrer således professor *Jan Fridtjof Bernts* upubliserte analyse av behovet for å ha et eget universitetsfag: "Demokrati og rettsstat som forskingsfelt."

<sup>10</sup> Jf. NOU 2009: 15 side 131 første spalte.

<sup>11</sup> Jf. NOU 2009:15 side 48-68. Se særlig side 62 flg.

<sup>12</sup> Op. cit. side 69.

<sup>13</sup> Jf. NOU 2009: 15 side 249 første spalte hvor det fremgår at reglene om dataavlesing foreslås under den absolutte forutsetning at kontrollen med inngrepet er forsvarlig, herunder kontroll av brukshyppighet, regeletterlevelse, effekter mv. For detaljer se andre spalte første avsnitt.

<sup>14</sup> Se f. eks. Avgjørelse av EMD av 6. september 1978 (saksnummer 5029/71) i saken *Klass mot Tyskland*, avsnitt 50, og avgjørelse av 30. juli 1998 (saksnummer 27671/95) i saken *Calenzuela Contreras mot Spania*, avsnitt 46.

- <sup>15</sup> Om forholdet til slike rettslige normer se NOU 2009:15, særlig side 131 andre spalte, side 152 flg., side 47 flg og side 62 og side 69.
- <sup>16</sup> Jf. f. eks. *Jon Didrik Kjølbros*, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 2007 side 588.
- <sup>17</sup> I norske medier har det i tiden (september-oktober 2010) etter foredragets gjennomføring, men før trykking, fremkommet påstander om uhjemlet metodebruk så som f. eks. romavlytting/videoovervåking av mistenktes private hjem over en lengre periode (ca 18 måneder) under etterforskningen av straffesaken mot daværende byråsjef Arne Treholt for spionasje. Uansett hvordan det måtte forholde seg med dette, er det av avgjørende betydning for tilliten til politiet at kontrollsystemet innrettes slik at slike påståtte aktiviteter ikke kan forekomme. I Lundkommisjonens rapport, NOU 1994: 4, er det også fremkommet påstander om uhjemlet metodebruk fra daværende Politiets Overvåkingstjeneste (POT).
- <sup>18</sup> Jf. Lundkommisjonens rapport, omhandlet foran.
- <sup>19</sup> Se artikkel av *Odd Inge Hellesylt*, SAS Institute og *Fredrik Syversen*, IKT-Norge, om strategier for bruk av IKT som ledd i å sikre personvernet i helsevesenet f. eks. Dagens Næringsliv 26 juli 2010 side 22-23.
- <sup>20</sup> Jf. f. eks. *Thomas Olsen*, Personvernøkende identitetsforvaltning, Manuskript innlevert til bedømmelse for PhD-graden ved Det juridiske fakultet, UiO, 24. september 2009, særlig side 272 flg.
- <sup>21</sup> Se NOU 2009:15 side 131 og side 137 flg., om hva som bør rapporteres løpende. Se side 249 om kontrollbehovet ved dataavlesing.
- <sup>22</sup> Dersom det er korrekt som framkommet i f. eks. Aftenposten av 27.09.10, hvoretter leder av Lundkommisjonen, tidligere høyesterettsdommer Ketil Lund, opplyser at undersøkelseskommissjonen helt siden 1994 har kjent til at det Politiets overvåkingstjeneste foretok videoovervåking av mistenkte Arne Treholts leilighet i halvannet år forut for 20. januar 1984, er det beklagelig at dette ikke ble opplyst allerede da det ble oppdaget. Man burde umiddelbart ha analysert hendelsen og vurdert hvilke kontrolltiltak som burde innføres for å avverge eventuell ulovlig metodebruk.
- <sup>23</sup> Jf. bl.a. *Dan Frende*, Den straffrättsliga legalitetsprinciplen, Juridiska föreningens i Finland publikationsserie N:o 52, 1989, side 238 flg om "obestämdhetsförbudet", *Hans Danelius*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar til Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, Norsteds Juridik, Tredje upplagan, 2007, side 295. *Grabenwarter* op. cit. side 342-342, *Per Didrik Kjølbros*, op. cit., side 504-505, *Peer Lorentzen*, *Lars Adam Reehof*, *Tyge Trier*, *Nina Holst-Christensen*, *Jens Vedsted-Hansen*, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003, side 372-373, *Pieter van Dijk*, *Fried van Hoof*, *Arjen van Rijn*, *Leo Zwak*, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, 2006 side 654-656, *Jacobs and White*, The European Convention on Human Rights, Third Edition, 2002, side 191, *DJ Harris*, *M O'Boyle*, *C Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 1995, side 278-279, *Erik Mose*, Menneskerettigheter, Cappelen Akademisk, Oslo, 2002, side 396-398, *Jørgen Aall*, Rettergang og menneskerettigheter, Bergen 1995, side 280-281 og samme forfatter i Rettsstat og menneskerettigheter, Fagbokforlaget 2004, side 99 flg, og *Asbjørn Strandbakken*, Grunnlovens § 96, Jussens venner, 2004 side 166 flg.
- <sup>24</sup> EMD's avgjørelse av 6. september 1978 (saksnummer 5029/71).
- <sup>25</sup> Jf. Innst. S. nr. 240 (1996-1997) side 31.
- <sup>26</sup> Se NOU 2009:15 kapittel 13 om lovverk og praksis vedrørende PST og forholdet til Grunnloven. Se også note 17, 18 og 22 ovenfor.
- <sup>27</sup> Om dette se NOU 2009:15 side 136 følgende.
- <sup>28</sup> Om dette, se NOU 2009:15 side 136 andre spalte.
- <sup>29</sup> For detaljer, se drøftelsen i NOU 2009:15 side 138-141.

- <sup>30</sup> Se innlegg fra utvalgsleder, tingrettsdommer Finn Haugen, i Aftenposten onsdag 18. august 2010 side 5.
- <sup>31</sup> Se innlegg fra utvalgsleder, tingrettsdommer Finn Haugen, i Aftenposten onsdag 18. august 2010 side 5.
- <sup>32</sup> For flere detaljer, se NOU 2009:15 side 141-142.
- <sup>33</sup> Lundkommisjonens rapport, NOU 1994: 4.
- <sup>34</sup> Riksdagens Justitieombudsman (JO) i Finland har fått i særskilt oppdrag å følge med på bruken av teleavlytting, teleovervåking og teknisk avlytting. I JOs årberetning er et eget kapittel viet bruken av teletvangsmidler, herunder relativt detaljert tallmateriale om bruken basert på innrapporteringer.
- <sup>35</sup> Jf. Aftenpostens artikkelserie medio-ultimo september 2010 om den såkalte Treholtsaken, og påstander om daværende POT sin bruk av etterforsningsmetoder uten hjemmel, f. eks. 18 måneders sammenhengende videoovervåking av mistenktes private hjem.
- <sup>36</sup> Se nærmere om kontrollen med dataavlesing NOU 2009:15 side 249 flg.
- <sup>37</sup> Jf. det som er sagt ovenfor om Klass-saken fra EMD.
- <sup>38</sup> For dataavlesing er det foreslått av hjemmelen opphører av seg selv nettopp for å forhindre at den opprettholdes uten nærmere analyse og evaluering.

Adresse:

e-post: nilstd@online.no