

Høringsuttalelse til forslag om ny lov for Etterretningstjenesten

Denne høringsuttalelsen er innsendt på vegne av tingrettsdommerne Heidi Heggdal, Erland Flaterud, Finn-Arne Selfors, Åsne Julsrud, Anne Horn og lagdommer Elizabeth Baumann.

Innledning

Det er positivt at det nå fremmes en ny lov for Etterretningstjenestens virksomhet som uttømmende beskriver formålene for innhenting av informasjon og også beskriver metodene. Det er videre positivt at man har laget et forslag som er mer detaljert enn den någjeldende, og at man på denne måten åpner opp for en debatt om tjenestens metodebruk.

En uttømmende katalog over metodebruk og formål med tjenesten gir videre en mulighet for reell demokratisk kontroll av tjenesten. På den annen side så er formålene såpass vagt formulert at det kan bli vanskelig å avgrense Etterretningstjenestens oppgaver.

Lovforslaget regulerer særskilt innhenting av informasjon som går i kabler inn og ut av Norge. Det regulerer ikke tilsvarende innhenting som går via satellitt, uten at dette er nærmere begrunnet. Vi ser ingen grunn til at lovreguleringen ikke også skulle gjelde denne type innhenting. Kravet om lovhjemmel etter Grunnloven § 113 gjelder i like stor grad for denne type innhenting i den grad det gjelder inngrep overfor privatpersoner.

Forslaget i loven lager et regime for innhenting og lagring av informasjon som sendes via kabel mellom Norge og andre land. Selektorene som velges skal være basert på modus, geografi eller annet som man mener vil gi formasjon innenfor de formål Etterretningstjenesten skal arbeide med. Innhenting av informasjon etter lovforslaget rammer et ukjent antall mennesker som det ikke kan knyttes noen mistanke til. Derfor bryter lovforslaget med grunnleggende rettsstatlig tradisjon slik vi kjenner det.

Domstolene er tiltenkt en sentral rolle som kontrollmyndighet i systemet som er skissert. Vi vil av den grunn ikke uttale som om hensiktsmessigheten eller behovet for å innføre denne type inngripende tiltak, bare minne om at det må være nødvendig i et demokratisk samfunn og være proporsjonalt.

I utgangspunktet driver Etterretningstjenesten med innhenting og lagring av informasjon i utlandet. Det er et forbud i loven om å rette innhenting av informasjon mot nordmenn i Norge, jf forslagets § 4-1, men det fremgår flere unntak i § 4-2. Ett av unntakene gjelder nettopp bulkinnhenting av rådata, slik at forslaget vil gjelde også absolutt alle nordmenn. Men på grunn av flere silingsmekanismer ser man for seg at man skal unngå at Etterretningstjenesten får mulighet til å *behandle* informasjon som gjelder nordmenn i Norge. Det er for disse silings- og utvelgelsesmekanismene at domstolene er tiltenkt en særskilt rolle gjennom å skulle godkjenne kriteriene for søk og gi tillatelse til innhenting.

I lovforslaget skal begjæringen om søk og innhenting mot enkeltpersoner fremsettes for Oslo tingrett. Anker må således fremsettes for Borgarting lagmannsrett. EOS-utvalget skal på sin side kontrollere gjennomføringen og at dataene senere slettes med videre.

Informasjonen skal ikke kunne brukes i en senere rettssak, se forslagets § 7-13.

EMDs vurderingen av lovligheten av denne type informasjonsinnhenting

To ny dommer fra EMD godtar innhenting av metadata for ukjent antall personer som det ikke i seg selv er knyttet mistanke til, men det stilles svært strenge krav til kontroll med innhenting. Den skal skje i tråd med bestemte formål og skal være forholdsmessig.

De to sakene det er tale om er *Big Brother Watch v. Storbritannia* Sak 58170/13, 62322/14 og *Center for Rettvisa v. Sverige* 35252/08, avsagt 13. september 2018. Begge sakene er anket og er sluppet inn til behandling i storkammer, slik at de er p.t. ikke rettskraftige. Men i begge saker sies det at spørsmålet om bulkinnhenting og søk i dette skal innføres i et land, er innenfor statens skjønnsmargin. Det er ikke en like vid skjønnsmargin når det gjelder hvilke garantier mot misbruk et slikt regime må tilfredsstille, idet EMD påpeker at denne type masseovervåkning potensielt har store skadevirkninger for demokratiet. EMD har satt seks minstekrav som skal ivareta forutberegnelighet, forholdsmessighet og minimere risiko for myndighetsmisbruk.

I saken *Big Brother Watch v. Storbritannia* ble Storbritannia ble felt på to punkter. For det første mente EMD at systemet samlet sett ikke hadde gode nok garantier mot misbruk. Domstolen la særlig stor vekt på at det manglet god nok uavhengig forhåndskontroll med hvilke søkeord som ble brukt for å filtrere ut kommunikasjon. Den andre krenkelsen gjaldt mer spesifikt innhenting og undersøkelse av kommunikasjonsdata (for eksempel hvem som kommuniserer med hverandre), som praktisk talt ikke var underlagt noen rettssikkerhetsgarantier.

I saken *Center for Rettvisa v. Sverige*, kom EMD til at loven ikke utgjorde noen krenkelse av EMK fordi kontrollmekanismene var tilfredsstillende til tross for at loven hadde til dels vage formål, som f.eks. "actions or intentions of a foreign power that are of substantial importance for Swedish foreign, security or defence policy".

EMD skriver at:

18. For all signals intelligence, including the development activities, the FRA must apply for a permit to the Foreign Intelligence Court. [...]

19. A permit may only be granted if the mission is in accordance with the provisions of the Foreign Intelligence Act and the Signals Intelligence Act, if the purpose of the interception of signals cannot be met in a less interfering manner, if the mission can be expected to yield information whose value is clearly greater than the possible interference with personal integrity, if the search terms or categories of search terms are in accordance with the Signals Intelligence Act and if the application does not concern solely a specific natural person (section 5).

20. If granted, the permit shall specify the mission for which signals intelligence may be conducted, the signal carriers to which the FRA will have access, the search terms or categories of search terms that may be used, the duration of the permit and other conditions necessary to limit the interference with personal integrity (section 5a).

[...]The applications for signals intelligence permits are discussed during hearings, which may be held behind closed doors, if it is clear that information classified as secret would be exposed as a result of a public hearing. During the court's examination, the FRA as well as a privacy protection representative (*integritesskyddsombud*) are present.

I saken *Rettvisa v. Sverige*, synes det som det i stor grad er intensiteten i kontrollen som den nasjonale domstolen foretar, som gjør at FRA-loven ikke var i strid med EMK art 10 og 8. Det vises særlig til punkt 139 i dommen. Der må etterretningen i begjæringen til domstolen ikke bare vise til behovet og formålet, men må konkret vise til «signal carriers to which access is needed and the search terms – or at least categories of search terms – that will be used». Den nasjonale domstolen går dermed langt i å prøve de konkrete søkekriterier og metoder.

Selv om dommene ikke er rettskraftige, vil de nok ha stor innflytelse på vurderingen av om forslaget som nå foreligger, er innenfor hva en stat kan velge å etablere av overvåkningsregimer. Forslaget som er ute til høring nå, ligner i stor grad på systemet i Sverige. I Sverige er domstolskontrollen lagt til en egen særdomstol med dommere som utpekes for et bestemt antall år. Det holdes høringer, og et ombud taler de overvåkedes sak og har anledning til å stille spørsmål.

I forslaget som er på høring nå, er kompetansen lagt til Oslo tingrett, med mulighet til å anke til Borgarting lagmannsrett. I forslaget er det lagt opp til at man kan ha en skyggeadvokat i tråd med hvordan skjulte tvangsmidler behandles i dag. Skyggeadvokaten har ikke mulighet til å kontakte den som saken gjelder, men har rett til å uttale seg og har innsyn i begjæringen og annen informasjon som legges frem for retten.

Kvaliteten på lovhjemlene

Det er nødvendig at det gis klare formålshjemler med vilkår og føringer for nødvendighetskriterier og proporsjonalitetsvurderinger for at domstolene kan gjennomføre en reell kontroll. Dette er presisert i en rekke dommer fra EMD.

Etterretningstjenesten må ha rettens forutgående godkjenning for innhenting og lagring i to tilfeller:

Søk i metadata og innhenting og lagring av innholdsdata, lovforslaget §§ 7-8 og 7-9.

Etter forslagens § 8-4 skal retten prøve om vilkårene etter loven er oppfylt, herunder at innhenting ligger innenfor Etterretningstjenestens oppgaver etter kapittel 3, ikke innebærer brudd på forbudene i §§ 1-3 annet ledd, 4-1, 4-3, 4-4 eller 9-4, og tilfredsstiller grunnvilkårene etter kapittel 5. Videre skal retten vurdere for hvor lang tid innhenting skal pågå etter § 8-6.

I det følgende vil vi gå igjennom alle de vilkår domstolen må ta stilling til under behandlingen av de enkelte begjæringer.

Formålene for innhenting

For det første så må *formålet* for innhenting klart angis. Formålene for E-tjenestens innhenting fremgår i forslagens kap. 3. De er uttømmende opplistet. De er til dels svært vide og vage formål, herunder «ivaretagelse av prioriterte utenriks-, forsvars- og sikkerhetspolitiske interesser». Til sammen er det hele 19 formål som kan begrunne innhenting av informasjon. Etterretningstjenesten skal kunne innhente og analysere informasjon for bl.a. sørge for at innhenting ikke skjer i større grad enn nødvendig, altså som ledd i en slags egenkontroll. De skal også kunne innhente informasjon for å teste teknisk utstyr og i trenings- og øvingsaktivitet.

Det er ikke knyttet noen begrensning i formål for innhenting av informasjon over grensekryssende kabler etter kap. 7 og 8.

I Lysne II-rapporten ble det vist til en fare for formålsutglidning. Vi er enig i at det er et reelt problem. I Dommerforeningens høringsforslag til Lysne II-utvalget påpekte foreningen at forslaget begrunnet dette særlige overvåkningsregimet med cyberangrep og -kriminalitet og kampen mot terrorisme. Foreningen anbefalte derfor den gang at innhenting burde begrenses kun til disse formålene for å forhindre formålsutglidning. Dette ble ikke tatt til følge, snarere tvert imot. Alle formålene angitt i forslaget kap. 3 er langt flere enn de som har begrunnet forslaget til innhenting og lagring av data som

krysser grensen. Det burde være tilstrekkelig å begrunne denne type overvåkning med de formålene som er listet opp i § 3-1, informasjonsinnhenting om utenlandske trusler.

I saken *Rettvisa v. Sverige*, fremholdt EMD at formålene var svært vage, og at det var til sammen åtte uttalte formål som kunne begrunne innhenting. At det ble godtatt selv om noen var svært vagt formulert, handlet om at det i forarbeidene var godt nok beskrevet hva som mentes med formålene. I det norske lovutkastet er det listet opp 19 ulike formål i fem paragrafer. I høringsnotatet er disse beskrevet nærmere på sidene 97-112.

Flere av formålene er svært vidt formulert, slik at nær sagt all type informasjon kan hevdes å falle innenfor. Vi stiller [seg-oss](#) tvilende til at det kan anses som nødvendig i et demokratisk samfunn å åpne for en så vidtgående innhenting av informasjon når det gjelder privatpersoner. Vi ber om at det vurderes om alle formålene skal danne grunnlag for innhenting via kabel.

Grunnleggende menneskerettigheter

Etter lovens § 1-3 annet ledd skal domstolen føre kontroll med at virksomheten ikke innebærer en reell risiko for at ufravelige og «andre grunnleggende menneskerettigheter krenkes». Hvilke menneskerettigheter som lovforslaget her viser til, er uklart. I høringsnotatet er det først og fremst forholdet til Grunnloven § 102 og EMK art 8 som er drøftet. Disse bestemmelsene er det adgang til å gjøre unntak fra. I høringsnotatet side 36 flg. vises det nærmest til at staten har en plikt til å innhente informasjon som kan bidra til å avverge brudd på grunnleggende rettigheter, som retten til liv. Hvordan de «grunnleggende menneskerettighetene» skal utgjøre en skranke for Etterretningstjenestens virke, slik det er forutsatt i § 8-4, er uklart.

Forbud mot innhenting rettet mot personer eller virksomheter i Norge

I § 4-1 er det forbud mot innhenting og lagring «rettet mot» personer eller virksomheter i Norge. Hva som er «rettet mot», kan være en vanskelig avgrensning av forbudet i praksis.

Etter § 4-2 er det til dels kompliserte unntak som domstolen har et selvstendig ansvar for å kontrollere. Et eksempel er at søk i rådata med utgangspunkt i en personselektor som kan knyttes til en person som omfattes av § 4-1, kan gjennomføres dersom søket ikke er rettet mot denne personen og søket anses å ha eller kunne få vesentlig betydning for ivaretagelsen av Etterretningstjenestens oppgaver etter kapittel 3.

Grunnvilkåret «grunn til å undersøke»

Domstolene skal også kontrollere at grunnvilkårene etter forslaget kap. 5 er ivaretatt. Etter § 5-1 kan Etterretningstjenesten først sette i gang målsøk når det foreligger *grunn til å undersøke* om innhenting kan bidra til å frembringe informasjon som er relevant for etterretningsformål. Etter § 5-2 kan Etterretningstjenesten iverksette målrettet innhenting når *konkrete holdepunkter* tilsier at det foreligger *grunn til å undersøke* om etterretningsmålet besitter, kommuniserer eller vil motta, eller om innhenting på annen måte kan frembringe, informasjon som er relevant for etterretningsformål. Alle søk i bulkinnhentede rådata skal tilfredsstille grunnvilkårene for målsøking eller målrettet innhenting og logges for kontrollformål.

Etter straffeprosessens regler kan overvåkning av enkeltmennesker skje nå det er skjellig grunn til mistanke eller det er «grunn til å tro» at noen planlegger alvorlige straffbare handlinger. Domstolene er kjent med myndighetskontroll med hemmelige tvangsmidler under etterforskning, jf. straffeprosessloven kapittel 16a, 16b og 16d, for å avverge alvorlig kriminalitet, jf. straffeprosessloven kapittel 17b, eller i forebyggende øyemed, jf. politiloven §17d.

Om dette står det i høringsnotatet side 151:

Det er viktig å understreke at innhenting for etterretningsformål *aldri* vil være basert på *mistanke* eller lignende individualbaserte terskler for innhenting og behandling av informasjon etter analogi fra justissektoren og straffeprosessen. En slik analogi kan ikke trekkes. Etterretningstjenestens oppgave er å vurdere trender og fremtidige handlinger hos fremmede stater, organisasjoner og personer, uavhengig av om disse har gjort eller vil gjøre noe straffbart.

I høringsnotatet side 154 står det at vilkåret begrunnes med at selv om informasjonsinnhenting har et legitimt etterretningsformål og ikke anses uforholdsmessig, bør den likevel ikke tillates med mindre det foreligger *etterprøvbare* forhold for hvorfor innhenting ble gjennomført.

Videre står det:

Etterretningstjenesten skal ikke innhente informasjon basert på ren vilkårlighet eller «magefølelse». En eller annen ledetråd vil alltid måtte ligge til grunn. Dette er begrunnet både i personvern hensyn og av hensyn til forsvarlig ressursbruk. [...] En lovbestemt generell terskel for målsøking og målrettet innhenting er ment å sikre at Etterretningstjenesten ikke innhenter informasjon som tjenesten i ettertid ikke konkret kan underbygge hvorfor ble innhentet. [...] Et eksempel på vilkårlighet vil være å rette innhenting mot alle ansatte i sentralforvaltningen i en stat, ut fra en tanke om at man før eller siden vil treffe på informasjon som har etterretningsverdi. Selv om man kognitivt kan argumentere for at ansatte i sentralforvaltningen før eller siden vil besitte informasjon som kan knyttes til informasjonsbehov innenfor Etterretningstjenestens lovpålagte oppgaver, er holdepunktene for en slik bred innhenting, uten nærmere begrunnelse, for vag og avledet til at den kan aksepteres.

Departementet mener i tråd med gjeldende praksis at terskelen bør ligge noe lavere for målsøking enn for målrettet innhenting. Årsaken til at terskelen er ulik er at grunnlaget for å iverksette målrettet innhenting gjennomgående vil være noe klarere enn når informasjonsinnhenting skjer for målsøkingsformål. Man vil kun iverksette målrettet innhenting mot identifiserte mål, og det vil derfor som oftest foreligge mer opplysninger knyttet til dette målet enn ved søking etter ukjente mål. I tillegg kommer at målrettet innhenting – hvor man følger et mål over tid – gjennomgående vil være mer inngripende enn ved målsøking. Også dette tilsier at terskelen for målrettet innhenting bør være høyere. [...]

Begrepet «grunn til å undersøke» i lovutkastet § 5-1 sikter til at *målsøkingen* må bygge på enkelte ledetråder. Dette vil kunne være erfaringsbaserte hypoteser eller et holdepunkt. Eksempelvis vil kontaktlisten til en person som deltar i spredning av masseødeleggelsesvåpen være et holdepunkt for å igangsette målsøking. Med erfaringsbaserte hypoteser menes at hypotesen må kunne begrunnes med holdepunkter basert på ervervet kunnskap.

På side 156 står det om grad av sannsynlighet:

Det er vanskelig å angi konkret hvilken sannsynlighetsterskel som bør kreves, men selve ordlyden «undersøke om innhenting kan bidra» tilsier at innhenting også kan skje dersom sannsynligheten for å frembringe relevant informasjon er relativt lav, herunder i området 10-40 prosents sannsynlighet. Sannsynlighetsovervekt (mer enn 50 prosent) eller enda høyere sikkerhet for at innhenting vil gi etterretningsverdi vil under enhver omstendighet ikke kunne kreves. Eksempelvis fremstår det som klart at det vil foreligge grunn til å undersøke kontaktlistene til en kjent terrorist – altså søke å avklare hvem disse kontaktene er og om de kan knyttes til internasjonal terrorisme – selv om det er lite sannsynlig at et stort antall av kontaktene også er terrorister. Etter omstendighetene kan det faktisk at en aktør innehar en viss kapasitet være tilstrekkelig for å tilfredsstille vilkårene. Dette gjelder selv om det ikke foreligger kjente indikasjoner på trusselvilje.

Videre presiseres det at «grunn til å undersøke» ikke tilsvarer denne type formuleringer i forbindelse med etterforskning eller forebyggende saker fra PST. Det står på s 156 flg.:

Standarden er, og er ment som, en isolert etterretningsterskel for utenlandsetterretningsformål. Standarden for en utenlandsetterretningstjeneste må vurderes i lys av at ukjente trusler knyttet til fremmede stater, organisasjoner og personer ikke er mulig å avdekke uten å innhente, sammenstille og analyse små informasjonsbiter over lang tid som hver og en ikke i seg selv sannsynliggjør trusselen.

Ordlyden og forarbeidene gir ikke mange holdepunkter for å forstå hva som gjør at det er en «grunn til å undersøke». Vi mener at vilkårene «grunn til å undersøke» i §§ 5-1 og 5-2, bør operasjonaliseres på en måte som blir forståelig for dommerne og for andre som skal kontrollere. For eksempel kunne det i ordlyden eller forarbeidene stå noe om at det må foreligge konkrete holdepunkter for at man mistenker at det er eller bygges opp kapasitet til eller intensjon om (evne og vilje) f.eks. terror. For de øvrige formålene må det trolig angis andre vurderingstemaer. Det antas at disse kan være svært ulike ut fra hvilket formål man innhenter til.

En slik angivelse av vurderingstemaer vil også gjøre det enklere å forholde seg til forbudet mot diskriminering i § 9-4.

Forholdsmessighet

Det følger av § 5-4 at innhenting og utlevering av informasjon ikke skal gjennomføres dersom det vil være et uforholdsmessig inngrep overfor den enkelte. Ved vurderingen skal det tas hensyn til om mindre inngripende tiltak i tilstrekkelig grad kan ivareta formålet, inngrepets virkning for den som rammes, sakens betydning og forholdene ellers. Forholdsmessighetsprinsippet får både betydning for valg av *innhentingsmetode* og for *hvordan* informasjonsinnhenting skal gjennomføres, det vil si selve utførelsen.

Om forholdsmessigheten står det i høringsnotatet på s 152 flg.:

Forholdsmessighetsprinsippet krever at skaden eller uleiligheten forbundet med inngrepet ikke må stå i misforhold til det som søkes oppnådd. I dette ligger for det første at det må foreligge et klart *behov* for det aktuelle tiltaket, altså at tiltaket er *nødvendig*. En forutsetning for at tiltaket skal være nødvendig er at det er *egnet* til å oppnå formålet. Hva som er nødvendig, avhenger dessuten av hvilke alternative tiltak som står til rådighet. [...] Til syvende

og sist må alvorligheten i inngrepet for den enkelte også måtte avveies mot viktigheten av å frembringe informasjon som er av betydning for de samfunnsmessige verdier som norske myndigheter ved hjelp av Etterretningstjenesten har til oppgave å beskytte, i lovforslaget omtalt som «sakens betydning». I en konkret helhetsvurdering vil det også være tillatt å ta i betraktning nødvendigheten av at Etterretningstjenesten i en målsøkingfase må gå bredt ut. I disse tilfellene kan det ikke oppstilles en for høy terskel knyttet til sannsynligheten for at formålet med informasjonsinnhenting vil bli oppnådd.

Det kan synes som om forarbeidene her begrenser domstolens mulighet til å kunne foreta en selvstendig og reell vurdering av forholdsmessigheten i forhold til hva ordlyden isolert sett tilsier.

Lovgiver bør konkretisere hva som anses som forholdsmessig/uforholdsmessig. Etter vårt syn er det særlig betenkelig at det skal være anledning til å innhente metadata på inntil to ledd ut fra alle treff i de søkene som godkjennes. I følge en studie Datatilsynet viste til i forrige høringsrunde, mente de at et søk på ett telefonnummer vil kunne ramme inntil 25 000 personer. Selv om det kanskje kan reises innvendinger mot undersøkelsen, viser den i det minste at søk to ledd ut i kjeden kan komme til omfatte svært mange.

Etter vår umiddelbare vurdering vil en slik innhenting, gitt det antall personer som vil inngå i andre ledd, lett kunne bli ansett som uforholdsmessig. En begjæringen om søk vil videre måtte beskrive at det er grunn til å undersøke og vise til et behov, jf § 5-2. For disse andre leddene utover, er det ikke sikkert at begrunnelsen vil være dekkende. En slik beslutning kan dermed bli vilkårlig. Den foreslåtte regelen om at personselektorsøk maksimalt skal gå to ledd ut i personenes kommunikasjonskjede, med mindre retten i særskilte tilfeller bestemmer noe annet, fritar ikke domstolene fra å måtte foreta en nærmere vurdering av nødvendigheten og forholdsmessigheten av søk i andre ledd ut. Etterretningstjenesten må med andre ord uansett argumentere overbevisende for dette i den enkelte sak. Dersom søk i to ledd skal tillates og anses forholdsmessig, bør det konkretiseres i forarbeidene i hvilke tilfeller det kan være forholdsmessig. I høringsnotatet er dette med to ledd ut, kun begrunnet i etterretningsfaglige behov, se s 285.

Tidsbegrensning

Rettens tillatelse skal heller ikke gis for lengre tid enn nødvendig, jf § 8-6. Begjæringene må således begrunnes når det gjelder tidsrammen og retten må kunne begrense tillatelsen i tid. Tillatelsen kan ikke overstige ett år når innhenting gjelder målsøking og seks måneder når innhenting gjelder målrettet innhenting.

Ikke diskriminerende

Videre må retten påse at innhenting ikke innebærer et brudd på forslagens § 9-4. Etter denne bestemmelsen skal Etterretningstjenesten ikke behandle personopplysninger utelukkende på bakgrunn av hva som er kjent om en persons etnisitet eller nasjonale bakgrunn, politiske, religiøse eller filosofiske overbevisning, språk, politiske virksomhet, fagforeningstilhørighet eller helsemessige eller seksuelle forhold.

Vi mener det bør beskrives hvordan denne vurderingen skal gjøre opp mot «grunn til å undersøke».

Mulighet til å sette vilkår

Retten kan kunne stille vilkår for tillatelsene som gis, jf. § 8-1 annet ledd. Vi mener dette kan bli et viktig virkemiddel for å sikre forholdsmessigheten.

Oppsummering

En omfattende kontroll med lovligheten av innhenting og lagringen slik det forutsettes i forslaget, vil kreve betydelig innsikt og forståelse for virksomheten til Etterretningstjenesten, og også til ulike mulige tekniske løsninger. En liten endring i søkekriterier vil kunne få store utslag og gjøre at et søk går fra å være uforholdsmessig til forholdsmessig. Dommeren må kunne se og forstå hvilke endringer som er mulige og ønskelige.

Samlet sett vil vi peke på at det er svært mange vilkår i loven som skal vurderes ved hver eneste kjennelse. Når vilkårene hver for seg er vage og uklare, mener vi at det ikke ligger til rette for en reell kontroll.

Om behandlingen i domstolene

Begjæringene

Begjæringene må være konkrete og vise til formål og operasjonalisere «grunn til å undersøke». De må også konkret vise hvorfor det ikke er uforholdsmessig og at ikke det finnes andre mindre inngripende tiltak. Det bør vises til begrensninger: geografisk, ved datapunkter eller personer. Det må også vises til hvilke tjenester som det skal søkes på, for eksempel epost.

Rettsmøter

Etter § 8-3 kan retten beslutte muntlige forhandlinger. Rettsmøtene skal i så fall holdes for lukkede dører. Etterretningstjenesten møter ved sjefen for tjenesten eller den som sjefen bemyndiger. Skyggeadvokat som kan oppnevnes etter § 8-5 har rett til å være til stede. Rettsmøtene holdes for lukkede dører.

Den informasjonen dommeren skal ha, må fremgå av begjæringen. I tillegg vil det være viktig å ha mulighet til å stille spørsmål. Muligheten til muntlige høringer er derfor viktig.

Vi mener at det vil være nødvendig med utstrakt bruk av muntlige forhandlinger, særlig i startfasen før det foreligger rettspraksis. Det er tale om svært inngripende innhenting av informasjon som rammer potensielt svært mange personer og virksomheter. I startfasen vil det være nødvendig å stille spørsmål for å forstå hva saken gjelder.

I dommen *Rettvisa v. Sverige*, vises det til at i Sverige blir alle begjæringen behandlet i muntlige høringer. Det er en helt egen domstol som behandler disse sakene, med tre dommere som er uavhengig av staten. Det holdes hemmelige rettsmøter, men en ombudsmann kompenserer i noen grad mot mangelen på transparens.

Vi mener ikke det er behov for å opprette en egen domstol, slik de har i Sverige. Det ville stride mot vår tradisjon med dommere som er generalister, dog slik at det skjer en moderat spesialisering. På området her er det naturlig at det skjer en spesialisering, i og med at dommerne må sikkerhetsklareres.

Dette vil i så fall bli en parallell til hvordan begjæringene fra PST behandles. Det kan også være at dommerne bør ha særskilt kompetanse på persongrupper som kan bli særlig utsatt for etterretningen, eller lignende.

Kontradiksjon

Skyggeadvokater kan etter forslaget oppnevnes etter forslagets § 8-5. Vi mener det *alltid* bør oppnevnes skyggeadvokater, på linje med øvrig behandling av skjulte tvangsmidler etter straffeprosessloven og politiloven. Det er den eneste måten man kan sikre en form for kontradiksjon, som er en viktig rettsikkerhetsgaranti.

Fagkyndighet

Det er behov for omfattende fagkyndig medvirkning for å kunne foreta de vurderingen som følger av forslaget. Blant annet konkret om «innhenting kan frembringe informasjon som er relevant for etterretningsformål» jf § 5-2. Videre er det nødvendig å ha teknisk innsikt for å vurdere om det kan foretas mindre inngripende tiltak jf § 5-4. For å forstå omfanget og resultatet av søk som foreslås, må man ha fagkyndige for å opplyse saken. Dommere må ha kunnskap om søk og algoritmer for å ta stilling til konsekvensene og forholdsmessighet.

Det er foreslått at Etterretningstjenesten selv kan medbringe fagkyndige dersom dette anses nødvendig. Vi mener at det vil være behov for uavhengige fagkyndige. Det må kunne utnevnes uavhengige fagkyndige som sikkerhetsklareres for dette formål. Ikke minst på dette området er det viktig at allmennheten har tillit til at det skjer en uavhengig kontroll. Dommerne må ikke oppfattes som Etterretningstjenestens forlengede arm, eller at de er sandpåstrøere.

Tilgang til rettspraksis

I Høringsnotatet side 153 står det:

I forholdsmessighetsregelen ligger det implisitt et krav om objektivitet, likebehandling av like tilfeller, saklighet og plikt til ikke å legge vekt på utenforliggende hensyn.

Den enkelte dommer som skal avgjøre saken alene, må ha tilgang til tidligere rettspraksis, slik at det blir en enhetlig tolkning av loven. Tilgangen bør være elektronisk og søkbar.

Videre mener vi prinsipielt at avgjørelser bør gjøres offentlig tilgjengelige. Ikke mens søk foregår, men kanskje når Etterretningstjenesten uansett plikter å slette data fordi informasjonen ikke lenger er nødvendig å behandle, jf § 9-9. Avgjørelsene bør anonymiseres og sikre at ikke ansatte, kilder, stater, med videre, eksponeres. Det kan synes som om EMD forutsetter at dette bør skje, se Rettvisa v. Sverige punkt 136.

Videre bør det utarbeides statistikk over hvor mange mennesker som rammes av de enkelte søkene, slik at man får mer kunnskap om totaliteten av overvåkningen.

Ressurser

Det er i lovforslaget anslått at det blir tale om 1-2 begjæringen i uken som skal behandles av Oslo tingrett. Disse må behandles av en gruppe sikkerhetsklarerte dommere. Det er allerede i dag en gruppe med sikkerhetsklarerte dommere i tingretten som behandler begjæringer fra PST. Men med en viss økning i antall saker, må det antas at det blir et behov for å ansette 1-2 nye dommere og en sikkerhetsklarert saksbehandler.

Erfaringsvis er det få kjennelser av denne type som ankes videre til Borgarting, så behovet for økte ressurser der, er det vanskelig å uttale seg om.

Det er allerede igangsatt et arbeid for å bygge en sikkerhetssal i Oslo tingrett. Man må sikre at salen tilfredsstiller Etterretningstjenestens krav.

Annet

Det fremgår av forslaget at tjenesteyterne nå skal sørge for tilgang uten hinder av linkkryptering eller lignende kryptering. Lysne II –utvalgets forslag gjaldt kun linkkryptering. Det er usikkert hva som tillates, når det i forslaget er lagt til formuleringen «og lignende».

Videre er vi kritiske til at det er Sjef E som eventuelt skal vurdere om tjenesten skal kunne behandle fortrolig informasjon mellom for eksempel advokat og klient og journalist og kilde, jf § 9-6 annet ledd. Vi mener det bør vurderes om ikke dette er noe retten bør ta stilling til, jf tilsvarende bestemmelser i straffeprosessloven § 125 og tvisteloven § 22-11.

Det bemerkes også at domstolene etter lovforslaget kun skal gi tillatelse til søk i grenseoverskridende informasjon som sendes på kabel. Det er likevel slik at mange av de andre metodene som er beskrevet er svært inngripende, uten at det legges opp til noe tilsvarende kontrollregime som for innhenting av grenseoverskridende informasjon fra kabel. Det vises f.eks. til hjemlene for innhenting med tekniske midler i § 6-6. Når PST og det alminnelige politi tar i bruk denne type tvangsmidler, kreves det ikke bare hjemmel i lov, men at domstolene gir en tillatelse ved denne type metodebruk.

I § 1-2 tredje ledd står det at loven ikke gjelder for etterretningsvirksomhet som gjennomføres av Etterretningstjenesten som ledd i en internasjonal operasjon med folkerettslig mandat dersom etterretningsvirksomheten skjer for operasjonens formål, og innhentet informasjon kun behandles av Etterretningstjenesten for formål som kan henføres til den internasjonale operasjonen. Begrunnelsen på s. 72–73 i høringsnotatet er at etterretningsvirksomheten da utøves direkte med hjemmel i det internasjonale mandatet for operasjonen og utelukkende for dennes formål. På s. 71 synes det også forutsatt at etterretningsvirksomheten da er kommandooverført til en annen stat eller internasjonal organisasjon. Det er vanskelig å se at disse forholdene tilsier et helt generelt unntak fra loven. Det er mulig at en del bestemmelser passer dårlig i slike operasjoner, f.eks. fordi de dublerer tilsvarende normer som er gitt spesielt for operasjonen. Det er antakeligvis ikke tilsiktet at virksomheten skal skje et helt uhindret av alle bestemmelser i loven, slik at heller ikke mer grunnleggende prinsipper kommer til anvendelse. Man kan også reise spørsmål om hva konsekvensene av at loven ikke gjelder, er for lovens bestemmelser om annen norsk lovgivning ikke gjelder for Etterretningstjenesten. Det har neppe vært meningen at de da «vekkes til live», men slik kan lovforslaget på dette punkt tolkes. Lovens anvendelse på internasjonale operasjoner under folkerettslig mandat bør altså overveies nærmere.

Konklusjon

Vi mener det kan reises spørsmål om lovforslaget, slik det er utformet per i dag, tilfredsstiller de skranker EMD har satt. Dette gjelder særlig fordi de mange og vage vilkårene som domstolen skal vurdere, kan føre til at en effektiv kontroll ikke lar seg realisere.

Dersom departementet ønsker å fremme forslaget til Stortinget, anmoder vi om at vilkårene forenkles og presiseres så langt råd er, eventuelt ved bruk av spesialmotiver til de enkelte bestemmelse

Vi har ikke hatt tid og anledning til å sette seg inn i forslagens øvrige garantier mot misbruk, kontrollfunksjoner som EOS-utvalget skal ivareta. Det synes imidlertid som om denne kontrollen blir svært ressurskrevende om den skal være reell. Det er derfor viktig at de nødvendige ressurser stilles til rådighet.