



RIKSADVOKATEN

Det Kongelige Forsvarsdepartement
Postboks 8126 Dep
0032 OSLO

DERES REF.:
20162773

VÅR REF.:
2018/01611-002 SWO008
601

DATO:
12.02.2019

FORSLAG TIL NY LOV OM ETTERRETNINGSTJENESTEN - HØRING

Det vises til Forsvarsdepartementets høringsbrev 12. november 2018 om forslag til ny lov om Etterretningstjenesten.

Etterretningstjenesten utfører utvilsomt en viktig funksjon i vårt moderne demokrati og er en sentral bidragsyter ved ivaretagelse av nasjonale interesser. I likhet med Forsvarsdepartementet ser riksadvokaten det som viktig at Etterretningstjenestens informasjonsinnhentingsevne har en trygg, rettslig forankring.

Generelle merknader og lovtekniske problemstillinger

Forsvarsdepartementet skriver i høringsbrevet at lovforslaget i stor grad kodifiserer gjeldende regelverk og praksis. Riksadvokaten har, i likhet med de fleste andre høringsinstanser, i mindre grad kunnskap om instruks, retningslinjer og praksis på Etterretningstjenestens område. En er derfor i stor grad avhengig av hva som presenteres i høringsnotatet og det er på flere felter begrenset til en meget kortfattet fremstilling. På en rekke områder er det behov for grundigere beskrivelser for fullt ut å kunne vurdere de behov som påberopes og den rettslige tilnærmingen som er valgt.

På flere av de rettsområdene som er omfattet av lovforslaget, finnes det allerede lovgivning. Dette gjelder f.eks. straffebestemmelser som rammer brudd på taushetsplikt av ulik alvorlighetsgrad, jf. straffeloven §§ 209, 210 og 123. Etter riksadvokatens vurdering bør det ikke etableres særregulering hvor man allerede har alminnelige bestemmelser som dekker de påviselige behovene. Det fremstår også som unødvendig at det utkastet i § 8-1 annet og tredje ledd fremgår at kjennelse om tillatelse til tilrettelagt innhenting både skal begrunnes og treffes så raskt som mulig. Dette følger allerede i dag av gjeldende lovgivning og praksis.

I den grad man ønsker andre, eller strengere eller mer vidtrekkende bestemmelser, bør dette begrunnes i spesielle behov og hensyn som ikke ivaretas i gjeldende lovgivning. Svært vidtgående forslag betinger sterke begrunnelser, underbygget med konkrete eksempler som synliggjør behovet og hvorfor gjeldende lovgivning ikke er tilstrekkelig. Det er et vesentlig trekk

ved rettsstaten at grunnleggende interesser må balanseres. For vidtgående kontrollregimer vil før eller siden utfordre det alminnelige publikums tillit til kontrollørene og det system de representerer. Avveiningene må nødvendigvis ta utgangspunkt i den konkrete trussel, basert på en forstandig og nøktern vurdering av tilgjengelig informasjon.

Selv om høringsnotatet er omfattende, gir vag begrepsbruk, uklare begrunnelser og fravær av spesialmotiver, stor usikkerhet knyttet til hvem som faktisk berøres, og hva slags opplysninger som vil bli innhentet. Kravet til klarhet gjør seg sterkt gjeldende i en lov om Etterretningstjenesten fordi praktiseringen av loven i stor grad vil være hemmelig. Slik mange deler av lovforslaget er utformet, mener riksadvokaten at ordinære krav til klarhet og forutberegnelighet ikke kan sies å være oppfylt.

En vil videre herfra understreke viktigheten av at man ikke rokker ved den etablerte rollefordelingen mellom politiet og forsvaret. Etterretningstjenesten er en virksomhet som skal ha en innretning mot eksterne trusler, mens det er en politioppgave å etterforske ulovlig etterretningsvirksomhet og annen kriminalitet på norsk territorium – noe som nødvendigvis vil ha implikasjoner for hvilke objekter hhv. politiet og Etterretningstjenesten skal, og kan, rette sin virksomhet mot. Prinsippet er nedfelt i lovforslagets § 4-4 første ledd, men, dette viktige, prinsipielle skillet fremstår ikke like klart i alle av lovforslagets bestemmelser, jf. nedenfor.

I høringsnotatet pkt. 5.3.1 siste avsnitt heter det at "*norsk territorium*", i tråd med gjeldende lov, skal tolkes til å omfatte Svalbard, Jan Mayen og bilandene. En finner grunn til å påpeke at polarområdene er en del av norsk territorium, formuleringen er egnet til å misforstås, og det bør fremgå klart at "*norsk territorium*" omfatter fastlandet, Svalbard, Jan Mayen og bilandene.

Etter riksadvokatens vurdering har lovforslaget et betydelig lovteknisk forbedringspotensial. Ettersom en lovteknisk gjennomgang utvilsomt kan resultere i større omarbeidelser av lovutkastet, bør det i så fall vurderes om hele eller deler bør forelegges høringsinstansene på nytt.

Klare lovbestemmelser er viktig både av hensyn til gode, rettslige rammer for Etterretningstjenesten, for den konkrete tjenesteutøvelsen og for etterfølgende kontroll, enten av EOS-utvalget eller fra domstolens side. Særmotivene for de enkelte lovbestemmelsene vil i denne sammenheng være sentralt. Det vil også være av betydning for forståelsen av grenseflatene mot samarbeidende virksomheter, i særlig grad Politiets sikkerhetstjeneste, og av stor betydning for den etterfølgende kontroll som skal utøves av EOS-utvalget. Til tross for et relativt omfattende høringsnotat, registrerer en at tradisjonelle særmotiver i stor grad er fraværende. Til dels detaljerte og kompliserte lovbestemmelser uten gode særmotiver åpner lett for betydelig tolkingstvil om innholdet og rekkevidden av de enkelte bestemmelsene. Dette bør unngås ved at lovforarbeidene utformes slik at mulighetene for tolkningstvil reduseres mest mulig. Høringsinstituttet har som kjent, en viktig funksjon i lovarbeid. Det kan derfor heller ikke være slik at særmotiver skal utarbeides etter gjennomført høring og derved være unndratt høringsinstansenes kommentarer.

I omtalen av utkastets forslag til straffrihet (utkastet § 12-2) og høringsnotatet pkt. 15.2 fremgår det at formålet med bestemmelsen er å minne om at straffebud tidvis må tolkes innskrenkende. Det er grunn til å minne om at det følger av alminnelig, juridisk metodelære at straffebestemmelser må tolkes i lys av andre lovbestemmelser. Rettsstridsreservasjonen følger av alminnelige rettskildeprinsipper, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) om ny straffelov pkt. 9.1. Det vises også til proposisjonens pkt. 14.3.5.3 om hvorfor den alminnelige rettsstridsreservasjonen ikke egner seg for lovregulering.

Etter riksadvokatens vurdering er det ikke nødvendig å minne rettsanvendere om å benytte grunnleggende tolkingsprinsipper, og generelt vil det representere en lite ønsket utvikling om det

skal inntas denne type bestemmelser i den enkelte lov. Dersom hensynet om å minne om alminnelig, juridisk metodelære har vært dominerende for utviklingen av utkastet § 12-2, bør en sterkt vurdere å ta dette ut. Riksadvokaten vil under merknadene til de enkelte lovbestemmelsene kommentere andre sider ved denne bestemmelsen.

Lovforslaget inneholder formålsangivelser som til dels dreier seg om det samme. I § 1-1 behandles lovens formål beskrevet i tre bokstavpunkter. Bokstav a inneholder en beskrivelse som er en mer treffende beskrivelse av Etterretningstjenestens formål enn fragmentene som fremkommer av § 2-1 og kapittel 3.

Etter riksadvokatens vurdering vil en mer formålstjenlig tilnærming være at reguleringen av Etterretningstjenestens formål og oppgaver samles i ett kapittel – hvilket også vil bidra til bedre oversikt og til logisk sammenheng.

Lovforslagets § 1-1 bokstav b og c har formålsbeskrivelser som kun dreier seg om lovens formål. Alle lover har et formål, men dette fremkommer som oftest i lovens forarbeider og ikke i lovbestemmelsene. Det vises i den forbindelse til f.eks. lov om politiet. Å innta målformuleringer for loven som sådan, uten at dette strengt tatt er nødvendig, bidrar til at loven blir mer omfangsrik enn nødvendig, uten at dette nødvendigvis verken påvirker tjenesteutøvelsen i Etterretningstjenesten eller er påkrevet for forståelsen av andre bestemmelser.

Hensikten med en egen lovbestemmelse som inneholder definisjoner, vil normalt være at definisjonene samles ett sted for å øke oversiktligheten. En registrerer at det i lovforslaget både er inntatt en egen bestemmelse som inneholder definisjoner (§ 1-4), samtidig som flere andre bestemmelser inneholder ytterligere definisjoner. Det vises f.eks. til §§ 6-3 siste ledd, 6-4 siste ledd, 6-5 siste ledd, 6-6 andre til fjerde ledd, 6-7 annet ledd, 6-8 annet ledd og 7-9 annet ledd. Det burde vært en mer enhetlig tilnærming til hvordan man inntar definisjoner i lovteksten.

Flere sentrale begreper i lovutkastet, f.eks. "infiltrasjon" og "provokasjon", er ikke definert. Dette gjør det vanskelig å bedømme om det innholdsmessig sammenfaller med måten begrepene brukes i politiet.

Kommentarer til enkelte bestemmelser i lovutkastet

Lovens formål – utkastet § 1-1

Det vises til kommentarer ovenfor under generelle merknader og lovtekniske problemstillinger. Som tidligere sagt, er en spørrende til behovet for en egen bestemmelse som angir lovens formål. Dersom dette ikke er begrunnet i andre hensyn enn å være veiledning til lovtolkningen, burde det være tilstrekkelig med en formålsbeskrivelse i forarbeidene.

Lovens virkeområde – utkastet § 1-2

I utkastet § 1-2 siste ledd heter det at "[l]oven gjelder i fred, krise og væpnet konflikt". Det er vanskelig å se under hvilke samfunnssituasjoner loven ikke gjelder. Vedtatte lover gjelder, med enkelte spesielle unntak, vanligvis alltid. En formulering som den refererte, har en følgelig vanskelig for å se behovet for.

Definisjoner – utkastet § 1-4

Det vises generelt til merknader innledningsvis om bruken av definisjoner.

En har for øvrig merket seg formuleringen "*En organisasjon eller et miljø kan fungere som kilde inntil relevante enkeltpersoner innenfor organisasjonen eller miljøet er identifisert*". Tidligere i samme definisjonspunkt er "*kilde*" beskrevet som "*person som kultiveres ...*". Etter tradisjonell

forståelse er en organisasjon eller et miljø dannet av et antall enkeltpersoner. På denne bakgrunn fremstår formuleringen i definisjonen svært uklar hva meningsinnholdet angår.

Etterretningstjenestens sektorovergripende samfunnsoppdrag – utkastet § 2-1

I § 2-1 heter det at Etterretningstjenesten har et sektorovergripende samfunnsoppdrag uten at det fremstår spesielt klart hva dette konkret innebærer. Når dette ses i sammenheng med andre bestemmelser i lovforslaget som heller ikke uttrykker en klar rolleforståelse mot andre myndigheter, er dette egnet til å skape uklarhet om hvor grensene for Etterretningstjenestens faktiske ansvars- og myndighetsområde går. Dette bør presises slik at grenseflatene mot andre myndigheter som også har funksjoner innen stats- og samfunnsikkerhetsarbeidet, er klare. Som nevnt innledningsvis, er det meget viktig ikke å rokke ved det grunnleggende prinsippet for ansvars- og kompetansedelingen mellom politiet og forsvaret.

Etterretningstjenestens oppgaver – utkastet § 3-1

Som nevnt over, bør bokstavn punkt a i utkastet § 1-1 flyttes til § 3-1 og bli nytt første ledd og danne en overbygging for det som for øvrig er foreslått som § 3-1.

Territoriell begrensning – utkastet kapittel 4

I gjeldende lov § 4 reguleres hvem Etterretningstjenesten kan innrette sine aktiviteter mot: "*Etterretningstjenesten skal ikke på norsk territorium overvåke eller på annen fordekt måte innhente informasjon om norske fysiske eller juridiske personer*". Dette er foreslått erstattet med utkastet §§ 4-1 og 4-2.

Slik riksadvokaten leser utkastet § 4-1 er innholdet i utgangspunktet i stor grad sammenfallende med någjeldende lov § 4 hva angår realitetene. Unntakene etter utkastet § 4-2 er imidlertid formulert slik at de favner vidt og det er vanskelig å se hvor grensene faktisk trekkes. Dette fremkommer i særlig grad av utkastet § 4-2 annet til femte ledd hvor det i praksis er små begrensninger. Eksempelvis vil utkastet § 4-2 femte ledd åpne for generell adgang til å rette aktivitetene mot fysiske eller juridiske personer i Norge når dette begrunnes med et strengt behov for å kunne teste utstyr, trene og øve i vårt land. I utkastet § 4-2 sjette ledd fastslås, nærmest i form av en slags definisjon at "[i]nnhenting av rådata i bulk ikke er å anse som rettet mot personer eller virksomheter i Norge omfattet av § 4-1, selv om rådata kan inneholde informasjon om personer som oppholder seg eller virksomhet som utøves i Norge". Slettingsreglene i utkastet § 9-9 annet fastsetter at "[r]ådata i bulk skal slettes senest 15 år fra lagringstidspunktet, med mindre vesentlige hensyn tilsier at sletting utsettes".

Dette vil i praksis kunne åpne for innhenting av informasjon om personer og virksomheter i langt større omfang enn hva en er kjent med foregår i dag. Slik informasjonsinnhenting vil, til forskjell fra hva som er tilfellet for Politiets sikkerhetstjeneste, ikke være undergitt domstolskontroll. Videre vil informasjonshenting kunne lagres i inntil 15 år med muligheter for ytterligere forlengelse dersom dette beslutes av Sjef Etterretningstjenesten eller den han/hun bemyndiger, jf. utkastet § 9-9 annet ledd.

Slik unntaksbestemmelsene er formulert, er det vanskelig å se hvor Etterretningstjenestens handlingsrom faktisk slutter. Dette representerer fare for "overlapping" med informasjonsinnhenting som skjer i regi av Politiets sikkerhetstjeneste, noe som kan gi seg utslag i at både Etterretningstjenesten og Politiets sikkerhetstjeneste arbeider mot ett objekt samtidig med de utfordringene dette vil utgjøre. På den annen side kan uklarhet også medføre at begge tjenester "glipper" når det gjelder andre objekt. Uklarhet vil også ha en side til den etterfølgende kontroll som skal skje i regi av EOS-utvalget.

Rettslig sett er ulovlig etterretning, terrorisme mv. ulike former alvorlig kriminalitet omhandlet i straffeloven. Riksadvokaten finner grunn til å understreke at aktiviteter rettet mot personer og

virksomheter i Norge for kriminelle handlinger, eller mistanke om slike, er en politioppgave, enten det gjelder forebygging eller etterforskning. Utkastet bør etter riksadvokatens syn endres slik at det både er klarere mht. hvem Etterretningstjenesten kan rette sine aktiviteter mot, med hvilket formål og slik at forskjellen til politiets oppgaver fremstår tydeligere.

Metodebruk for innhenting av informasjon som medfører inngrep overfor den enkelte – utkastet kapittel 6

Kapitlet inneholder ulike bestemmelser om tekniske metoder for innhenting av informasjon som innebærer inngrep overfor personer eller virksomheter. En finner igjen grunn til å understreke at utgangspunktet er at metodebruk rettet mot fysiske eller juridiske personer i Norge er en politioppgave. Behovet for hjemler for Etterretningstjenesten til metodebruk mot fysiske og juridiske personer i Norge kan derfor diskuteres. I den grad slike aktiviteter skjer på territorium undergitt annen stats jurisdiksjon, vil en lovfesting i Norge uansett ikke ha noen betydning.

Generelt bemerkes at flere av metodene som er beskrevet i kapittel 6, i sitt innhold likner meget på tvangsmidler som kan brukes av politiet, men da underlagt domstolskontroll. Begrunnelsen for domstolskontrollen er blant annet metodenes inngripende karakter. Beslutningskompetansen etter utkastets § 6-10 første ledd er lagt til Sjef Etterretningstjenesten eller den han eller hun bemyndiger. Dette innebærer i praksis at beslutningskompetansen er lavere når Etterretningstjenesten iverksetter, enn når politiet gjør det. Dette gir grunnlag for atskillig refleksjon, særlig når inngrepets karakter ikke er vesensforskjellig.

Særregler om tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon – utkastet kapittel 7.

Selv om Etterretningstjenestens virksomhet er rettet mot utenlandske trusler, vil tiltak i praksis omfatte de fleste norske brukere av telefoni og internett. Dette henger sammen med at norsk teletrafikk går ut og inn av landet gjennom kabler som krysser landegrensen, selv om kommunikasjonen er mellom personer som begge oppholder seg i Norge.

Riksadvokaten avga 13. januar 2017 høringsuttalelse til Forsvarsdepartementet om rapport av Lysne II-utvalget om digitalt grenseforsvar, og en viser til dette for så vidt gjelder de betenkeligheter et slikt forslag fortsatt reiser.

Straffeloven § 196 (avvergeplikten) – utkastet § 7-12 annet ledd

I henhold til straffeloven § 196 er enhver forpliktet til å "*avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da det fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått*". Straffebudet retter seg mot å unnlate, gjennom anmeldelse eller på annen måte, å søke å hindre enkelte alvorlige straffbare handlinger eller følgene av disse. Avvergeplikten etter § 196 omfatter, foruten straffbare handlinger som nevnt i straffeloven kapitlene 17 og 18, drap, voldtekt og voldtekt av barn under 14 år. Dette er sakstyper som er av de høyest prioriterte fra regjering og Storting.

Etter riksadvokatens vurdering er det meget problematisk om Etterretningstjenestens personell og operative kilder skal fritas fra den alminnelige avvergeplikten. Slik målet for Etterretningstjenestens virksomhet er beskrevet i utkastet § 3-1, dreier det seg ikke bare om statssikkerheten, men også om samfunnssikkerheten i Norge. Dette er ikke en oppgave som er forbeholdt Etterretningstjenesten alene, men også politiet med sine fullmakter til inngrep, står sentralt. Staten har et ansvar for at ulike myndighetsorganer samhandler best mulig for å ivareta stats- og samfunnssikkerheten. Dette legger man ikke til rette for ved et forslag som i utkastet § 7-12 annet ledd. Etter riksadvokatens syn bør avvergeplikten fortsatt gjelde for Etterretningstjenestens personell og operative kilder. Det bemerkes imidlertid at hvorvidt avvergeplikten er overholdt eller ikke, beror på en konkret vurdering i den enkelte sak.

Straffeloven § 226 omhandler plikten til å opplyse om uriktig tiltale eller domfellelse. Det er en sentral forpliktelse i en rettsstat at justismord skal unngås. Noe annet er både en alvorlig krenkelse av rettssikkerheten og menneskerettighetene til den som rammes, men vil også representere en generell, og alvorlig, svekkelse av rettssystemet og tilliten til det. Etter riksadvokatens syn bør ikke Etterretningstjenestens personell og kilder unntas fra pliktene etter straffeloven § 226.

Straffeloven § 287 retter seg mot forsømmelse av hjelpeplikt. Det bør avklares nærmere om forholdet mellom denne bestemmelsen og utkastet til lov om Etterretningstjenesten.

Forbud mot at informasjon fremskaffet gjennom innhenting av grenseoverskridende kommunikasjonskontroll, kan brukes som grunnlag for ileggelse av straff eller andre strafferettslige sanksjoner - utkastet § 7-3

Staten har som sin viktigste oppgave å beskytte norske borgere mot alvorlige krenkelser, uavhengig om det dreier seg om en trussel innenfra eller utenfra. Dette ansvaret utøves av ulike statlige myndigheter, og det påhviler Staten et ansvar for å legge til rette for at disse kan samhandle til samfunnets og borgernes beste.

Det er sannsynlig at Etterretningstjenesten gjennom tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon vil komme over opplysninger om alvorlige, fremtidige hendelser som det ikke lykkes å forhindre. En oppfølging etter at hendelsen har skjedd, vil måtte skje gjennom etterforskning og straffesak. Om rettssystemet ikke skal kunne bruke opplysninger som finnes, i en etterfølgende straffesak dersom dette er helt vesentlig for opplysning av saken, er et krevende spørsmål. De handlinger det dreier seg om vil rettslig sett være å anse som alvorlig kriminalitet, og et forbud som nedfelt i utkastet § 7-3 vil rokke ved både muligheten for å trekke til ansvar de som står bak handlingene, for å sette dem ut av stand til å gjennomføre alvorlig kriminalitet, og på mulighetene til å forebygge alvorlig, fremtidig kriminalitet.

Etter riksadvokatens syn tyder mye på at loven ikke bør inneholde et forbud mot at overskuddsinformasjon om begått eller pågående kriminalitet mot en persons liv, helse eller frihet, eller forberedelse av slik kriminalitet, kan deles med politi og påtalemyndighet, som kan iverksette avvergende etterforskning. Forbud mot å bruke mottatt informasjon som bevis i straffesak, har en klar side til kriminalitetsbekjempelsen. Dersom politi og påtalemyndighet ikke kan få kjente lovbrudd oppklart og irtteført, vil dette kunne ha en negativ innvirkning på straffens allmennpreventive virkning og redusere tilliten til rettssystemet. Det vil også kunne skade tilliten til Politiets sikkerhetstjeneste og det øvrige politiet, dersom de blir sittende med bevis for straffbare handlinger uten å kunne påtale disse. På den annen side blir inngrepet – det å fremskaffe slik informasjon – mer inngripende og alvorlig om opplysningene kan deles utover avvergesituasjonen. En mulighet er å tillegge en slik avgjørelse til domstolene med noen kriterier for avveining av hensyn som trekker i ulike retninger.

Riksadvokatens syn er at informasjon fremskaffet gjennom innhenting av grenseoverskridende kommunikasjonskontroll og som formidles til Politiets sikkerhetstjeneste, eller til det ordinære politiet dersom overskuddsinformasjon tillates delt, ved behov og ved relevans, i det minste må kunne brukes som inngangsupplysning for iverksettelse av etterforskning og annen metodebruk. For ordens skyld nevnes at er også et grunnleggende prinsipp om fri bevisbedømmelse i straffeprosessen, noe som blant annet innebærer at påtalemyndigheten står fritt til å legge fram informasjon den besitter, som bevis. Dersom dette skal fravikes, må det kunne begrunnes i svært tungtveiende hensyn.

Informasjonsutveksling – utkastet § 10-2

Utkastet § 10-2 fastsetter at lovbestemt taushetsplikt ikke er til hinder for at andre, norske myndigheter utleverer informasjon til Etterretningstjenesten dersom det er nødvendig for forebygging, og sikkerhetsmessige formål innenfor rammen av tjenestens oppgaver.

En lov som gjelder Etterretningstjenesten og for personell og enheter som er under kommando eller instruksjon av sjef Etterretningstjenesten, jf. utkastet § 1-2 første og annet ledd, kan ikke ha en bestemmelse som generelt opphever lovpålagt taushetsplikt for andre virksomheter, eller for personell tilknyttet disse. Slik sett vil utkastet § 10-2 mer være veiledende ved skjønnsutøvelsen om betydningen av Etterretningstjenestens sentrale rolle i stats- og samfunnssikkerhetsarbeidet når det skal vurderes om reglene om egen taushetsplikt åpner for formidling av informasjon til tjenesten. På denne bakgrunn er riksadvokaten spørrende til behovet for denne lovbestemmelsen.

Utkastet § 10-2 er ikke utformet som en plikt ("skal-regel") og vil være unødvendig, idet andre myndigheter på vanlig måte, og på selvstendig grunnlag må vurdere sin taushetsplikt.

Straffrihet for lovlige tjeneste- eller oppdragshandlinger – utkastet § 12-2

Det vises innledningsvis til tidligere omtale av lovtekniske utfordringer knyttet til utkastet § 12-2.

Utkastet innebærer etter sin ordlyd en generell og ubegrenset straffrihet for handlinger foretatt ved lovlige tjeneste- og oppdragshandlinger. I høringsnotatet er det eksemplifisert med utførelse av udeklart, større kontantbeløp. Etter ordlyden i utkastet vil imidlertid alle typer lovbrudd, endog drap, kunne falle innenfor straffriheten.

Etter riksadvokatens vurdering bør det ikke inntas en bestemmelse om lovlige tjenestehandlinger slik som foreslått i § 12-2. For det første vil en lovlig tjenestehandling normalt ikke bli vurdert som et straffbart forhold så lenge en befinner seg innenfor norsk jurisdiksjon. Dette følger av den alminnelige lære om rettsstridsreservasjon. For det annet vil eventuelle forhold begått på område underlagt annen stats jurisdiksjon vurderes etter denne statens lovgivning. I sistnevnte tilfelle vil en eventuell norsk lovfesting være uten betydning.

Enkelte handlinger vil også, etter en konkret vurdering, kunne vurderes som straffrie etter de alminnelige reglene om nødrett.

Når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse som ulovfestet straffrihetsgrunn, vises det til Ot.ptp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 9.2.4, der det legges til grunn at det ikke er grunnlag for å operere med en generell straffrihetsgrunn for offentlig myndighetsutøvelse utover de tilfellene der en offentlig myndighet har særskilt hjemmel for å gjennomføre handlinger som ellers ville vært straffbare.

På generelt grunnlag bemerkes at en generell bestemmelse om straffrihet, etter de linjer som utkastet § 12-2 legger opp til, vil være en nydannelse i norsk rett. Det er bare på enkelte områder en har uttrykkelige bestemmelser om straffrihet, jf. Grunnloven §§ 5 og 66. Etter riksadvokatens syn er det verken naturlig eller riktig å fastsette en lovbestemmelse som gir personell i, eller kilder for, Etterretningstjenesten samme rettslige status.

Strafflegging av brudd på lov om Etterretningstjenesten - utkastet § 12-1

Som påpekt innledningsvis under generelle merknader, mener riksadvokaten at det ikke bør etableres særlovgivning hvor en allerede har alminnelige bestemmelser som dekker det påviselige behovet. Dette gjør seg gjeldende for utkastet § 12-1.

Gjerningsinnholdet og strafferammen i utkastet § 12-1 første ledd samsvar med hva som allerede følger av straffeloven § 209. Første ledd vil derfor ikke ha noen selvstendig betydning ut over å være et rettslig fundament for lovforslagets annet ledd om grovt brudd på taushetsplikt.

Strafferammen for grovt brudd på taushetsplikt i utkastets annet ledd er fengsel inntil 6 år. Dette er betydelig strengere enn straffeloven § 210 hvor strafferammen er fengsel inntil 3 år. Det fremgår at vurderingstemaene i utkastets annet ledd er graden av skyld og om bruddet har skadet Etterretningstjenestens virksomhet, eller lett kunne ha ført til slik skade.

Riksadvokaten ser at Etterretningstjenestens sensitive karakter kan begrunne en høyere strafferamme for grovt brudd på taushetsplikt. På den annen side vil grovt brudd på taushetsplikt på dette området lett kunne rammes av straffeloven §§ 123 og 124. En er derfor spørrende til behovet for utkastet § 12-1 annet ledd.

Endring av straffeloven § 123 – offentliggjøring av identiteten til operativt personell og operative kilder

Forslaget er utformet slik at det fastslås at den "*som offentliggjør en slik opplysning om identiteten til operativt personell i eller operative kilder for Etterretningstjenesten eller Politiets sikkerhetstjeneste, anses ikke å ha en aktverdig grunn*".

Etter riksadvokatens vurdering kan en ikke utelukke at slik offentliggjøring etter omstendighetene kan være vernet av ytringsfriheten etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Dersom en offentliggjøring kan være vernet av ytringsfriheten, er det misvisende når ordlyden i forslaget gir uttrykk for at den som offentliggjør ikke skal anses å ha en aktverdig grunn. Disse tilfellene vil også skille seg en del fra avsløringer til fremmed stat eller terrororganisasjon.

Skjulte tvangsmidler ved etterforskning av grove brudd på taushetsplikt

Det er foreslått at straffeprosessloven §§ 202a annet ledd bokstav b (skjult kameraovervåking på privat sted), 202c første ledd (teknisk sporing), 216a første ledd bokstav b (kommunikasjonsavlytting) og 216o første ledd bokstav b (dataavlesning) endres slik at de nevnte metodene også gis anvendelse ved etterforskning av grove brudd på taushetsplikt etter utkastets § 12-2 annet ledd.

Riksadvokaten vil understreke at etterforskning av mulige straffbare forhold utvilsomt er en politioppgave og klart utenfor Etterretningstjenestens ansvarsområde. Videre vises det til innledende merknader om behovet for sterke begrunnelser, gjerne underbygget med konkrete eksempler som viser behov og hvorfor gjeldende lovgivning ikke er tilstrekkelig.

Riksadvokaten er ikke kjent med at etterforskningsmyndigheten (politiet) har gitt uttrykk for behov for de metodene som foreslås av Forsvarsdepartementet. Man er heller ikke kjent med synspunkter i retning av at eksisterende, lovfestede metoder ikke er tilstrekkelig. I mangel av uttalt behov, finner ikke riksadvokaten grunnlag for å støtte nevnte forslag til endringer i de fire nevnte bestemmelsene i straffeprosessloven.

I den grad metodene er begrunnet ut fra Etterretningstjenestens egen sikkerhet, kontroll av egne

lokaler e.l., bør lovfestingen skje i annet lovverk enn i straffeprosessloven som gjelder for behandlingen av straffesaker hvor Etterretningstjenesten ikke har noen formell rolle.

Tor-Aksel Busch
(sign)

Svein Wiiger Olsen
kst. statsadvokat
(sign)

Vedlegg: Riksadvokatens høringsuttalelse 13. januar 2017 til rapport avgitt av Lysne II-utvalget om digitalt grenseforsvar