

Grunnloven, overvåking og domstolenes rolle

Advokatforeningens menneskerettsdag, 21. april 2017

– ”The right to be left alone is indeed the beginning of all freedom.”

William O. Douglas

1. Tema

Mitt innlegg gjelder Grunnlovens rammer for overvåking. Uttrykket ”overvåking” bruker jeg i vid forstand.

Jeg tenker blant annet på skjult innhenting av informasjon om privatpersoner og institusjoner for å *avverge* eller *forebygge* straffbare forhold.² Aktuelle metoder er hemmelig ransaking, skjult kameraovervåking på offentlig sted, bruk av teknisk peileutstyr, hemmelig beslag, hemmelig utleveringspålegg, kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing.³

Videre tenker jeg på overvåking i *etterretningsøyemed*, blant annet ved et slikt *digitalt grenseforsvar* som er foreslått av Lysne II-utvalget.⁴ Forslaget går ut på at all elektronisk trafikk gjennom kabler til og fra Norge lagres midlertidig i et *kortidslager*. Fra dette filtreres ut såkalt *metadata*, som lagres for en lenger periode. E-tjenesten får tilgang til metadatalageret, som vil inneholde informasjon om hvem som kommuniserer, via hvilke kanaler og når.

¹ Takk til Pernille Birkelund, som er utreder i Høyesterett, for bistand.

² Se straffeprosessloven § 222 d og politiloven § 17 d. Bakgrunnen for dagens regler fremgår av Prp. 68 L (2015–2016) kapittel 13.

³ Med dataavlesing menes avlesing av opplysninger i et ikke offentlig tilgjengelig informasjonssystem ved hjelp av programmer eller annet utstyr, se oversikten i Prp. 68 L (2015–2016) side 224. Se også Årsmelding Nasjonal institusjon for menneskerettigheter (2016–2017) side 50–54.

⁴ Digitalt grenseforsvar (DGF). Utredning fra Lysne II-utvalget, avgitt til Forsvarsdepartementet 26. august 2016.

På nærmere vilkår, etter samtykke fra en domstol, skal det kunne besluttes videre lagring av spesifiserte *innholdsdata* som E-tjenesten gis tilgang til.

En utfordring ved det digitale grenseforsvaret er at det av tekniske grunner vil fange opp størstedelen av den digitale kommunikasjonen som foregår i Norge. Både korttidslageret og metadatalageret er dessuten generelt innrettet. Metadatalageret vil inneholde informasjon som i meget stor grad er egnet til å kartlegge enkeltpersoners og organisasjoners kommunikasjon og bevegelser, forbindelser, preferanser, vaner og en rekke andre forhold.

Jeg holder utenfor hemmelige metoder i *etterforskningsammenheng*. Og jeg holder utenfor spørsmålet om, og hvor langt, staten er *forpliktet til å hindre* at andre, stater, kommersielle aktører eller private, skaffer seg tilgang til, lagrer og bruker, informasjon.

Kjernen i grunnlovsvernet på dette området ligger i Grunnloven § 102. Jeg skal, i lys av den tiden jeg har til rådighet, konsentrere meg om denne. Innlegget mitt vil ha tre hovedpunkter: Det første er Grunnlovens vern av *privat- og familielivet, hjemmet og kommunikasjonen* i Grunnloven § 102 første ledd, herunder *personopplysningsvernet* (punkt 2). Det andre er den særlige regelen i Grunnloven § 102 andre ledd om *husransaker* (punkt 3). Det tredje er spørsmålet om *domstolenes rolle* på dette området (punkt 4).

Før jeg går videre, vil jeg peke på at også enkelte andre grunnlovsbestemmelser etter forholdene vil komme inn. Grunnloven § 2 andre punktum slår fast at Grunnloven skal fremme ”demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene”. Bestemmelsen angir et grunnleggende verdivalg for vårt styresett og er forutsatt å ha stor betydning for tolkingen og anvendelsen av Grunnlovens øvrige bestemmelser.⁵

⁵ Dok. 16 (2011–2012) s. 51.

Jeg nevner videre § 16 om religionsfrihet, § 100 om ytrings- og informasjonsfrihet (herunder kildevernet), § 101 om forsamlings- og foreningsfrihet, og det alminnelige diskrimineringsforbudet i Grunnloven § 98. Diskriminering foreligger ikke bare når like tilfeller behandles ulikt. Også lik behandling av ulike tilfeller kan være i problematisk. Dette har en side mot generelle, ikke målrettede, overvåkings- eller etterretningstiltak.

Og så har vi naturligvis legalitetsprinsippet, slik det nå kommer til uttrykk i Grunnloven § 113, som innebærer at alle myndighetsinngrep ”overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”. Dette omfatter naturligvis alle former for tyngende vedtak, altså avgjørelser som innebærer pålegg om at noen må gjøre, tåle eller unnlate noe. Men kravet om hjemmel i eller i medhold av lov gjelder ikke bare myndighetsutøvelse i form av vedtak. Også *faktiske handlinger* som har karakter av inngrep må ha grunnlag i lov.⁶ I Rt-2010-612 (sårstell) avsnitt 27 sier Høyesterett dette slik:

”Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner ... Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.”

At legalitetsprinsippet også gjelder der det er spørsmål om å foreta faktiske handlinger, er ganske viktig i overvåkningssammenheng. Riktignok vil mange overvåkningstiltak være av en slik karakter at de uten hjemmel er straffbare etter straffeloven eller spesiallovgivningen. Men når det kreves hjemmel i eller i medhold av lov, innebærer dette at kompetansen må fremgå uttrykkelig og være positivt angitt. Jeg kommer tilbake til enkelte sider av hjemmelskravet i min behandling av Grunnloven § 102.

⁶ Dok. nr. 16 (2011–2012) side 247 og side 249.

2. Privat- og familieliv, hjem og kommunikasjon

Grunnloven § 102 beskytter privatlivets fred. Bestemmelsen kom i sin nåværende form inn i Grunnloven ved reformen i 2014, som en oppfølging av Personvernkommissjonen forslag fra 2009 om å grunnlovsfeste retten til respekt for personvern og privatliv.⁷

Personvernkommissjonen hadde fremhevet betydningen av at en slik grunnlovsbestemmelse måtte være ”egnet til å imøtekomme den rettsutviklingen som skjer internasjonalt gjennom tolkning og presisering av EMK, samtidig som bestemmelsen får den nødvendige klarhet som må til for at den kan få betydning i konkrete saker”.

Når Lønning-utvalget gikk inn for grunnlovsfesting, var det med utgangspunkt i hensynet til det behovet den enkelte har for beskyttelse – retten til å få være i fred. Men utvalget fremholdt også personvernets betydning for *demokratiet*. Overvåkning og kontroll kan ha en nedkjørelende effekt på den frie meningsutvekslingen.⁸

Paragraf § 102 første ledd første punktum lyder slik:

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.”

Dette er en meget vidtrekkende bestemmelse. Den har paralleller i Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17, jf. også EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 7.

Det følger av Høyesteretts faste praksis siden Acta-kjennelsen i Rt-2014-1105 at Grunnloven § 102 første ledd første punktum skal tolkes ”i lys av”, eller ”med utgangspunkt i”, menneskerettskonvensjonene med tilhørende praksis fra henholdsvis Den europeiske menneskerettsdomstolen og FNs

⁷ NOU 2009: 1 Individ og integritet – personvern i det digitale samfunnet kapittel 19, jf. betenkning fra Alf Petter Høgberg og Njål Høstmælingen, inntatt i sin helhet som vedlegg 3 til innstillingen.

⁸ Dok. 16 (2011–2012) side 175–176.

menneskerettskomité. De mest sentrale avgjørelsene er Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 57 og plenumsdommen HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81, som på dette punktet er enstemmig.

Professor Erling Johannes Husabø har fremholdt at i lys av plikten til å sikre menneskerettighetene i Grunnloven § 92 og formålet med grunnlovsrevisjonen, er det i fremtiden grunn til å forvente ”et tett samspill mellom tolkningen av de nye grunnlovsreglene og den europeiske menneskerettsdomstolens ... fortsatte og dynamiske tolkning av EMK”.⁹ Jeg er enig i dette.

For så vidt gjelder forståelsen av uttrykket ”privat- og familieliv” sier Høyesterett i Rt-2015-93 (Maria) følgende (avsnitt 58):

”Uttrykket ‘privatliv’ favner vidt – noen uttømmende definisjon finnes ikke, jf. plenumsdommen i Rt. 2012 side 2039 avsnitt 70. Men sentralt i den foreliggende praksis fra EMD står blant annet menneskets fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*. Slik må også Grunnloven § 102 første ledd første punktum tolkes.

Med ‘familieliv’ siktes det etter EMDs nokså omfattende praksis til mer spesifikke relasjoner mellom mennesker, som for eksempel i etablerte parforhold og gjennom båndene mellom foreldre og barn. Grensen mellom de menneskelige relasjoner som utgjør et familieliv, og de som inngår i privatlivet, er ikke skarp.”

Paragraf 102 beskytter alle norske ”hjem”. Den gir også enhver beskyttelse mot inngrep i vedkommendes ”kommunikasjon”. Om dette uttrykket, heter det i Lønning-utvalgets innstilling:¹⁰

⁹ Erling Johannes Husabø, ”Hvilke krav stiller Grunnloven og EMK til etterfølgende kontroll av sikkerhets- og etterretningstjenestens inngrep i menneskerettigheter?”, vedlegg 4 til Dok.16 (2015–2016) Rapport til Stortinget fra Evalueringsutvalget for Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjenesten (EOS-utvalget) (Husabø 2015).

¹⁰ Dok. 16 (2011–2012) side 178.

“Forslag til første ledd minner om formuleringen i EMK artikkel 8 nr. 1, men uttrykket ‘korrespondanse’ er erstattet med uttrykket ‘kommunikasjon’, slik man finner det i EUs Charter. Dette er gjort for å modernisere formuleringen i EMK, slik at det utvilsomt omfatter også nye digitale medier, telefon, e-post og sms. I motsetning til ‘korrespondanse’ vil uttrykket ‘kommunikasjon’ naturlig fange opp disse nye kommunikasjonsmidlene.”

At § 102 omfatter all kommunikasjon uavhengig av medium er grunnleggende for vårt tema, ettersom Grunnloven med dette gir enhver rett til respekt for all sin kommunikasjon også når den foregår via moderne informasjonsteknologi. Dette omfatter naturligvis kommunikasjon over nettet, enten vedkommende er avsendere eller mottakere. Jeg tror ikke det er tvil om at dette også omfatter at for eksempel E-tjenesten gis generell tilgang til *trafikkdata* (metadata) – også omtalt som ”bulk aksess” – på kabelnettet til og fra Norge.¹¹

Ordlyden i § 102 bruker uttrykket ”enhver”. Den gir ikke grunnlag for helt sikre slutninger med hensyn til om også *juridiske* personer er beskyttet. Sammenhengen med de internasjonale forbildene kan tale for at de er det.¹² Men noen avklarende avgjørelse fra Høyesterett foreligger foreløpig ikke.

Slik § 102 er utformet er det ikke anledning til å gripe inn i det vernet bestemmelsen i utgangspunktet gir, utover det som måtte kunne utledes av at bestemmelsen gir rett til ”respekt”. Det fremgår av forarbeidene at man valgte denne formuleringen blant annet for å gjøre det klart at selv om Grunnloven § 102 gir anvisning på individuelle og håndhevbare rettigheter, så skulle bestemmelsen ikke stå i veien for blant annet lovlig etterretning.¹³

¹¹ Den europeiske menneskerettsdomstols avvisningsavgjørelse 29. juni 2006 *Weber og Savaria mot Tyskland* avsnitt 78–79 og dom 1. juli 2008 *Liberty m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 56–57. Sml. EU-domstolens dom 8. april 2014 i *Digital Rights Irland* (forente saker C-293/12 og C-594/12) avsnitt 27.

¹² Se for eksempel Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 14. mars 2013 *Bernh Larsen Holding AS mot Norge* avsnitt 104–105.

¹³ Innst. 186 S (2013–2014) side 27.

Grunnloven del E inneholder ikke noen generell regulering av dette spørsmålet. Men det ligger samtidig i kortene at ikke alle rettighetene er absolutte – det vil måtte være rom for regulering og begrensning, blant annet av hensyn til andres rettigheter og tungtveiende samfunnsmessige hensyn.

Lønning-utvalget som forberedte grunnlovsreformen hadde foreslått en gjennomgående bestemmelse om adgangen til å begrense grunnlovsrettighetene, som det etter hvert viste seg vanskelig å få vedtatt.¹⁴ Her har derfor Høyesterett måttet føre an i rettsutviklingen. Allerede i Rt-2014-1105 (Acta), ble det fremholdt som et mer gjennomgående prinsipp at inngrep i grunnlovsrettigheter, for å kunne stå seg, i det minste må ha *hjemmel i lov*, må forfølge *et legitimt formål* og må være *forholdsmessig*.

Dette er videreført i senere praksis, sågar av en enstemmig Høyesterett i plenum i Holship-saken fra 2016.¹⁵ I Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 60 sies det slik:

”Til forskjell fra SP artikkel 17 og EMK artikkel 8, inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhode kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger legitimt formål og er forholdsmessig.”

Adgangen til å gjøre inngrep i vernet etter § 102 første ledd første punktum er altså ”i tråd med” Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 nr. 2 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17.

I sin rapport ”The Right to Privacy in the Digital Age” 2014 formulerer FNs høykommissær for menneskerettigheter

¹⁴ Se Innst. 165 S (2015–2016).

¹⁵ Se særlig Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 60, Rt-2015-155 (Rwanda), HR-2016-1286-A avsnitt 25 og HR-2016-2554-P avsnitt 82.

vilkårene for inngrep under FN-konvensjonen artikkel 17 slik (avsnitt 23):

“To begin with, any limitation to privacy rights reflected in article 17 must be provided for by law, and the law must be sufficiently accessible, clear and precise so that an individual may look to the law and ascertain who is authorized to conduct data surveillance and under what circumstances. The limitation must be necessary for reaching a legitimate aim, as well as in proportion to the aim and the least intrusive option available. Moreover, the limitation placed on the right (an interference with privacy, for example, for the purposes of protecting national security or the right to life of others) must be shown to have some chance of achieving that goal. The onus is on the authorities seeking to limit the right to show that the limitation is connected to a legitimate aim. Furthermore, any limitation to the right to privacy must not render the essence of the right meaningless and must be consistent with other human rights, including the prohibition of discrimination. Where the limitation does not meet these criteria, the limitation would be unlawful and/or the interference with the right to privacy would be arbitrary.”

Kravet om *hjemmel* står i direkte forbindelse med legalitetsprinsippet i § 113.¹⁶ I Rt-2014-1105 (Acta) avsnitt 25 og 26 sier Høyesteretts flertall følgende om bakgrunnen for legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 og sammenheng mellom dette og andre viktige rettsstatlige og demokratiske prinsipper:

”(25) Paragrafen var ny ved grunnlovsreformen 2014. Den svarer til forslaget fra det stortingsoppnevnte Lønning-utvalget som utredet spørsmålet om en generell utvidelse av Grunnlovens menneskerettsvern. Utvalget understreket at man ikke tok sikte på noen endring av rettstilstanden, sammenlignet med den som fulgte av konstitusjonell sedvanerett, jf. Dok. nr. 16 (2011–2012) side 248. Formålet med § 113 var å ‘synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse’.

¹⁶ Husabø (2015) side 248 gir uttrykk for at ”Grunnlovens generelle hjemmelskrav (§ 113) på dette område må tolkes og anvendes i samsvar med lovskravet i EMK art. 8”.

Konstitusjons- og kontrollkomiteen var enig i at legalitetsprinsippet burde grunnlovfestes, og viste til at dette er 'grunnlaget for forståelsen av rettsstaten' og dermed utgjør en av 'de sentrale deler av vår statsskikk', jf. Innst. 186 S (2013–2014) side 31.

(26) Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at '[a]lle er like for loven'. Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 [bokstav] a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for."

Det kan være grunn til å merke seg den vekten Høyesterett legger på sammenhengen mellom lovkravet, Grunnlovens diskrimineringsforbud og kravet om likhet for loven, betydningen av å beskytte de demokratiske beslutningsprosessene og behovet for kontroll med at forvaltningen holder seg innenfor sine fullmakter.

Acta-kjennelsen inneholder dessuten en viktig presisering av hva som ligger i kravet om hjemmel i forbindelse med inngrep i vernet etter Grunnloven § 102 (avsnitt 30):

"Oppbevaring av materiale som er innhentet ved kommunikasjonskontroll, kan altså, i henhold til Grunnloven og det internasjonale menneskerettighetsvernet, bare skje i den utstrekning det er hjemmel for dette i lov eller i forskrift gitt med hjemmel i lov. For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også *kvalitative* krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater. Den må dessuten – i lys av den forhøyede risikoen for misbruk og vilkårlighet som erfaringsmessig kan foreligge når myndigheter tillates å operere i hemmelighet – gi rimelige garantier knyttet til blant annet formen for lagring, bruken av materialet, mulighetene for innsyn, sikkerhet og sletting."

Høyesterett forstår altså Grunnloven slik at den ikke bare stiller krav om lovhjemmel i teknisk formell forstand. Det gjelder også krav til lovgivningens *kvalitet*.¹⁷

For det første formulerer Høyesterett i Acta-kjennelsen et krav om at loven må være tilgjengelig og utformet så presis som mulig. Dette går både på at loven og premissene for bruken av den er offentlig tilgjengelig og at den er også har en tilstrekkelig språklig klarhet og forståelig systematikk. Loven må ikke være for fragmentarisk. Eventuelle skjønsmessige kriterier bør være rammet inn. Retten skal, kort sagt, være tilgjengelig og forutsigbar.

For det andre gis det uttrykk for at Grunnlovens hjemmelskrav på dette området også innebærer et krav om rimelig garantier mot misbruk og vilkårlighet.¹⁸ Det er nærliggende å anta at jo mer inngripende tiltaket er, og jo større risikoen for misbruk er, desto høyere krav vil måtte stilles til tilgjengelighet, presisjon og slike garantier mot misbruk. Muligheten for uavhengig kontroll – gjerne domstolskontroll – vil ha betydning i så måte.

Den europeiske menneskerettsdomstolen har i sin praksis fremholdt at ved skjulte tvangsmidler – så som kommunikasjonskontroll og romavlytting – må reglene være ”particularly precise”/”précision particulière”.¹⁹ Det er ikke grunn til å stille lavere krav under Grunnloven. Men det ligger ikke i dette at loven må gi fullstendige og detaljerte anvisninger med hensyn til ethvert spørsmål – kravet om klarhet og forutsigbarhet må også her tilpasses virkelighetens verden og behovet for å kunne benytte generelt utformede regler.²⁰

¹⁷ Sitert med tilslutning i HR-2016-1833-A.

¹⁸ Sml. dom 4. desember 2015 *Roman Zakharov mot Russland* avsnitt 231 og dom 12. januar 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 56. Også FNs menneskerettskomité har i flere sammenhenger understreket behovet for mekanismer som skal sikre mot misbruk.

¹⁹ Dom 24. april 1990 *Kruslin mot Frankrike* avsnitt 33 og dom 24. april 1990 *Huvig mot Frankrike* avsnitt 32. Se også dom 1. juli 2008 *Liberty mot Storbritannia* avsnitt 59–63, med videre referanser.

²⁰ Slik også dom 6. juni 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 64.

Her kan det nok oppstå noen spørsmål med hensyn til gjeldende norsk lovgivning og praksis knyttet til den, for eksempel knyttet til E-tjenestens virksomhet med grunnlag i etterretningsloven §§ 3 og 4, herunder søk i lagrede metadata.²¹ På bakgrunn av en særskilt melding fra EOS-utvalget besluttet iallfall Stortinget 21. februar 2017 å be Regjeringen om en fullstendig gjennomgang av hjemmelsgrunnlaget i en ny lov om E-tjenesten.²²

Hjemmel i lov er nødvendig, men ikke tilstrekkelig. Det gjelder ytterligere to krav: Det aktuelle tiltak må forfølge et legitimt formål og det må være forholdsmessig.

Formålsbegrensningen vil vanskelig representere noen selvstendig begrensning her: Ønsket om å avverge eller forebygge kriminalitet, og hensynet til rikets sikkerhet og vitale samfunnsinteresse, er som sådanne uten videre legitime formål.²³ Det virker lite aktuelt at domstolene skal sette lovgivers vurdering her til side – det måtte være i helt spesielle *misbrukssituasjoner*, hvor det virkelige formålet er et annet enn det angitte. Det er grunn til å oppfatte dette som mindre praktisk.

Kravet om *forholdsmessighet* er mer sammensatt. Den videre avklaringen og utviklingen av denne begrensningen vil måtte skje i lys av praksis under Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 17. Også EU-domstolens praksis knyttet til EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 52 kan trolig ha en viss interesse. – Det overordnede tema vil nok måtte være om inngrepet *er nødvendig i et demokratisk samfunn*, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 nr. 2.

²¹ Årsmelding Nasjonal institusjon for menneskerettigheter (2016–2017) side 55–56.

²² Se Innst. 164 S (2016–2017).

²³ Sml. Prop. 68 L (2015–2016) side 40, Lysne II-utvalgets innstilling side 39 og Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 16. juni 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 80.

Svaret på dette spørsmålet beror naturligvis på en samlet avveining, som jeg ser for meg bør kunne struktureres omkring følgende *tretrinnstest*:

For det første: Er tiltaket et *egnet* middel for å oppnå det formålet som forfølges? At også andre midler er bedre egnet, er ikke avgjørende. Men et middel om er klart uegnet kan ikke være forholdsmessig.

For det andre: Er tiltaket *nødvendig*, eller kunne tilnærmet samme virkning vært oppnådd ved mindre inngripende tiltak? Heller ikke er her kreves det optimale. Men et tiltak som har unødvendige – unyttige, ubegrunnede og unngåelige – sidevirkninger av betydning, er vanskelig å forsvare.

For det tredje: Er det *proporsjonalitet* mellom mål og middel? Er de hensyn som begrunner inngrepet – etter en bredere interesseavveining – så tungtveiende at de oppveier de individuelle byrdene (forholdsmessighet i streng forstand). I Rt-2015-93 (Maria) avsnitt 60 sies dette slik:

”Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltakene på den andre.”

I HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 82 bruker en samlet Høyesterett i plenum formuleringen ”en sammensatt proporsjonalitetsvurdering”.

Det er en sammenheng mellom kravene til garantier mot misbruk og proporsjonalitetsvurderingen. Og det er en sammenheng mellom kravene til nødvendighet og de interesser som rammes. Der det er snakk om overvåkende tiltak må disse, i følge praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen være ”strictly necessary for safeguarding democratic institutions”/”strictement nécessaire

à la préservation des institutions démocratiques”.²⁴ I dom 15. januar 2015 *Dragojevic mot Kroatia* utlegges dette slik:

“83. Furthermore, in view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there exist guarantees against abuse which are adequate and effective. This assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to permit, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law ...

84. This in particular bears significance as to the question whether an interference was “necessary in a democratic society” in pursuit of a legitimate aim, since the Court has held that powers to instruct secret surveillance of citizens are only tolerated under Article 8 to the extent that they are strictly necessary for safeguarding democratic institutions (see *Kennedy* ... § 153). In assessing the existence and extent of such necessity the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation but this margin is subject to European supervision. The Court has to determine whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the “interference” to what is “necessary in a democratic society”. In addition, the values of a democratic society must be followed as faithfully as possible in the supervisory procedures if the bounds of necessity, within the meaning of Article 8 § 2, are not to be exceeded (see *Kvasnica*, cited above, § 80; and *Kennedy*, cited above, § 154).”

I dette ligger den en fordringsfull test – tiltaket må være strengt nødvendig for å beskytte de demokratiske institusjonene. Og selv om myndighetene har en viss skjønnsmargin på dette området – så er det et rettsspørsmål å avgjøre om prosedyrene er innrettet slik at de sikrer at inngrepet ikke går lenger enn det nødvendige, også i lys av verdigrunnet i demokratiske samfunn.

²⁴ Dom 6. desember 1978 *Klass m.fl. mot Tyskland*, dom 18. mai 2010 *Kennedy mot Storbritannia* avsnitt 153–154.

I realiteten ser det ut til å ligge to elementer i denne testen: Tiltaket må generelt sett være strengt nødvendig for å beskytte våre demokratiske institusjoner og dessuten også i det konkrete tilfellet strengt nødvendig for å få tilgang til vital etterretning.²⁵

Vernet etter Grunnloven § 102 første ledd gjelder ethvert inngrep i privat- og familielivet, hjemmet og kommunikasjonen. *Hvert enkelt inngrep* må trolig, trinn for trinn, kunne rettferdiggjøres ut fra kravet om hjemmel, legitimt formål og forholdsmessighet.

Inngrepet vil kunne bestå i at offentlige myndigheter på en eller annen måte tar seg inn i den private sfæren. Dette kan være i form av *informasjonsinnhenting* ved bruk av skjulte tvangsmidler – for eksempel kommunikasjonskontroll, romavlytting, teknisk sporing eller dataavlesning. Det kan være ved å *lagre* informasjon, *anvende* informasjon eller bringe slik informasjon *videre* til andre, enten dette er andre nasjonale myndigheter eller andre staters myndigheter.²⁶

Spørsmålet er om ikke også allerede den *adgangen* loven gir til å overvåke, etter forholdene vil utgjøre et inngrep. Grunnlovsvernet vil i tilfelle kunne påberopes ikke bare av den som er eller har vært utsatt for overvåkning, men av enhver som realistisk sett risikerer å bli overvåket.²⁷

Lønning-utvalget fremholdt at det er et stort og trolig økende behov for å verne om personopplysninger. Dette har, ble det sagt, “sammenheng med teknologisamfunnets muligheter til å samle, bruke, oppbevare og spre informasjon om enkeltpersoner”. For å være rustet til å møte denne

²⁵ Sml. dom 6. juni 2016 *Szabó of Vissy mot Ungarn* avsnitt 54–57 og 72–73.

²⁶ Ved mer eller mindre formalisert samarbeid mellom flere staters tjenester, kan det oppstå jurisdiksjonsspørsmål som også får betydning for rekkevidden av grunnlovsvernet etter norsk rett.

²⁷ Sml. Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 6. juni 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn* avsnitt 54, jf. avsnitt 32–39. US Supreme Court ser ut til å følge en annen linje her, se dom 26. februar 2013 *Clapper mot Amnesty International USA*, 568 U.S (2013).

utviklingen mente utvalget at et generelt grunnlovsvern om personopplysninger ville være viktig.²⁸

Flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen ønsket ikke at grunnlovsteksten skulle regulere dette uttrykkelig. Men komiteen ga samtidig uttrykk for at § 102 “skal leses som at systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av opplysninger om andres personlige forhold bare kan finne sted i henhold til lov, benyttes i henhold til lov eller informert samtykke og slettes når formålet ikke lenger er til stede”.²⁹ Høyesterett har fulgt dette opp i Rt-2014-1105 (Acta) avsnitt 29.

Personopplysningsvernet i Grunnloven § 102 er inspirert av EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 8, jf. artikkel 7. Og vi vet at Den europeiske menneskerettsdomstolen legger vekt på EU-domstolens forståelse av charteret.³⁰ EU-domstolens praksis knyttet til disse bestemmelsene vil derfor kunne ha interesse blant annet knyttet til den grunnlovsmessige bedømmelsen av generelle overvåkningstiltak som for eksempel det foreslåtte digitale grenseforsvaret, spesielt da det foreslåtte kortidslageret og metadatalageret.

Den grunnleggende avgjørelsen er storkammerdommen 8. april 2014 *Digital Rights Irland*, om gyldigheten av det såkalte datalagringsdirektivet (direktiv 2006/24/EC).³¹ I den dommen ble direktivet funnet i strid med EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 7 og 8 om rett til privatliv og personvern. Direktivet gikk etter EU-domstolens vurdering lenger enn det som var nødvendig for å beskytte allmenne interesser eller andres rettigheter, ikke minst fordi det var helt generelt utformet og rammet utover formålet.

Den andre sentrale avgjørelsen fra EU-domstolen er dom 21. desember 2016 *Tele2*, som gjaldt lovligheten av nasjonal lovgivning i henholdsvis Sverige og Storbritannia, vedtatt

²⁸ Dok. 16 (2011–2012) side 178.

²⁹ Innst. 186 S (2013–2014) side 27.

³⁰ Se for eksempel dom 6. juni 2016 *Szabo og Vissy mot Ungarn* avsnitt 68 i.f.

³¹ Forente saker C-293/12 og C-594/12.

med utgangspunkt i de krav til nasjonal lovgivning som fulgte av det nå ugyldige direktivet.³² EU-domstolen følger opp linjen fra *Digital Rights Irland* fra 2014.³³ I slutningen punkt 1 sier EU-domstolen at EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 7, 8, 11 og 52 nr. 1 er til hinder for nasjonal lovgivning som foreskriver generell og udifferensiert lagring av all trafikkdata og lokaliseringinformasjon om alle som benytter ethvert elektronisk kommunikasjonsmiddel.³⁴

Det er av interesse at også EU-domstolen legger til grunn at det her gjelder et krav om ”strict necessity”.³⁵ Det forutsettes dessuten at dataovervåking skal være målrettet, ikke uavgrenset og generell. Vi kjenner tenkningen igjen fra Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis, blant annet i *Szabó og Vissy mot Ungarn* fra 2016.³⁶

3. Forbudet mot husransakelse

Grunnloven § 102 første ledd andre punktum lyder:

“Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.”

Bestemmelsen har røtter helt tilbake til 1814. Den har vært viktig nok, men spilt en beskjeden rolle i Høyesteretts praksis.³⁷ I nyere tid har det imidlertid oppstått spørsmål om bestemmelsens nærmere innhold, rekkevidde og virkning.

³² Forente saker C-2013/15 og C-698/15.

³³ Etter EU-domstolens avgjørelse i 2014 har Norge valgt ikke å sette i verk den norske gjennomføringsloven. Det er grunn til å tro at uro for at gjennomføringslovens løsninger ville kunne komme i strid med Grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8, har hatt betydning her, jf. betenkning fra Hans Petter Graver og Henning Harborg, ”Datalagring og menneskerettigheter”, avgitt til utenriksdepartementet 1. oktober 2015.

³⁴ Se også oppfølgingen i dom 7. mars 2017 fra Kammarrätten i Stocholm (7380-14), som slår fast at de omtvistede svenske reglene ”inte kan tillämpas”.

³⁵ Avsnitt 96.

³⁶ Dom 16. juni 2016 *Szabó og Vissy mot Ungarn*.

³⁷ Se likevel Rt-2004-1723, som jeg kommer tilbake til. I HR-2016-471-U la Høyesteretts ankeutvalg til grunn at inspeksjon av et fjøs ikke var omfattet fordi det i den konkrete saken ikke var tale om noe inngrep i privatlivinteresser.

Flertallet i Metodeutvalget konkluderte i 2009 med at Grunnloven § 102 forbyr hemmelig ransaking og romavlytting i private hjem, og visse former for dataavlesning, med mindre det foreligger konkret mistanke om straffbare forhold.³⁸ Regler som åpner for slike skjulte tvangstiltak også for avvergende eller forebyggende formål vil derfor, mente man, være grunnlovsstridige. Utvalgsflertallet bygget på, og sluttet seg til, to betenknninger som utvalget selv hadde innhentet fra henholdsvis Erling Johannes Husabø og Alf Petter Høgberg sammen med Marius Stub.

Flertallets tolking er godt i tråd med det som kommer til uttrykk i Rt-2004-1723 avsnitt 45 og 49 med hensyn til hva det betyr at husransakelse bare skal kunne benyttes i “kriminelle Tilfælde“. Det er en ganske grundig dom, som trekker linjene tilbake til 1814. Førstvoterende fremhever i sitt votum at Grunnloven § 102 setter grenser for adgangen til ransakning i private hjem. “Den kan bare skje”, heter det i dommen, “når det foreligger mistanke om kriminalitet, og da om straffbare handlinger av en viss alvorlighetsgrad”. Det fremholdes i dommen at “kjerneområdet for forbudet i § 102 er husundersøkelser som ledd i etterforskning av mulige straffbare forhold, uten at lovens krav til styrken i mistanken og til alvorret i en eventuell straffbar handling eller virksomhet er oppfylt”.

Lønning-utvalget, som ikke tok uttrykkelig stilling til rekkevidden av den eldre § 102, ønsket ikke å videreføre det særskilte forbudet mot husransakelse. Det alminnelige vernet etter § 102 første ledd første punktum, mente man, ville være tilstrekkelig også her – og gi den nødvendige fleksibilitet til å imøtekomme samfunnsmessige beskyttelsesbehov.³⁹

Under Stortingsbehandlingen i 2014 kom man likevel til at det gamle forbudet mot husransaker utenfor kriminelle tilfeller skulle videreføres – uten noen nærmere begrunnelse eller diskusjon.

³⁸ NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll kapittel 13.

³⁹ Dok. nr. 16 (2010–2011) side 176–177.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen fremholdt samtidig at § 102 ikke utelukker ”lovlig etterretning”.⁴⁰ Det er ikke mulig å etterspore om, eventuelt hvilke, overveielser Stortinget gjorde i denne forbindelse. Men det kan nok spørres om det Stortinget først og fremst må ha hatt i tankene ved videreføringen av § 102 første ledd andre punktum var tradisjonell ransaking av bolig i etterforskningsøyemed, det Høyesterett i Rt-2004-1723 avsnitt 45 omtaler som ”en fullstendig undersøkelse – om nødvendig i skuffer og skap og fra kjeller til loft – i et privat hjem”.

I Prop. 68 L (2015–2016) kom departementet tilbake til spørsmålet om grunnlovsforbudets innhold og rekkevidde i forbindelse med oppfølgingen av Metodeutvalgets forslag. Det er fra departementets side lagt en betydelig innsats i å argumentere for en annen grunnlovsforståelse enn den Metodeutvalgets flertall, og de to betenkningene, hadde gitt uttrykk for.⁴¹

Departementet tok ikke stilling til rekkevidden av uttrykket ”husransaker”. Men det ble konkludert med at uttrykket ”i kriminelle tilfelle” i § 102 første ledd andre punktum *ikke* innebærer et krav om at det foreligger en konkret mistanke om at det allerede er begått en straffbar handling. Det ble vist til at ordlyden i § 102 åpner for flere tolkninger, til bakgrunnen for det opprinnelige forbudet, til forarbeidene til grunnlovsreformen 2014, til behovet for skjulte tvangstiltak også i private hjem, og til at behovet for vern mot misbruk i dag er tilstrekkelig ivaretatt gjennom de generelle vilkår Høyesterett har stilt for å godta inngrep (hjemmel, legitimt formål og forholdsmessighet). Stortinget fant å kunne bygge på departementets vurderinger, uten egne drøftelser.⁴²

I forbindelse med Årsmelding fra Nasjonal institusjon for menneskerettigheter (2016–2017) er det utarbeidet en temarapport om forbundet mot husransaker i Grunnloven §

⁴⁰ Innst. 186 S (2013-2014) side 27.

⁴¹ Prop. 68 L (2015–2016) side 34–38, jf. også side 184–189 og side 202–223.

⁴² Innst. 343 L (2015–2016) side 17–18.

102 første ledd andre punktum.⁴³ Denne rapporten bygger i høy grad på Metodeutvalgets forståelse av forbudet, som altså innebærer at deler av dagens lovgivning må anses grunnlovsstridig. I rapporten anbefaler Nasjonal institusjon at spørsmålet utredes nærmere og at enkelte av dagens hjemler suspenderes i påvente av en avklaring.

Innhold, rekkevidde og virkning av § 102 første ledd andre punktum, og grunnlovsmessigheten av gjeldende lovgivning, vil i siste instans eventuelt måtte bli avgjort av Høyesterett, jf. Grunnloven § 89.

4. Domstolenes rolle

Domstolenes rolle med hensyn i å håndheve Grunnloven er den samme på dette området som på alle andre områder: Domstolene skal ”respekttere og sikre” grunnlovsrettighetene, jf. Grunnloven § 92. Og skulle lov eller forskrift, eller noen annen myndighetsbeslutning, vise seg å være i strid med Grunnloven, har domstolene også på dette område rett og plikt til å la grunnlovsregelen gå foran, jf. § 89. Spørsmålet er hvordan domstolene kommer inn i bildet i saker som dette. I hovedsak vil det være langs to ulike akser.

For det første ved at det aktuelle tiltaket bare tillates etter forhåndsamtykke fra en domstol. *Venezia-kommisjonen* har anbefalt forhåndskontroll ved domstolene som den primære ordningen:⁴⁴

”Nonetheless, there is an obvious advantage of requiring prior judicial authorization for special investigative techniques, namely that the security agency has to go ‘outside of itself’, and convince an independent person of the need for a particular measure. It subordinates security concerns to the law, and as such it serves to institutionalize respect for the law. If it works properly, judicial authorization will have a preventive effect, deterring unmeritorious applications and/or cutting down the duration of a special investigative measure.”

⁴³ ”Grunnloven § 102: Hva må ikke finne sted, unntatt i hvilke tilfeller?” Nasjonal institusjon for menneskerettigheter, temarapport 2016.

⁴⁴ ”Democratic oversight of the Security Services”, rapport fra 71. plenums møte 1.–2. juni 2007 avsnitt 204.

Her er reglene klare for så vidt gjelder skjulte tvangsmidler etter straffeprosessloven § 222 d og politiloven § 17 d. Rettens tillatelse skal normalt innhentes før tiltaket iverksettes. – I hastetilfeller må samtykke innhentes senest innen 24 timer.

Vilkårene for å gi samtykke er strenge. Det systemet for domstolskontroll loven anviser er betryggende. Utfordringen ligger i å sikre at det også virkelig skjer en reell og uavhengig domstolskontroll, i tråd med forutsetningene og den betydning domstolskontrollen kan ha som tungen på vektskålen i forholdsmessighetsvurderingen. Regimet med garantier mot misbruk som Grunnloven forutsetter, må ha en virkning, ikke bare i teorien, men også i praksis.⁴⁵

Det forhold at den som tiltaket er rettet mot – av åpenbare grunner – ikke selv er involvert, representerer en særegen vanskelighet i disse sakene, som er forsøkt avbøtt blant annet gjennom funksjonen til den særskilte forsvareren, jf. straffeprosessloven § 100 a. En annen uunngåelig vanskelighet er fraværet av offentlighet. Materialet retten har å bygge på er ikke sjelden nokså sparsomt. Og rettens avgjørelser – også Høyesteretts – holdes hemmelig.

E-tjenestens informasjonsinnhenting skjer i dag uten rettens samtykke. Det kan være en systemsvakhet, avhengig av hvordan tjenesten oppfatter sin kompetanse og hva som er praksis. Slik sett vil Lysne II-utvalgets forslag om etablering av en ”domstolmekanisme for forhåndsautorisasjon” være et fremskritt.⁴⁶ Det vil helt sikkert være ulike syn på hvordan en slik domstolmekanisme nærmere bør innrettes. Behovet for opplæring, teknisk forståelse og klarering ligger i dagen.

Men mange vil være urolig for uavhengigheten, upartiskheten og realiteten i kontrollen dersom en slik domstolmekanisme knyttes opp mot den tjenesten den skal kontrollere.⁴⁷

⁴⁵ Sml. Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 24. august 1998 *Lambert mot Frankrike* avsnitt 38.

⁴⁶ Lysne II-utvalgets innstilling side 57–58.

⁴⁷ Mange høringssvar, blant annet fra Dommerforeningen og Nasjonal institusjon for menneskerettigheter, har uttrykt bekymring i denne retningen.

Og det er nok av hensyn til Grunnloven § 95 nødvendig med regler om anke, og av hensyn til § 88 må det også være anledning til å anke til Høyesterett, jf. Rt-2009-1118.

Også muligheten for *etterfølgende* domstolskontroll er viktig. En slik kontroll vil kunne ha litt forskjellige former.

I en *straffesak* vil det for eksempel kunne oppstå spørsmål om grensen mellom overvåkningsmateriale som eventuelt ikke skal kunne benyttes som bevis i en senere straffesak og etterforskningsmateriale som skal kunne benyttes. Det kan også bli spørsmål om å gi pålegg om sletting.⁴⁸

I en *sivil sak* vil det være aktuelt å reise sak for å få slått fast at det har funnet sted grunnlovsstridig overvåking, eller krav om dom for at informasjon blir slettet eller at det ytes erstatning, jf. retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95, jf. også §§ 92 og 89.

Tvisteloven § 22-1 kan her være et problem her, ettersom den stiller opp et forbud mot bevisførsel om ”noe som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forholdet til fremmed stat”.⁴⁹ Bare Regjeringen kan gi samtykke. Retten kan ikke, slik loven er utformet, overprøve Regjeringens vurdering.⁵⁰ Det er et skår i domstoladgangen dersom Regjeringen – ved ikke å gi samtykke – i realiteten vil kunne komme til å blokkere for nødvendig bevisførsel i en slik etterfølgende sak.⁵¹

⁴⁸ Sml. Rt-2014-1105, hvor Høyesterett – under henvisning til Grunnloven § 92 – ga pålegg om sletting av opptak som i strid med loven ikke allerede var slettet.

⁴⁹ Rt-2007-1573 (Mulla Krekar) avsnitt 86. På grunnlag av Høyesteretts uttalelser i den dommen ble det i 2013 innført regler i utlendingsloven om særskilt oppnevnte advokater som kan få tilgang til graderte opplysninger, uten å formidle disse videre til klienten. Om forholdet mellom disse reglene om artikkel 8 og 13 i Den europeiske menneskerettskonvensjon, se HR-2016-1252-A.

⁵⁰ Dette synes også lagt til grunn i Rt-2015-912.

⁵¹ Sml. Rt-1987-612 (Lystøl). Se også Husabø (2015) side 256–257 og side 260. Sml. Den europeiske menneskerettsdomstolens dom 20. juni 2002 *Al-Nashif mot Bulgaria* avsnitt 123 og 137.