



ADVOKATFORENINGEN
THE NORWEGIAN BAR ASSOCIATION

Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt pr. e-post: lovavdelingen@jd.dep.no

Deres ref.: 16/7883 ES AIK/mk
Vår ref.: 235537

Dato: 14. februar 2017

Høring – Politiets adgang til bruk av tvang ved ransaking av datasystem for å få tilgang til datasystemet ved biometrisk autentisering

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 14.12.2017 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for strafferett og straffeprosess, bistandsadvokatutvalget og lovutvalget IKT og personvern. Lovutvalget for strafferett og straffeprosess består av Halvard Helle (leder), Thomas Horn, René Ibsen, Knut Rognlien, Nicolai V. Skjerdal, Lorentz Stavrum, Frode Sulland og Inger Marie Sunde. Bistandsadvokatutvalget består av Hege Salomon (leder), Morten Engesbak, Sjak R. Haaheim, Kristin Fagerheim Hammervik, Karoline Henriksen, Cecilie Schjathvet, Birgit Vinnes og Erik Widerøe. Lovutvalget for IKT og personvern består av Thomas Olsen (leder), Fred Richard Elsheim, Mazine Kiril, Jarle Roar Sæbø og Malin Tønseth.

2. Bakgrunn

Advokatforeningen ser behovet for hjemmelsavklaring, men mener at en eventuell ny lovhjemmel for politiet til å gjennomføre tvangsmessig biometrisk autentisering foreløpig bør begrenses til autentisering ved fingeravtrykk.

3. Kommentarer

Lovforslaget legger opp til en generelt utformet hjemmel i straffeprosessloven for bruk av tvang for gjennomføring av såkalt «biometrisk autentisering». Etter Advokatforeningens syn er det en svakhet ved lovforslaget at det ikke er drøftet nærmere hvorvidt det er grunnlag for å nyansere mellom ulike former for biometrisk autentisering hva gjelder den tvang som kan tenkes og bør tillates utøvd, herunder om enkelte former for tvangsgjennomføring bør være underlagt forhåndsvurdering ved domstolene. Etter forslaget er det et vilkår for tvangsutøvelse at det fremstår som nødvendig og forholdsmessig. Dette vilkåret er viktig (og – som påpekt i høringsnotatet – fremgår også av straffeprosessloven §170 a), men er etter Advokatforeningens mening ikke tilstrekkelig for fullt ut å ivareta de rettssikkerhetsspørsmål som lovforslaget reiser.

Biometrisk autentisering vil kunne være et viktig verktøy i politiets arbeid for å avdekke alvorlig kriminalitet, som seksuelle overgrep mot barn og unge via internett, og det er derfor sentralt at dette verktøyet utformes så presist og målrettet som mulig. Bruk av kryptering blir stadig vanligere, noe som gjør det vanskeligere for politiet å avdekke slike lovbrudd via internett. En presis og klar lovhjemmel vil kunne innebære at bevis innhentes uten bruk av uforholdsmessig store ressurser. Det kan tenkes at politiet besitter tilstrekkelige bevis vedrørende en konkret fornærmet, og har mistanke om overgrep mot andre ofre. En adgang til biometrisk autentisering vil i slike situasjoner kunne avdekke og forhindre alvorlig kriminalitet av denne karakter.

Forslaget må i første rekke vurderes opp mot de skranker som følger av Grunnloven § 102 første ledd og EMK artikkel 8 om beskyttelse av den private sfære, jf. også menneskerettsloven § 3. En yttergrense utgjøres av Grunnloven § 102 andre ledd, som pålegger statens myndigheter å verne om individets integritet, jf. også EMK artikkel 3 om individets rett til vern mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Videre kan det tenkes at visse former for biometrisk autentisering vil støte an mot individets vern mot tvungen selvinkriminering etter EMK artikkel 6 nr. 1 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (FN SP) artikkel 14 nr. 3 bokstav g.

Departementet legger til grunn at ingen av disse rettskildene er til hinder for en lovhjemmel som foreslått, idet departementet i punkt 3.2 fremhever at «[d]et vil være snakk om en relativt beskjedne og kortvarig maktanvendelse og et langt mindre belastende inngrep enn det politiet i dag har hjemmel til, for eksempel undersøkelse av kroppens hulrom etter straffeprosessloven § 157». Advokatforeningen reiser spørsmål ved om ikke departementet her baserer seg på en for rask og generell slutning hva gjelder arten av maktbruk og risiko som kan tenkes forbundet med tvangsmessig gjennomføring av enkelte former for biometrisk autentisering.

Biometrisk autentisering knytter identifiseringen til fysiologiske kjennetegn som er unike for det enkelte individ, og som gjennomgående er vanskelig å etterligne/forfalske. Eksempler er avtrykk (finger, håndflate, fot, øre, ansiktsform), DNA, lukt, stemmegjenkjenning og avlesing av øyestruktur (slik som skanning av iris/regnbuehinne eller netthinne). Biometriteknologien videreutvikler stadig eksisterende former for identifisering samt vil åpne for nye muligheter fremover.

Departementet foreslår at lovbestemmelsen som tillater tvangsbruk gjøres teknologinøytral, det vil blant annet si at enhver form for biometrisk autentisering vil omfattes, jf. høringsnotatets punkt 5.

Noen former for biometrisk identifisering vil etter sin art kunne være utelukket fra gjennomføring ved tvang. Det kan dreie seg om en identifisering som det ikke er mulig å fremtvinge fysisk, for eksempel stemmegjenkjenning. I slike tilfeller vil politiet være avhengig av å skaffe seg tilgang til datamediet på annen måte, typisk ved teknisk bistand til å komme rundt eller gjennom identifiseringsnøkkelen («hacking»). Det forhold at politiet således uansett vil kunne være henvist til andre fremgangsmåter for å få tilgang, er et argument for at forholdsmessighetsterskelen som skranke for tvangsbruken ikke bør settes høyt. Det må formodentlig bero på en konkret vurdering hvor slik som betydningen av tidsmomentet og i det hele tatt muligheten til å «hacke» den aktuelle databærer spiller inn.

Spørsmålet som kan reises er om nødvendighets- og forholdsmessighetsbegrensningen er tilstrekkelig all den stund den foreslåtte tvangshjemmel i prinsippet åpner for tvangsgjennomføring av enhver form for biometrisk autentisering, og hvor det synes lagt opp til at politiet kan avgjøre hvor grensene skal settes.

Advokatforeningen vil fremheve at dersom tvangsgjennomføring i anledning bevissikring betinger hardhendt fysisk maktbruk, eventuelt også fysisk risiko for den person som tvinges, så vil det raskt kunne bli tale om myndighetsutøvelse som krenker rettighetene i Grunnloven § 102 og EMK. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har slått ned på maktbruk til tross for politiets legitime formål å sikre bevis, dersom utøvelsen av tvang er utpreget hard og/eller utgjør et integritetskrenkende inngrep. Se særlig prinsippavgjørelsen i saken Jollah mot Tyskland, dom i storkammer 11. juli 2006 (appl. no. 54810/00). I denne saken hadde påtalemyndigheten besluttet at mistenkte skulle gis brekkmiddel mot sin vilje fordi politiet mente at han hadde svelget en liten pose med narkotika. Tvangen ble gjennomført ved at mistenkte ble brakt til sykehus, hvor han ble holdt nede av fire politibetjenter mens en lege injiserte brekkmiddel gjennom en slange som ble stukket gjennom nesen og ned i magen til mistenkte. Legen satte også en sprøyte. Domstolens flertall kom til at myndighetsutøvelsen innebar en krenkelse både av artikkel 3 (umenneskelig/nedverdiggende behandling) og av artikkel 6 nr. 1 (selvinkrimineringsvernet).

For Advokatforeningen fremstår slik som tvangsmessig gjennomføring av øyestrukturautentisering som problematisk. I denne kategori faller slik som skanning av iris og netthinne. Det er tale om avansert teknologi som har den fordel at den representerer blant de sikreste former for biometrisk autentisering, fremfor all skanning av netthinne. Teknisk forutsetter identifiseringen at de aktuelle bestanddeler i øyet skannes i noen sekunder av avleseren/kameraet. Spesielt for netthinneautentisering er at skanningen må skje meget nær apparatet, idet teknologien bygger på avlesing av bilde av netthinnen ved å sende en lysstråle dypt inn i øyet.

Overfor en person som nekter å samarbeide er det vanskelig å se for seg hvilken tvang som effektivt kan utøves for å fremtvinge autentisering ved bruk av øyet uten at maktbruken blir hardhendt og risikofylt. I disse tilfellene er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig for autentiseringen at øyet vises (at øyelokkene holdes oppe), men øyet må også avleses i en kort periode mens det er i riktig posisjon (stirrer inn i

avleseren). Fysisk maktbruk i et slikt tilfelle fremstår ikke bare som ganske voldsomt, men også som risikabel for å volde øyeskade, hvilket vil være en utilsiktet og alvorlig konsekvens av tvangsbruken. Risiko for skade kan kanskje reduseres eller elimineres ved bruk av medisinsk personell. Men i så fall oppstår særskilte spørsmål om hvordan det skal gjennomføres og hvorvidt de aktuelle medisinske grep er akseptable som tvangstiltak, jf. den ovenfor omtalte Jollah-saken fra EMDs praksis.

Etter Advokatforeningens mening fremstår tvangsutøvelse som her eksemplifisert ved avlesing av øyestruktur som uforholdsmessig etter sin art, og bør i alle fall ikke kunne tillates på grunnlag av politiets eller påtalemyndighetens vurdering i det enkelte tilfelle. Advokatforeningen finner grunn til å minne om de strenge krav som EMD stiller til presisjon hva gjelder utformingen av lovtekst som gir adgang til fysisk maktutøvelse i bevissikringsøyemed, samt de krav som stilles til betryggende rettslige kontrollmekanismer mot overgrep («legal safeguards»). Se blant annet EMDs avgjørelser i sakene Sallinen og andre mot Finland (dom 27. september 2005, appl. no. 50882/99) og Gillian og Quinton mot Storbritannia (dom 12. januar 2010, appl. no. 4158/05) – begge med ytterligere henvisninger.

På denne bakgrunn er det Advokatforeningens oppfatning at dersom lovhjemmelen for tvang skal omfatte i prinsippet enhver form for biometrisk autentisering, så bør lovgiver ikke nøye seg med å sette begrensninger for maktbruken ved skjønnsmessige kriterier om hva politiet eller påtalemyndigheten anser som nødvendig og forholdsmessig. For det første bør lovteksten angi nærmere hva slags tvang som kan utøves, vel og merke innenfor nødvendighets- og forholdsmessighetskriteriet. Denne angivelsen vil kunne medføre at tvang er utelukket i enkelte situasjoner, avhengig av den grad av maktbruk som er påkrevd og eventuelt om arten og graden av skaderisiko overfor den som utsettes for tvangen. For det andre bør det vurderes om ikke visse typer av tvangsmessig gjennomføring av biometrisk autentisering – for eksempel netthinneskanning – reiser spørsmål av så konkret art fra sak til sak at avgjørelsen av både hvorvidt og hvordan maktutøvelsen skal finne sted bør overlates til domstolen. Advokatforeningen viser blant annet til at ved kroppslig undersøkelse med hjemmel i straffeprosessloven er beslutningen som hovedregel overlatt til domstolene, jf. straffeprosessloven § 157 tredje ledd. Dette kan tale for at lovteksten bør inkludere en særskilt regulering av visse former for biometrisk autentisering.

De her påpekte forhold reiser spørsmål som ikke synes tilstrekkelig vurdert av departementet. Etter Advokatforeningens skjønn er temaet så omfattende at arbeidet med å utforme et regelverk for tvangsgjennomføring av enhver form for biometrisk autentisering bør skje i tilknytning til det pågående arbeid med ny straffeprosesslov. Etter Advokatforeningens syn gjelder det også for spørsmålet om utøvelse av tvang overfor andre enn mistenkte. Med tanke på de rettssikkerhetsmessige spørsmål som vi står overfor, bør det ikke handles for raskt i form av generell lovhjemmelsutforming.

Det er etter dette Advokatforeningens anbefaling at den foreslåtte lovbestemmelse begrenses til maktbruk for gjennomføring av avtrykksautentisering, typisk fingeravtrykk, overfor mistenkte.

4. Avslutning/oppsummering

Etter Advokatforeningens syn legger forslaget opp til en for generelt utformet tvangshjemmel ettersom den er ment å omfatte enhver form for biometrisk autentisering. I henhold til individets vern etter Grunnloven § 102 og EMK bør en eventuell hjemmel for maktutøvelse i bevissikringsøyemed definere nærmere grensene for tvangsutøvelsen, særlig for de tilfeller hvor autentisering mot vedkommendes vilje betinger hard maktbruk og/eller risiko for skade overfor den som utsettes for tvangen. Det oppstår her til

dels kompliserte spørsmål både av materiell og prosessuell karakter som bør vurderes nærmere i forbindelse med det pågående arbeid med ny straffeprosesslov. Det gjelder også spørsmålet om det bør gis adgang til tvangsutøvelse overfor tredjemann. Det er derfor Advokatforeningens oppfatning at den foreslåtte lovbestemmelse foreløpig bør begrenses til maktbruk for gjennomføring av avtrykksautentisering (typisk fingeravtrykk) overfor mistenkte.



Jens Johan Hjort
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no