

Høringsnotat

Lovavdelingen
September 2018
Snr. 18/4856

Forslag til endringer i kildevernreglene i straffeprosessloven og tvisteloven

INNHOOLD

1	Innledning.....	4
1.1	Generelt.....	4
1.2	Bakgrunn.....	5
1.3	Kort om forslagene.....	5
2	Gjeldende rett.....	6
2.1	Generelt om kildevernet i norsk rett.....	6
2.2	Generelt om kildevernet etter EMK artikkel 10.....	7
3	Andre lands rett.....	8
3.1	Sverige.....	8
3.1.1	Innledning.....	8
3.1.2	Virkeområde – krav til mediets teknologi.....	9
3.1.3	Krav til selve ytringen.....	11
3.1.4	Straffbarheten etter ytringsfrihetsgrunnlovene.....	11
3.1.5	Kildevern.....	13
3.1.6	Øvrige prosessuelle regler om kildevern og etterforskning.....	16
3.2	Danmark.....	18
3.2.1	Retsplejeloven § 172 – fritak for vitneplikt om kildeavslørende opplysninger og unntak fra fritaksretten.....	18
3.2.2	Bruk av tvangsmidler.....	19
3.3	Finland.....	21
3.3.1	Fritak for vitneplikt om kildeavslørende opplysninger og unntak fra fritaksretten.....	21
3.3.2	Bruk av tvangsmidler.....	22
4	Bør norske kildevernregler utformes etter modell av svensk rett?.....	23
4.1	Stortingets anmodningsvedtak.....	23

4.2	NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag	24
4.2.1	Flertallets syn.....	24
4.2.2	Mindretallets syn.....	26
4.2.3	Høringsinstansenes syn	26
4.3	NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov	26
4.4	Departementets vurdering	27
5	Kildevern – hvem kan påberope seg kildevernet?	29
5.1	Gjeldende rett	29
5.2	Menneskerettslige føringer.....	29
5.3	NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag	31
5.3.1	Utvalgets syn	31
5.3.2	Mindretallets syn.....	33
5.3.3	Høringsinstansenes syn	34
5.4	NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov	36
5.4.1	Utvalgets forslag	36
5.4.2	Høringsinstansenes syn	37
5.5	Departementets vurdering og forslag til endring.....	39
5.5.1	Innledning.....	39
5.5.2	Alternativ 1	40
5.5.3	Alternativ 2.....	41
5.5.4	Hvilke andre pressemedarbeidere kan påberope seg kildevernet?	42
5.5.5	Samlet forslag til utforming av virkeområdet i straffeprosessloven § 125 første og annet ledd	42
6	Kildevern – når kan det gjøres unntak fra kildevernet?	43
6.1	Inngrep i kildevernet etter EMK.....	43
6.1.1	Nødvendig i et demokratisk samfunn	43
6.1.2	Konkret interesseavveining og betydningen av alvorlig kriminalitet	43
6.1.3	Kildens motiver og journalistens opptreden.....	45
6.1.4	Legalitetskrav	46
6.2	Gjeldende rett	46
6.2.1	Grunnvilkår i norsk rett.....	46
6.2.2	Samlet interesseavveining	47
6.2.3	Særlig vern for opplysninger av samfunnsmessig betydning.....	49
6.3	NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag	50
6.3.1	Utvalgets syn	50
6.3.2	Høringsinstansenes syn	50
6.4	NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov	51

6.4.1	Utvalgets forslag	51
6.4.2	Høringsinstansenes syn	53
6.5	Departementets vurdering og forslag til endring.....	58
6.5.1	Spørsmål om absolutt kildevern	58
6.5.2	Utforming av vilkårene for unntak	59
7	Vern av innholdet i journalistisk materiale	61
7.1	Gjeldende rett	61
7.1.1	Materiale som direkte eller indirekte kan avsløre kilder	61
7.1.2	Vern av innholdet i journalistisk materiale	63
7.2	NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag	66
7.3	NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov	67
7.3.1	Utvalgets forslag	67
7.3.2	Høringsinstansene syn.....	68
7.4	Departementets vurderinger og forslag til endring	69
7.4.1	Vern av innholdet i journalistisk materiale	69
7.4.2	Presisering av kildevernets rekkevidde	71
8	Endringer i tvisteloven § 22-11	71
9	Skal kildevernet være et forklaringsforbud eller et forklaringsfritak?	72
9.1	Bakgrunn	72
9.2	Gjeldende rett	72
9.2.1	Generelt	72
9.2.2	Betydningen av samtykke fra kilden.....	73
9.2.3	Tidligere vurderinger	73
9.3	NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag	75
9.4	Kulturdepartementets drøftelse av en taushetspliktbestemmelse i forslaget til ny medieansvarslov	76
9.5	NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.....	76
9.6	Departementets vurdering og forslag til endring.....	77
10	Tvangsmidler rettet mot journalistisk virksomhet.....	80
10.1	Innledning	80
10.2	Bruk av tvangsmidler etter EMK	80
10.3	Gjeldende rett.....	84
10.3.1	Beslag, utleveringspålegg og begjæring om bevistilgang	84
10.3.2	Ransaking og bevissikring	85
10.3.3	Generelt om enkelte skjulte tvangsmidler	86
10.3.4	Generelt om «særlige grunner»	87
10.3.5	Særlige grunner ved bruk av skjulte tvangsmidler mot pressen	88

10.3.6	Skranke for etterforskning av en kildes identitet	94
10.3.7	Sletteplikt og føring av bevis om kildeavslørende opplysninger innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk	97
10.4	Kort om NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov	103
10.5	Departementets vurdering	103
11	Særskilt om spørsmålet om et etterforskningsforbud	104
11.1	Innledning	104
11.2	Gjeldende rett	104
11.3	Nærmere om etterforskningsforbudet i svensk rett	105
11.4	NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag	106
11.4.1	Innledning	106
11.4.2	Flertallets syn	106
11.4.3	Mindretallets syn	108
11.4.4	Høringsinstansenes syn	109
11.5	NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov	110
11.6	Departementets vurdering	110
12	Økonomiske og administrative konsekvenser	112
13	Samlet forslag til endring	113
13.1	Straffeprosessloven	113
13.2	Tvisteloven	113

1 Innledning

1.1 Generelt

Justis- og beredskapsdepartementet sender med dette på høring forslag til endringer i reglene om pressens kildevern i straffeprosessloven og tvisteloven.

Det foreslås en viss skjerping av lovens vilkår for når pressen kan pålegges å identifisere en kilde. Dette er ment å gi bedre uttrykk for den terskelen som følger av praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Videre foreslås det klarere og mer fleksible vilkår for hvilke aktører som kan påberope seg kildevernet. Det foreslås også en lovfesting av at kildevernet omfatter alle opplysninger som er egnet til å avsløre kilder.

I tillegg drøftes muligheten for gjøre kildevernet til et prosessrettslig forklaringsforbud, fra å være et forklaringsfritak i dag. Det vil si at domstolen i så fall vil forbys å ta imot forklaring som navngir anonyme kilder, dersom ikke unntaksvilkårene er oppfylt.

Høringsnotatet inneholder for øvrig en redegjørelse for hvilke regler som gjelder for etterforskning av journalistisk virksomhet i norsk rett, en fremstilling og vurdering av svenske kildevernregler, samt en drøftelse av om det bør innføres et eget etterforskningsforbud.

1.2 Bakgrunn

Det fremgår av Jeløya-plattformen at regjeringen vil «(f)remme en ny lov om medieansvar der kildevernet og redaktøransvaret vurderes». Kulturdepartementet sendte 9. mai 2018 på høring et forslag til ny medieansvarslov (<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-medieansvarslov/id2600746/>). Dette forslaget innebærer en modernisering og samling av særreglene om rettslig ansvar og innhold i mediene, blant annet det strafferettslige redaktøransvaret. Utkastet til ny medieansvarslov inneholder ikke forslag til endringer i kildevernreglene i straffeprosessloven og tvisteloven. Prosesslovenes regulering av kildevernet må ses i sammenheng med de øvrige bevisreglene som gjelder for behandling av saker i domstolene og for etterforskning av straffesaker. I Kulturdepartementets høringsnotat ble det derfor vist til at Justis- og beredskapsdepartementet ville sende på høring et forslag til endringer i straffeprosessloven og tvisteloven (Kulturdepartementets høringsnotat 9. mai 2018 punkt 2.1 side 12). Dette følges opp i høringsnotatet her. De to høringsnotatene er utarbeidet i kontakt mellom Kulturdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet, og er til en viss grad ment å sees i sammenheng.

Høringsnotatene følger dessuten opp Medieansvarsutvalgets utredning NOU 2011: 12 *Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag*. Utredningen tok for seg reguleringen av ansvarssystemet på medieområdet, blant annet virkeområdet for reglene om kildevern i straffeprosessloven og tvisteloven.

Høringsnotatene er også foranlediget av Stortingets anmodningsvedtak nr. 431 av 17. januar 2017:

«Stortinget ber regjeringen utrede lov om medieansvar, herunder legge til rette for en teknologinøytral lovgivning, og komme tilbake til Stortinget på egnet måte. Utredningen bør blant annet omfatte redaktørens ansvar for redaksjonelt stoff, ansvar for brukergenerert innhold, kildevernets beskyttelse og adgangen til å etterforske medienes kilder.»

1.3 Kort om forslagene

Forslagene i dette høringsnotatet bygger i hovedsak på NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, som var på høring i 2017. Utredningen vil i all hovedsak bli fulgt opp i arbeidet med ny straffeprosesslov. I dette høringsnotatet er det likevel utformet forslag til enkelte endringer i den gjeldende straffeprosessloven og tvisteloven, basert på utvalgets utkast til ny kildevernbestemmelse. Departementet har ikke tatt endelig stilling til om gjeldende straffeprosesslov skal endres på bakgrunn av forslagene i dette høringsnotatet, eller om forslagene bør følges opp som del av ny straffeprosesslov.

I straffeprosessloven foreslås å endre lovens angivelse av *hvilke aktører* som kan påberope seg kildevernet (punkt 5), og å skjerpe lovens vilkår for når pressen kan *pålegges å identifisere* en kilde (punkt 6). Videre foreslås å presisere i loven at kildevernet omfatter *innholdet i journalistisk materiale* som er egnet til å avsløre kilder (punkt 7). Tilsvarende endringer foreslås i tvisteloven (punkt 8). Forslagene innebærer begrensede endringer i gjeldende rett, og er i hovedsak ment å klargjøre lovens vilkår på en måte som gir bedre uttrykk for gjeldende rettstilstand.

I lys av Kulturdepartementets høringsnotat og Medieansvarsutvalgets utredning NOU 2011: 12, som begge inneholder drøftelser av taushetsplikt for pressen og en

anonymitetsrett for kildene, drøftes også muligheten for at kildevernet gjøres til et prosessrettslig *forklaringsforbud*. I dag er kildevernet ivaretatt ved at pressen kan påberope seg fritak fra den alminnelige vitneplikten (punkt 9). Det er utformet et eksempel på en mulig lovendring.

I Stortingets anmodningsvedtak 17. januar 2017 (vedtak nummer 431) bes det om at regjeringen utreder adgangen til å *etterforske* mediernes kilder. Sentrale regler som gjelder for etterforskning av journalistisk virksomhet ble revidert i 2013, etter en utredning av Metodekontrollutvalget i NOU 2009: 12, jf. Prop. 147 L (2012–2013). Innenfor rammen av gjeldende straffeprosesslov kan departementet ikke se at det er hensiktsmessig å ta opp til ny vurdering de konklusjonene som Stortinget sluttet seg til i 2013. I forslaget til ny straffeprosesslov legger Straffeprosessutvalget opp til en omlegging av reglene om bevisforbud og bevisfritak, samt til enkelte endringer i reglene om skjulte tvangsmidler, se punkt 10.4. Hvordan utvalgets forslag følges opp, vil være bestemmende for hvilke regler som vil gjelde for etterforskning av journalistisk virksomhet etter den nye straffeprosessloven. Disse forslagene bør vurderes i sammenheng og følges opp samlet som ledd i arbeidet med en ny straffeprosesslov. Høringsnotatet her inneholder derfor ikke forslag til lovendringer i reglene som gjelder for etterforskning av journalistisk virksomhet. I lys av Stortingets anmodningsvedtak er det likevel redegjort utfyllende for disse reglene og vurderingene som ligger bak dem (punkt 10).

Som en oppfølging av Medieansvarsutvalgets utredning NOU 2011: 12 og enkelte høringsuttalelser til Straffeprosessutvalgets utredning NOU 2016: 24, drøftes dessuten behovet for et forbud mot etterforskning av mediernes kilder (punkt 11) og den svenske kildevernmodellen mer generelt (punkt 4). Det fremmes ikke forslag til lovendringer på bakgrunn av disse drøftelsene.

2 Gjeldende rett

2.1 Generelt om kildevernet i norsk rett

Hovedregelen er at media benytter seg av åpne kilder, jf. Vær Varsom-plakaten punkt 3.1. Åpne kilder har betydning for troverdigheten til uttalelsene som publiseres og gir publikum et grunnlag for å vurdere de opplysningene kilden bidrar med. At kilder og forfattere fremstår med navn, bidrar også til et åpent og gjennomsiktig samfunn. Videre er det et gode at enhver tar ansvar for sine egne uttalelser. Åpne kilder kan også bidra til å fremme pressens uavhengighet.

Unntaksvis kan det likevel være gode grunner til at pressen må bruke anonyme kilder. Å beskytte kildens identitet kan være nødvendig for at pressen skal kunne fylle sin samfunnsfunksjon ved å få frem opplysninger i offentligheten og sette søkelys på kritikkverdige forhold. Kilden kan ha en begrunnet frykt for å bli utsatt for represalier dersom det blir avdekket at vedkommende har gitt opplysninger til pressen, for eksempel fra arbeidsplassen eller kriminelle miljøer, eller i form av strafforfølgning for brudd på taushetsplikt. Bruk av anonyme kilder stiller særlige krav til pressen om å utøve kildekritikk, herunder vurdere om opplysningene er riktige, jf. Vær Varsom-plakaten punkt 3.2.

Etter straffeprosessloven § 108 er hovedregelen at enhver som blir innkalt som vitne plikter å møte og forklare seg for retten, med mindre noe annet er bestemt

ved lov. Tilsvarende plikt har enhver som kan ha noe å forklare i en sivil sak, jf. tvisteloven § 24-1 første ledd.

For medarbeidere i massemedier gir likevel loven rett til å nekte å svare på spørsmål om «hvem som er forfatter til en artikkel eller melding i skriftet eller kilde for opplysninger i det», jf. straffeprosessloven § 125 første ledd første punktum og tvisteloven § 22-11 første ledd første punktum. Det samme gjelder spørsmål om «hvem som er kilde for andre opplysninger som er betrodd redaktøren til bruk i hans virksomhet», jf. § 125 første ledd annet punktum. Tvisteloven § 22-11 første ledd annet punktum inneholder en tilsvarende bestemmelse.

Formålet med straffeprosessloven § 125 og tvisteloven § 22-11 er å legge til rette for at pressen kan ivareta det samfunnsmessige og demokratiske behovet for fri debatt og meningsdannelse, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.3 side 17. Pressen er en viktig formidler til allmennheten og myndighetene av informasjon om kritikkverdige forhold i samfunnet og om andre forhold som har samfunnsmessig interesse. I et demokratisk samfunn har massemediene også en viktig funksjon som arena for debatt om både det offentlige og private samfunnsliv. Et sterkt vern for pressens kilder er av vesentlig betydning i et samfunn som bygger på demokrati og ytringsfrihet, og er en nødvendig forutsetning for en kritisk og samfunnsengasjert presse. Kildevernet bidrar til at kritikkverdige forhold bringes frem i offentligheten, fordi dette kan skje uten risiko for den enkelte kilde. Et utilstrekkelig vern for kildene kan føre til at enkeltpersoner ikke våger å bringe frem opplysninger, f.eks. av frykt for represalier fra dem de kritikkverdige forholdene gjelder.

Kildevernet er ikke bare en rett til å nekte å svare på spørsmål, men innebærer også at det i utgangspunktet ikke er adgang til å ta beslag i eller pålegge utlevering av dokumenter eller annet, som har et innhold som pressen kan nekte å forklare seg om etter straffeprosessloven § 125, jf. straffeprosessloven § 204 første ledd første punktum og § 210 første ledd første punktum. Tilsvarende gjelder for bevistilgang i sivile saker, jf. tvisteloven § 26-7 annet ledd.

Forklaringsfritaket og beslagsforbudet gjelder likevel ikke ubetinget. Retten kan på strenge vilkår gjøre unntak fra kildevernet og pålegge forklaringsplikt om hvem som er kilde, jf. punkt 6.2 nedenfor. En pressemedarbeider kan dessuten ha plikt til å oppgi kilder på eget initiativ, særlig etter straffeloven § 196 (avvergingsplikt), § 226 (uriktig tiltale eller domfellelse) og § 287 (hjelpeplikt).

2.2 Generelt om kildevernet etter EMK artikkel 10

Ytringsfriheten er beskyttet av Grunnloven § 100, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 10 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 19. Fremstillingen her konsentreres om EMK artikkel 10.

Ytringsfriheten omfatter «frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser», jf. EMK artikkel 10 første ledd.

Inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10 tillates etter annet ledd bare dersom det er «foreskrevet ved lov» og «nødvendig i et demokratisk samfunn» av hensyn til «den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlige trygghet,

eller for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet.» Annet ledd innebærer at inngrep i ytringsfriheten vil utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 10 med mindre kravene til lovhjemmel, proporsjonalitet og legitimt formål er oppfylt.

Pressefriheten utgjør et viktig element i retten til ytringsfrihet etter artikkel 10. I Goodwin-saken (sak 17488/90) uttalte EMDs flertall (avsnitt 39):

«The court recalls that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and that the safeguards to be afforded to the press are of particular importance [...].»

Selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden i artikkel 10, følger det av EMDs praksis at pressens ytringsfrihet også omfatter retten til kildevern, jf. blant annet Goodwin-saken avsnitt 39 der EMD uttaler:

«[...] Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, as is reflected in the laws and the professional codes of conduct in a number of Contracting States and is affirmed in several international instruments on journalistic freedoms [...]. Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected.»

På dette området er statens skjønnsmargin begrenset, og EMD foretar en inngående prøving av vilkårene etter annet ledd, jf. blant annet Goodwin mot Storbritannia avsnitt 40.

3 Andre lands rett

3.1 Sverige

3.1.1 Innledning

Sverige har fire grunnlover: *regeringsformen*, *successionsordningen*, *tryckfrihetsförordningen* og *yttrandefrihetsgrundlagen*. Tryckfrihetsförordningen (1949:105) og yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469) gir en omfattende regulering av blant annet kildevernet. Disse to grunnlovene regulerer ulike medier, men oppstiller i all hovedsak sammenfallende regler.

Tryckfrihetsförordningen («TF») 1. kap. 1 § (1:1) andre stykket (ledd) og yttrandefrihetsgrundlagen («YGL») 1 kap. 2 § (1:2) oppstiller den såkalte *meddelarfriheten* (se punkt 3.1.4.2). Dette innebærer at enhver i utgangspunktet har rett til å gi opplysninger til pressen om et hvilket som helst emne, uten risiko for straff eller andre represalier. Opplysningene kan gis til en nærmere angitt krets av personer som på ulike vis har tilknytning til det mediet hvor opplysningen tenkes publisert. Vernet forutsetter at mediet er omfattet av grunnlovenes virkeområde, se punkt 3.1.2.

Meddelarfriheten suppleres av en rett for kilder og forfattere til å være anonyme, se punkt 3.1.5. Hovedreglene om retten til anonymitet er angitt i TF 3:1 og YGL 2:1. Anonymitetsretten underbygges av et *forbud* for det offentlige mot å

etterforske kildens identitet (se punkt 3.1.5.3) og en tilsvarende *taushetsplikt* for mediearbeidere (se punkt 3.1.5.2).

Samlet kan det vernet som er beskrevet over, omtales som *meddelarskydd*. I svensk rett står dette som motstykke til redaktørens såkalte *ensamansvar* (se punkt 3.1.4.1). Dette eneansvaret innebærer i utgangspunktet at en på forhånd utpekt utgiver eller redaktør alene er ansvarlig for alt innhold, også for ytringer som er straffbare å fremsette.

I mai 2018 behandlet Riksdagen et forslag om blant annet systematiske og språklige endringer i TF og YGL, jf. Prop. 2017/18:49. Lovendringene er foreslått å tre i kraft 1. januar 2019. Ettersom det dreier seg om grunnlovsendringer, skal riksdagen stemme over forslagene på nytt høsten 2018. Fremstillingen nedenfor tar utgangspunkt i gjeldende rett.

3.1.2 Virkeområde – krav til mediets teknologi

Både TF og YGL stiller formelle krav til mediets teknologi for at de grunnlovsfestede reglene om ytringsfrihet og kildevern skal gjelde. TF gjelder for trykt skrift i vid forstand, inkludert fotografier og tegninger i skriftet, mens YGL gjelder radio, TV og medieinnhold på digitale informasjonsbærere, som DVD-plater og liknende, samt visse databaser.

En konsekvens av at den svenske grunnlovsbeskyttelsen ikke er teknologinøytral, er at det stadig er nødvendig å vurdere lovendringer som følge av den teknologiske utviklingen. Nylig ble det for eksempel vurdert om det var behov for utvidet grunnlovsbeskyttelse for «print on demand», e-bøker og lydbøker, jf. Prop. 2017/18:49 punkt 6.

I forbindelse med drøftelser av om den svenske lovgivningen i større grad bør gjøres uavhengig av teknologi, har Yttrandefrihetskommittén uttalt følgende i SOU 2010:68 punkt 5.3.3:

«Det nuvarande systemet får sägas bygga på att mottagaren (t.ex. en journalist eller utgivare) kan förväntas göra en ansvarsfull bedömning av om publiceringsintresset överväger sekretessintresset. Det är inte givet att den typen av eftertänksamma förhållningssätt generellt sett skulle råda vid en utvidgning av meddelarfriheten genom att den görs tillämplig på alla former av offentliga yttranden. Om meddelanden med sekretessbelagda uppgifter skulle få lämnas straffritt för publicering på t.ex. alla bloggar och andra webbplatser, talar mycket för att sekretessintresset har hamnat alltför mycket i bakgrunden. Den nuvarande balansen mellan publicerings- och sekretessintresset har då rubbats på ett sätt som inte var avsett.»

Det norske Medieansvarsutvalget har konstatert, blant annet under henvisning til ovennevnte uttalelse, at man i Sverige anser det någjeldende systemet for å være til hinder for en teknologinøytral medielovgivning, med mindre det gjøres vesentlige innskrenkninger i varslervernets materielle rekkevidde, jf. NOU 2011: 12 punkt 12.6.4. Den norske Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 beskytter ytringsfriheten uavhengig av teknologi.

Et særlig spørsmål er hvilke internettbaserte medier som er omfattet av ytringsfrihetsgrunnlovene. Det følger av YGL 1:9 at loven kan omfatte medieinnhold publisert på Internett, forutsatt at nærmere angitte vilkår er oppfylt. YGL skiller i denne forbindelse mellom databaser, herunder internettsider, drevet av tradisjonelle

medier som driver annen virksomhet som allerede er omfattet av ytringsfrihetsgrunnlovene, og rene internettmidier.

YGL 1:9 første stykket gjelder medieinnhold publisert på Internett av tradisjonelle medier, som papiraviser, radiostasjoner, nyhetsbyråer og tv-stasjoner. Disse mediernes tradisjonelle virksomhet er i utgangspunktet omfattet av ytringsfrihetsgrunnlovene, og deres publiseringer på Internett vil dermed automatisk være omfattet av YGL. Det er en forutsetning at innholdet er tilgjengelig på forespørsel for alle og bare kan endres av den som driver virksomheten.

YGL 1:9 andre stykket gjelder andre medier enn de som er nevnt i første stykket, for eksempel nettaviser som bare publiserer på nett. For disse er hovedregelen at grunnlovsbeskyttelse for publisering på Internett er frivillig, og oppnås gjennom et såkalt *utgivningsbevis*. Formålet med regelen er å likestille grunnlovsbeskyttelsen for ellers like ytringer, og at andre medier enn de tradisjonelle massemediene kunne få grunnlovsbeskyttelse (Prop. 2001/02:74 side 48). Gitt at nærmere angitte formelle vilkår er oppfylt, kan likevel alle som gjør tilgjengelig informasjon på nettet søke om slikt bevis.

Vilkårene for å få *utgivningsbevis* følger av YGL 1:9. Virksomheten må blant annet være organisert som en database som er åpen for allmenheten og en ansvarlig utgiver må utnevnes og ha tatt på seg oppdraget. Innholdet må dessuten ikke kunne påvirkes av mottakeren. Dette utelukker en rekke sosiale medier. Databasens innhold og formål, samt hvem som driver den, er ikke relevant for søknaden om slikt bevis. Det kreves altså ikke noen tilknytning til journalistisk virksomhet – det er tilstrekkelig å fylle de formelle vilkårene. Både nettaviser og andre nettstedene kan dermed være beskyttet av ytringsfrihetsgrunnlovene gjennom utgivningsbevis. I praksis har en rekke nettsider som publiserer databaser med personopplysninger, blitt tildelt utgivningsbevis. Grunnlovsbeskyttelsen har gjort det vanskelig å ivareta personvernet og beskytte den enkeltes integritet (Prop. 2017/18:49 punkt 9.2 side 145):

«Den nuvarande situationen innebär sammanfattningsvis att grundlagsskyddet får konsekvenser som inte är rimliga. Den ökade risken för att enskilda drabbas av allvarliga integritetsintrång kan svårigen motiveras och riskerar att minska den allmänna förståelsen och acceptansen för den särskilda tryck- och yttrandefrihetsrättsliga regleringen. Det föranleder behov av åtgärder.»

Ordningen med utgivningsbevis er likevel foreslått videreført av regjeringen, jf. Prop. 2017/18:49 punkt 5 side 110. Det ble vist til at selv om det kunne være ønskelig at profesjonelt drevet medievirksomhet som bare publiserer på nett, automatisk burde være omfattet av YGL, kunne en slik regulering medføre uklarheter om grunnlovens virkeområde. I Prop. 2017/18:49 (punkt 9) foreslås likevel at det skulle bli mulig å forby nettsider med utgivningsbevis å gjøre tilgjengelig personopplysninger om blant annet etnisk opprinnelse, hudfarge, seksuell legning, genetisk eller biometrisk informasjon og straffedommer. Forslaget ble vedtatt delvis i riksdagens førstegangsbehandling 30. mai 2018.

For en nærmere redegjørelse av ordningen med utgivningsbevis i den svenske reguleringen vises til Kulturdepartementets høringsnotat 9. mai 2018 med forslag til ny medieansvarslov punkt 5.2.5 side 86 til 88.

3.1.3 Krav til selve ytringen

Det klare utgangspunktet er at dersom en medieform omfattes av grunnlovene, vil alt innhold i mediet være beskyttet. Enkelte ytringer er likevel unntatt fra grunnlovenes virkeområde. Det gjelder blant annet ytringer som strider mot en annens opphavsrett, jf. TF 1:8 og YGL 1:12. Et annet eksempel er skildringer av seksuelt misbruk av barn, jf. TF 1:10 og YGL 1:12, og visse former for spredning av pornografi, jf. TF 6:2. Også alkohol- og tobakksreklame er gjenstand for særlig regulering, jf. TF 1:9 og YGL 1:12. Det samme gjelder reklame i radio og TV, kredittopplysning og kommersielle annonser om helse og miljø.

I tillegg vil enkelte ytringer kunne falle utenfor virkeområdet etter en formålstolkning, til tross for at de publiseres gjennom et omfattet medium. Av YGL 1:1 andre stykket følger at ytringsfrihetens formål er å «säkra ett fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande.» Viktigheten av å sikre ett «fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning» understrekes også i TF 1:1 andre stykket. I Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, tredje opplag 2017, side 60, heter det at ytringsfriheten omfatter fri nyhetsformidling, uhindret politisk debatt samt vitenskapelig, kunstnerlig, litterær, publisistisk og religiøs ytringsfrihet. I tillegg til sin politiske funksjon, er ytringsfriheten også viktig fra et kulturelt synspunkt. Det er ikke bare såkalt «finkultur» som er omfattet, men også underholdning, forbrukeropplysning og annen hverdagslig informasjonsformidling.

Det tydeligste eksempelet på ytringer som ikke anses å være omfattet av ytringsfriheten som følge av en formålstolkning, er bedrageri, jf. Axberger side 30:

«Bedragaren bidrar inte till allmän upplysning eller det fria åsiktsutbytet, därför är inte heller bedrägeri ett yttrandefrihetsbrott.»

Axberger skriver videre på side 61 at andre eksempler er «*oredligt förfarande*», «*svindleri*» og *förfälskningsbrott* begått gjennom trykt skrift og krenkelse av «*annans varumärkesrätt*».

Selv om ytringsfrihetsgrunnlovene i utgangspunktet omfatter markedsføring, omfattes ikke det som regnes som utpreget kommersiell reklame, etter en formålstolkning

Disse tilfellene dreier seg ikke om åkalt misbruk av ytringsfriheten. I svensk tradisjon sikter dette til tilfeller som faller *innenfor* det materielle virkeområde til ytringsfrihetsgrunnlovene. Det som faller *utenfor*, er ytringer som etter en formålstolkning *ikke anses å ha noe med ytringsfrihet å gjøre*, som for eksempel bedrageri.

Etter den norske Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 vil tilnærmingen derimot være at alle ytringer i utgangspunktet er omfattet ytringsfriheten, men at det på nærmere forutsetninger kan gripes inn i denne friheten. Etter EMK artikkel 10 er for øvrig ikke reklame og kommersielle ytringer prinsipielt utelukket fra ytringsfriheten, jf. Markt intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mot Tyskland (10572/83). Det samme er antakelig tilfellet etter Grunnloven § 100.

3.1.4 Straffbarheten etter ytringsfrihetsgrunnlovene

Misbruk av ytringsfriheten eller medvirkning til dette, som begås i et grunnlovsbeskyttet medium, kan bare straffes dersom TF eller YGL gir grunnlag for straffansvar, jf. TF 1:3 og YGL 1:4. Dersom straffansvar ikke følger av YGL eller TF,

kan handlingen ikke strafforfølges selv om den skulle være straffbelagt etter alminnelig lovgivning.

Etter ytringsfrihetsgrunnlovene kan misbruk av ytringsfriheten bare straffes dersom handlingen utgjør et såkalt *ytrandefrihetsbrott*. Betegnelsen omfatter lovbrudd som reguleres gjennom *ensamansvaret* og de såkalte *meddelarbrotten*. Begge regelsett setter grenser for hvem som kan ansvarliggjøres og hva vedkommende kan stilles til ansvar for.

Etter den norske Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 vil derimot adgangen til å straffe en ytring bero på en skjønsmessig vurdering av om et slikt inngrep kan forsvares av hensyn til andre interesser.

3.1.4.1 *Ensamansvaret*

Et hovedprinsipp etter ytringsfrihetsgrunnlovene er som tidligere nevnt *ensamansvaret*. Det innebærer at en på forhånd utpekt utgiver eller redaktør alene er ansvarlig for alt innhold. Hovedregelen er at bare én person kan stilles til ansvar – ingen andre kan holdes ansvarlig for det som publiseres.

I norsk rett er utgangspunktet at rettslig ansvar plasseres hos den som har foretatt den klanderverdige handlingen. Det strafferettslige redaktøransvaret er sekundært. I Kulturdepartementets forslag til redaktøransvarbestemmelse i en ny medieansvarslov, er denne modellen videreført, jf. høringsnotat 9. mai 2018 punkt 10.2

Hvem som har eneansvaret etter svensk rett bestemmes ut fra lovfestede regler. Med utgangspunkt i trykte periodiske medier kan ansvarskjeden beskrives som følger: I første rekke er utgiveren ansvarlig. Dersom vedkommende ikke kan holdes ansvarlig, er det mediets eier som er bærer ansvaret. Dersom heller ikke eieren kan ansvarliggjøres, bæres ansvaret av trykkeren. Dersom ingen av de nevnte personene kan holdes ansvarlige, er det den som har spredt skriftet som holdes ansvarlig.

Eneansvaret omfatter kun nærmere angitte lovbrudd. Annet misbruk av ytringsfriheten enn de som er uttrykkelig angitt, kan ikke strafforfølges. Lovbruddene som omfattes av *ensamansvaret* er oppregnet i TF 7:4 og 7:5. Oppregningen kalles for *brottskatalogen*. Som følge av henvisning fra YGL 5:1 til TF, er brottskatalogen i de to lovene sammenfallende. I lovteksten skilles mellom *otillåtne ytranden* (7:4) og *otillåtne offentliggöranden* (7:5). Blant disse lovbruddene kan nevnes *högförräderi*, *spioneri* og andre lovbrudd mot rikets sikkerhet, samt blant annet *hets mot folkgrupp*, *brott mot medborgerlig frihet*, *olaga våldsskildring*, *förtal* og *olaga hot*.

Ensamansvaret har primært to funksjoner. For det første skal det være enkelt å finne frem til den ansvarlige for et ytringsfrihetslovbrudd. For å ytterligere forenkle strafforfølgingen, bygger de svenske reglene på en *skyldpresumsjon*. Det innebærer at den som har eneansvaret ikke kan anføre at vedkommende ikke visste om lovbruddet. I stedet legges det til grunn at den som er ansvarlig kjente til fremstillingens innhold og at den ble publisert forsettlig. Unntak fra dette prinsippet kan kun tenkes i særlige tilfeller.

For det andre skal *ensamansvaret* fremme ytringsfriheten gjennom at andre enn den ansvarlige som bidrar til innholdet og offentliggjøringen av en ytring, som hovedregel ikke har noe rettslig medvirkeransvar. Massemedienes redaksjoner blir dermed ikke gjenstand for etterforskning og strafforfølging. På denne måten ønsker man å unngå en dempende virkning på samfunnsdebatten og informasjonsutveksling, som vanlige strafferettslige regler om blant annet medvirkningsansvar ellers kunne medført.

3.1.4.2 *Meddelarfrihet og meddelarbrott*

Ansvarsfrihet for kilder kalles på svensk for *meddelarfrihet*. Dette er en rett for enhver til ansvarsfritt å tilgjengeliggjøre informasjon om hvilket som helst emne for publisering i trykt skrift eller i øvrige medier som omfattes av grunnlovenes virkeområde, uten frykt for å bli rammet av sanksjoner. Når en handling er omfattet av *meddelarfriheten* innebærer det at gjerningen er straffri, uansett om den skulle være kriminalisert i vanlig lov, f. eks. som brudd på taushetsplikt. *Meddelarfriheten* gjelder for alle enkeltpersoner, både den som opptrer under fullt navn og den som opptrer anonymt. Regelen fremgår av TF 1:1 tredje stykket og YGL 1:2. Vernet forutsetter at mediet er omfattet av grunnlovenes virkeområde.

Eneansvaret for redaktøren utgjør et viktig premiss for *meddelarfriheten*. Selv om *meddelaren* ikke kan straffes, vil den som er krenket av et eventuelt brudd på ytringsfrihetsgrunnlovene ha en ansvarlig person å forholde seg til i kraft av ensamansvaret. Dette kan formuleres slik at den enes ansvar muliggjør den andres ansvarsfrihet.

Meddelarfriheten gjelder imidlertid ikke uten unntak. Ytringsfrihetsgrunnlovene angir hvilke lovbrudd en *meddelar* likevel kan straffes for, nemlig de såkalte *meddelarbrodden*. Disse angis i TF 7:3 og YGL 5:3:

- «1. högförräderi, spioneri, grovt spioneri, grov obehörig befattning med hemlig uppgift, uppror, landsförräderi, landssvek eller försök, förberedelse eller stämpling till sådant brott;
2. oriktigt utlämnande av allmän handling som ej är tillgänglig för envar eller tillhandahållande av sådan handling i strid med myndighets förbehåll vid dess utlämnande, när gärningen är uppsåtlig; eller
3. uppsåtligt åsidosättande av tystnadsplikt i de fall som angivas i särskild lag.»

Punkt 2 innebærer at ansvarsfriheten gjelder for den som *muntlig* gir taushetsbelagte opplysninger, men ikke ved formidling av offentlige *dokumenter* som ikke er allment tilgjengelige.

Bortfall av meddelarfriheten etter nr. 3 gjelder ved både muntlig og skriftlig brudd på kvalifisert taushetsplikt etter offentlighets- og sekretesslagen (2009:400).

Ansvar for *meddelarbrott*, det såkalte *meddelaransvaret*, er begrenset til de aktørene som nevnes eksplisitt i TF 7:3. Dette er dels kilder, dels andre som medvirker i egenskap av å være forfatter, annen opphavsmann eller utgiver. Andre kan ikke straffes for meddelarbrott.

I norsk rett er ytringsfriheten etter Grunnloven § 100 og etter EMK artikkel 10 ikke begrenset til visse meddelelser eller til bestemte teknologier. Adgangen til å gjøre inngrep i ytringsfriheten er heller ikke begrenset til bestemte lovbrudd.

Utgangspunktet er for øvrig som nevnt at rettslig ansvar plasseres hos den som har fremsatt den ulovlige ytringen. Se nærmere om straffansvar for ytringer i norsk rett i Kulturdepartementets høringsnotat 9. mai 2018 punktene 4.4, 4.8, 10 og 18.2.7.

3.1.5 **Kildevern**

3.1.5.1 *Innledning*

Et viktig aspekt ved de svenske ytringsfrihetsgrunnlovene er reglene om såkalt *anonymitetsskydd* i TF kapittel 3 og YGL kapittel 2. TF 3:1 og YGL 2:1 innebærer at kilder, forfattere og andre opphavsmenn ikke skal behøve å identifisere seg.

Anonymitetsvernet består også av reglene om *taushetsplikt* og *etterforskningsforbud*. Mediearbeidere har taushetsplikt om kildenes identitet etter TF 3:3 (YGL 2:3). Videre får offentlig myndighet som hovedregel ikke etterforske identiteten til en anonym forfatter eller kilde, jf. TF 3:4 (YGL 2:4). Brudd på taushetsplikten eller etterforskningsforbudet kan straffes med bøter eller fengsel inntil ett år, jf. TF 3:5 første og andre stykket og YGL 2:5 første og andre stykket

I norsk rett gir reglene om bevisfritak for kildeavslørende opplysninger et kildevern på prosesslovenes område. I tillegg fastsetter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 et mer generelt kildevern, som både har betydning for adgangen til etterforskning og for andre myndigheters adgang til å søke etter anonyme kilders identitet. I Norge er pressens plikt til å verne om sine kilder regulert i pressens egne etiske regler. Se nærmere om taushetsplikt og anonymitetsrett i Kulturdepartementets høringsnotat 9. mai 2018, punkt 15.

3.1.5.2 *Nærmere om taushetsplikt*

Regelen om taushetsplikt i TF 3:3 innebærer at den som har hatt befatning med utarbeidelsen eller utgivelsen av et trykt skrift ikke har lov til å avsløre hva vedkommende i dette arbeidet har fått vite om hvem som er forfatter eller kilde. En tilsvarende regel følger av YGL 2:3. Taushetsplikten gjelder ikke bare den anonymes identitet, men også andre opplysninger som kan føre til at identiteten blir avslørt.

Tre persongrupper er omfattet av taushetsplikten: den som har medvirket ved fremstilling eller publisering av en fremstilling som omfattes av TF eller YGL, den som arbeider et sted der fremstillinger som omfattes av TF eller YGL produseres og den som arbeider ved et nyhetsbyrå.

Også fra taushetsplikten gjelder det unntak. Taushetsplikten gjelder blant annet ikke når den som beskyttes av plikten har samtykket til å stå frem offentlig, jf. TF 3:3 andre stykket og YGL 2:3 andre stykket. Etter TF 3:3 andre stykket nr. 3 og YGL 2:3 andre stykket nr. 3 gjelder taushetsplikten heller ikke i saker om meddelarbrott som kan skade rikets sikkerhet mv., jf. TF 7:3 første stykket nr. 1 og YGL 5:3 første stykket nr. 1, jf. punkt 3.1.4.2. Etter TF 3:3 andre stykket nr. 4 åpnes det videre for at det kan gjøres unntak i saker som innebærer mer alvorlige brudd på taushetsplikt, men bare i den grad domstolen finner det nødvendig å få bekreftet eller avkreftet fra journalisten at mistenkte har opptrådt som kilde eller for øvrig medvirket til ytringen. Det er kun dette spørsmålet som kan stilles, og det skal besvares med ja eller nei. Ingen andre spørsmål er tillatt.

Etter TF 3:3 andre stykket nr. 5 og YGL 2:3 andre stykket nr. 5 har domstolen en skjønnsmessig adgang til å la taushetsplikten vike for vitneplikt i andre tilfeller enn de ovennevnte, når sterke offentlige eller private interesser taler for det. Unntak kan gjøres dersom retten av hensyn til en allmenn eller særskilt interesse finner at det vil være av «synnerlig vikt att uppgift om identiteten lämnas vid vittnesförhör eller förhör med en part under sanningsförsäkran». Unntaksadgangen i TF 3:3 andre stykket nr. 5 er i likhet med straffeprosessloven § 125 forutsatt å være en snever unntaksregel. I Prop. 1975/76:204 om ändringar i grundlagsregleringen av tryckfriheten er det på side 111 understreket at taushetsplikten bare skal oppheves dersom det er «av verklig betydelse» at opplysningen om kildens identitet gis, og denne ikke «lämpligen» kan bevises på annet vis. Videre heter det (side 111 til 112):

«Att dessa villkor är uppfyllda kan emellertid inte utan vidare tas til intäkt för att tystnadsplikten bör vika. I tvistemål får dessutom beaktas parternas intresse av målets utgång,

såvitt denna kan påverkas av den ifrågasatta bevisningen. I brottmål bör hänsyn tas til hur pass allvarligt det brott är som avses med åtalet. Under i övrigt likartade förhållanden måste det vidare ligga närmare til hands att medge bevisning som bryter anonymiteten, om bevisningen kan antas vara till en tilltalads förmån än om motsatsen är fallet. Sammanfattningsvis vill jag understryka att beslut om att hänsynen til anonymiteten skall vika får fattas endast om mycket starka skäl kan åberopas.»

I NOU 1988: 2 konstaterte Kildevernutvalget (punkt 2.2.2 side 13) at den skjønsmessige adgangen til å oppheve taushetsplikten «visstnok meget sjelden» brukes i praksis av svenske domstoler.

3.1.5.3 *Etterforskningsforbud*

Som del av anonymitetsvernet oppstiller ytringsfrihetsgrunnlovene som tidligere nevnt også et *etterforskningsforbud*. Av TF 3:4 følger det at det ikke er tillatt for en myndighet eller et annet offentlig organ å etterforske hvem en anonym utgiver, forfatter eller kilde er, i større utstrekning enn det som er nødvendig for tiltale eller annet inngrep mot vedkommende som ikke står i strid med grunnloven. En tilsvarende regel oppstilles i YGL 2:4.

I norsk rett vil ulike skranker i straffeprosessloven, samt straffeprosessloven § 170 a og EMK artikkel 10, legge begrensninger på adgangen til å etterforske kilder, jf. nedenfor i punkt 10. Det gjelder likevel ikke noe forbud. Etterforskningsforbudet i svensk rett og forholdet til norsk rett er nærmere behandlet nedenfor i punkt 11.

I Prop. 1975/76:204 side 57 settes det svenske etterforskningsforbudet i sammenheng med *ensamansvaret*:

«Eftersom i princip en enda efter formella regler bestämd person skall vara ansvarig för innehållet i tryckt skrift – för periodisk skrift utgivaren och för annan skrift i regel författaren, om han har framträtt, och annars förläggaren – finns det inte befogad anledning för en myndighet eller någon av dess tjänstemän att söka få reda på vilka som i övrigt har medverkat till innehållet i skriften.»

Bestemmelsene om etterforskningsforbud gjør unntak for tilfeller der ytringsfrihetsgrunnlovene tillater sanksjoner. Utgangspunktet er at misbruk av ytringsfriheten som begås gjennom et massemedium som er vernet av ytringsfrihetslovene, bare kan etterforskes dersom lovbruddet er omfattet av *brottskatalogen* etter eneansvaret eller *meddelarbrodden*.

Det er først og fremst etterforskning av meddelarbrodden i TF 7:3 som er aktuelt i praksis. Dette innebærer blant annet at identiteten til en anonym kilde kan gjøres til gjenstand for etterforskning dersom kilden har tilsidesatt en kvalifisert taushetsplikt etter offentlighets- og sekretesslagen (2009:400) (TF 7:3 første stykket nr. 3) eller har utlevert eller tilgjengeliggjort et offentlig dokument som ikke er tilgjengelig for enhver, når dette har skjedd i strid med myndighetenes forbehold da dokumentet ble utlevert (TF 7:3 første stykket nr. 2).

Videre er handlinger beskrevet i TF 7:2 unntatt fra etterforskningsforbudet. Bestemmelsen tar sikte på tekster som den eneansvarlige ikke har hatt mulighet til å forstå betydningen av. Denne typen ytringer er ikke omfattet av reglene om eneansvar i TF kapittel 8 - de vanlige strafferettslige reglene skal anvendes i stedet og etterforskning er tillatt.

Også andre handlinger kan etter omstendighetene være unntatt etterforskningsforbudet. Dette gjelder blant annet ytringer som etter en formålstolkning av ytringsfrihetsgrunnlovene faller utenfor disses anvendelsesområde,

fordi begrunnelsen for ytringsfriheten ikke anses å slå til for den aktuelle ytringen, jf. ovenfor i punkt 3.1.3. Slike lovbrudd kan etterforskes etter vanlige straffeprosessuelle regler, selv om de begås gjennom et grunnlovbeskyttet medium og ikke er omfattet av hverken ensamansvaret eller meddelarbrodden, jf. Axberger op. cit. side 185. Det tydeligste eksempelet på slike ytringer er bedrageri. I andre tilfeller er rekkevidden av etterforskningsforbudet mer uklart, jf. punkt 11 nedenfor.

Selv om etterforskning er tillatt i visse tilfeller, følger det av TF 3:4 første ledd siste punktum at taushetsplikten i TF 3:3 skal respekteres også under en tillatt etterforskning. Den som har taushetsplikt er med andre ord pålagt å overholde denne selv om kilden har begått en straffbar handling etter TF eller YGL. Regelen innebærer også at det gjelder et såkalt *frågeförbud*. Den etterforskende myndigheten skal selv iaktta og respektere taushetsplikten, og har derfor forbud mot å stille den som er pålagt taushetsplikt spørsmål om nettopp kildens identitet, jf. Prop. 1975/76:204 side 113. *Frågeförbudet* gjelder også der formålet med utspørringen ikke er å sette i verk sanksjoner mot kilden.

3.1.6 Øvrige prosessuelle regler om kildevern og etterforskning

Det følger av TF 14:5 og YGL 11:1 at dersom ytringsfrihetsgrunnlovene ikke oppstiller særregler, er det alminnelige lovregler som gjelder i saken. Når det gjelder etterforskning og irettføring av journalister og deres kilder, oppstiller TF og YGL særregler på enkelte punkter. Dette innebærer at feltet er regulert både i alminnelig lovgivning og i ytringsfrihetsgrunnlovene.

For det første følger det av ytringsfrihetsgrunnlovene at gangen i en sak om ytringsfrihetslovbrudd skiller seg en del fra andre saker. Blant annet skal sakene føres for en jury, det er gitt særskilte instruksjoner for utøvelsen av blant annet juryens skjønn (TF 1:4 og YGL 1:5) og etterforskningen er sentralisert under Justitiekanslern (JK), jf. TF 9:2.

For det andre oppstiller TF 3:4 og YGL 2:4 som beskrevet ovenfor et generelt forbud mot å etterforske hvem som er kilden eller forfatteren til en ytring utover hva som er tillatt etter ytringsfrihetsgrunnlovene.

For det tredje inneholder TF og YGL særlige regler om beslag, se TF kapittel 10 og YGL kapittel 7. Av disse bestemmelsene følger det blant annet at dersom det behøves for etterforskning av en trykkefrihetssak, kan eksemplarer av et trykket skrift eller et teknisk opptak tas i beslag. Det kan også foretas såkalt konfiskasjonsbeslag dersom ønsket er å stoppe spredningen av et skrift eller et teknisk opptak.

Bortsett fra dette oppstiller ytringsfrihetsgrunnlovene ikke særregler om bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler rettet mot journalistisk virksomhet. Det følger likevel slike skranker av de alminnelige reglene i rättegångsbalken (Rättegångsbalk (1942:740)) ved henvisning til reglene om taushetsplikt i TF og YGL. Taushetsplikten etter TF 3:3 og YGL 2:3 kan på denne måten sies å utgjøre et utgangspunkt for de straffeprosessuelle rammene for vitneavhør av og bruk av tvangsmidler rettet mot journalister. Dette kan sammenlignes med at den norske straffeprosessloven begrenser adgangen til å foreta beslag og utleveringspålegg (§§ 204 og 210) om opplysninger som omfattes av forklaringsfritaket i § 125.

Et naturlig utgangspunkt er rättegångsbalken 36:5 sjette stykket om vitneplikt. Denne bestemmer at den som har taushetsplikt etter TF 3:3 eller YGL 2:3 bare kan høres som vitne om forhold som omfattes av taushetsplikten «i den mån det föreskrivs i nämnda

paragrafer». Dette innebærer at vitneplikten følger taushetsplikten – personer med taushetsplikt har heller ikke vitneplikt. For øvrig gjelder det en allmenn vitneplikt i svensk rett. I norsk rett kan det vises til parallelle bestemmelser i straffeprosessloven §§ 108 og 125.

Bestemmelsen i rättegångsbalken 36:5 sjette stykket om vitneplikt får også betydning for bruk av tvangsmidler overfor mediearbeidere som omfattes av TF og YGL. Etter rättegångsbalken 27:2 er det forbudt å beslaglegge «skriftlig handling» dersom den kan antas å ha et innhold som «en befattningshavare eller någon annan som avses i 36 kap. 5 § inte får höras som vittne om». Beslagsforbudet får anvendelse for kildeavslørende opplysninger som omfattes av taushetsplikten etter TF 3:3 eller YGL 2:3, dersom materialet innehas av den som har taushetsplikt eller av den som er beskyttet av taushetsplikten, jf. rättegångsbalken 27:2. Tilsvarende følger av den norske straffeprosessloven § 204 jf. § 125.

Selv om ordlyden i rättegångsbalken 27:2 kun rammer skriftlige dokumenter, synes det å følge av praksis fra Högsta domstolen at beslagsforbudet også omfatter digitale informasjonsbærere. Spørsmålet er behandlet i NJA 2015 side 631.

Reglene om vitneforbud og beslag får også betydning for adgangen til husransaking og kroppsvisitasjon etter rättegångsbalken 28:1 og 28:11, ettersom det bare kan gjennomføres husransaking eller kroppsvisitasjon «för att söka efter föremål som kan tas i beslag». Prinsippet er det samme etter norsk rett, jf. straffeprosessloven § 192 første ledd jf. §§ 204 og § 125.

Ransaking og beslag hos redaksjoner og journalister reguleres for øvrig av de generelle reglene i rättegångsbalken (RB). Ransaking av redaksjonslokale vil i de fleste tilfeller forutsette domstolsbeslutning, da slik ransaking må antas å medføre «synnerlig olägenhet för den hos vilken husrannsakan sker». Domstolsbeslutning er likevel ikke nødvendig dersom saken haster, jf. Axberger side 182. For beslag er den alminnelige hovedregelen at «föremål som skäligen kan antas ha betydelse för utredning om brott» kan tas i beslag. Også dette minner om norsk rett, jf. straffeprosessloven § 197 annet ledd annet punktum og § 203.

Tvangsmidlene *hemlig teleövervakning* og *hemlig teleavlyssning* tilsvarer langt på vei kommunikasjonskontroll og kommunikasjonsavlytting etter den norske straffeprosessloven. I tillegg til de forholdsvis strenge generelle inngangsvilkårene i kapittel 27, inneholder rättegångsbalken 27:22 første stykket særskilte regler om bruk av *hemlig teleavlyssning* mot journalister. Her slås det fast at det ikke er tillatt å anvende *hemlig teleavlyssning* mot kommunikasjon der de som deltar, uttaler seg om forhold de har taushetsplikt om etter ytringsfrihetsgrunnlovene. Dersom slik informasjon kommer frem under en pågående avlytning, skal avlytningen umiddelbart avsluttes. Det følger videre av rättegångsbalken 27:22 siste stykket at opptegnelser av informasjon som omfattes av forbudet i første stykket umiddelbart skal ødelegges.

Dette innebærer i utgangspunktet strengere regler enn i norsk rett, i hvert fall for så vidt gjelder avlytting som er rettet mot mistenkte. I svensk rett tillates imidlertid at kontroll kan rettes mot telefon eller lignende som mistenkte antas å ringe *til*, det vil si også telefon som tilhører og brukes av pressen, jf. rättegångsbalken 27:20. I norsk rett vil avlytting av en telefon eller lignende som tilhører pressen derimot forutsette at pressemedarbeideren selv er mistenkt, eller at mistenkte *braker* telefonen som tilhører pressen, og i sistnevnte tilfeller gjelder det et krav om «særlige grunner», jf. nærmere i punkt 10.3.5.

Rättegångsbalken 27:22 andre stykket oppstiller en tilsvarende regel ved bruk av *hemlig rumsavlyssning* som man har ved *hemlig teleavlyssning*, jf. 27:22 første stykket. Også regelen i 27:22 siste stykket gjelder ved *rumsavlyssning*, slik at opptak av informasjon som omfattes av forbudet i andre stykket umiddelbart skal ødelegges. Videre følger det av 27:20 e at *hemlig rumsavlyssning* ikke får rette seg mot «en plats som stadigvarande används eller är särskilt avsedd att användas för verksamhet som tystnadsplikt gäller för enligt 3 kap. 3 § tryckfrihetsförordningen eller 2 kap. 3 § yttrandefrihetsgrundlagen». Dette har en parallell i den norske straffeprosessloven § 216 m fjerde ledd, som oppstiller et krav om «særlige grunner», jf. nærmere i punkt 10.3.4.

Lag om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott (2007:979) § 11 oppstiller også forbud mot *hemlig teleavlyssning* av kommunikasjon der de som deltar uttaler seg om forhold de har taushetsplikt om etter yringsfrihetsgrunnlovene. Loven gir ellers på nærmere vilkår adgang til å bruke hemmelig avlytting og kontroll av elektronisk kommunikasjon samt kameraovervåking i preventivt øyemed i tilfeller der det «med hänsyn till omständigheterna finns en påtaglig risk för» at en person kommer til å begå en i § 1 angitt forbrytelse, som sabotasje, mordbrann, opprør, høyforræderi, terrorhandlinger og drap mv.

Bakgrunnen for de ovennevnte skrankene er omtalt i Prop. 2013/14:237 punkt 7.4 side 131. Her uttales det at det anses som en rimelig avveining av de aktuelle motstående interessene at opplysninger som ikke får innhentes gjennom vitneavhør i domstolen, heller ikke skal kunne innhentes gjennom ulike former for avlytting. En tilsvarende tanke ligger bak de stadienøytrale bevisforbudsreglene som Straffeprosessutvalget har foreslått i NOU 2016: 24, jf. punkt 10.4.

En viktig skranke for all tvangsmiddelbruk etter svensk rett er det såkalte proporsjonalitetsprinsippet. Dette er et forholdsmessighetskrav for bruk av tvangsmidler, lovfestet i rättegångsbalken. Det ligner den norske straffeprosessloven § 170 a og innebærer at et tvangsmiddel bare kan brukes dersom de hensynene som taler for bruken veier opp for det medfølgende inngrepet overfor den mistenkte eller noen annen motstående interesse. Inngrepet må med hensyn til art, styrke, rekkevidde og varighet stå i rimelig forhold til det som oppnås med det.

3.2 Danmark

3.2.1 Retsplejeloven § 172 – fritak for vitneplikt om kildeavslørende opplysninger og unntak fra fritaksretten

Hovedregelen etter den danske retsplejeloven § 168 stk. 1 (første ledd) er at enhver har plikt til å forklare seg som vitne for retten, med mindre lovbestemte unntak kommer til anvendelse.

Etter retsplejeloven § 172 har en nærmere angitt krets av mediearbeidere som hovedregel ikke plikt til å gi retten kildeavslørende opplysninger. Personkretsen er angitt i stk. 1 til stk. 4, som viser til medieansvarsloven. Fritaksretten forutsetter at kilden ikke allerede er identifisert. I likhet med systemet etter den norske straffeprosessloven § 125, kan retten etter en interesseavveining likevel gjøre unntak fra fritaksretten og pålegge vitneplikt om kildens identitet i visse tilfeller. Unntaksbestemmelsene er inntatt i § 172 stk. 5 og stk. 6:

«Stk. 5. Angår saken en lovovertrædelse, som er af alvorlig karakter, og som efter loven kan medføre straf af fængsel i 4 år eller derover, kan retten dog pålægge de i stk. 1-4 nævnte personer vidnepligt, såfremt vidneførselen må antages at have afgørende betydning for sagens opklaring og hensynet til opklaringen klart overstiger massemediernes behov for at kunne beskytte deres kilder.

Stk. 6. Retten kan ligeledes pålægge de i stk. 1-4 nævnte personer vidnepligt, hvis saken angår en overtrædelse af straffeloven §§ 152-152 c. Dette gælder dog ikke, hvis det må antages, at forfatteren eller kilden har villet afdække forhold, hvis offentliggørelse er af samfundsmæssig betydning.»

Adgangen til å gjøre unntak fra fritaksretten er begrenset til straffesaker, og etter bestemmelsen i stk. 5 til saker om alvorlige forbrytelser. Avveiningsnormen etter stk. 5 ligner den som følger av den norske straffeprosessloven § 125 tredje ledd første punktum. Om vurderingen uttales følgende i Bernhard Gomard m.fl., Kommenteret Retsplejelov, Bind I, 9. utgave, side 411:

«Heri ligger, at retten skal foretage en afvejning af forbrydelsens grovhed m.v. over for kildebeskyttelsen og artiklens eller udsendelsens samfundsmæssige betydning. Jo mer betydningsfuld i samfundsmæssig henseende en historie er, des mere rimeligt vil det være, at vedkommende journalist kan beskytte sin kilde. Omvendt vil hensynet til kildebeskyttelsen være mindre i sager, hvor enten selve saken eller den sammenhæng, hvori den omtales, har en mere underordnet samfundsmæssig betydning, hvorfor der skal mindre til for at fastslå, at hensynet til opklaringen klart overstiger kildebeskyttelsehensynet, jf. Bet. 1205/1990, s. 284.»

Unntaket etter stk. 6 gjelder saker om brudd på taushetsplikt i offentlig tjeneste eller verv. Vitneplikt kan i slike saker pålegges, selv om den øvre strafferammen for slike overtredelser er fengsel i to år. Bestemmelsen gjelder kun uberettiget videreformidling eller bruk av fortrolige opplysninger, som omfattes av straffeloven §§ 152 til 152 c, og ikke brudd på andre bestemmelser om taushetsplikt. Om begrunnelsen for regelen heter det i Bernhard Gomard m.fl., Kommenteret Retsplejelov, Bind I, 9. utgave, side 411:

«Undtagelsen fra den almindelige regel i stk. 5 skyldes, at borgere og virksomheder m.v. i mangfoldige tilfælde har en lovfæstet pligt til at indgive oplysninger til offentlige myndigheder, og der bør i videst muligt omfang være garantier imod, at sådanne oplysninger kommer uvedkommende i hænde eller uretmæssigt udleveres til offentligheden. Der er dog kun tale om en begrænset undtagelse fra hovedregelen.»

Vitneplikt kan likevel ikke pålegges etter stk. 6 dersom det må antas at forfatteren eller kilden har villet avdekke forhold som det er av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent. Begrensningen ligner den norske reservasjonen i straffeprosessloven § 125 tredje ledd siste punktum, men er mer kategorisk i sin utforming. I Eva Smith m.fl., Straffeprosessen, 2. utgave, henvises det på side 630 til Vestre Landsrets avgjørelse U 2002.1586 V, hvor det skal være lagt til grunn at såfremt det er tale om et vesentlig samfunnsmessig emne, skal det ikke foretas noen avveining av hensynet til kildebeskyttelsen i forhold til oppklaring av lovbruddet. Det samme konstateres i Bernhard Gomard m.fl., Kommenteret Retsplejelov, Bind I, 9. utgave, side 412.

3.2.2 Bruk av tvangsmidler

Flere bestemmelser i retsplejeloven begrenser adgangen til å rette tvangsmidler mot mediernes virksomhet, av hensyn til kildevernet.

Med hensyn til ransaking av husrom, andre lokaliteter eller gjenstander som den mistenkte har rådighet over, følger det av retsplejeloven § 794 stk. 3 at det ikke kan foretas ransaking av materiale som stammer fra en mediearbeider (herunder journalister, teknisk personale, kontorpersonale og distribusjonsmedarbeidere mv.) som er omfattet av retsplejeloven § 172, når materialet inneholder opplysninger som vedkommende er fritatt for å avgi forklaring om som vitne i saken.

For adgangen til ransaking hos personer som ikke selv er mistenkt, men som omfattes av retsplejeloven § 172, følger det av retsplejeloven § 795 stk. 2 at ransakingen hos mediearbeidere ikke kan omfatte materiale som inneholder kildeavslørende opplysninger som vedkommende kan nekte å forklare seg om etter § 172. Begrensningen gjelder imidlertid ikke dersom mediearbeideren selv er siktet for medvirkning til den overtredelsen som begrunner ransakingen. Dersom mistanke mot mediearbeideren først oppstår under ransakingen, vil politiet «etter omstendighetene være berettiget til å foreta en foreløpig beslaglæggelse af de pågældende skriftlige meddelelser, notater eller lignende med henblik på rettens efterfølgende godkendelse af ransagning og beslaglæggelse», jf. spesialmerknadene til bestemmelsen i lovforslaget (1996/1 LSF 98).

Etter retsplejeloven § 799 stk. 1 kan retten, på visse vilkår, gi tillatelse til hemmelig ransaking i saker om nærmere angitte alvorlige forbrytelser. Denne adgangen gjelder likevel ikke med hensyn til ransaking av husrom, andre lokaliteter eller gjenstander «som nogen, der efter reglerne i § 170 er udelukket fra eller efter reglerne i § 172 er fritaget for at afgive forklaring som vidne i sagen, har rådighed over», jf. bestemmelsens annet punktum. I spesialmerknadene til bestemmelsen i lovforslaget (1996/1 LSF 98) er det lagt til grunn at unntaket ikke får anvendelse «hvis den mistenkte for et straffbart forhold alene er den vidneudelukkede eller vidnefritagede person selv. Hemmelig ransagning vil i så fald kunne finde sted efter de almindelige regler, idet undtagelsesreglen kun gælder, hvor der er en aktuel vidnestatus».

De begrensningene som gjelder for ransaking, gjelder også tilsvarende for adgangen til å ta beslag i gjenstander som en mistenkt eller en mediearbeider har rådighet over, jf. henholdsvis retsplejeloven §§ 802 stk. 4 og 803 stk. 2.

En mediearbeider som omfattes av retsplejeloven § 172 kan heller ikke gis utleveringspålegg, såfremt det gjennom utleveringen ville fremkommet kildeavslørende opplysninger som vedkommende etter § 172 ville være fritatt fra vitneplikt om, jf. retsplejeloven § 804 stk. 4.

Retten kan også gi tillatelse til ransaking, beslag og utleveringspålegg i de ovennevnte tilfellene, så fremt kriteriene for å pålegge vitneplikt etter retsplejeloven § 172 stk. 5 eller stk. 6 er oppfylt. Systemet synes i denne sammenheng å svare til det norske, hvor retten kan gi adgang til ransaking, beslag og utleveringspålegg, dersom kriteriene for å pålegge vitneplikt etter straffeprosessloven § 125 tredje ledd anses oppfylt.

Retsplejeloven angir ingen særskilte begrensninger i adgangen til å anvende skjulte tvangsmidler som kommunikasjons- og romavlytting overfor mediearbeidere og redaksjoner mv., ut over de alminnelige inngangsvilkårene, som inkluderer et alminnelig proporsjonalitetskrav, jf. retsplejeloven § 782 stk. 1.

I § 782 stk. 2 er det bestemt at blant annet «telefonaflytning» og «anden aftlytning», som inkluderer romavlytting, ikke kan foretas «med hensyn til den

mistænktens forbindelse med personer, som efter reglerne i § 170 er udelukket fra at afgive forklaring som vidne». Bestemmelsen ble innført i 1985, og forbyr avlytting av mistenktens kommunikasjon med prest, lege, forsvarer og advokat. I forbindelse med endringen ble det vurdert om avlyttingsforbudet også burde gis anvendelse for kommunikasjon med persongrupper som er omfattet av vitnefritaksreglene, herunder mistenktens nærstående (§ 171 nr. 1) og journalister (§ 172). Justitsministeriets strafferetsplejeudvalg pekte på at reglene om vitneforbud for advokater, leger og prester om opplysninger de har fått kjennskap til under utøvelsen av virksomheten måtte antas å være begrunnet i «en hensyntagen til det tillidsforhold, der kan bestå mellem en sigtet og disse personer», og at de samme hensyn «ikke kan antages at ligge bag de øvrige vidneudelukkelses- og vitnefritagelsesregler», jf. Betænkning nr. 1023 1984, side 104. Strafferetsplejeudvalget konkluderte med at de hensynene som lå til grunn for blant annet vitnefritaksreglene etter retsplejeloven § 172, «ikke er af en sådan art, at de kan begrunde undtagelser fra indgreb i meddelelseshemmeligheden» (side 106).

3.3 Finland

3.3.1 Fritak for vitneplikt om kildeavslørende opplysninger og unntak fra fritaksretten

Den finske lagen om yttrandefrihet i masskommunikation (460/2003) 16 §, «Källskydd og rätt til anonymitet», har følgende ordlyd:

«När ett meddelande har gjorts tillgängligt för allmänheten, har meddelandets upphovsman, utgivaren och utövaren av programverksamheten rätt att vägra röja vem som har lämnat de upplysningar som meddelandet innehåller. Utgivaren och utövaren av programverksamheten har dessutom rätt att vägra röja upphovsmannens identitet.

I 1 mom. avsedd rätt har också den som har fått del av nämnda omständigheter i anställning hos meddelandets upphovsman, hos utgivaren eller utövaren av programverksamheten.

Om skyldighet att vid förundersökning eller rättegång röja en upplysning som avses i 1 mom. bestäms särskilt.»

Som det fremgår av 16 § 1 mom. (ledd), gjelder taushetsretten opplysning om kilden til informasjon som har blitt gjort tilgjengelig for allmennheten.

Retten til å fritas for vitneplikt overfor domstolen er regulert i rättegångsbalken (4/1734) 17 kap. 20 §:

”När ett meddelande enligt lagen om yttrandefrihet i masskommunikation (460/2003) har gjorts tillgängligt för allmänheten, får meddelandets upphovsman, utgivaren och utövaren av programverksamheten vägra vittna om vem som har lämnat de upplysningar som meddelandet grundar sig på samt om upphovsmannens identitet.

Domstolen får ålägga en person som avses i 1 mom. att vittna i ett mål där åklagaren utför åtal för ett brott för vilket det föreskrivna strängaste straffet är fängelse i minst sex år eller som gäller straffbart brott mot tystnadsplikten.”

Fritaksretten etter bestemmelsen 1 mom. kan altså påberopes når en meddelelse etter loven om yringsfrihet i massekommunikasjon er gjort tilgjengelig for allmenheten. I slike tilfeller kan opphavsmann, utgiver og «utövaren av programverksamheten» nekte å vitne om hvem som er kilde til opplysninger som

ligger til grunn for meddelelsen samt om opphavsmannens identitet. Etter 2 mom. kan domstolen likevel pålegge vitneplikt i saker som gjelder forbrytelser som kan medføre straff av fengsel i seks år eller mer, samt i saker om straffbart brudd på taushetsplikt.

Regelen om fritaksrett for den som er ansatt hos en person som nevnt i 20 § 1 mom. fremgår av 22 § 2 mom. Her slås det fast at den som har fått informasjon som nevnt i 20 § 1 mom. mens vedkommende var «anståld hos eller annars bitrædde» personer som nevnt i bestemmelsen, har «motsvarande skyldighet eller rätt att vägra vittna» som disse personene. Det oppstilles imidlertid også en mulighet til å pålegge vedkommende å vitne når den som skal beskyttes av taushetsplikten har gått bort og øvrige restriktive vilkår er oppfylt, jf. 15 § 1 mom.

Fritaksretten overfor politiet under förundersökning er regulert i en egen förundersökningslag (805/2011). I loven 7 kap. 8 §, «Vittnens skyldighet att berätta vad de vet og rätt att vägra vittna», er det gitt bestemmelser om vitnefritaksrett og unntak fra fritaksretten som tilsvarer de ovennevnte reglene etter rättegångsbalken, med den forskjell at det etter förundersökningslagen ikke kan pålegges vitneplikt i saker om brudd på straffesanksjonert taushetsplikt.

3.3.2 Bruk av tvangsmidler

Tvangsmedelslagen (806/2011) 7 kap. regulerer politiets adgang til å ta beslag i og kopi av «handling» (dokumenter). Det følger av 7 kap. 3 § 1 mom. at dokumenter eller andre objekter ikke får tas i beslag eller kopieres dersom de inneholder opplysninger som en person kan nekte å vitne om etter 17 kap. 20 § i rättegångsbalken.

En forutsetning for forbudet er at objektet innehas av en person som nevnt i rättegångsbalken 20 § eller av noen som har en relasjon til vedkommende som beskrevet i 22 § 2 mom., eller av den som taushetsretten skal beskytte.

Etter tvangsmedelslagen 7 kap. 3 § 3 mom. nr. 2 gjelder det likevel ikke noe forbud mot beslag eller kopiering dersom opphavsmannen, utgiveren eller «utövaren av programverksamheten» samtykker til inngrepet.

Etter samme bestemmelse nr. 3 er det videre adgang til å ta beslag eller kopi, dersom det er anledning for domstolen til å pålegge personen vitneplikt i medhold av rättegångsbalken 17 kap. 20 § 2 mom., forutsatt at beslag eller kopi skal tas i forbindelse med etterforskningen av en forbrytelse som kan medføre fengsel i minst seks år.

Etter bestemmelsen 4 mom. kan dessuten et dokument eller et annet objekt tas i beslag om det er grunn til å anta at dokumentet eller objektet «har berövats någon genom ett brott eller att de döms förverkade». Videre følger det av 4 mom. at det også kan tas beslag i eller kopi av et kildeavslørende dokument eller objekt, dersom det «inte kan lösgöras eller skiljas från det övriga som tagits i beslag».

Tvangsmedelslagen 8 kap. oppstiller regler om husransaking. Her skilles det mellom allmenn og særskilt husransaking, jf. 1 § 3 mom.:

«Med särskild husransakan avses genomsökning av ett utrymme beträffande vilket det finns anledning att anta att genomsökningen kommer att omfatta information som någon enligt 17 kap. 10–14, 16, 20 eller 21 § i rättegångsbalken har skyldighet eller rätt att vägra vittna om och som enligt 7 kap. 3 § i denna lag inte får tas i beslag eller kopieras.»

De alminnelige vilkårene for ransaking følger av 8 kap 2 §. I tillegg til de alminnelige vilkårene gjelder det enkelte særregler for såkalt særskilt husransaking. Avgjørelsen om bruk av særskilt husransaking fattes av domstolen, jf. 15 § 1 mom. og 17 §. I visse tilfeller kan imidlertid også en «anhållningsberättigad tjänsteman» beslutte at det skal foretas en særskilt husransaking, jf. 15 § 2 mom. Dette gjelder blant annet i hastesaker.

Videre følger det av 8 kap. 5 § 4 mom. at særskilt husransaking ikke får foretas uten at et gjennomføringsombud er tilstede. Ombudet skal i henhold til 7 § se til at beslag og kopiering av dokumenter ikke gjelder informasjon som nevnt i 1 § 3 mom., jf. ovenfor. Hvilke krav som stilles til gjennomføringsombudet følger av 8 §. Vedkommendes oppgaver er nærmere beskrevet i 9 § 1 mom.:

«Genomsökningsombudet ska med omsorg och utan ogrundat dröjsmål övervaka att beslag och kopiering av handlingar inte gäller information som avses i 1 § 3 mom. Genomsökningsombudet ska vara närvarande vid särskild husrannsakan och följa hur åtgärderna för genomsökning vidtas.»

Ved særskilt husransaking får dokumenter bare undersøkes av ombudet, jf. 13 §. Dersom politiet vil ta beslag i eller kopiere materiale som ombudet mener er unntatt fra beslagsadgangen, skal materialet forsegles og undersøkes av domstolen, som skal ta stilling til om beslags- eller kopieringsadgang kan gis, jf. 8 kap. 11 § og 12 §.

Tvangsmedelslagen 10 kap. regulerer bruken av skjulte («hemliga») tvangsmidler. I 10 kap. 52 §, «Förbud mot avlyssning och observation», er det gitt begrensninger for bruk av metodene «[t]eleavlyssning, inhämtande av information i stället för teleavlyssning, teknisk avlyssning och optisk observation». Det er blant annet forbudt å rette disse tvangsmidlene mot «meddelanden mellan [...] en misstänkt och en sådan upphovsman till eller utgivare av ett meddelande som gjorts tillgängligt för allmänheten eller utövare av programverksamhet som avses i 17 kap. 20 § 1 mom. i rättegångsbalken eller den som till upphovsmannen, utgivaren eller utövaren står i sådant förhållande som avses i 22 § 2 mom. i det kapitlet.», jf. 10 kap. 52 § 2 mom. nr. 3. Forbudet gjelder imidlertid ikke i etterforskningen av forbrytelser med en øvre strafferamme på fengsel i seks år eller mer.

Dersom det under bruk av noen av disse skjulte tvangsmidlene fremkommer at det fanges opp kommunikasjon som det er forbudt å avlytte eller observere, skal avlyttingen eller observasjonen avbrytes, og opptak eller opptegninger av den straks slettes, jf. 10 kap. 52 § 3 mom.

De ovennevnte forbudene mot bruk av skjulte tvangsmidler gjelder likevel ikke «sådana fall där en person som avses i 1 eller 2 mom. är misstänkt för samma brott som den misstänkte», eller «ett brott som direkt anknyter till det brottet», og det også i etterforskningen av den sistnevnte forbrytelsen har blitt fattet beslutning om tilsvarende tvangsmiddelbruk, jf. 10 kap. 52 § 4 mom.

4 Bør norske kildevernregler utformes etter modell av svensk rett?

4.1 Stortingets anmodningsvedtak

I innstillingen som ligger til grunn for Stortinget i anmodningsvedtak nr. 431 av 17. januar 2017, Innst. 155 S (2016–2017), sa justiskomiteens flertall seg «ikke

uten videre enig i at det er naturlig å trekke paralleller til Sverige, da det er grunnleggende forskjeller i norsk og svensk rettssystem og rettstradisjon». Mindretallet mente derimot at en slik sammenligning var naturlig. I representantforslaget som foranlediget innstillingen gis det uttrykk for at man bør se hen til svensk rett ved utformingen av norske kildevernregler, jf. Dokument 8:102 S (2015–2016).

4.2 NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag

4.2.1 Flertallets syn

Flertallet i Medieansvarsutvalgets utredning (NOU 2011: 12) peker på at ytringsfriheten etter svensk tradisjon skiller seg fra den norske tilnærmingen (utredningen punkt 12.6.3 side 142):

«Én grunnleggende forskjell er at det i Sverige ikke har eksistert noen tradisjon hvor borgerne kan påberope prinsippet om ytringsfrihet til sin individuelle beskyttelse. Dermed har varslervern blitt ivaretatt gjennom medielovgivningen, og denne har vært en nødvendig forutsetning for slikt vern. Utgangspunktet i norsk rett er annerledes. Enhver borger er beskyttet av Grunnloven § 100. Det er ikke ytringsfriheten, men begrensninger i ytringsfriheten som må begrunnes. Som et prinsipielt utgangspunkt innebærer det at dersom hensynene i favør av offentliggjøring virkelig er de mest tungtveiende, vil offentliggjøring være lovlig - og grunnlaget for etterforskning faller bort. Deler av dette prinsipielle utgangspunktet er operasjonalisert gjennom bestemmelsene om varslings i arbeidsmiljøloven.»

Den svenske ytringsfrihetsmodellen bygger også på et annet syn på domstolenes rolle og kompetanse enn det norsk rett bygger på (NOU 2011: 12 punkt 12.5.2 side 139):

«Den utpenslende og mer «*firkantete*» svenske lovgivningen er et utslag av at man ikke ønsker å overlate domstolene skjønnsmessig avgjørelsesmyndighet i spørsmål som berører ytringsfriheten. Sagt med ordene til Montesquieu er idealet at dommeren er munnen som uttaler lovens bokstav. Den svenske Regeringsformens prinsipp om ytringsfrihet retter seg i første rekke mot lovgiver, ikke domstolene. Både for norsk og svensk retts vedkommende snakker vi her ikke bare om rettstradisjoner, men samfunnstradisjoner.»

Flertallet trekker videre frem at det svenske systemet er under press som følge av menneskerettighetene (NOU 2011: 12 punkt 12.5.2 side 139):

«På dette punkt må svensk rett kunne sies å ha vært nokså gammeldags. Den er riktignok i endring, som følge av press fra internasjonale konvensjoner der borgerne tildeles individuelle rettigheter som kan prøves for domstolene. Operasjonaliseringen av anonymitetsretten i TF og YGL reflekterer imidlertid fortsatt det som både fra et europeisk og norsk perspektiv representerer et annet og eldre syn på domstolenes kontrollkompetanse. Svenske regler om meddelarskydd inneholder ikke noen avveiningsnorm tilsvarende norske kildevernregler. Idealet er at domstolene ikke skal utøve skjønn på ytringsfrihetens område. I svensk rett er grensedragningen mellom kildevern/ytringsfrihet og oppklaringshensynet fiksert på forhånd. Siden man på den ene side vet at hensynet til ytringsfriheten alltid vil gjøre seg gjeldende, mens mothensynene er mer uforutsigbare, leder fikseringen til at kildevernet og det tilhørende etterforskningsforbudet rekker langt.»

Flertallet mener at en implementering av den svenske modellen i norsk rett ville bryte med de grunnleggende utgangspunktene som følger av Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 (utredningen punkt 12.8 side 147):

«Utvalgets flertall mener også at det må tas i betraktning at utgangspunktene i Norge og Sverige er forskjellige. Grunnloven § 100 gir rettigheter som hver enkelt borger kan påberope for domstolene. Samtidig er det en sterkere tradisjon hos domstolene når det gjelder å trekke inn EMK artikkel 10. Satt på spissen kan man si at dersom man fullt ut skulle implementere systemet i Sverige, måtte man oppheve Grunnloven § 100 og i stedet innføre to nye og omfattende yringsfrihetsgrunnlover. For eksempel vil det i Norge være vanskelig å innføre en kategorisk taushetsplikt for medarbeidere i massemedia m.h.t. kildens identitet, når medarbeiderne samtidig har en selvstendig rett til yringsfrihet på Grunnloven § 100. Som et annet eksempel utleder varslere umiddelbare rettigheter av Grunnloven § 100. Utformingen av varslervernet må ta hensyn til at grunnlaget finnes her, og ikke i medielovgivningen som i Sverige.»

Flertallet viser dessuten til at forskjellene i svensk og norsk rett har bakgrunn i ulike tilnærminger til hvilke hensyn kildevernet ivaretar, men at den reelle forskjellen i praksis beror på de konkrete avveiningene mot andre samfunnsinteresser (NOU 2011: 12 punkt 12.5.1 side 139):

«Dypest sett hviler kildevernet på hensynet til demokratiet, den offentlige meningsdannelse og debatt og pressens samfunnsfunksjon. I Norge har den nærmere utforming av gjeldende rett primært vært begrunnet i hensynet til pressens arbeidsform, ikke i kildens rett til anonymitet. Derimot tar presseetikken mer absolutte kildevern utgangspunkt i en rett til anonymitet for kilden. Det samme er tilfelle i Sverige. Selv om kildevernet («*meddelarskyddet*») i Sverige ikke er helt absolutt, rekker det – i hvert fall i sin formelle utforming – lenger enn i Norge. Den reelle forskjellen beror på hvordan avveiningsnormen i norsk rett praktiseres, det vil si hvor langt man i praksis gjør unntak i retten til kildevern av hensyn til vektige samfunnsinteresser. Som understreket i avsnitt 2.3 skal man ikke overdrive forskjellene. Rt. 2004 s. 1400, premiss 46, illustrerer at kildevernet i norsk rett også vil innta en nærmest absolutt karakter der opplysningene kilden har gitt er av samfunnsmessig betydning å gjøre kjent. I Rt. 2010 s. 1381, Finneren-saken, er Høyesteretts sammenfatning i premiss 63: «*Kildevernet har etter Høyesteretts praksis en meget sterk stilling.*» Det blir også illustrert av resultatet i saken.»

Videre fremhever flertallet at en for sterk vektlegging av kildevernet vil gå på bekostning av andre beskyttelsesverdige hensyn, herunder personvernet (utredningen punkt 12.8 side 147):

«Selv om det normalt skal mye til før det etter en avveining gjøres unntak fra kildevernet, åpner muligheten til dette for å ivareta andre beskyttelsesverdige hensyn. Kildevernet er viktig for demokrati og samfunnsdebatt, men det kan misbrukes. Etter det utvalget har fått opplyst, er hensynet til personvernet en verdi som kan komme noe i bakgrunnen i det svenske systemet. Som utvalget har pekt på andre steder i utredningen, kan forholdet mellom yringsfrihet og personvern iblant kreve nyanserte avveininger. Utvalgets flertall ser det som en fordel at norsk lovgivning åpner for dette der det unntaksvis er behov for det, motsatt av den mer kategoriske utformingen av meddelervernet i Sverige.»

Flertallet trekker også frem at den svenske reguleringen er lite fleksibel, og at det vil være nødvendig å gjøre vesentlige innskrenkninger i vernet dersom den skal gjøres teknologinøytral (utredningen punkt 12.6.4 side 143):

«Et annet kjennetegn ved norsk rettstradisjon er som nevnt at domstolene har erfaring med å foreta skjønsmessige avveininger på yringsfrihetens område, mens svensk rett er mindre fleksibel. Konkret for varslervernet, anonymitetsretten og etterforskningsforbudet innebærer det at ordningen i Sverige gjelder for slike medier som er av størst betydning for samfunnsdebatten og som man har særlig tillit til. Enkelt sagt er tradisjonelle medier omfattet, men ikke uten videre nettmedier. Om man utvider ordningen til å gjelde alle web-publikasjoner, vil det i for stor grad gå på akkord med hensyn bak taushetsplikt.

[...]

I Sverige er innretningen av varslervernet ansett for å være til hinder for en teknologinøytral medielovgivning, med mindre man gjør vesentlige innskrenkninger i varslervernets materielle rekkevidde.

Ved at norsk rett er mer fleksibel i anvendelsesfasen, er det mulig å lage teknologinøytrale regler. Utvalgets flertall mener dette er en målsetting det ikke er ønskelig å renonsere på, særlig i lys av at hurtig teknologiutvikling er et av de mest fremtredende kjennetegnene på mediesektoren. Reglens fleksibilitet gjør det mulig å opprettholde et bredt saklig virkeområde for bestemmelsene om kildevern fordi vernets intensitet kan avpasses i forhold til hva slags medium som er involvert, jf. særlig avsnitt 12.4.6 foran. Et generelt etterforskningsforbud vil gjøre det nødvendig å innskrenke kildevernreglens saklige virkeområde.»

I tillegg peker flertallet på at det i den svenske reguleringen av ytringsfriheten er et løpende behov for kontinuerlig oppdatering og revisjon (utredningen punkt 12.8 side 147):

«Utformingen av svensk lovgivning medfører et mer eller mindre løpende behov for kontinuerlig oppdatering og revisjon. Samtidig er det en fare for at lovgivningen blir hengende på etterskudd. Norsk lovgivning åpner for en mer kontinuerlig tilpasning til samfunnsutviklingen i selve anvendelsesfasen.»

4.2.2 Mindretallets syn

Mindretallet redegjør ikke uttrykkelig for et prinsipielt syn på svensk rett, men mener at det ville være hensiktsmessig å innføre enkelte regler som synes å være i samsvar med svensk rett (utredningen punkt 12.9 side 150). Mindretallets syn på et etterforskningsforbud redegjøres for i punkt 11.4.3 nedenfor.

4.2.3 Høringsinstansenes syn

Flere høringsinstanser tar til orde for at en eller flere elementer kjent fra den svenske kildevernsmodellen, bør innføres i norsk rett, uten at det nødvendigvis vises direkte til den svenske modellen. Det foreslås blant annet anonymitetsrett for kilden, forbud mot å etterforske kilder, eneansvar for redaktøren og taushetsplikt for pressemedarbeidere. Forslagene kommer fra blant annet *Norsk Redaktørforening*, *A-pressen*, *Fagpressen*, *Mediebedriftenes landsforening*, *Norsk Journalistlag*, *Norsk presseforbund*, *NRK* og *TV2*.

Flere høringsinstanser viser også direkte til svenske kildevernregler som modell for ny norsk lovgivning, generelt eller på enkelte punkter. *Norsk redaktørforening* er for eksempel kritisk til at utvalget ikke så hen til svensk rett i tilstrekkelig grad i sitt arbeid. *Fagpressen* uttaler at de støtter mindretallets forslag om å gjøre redaktøransvaret objektivt etter svensk modell. Også *Mediebedriftenes landsforening* og *Norsk Journalistlag* viser til svenske regler i sine uttalelser.

4.3 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Straffeprosessutvalgets forslag tar ikke utgangspunkt i en svensk kildevernmodell. Flere *høringsinstanser* fra pressen tar likevel til orde for at kildevernet bør ta utgangspunkt i svensk rett på området, med taushetsplikt for redaktører og journalister om anonyme kilders identitet, anonymitetsrett for kilden og forbud mot å etterforske hvem som er mediens kilder. Dette gjelder *Norsk Journalistlag*,

Norsk Presseforbund, Norsk Redaktørforening og NRK. Norsk Journalistlag mener at departementet må utrede et kildevern etter svensk system og at det er kritikkverdig at dette ikke er vurdert av Straffeprosessutvalget:

«Både familie- og kulturkomiteen i tilknytning til arbeidet med en fremtidig medieansvarslov og arbeids- og sosialkomiteen i tilknytning til arbeidet med å styrke varslervernet, har bedt regjeringen utrede nærmere forslaget om et svensk «meddelarskydd», jf. Innst. 155 S (2016-2017) og Innst. 205 S (2015-2016). Også tidligere utredninger har foreslått dette, jf. St.meld. nr. 26 (2003-2004) side 163 og 165 og Innst. S. nr. 270 (2003-2004) side 67.»

Norsk Presseforbund og Norsk Redaktørforening gir uttrykk for lignende synspunkter.

Også Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter er av den oppfatning at man i det videre lovarbeidet bør vurdere norske regler i lys av de svenske erfaringene på dette området.

4.4 Departementets vurdering

Som det fremgår av redegjørelsen i punkt 3.1 er det grunnleggende forskjeller mellom norsk og svensk rett på ytringsfrihets- og mediefeltet. Det svenske systemet er særpreget for Sverige og fremmed både for norsk rett, andre nordiske lands rett og for reguleringen av ytringsfrihet og kildevern som kan utledes av EMK artikkel 10. Det kan på den bakgrunn reises flere innvendinger mot å foreta en systematisk omlegging av de norske kildevernreglene etter inspirasjon av svensk rett.

Å skulle implementere et svensk kildevernssystem i norsk rett, ville innebære en betydelig omlegging av det gjeldende norske systemet. Et slikt system vil lett bryte med den tilnærmingen til ytringsfriheten som Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 bygger på.

Det kan på den annen side være utfordrende å ta ut enkeltelementer av den svenske modellen og implementere dem i det gjeldende norske systemet. Det svenske systemet utgjør et omfattende regelverk og bygger på ulike prinsipper, som virker sammen.

De svenske reglene er dessuten kompliserte, detaljerte, kasuistiske og tidvis uklare. En omlegging ville måtte medføre et detaljert og omstendelig regelverk også i norsk rett, for å så langt som mulig unngå uheldige og utilsiktede konsekvenser. Et slikt regelverk ville lett bryte med norsk rettstradisjon, bakgrunnsretten og med andre bevisregler i straffeprosessloven og tvisteloven. Heller ikke et slikt system ville være uten svakheter, og det er ikke gitt at det samlet sett ville gitt en mer tilfredsstillende rettstilstand enn i dag.

Det er på flere punkter grunn til å stille spørsmål ved hvor hensiktsmessig svensk rett på dette området fungerer i dag. Dette gjelder blant annet virkeområdet til ytringsfrihetsgrunnlovene og balansegangen mellom ulike viktige samfunnshensyn. De svenske reglene fremstår som lite fleksible og til tider uhensiktsmessige, særlig i møte med en mediebransje som er i omfattende og rask endring. Det har blant annet sammenheng med at den svenske kildevernmodellen forutsetter at mediernes grunnlovsbeskyttelse følger av den teknologien som anvendes for å formidle ytringene. At beskyttelsen er basert på teknologi, medfører at i utgangspunktet ellers likeartede ytringer, forskjellsbehandles. Dette

kan innebærer spenninger mellom svensk rett og internasjonale forpliktelser, hvor tilnærmingen til hvilke medieaktører som kan påberope seg et særskilt vern er mer funksjonell, jf. nedenfor i punkt 5.2. At virkeområdet er knyttet til teknologi, medfører også et kontinuerlig behov for lovendringer ettersom mediebransjen er i rask utvikling.

Også i Sverige ser man disse svakhetene med lovverket. I SOU 2010:68 punkt 3 side 59 pekes det blant annet på at «[p]rivilegieringen av visse medier» skaper «svårigheter i rettstillämpningen och i internationella förhandlingar» og at utviklingen «nödvändiggör kontinuerliga förändringar i grundlagarna, samtidigt som bindningen till viss teknik skapar oönskade skillnader mellan likvärdiga fall».

Det vernet som svensk rett gir, synes å forutsette at man må akseptere slike ulemper. I et forsøk på å avhjelpe ulempene har man i svensk rett innført ordningen med *utgivningsbevis*, som var ment å gi særlig nettbaserte medier et grunnlovsvern. Ettersom denne ordningen er basert på formelle vilkår har likevel en rekke tjenester som ikke driver journalistisk virksomhet, men primært publiserer personopplysninger på Internett, oppnådd grunnlovsbeskyttelse. Dette har gjort det vanskelig å finne en god balanse mellom yringsfrihet og den enkeltes krav på vern om sitt privatliv.

At de svenske reglene generelt sett gir lite rom for skjønnsmessige vurderinger knyttet til hvem som kan ansvarliggjøres og hva vedkommende kan ansvarliggjøres for, kan videre skape utfordringer for myndighetenes evne til oppfylle forpliktelsene etter artikkel 8 og andre rettigheter etter EMK.

Det er også grunn til å stille spørsmål ved om de av de svenske reglene som synes å fungere godt, i praksis går så mye lenger enn de norske. Dette gjelder for eksempel reglene om vitnemål for retten. Etter TF 3:3 andre stykket nr. 5 og YGL 2:3 andre stykket nr. 5 har svenske domstoler en skjønnsmessig adgang til å la taushetsplikten vike for vitneplikt i andre tilfeller enn de som spesifikt er nevnt i bestemmelsen. Også i tvangsmiddelbestemmelsene er det store likheter med norsk regelverk.

I den grad enkeltelementer i de svenske reglene gir grunnlag for å vurdere endringer i norsk rett, bør en slik vurdering ta utgangspunkt i det gjeldende norske systemet. Drøftelsen av et forklaringsforbud i punkt 9 og av et etterforskningsforbud i punkt 11, samt Kulturdepartementets drøftelser av en taushetsplikt for pressen om identiteten til anonyme kilder i høringsnotatet 9. mai 2018, er eksempler på en slik tilnærming. Som det fremgår av disse drøftelsene, er det likevel ikke opplagt at slike regler er hensiktsmessige i norsk rett. Dette skyldes blant annet at de svenske reglene utgjør enkeltelementer i et mer omfattende system.

Departementets foreløpige syn er at svensk rett ikke fremstår som en egnet modell for en systematisk omlegging av de norske reglene. Departementet viser for øvrig til begrunnelsen fra Medieansvarsutvalget flertall for hvorfor svenske regler på dette området i utgangspunktet ikke passer inn i norsk rett, se punkt 4.2.

5 Kildevern – hvem kan påberope seg kildevernet?

5.1 Gjeldende rett

Kildevernet kan for det første påberopes av «redaktøren av et trykt skrift», som kan nekte å svare på spørsmål som nevnt i straffeprosessloven § 125 første ledd og tvisteloven § 22-11 første ledd.

Tilsvarende rett tilkommer også «andre som har fått kjennskap til forfatteren eller kilden gjennom sitt arbeid for vedkommende forlag, redaksjon, pressebyrå eller trykkeri» samt kringkastingssjef og medarbeidere i kringkasting, jf. straffeprosessloven § 125 annet og femte ledd og tvisteloven § 22-11 tredje ledd.

Det samme gjelder medarbeidere i «annen medievirksomhet som i hovedtrekk har samme formål som aviser og kringkasting», jf. straffeprosessloven § 125 femte ledd og tvisteloven § 22-11 tredje ledd bokstav b. Dette alternativet ble tilføyd i forbindelse med vedtakelsen av tvisteloven, jf. Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) punkt 6 side 93. Endringen ble gjort «for å fange opp den medievirksomhet som ikke er kringkasting eller avis i tradisjonell forstand, men hvor formålet er å spre informasjon og være et debattforum mv. på samme måte som gjennom aviser og kringkasting», jf. NOU 2001: 32 Rett på sak bind B punkt 25.2 side 963.

Samme sted ble det påpekt at tilføyelsen blant annet dekker nettaviser mv. og elektroniske overføringer av kringkastings- eller fjernsynskarakter, hvor tilgangen skjer via Internett eller lignende. Det uttales også at sentrale kriterier vil være om medievirksomheten har en ledende person med oppgaver tilsvarende en ansvarlig redaktør, og om den fremtrer som en kilde for løpende informasjon og debatt.

Også enkeltpersoner, som driver dokumentar- eller forfattervirksomhet uten redaktør, kan – etter en nærmere vurdering – være omfattet av kildevernet. Det er heller ikke et krav at virket må være knyttet til periodisk publikasjon, også bøker og filmer kan omfattes. I Rt. 2015 s. 1268 ble for eksempel et dokumentarfilmprosjekt ansett omfattet av vernet etter straffeprosessloven § 125 (kjennelsen avsnitt 49).

I kjennelsen inntatt i Rt. 2010 s. 1381, kom Høyesterett til at et innlegg fra en leser på et debattforum tilknyttet artikler i en nettavis, var omfattet av kildevernet etter straffeprosessloven § 125 første ledd, jf. femte ledd. Den aktuelle redaksjonen utførte ingen forhåndskontroll av innleggene i debattforumet, men redaktøren forklarte at det ble foretatt en form for «samtidsredigering» av innleggene, parallelt med at de ble publisert av innsenderne, og at innleggene i den forbindelse ble underlagt redaksjonell kontroll.

5.2 Menneskerettslige føringer

Internasjonalt går trenden i retning av en funksjonell tilnærming til hvilke aktører, utover tradisjonelle medier, som kan påberope seg en særlig beskyttelse etter EMK artikkel 10 som følge av den samfunnsrollen de anses å spille. Europarådets ministerråd har uttalt at nye digitale former for medier bidrar til å fylle tradisjonelle mediers rolle (Recommendation CM/Rec (2016) 4 [1] On the protection of journalism and safety of journalists and other media actors, fortalepunkt 4):

«As the European Court of Human Rights and many intergovernmental bodies have recognised, including the United Nations in its Plan of Action on the Safety of Journalists and the Issue of Impunity and the Human Rights Committee in its General Comment No. 34, the definition of media actors has expanded as a result of new forms of media in the digital age. It therefore includes others who contribute to public debate and who perform journalistic activities or fulfil public watchdog functions.»

I EMDs avgjørelse i Youth Initiative for Human Rights mot Serbia (sak 48135/06) fremholdes at også andre samfunnsaktører kan fylle en rolle som minner om pressens og ha krav på tilsvarende på beskyttelse etter EMK artikkel 10 (avsnitt 20):

«The Court has also held that when a non-governmental organisation is involved in matters of public interest, such as the present applicant, it is exercising a role as a public watchdog of similar importance to that of the press (*Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no. 48876/08, § 103, 22 April 2013). The applicant's activities thus warrant similar Convention protection to that afforded to the press (see *Társaság a Szabadságjogokért*, cited above, § 27).»

I *Társaság a Szabadságjogokért* (Den ungarske union for sivile rettigheter) mot Ungarn (sak 37374/05) heter det i samme retning (avsnitt 27):

«The function of the press includes the creation of forums for public debate. However, the realisation of this function is not limited to the media or professional journalists. In the present case, the preparation of the forum of public debate was conducted by a non-governmental organisation. The purpose of the applicant's activities can therefore be said to have been an essential element of informed public debate. The Court has repeatedly recognised civil society's important contribution to the discussion of public affairs (see, for example, *Steel and Morris v. the United Kingdom* (no. 68416/01, § 89, ECHR 2005-II). The applicant is an association involved in human rights litigation with various objectives, including the protection of freedom of information. It may therefore be characterised, like the press, as a social "watchdog" (see *Riolo v. Italy*, no. 42211/07, § 63, 17 July 2008; *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia*, no. 57829/00, § 42, 27 May 2004). In these circumstances, the Court is satisfied that its activities warrant similar Convention protection to that afforded to the press.»

Disse avgjørelsene gjelder likevel vern etter EMK artikkel 10 mer generelt, ikke spesifikt kildevern. Når det gjelder hvem som kan påberope seg en særskilt rett til ikke å avsløre sine kilder, må det antakelig stilles strengere krav enn at aktøren bidrar til en informert samfunnsdebatt. Departementet er ikke kjent med praksis fra EMD som avklarer dette spørsmålet. Europarådets parlamentarikerforsamling har imidlertid fremhevet kildevernet som et profesjonelt privilegium for journalister (Recommendation 1950 (2011) The protection of journalists' sources, punkt 15):

«The right of journalists not to disclose their sources of information is a professional privilege, intended to encourage sources to provide journalists with important information which they would not give without a commitment to confidentiality. The same relationship of trust does not exist with regard to non-journalists, such as individuals with their own website or web blog. Therefore, non-journalists cannot benefit from the right of journalists not to reveal their sources.»

Også Europarådets ministerkomité har uttalt seg i denne retning ved å definere «journalist» som en profesjonell aktør i et massemedium (Recommendation No. R (2000) 7 to member states on the right of journalists not to disclose their sources of information):

«any natural or legal person who is regularly or professionally engaged in the collection and dissemination of information to the public via any means of mass communication.»

Kravet om at virket må være «regularly or professionally» forutsetter at det dreier seg om en journalistisk yrkesutøvelse. At kildevernet kun kan påberopes av journalister, anses å være en forutsetning for et sterkt kildevern, se nærmere merknadene til ministerkomiteens anbefaling (Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (2000) 7:

«The MM-S-HR [Group of Specialists on Media Law and Human Rights] was of the opinion that a certain occupational tendency should be required, i.e. a journalist typically works regularly and receives some form of remuneration for his or her work. Therefore, the Recommendation uses the terms «*regularly or professionally engaged*». This must not exclude, however, journalists who work freelance or part-time, are at the beginning of their professional career, or work on an independent investigation over some time. Professional accreditation or membership is not necessary. Nevertheless, individuals who otherwise would not regard themselves as being journalists shall not qualify as journalists for the purposes of this Recommendation. The latter category may include, for example, individuals who write letters to the editor in the print media, appear as guests on broadcasting programmes or participate in discussion fora in computer-based media. The MM-S-HR took into account the history of this protection and paid attention to the fact that the protection of sources is a vital prerequisite for the work of the media in a democratic society, but not for all forms of communication by individuals. A limitation of this protection to journalists in the above sense will also facilitate the balancing of possible conflicting rights and values foreseen in Principle 3.»

I den nevnte anbefalingen fra Europarådets ministerråd fra 2016 omtales både «journalists» og «other media actors» i forbindelse med fremstillingen av hvilke rettigheter som kan påberopes etter EMK artikkel 10, herunder kildevern (Recommendation CM/Rec (2016) 4 [1] On the protection of journalism and safety of journalists and other media actors, avsnitt 30):

«In order to enable journalists and other media actors to fulfil the tasks ascribed to them in a democratic society, the European Court of Human Rights has recognised that their right to freedom of expression should enjoy a broad scope of protection. Such protection includes a range of freedoms that are of functional relevance to the pursuit of their activities, such as: protection of confidential sources, protection against searches of professional workplaces and private domiciles and the seizure of materials, protection of news and information-gathering processes, and editorial and presentational autonomy.»

Uttrykket «other media actors» sikter antakelig først og fremst til andre medarbeidere i massemediene, men kan også åpne for at andre aktører etter omstendighetene kan påberope seg et kildevern.

5.3 NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag

5.3.1 Utvalgets syn

Medieansvarsutvalget hadde i oppdrag å vurdere hvilke medier som burde omfattes av reglene om kildevern i straffeprosessloven § 125 og tvisteloven § 22-11. For øvrig skulle utvalget legge til grunn den avveiningen av kryssende interesser som fremgår av de nevnte reglene og praksis knyttet til dem.

Som ledd i denne vurderingen drøftet utvalget om angivelsen av virkeområdet for bestemmelsene om kildevern burde endres for å reflektere utviklingen i mediebildet og digitaliseringen av mediehverdagen. Et grunnleggende spørsmål

var hvem som burde nyte godt av det privilegiet kildevernet representerer, jf. utredningen punkt 12.1.2 side 125:

«Spørsmålet er hvordan man trekker grensen mellom publisistisk virksomhet som, av hensyn til samfunnet, bør kunne påberope kildevern og publisistisk virksomhet som, av hensyn til samfunnet, må forholde seg til hovedregelen om forklaringsplikt.»

Et sentralt spørsmål for utvalget var om vernet skal knyttes til «strukturelle kjennetegn», som for eksempel krav til redaktør, eller om det skal bero på «en mer formålsoverordnet tilnærming, som også legger vekt på ytringens karakter, kontekst og hensikt», se punkt 12.4.1 side 133.

I utredningens punkt 12.4.2 side 133 følgende drøfter Medieansvarsutvalget om det å ha en ansvarlig redaktør skal være en forutsetning for kildevern. Utvalget konkluderer med at journalister og frilansere bør ha en rett til kildevern, som ikke er avhengig av at de står under oppsyn av en ansvarlig redaktør, som ikke er avledet av rettighetene til en ansvarlig redaktør og som ikke er avhengig av hvilket medium de publiserer sitt materiale i eller om materialet blir publisert i det hele tatt. Utvalget synes å begrunne dette med at det er selve den journalistiske virksomhet som skal beskyttes, uavhengig av hvordan den er organisert.

I punkt 12.4.3 side 135 drøfter utvalget om det skal være en forutsetning for kildevern at ytringen er satt frem i en periodisk utgivelse. Utvalget avviser dette under henvisning til at utgivelser som ikke er periodiske også kan bidra til samfunnsopplysning og debatt. Dette gjelder særlig etter fremveksten av digitale medier.

I dag er det ikke alltid enkelt å definere hvem pressen er. På denne bakgrunn mener Medieansvarsutvalget at kildevernets saklige virkeområde ikke kan avhenge av strukturelle kriterier alene, men bør være formålsstyrt (punkt 12.4.7 side 138):

«Det avgjørende etter Medieansvarsutvalgets vurdering må være om mediet, eller en ytring fremsatt innenfor rammene av et medium, har et slikt formål som har begrunnet kildevernreglene - om formålet er å bidra til opinionsdannelse og samfunnsdebatt. Tilstedeværelse av en ansvarlig redaktør, at publikasjonen har underkastet seg pressens selvdømmeordning, eller at forfatterne har bakgrunn som profesjonelle journalister, må for fremtiden - som tidligere - antas å være tilstrekkelige holdepunkter for å konstatere dette. Men nødvendige og avgjørende betingelser er det ikke. Dersom man innfører fastere strukturelle kriterier, vil det være en innsnevring av kildevernreglens saklige virkeområde, sammenliknet med det som gjelder i dag.»

Utvalget foreslår derfor å beholde en formålsoverordnet tilnærming til hvem som vil omfattes av reglene om kildevern.

Om den nærmere avgrensningen uttaler utvalget i punkt 12.4.7 side 138:

«En slik formålsoverordnet tilnærming kan enten oppnås ved å beholde formuleringen i gjeldende rett, eller ved å foreta en viss modernisering som knytter kildevernreglens saklige virkeområde til ytringer fremsatt innenfor medier med et journalistisk formål. Dette er tydeligere enn dagens henvisning til medier med «samme formål som aviser og kringkasting»».

Utvalget foreslår å bruke begrepet «journalistisk formål» i avgrensningen av kildevernet og viser til at begrepet blir brukt i personopplysningsloven § 7. Begrepet skal omfatte tradisjonell medievirksomhet, med kjennetegn som at mediet er med i en selvdømmeordning og har en ansvarlig redaktør. Kriteriet skal imidlertid også omfatte ytringer fremsatt av andre medier så lenge ytringen etter

sin art har samme karakter som det en finner i journalistiske medier – typisk at den setter dagsorden eller bidrar til samfunnsdebatten.

At begrepet «journalistisk formål» er skjønnsmessig, er etter utvalgets syn ikke noen avgjørende innvending – også andre begreper i reglene om kildevern er skjønnsmessige og må tolkes av domstolene i tvilstilfeller. Utvalget er av den oppfatning at hensynet til forutsigbarhet er ivaretatt ved at kjerneområdet for kildevernet er klart, vurderingstemaene i ytterkantene er klare og at praksis oppstiller relevante momenter. I vernets ytterkant vil rekkevidden og intensiteten i vernet måtte bero på en konkret vurdering basert på de foreliggende omstendighetene.

For øvrig uttaler utvalget at forslaget kan medføre en viss utvidelse av dagens virkeområde (punkt 12.4.7 side 138):

«Medieansvarsutvalget mener et saklig virkeområde knyttet til medier med et journalistisk formål angir avgrensningstemaet klarere og mer direkte enn dagens bestemmelse. Samtidig vil en slik justering kunne lede til en beskjeden utvidelse av kildevernreglenes saklige virkeområde sammenliknet med i dag. Det vil komme klarere frem at enkeltpersoner med journalistiske ambisjoner, for eksempel bloggere, etter forholdene kan være omfattet av vernet. De praktiske konsekvensene av en slik utvidelse av kildevernreglenes saklige virkeområde vil likevel ikke være vesentlige. Adgangen til etter en helhetsvurdering å gjøre unntak fra retten til å påberope kildevern er uberørt. Som beskrevet i avsnitt 12.4.6 vil adgangen til å gjøre unntak normalt være større overfor aktører utenfor den etablerte pressen.»

Utvalget går altså inn for å beskrive kildevernets saklige virkeområde ved å anvende teknologinøytrale og formålsorienterte kriterier (NOU 2011: 12 punkt 12.9 side 147). Utvalget foreslår følgende ordlyd i både straffeprosessloven § 125 og tvisteloven § 22-11:

«Enhver som er ansvarlig for innholdet i et massemedium med et journalistisk formål, som arbeider for massemediet, eller som utfører oppdrag og oppgaver på vegne av det, kan nekte å gi tilgang til bevis om hvem som er forfatter av en ytring fremsatt gjennom massemediet eller kilden for opplysninger gjengitt i massemediet. Det samme gjelder bevis om hvem som er kilden for andre betrodde opplysninger til bruk i virksomheten.

Når vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysning etter første ledd gis, og det er av vesentlig betydning for sakens oppklaring, kan retten etter en samlet vurdering likevel gi pålegg om at beviset skal framlegges eller at navnet skal opplyses. Dersom forfatteren eller kilden har avdekket forhold som det var av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent, kan slikt pålegg bare gis når det er særlig påkrevd at navnet gjøres kjent.»

5.3.2 Mindretallets syn

I tråd med mandatet vurderer ikke utvalgets flertall endringer i adgangen til å gjøre unntak fra kildevernet. Utvalgets mindretall foreslår likevel et absolutt og ubetinget kildevern for redaktørstyrte medier som faller inn under en ny medieansvarslov. Andre medievirksomheter skal tilkjennes en situasjonsbestemt mulighet for kildevern etter en avveining av de kryssende interesser som fremgår av dagens regler.

Mindretallet mener at kildevernet må kunne tilkjennes alle typer medievirksomheter når formålet med ytringen tilsvarer det kildevernbestemmelsene er ment å ivareta. Samtidig er det mindretallets syn at ikke alle medievirksomheter er like godt egnet til å oppfylle kildevernbestemmelsenes formål. Mindretallet er enig i at kildevernet i

utgangspunktet bør ha et formålsbestemt virkeområde, men mener strukturelle perspektiver ikke kan oversees (NOU 2011: 12 punkt 12.9):

«Ikke alle medievirksomheter og ytringsformer er like godt egnet til å oppfylle kildevernbestemmelsenes formål. Noen driver journalistisk virksomhet med formidling av samfunnsinformasjon, debatt og kritikk; andre gjør det ikke. Noen er dedikert til å avdekke kritikkverdige forhold i samfunnet, andre er det ikke. Noen har kildevern som en sentral del av sin profesjonelle yrkesetikk, andre vil føle enhver tanke om «*profesjon*» og «*yrkesetikk*» som fremmed og irrelevant. Derfor kan ikke det strukturelle og institusjonelle perspektivet forlattes helt. Det vil fortsatt være en forskjell på profesjonelle redaktørstyrte medier og andre, en forskjell som lovgivningen må ta høyde for.

Kildevernet har tradisjonelt vært nært knyttet til redaktørinstituttet. Hvis vi tillater oss et kjapt historisk tilbakeblikk, vil vi se at kildevernet og redaktørinstituttet i sin tid faktisk vokste frem i en symbiose der det ene var en forutsetning for det andre. I ytringsfrihetens barndom i eneveltets tid slapp maktkritiske og opposisjonelle røster til i offentligheten fordi boktrykkere og utgivere var villige til å påta seg ytringsansvaret for anonyme forfattere. I nyhetsbladene var anonyme ytringer snarere regelen enn unntaket; det var utgiveren som stod som avsender for innholdet. Slik ble det lagt et grunnlag for en redaktørrolle. Samtidig var det nettopp gjennom praktiseringen av anonymitetsretten at et reelt redaktøransvar vokste frem. «*Anonymitetsretten (...) er på mange måter far til det redaktøransvaret vi har i dag*», skriver Nils E. Øy.

Historien er i seg selv intet avgjørende argument. Både mediebildet og rettssituasjonen er annerledes i dag. Men det er altså en tung tradisjon som kobler kildevernet til redaktørinstituttet, og denne koblingen er ikke blitt uaktuell. Dette illustreres for eksempel av Høyesteretts avgjørelse i Finneren-saken fra 2010 (jf. avsnitt 12.3.3) der man la til grunn nettopp den sterke sammenhengen mellom kildevern og redaktøransvar. Den tilnærming som Medieansvarsutvalgets mindretall har til kildevernets virkeområde vil ivareta denne tradisjonen i større grad enn flertallets forslag.»

Mindretallet uttaler at det vil være en forskjell på profesjonelle redaktørstyrte medier og andre, og at lovgivningen må ta høyde for dette av to grunner:

«For det første fordi de profesjonelle redaktørstyrte mediene generelt er mer kompetent til å håndtere en kildevernsituasjon som ofte er kompleks og etisk komplisert; for det andre av hensyn til den anonyme kilden selv som ofte befinner seg i en utsatt og sårbar posisjon.»

Mindretallet mener at det vil være bedre for en kilde som befinner seg i en sårbar posisjon å ta kontakt med den profesjonelle, redaktørstyrte pressen som har erfaring og kunnskap til å håndtere situasjonen. Regelverket bør derfor etter mindretallets syn gi kilden incentiver til å favorisere tradisjonelle medier.

5.3.3 Høringsinstansenes syn

Av høringsinstansene som kommenterer spørsmålene om kildevern i NOU 2011: 12, er det bare *riksadvokaten* som støtter flertallets forslag.

Følgende høringsinstanser er negative til hele eller større deler av flertallets forslag og støtter i større eller mindre grad forslagene fra utvalgets mindretall: *Apressen*, *Den Norske Fagpresses Forening (Fagpressen)*, *Norsk Redaktørforening*, *Mediebedriftenes Landsforening*, *Norsk Journalistlag*, *NRK* og *TV2*.

Mediebedriftenes Landsforening, *Norsk Journalistlag*, *Norsk redaktørforening* og *NRK* vektlegger at kildevernet henger nøye sammen med redaktøransvaret. *Norsk Redaktørforening* anser redaktøransvaret og kildevernet for å være to sider av

samme sak, som i sammenheng utgjør grunnleggende forutsetninger for en reell ytrings- og informasjonsfrihet i samfunnet.

Flere høringsinstanser er på denne bakgrunnen kritiske til forslaget fra utvalgets flertall om at virkeområdet for kildevernreglene ikke knyttes til ytre strukturelle kjennetegn, som redaktørfunksjonen. Dette gjelder blant annet *NRK*, som peker på at disse «ytre strukturelle kjennetegnene» innebærer store og samfunnsmessig svært viktige reelle forskjeller:

«At redaktørstyrte medier bør ha en sterkere lovbeskyttelse av kildevernet enn ikke-redaktørstyrte medier, følger av at de redaktørstyrte mediene er mer kompetent til å håndtere en kildevernsituasjon, og at de er underlagt pressens etiske regler, både i den journalistiske arbeidsprosessen og ved publiseringen.

Som utvalgets mindretall har redegjort for, reiser en kildevernsituasjon ofte komplekse og etisk kompliserte problemstillinger i flere deler av den journalistiske arbeidsprosessen. Hovedregelen etter presseetikken er åpne kilder.

Når det gjelder redaktørstyrte medier vil publikum - i motsetning til ved ikke-redaktørstyret medier - ha trygghet for at anonyme kilder kun brukes i de tilfeller der det etter en presseetisk vurdering er forsvarlig. I tillegg vil publikum alltid ha en ansvarlig redaktør å forholde seg til, også når det gjelder anonyme ytringer.»

Etter *NRK*'s syn tyder utvalgets forslag til virkeområde for kildevernreglene på en mangelfull forståelse av pressens rolle i et demokratisk samfunn. Høringsinstansen peker på utviklingen av mediebildet, og skriver:

«Utviklingen i det digitale mediesamfunnet har gitt en rekke nye kanaler for informasjonsformidling og ytringer i det offentlige rom, hvilket åpenbart har mange positive sider. Samtidig fører denne utviklingen til at redaktørstyrte medier, som arbeider etter det presseetiske regelverket, blir mer viktig. I det informasjonstilfanget publikum utsettes for, er det viktig å kunne skille ut og få tilgang til de kanaler som innhenter/videreformidler informasjon, påpeker sammenhenger og avdekker kritikkverdige forhold i henhold til presseetiske og -faglige kriterier. Pressens rolle og publikums behov for uavhengig, kritisk kvalitetsjournalistikk i et digitalt mediemangfold må ikke undervurderes.»

Også *Norsk Journalistlag* uttaler seg kritisk til at reglene om kildevern skal gjelde ytringer med et «journalistisk formål», slikt utvalgets flertall legger opp til:

«Forslaget står i sterk kontrast til Personvernkommisjonens forslag om at et medium uten ansvarlig redaktør, ikke kan ha et lovbeskyttet kildevern, jf. NOU 2009:1 side 121. NJ kan ikke forstå hvordan utvalget har tenkt å løse denne ordningen rent praktisk. Vi kjenner ikke til noen andre land i verden med en løsning der enhver med såkalte «journalistiske ambisjoner», i ytterste konsekvens for eksempel kriminelle bloggere på sine private hjemmesider, vil kunne dekke seg bak et profesjonelt kildeverninstitutt.»

For å ytterligere begrunne sitt syn viser *Norsk Journalistlag* til en anbefaling fra Europarådets ministerkomité (Recommendation No. R (2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information) og Europarådets parlamentariske forsamling (Recommendation 1950 (2011) The protection of journalist's sources). Høringsinstansen trekker frem punkt 15 i sistnevnte, jf. over i punkt 5.2.

Riksadvokaten er på sin side enig med utvalgets flertall i at kildevern ikke forutsetter et strafferettslig eneansvar for redaktøren. Riksadvokaten støtter, som eneste høringsinstans, utvalgets flertalls forslag om at det avgjørende kriteriet for å kunne påberope seg kildevernet skal være at mediet har et journalistisk formål:

«Riksadvokaten er enig i at et slikt kriterium («*journalistisk formål*») er i samsvar med hensynet bak kildevernet, og støtter utvalgets forslag. Den foreslåtte lovtekst åpner så vidt vi kan se for kildevern også der ytringen vanskelig kan ses som en del av mediets journalistiske formål, for eksempel i reklame og annonser, og det bør vurderes om bestemmelsen skal formuleres slik at kildevernet ikke omfatter slike ytringer.»

TV2 synes imidlertid å mene at utvalgets forslag kan begrense virkeområdet på en uheldig måte:

«Kildevern er et grunnleggende og sentralt punkt i all samfunnsdebatt og -omtale. Dette er naturligvis et sentralt verktøy for journalister og journalistikken, men det fremstår ikke som noen understøttelse av ytringsfriheten – om man innsnevrer området for kildevern til «*journalistiske formål*». Pressens kildevern må favne videre enn dette, også inn i forhold som ikke angår den løpende nyhetsdekning som «*journalistisk formål*» kan lede tanken henimot. Skal det skje en avgrensning vil vi mene at dette bør skje ved at man vurderer begrepet «*redaksjonelt*» eller lignende formål.»

Norsk Journalistlag tar for øvrig til ordet for at regler om kildevern må omfatte frilansere og journaliststudenter.

5.4 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

5.4.1 Utvalgets forslag

Straffeprosessutvalget foreslår følgende bestemmelse om forklaringsfritak for pressen og kildevern i ny straffeprosesslov § 9-4 første ledd:

«§ 9-4. Forklaringsfritak for pressen og kildevern

(1) Ingen har forklaringsplikt om opplysninger fra fortrolig kommunikasjon i sitt journalistiske virke eller om kildene til opplysningene. Forklaringsfritaket gjelder også materiale som står i nær sammenheng med den fortrolige kommunikasjonen.

(2) Det gjelder likevel forklaringsplikt når særlige forhold unntaksvis tilsier det. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på

- om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning,
- om vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis, og
- journalistens arbeid og den samfunnsmessige betydningen av dette.»

Forslaget viderefører et teknologinøytralt virkeområde, men er ment å være mer fleksibelt med tanke på utviklingen av mediebildet (NOU 2016: 24 punkt 13.4.3 side 279 til 280):

«Aktører som utelukkende er nettbaserte, står for stadig mer av nyhetsformidlingen i samfunnet vårt, herunder også privatpersoner som enten gjør slikt på fritiden eller som ledd i en rent profesjonell virksomhet. Disse vil kunne omfattes dersom kretsen av de vernede angis som enhver person som i sitt «*journalistiske virke*» mottar opplysninger.»

Videre skriver utvalget i utredningen kapittel 30 side 579:

««*Journalistiske virke*» i første ledd første punktum omfatter slik virksomhet som i dag faller inn under straffeprosessloven § 125. Uttrykket skal forstås fleksibelt, slik at vernets virkeområde kan fastlegges i tråd med utviklingen i mediebildet og fremveksten av nye måter for å formidle nyheter og aktuelt stoff.»

Etter utvalgets syn tapes lite i presisjon ved en slik ordlyd, samtidig som bestemmelsen blir lettere å få grep om (utredningen punkt 13.4.3 side 280). Utvalget ser at det i visse tilfeller kan være usikkert om en aktivitet bør være

omfattet av vernet, og uttaler at terskelen for inngrep bør ligge noe lavere i begrepets yttergrense. Hvor langt området for vitnefritaket bør strekkes, må etter utvalgets syn vurderes i lys av hvilket ansvar og hvilke plikter man fra samfunnets side vil knytte til slik virksomhet. Utvalget uttaler at et moment av en viss vekt må være om vedkommende formidler har forpliktet seg til omforente etiske retningslinjer for journalistisk virksomhet. Etter utvalgets syn bør det i noen grad overlates til domstolene å trekke grensen for hvilken virksomhet som til enhver tid fortjener vern som «journalistisk», slik at kildevernet kan holdes à jour med samfunnsutviklingen.

Etter utvalgets forslag kan kildevernet påberopes av den som har fått kjennskap til opplysningene eller kilden gjennom arbeid som følger som en naturlig forlengelse av det journalistiske arbeidet, for eksempel den aktuelle journalistens kollegaer, redaktøren eller ansatte i lokalene der den journalistiske virksomheten bedrives, eller på trykkeriet. Slike grupper er imidlertid ikke omfattet av forklaringsfritaket slik som etter gjeldende rett, men av en egen bevisforbudsregel i utkastet § 8-4, som verner opplysninger som skriver seg fra fortrolig kommunikasjon som en journalist har hatt. Regelen innebærer at adgangen til å disponere over hvorvidt forklaring skal gis, vil være forbeholdt den som har stått for den fortrolige kommunikasjonen med kilden. Dette følger av at adgangen til å samtykke til unntak fra bevisforbudet i utkastet § 8-4 etter § 8-6 første ledd bokstav e, er forbeholdt «den som er vernet etter» § 9-4. Den som har overhørt den fortrolige kommunikasjonen uten å ha vært en aktivt deltakende part, eller som har kommet over opplysninger om denne, kan på grunn av bevisforbudet ikke forklare seg om kommunikasjonen eller dens innhold, verken for retten eller påtalemyndigheten. Utvalget skriver videre at selv om flere personer har overhørt kommunikasjonen, fratar ikke dette den uten videre karakteren av fortrolighet, jf. utredningen kapittel 30 side 579. Etterfølgende opptreden kan tilsi at vernet er oppgitt ved samtykke, enten uttrykkelig uttalt eller ved konkludent adferd, jf. § 8-6 første ledd bokstav e.

5.4.2 Høringsinstansenes syn

Norsk Journalistlag støtter forslaget om at forklaringsfritaket etter § 9-4 skal gjelde enhver som driver journalistisk virke, og viser til at det menneskerettslige ytringsvernet skal sikre den informasjonsfunksjon journalistisk virksomhet har generelt. Journalistlaget er enig med utvalget i at dette er avgjørende i en tid der mediebransjen er i stadig utvikling og peker dessuten på at vernet må gjelde også for frilansere og journaliststudenter. Også *Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter* støtter forslaget om at forklaringsfritaket skal gjelde enhver som driver journalistisk virke.

Riksadvokaten støtter utvalgets forslag om at det overlates til domstolene å utpensle nærmere hva som skal regnes som «presse» eller «journalistisk virke». Riksadvokaten mener likevel at departementet bør vurdere å gi noen holdepunkter for vurderingen, for eksempel slik at spørsmålet ses i sammenheng med redaktøransvaret.

Flere andre høringsinstanser gir også uttrykk for et behov for å klargjøre innholdet i begrepet «journalistisk virke». *Kripas* uttaler at det fremstår som klart hva som ligger i kjernen av det foreslåtte begrepet, men at begrepets ytterkanter er vanskeligere å kartlegge:

«Kripos mener det er uheldig at det legges opp til at vernet etter § 9-4 er avhengig av et uttrykk med et noe vagt innhold. Det bør være klart om man har vern eller ikke. Hvor sterkt vernet skal være, bør heller vurderes ut fra unntakene for vernet som er satt opp i § 9-4 annet ledd og en tolkning av EMK artikkel 10.

At begrepet får et fast meningsinnhold, er av særlig betydning for den praktiske anvendelsen av § 20-5 i skjult etterforskning. Etter denne bestemmelsen er det innhentingsforbud for fortrolig kommunikasjon som har vern etter § 9-4. Dersom begrepet er vagt, vil det være svært vanskelig for politiet i praksis å avgjøre rekkevidden av innhentingsforbudet.

Det bør derfor settes opp klare vurderingskriterier for hva som skal komme inn under begrepet, slik at det ikke blir utvannet på sikt.»

Politidirektoratet deler Kripos' oppfatning om at det fremstår som uklart hvem som er vernet etter utkastet til § 9-4. Politidirektoratet er enig i at begrepet bør få et fast meningsinnhold, og ber derfor om at Kripos' synspunkt på dette vurderes i det videre lovarbeidet.

Også *Oslo statsadvokatembeter* gir uttrykk for bekymring for at begrepet «i sitt journalistiske virke» er upresist og kan gi for stort rom for tolkning:

«Erfaringsmessig vil enkelte benytte de mulighetene som finnes for å unndra seg sine plikter etter lovgivningen. Dette gjelder i særlig grad rutinerne kriminelle og de som ferdes i miljøer rundt organiserte kriminelle. Dette er sist observert i forbindelse med anførsler om at datalagringsmedier som pretenderes å inneholde korrespondanse med advokat. Om dette se HR-2017-111-A.»

Oslo statsadvokatembeter mener at det kan være en hensiktsmessig løsning at det overlates til domstolene å trekke opp linjer for hvem som skal anses å utøve «journalistisk virke», fordi dette vil kunne sikre en tidsriktig forståelse av begrepet. Høringsinstansen uttaler imidlertid at det i så fall bør fremgå av forarbeidene et slags «rammeverk» slik at domstolene, politi og påtalemyndighet har noe å bygge på i sine avgjørelser av om et vitne som påberoper seg pressens forklaringsfritak, skal innvilges den retten eller ikke.

Videre er det noe delte oppfatninger blant høringsinstansene om forslaget innebærer en endring i gjeldende rett. *Kripos* peker på at selv om endringen ikke er ment å være en utvidelse av hvem som i dag er vernet etter straffeprosessloven § 125, kan dette endre seg med tiden, da det skal være opp til domstolene å vurdere hvem som til enhver tid omfattes av begrepet.

Oslo statsadvokatembeter uttaler at personkretsen som omfattes av straffeprosessloven § 125 i lys av det nye mediebildet nok er noe snever, og at en utvidelse dermed er på sin plass. Samtidig mener embetet at utvalgets forslag om å innføre begrepet «i sitt journalistiske virke», kan utvide personkretsen som er vernet av kildevernet betydelig.

Også *Det nasjonale statsadvokatembetet* mener at utvalgets forslag utvider persongruppen som omfattes av kildevernreglene. Høringsinstansen påpeker at hva som ligger i «journalistisk virke» ikke spesifiseres nærmere. Embetet konkluderer med at bevisforbudet foreslås utvidet uten begrunnelse, og at loven bør stå slik den er i dag.

En annen høringsinstans som legger til grunn at personkretsen som er omfattet av forklaringsfritaket vil utvides med utvalgets forslag, er Politiets sikkerhetstjeneste:

«PST anerkjenner behovet for et sterkt kildevern som grunnlag for kritisk journalistikk, meningsdannelse og fri debatt om sentrale samfunnsproblemer. Samtidig kan kildevernet –

som utvalget også er inne på – støte an mot andre vektige samfunnsinteresser, herunder hensynet til en effektiv strafforfølgning. Det tilsier at kildevernet ikke alltid gis forrang uaktet andre verdier. Umiddelbart kan vi ikke se annet enn at kildevernet, også hensett EMK artikkel 10, er godt ivaretatt gjennom dagens rettstilstand. Under enhver omstendighet mener vi spørsmål om en eventuell utvidelse av kildevernet må utredes nærmere, der en også ser nærmere på påregnelige konsekvenser av en eventuell utvidelse.»

5.5 Departementets vurdering og forslag til endring

5.5.1 Innledning

Virkeområdet til straffeprosessloven § 125 kan være noe vanskelig tilgjengelig da bestemmelsens virkeområde følger av både første, andre og femte ledd. Dette taler for å forenkle angivelsen av persongruppen som kan påberope seg forklaringsfritak om anonyme kilders identitet. Det kan også være grunn til å tydeliggjøre at virkeområdet er teknologinøytralt. I dag er det avgjørende hvilke fellestrekk en medievirksomhet deler med tradisjonelle massemedier som aviser og kringkasting (sammenlign for så vidt Kulturdepartementets høringsnotat om ny medieansvarslov punkt 18.2.2 side 194 til 195).

Både NOU 2011: 12 og NOU 2016: 24 behandler spørsmålet om hvordan man skal avgrense hvilke aktører som kan påberope seg forklaringsfritak etter straffeprosessloven § 125. Selv om forslagene i de to utredningene har fått noe ulik utforming, tar begge utvalgene til orde for et funksjonelt og fleksibelt avgrensningskriterium, hvor det overlates til domstolene å utpensle nærmere hvem som kan påberope seg fritaket. Etter departementets syn gir Straffeprosessutvalgets forslag den mest hensiktsmessige avgrensningen. Forslaget har i all hovedsak fått støtte i høringen, selv om enkelte høringsinstanser etterlyser en viss konkretisering.

Flere høringsinstanser påpeker at angivelsen av hvem som kan påberope seg forklaringsfritak, ikke må bli for vag. En sentral del av pressens samfunnsoppdrag er å avdekke kritikkverdige forhold og sette samfunns spørsmål under debatt. For å kunne utøve denne kontrollfunksjonen er pressen avhengig av et forutsigbart og sterkt vern av anonyme kilders identitet, slik at enkeltmennesker kan formidle informasjon uten å løpe for stor personlig risiko. Bestemmelsen må være klar nok til at både anonyme kilder, ulike medier og politi- og påtalemyndighet kan forutsi med en viss sikkerhet om det foreligger rett til forklaringsfritak eller ikke.

I dette høringsnotatet er det utformet to alternative forslag til endringer i straffeprosessloven § 125 første ledd. Alternativene er ikke ment å gi uttrykk for forskjellige rettsregler, men utgjør ulike retts tekniske løsninger. Alternativ 1 er en videreføring av Straffeprosessutvalgets forslag. Alternativ 2 bygger på det foreslåtte virkeområdet i Kulturdepartementets forslag til ny medieansvarslov, og er ment å gjøre det klart at slike mediers virksomhet ligger i kjernen av det kildevernreglene skal beskytte, samt å gi noen flere objektive holdepunkter for hva som kjennetegner et vernet journalistisk virke. Tilsvarende endringer i tvisteloven § 22-11 behandles i punkt 8. Forslagene er ment å videreføre gjeldende rett, om enn med noe større fleksibilitet.

Forslagene er utformet som endringer i den gjeldende straffeprosessloven. De er derfor søkt tilpasset de øvrige gjeldende bevisreglene og straffeprosesslovens

system. Drøftelsene nedenfor og høringsinstansenes synspunkter på disse, vil samtidig kunne danne grunnlag for å vurdere justeringer av Straffeprosessutvalgets forslag, i arbeidet med ny straffeprosesslov. Departementet har som nevnt i punkt 1.3 ikke tatt stilling til om den gjeldende straffeprosessloven skal endres på bakgrunn av forslagene i dette høringsnotatet, eller om forslagene bør følges opp som del av ny straffeprosesslov.

5.5.2 Alternativ 1

Alternativ 1 følger Straffeprosessutvalgets forslag til ordlyd, slik at den som betros opplysninger fra en anonym kilde i sitt «journalistiske virke», vil være omfattet av forklaringsfritaket.

Vilkåret er ment å omfatte slik virksomhet som i dag faller inn under straffeprosessloven § 125 og tvisteloven § 22-11. Uttrykket er likevel fleksibelt, slik at domstolene i noe større grad enn etter dagens lovtekst, kan tilpasse virkeområdet i tråd med utviklingen i mediebildet. I den utstrekning endringen dermed medfører en utvidelse av bestemmelsens virkeområde, går den i utgangspunktet ikke lenger enn det som uansett ville fulgt av EMK artikkel 10 med hensyn til hvilke aktører som kan påberope seg et kildevern. Selv om de nærmere grensene i utgangspunktet forutsettes videreført som i dag, vil departementet knytte noen bemerkninger til virkeområdet.

Straffeprosessloven § 125 tredje ledd annet alternativ og tvisteloven § 22-11 tredje ledd bokstav b «tar sikte på å fange opp den medievirksomhet som ikke er kringkasting eller avis i tradisjonell forstand, men hvor formålet er å spre informasjon og være et debattforum mv. på samme måte som gjennom aviser og kringkasting», jf. NOU 2001: 32 punkt 25.2 side 964 til 965. Sentrale kriterier er om medievirksomheten har en ledende person med oppgaver tilsvarende en ansvarlig redaktør, og om den fremtrer som en kilde for løpende informasjon og debatt (samme sted). Tilsvarende kriterier vil være sentralt for om det dreier seg om et «journalistisk virke».

Med anonyme kilder og vern av disse følger det ansvar og etiske problemstillinger. Et forklarings- og beslagsfritak kan misbrukes, også av kildene selv, og komme i konflikt med andre viktige samfunnsinteresser. Det som kan forsvare et sterkt kildevern, er at vernet forbeholdes reell og profesjonell journalistisk virksomhet.

Kjernen i et «journalistisk virke» er den samfunnsrelaterte journalistikk, som finner sted i en medievirksomhet ledet av en person med oppgaver tilsvarende en ansvarlig redaktør, og som er tilsluttet pressens selvdømmeordning med tilhørende etiske retningslinjer. Også annen medievirksomhet kan likevel anses som et «journalistisk virke». Et eksempel er dokumentarfilmvirksomheten i Rolfsen-saken (Rt. 2015 s. 1286). Også bøker kan omfattes. Det vil være av betydning om virksomheten ivaretar en samfunnsmessig funksjon og et journalistisk formål, herunder om den har til formål å legge til rette for en åpen og opplyst offentlig debatt og fylle den demokratiske rollen som pressen fyller. Både frilansere, journaliststudenter, forfattere og dokumentarfilmskapere kan etter omstendighetene påberope seg et forklaringsfritak om identiteten til anonyme kilder. Relevante momenter i vurderingen vil være vedkommendes profesjonalitet og seriøsitet i den journalistiske arbeidsprosessen og ved publiseringen, herunder evne og vilje til følge pressens etiske regler og til å håndtere aktuelle

problemstillinger på en ansvarlig måte. Hva uttrykket omfatter, må for øvrig forstås i samsvar med utviklingen etter EMK artikkel 10.

Kravene som ligger i «journalistisk virke» er blant annet ment å innebære en avgrensning mot aktører som søker å utnytte kildevernreglene i en virksomhet uten et reelt journalistisk formål. Som nevnt av *Oslo statsadvokatembeter* kan for eksempel organiserte kriminelle søke å misbruke de rettigheter og garantier som en kildevernbestemmelse gir. Eksempelvis kan det tenkes at en gruppe som erfaringsmessig driver med kriminell virksomhet velger å utgi en avis for å vanskeliggjøre etterforskning av gruppens virksomhet. Et mer praktisk eksempel kan være et nettsted som legger til rette for at brukerne kan publisere ulovlige hatytringer og trusler, under dekke av å opptre som et journalistisk medium.

At kilden må ha «betrodd» seg til en journalist, forutsetter at kilden er anonym. Vilkåret er tilsvarende som i straffeprosessloven § 125 første ledd annet punktum.

Departementet antar at forslaget i alternativ 1 vil gi en ordlyd som er både språklig tilgjengelig, tilstrekkelig avgrenset og samtidig teknologinøytral og fleksibel. Som Straffeprosessutvalget mener departementet at terskelen for inngrep bør være noe lavere i begrepets ytterkant. De nærmere grensene for hva som regnes som «journalistisk virke» må avklares i rettspraksis.

I alternativ 1 kan virkeområdet til straffeprosessloven § 125 første ledd for eksempel utformes slik:

«Ingen har plikt til å svare på spørsmål om hvem som er kilde til noe som er betrodd dem i deres journalistiske virke. Det samme gjelder spørsmål om hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke.»

5.5.3 Alternativ 2

Som et alternativ kan vilkåret knyttes mer uttrykkelig til slik journalistisk virksomhet som ligger i kjerneområdet av bestemmelsen. Dette kan for eksempel gjøres ved å ta utgangspunkt i virkeområdet til en eventuell ny medieansvarslov, samtidig som fleksibiliteten ivaretas ved at også «annet journalistisk virke» omfattes.

En slik utforming vil gi uttrykk for at journalistisk virksomhet som drives i medier som omfattes av en eventuell ny medieansvarslov, ligger i kildevernets kjerneområde. Dette kan bidra til at loven i større grad gir holdepunkter for hvilke kriterier som er relevante for vurderingen av om annet journalistisk virke gir rett til kildevern.

I Kulturdepartementets utkast til ny medieansvarslov er virkeområdet foreslått fastsatt slik i lovutkastet § 2:

«Loven gjelder for medier som driver regelmessig journalistisk produksjon og formidling av nyheter, aktualitetsstoff og samfunnsdebatt til allmennheten.

Loven gjelder ikke for medier som har som hovedformål å drive med reklame eller markedsføring, eller som hovedsakelig er rettet mot medlemmer eller tilsatte i bestemte organisasjoner, foreninger eller selskap.»

Virkeområdet er nærmere omtalt i Kulturdepartementets høringsnotat med forslag til ny medieansvarslov, punkt 18 side 193 følgende. Medier som omfattes av loven underlegges ulike plikter, for eksempel til å utpeke en redaktør, jf. utkastet § 4.

I alternativ 2 kan virkeområdet til straffeprosessloven § 125 første ledd for eksempel utformes slik:

«Ingen har plikt til å svare på spørsmål om hvem som er kilde til noe som er betrodd dem i deres [virke for medier som omfattes av lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte medier, eller i annet journalistisk virke]. Det samme gjelder spørsmål om hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke.»

For en nærmere drøftelse av virkeområdet vises til det som er sagt i tilknytning til alternativ 1.

5.5.4 Hvilke andre pressemedarbeidere kan påberope seg kildevernet?

I straffeprosessloven § 125 følger det av annet og femte ledd at andre medarbeidere i slik medievirksomhet som omfattes av bestemmelsen, har samme rett som redaktøren. Etter forslagene over vil redaktører og journalister omfattes i den utstrekning opplysningene er betrodd til dem. At også andre medarbeidere som får kjennskap til kilden kan påberope seg kildevernet, foreslås videreført i annet ledd i forslaget, men tilpasset endringene i virkeområde i forslagets første ledd, for eksempel slik:

«Samme rett har andre som har fått kjennskap til kilden eller opphavspersonen gjennom sitt arbeid i tilknytning til virke som nevnt i første ledd.»

Bestemmelsens femte ledd kan i så fall oppheves.

Også i Straffeprosessutvalgets forslag kan kildevernet påberopes av flere enn den som har stått for den fortrolige kommunikasjonen. I utvalgets utkast har likevel regelen fått en annen retts teknisk løsning enn etter gjeldende rett. I utkastet § 8-4 er det foreslått en egen bevisforbudsregel som omfatter personer som har fått kjennskap til opplysninger eller kilder gjennom arbeid som følger som en naturlig forlengelse av det journalistiske arbeidet, for eksempel den aktuelle journalistens kollegaer, redaktøren eller ansatte i lokalene der den journalistiske virksomheten bedrives, eller på trykkeriet. Slike personer kan ikke forklare seg uten samtykke fra den som direkte kan påberope seg forklaringsfritaket i utkastet § 9-4. Bevisforbudsregelen er del av utvalgets forslag til en omlegging av bevisreglene og vil bli vurdert som ledd i arbeidet med ny straffeprosesslov. Det foreslås derfor ikke endringer i den gjeldende straffeprosessloven med bakgrunn i dette forslaget.

5.5.5 Samlet forslag til utforming av virkeområdet i straffeprosessloven § 125 første og annet ledd

Eventuelle endringer i straffeprosessloven § 125 første og annet ledd kan på bakgrunn av drøftelsene over, utformes slik:

«Ingen har plikt til å svare på spørsmål om hvem som er kilde til noe som er betrodd dem i deres [journalistiske virke] [virke for medier som omfattes av lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte medier, eller i annet journalistisk virke]. Det samme gjelder spørsmål om hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke.

Samme rett har andre som har fått kjennskap til kilden eller opphavspersonen gjennom sitt arbeid i tilknytning til virke som nevnt i første ledd.»

Bestemmelsens femte ledd kan i denne utformingen oppheves.

Se tilsvarende forslag til endring i tvisteloven § 22-11 i punkt 8.

6 Kildevern – når kan det gjøres unntak fra kildevernet?

6.1 Inngrep i kildevernet etter EMK

6.1.1 Nødvendig i et demokratisk samfunn

En overordnet beskrivelse av kildevernets beskyttelse etter EMK artikkel 10 fremgår ovenfor i punkt 2. Den videre fremstillingen i punkt 6.1 konsentrerer seg hvilke rammer EMK oppstiller for adgangen til å gjøre inngrep i ytringsfriheten gjennom unntak fra kildevernet. Etter EMDs praksis skal det mye til for at inngrep i kildevernet anses for å være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Generelt må inngrepet være proporsjonalt sett opp mot formålet med det og det må foreligge «a pressing social need» for inngrepet. Begrunnelsen for inngrepet må dessuten være relevant og tilstrekkelig, jf. blant annet Goodwin-saken (sak 17488/90) avsnitt 40.

EMD har flere ganger uttalt seg særskilt om nødvendighetsvurderingen i kildevernsaker, se blant annet Goodwin-saken avsnitt 39:

«Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 of the Convention, unless it is justifiable by an overriding requirement in the public interest.»

I sitatet ovenfor uttaler domstolen at kildevernet bare kan vike dersom det foreligger «an overriding requirement in the public interest». EMD har gjentatt denne prinsipputtalelsen i en rekke senere saker, blant annet Roemen og Schmit mot Luxembourg (sak 51772/99), Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland (sak 38224/03) og Telegraaf Media Landelijke Media B.V. m.fl. mot Nederland (sak 39315/06).

I Ot.prp. nr. 55 (1997–98) side 16 utledes av Goodwinsaken at «det må foreligge betydelig interesseovervekt for de motstående hensyn for at kildevernet skal vike». Unntak bør være aktuelt bare der «meget tungtveiende hensyn» kan oppveie de hensyn som taler for kildevern, jf. proposisjonen side 27.

Pressen skal sørge for at offentligheten blir gjort kjent med forhold som er av samfunnsmessig interesse. Sentralt i EMDs vurderinger av om inngrep i kildevernet kan aksepteres, er «the chilling effect». Det vil si den langsiktige skadelige virkningen inngrep i kildevernet i en enkeltsak, kan ha på pressens tilgang på kilder i fremtiden. Denne virkningen er også vektlagt av Høyesterett i flere saker, jf. blant annet Rt. 2013 s. 1290 og Rt. 2015 s. 1286.

EMD legger vekt på at inngrep i pressens rett til kildevern har skadelige virkninger ikke bare for kilden, som risikerer å få sin identitet avslørt, men også for det aktuelle mediet, som kan få skadet sitt omdømme og få vansker med å skaffe opplysninger fra kilder i fremtiden, samt for allmenheten som kan risikere å få dårligere tilgang til opplysninger av samfunnsmessig viktighet, jf. Financial Times Ltd. m.fl. mot Storbritannia (sak 00821/03) avsnitt 63.

6.1.2 Konkret interesseavveining og betydningen av alvorlig kriminalitet

Adgangen til å gjøre inngrep i kildevernet etter EMK artikkel 10 nr. 2 beror på en konkret interesseavveining. Inngrepsadgangen vil derfor variere ut fra hvilke

interesser som gjør seg gjeldende i den konkrete saken (Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland 31. mars 2009 (sak 38224/03) avsnitt 57):

«The Court does not dispute that a compulsory handover of journalistic material may have a chilling effect on the exercise of journalistic freedom of expression. However, it does not follow per se that the authorities are in all such cases prevented from demanding such handover; whether this is so will depend on the facts of the case. In particular, the domestic authorities are not prevented from balancing the conflicting interests served by prosecuting the crimes concerned against those served by the protection of journalistic privilege; relevant considerations will include the nature and seriousness of the crimes in question, the precise nature and content of the information demanded, the existence of alternative possibilities of obtaining the necessary information, and any restraints on the authorities' procurement and use of the materials concerned [...]».

Saken ble senere tatt opp til avgjørelse i storkammer (Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland 14. september 2010 (sak 38224/03)).

Hvor sterkt kildevernet står i den enkelte sak vil dermed kunne bero på hvor viktig det er at myndighetene får anledning til å oppklare den aktuelle saken (Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave side 305):

«Kildevernet står svakest hvor det er av stor samfunnsmessig betydning å komme til bunns i den saken journalisten formidler, og dette ikke kan oppnås uten at kildens identitet oppgis. Det siste innebærer at journalisten lettere kan pålegges å dokumentere visse faktiske opplysninger for å underbygge de påstander som fremsettes, hvis dette kan gjøres uten å røpe kildens identitet. Det første innebærer at et pålegg om kildeinformasjon vil stå sterkt dersom formålet er å hindre alvorlig kriminalitet og selve kildeidentiteten er sentral i så måte. Også eksistensen av garantier for begrensningen på bruken av kildeinformasjonen vil bli tillagt vekt.»

Som det fremgår ovenfor, kan kildevernet måtte vike når det er tale om å forhindre alvorlige forbrytelser. At en «major crime» kan forhindres, nevnes også som et mulig grunnlag for å gjøre unntak fra kildevernet i punkt 41 i den forklarende rapporten til en anbefaling fra Europarådets Ministerkomité (Recommendation No. R (2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information). Som eksempler på forbrytelser som faller inn under «major crime», nevnes «murder, manslaughter, severe bodily injury, crimes against national security, or serious organised crime». EMD har vist til anbefalingen i blant annet Nordisk Film & TV-saken (sak 40485/02) og den nevnte Sanoma Uitgevers-saken.

På bakgrunn av det ovenstående er det klart at det skal mye til for at et inngrep i kildevernet kan sies å være nødvendig i et demokratisk samfunn. I en rekke saker har EMD konkludert med at det foreligger en krenkelse av artikkel 10 fordi inngrepet ikke er begrunnet i tilstrekkelig sterke private eller offentlige interesser.

Goodwin-saken (sak 17488/90) er et eksempel på dette. Saken gjaldt journalistpraktikanten William Goodwin, som fikk tilgang til selskapsinterne og strengt fortrolige opplysninger om dataselskapet Tetras økonomiske situasjon. Selskapet begjærte midlertidig forføyning for å stanse publisering av opplysningene. Begjæringen ble begrunnet med at opplysningene ville kunne svekke tilliten til selskapet, og være ødeleggende for pågående refinansieringsforhandlinger, med konkurs og masseoppsigelser som ytterste konsekvens. Selskapet krevde også at Goodwin måtte oppgi kilden til opplysningene, for å kunne hindre ytterligere spredning av informasjonen og eventuelt anlegge erstatningssøksmål.

EMD aksepterte at Tetras interesse i å finne kilden for å eliminere den gjenværende risikoen for spredning av de skadelige opplysningene, avsløre en illojal medarbeider og søke erstatning hos skadevolderen, utvilsomt var legitime formål («undoubtedly relevant reasons»). Retten kom likevel til at inngrepet ikke var nødvendig, da disse omstendighetene ikke – heller ikke samlet sett – var tilstrekkelig tungtveiende i forhold til den vitale samfunnsinteressen som lå i å beskytte journalistens kilde.

Saken *Financial Times m.fl. mot Storbritannia* (sak 00821/03) har likhetstrekk med *Goodwin-saken*. Blant andre *Financial Times* fikk tilsendt kopier av et konfidensielt dokument som omhandlet et mulig bud fra det belgiske bryggerikonsernet *Interbrew* på et sørafrikansk bryggeri (*SAB*). *Interbrew* anla sak og krevde at avisene og nyhetsbyrået skulle levere tilbake dokumentkopiene, for å kunne få fastslått hvem som hadde lekket de fortrolige opplysningene, eventuelt anlegge sak mot vedkommende og hindre ytterligere lekkasjer. Som i *Goodwin-saken* kom EMD til at lovskravet for inngrepet var oppfylt, og at det hadde et legitimt formål, men at nødvendighetskravet ikke var oppfylt idet interessene som tilsa inngrep ikke var tilstrekkelig tungtveiende i forhold til samfunnets interesse i å beskytte mediens kilder.

I *Financial Times-saken* pekte EMD også på at det å skulle hindre ytterligere lekkasjer eller spredning av fortrolige opplysninger, bare kan begrunne et pålegg om å utlevere kildeavslørende materiale under eksepsjonelle omstendigheter, og bare dersom det ikke finnes rimelige, mindre inngripende måter å avverge risikoen på. Videre må risikoen for fremtidige avsløringer være tilstrekkelig alvorlig og kunne sies å medføre at unntak fra kildevernet er nødvendig etter artikkel 10 nr. 2 ledd, jf. avsnitt 69.

6.1.3 Kildens motiver og journalistens opptreden

Et spørsmål som har vært behandlet i flere saker, er betydningen av kildens motiver. I *Financial Times-saken* ga EMD følgende uttalelse (avsnitt 63), som senere er gjentatt i *Telegraaf Media-saken* (sak 39315/06):

«While it may be true that the public perception of the principle of non-disclosure of sources would suffer no real damage where it was overridden in circumstances where a source was clearly acting in bad faith with a harmful purpose and disclosed intentionally falsified information, courts should be slow to assume, in the absence of compelling evidence, that these factors are present in any particular case. In any event, given the multiple interests in play, the Court emphasises that the conduct of the source can never be decisive in determining whether a disclosure order ought to be made but will merely operate as one, albeit important, factor to be taken into consideration in carrying out the balancing exercise required under Article 10 § 2.»

I samme dom uttalte EMD imidlertid også at «there may be circumstances in which the source's harmful purpose would in itself constitute a relevant and sufficient reason to make a disclosure order», jf. avsnitt 66. Se også *Nagla mot Lativa* (sak 73469/10), hvor det i avsnitt 97 blant annet uttales:

«The Court emphasises that the right of journalists not to disclose their sources cannot be considered a mere privilege to be granted or taken away depending on the lawfulness or unlawfulness of their sources, but is part and parcel of the right to information, to be treated with the utmost caution (see *Tillack*, cited above, § 65). Given the multiple interests in issue, the Court emphasises that the conduct of the source will merely operate

as one factor to be taken into consideration in carrying out the balancing exercise required under Article 10 § 2 of the Convention.»

Et tilfelle hvor kildens motiver fikk betydning for kildevernet er i EMDs avvisningsavgjørelse i Stichting Ostade Blade mot Nederland (sak 8406/06). Saken omhandlet ransaking av et magasins redaksjonslokale med tilhørende beslag i dokumenter, som ledd i etterforskningen av flere bombesprengninger. Magasinet hadde i forveien opplyst at det ville offentliggjøre et brev fra en organisasjon som tok på seg ansvaret for sprengningene. EMD la til grunn at kilden ikke ønsket å formidle informasjon til offentligheten. Målet med å gi informasjon til pressen var å skaffe seg anonymitet for å unngå straffansvar for de alvorlige handlingene. Vedkommende ble derfor ikke ansett for å ha krav på det samme vernet som kildene i saker som Goodwin mot Storbritannia og Financial Times mot Storbritannia. På bakgrunn av dette uttalte EMD at «source protection is not in issue». Informantens intensjoner førte dermed til at det etter EMD syn ikke var tale om kildevern i tradisjonell forstand og EMD konkluderte dermed med at det ikke forelå en krenkelse i dette tilfellet. Selv om man skulle anse dette tilfellet for å være et inngrep i kildevernet, ville det antakelig vært grunnlag for å gjøre unntak. Forbrytelsene var alvorlige, og tiltakene var nødvendige i et demokratisk samfunn.

Etter EMDs praksis har det videre betydning for forholdsmessighetsvurderingen, og dermed for om det foreligger en krenkelse, om journalisten har opptrådt med nødvendig objektivitet og i tråd med etiske retningslinjer, jf. Telegraaf Media-saken avsnitt 126, hvor det heter:

«Under the terms of Article 10 § 2, the exercise of freedom of expression carries with it duties and responsibilities which also apply to the press. Article 10 protects a journalist's right - and duty - to impart information on matters of public interest provided that he is acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism ...»

6.1.4 Legalitetskrav

EMK artikkel 10 innebærer også et legalitetskrav. Det stilles kvalitative krav til rettsreglene som regulerer inngrep i kildevernet. Disse skal inneholde rettssikkerhetsgarantier som står i forhold til inngrepets alvor, jf. Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland (sak 38224/03) avsnitt 88 til 92.

6.2 Gjeldende rett

6.2.1 Grunnvilkår i norsk rett

En overordnet beskrivelse av fritaket for forklaringsplikt om forhold som omfattes av kildevernet, fremgår ovenfor i punkt 2. I det følgende behandles vilkårene for å pålegge forklaringsplikt etter tilnærmet likelydende bestemmelser i straffeprosessloven § 125 tredje ledd og tvisteloven § 22-11 annet ledd. Førstnevnte lyder:

«Når vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis og den er av vesentlig betydning for sakens oppklaring, kan retten etter en samlet vurdering likevel pålegge vitnet å oppgi navnet. Dersom forfatteren eller kilden har avdekket forhold som det var av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent, kan vitnet bare når det finnes særlig påkrevd pålegges å oppgi navnet»

Unntaksreglene fikk sin nåværende form ved endringslov 4. juni 1999 nr. 37, som innebar endringer i straffeprosessloven § 125 og tvistemålsloven § 209 a. Sistnevnte er videreført i tvisteloven § 22-11. Endringene bygger på Kildevernutvalgets utredning NOU 1988: 2, side 9 til 21. Siktemålet med endringene var å styrke kildevernet, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.5.2 side 20. Slik unntaksregelen ble formulert, var meningen å foreta en «skjerping og presisering av vilkårene etter gjeldende rett for når det kan pålegges vitneplikt om kildenes navn», jf. punkt 3.2.6.5 side 25 samme sted. Unntakene gjelder tilsvarende for beslagsadgangen og pålegg om utlevering, jf. straffeprosessloven §§ 204 første ledd annet punktum og 210 første ledd første punktum.

Om det foreligger grunnlag for domstolene til å pålegge vitnet å oppgi navn på kilden, tillate beslag eller pålegge utleveringsplikt, vil for det første bero på om «viktige samfunnsinteresser» tilsier at opplysningen om kildens identitet gis, og om denne opplysningen er av «vesentlig betydning» for sakens oppklaring, jf. straffeprosessloven § 125 tredje ledd første punktum. Tilsvarende følger av tvisteloven § 22-11 annet ledd.

Som «samfunnsinteresser» regnes ikke bare statens eller det offentlige interesser, men også fellesskapsinteresser og allmenne interesser som personvern, vern om enkeltpersoners privatliv, fred, omdømme og ære, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.5 side 24.

Høyesterett har i Rt. 2015 s. 1286 lagt til grunn at det må «dreie seg om avgjørende informasjon som ikke kan fremskaffes på annen praktikabel måte», for at opplysningen skal regnes for å være «av vesentlig betydning for sakens oppklaring» (avsnitt 63). I den samme kjennelsen ga Høyesterett uttrykk for at det ikke vil være tilstrekkelig at opplysningen kan gi politiet «verdifulle spor» dersom det også er tvil om opplysningenes verdi for etterforskningen (avsnitt 65 og 66). I Rt. 2013 s. 1290 ble det lagt til grunn at vilkåret var oppfylt dersom kunnskap om kildens identitet kunne gi «verdifulle spor», men i det tilfellet sto etterforskningen «i stampe» (avsnitt 24), og opplysningen var dermed vesentlig betydning. I Rt. 2010 s. 1381 var vilkåret oppfylt da det ikke «fant alternative og praktisk gjennomførbare etterforskningsskritt» (avsnitt 50).

6.2.2 Samlet interesseavveining

Dersom de to kumulative grunnvilkårene beskrevet i forrige punkt er oppfylt, kan retten etter en samlet vurdering gjøre unntak fra kildevernet, jf. straffeprosessloven § 125 tredje ledd første punktum og tvisteloven § 22-11 annet ledd første punktum. Det legges opp til en «bred interesseavveining», jf. Rt. 2004 s. 1400 (avsnitt 38). Avgjørende for vitneplikten blir om «samfunnsinteressen» i det enkelte tilfelle er tilstrekkelig viktig til å oppveie de hensyn som i samme tilfelle taler for et kildevern for pressen.

Det er ikke en klar grense mellom grunnvilkårene og den samlede interesseavveining som skal foretas for å avgjøre om det skal pålegges vitneplikt, jf. Rt. 2010 s. 1381 avsnitt 53. Om samfunnsinteressen i det enkelte tilfellet er å anse som «viktig», vil i noen grad bero på hvilke hensyn som i samme tilfelle taler for et kildevern for pressen, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.6 side 24. Den mest beskyttelsesverdige form for journalistisk virksomhet er den samfunnsrelaterte journalistikk, både i kritisk, refererende og informerende form. Innenfor denne journalistiske genre bør terskelen for å pålegge vitneplikt om

kildens navn være høy, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.5 side 24. I tilfeller der den opplysning man søker kilden for, har mindre eller ingen samfunnsmessig relevans, bør det derimot kreves mindre før en samfunnsinteresse sees som tilstrekkelig viktig til at den opphever journalistens kildevern (samme sted). Dersom det avdekkes forhold det er av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent, bør kildevernet ha betydelig styrke, jf. nedenfor i punkt 6.2.3.

Den samlede interesseavveiningen må foretas i samsvar med EMK artikkel 10 og EMDs praksis, jf. Rt. 2013 s. 1290 (avsnitt 25 til 27) og Rt. 2004 s. 1400 (avsnitt 43 til 46). Ved vurderingen av om det skal gjøres unntak fra kildevernet må det legges til grunn et bredt perspektiv på hvilke virkninger et slikt unntak vil ha, jf. kjennelsen inntatt i Rt. 2010 s. 1381:

«Ved vurderingen av om det her skal gjøres unntak fra kildevernet, finner jeg det riktig å legge til grunn den mer langsiktige effekten av å skulle gjøre unntak - den såkalte *«chilling effect»*, som ble fremholdt blant annet i Rt-1992-39 (på side 49) og Goodwinsaken (EMD-1990-17488). I det lange løp er det en risiko for at en mer utstrakt bruk av vitneplikt vil kunne medføre at viktige kilder blir borte. Etter mitt syn tilsier derfor vesentlige samfunnsinteresser at media i størst mulig utstrekning bør kunne bevare anonymitet om sine kilder.»

Den langsiktige effekten av inngrep i kildevernet vektlegges også i avgjørelsene inntatt i Rt. 2013 s. 1290 og Rt. 2015 s. 1286.

Videre uttalte departementet følgende om vurderingsnormen i § 125 tredje ledd i Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.5 side 27:

«Generelt gjør hensynene bak et kildevern seg sterkere gjeldende der det er tale om alvorlige forhold enn der det er tale om mindre alvorlige forhold. Unntak fra kildevernet bør bare være aktuelt der meget tungtveiende hensyn kan oppveie de hensyn som taler for et kildevern. Det kan først og fremst tenkes der saken dreier seg om særlig samfunnsskadelig virksomhet, og særlig hvis dennes oppklaring kan hindre at samme virksomhet fortsetter i fremtid. F eks kan det tenkes at kildevernet som en siste mulighet for å oppklare saken må vike der det er tale om samfunnsskadelig organisert kriminalitet av ikke uvesentlig omfang eller betydning.»

At det kan være aktuelt til å gjøre unntak fra kildevernet ved alvorlig kriminalitet, fremgår også av Rt. 2015 s. 1286 avsnitt 67 og Rt. 2013 s. 1290 avsnitt 32. I sistnevnte avgjørelse uttaler Høyesterett:

«På den annen side er det grunn til å merke seg Appendix to Recommendation No. R (2000) 7 *«Principles concerning the right of journalists not to disclose their sources of information»* fra Europarådets Ministerkomité. Under punktet *«Limits to the right of non-disclosure»* er det fremholdt at hvis det er snakk om *«prevention of major crime»*, kan kildevernet måtte vike. Som eksempler på forbrytelser som faller inn under *«major crime»*, nevnes *«murder, manslaughter, severe bodily injury, crimes against national security, or serious organised crime»*. Dersom slike forbrytelser kan forhindres, kan det *«possibly justify the disclosure of a journalist's source»*. Korrupsjon og brudd på taushetsplikten er ikke nevnt. Det fremgår uttrykkelig at oppregningen bare gir eksempler, men den gir likevel en indikasjon på hvor listen normalt skal ligge. (...)»

I Rt. 2015 s. 1286 viser Høyesterett til at brudd på terrorlovgivningen faller innenfor denne oppregningen, men uttaler også at man må ta i betraktning at kilden til informasjon om slik virksomhet kan utsette seg for særlig stor fare hvis deres identitet skulle bli kjent.

I Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.5 side 25 uttalte departementet følgende om tilfeller der kilden har brutt en lovbestemt taushetsplikt:

«Avgjørende for om navnet kan kreves oppgitt, blir dermed om pliktbruddet og forhold knyttet til det, etter sammenhengen må bedømmes slik at tilstrekkelig vektige samfunnsinteresser tilsier at navnet bør oppgis. Her må det foretas en samlet vurdering der sentrale momenter blir hvor alvorlig pliktbruddet er i seg selv, hvilke hensyn som taler for en effektiv forfølgning av bruddet på taushetsplikten, sakens art, den samfunnsmessige relevans det har å offentliggjøre de røpede opplysninger, samt de hensyn som i alminnelighet taler for kildevern.»

Samme sted ble det lagt til grunn at det skal gjelde et sterkt kildevern selv i tilfeller der identifisering av kilden kan bidra til oppklaring av lovbrudd. For det første kan også vern av kilder være av betydning for å få kjennskap til straffbare forhold og til nærmere opplysninger om slike forhold. Videre vil omtale av og nyhetsoppslag om straffbare forhold normalt ha samfunnsmessig betydning, slik at de hensyn som taler for et sterkt kildevern, gjør seg gjeldende, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.5 side 27. Departementet la til grunn at «man bare i særlige unntakstilfeller [...] skal pålegge vitneplikt om kildens identitet der denne har gitt opplysninger om begåtte straffbare forhold». I slike tilfeller skal «kildevernet være nær absolutt, enten det bedømmes etter hovedregelen [...] eller den presiserende særregelen». Dette er fulgt opp i Høyesteretts praksis, blant annet i Rt. 2010 s. 1381.

I Rt. 2015 s. 1286 avsnitt 72 viste Høyesterett til at tvil om kildevernet må vike eller ikke, skal falle ut til fordel for kildevernet, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.5 side 25:

«I de tvilstilfeller som kan komme til avgjørelse for domstolene, bør en ledende synsmåte - i tråd med grunntanken bak et kildevern - være at en alvorlig tvil heller faller ut til fordel for at vitneplikt ikke pålegges enn for det motsatte.»

6.2.3 Særlig vern for opplysninger av samfunnsmessig betydning

Dersom forfatteren eller kilden har avdekket «forhold som er av samfunnsmessig betydning», gjelder en særskilt og strengere terskel enn den som er redegjort for ovenfor. I slike tilfeller kan unntak fra kildevernet bare gjøres dersom det er «særlig påkrevd», jf. straffeprosessloven § 125 og tvisteloven § 22-11 begges tredje ledd annet punktum. I Rt. 2004 s. 1400 avsnitt 46 gis det – under henvisning til praksis fra EMD – uttrykk for at «kildevernet langt på vei er absolutt så lenge de opplysninger kilden har gitt, er av samfunnsmessig betydning», det vil si i tilfeller som omfattes av annet punktum i bestemmelsene. Høyesterett uttaler for øvrig (samme sted) at selv om opplysningene er uten slik betydning, «må [det] foreligge meget tungtveiende hensyn for å pålegge vitneplikt». Se også Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.6 side 29. Videre uttaler Høyesterett i kjennelsen inntatt i Rt. 2016 s. 1286 at § 125 tredje ledd annet punktum gir retningslinjer for interesseavveiningen etter bestemmelsen første punktum:

«Selv om vilkårene i § 125 tredje ledd andre punktum ikke er oppfylt, vil terskelen for å gjøre unntak fra kildevernet øke med den samfunnsmessige betydning av journalistens arbeid, jf. Rt-2004-1400 avsnitt 46.»

Anvendelse av særregelen tredje ledd annet punktum forutsetter i utgangspunktet at den samfunnsmessige betydningen «fremstår som reell og markert», jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.6 side 29. På den annen side er det forutsatt samme sted at kildevernet generelt skal være sterkt hvis opplysningene kilden har gitt har

samfunnsmessig relevans. Om særregelen direkte dekker et tilfelle blir dermed i praksis ikke nødvendigvis avgjørende.

6.3 NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag

6.3.1 Utvalgets syn

Som nevnt skulle utvalget legge til grunn den avveiningen av kryssende interesser som fremgår av kildevernreglene og praksis knyttet til dem, og kun vurdere kildevernets virkeområde. Utvalgets *mindretall* foreslår likevel at kildevernet for redaktørstyrte medier som faller inn under en ny medieansvarslov, skal være absolutt og ubetinget.

Som begrunnelse for at kildevernet bør være absolutt for visse redaktørstyrte medier, viser mindretallet (NOU 2011: 12 punkt 12.9 side 149) blant annet til at et lovfestet ubetinget kildevern for redaktørstyrte medier vil bidra til at flere våger å fortelle om kritikkverdige og kriminelle forhold, med den følge at flere slike forhold blir offentlig kjent og stoppet. De redaktørstyrte mediene har lang erfaring med å håndtere presseetiske utfordringer og vurdere om publisering er forsvarlig eller ikke. Profesjonelle journalister er i stand til å vurdere i hvilke tilfeller anonymitetsvern er uberettiget og kilden heller burde vært overtalt til å stå frem eller saken droppet. Et absolutt kildevern vil også løse dagens motsetning mellom det presseetiske regelverket og norsk lov, som innebærer at en journalist som vil følge det yrkesetiske regelverket må utøve sivil ulydighet.

Lovverket har over tid beveget seg i retning av presseetikkenes absolutte kildevern. Det vil etter mindretallets syn være gunstig om det siste skrittet mot full overensstemmelse snart kunne bli gjennomført.

Flertallet tar utgangspunkt i at utvalget ikke skulle gå inn i avveiningen av kryssende hensyn, og viser til at hensynene bak den alminnelige hovedregelen om forklaringsplikt gjør at prinsippet om kildevern ikke er absolutt, jf. NOU 2011: 12 punkt 12.3.3 side 132.

6.3.2 Høringsinstansenes syn

Etter *Norsk Redaktørforenings* oppfatning bør kildevernet gjøres absolutt, og brudd på kildevernet bør være straffbart for redaksjonelle medarbeidere. *Norsk presseforbund* gir uttrykk for lignende synspunkter, og uttaler at det strenge kildevernet som følger av blant annet Høyesteretts praksis med henvisninger til EMK, bør komme klart til uttrykk i det norske lovverket gjennom et absolutt kildevern og lovfesting av kilders anonymitetsrett. Også *A-pressen*, *Fagpressen*, *Mediebedriftenes landsforening (MBL)*, *Norsk Journalistlag* og *TV2* tar til orde for en lovfesting av et absolutt kildevern for redaktører og journalister i medier som er omfattet av en ny medieansvarsloven. *Mediebedriftenes landsforening* uttaler:

«Et sterkt og absolutt kildevern vil gi folk trygghet om at identiteten er beskyttet og dermed være viktig for at mediene skal kunne oppfylle sin samfunnsrolle.»

NRK viser til at det ikke følger noe absolutt kildevern av Høyesteretts praksis eller EMK, men støtter mindretallets forslag om at det bør innføres et absolutt kildevern for journalister og redaktører:

«Et absolutt kildevern vil gi en lovbestemt garanti som vil øke sannsynligheten for at flere vil våge å fortelle om maktmisbruk, kritikkverdige og kriminelle forhold. I et langsiktig samfunnsperspektiv må dette være viktigere enn å beholde åpningen i lovverket for at kildevernet må vike når «*viktige samfunnsinteresser*» tilsier det eller det er «*særlig påkrevd*».»

NRK viser videre til presseetikkenes absolutte kildevern, og at ingen pressefolk noen gang har etterkommet pålegg fra domstolen om å oppgi kilden. Et pålegg fra domstolen vil således ikke ha noen praktisk betydning etter NRKs mening. Samtidig understrekes at pressens kildevern i mange tilfeller er avgjørende for at alvorlig kritikkverdige forhold – herunder også kriminelle forhold – blir avdekket.

Subsidiært mener NRK at ordlyden i kildevernbestemmelsene bør endres slik at den i større grad reflekterer gjeldende rett:

«Dersom det ikke innføres et lovbestemt absolutt kildevern, bør uansett ordlyden i kildevernbestemmelsene endres fordi den ikke er i samsvar med gjeldende rettstilstand. Kildevernet etter gjeldende rett er nær absolutt, jfr. både praksis fra EMD og avgjørelsen inntatt i Rt. 2010 side 1381 (Runestensaken). Dette samsvarer dårlig ordlydens bestemmelser om at kildevernet kan oppheves når «*viktige samfunnsinteresser*» tilsier det eller når det er «*særlig påkrevd*».»

Også *Norsk Journalistlag* tar subsidiært stilling til hva slags regel en bør ha dersom det ikke innføres et absolutt kildevern. Høringsinstansen tar til orde for at dagens begrensede rett til kildevern kan beholdes, men da i kombinasjon med blant annet en utvidelse av anonymitetsretten med taushetsplikt.

6.4 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

6.4.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utkastet § 9-4 annet ledd at det skal kunne gjøres unntak fra kildevernet dersom særlige forhold unntaksvis tilsier det:

«Det gjelder likevel forklaringsplikt når særlige forhold unntaksvis tilsier det. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på

- om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning,
- om viktige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis, og
- journalistens arbeid og den samfunnsmessige betydningen av dette.»

Utvalget tar utgangspunkt i at formålet med kildevernet i straffeprosessloven § 125 er å legge til rette for at pressen kan avdekke kritikkverdige forhold og sette sentrale samfunnsspørsmål under debatt. Begrunnelsen for å ha et kildevern er således forankret i det samfunnsmessige og demokratiske behovet for fri debatt og meningsdannelse, jf. utredningen punkt 13.4.3 side 279. Samtidig understreker utvalget at kildevernet kan støte sterkt an mot straffeforfølgningsinteressen og idealet om fullstendig opplysning av straffesaker.

Etter utvalgets syn er det klart at straffeprosessloven må gi pressen forklaringsfritak for visse opplysninger som den mottar i sitt virke. Utvalget anser dette som en sentral del av lovgivers ansvar etter Grunnloven § 100 sjette ledd for «å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale». Etter utvalgets syn er det videre grunn til å styrke vernet om pressen og gi loven en noe mer tilgjengelig utforming enn dagens regelverk.

På generelt grunnlag understreker utvalget at straffesaksapparatets aktører bør vike tilbake for å blande seg inn i arbeidet til den kritiske journalistikken på en slik måte at pressens samfunnsoppdrag vanskeliggjøres.

Straffeprosessutvalget mener at det er grunn til å endre utformingen av adgangen til å gjøre inngrep i pressens forklaringsfritak, jf. utredningen punkt 13.4.3 side 280. I dag er det fastsatt forskjellige terskler for inngrep avhengig av betydningen av de opplysninger som kilden har gitt, jf. straffeprosessloven § 125 tredje ledd. Utvalget mener at spørsmålet om hvilken inngrepsterskel som gjelder i det enkelte tilfellet, og de vurderinger som må gjøres for å ta stilling til om det er adgang til å pålegge vitneplikt, er svært skjønnspregede og krever en avveining av likeartede verdier. Dette medfører etter utvalgets syn risiko for at de ulike elementene i bestemmelsen flyter over i hverandre ved anvendelsen av regelen.

Utvalget mener ordningen med ulike terskler er overflødig, og at avveiningsnormen etter straffeprosessloven § 125 tredje ledd første punktum er fleksibel nok som vurderingsgrunnlag for unntak fra kildevernet (utredningen punkt 13.4.3 side 280):

«Det er hensiktsmessig å la alle situasjoner vurderes etter en enhetlig utformet, men relativ norm som stiller krav om «*særlige forhold*» før vedkommende kan pålegges å forklare seg. For å sikre forutberegnelighet og ensartet praksis bør lovteksten i tillegg angi momentene som skal inngå i vurderingen som må foretas. Endringen skal ikke forstås som en svekkelse av det vernet som bestemmelsen gir i dag.»

I spesialmerknadene i utredningen kapittel 30 side 579 skriver utvalget at forslaget om unntak fra forklaringsfritaket i § 9-4 annet ledd er forbeholdt ekstraordinære tilfeller. Utvalget understreker videre at oppregningen i § 9-4 annet ledd annet punktum ikke angir uttømmende momenter for vurderingen av om det foreligger «*særlige forhold*» etter første punktum. Uttrykket «unntaksvis» i utkastet til § 9-4 er benyttet for å markere at vilkåret for å gjøre unntak er svært strengt, og at adgangen ikke skal benyttes hyppig. Reguleringen skal gi et signal om at adgangen ikke nødvendigvis bør påberopes selv om det rettslig sett kan være adgang til det.

Momentene som angis i annet ledd omtales nærmere i utredningens kapittel 30 side 579 til 580. Når det gjelder *om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning*, skal dette fremheve at det konkrete bidraget til saksopplysningen skal tas i betraktning. Ethvert bidrag er ikke tilstrekkelig, men det er heller ikke krav at forklaringen må være avgjørende for sakens opplysning. Dersom det i lys av det foreliggende etterforskningsmaterialet fremstår som mest sannsynlig at sakens oppklaring kan ivaretas på annet vis enn ved å gjøre unntak fra forklaringsfritaket, vil det ifølge utvalget så å si aldri være adgang til å pålegge journalisten å forklare seg. Hvis påtalemyndigheten derimot kan gjøre presist rede for hvilke opplysninger det søkes etter, dokumenterer omfanget av etterforskningen, påviser at andre etterforskningskritt som kunne ivareta formålet ikke er tilgjengelige og godtgjør at det er grunn til å tro at pressen sitter med viktige opplysninger, kan det være aktuelt med unntak.

Det neste vurderingsmomentet i forslaget er om *vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis*. Spørsmålet er om samfunnets interesse i at opplysningen avsløres, gjør seg gjeldende med en slik styrke at fritaket og de hensyn dette bygger på bør settes ut av spill, med de potensielt uheldige virkninger dette kan ha for samfunnet. Utvalget skriver:

«Dersom forholdet som straffeforfølges, ikke er av særlig alvorlig karakter, skal det mye til før det bør gjøres unntak. Pressens vern skal aldri måtte vike til fordel for oppklaring av mindre alvorlig hverdagskriminalitet. Henvisningen i annet ledd annet punktum tredje strekpunkt til den «*samfunnsmessige betydningen*» av pressens arbeid omfatter dessuten også journalistikk som søker å belyse forhold som knytter seg til alvorlig kriminalitet. Dette innebærer at det ikke nødvendigvis vil være adgang til å gjøre unntak selv i alvorlige saker, særlig når det er tale om å pålegge pressen å oppgi kilder. Gjelder det en alvorlig terrorsak, eller er det utsikt til å avverge en forestående alvorlig krenkelse av liv eller helse, vil momentet om vektige samfunnsinteresser derimot trekke i retning av at opplysningene bør gis.»

Det siste momentet i lovutkastet gjelder *journalistens arbeid og den samfunnsmessige betydningen av dette*. Det er den samfunnsrelaterte journalistikken som ut fra formålet med kildevernet er mest beskyttelsesverdig. Er det konkrete holdepunkter for at arbeidet vil kunne komme til å være av stor samfunnsmessig betydning, må det åpenbart veie tungt. Men selv om journalistens arbeid i den konkrete saken faller i ytterkanten av det som vernes, må det etter utvalgets syn også trekkes inn at forklaringsplikt kan være svært ødeleggende for vedkommendes forhold og tilgang til kilder i fremtiden, og dermed for journalistens videre arbeid og pressens arbeid mer generelt.

6.4.2 Høringsinstansenes syn

Flere høringsinstanser understreker at pressens kildevern er prinsipielt viktig, og fortjener et sterkt vern. *NRK* skriver:

«Den avgjørende begrunnelsen for et rettslig sett tilnærmet absolutt kildevern er således at ethvert inngrep i kildevernet vil ha en nedkjølende effekt på fremtidige potensielle kilder og medføre at medias informasjonskanaler tørker ut. Dermed vil medias muligheter til å fylle sin samfunnsrolle – og borgernes rett til å motta informasjon av allmenn interesse – bli forhindret.»

Høringsinstansene trekker også frem at viktige hensyn må balanseres mot hverandre i utformingen av kildevernreglene. *Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter* peker på at enhver som arbeider journalistisk for eksempel med saker om årsaker til kriminalitet og kriminelle virkeområder kan sitte på bevismateriale, og at kildevernet derfor lett kommer i konflikt med samfunnets interesse i å forfølge og opplyse straffbare forhold. Høringsinstansen peker også på at kildevernet er begrunnet i hensynet til samfunnet som helhet:

«Det er et vern for den delen av yttringsfriheten som kalles informasjonsfrihet – vår kollektive rett til å få høre det andre har å si. Informasjonsfriheten verner vår felles rett til å holde oss informert om de kritikkverdige eller samfunnsutfordrende forhold ingen kilder ville snakket med noen om, kildevernet tenkt borte.»

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter støtter utvalgets uttalelser om at bestemmelser som gir forklaringsfritak til beskyttelse av kildevernet, utgjør en sentral del av lovgivers ansvar etter Grunnloven § 100 sjette ledd for å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale. Høringsinstansen mener videre at kildevernet også utgjør en sentral del av den negative forpliktelse staten har til ikke å gripe inn i yttrings- og informasjonsfriheten, slik denne følger av bl.a. Grunnloven § 100 og EMK art. 10.

Kripos tar utgangspunkt i at kildevernet er begrunnet i det samfunnsmessige og demokratiske behovet for fri debatt og meningsdannelse, og at disse behovene

klart kan begrunne inngrep i prinsippene om sannhetssøken og fri bevisførsel. Kripos understreker imidlertid at det er viktig at disse hensynene balanseres og vektas riktig, slik at forklaringsfritaket ikke gjør for stort inngrep i andre viktige samfunnsinteresser, som avverging og oppklaring av alvorlig kriminalitet.

Også *PST* anerkjenner behovet for et sterkt kildevern som grunnlag for kritisk journalistikk, meningsdannelse og fri debatt om sentrale samfunns spørsmål. Samtidig peker også denne høringsinstansen på at kildevernet kan støte an mot andre vektige samfunnsinteresser, herunder hensynet til en effektiv strafforfølgning. Det tilsier etter *PSTs* syn at kildevernet ikke alltid bør gis forrang uaktet andre verdier.

Flere høringsinstanser fra pressen tar til orde for at kildevernet skal legges opp på en annen måte enn det utvalget foreslår. Enkelte ønsker at kildevernet skal ta utgangspunkt i det som omtales som den svenske modellen, med taushetsplikt for redaktører og journalister om anonyme kilders identitet, anonymitetsrett for kilden og forbud mot å etterforske hvem som er mediens kilder. Dette gjelder blant annet *Norsk Journalistlag*, *Norsk Presseforbund*, *Norsk Redaktørforening* og *NRK*.

Norsk redaktørforening viser til en rekke avgjørelser fra Høyesterett, herunder Rt. 2004 s. 1400 (Lekkasjesaken), Rt. 2010 s. 1381 (Runesteinsaken), Rt. 2013 s. 1290 (22. juli-lekkasjen) og Rt. 2015 s. 1286 (Rolfensaken), og uttaler at den rettslige utviklingen både nasjonalt og internasjonalt, samt det reelle behovet for å klargjøre reglene om kildevernet, burde medført en annen innretning på reglene enn det Straffeprosessutvalget har lagt opp til. *Norsk Redaktørforening* mener at reglene om pressens kildevern bør ta utgangspunkt i samfunnets behov for at vesentlig informasjon av allmenn interesse skal komme til offentlighetens kunnskap. På denne bakgrunn mener høringsinstansen at det blir for snevert når utvalget tar utgangspunkt i at pressen skal ha fritak fra forklaringsplikten for visse opplysninger som mottas i deres virke. Av hensyn til allmenhetens behov for informasjon, mener *Redaktørforeningen* at utgangspunktet for kildevernet heller bør være en anonymitetsrett for kilden som gjelder alle typer opplysninger. Eventuelle unntak bør videre utformes så avgrenset som mulig. *Norsk Presseforbund* gir uttrykk for liknende synspunkter.

Norsk Journalistlag, *Norsk Presseforbund* og *Norsk Redaktørforening* foreslår at kildevernet omgjøres til en regel om lovbestemt taushetsplikt og flyttes til bestemmelsen om bevisforbud til vern om fortrolighet i utvalgets lovutkast § 8-3.

I sine kommentarer til utvalgets forslag, trekker flere høringsinstanser frem at det trengs et sterkere kildevern enn det Straffeprosessutvalget foreslår. *Norsk Journalistlag* erfarer at kildevernet er under press, og viser blant annet til teknologiske endringer og lovendringer som åpner for større bruk av skjulte tvangsmidler. Høringsinstansen skriver at vissheten om at noen kan lete frem kontakter og bevegelser, kan være nok til at kilder blir mer tilbakeholdne med å formidle opplysninger til journalister:

«Viktig underretning til borgerne vil dermed kunne gå tapt. Journalisters informasjonskanaler vil kunne tørke ut og mediens demokratiske samfunnsrolle undergraves.»

Norsk Journalistlag mener derfor at det trengs et sterkere kildevern enn det Straffeprosessutvalget foreslår. Høringsinstansen uttaler at forslaget til § 9-4 annet ledd gir inntrykk av at unntaksbestemmelsen ikke er så snever som de

menneskerettslige forpliktelsene tilsier. Journalistlaget understreker at interesseavveiningen som foreslås i utkastets § 9-4 annet ledd må være i samsvar med EMK artikkel 10. Blant annet må det foreligge en «overriding requirement in the public interest» for å at det skal kunne gjøres unntak fra hovedregelen om kildevern. Norsk Journalistlag skriver:

«Begrepet «*unntaksvis*» markerer etter vårt syn ikke at vilkåret for å gjøre unntak er svært strengt (s. 579). Vi mener momentlisten som foreslås i 9-4 annet ledd dessverre ikke gjenspeiler den pliktige avveiningen.»

Norsk Journalistlag uttaler videre at deres viktigste innvending mot ordlyden i § 9-4 annet ledd er at den ikke gir uttrykk for hensyn som i alminnelighet taler for kildevern. Høringsinstansen viser til at retten skal vektlegge den mer langsiktige effekten («*chilling effect*») som en pålagt bevisplikt vil ha for massemedienes informasjonsfrihet, og at dette må fremkomme av ordlyden i kildevernreglene.

Også *NRK* og *Norsk redaktørforening* uttaler at forslaget går for langt i å åpne for unntak fra forklaringsplikten. *NRK* påpeker, i likhet med Norsk Journalistlag, at unntakshjemmelen i § 9-4 annet ledd er for vid sammenliknet med kravene som oppstilles i EMDs praksis. *NRK* skriver at EMD aldri har tillatt inngrep i kildevernet, og mener derfor at det bør fremgå tydeligere av § 9-4 annet ledd at kildevernet rettslig sett er tilnærmet absolutt, og at det er risikoen for den langsiktig dempende effekten som er det vesentlige når unntak skal vurderes.

Norsk presseforbund gir uttrykk for lignende synspunkter, og viser til redegjørelsene for gjeldende rett fra *NRK* og Norsk Journalistlag. Norsk presseforbund påpeker videre at det følger av Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.6.5 side 27 at unntak fra kildevernet bare bør være aktuelt der «meget tungtveiende hensyn» kan oppveie de hensyn som taler for kildevern. Høringsinstansen mener at også denne terskelen bør reflekteres i loven.

NRK mener for øvrig at heller ikke dagens kildevernregler får frem at kildevernet er tilnærmet absolutt. *NRK* ser det derfor som positivt at utvalget uttaler at det er grunn til å styrke vernet om pressen.

Norsk Journalistlag, *Norsk Redaktørforening* og *NRK* kommenterer videre de tre vurderingstemaene utvalget foreslår i § 9-4 annet ledd. Når det gjelder det første vurderingsmomentet, «om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning», mener *Norsk Journalistlag* at dette momentet er for svakt i forhold til gjeldende rett. Journalistlaget skriver:

«Etter dagens lovgivning ligger det her et krav om at informasjonen om kildens identitet må være relevant og av vesentlig betydning for oppklaringen av den aktuelle sak. Det innebærer at det ikke er adgang til å pålegge bevisplikt dersom de samme samfunnsinteressene kan ivaretas på annen tilfredsstillende måte enn ved å gjøre unntak fra kildevernet. Dette forutsetter at alternativ etterforskningsmetode først må være forsøkt gjennomført før bevisplikt kan pålegges, og det til tross for at denne fremgangsmåten eventuelt kan være mer ressurskrevende, jf. Ina Lindahl s. 119-121. I Ulrik Rolfsen-saken Rt 2015 s. 1286 (avsnitt 63) benyttes formuleringen: «*om forklaringen vil avdekke avgjørende informasjon som ikke kan fremskaffes på annen praktikabel måte.*» Vi foreslår derfor her formuleringene: «*forklaringen er avgjørende for sakens opplysning og at opplysningene ikke kan fremskaffes på annen måte.*»»

Om det andre vurderingstemaet som foreslås, «om vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis», skriver Norsk Journalistlag at det bør presiseres hvilke lovovertrедelser som er så alvorlige at de kan begrunne bevisplikt:

«Dette gjelder for det første der manglende forklaring kan sette personers liv i fare, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997-98) s. 26 og veiledning til Rekommandasjon (2000) 7 kap. II, punkt 40. For det andre der dette kan forhindre alvorlig kriminalitet, jf. Ulrik Rolfsen-saken Rt 2015 s. 1286 (avsnitt 68), NOU 1988:2 s. 16, 17 og 19, Ot.prp. nr. 55 (1997-98) s. 27, Innst.O. nr. 28 (1998-99) s. 8 og veiledning til Rekommandasjon (200) 7 kap. II, punkt 40. Og til sist der manglende forklaring kan forhindre at uskyldige blir dømt for en alvorlig forbrytelse, jf. NOU 1988:2 s. 18. Ot.prp. nr. 55 (1997-98) s. 26, Innst.O. nr. 28 (1998-99) s. 8 og veiledning til Rekommandasjon (2000) 7 kap. II, punkt 41. Det som kjennetegner disse tre situasjonene, er uansett at plikt til å oppgi kildens identitet allerede vil følge av annen lovgivning, jf. straffeloven § 287 om hjelpeplikt når det klart foreligger fare for tap av menneskeliv, straffeloven § 196 om plikt til å forhindre at visse særlige samfunnsskadelige forbrytelser blir utført og straffeloven § 226 om opplysningsplikt etter evne for å forebygge at en uskyldig tiltalt blir dømt for en forbrytelse, eller at straffen overfor en uskyldig blir fullbyrdet.»

Norsk redaktørforening, Norsk Presseforbund og NRK slutter seg til denne angivelsen av hvilke lovbrudd som kan begrunne inngrep i kildevernet, og mener at dette bør presiseres i forarbeidene.

Vedrørende det siste vurderingsmomentet som følger av lovutkastet, «journalistens arbeid og den samfunnsmessige betydningen av dette» uttaler *Norsk Journalistlag* at ikke bare den samfunnsmessige journalistikken må omfattes, men også den refererende og informerende journalistiske formen. Journalistlaget viser i denne forbindelse til NOU 1988: 2 side 20 og Ot.prp. nr. 55 (1997–98) side 24.

Norsk Redaktørforening uttaler videre at rettslig uklarhet om hvor langt kildevernet rekker skaper usikkerhet hos kilden, som igjen gir en «chilling effect» for pressens informasjonstilgang. Redaktørforeningen mener at utvalgets forslag til § 9-4 annet ledd ikke i tilstrekkelig grad bidrar til å redusere denne usikkerheten. Redaktørforeningen uttaler også at det ikke er en tilfredsstillende løsning at forutsigbarhet for kilden i ytterste konsekvens hviler på at pressen er villige til å nekte å etterkomme rettslige pålegg og bli lovbrøyttere. Dette omtales som et demokratisk paradoks.

NRK, Norsk Journalistlag og Norsk Presseforbund foreslår på bakgrunn av det ovennevnte følgende alternative ordlyd:

«Unntak fra forklaringsfritaket kan bare gjøres i særlige tilfeller dersom det foreligger et altoverveiende samfunnsmessig behov for det. I denne vurderingen skal det legges vekt på den langsiktige nedkjølede effekten ethvert inngrep i kildevernet vil ha.

Vilkår for å pålegge forklaringsplikt er under enhver omstendighet at forklaringen er avgjørende for sakens opplysning og at opplysningene ikke kan fremskaffes på annen måte.»

Norsk Redaktørforening støtter dette forslaget.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter mener at utvalgets forslag tydeliggjør at det er kildevernet som er utgangspunktet ved vurderinger av forklaringsplikt, og at inngrep i dette vernet fremstår som et unntak, både ved sin formulering og sin plassering. For øvrig deler denne høringsinstansen mange av synspunktene til presseorganisasjonene gjengitt ovenfor. Også Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter stiller spørsmål ved om ordlyden i forslaget gir uttrykk for en så snever unntakshjemmel som utvalgets merknader og de menneskerettslige forpliktelser tilsier. Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter peker videre på at lovteksten bør gjenspeile at det må foretas en helhetsvurdering som ser hen til den virkningen et inngrep i kildevernet kan ha ut over den aktuelle sak. I likhet med andre, uttaler også Norges nasjonale

institusjon for menneskerettigheter at formuleringen av det første vurderingsmomentet i § 9-4 annet ledd, «om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning», språklig sett fremstår som et langt svakere krav enn det Høyesterett har lagt til grunn, nemlig at informasjonen «ikke kan fremskaffes på annen praktikabel måte». Høringsinstansen peker dessuten på at momentet «om vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis» burde klargjøres for å få frem at hva som er «vektige samfunnsinteresser» må vurderes konkret. Nasjonal institusjon uttaler:

«Betydningen av dette poenget ble tydelig i Rt. 2015 s. 1286, som omhandlet bekjempelse av terror. Dette er åpenbart en svært «*vektig samfunnsinteresse*». Den kan likevel ikke begrunne et inngrep i kildevernet med mindre inngrepet i den aktuelle saken etter en konkret vurdering kan antas å bidra til slik bekjempelse.»

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter oppsummerer sitt syn på utvalgets forslag på dette punkt slik:

«Bestemmelser om inngrep i kildevernet bør formuleres på en måte som synliggjør den høye terskelen for inngrep og som overlater mindre rom for skjønn til rettsanvenderne.»

Også *Advokatforeningen* mener at utvalgets forslag til ordlyd i § 9-4 ikke fullt ut reflekterer det strenge kildevernet som følger av blant annet EMDs praksis. Advokatforeningen mener at lovteksten er vid, og viser til at bestemmelsen åpner for unntak «når særlige forhold unntaksvis tilsier det» samt at det ved vurderingen skal legges «særlig vekt på» de momentene som nevnes i strekpunktene i annet ledd. Advokatforeningen mener at en mer moderne og tilpasset lovtekst tydelig burde reflektert kravene om «betydelig interesseovervekt» og «meget tungtveiende hensyn». Videre er Advokatforeningen kritisk til at det legges opp til en generell vurdering av den «samfunnsmessige betydningen» av journalistens arbeid:

«Det er klart at viktigheten av de opplysningene journalisten har frembragt kan ha betydning for rekkevidden av vernet i noen tilfeller, men slik det er formulert i lovutkastet kan det lede til at domstolene som et mer alminnelig ledd i vurderingen foretar en kvalitetskontroll av det journalistiske arbeidet. Det har nok ikke vært meningen.»

På bakgrunn av det ovenstående konkluderer foreningen slik:

«Advokatforeningen mener etter dette at utkastet til regulering av pressens kildevern bør gjennomgås og regelen strammes opp slik at den reflekterer direkte de krav som følger av EMK og Høyesteretts praksis. Behovet for en gjennomgang av utkastet til § 9-4 må gjøres for å sikre at de kvalitative krav til rettsreglene oppfylles, særlig at de inneholder rettssikkerhetsgarantier som står i forhold til inngrepets alvor og det at skjer en tilstrekkelig effektiv domstolsprøvelse av inngrepet.»

Riksadvokaten slutter seg på sin side til utvalgets foreslåtte regulering av forklaringsfritak for pressen. Riksadvokaten antar at formuleringen «... når særlige forhold unntaksvis tilsier det» sammen med de opplistede momenter i tilstrekkelig grad gir uttrykk for de snevre unntak som rettspraksis gir anvisning på. Samtidig åpner de for å begrense unntaksmulighetene:

«Det er imidlertid – også sett i lys av den nylig avsatte EMD-dommen *Becker vs. Norway* (5. oktober 2017, saksnr. 21272/12) – nærliggende å vurdere om tiden nå er moden til å innføre et absolutt forklaringsfritak, eventuelt et enda snevrere unntak enn det utvalget foreslår. I så fall blir det enda mer sentralt å utmeisle – også i forarbeidene – hva som regnes som «*presse/journalistisk virke*».»

Norsk journalistlag, Norsk redaktørforening og NRK støtter for øvrig forslaget om å gi lovens ordlyd en noe mer tilgjengelig utforming enn i dag. Norsk Journalistlag anser det hensiktsmessig å la alle situasjoner vurderes etter én terskel.

6.5 Departementets vurdering og forslag til endring

6.5.1 Spørsmål om absolutt kildevern

Kildevernet står svært sterkt i norsk rett, men loven fastsetter en snever mulighet til å gjøre unntak. Denne unntaksmuligheten er foreslått videreført av Straffeprosessutvalget. Kildevernet er likevel tilnærmet absolutt hvis opplysningene kilden har gitt, er av samfunnsmessig betydning, jf. Rt. 2004 s. 1400 avsnitt 46.

Selv om det ikke var en del av mandatet, går mindretallet i Medieansvarsutvalget inn for et absolutt og ubetinget kildevern begrenset til redaktørstyrte medier som omfattes av en ny medieansvarslov. Mindretallets forslag har fått støtte fra aktører fra pressen. I høringen er det blant annet pekt på at journalister som følger det presseetiske regelverket, ikke vil etterkomme et vitnepålegg, og at det derfor ikke har noen hensikt å opprettholde unntaksmuligheten i § 125 tredje ledd. Etter departementets syn ville det imidlertid være prinsipielt betenkelig dersom manglende etterlevelse av en plikt som er fastsatt ved lov, i seg selv skulle være tilstrekkelig til atplikten anses overflødig. Videre vil en etterforskning kunne avdekke journalistisk materiale som inneholder kildeavslørende opplysninger, på annen måte enn ved vitneforklaring fra pressen.

Det er viktig at lovverket legger til rette for at pressen blant annet kan avdekke kritikkverdige forhold og sette sentrale samfunnsspørsmål under debatt. En forutsetning er at kilder kan stole på at pressen – som den helt klare hovedregel – kan beskytte opplysninger om hvem som er kilde. At kildevernet står svært sterkt, bør derfor komme tydelig til uttrykk i loven.

Samtidig kan kildevernet komme i konflikt med andre viktige samfunnsinteresser, herunder personvern hensyn, behovet for å avverge og iretteføre alvorlige straffbare handlinger, ivaretagelse av samfunnssikkerheten og idealet om fullstendig opplysning av straffesaker og sivile tvistesaker. I Ot.prp.nr 55 (1997–98) punkt 3.2.5 side 19 uttalte departementet:

«En absolutt og unntaksfri regel om at pressefolk aldri skal kunne pålegges vitneplikt for domstolene med hensyn til en kildes identitet, vil være svært vidtgående og ikke ta tilstrekkelig hensyn til de tungtveiende interesser som kan tenkes å trekke i motsatt retning i enkelte tilfeller. Et absolutt kildevern er ukjent i andre nordiske land og ble vurdert og forkastet i Danmark så sent som i 1991.»

Det skal svært mye til for at andre hensyn oppveier de hensynene som begrunner kildevernet, særlig i kildevernets kjerneområde, den samfunnsrelaterte journalistikken. Helt unntaksvis vil det likevel kunne forekomme tilfeller der det etter en avveining er nødvendig at hensynene bak kildevernet viker for konkrete, tungtveiende samfunnsinteresser. Det kan for eksempel tenkes i tilfeller hvor en kilde gjentatt og grovt videreformidler sensitive personopplysninger, uten at det har noen samfunnsrelevans. Det kan også være tale om å avverge en svært alvorlig

straffbar handling. Med tanke på slike unntakstilfeller bør det finnes en mulighet til å pålegge vitneplikt og utlevering, samt gi tillatelse til beslag.

Heller ikke etter EMK artikkel 10 er kildevernet absolutt, jf. punkt 6.1. Muligheten for å gjøre unntak er begrunnet i at andre hensyn noen ganger må gå foran de hensyn som begrunner et sterkt kildevern. I spesielle tilfeller kan det tenkes at kildevernet må vike for andre rettigheter som er vernet etter EMK. I den grad unntak fra kildevernet er nødvendig for at myndighetene skal kunne sikre slike individuelle rettigheter, vil et absolutt kildevern kunne bli problematisk. Et helt absolutt forklaringsfritak om identiteten til mediens kilder er etter dette neppe realistisk.

Departementet har etter dette ikke utformet forslag til et absolutt kildevern. Den videre drøftelsen dreier seg om hvilke unntak som bør gjelde, og hvordan de best kan utformes.

6.5.2 Utforming av vilkårene for unntak

Straffeprosessutvalget har i lovutkastet § 9-4 foreslått at det kun bør oppstilles én terskel for unntak fra kildevernet, i motsetning til de to tersklene som følger av dagens bestemmelse. Utvalgets forslag til § 9-4 annet ledd lyder slik:

«Det gjelder likevel forklaringsplikt når særlige forhold unntaksvis tilsier det. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på

- om forklaringen er nødvendig for sakens opplysning,
- om vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysningen gis, og
- journalistens arbeid og den samfunnsmessige betydningen av dette.»

Forslaget har i hovedsak fått støtte i høringen, men flere høringsinstanser har likevel gitt uttrykk for at vilkårene bør utformes på en måte som i større grad gjenspeiler at det etter praksis fra Høyesterett og EMD gjelder en høy terskel for inngrep i kildevernet. Flere høringsinstanser har spilt inn forslag til hvordan vilkårene for å pålegge pressen å oppgi navnet på en kilde, bør utformes.

Selv om hovedinntrykket er at de gjeldende unntaksvilkårene i straffeprosessloven § 125 fungerer godt, er departementet åpen for å vurdere endringer i bestemmelsens utforming. Forslagene nedenfor er utformet som endringer i den gjeldende straffeprosessloven. De er derfor søkt tilpasset de øvrige gjeldende bevisreglene og straffeprosessloven system. Drøftelsene nedenfor og høringsinstansenes synspunkter på disse, vil samtidig kunne danne grunnlag for å vurdere justeringer av Straffeprosessutvalgets forslag i arbeidet med ny straffeprosesslov. Departementet har som nevnt i punkt 1.3 ikke tatt stilling til om den gjeldende straffeprosessloven skal endres på bakgrunn av forslagene i dette høringsnotatet, eller om forslagene bør følges opp som del av ny straffeprosesslov.

Slik flere høringsinstanser har gitt uttrykk for, kan det være grunn til å vurdere en ordlyd som i større grad gir uttrykk for kildevernets styrke. Det vil likevel ikke være mulig å gi fullgodt uttrykk for EMDs praksis i en lovbestemmelse. Det vil fortsatt være nødvendig å benytte skjønsmessige uttrykk som kan være anvendelige på ulike tilfeller. Men selv om det ikke kan utformes vilkår som gjør det mulig for en kilde å vite helt sikkert om pressen vil bli pålagt å oppgi navnet i et konkret tilfelle, vil klare og strenge vilkår kunne gi trygghet for at dette normalt kun vil være aktuelt i ekstraordinære tilfeller.

Det kan videre være grunn til å vurdere utvalgets forslag om å oppstille kun én terskel i loven. I praksis har den særlige terskelen § 125 tredje ledd annet punktum liten betydning. Dersom kilden meddeler opplysninger av samfunnsmessig relevans, har uansett kildevernet betydelig gjennomslagskraft. På den annen side kan en slik særregel ha pedagogisk betydning og bidra til å understreke at den samfunnsrelaterte journalistikken står i en særstilling.

I lys av utvalgets forslag og innspillene som har kommet i høringen, kan det vurderes om straffeprosessloven § 125 tredje ledd bør endres, for eksempel slik:

«Dersom det er strengt nødvendig at de hensyn som begrunner kildevernet viker for en annen vesentlig samfunnsinteresse, kan vitnet likevel pålegges å svare.»

I «nødvendig» ligger et krav om at sakens oppklaring er avhengig av kildens identitet. Jo sikrere det er at identiteten til kilden vil føre til oppklaring, jo større grunn vil det generelt være til å gjøre unntak fra kildevernet, jf. Rt. 2013 s. 1290 avsnitt 33. I Rt. 2015 s. 1286 (avsnitt 63) heter det at det må dreie seg om avgjørende informasjon som ikke kan fremskaffes på annen praktisk måte. I motsatt fall vil det ikke være «strengt nødvendig» å pålegge vitneplikt.

At retten må finne at det er «strengt nødvendig» at en «annen vesentlig samfunnsinteresse» går foran de hensyn som begrunner pressens kildevern, innebærer en svært høyt terskel for å pålegge forklaringsplikt. Forslaget viderefører gjeldende rett, men er ment å i større grad gjenspeile at unntak fra kildevernet etter EMDs praksis forutsetter en «overriding public interest».

Man kunne tenkt seg andre formuleringer, slik som «betydelig interesseovervekt», «ekstraordinære tilfeller», «påtrengende samfunnsmessig behov» eller lignende. Vilkårene bør imidlertid være fleksible nok til at det kan sondres mellom kildeopplysninger av mindre eller ingen samfunnsmessig relevans, og opplysninger av samfunnsmessig betydning. I det sistnevnte tilfellet er kildevernet tilnærmet absolutt. Denne nyansen kommer ikke klart frem dersom loven utformes med én unntaksterskel. På den annen side kan én terskel fremstå som lettere tilgjengelig enn dagens bestemmelse. Rettslig sett vil det heller ikke være avgjørende akkurat hvilken formulering som velges. Det sentrale er å gi klart uttrykk for at det er en svært høy terskel for å pålegge forklaringsplikt.

Henvisningen til «de hensyn som begrunner pressens kildevern» er ment å få frem at det ved vurderingen av om forklaringsplikt skal pålegges i den enkelte sak, må legges vekt på blant annet den langsiktige virkningen et unntak fra kildevernet vil kunne ha for pressens tilgang på kilder generelt og for pressens mulighet til å utøve sin funksjon i samfunnet. De hensyn som begrunner pressens kildevern, kan ha ulik styrke fra sak til sak, etter hvilke omstendigheter som gjør seg gjeldende.

Formuleringen «en annen» vesentlig samfunnsinteresse viser at samfunnet har en vesentlig interesse i å ivareta et sterkt kildevern. Unntak fra kildevernet forutsetter at samfunnet har en «vesentlig» interesse i å oppklare den aktuelle saken. Dersom forholdet som straffeforfølges (eller tvistegjenstanden i en sivil sak) ikke er av alvorlig karakter, vil det vanskelig kunne tenkes inngrep i kildevernet. Avveiningen må skje på bakgrunn av hvordan de ulike interessene gjør seg gjeldende i den konkrete saken, men dette er neppe nødvendig at dette fremgår uttrykkelig av lovbestemmelsen.

Departementet antar at det ikke er hensiktsmessig å regne opp uttømmende i lovteksten hvilke samfunnsinteresser eller lovbrudd som er så vesentlige at de kan

begrunne forklaringsplikt, slik noen av høringsinstansene har tatt til orde for. Selv i saker som ville falt innenfor en slik oppregning, ville det måtte foretas en konkret vurdering, hvor terskelen for å pålegge forklaringsplikt vil være svært høy. Samtidig kan det få urimelige og utilsiktede konsekvenser dersom adgangen til å gi slikt pålegg begrenses til visse på forhånd bestemte tilfeller. Det kan være vanskelig å forutse hvilke saker som i fremtiden kan aktualisere et pålegg om forklaringsplikt. Det kan ikke utelukkes at det i en fremtidig sak vil kunne være aktuelt å pålegge forklaringsplikt selv om det ikke er tale om å forhindre «murder, manslaughter, severe bodily injury, crimes against national security, or serious organised crime», jf. anbefalingen nevnt i punkt 6.1.2 fra Europarådets Ministerkomité (Recommendation No. R (2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information). Det kan for eksempel tenkes å kunne være aktuelt ved svært grove og gjentatte personvernkrænkelser, for eksempel dersom kildeopplysningene ikke har noen samfunnsmessig betydning. Selv om det skal mye til for at et også slikt inngrep vil være i tråd med EMK artikkel 10, vil det være urimelig dersom det etter prosesslovene ikke skal være adgang til å pålegge forklaringsplikt i et tilfelle hvor de strenge vilkårene som følger av EMK skulle være oppfylt.

Forslaget som er utformet over, kan være bedre egnet enn dagens bestemmelse til få frem den avveiningen EMD gir anvisning på, nemlig å vurdere konsekvensene av inngrepet for pressen og samfunnet, opp mot formålet med inngrepet. Slik ordlyden er foreslått utformet er det ikke inntatt i loven eksempler på hvilke momenter som er relevante i vurderingen, slik som etter utvalgets forslag. Dette vil kunne gi en lettere tilgjengelig bestemmelse, og meningen er at alle relevante momenter uansett kan utledes av de vilkårene som er inntatt i bestemmelsen. En ulempe er likevel at momentene ikke fremgår direkte av lovteksten, men kan utledes av forarbeidene og rettspraksis. På den annen side vil det i en eventuell oppregning uansett ikke kunne gis noe fullgodt uttrykk for rettstilstanden slik den kommer til uttrykk gjennom praksis fra Høyesterett og EMD. Departementet er likevel åpen for at en oppregning av enkelte relevante momenter kan ha visse pedagogiske fordeler.

Forslaget ovenfor er ikke ment å innebære realitetsendringer sammenlignet med gjeldende rett. En skjerpet og mer tilgjengelig lovregulering kan likevel understøtte, og bidra til å sikre, et fortsatt sterkt kildevern i norsk rett.

Straffeprosessloven § 125 fjerde ledd om at retten kan beslutte at svar skal gis under pålegg om taushetsplikt mv., kan videreføres uendret.

7 Vern av innholdet i journalistisk materiale

7.1 Gjeldende rett

7.1.1 Materiale som direkte eller indirekte kan avsløre kilder

Straffeprosessloven § 125 verner i utgangspunktet ikke materiale som verken direkte eller indirekte kan avsløre kilder. Også etter EMK er kildevernet i utgangspunktet begrenset til opplysninger som er egnet til å avsløre en kildes identitet, men andre opplysninger kan ha et visst vern. Den tradisjonelle

oppfatning av rettstilstanden er redegjort for i Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.1 side 11:

«Retten til å nekte å oppgi kilden gjelder ikke bare når opplysninger er kommet på trykk, men også når opplysninger er «betrodd» journalisten «til bruk i hans virksomhet». Begrunnelsen er at en journalist kan ha gode grunner til ikke å trykke opplysningene i avisen, men i stedet bringe dem til politi eller andre myndigheter. Det er da ikke rimelig at journalisten for å kunne dekke sin kilde skal være nødt til å trykke opplysningene i avisen, se bl.a Innst. O. nr. 37 (1980–1981) s 21-22. I formuleringen «betrodd journalisten til bruk i hans virksomhet» ligger at kilden har regnet med at hans navn ikke skulle gjøres kjent, og at opplysningene skulle brukes i journalistens virksomhet som pressemann. Hvis meningen fra kildens side f.eks bare har vært å bruke journalisten som mellommann overfor politiet, kan journalisten ikke nekte å oppgi kilden, selv om denne ønsker å være anonym.»

I proposisjonen vises videre (samme sted) til Kildevernutvalgets utredning NOU 1988: 2 side 11:

«Utenfor området for strprl § 125 og tvml § 209 a faller tilfelle hvor en journalist ved egne iakttagelser har fått rede på straffbare forhold. Her kommer de vanlige vitneregler til anvendelse, jf Rt-1965-1211. Det vil si at journalisten normalt kan pålegges å forklare seg overfor retten om forholdet, jf strprl §§ 108 og 117 til 124 og tvml §§ 199 og 204 til 209.»

For nærmere å belyse spørsmålet om hva som er egne iakttagelser, som dermed faller utenfor kildevernet etter straffeprosessloven § 125, trekkes det i proposisjonen (samme sted) frem to kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg. Den første gjelder utlevering av et filmopptak:

«I kjennelsen inntatt i Rt. 1992 s. 407 var det spørsmål om utlevering av et filmopptak for NRK. A var tiltalt for å ha deltatt i voldshandlinger mot en gruppe som demonstrerte mot årsmøtet til Folkebevegelsen mot Innvandring. Hendelsen ble filmet av en NRKs fotografer. Påtalemyndigheten begjærte, i samråd med A's forsvarer, om samtykke fra retten til beslag i filmopptaket. NRK motsatte seg utlevering av den del av filmopptaket som ikke var vist på fjernsyn.»

Fra Kjæremålsutvalgets kjennelse siteres i proposisjonen (samme sted):

«Etter straffeprosessloven § 204 kan det ikke tas beslag i dokumenter eller annet hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117-121 og 124-125. Det ville således ikke kunne tas beslag i filmopptakene dersom fotografen i medhold av § 125 kunne nekte å forklare seg om deres innhold. Retten til å nekte å svare på spørsmål etter denne bestemmelse gjelder imidlertid bare mottatte opplysninger, ikke egne iakttagelser. Fotografen kunne således ikke i medhold av § 125 nekte å svare på spørsmål om hva han selv hadde sett, og da ville heller ikke den film han har tatt opp være unntatt fra beslag selv om forutsetningene for å anvende § 125 forøvrig skulle være til stede.»

Den andre kjennelsen det vises til i proposisjonen (samme sted), gjaldt bilder tatt av en frilansfotograf:

«I kjennelsen inntatt i Rt. 1996 s. 1375 var det spørsmål om en avis med hjemmel i straffeprosessloven § 210, jf § 203 kunne pålegges å utlevere fotografier med negati ver som avisen besitter og som en frilansfotograf hadde tatt av personer som hørte til to motorsykelklubber i Oslo. Politiet begjærte fotografiene og negativene utlevert idet det ble antatt at de kunne ha betydning som bevis under etterforskningen av straffesaken mot A, som var siktet for overtredelse av straffeloven § 233 første ledd, jf § 49.»

Fra Kjæremålsutvalgets kjennelse siteres i proposisjonen (samme sted):

«Hjemmelen for utleveringsavgjørelsen er straffeprosessloven § 210, jf § 203, hvoretter retten kan pålegge besitteren å utlevere ting som antas å ha betydning som bevis, såfremt han plikter å vitne i saken. Spørsmålet er altså om ansvarlig redaktør [B] plikter å vitne. ... Når det gjelder § 125, er kjæremålsutvalget enig med lagmannsretten i at bestemmelsen ikke kan komme til anvendelse i den foreliggende sak, som ikke kan sees å gjelde pressens kildevern, jf Rt. 1992 s. 407. Det er heller ikke her indirekte spørsmål om beskyttelse av noen kilde. Kjæremålsutvalget kan ikke se at reglene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10 kan lede til et annet resultat. Den avgjørelse av Den europeiske menneskerettighetsdomstol [Goodwin – Storbritannia] som den kjærende part har vist til, gjelder kildevernet.»

I oppfølgingen av Kildevernutvalgets utredning tok departementet opp et forslag fra pressen om at upublisert materiale burde være omfattet av forklaringsfritaket (Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.4 side 39 til 40):

«Fra pressehold er det foreslått at det ikke skal være adgang til å kreve vitneprov om eller utlevering av upublisert redaksjonelt materiale, herunder bl.a observasjoner som er gjort av journalister ute på oppdrag og fortrolige opplysninger mottatt av kjente kilder. I brev 10. november 1994 fra Norsk Redaktørforening, Norsk Journalistlag og Norsk Presseforbund heter det at forslaget må «ses på i lys av kildevernet.»

Departementet fant den gang ikke grunn til å følge opp dette forslaget (proposisjonen samme sted):

«Departementet vil her vise til at reglene om kildevern gir vern for upublisert redaksjonelt materiale så langt det er en sammenheng mellom materialet og en anonym kildes identitet. Reglene om kildevern i straffeprosessloven § 125 og tvistemålsloven § 209 a begrenser vitneplikten til spørsmål som ikke er egnet til å kunne avdekke en kilde. Mediearbeideren kan som vitne nekte å besvare både spørsmål om kildens navn og spørsmål som ringer inn kilden uten å røpe denne direkte. Det kan heller ikke stilles spørsmål «*hvor formålet ikke er å komme på spor etter kilden, men hvor det kan bli resultatet*», jf Rt. 1992 s. 39, se punkt 3.2.1 foran. Så langt dette kildevernet rekker, begrenser det også adgangen til å kreve fremleggelse eller foreta beslag av dokumenter og annet. Straffeprosessloven § 204 første ledd sier at det ikke kan tas beslag i noe når et vitne kan nekte å forklare seg om innholdet etter § 125, så lenge dokumentet er i vitnets besittelse. For adgangen til å kreve fremlagt skriftlige bevis i sivile saker gjelder en tilsvarende bestemmelse, jf tvistemålsloven § 251 nr. 2. Det er videre ikke adgang til å beslutte ransaking mot en journalist – privat eller på arbeid – som ikke er mistenkt i den aktuelle straffesaken, ut fra det formål å avdekke en kilde som ikke kan kreves oppgitt etter straffeprosessloven § 125. Kildevernet varetas ytterligere gjennom de særregler for ransaking som foreslås i proposisjonen her, jf punkt 3.3. Departementet peker videre på at dette forslaget går klart ut over kildevernutvalgets forslag og finner ikke grunn til å ta opp forslaget.»

7.1.2 Vern av innholdet i journalistisk materiale

Selv om journalistisk materiale som ikke kan avsløre kilder faller utenfor det tradisjonelle kildevernet, vil beslag i, pålegg om utlevering av eller forklaringsplikt om innholdet i slikt materiale, utgjøre et inngrep i EMK artikkel 10. Straffeprosessutvalget uttaler at det i rettspraksis er tendenser til et visst vern også utover det som tradisjonelt har blitt ansett å følge av straffeprosessloven § 125, jf. punkt 7.3.1, og viser til den såkalte Rolfsen-saken i Rt. 2015 s. 1286 avsnitt 54 følgende, med videre henvisninger til EMDs praksis til EMK artikkel 10.

Kjennelsen inntatt i Rt. 2015 s. 1286 gjaldt hvorvidt beslag i upublisert filmmateriale foretatt hos en dokumentarfilmskaper kunne opprettholdes. Det var

klart at det aktuelle materialet ville avsløre uidentifiserte kilder. Førstvoterende gikk likevel inn på i hvilken grad kildevernet beskytter innholdet i journalistisk materiale. Førstvoterende tok utgangspunkt i at straffeprosessloven § 125 ikke beskytter innholdet i de opplysningene journalisten har fremskaffet, men bare gir rett til å nekte utlevering og beslag av journalistisk materiale hvis det direkte eller indirekte kan avsløre de kilder journalisten har benyttet (kjennelsen avsnitt 53):

«Det har i norsk rettspraksis vært lagt til grunn at straffeprosessloven § 125 ikke beskytter innholdet av de opplysninger journalisten har fremskaffet, men bare gir rett til å nekte utlevering og beslag av journalistisk materiale hvis det direkte eller indirekte kan avsløre de kilder journalisten har benyttet. Jeg viser her til Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelser i Rt. 1996 s. 1375, Rt. 1997 s. 1734 og Rt. 1999 s. 532.»

Etter førstvoterendes syn gir EMK artikkel 10 et noe videre vern, idet uredigert og upublisert materiale er vernet – dersom journalistens kilder «kan bli avslørt» (avsnitt 54):

«Etter EMDs praksis gir EMK artikkel 10 – som blant annet beskytter pressens ytringsfrihet – en noe videre ramme for beskyttelse av journalistisk materiale, idet kildevernet etter denne bestemmelsen ikke er begrenset til et vern mot å identifisere kilden ved navn, bilde eller annen personidentifikasjon. Såfremt journalistens kilder kan bli avslørt, omfatter vernet etter EMK artikkel 10 også uredigert og upublisert materiale, som for eksempel råopptak av film. I Appendix to Recommendation No. R (2000) 7 fra Europarådets Ministerkomité artikkel 1 blir det fastslått at kildebeskyttelsen gjelder «*the right of journalists not to disclose information identifying a source*». Under forutsetning av at informasjonen «*is likely to lead to the identification of a source*» omfatter kildebeskyttelsen også «*the factual circumstances of acquiring information from a source by a journalist*» og «*the unpublished content of the information provided by a source to a journalist*». I dom 16. juli 2013 Nagla mot Latvia [EMD-2010-73469] avsnitt 81 har EMD vist til denne rekommandasjonen. Det sentrale for kildevernets utstrekning etter EMDs praksis er, slik jeg forstår det, om beslaget kan ha en dempende - og derved skadelig - virkning på pressens tilgang til kilder.»

Straffeprosessloven § 125 beskytter som nevnt journalistisk materiale i den utstrekning det direkte eller indirekte kan avsløre en kilde. Førstvoterende synes å legge til grunn at EMK artikkel 10 går noe lenger i å beskytte innholdet i upublisert materiale, ved at også opplysninger som «*is likely to lead to the identification of a source*» omfattes av kildebeskyttelsen. Dette samsvarer med EMDs forståelse av hva som vil utgjøre «informasjon som kan avsløre kilders identitet» etter artikkel 10, jf. blant annet saken Nagla mot Latvia avsnitt 81:

«The Court's understanding of the concept of journalistic «*source*» is «*any person who provides information to a journalist*»; it understands «*information identifying a source*» to include, as far as they are likely to lead to the identification of a source [departementets understreking], both «*the factual circumstances of acquiring information from a source by a journalist*» and «*the unpublished content of the information provided by a source to a journalist*» (see Recommendation No. R (2000) 7 and its explanatory notes, quoted in paragraphs 32 and 33 above).»

Straffeprosessloven § 125 er samtidig forstått slik at den utelukker spørsmål hvor resultatet «kan bli» at man kommer på spor av kilden, jf Rt. 1992 s. 39. Tilsvarende må gjelde beslag i journalistisk materiale, jf. straffeprosessloven § 204. Dette tilsier at straffeprosessloven, i likhet med EMK artikkel 10, verner uredigert og upublisert materiale, såfremt journalistens kilder kan bli avslørt.

Også saken Financial Times m.fl. mot Storbritannia (sak 821/03) dreide seg om utlevering av materiale som ikke direkte avslørte kildens identitet, men hvor

dokumentene «upon examination» kunne lede til identifisering. EMD legger avgjørende vekt på at formålet med å kreve dokumentene utlevert var å identifisere kilden (avsnitt 70):

«[...] the Court does not consider this distinction to be crucial. In this regard, the Court emphasises that a chilling effect will arise wherever journalists are seen to assist in the identification of anonymous sources. In the present case, it was sufficient that information or assistance was required under the disclosure order for the purpose of identifying X».

EMDs forståelse av hvor langt kildevernet etter EMK artikkel 10 rekker, har nødvendigvis betydning for tolkningen av straffeprosessloven § 125 og hvor langt denne verner materiale som *indirekte* kan avsløre kilder. Den rekkevidden av kildevernet som EMDs praksis gir uttrykk for, kan muligens formuleres slik at kildevernet omfatter journalistisk materiale som er *egnet til* å avsløre kildens identitet.

I nevnte Rt. 2015 s. 1286 uttaler førstvoterende videre at EMK også innebærer et visst vern av materiale som *ikke* inneholder informasjon som kan føre til avsløring av en kildes identitet, og trekker frem EMDs avvisningskjennelse i Nordisk Film & TV A/S mot Danmark (sak 40485/02). Førstvoterende uttaler (avsnitt 57 til 58):

«Etter EMDs praksis kan i spesielle tilfelle også upublisert materiale som ikke inneholder informasjon som kan føre til avsløring av en kildes identitet, nyte et visst vern. Dommen 8. desember 2005 Nordisk Film & TV A/S mot Danmark er her sentral. Det dreide seg om et uredigert filmopptak som identifiserte en person som var filmet uten at han visste det, og følgelig ikke opptrådte som kilde. EMD fastslo at selv om materialet ikke inneholdt kildeopplysninger, og mistenktes identitet var kjent for politiet, kunne selve plikten til overlevering ha skadevirkninger – en «*chilling effect*» – for pressens ytringsfrihet. Vernet i en situasjon som dette er imidlertid svakere enn det tradisjonelle kildevernet:

«On the other hand, the Court is not convinced that the degree of protection under Article 10 of the Convention to be applied in a situation like the present one can reach the same level as that afforded to journalists, when it comes to their right to keep their sources confidential, notably because the latter protection is two-fold, relating not only to the journalist, but also and in particular to the source who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest.»

EMD konkluderte etter dette med at Danmarks Høyesteret hadde foretatt en forsvarlig forholdsmessighetsvurdering etter artikkel 10 nr. 2 ved å begrense innsynet til bare de deler som ikke kunne identifisere tradisjonelle kilder.»

Høyesterett fant det ikke nødvendig i Rolfsen-saken å gå nærmere inn på hvor langt EMK artikkel 10 beskytter innholdet i journalistisk materiale som ikke inneholder informasjon som kan føre til avsløring av en kildes identitet.

Avvisningskjennelsen i Nordisk Film & TV A/S mot Danmark (sak 40485/02) dreide seg om et uredigert filmopptak som identifiserte en person som var filmet i skjul og følgelig ikke opptrådte som kilde, men som i ettertid var lovet anonymitet. EMD la til grunn at vedkommende ikke var en kilde i tradisjonell forstand. Selv om materialet dermed ikke var egnet til å avsløre en kilde, og mistenktes identitet var kjent for politiet, kunne selve plikten til overlevering ha skadevirkninger for pressens ytringsfrihet. Fra kjennelsen siteres:

«Seen in this light, the applicant company was not ordered to disclose its journalistic source of information. Rather, it was ordered to hand over part of its own research-material. The Court does not dispute that Article 10 of the Convention may be applicable in such a situation and that a compulsory hand over of research material may have a chilling effect on the

exercise of journalistic freedom of expression (see, *mutatis mutandis*, Cumpănă and Mazăre v. Romania [GC], no. 33348/96, § 114, ECHR 2004-...). However, this matter can only be properly addressed in the circumstances of a given case.

On the other hand, the Court is not convinced that the degree of protection under Article 10 of the Convention to be applied in a situation like the present one can reach the same level as that afforded to journalists, when it comes to their right to keep their sources confidential, notably because the latter protection is two-fold, relating not only to the journalist, but also and in particular to the source who volunteers to assist the press in informing the public about matters of public interest.»

EMD konkluderte med at pålegget om å utlevere materialet, som ikke var egnet til å avsløre kilder, utgjorde et inngrep i ytringsfriheten etter artikkel 10. Inngrepet ble imidlertid ansett for å være «nødvendig i et demokratisk samfunn», og dermed i overensstemmelse med konvensjonen:

«The Supreme Court found that the non-edited recordings and the notes made by the journalist JB could assist the investigation and production of evidence in the case against «*Mogens*», whose identity as stated was already known to the police.

Thereafter, having balanced the various conflicting interests, the Supreme Court ordered that the applicant company hand over a limited part of the unedited footage, namely «*those recordings in which Mogens or the Indian boy participates, and JB's notes which relate thereto*». Those recordings and notes were, however, exempted from the order whenever that would entail a risk of revealing the identity of «*the victim, the police officer and the hotel manager's mother*».»

Journalistisk materiale som ikke inneholder informasjon som kan føre til avsløring av kilder, nyter dermed et visst vern etter EMK artikkel 10. Det er uklart hvor sterkt vernet er, men det er svakere enn retten til å verne anonyme kilder. De hensyn som begrunner kildevernet kan likevel være relevante også for hvor langt annet journalistisk materiale omfattes av forklaringsfritak og beslagsforbud. Etter straffeprosessloven § 170 vil det måtte legges til grunn at pressen, i lys av EMK artikkel 10 og hensynet til pressens funksjon i samfunnet, ikke uten videre må tåle beslag eller utlevering av journalistisk materiale som kan ha betydning i en straffesak. Spørsmålet må vurderes i lys av omstendighetene i den konkrete saken.

7.2 NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag

Medieansvarsutvalget tar utgangspunkt i at upublisert materiale som ikke er egnet til å avsløre anonyme kilder, ikke er omfattet av kildevernet, men at det kan ha et visst vern (NOU 2011: 12 punkt 12.3.2 side 131):

«Bestemmelsene om pressens kildevern beskytter pressens arbeidsmåte og funksjon i et demokratisk samfunn. Hensynet til pressens arbeidsmåte kan likevel ikke begrunne en utvidende tolking av bestemmelsene, slik at de plasserer pressen i en særstilling også der det er snakk om forklaringer eller utlevering av bevis som ikke avslører en kilde, men som av andre grunner er av betydning. Et eksempel finner vi i Rt. 1996 s. 1375 hvor Aftenposten nektet å etterkomme et pålegg om å utlevere upubliserte bilder fra et MC-miljø. Bildene kunne etter politiets mening ha betydning for etterforskningen av en kriminalsak. Sjefredaktør Einar Hanseid ble ilagt rettergangsbot på 25.000 kroner. Borgarting lagmannsrett ila Aftenposten kroner 50.000,- i foretaksstraff. Kjæremålet over denne kjennelsen ble forkastet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2001 s. 837.

Straffeprosessloven § 170a inneholder en generell bestemmelse om at bruk av ethvert tvangsmiddel må være forholdsmessig. Av rettspraksis fremgår det at pressen ikke står i noen særstilling utenfor rammene av kildevernet, jf. Rt. 2007 s. 1507. Saken gjaldt krav om utlevering av hemmelig lydopptak gjort av journalister i Dagens Næringsliv.»

Fra Rt. 2007 s. 1507 siterer utvalget (utredningen samme sted):

«Etter [kjæremåls]utvalgets mening bygger lagmannsretten på en uriktig forståelse av vurderingskriteriene i § 170a når det i denne saken legges til grunn at begjæringen overfor pressen bare «helt unntaksvis» kan imøtekommes, og at det kreves «viktige grunner». Det er stilt for strenge krav – listen er lagt for høyt – når det som her gjelder upublisert materiale som ikke impliserer opplysninger om pressens kilder, og der opptakene gjelder samtaler mellom vedkommende journalist og de tiltalte. De tiltalte har, som før nevnt, akseptert at samtaler som inneholder opplysninger egnet til å avsløre avisens kilder, kan redigeres slik at kildene ikke kan avsløres. Det er vanskelig å se at utlevering i en slik situasjon, i alle fall i utgangspunktet, kan svekke tilliten til mediene eller den særlige rolle mediene har i vårt samfunn.»

I lys av mandatet går utvalget ikke nærmere inn på problemstillingen, men viser til at fremtidig EMD-praksis kan gi nærmere retningslinjer for hvilket vern ikke-kildeavslørende nyter (utredningen samme sted):

«Som Metodekontrollutvalget påpeker, bør man nok ta «høyde for at det kan komme avgjørelser fra EMD der det gis et visst vern til ikke-kildeavslørende journalistisk materiale, men at dette vernet uansett ikke vil være like sterkt som for materiale som avslører en kildes identitet». I lys av mandatet problematiserer ikke Medieansvarsutvalget dette ytterligere.»

I *høringen* tar *Norsk Journalistlag* til orde for at det må oppstilles et visst vern for upublisert materiale som ikke er egnet til å avsløre kilders identitet. Journalistlaget peker på at EMD har åpnet for vern av upublisert materiale som ikke kan avsløre kilder, selv om vernet ikke er like sterkt som i kildevernsaker. *Norsk Journalistlag* viser i denne forbindelse til *Nordisk Film & TV-saken*, og uttaler:

«Etter NJs mening er derfor den kategoriske avvisningen i norsk rett av at upublisert materiale kan ha et vern, ikke i tråd med EMDs forståelse av EMK artikkel 10, og bør endres. Begrunnelsen for kildevernreglene vil også kunne ha relevans når det gjelder vern av upublisert materiale. Det finnes situasjoner der innsamlingen av informasjon er basert på at materialet utelukkende vil bli brukt i journalistisk øyemed. I slike situasjoner kan det etter vår oppfatning være problematisk for arbeidsvilkårene til den oppsøkende og kritiske presse om materiale alltid må stilles til disposisjon for politiet, dersom det kan ha betydning som bevis i en retts sak.»

7.3 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

7.3.1 Utvalgets forslag

Forslaget til ny § 9-4 innebærer en utvidelse av hva slags informasjon kildevernet omfatter, ved at også «opplysninger fra fortrolig kommunikasjon» som ikke er egnet til å være kildeavslørende, vernes (utredningen punkt 13.4.3 side 279):

«Utvalget mener det er klart at en straffeprosesslov må gi pressen forklaringsfritak for visse opplysninger som den mottar i sitt virke. Utvalget anser dette som en sentral del av lovgivers ansvar etter Grunnloven § 100 sjette ledd for «å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale». Det er videre grunn til å styrke vernet om pressen og gi loven en noe mer tilgjengelig utforming enn i dag. På generelt grunnlag vil utvalget understreke at straffesaksapparatets aktører bør vike tilbake for å blande seg inn i arbeidet til den kritiske journalistikken på en slik måte at pressens samfunnsoppdrag vanskelig gjøres.

I lys av reguleringens formål er det for det første behov for å verne om innholdet i de opplysninger som er mottatt. Straffeprosessloven § 125 gir etter sin ordlyd kun vern mot å

måtte oppgi opplysninger som kan avsløre kildens identitet. Innholdet i de opplysninger som er mottatt, er ikke vernet, og tradisjonelt er det antatt at bestemmelsen heller ikke verner upublisert materiale som ikke kan avsløre kilder. I rettspraksis er det likevel tendenser til et visst vern også utover dette, se den såkalte Rolfsen-saken i Rt. 2015 s. 1286 avsnitt 54 flg. med videre henvisninger til EMDs praksis i tilknytning til EMK artikkel 10.

Benyttes straffesaksapparatet til å søke etter opplysninger som pressen er betrodd, kan det – uavhengig av om det er publisert, eller om en kildes identitet vil bli avslørt – begrense tilgangen til kilder og ha en «chilling effect». På sikt vil dette svekke arbeidsvilkårene for den kritiske presse. Et slikt inngrep, i de situasjoner hvor dette spørsmålet unntaksvis kan oppstå, bør imidlertid lettere kunne tillates dersom det bringes på det rene at ingen kilder står i fare for å bli avslørt.

Forslaget til bestemmelse verner altså om innholdet i de opplysningene som pressen er betrodd, også upublisert materiale. Bestemmelsen skal ivareta rettigheter for pressen som følger av EMK artikkel 10, se utredningen kapittel 30 side 579.»

7.3.2 Høringsinstansene syn

Norsk journalistlag, Norsk presseforbund, Norsk Redaktørforening og NRK støtter forslaget om at vernet av innholdet i journalistisk materiale må styrkes. Norsk Journalistlag viser til at begrunnelsen for kildevernreglene også vil kunne ha relevans når det gjelder vern av slikt materiale:

«Det finnes situasjoner der innsamlingen av informasjon er basert på at materialet utelukkende vil bli brukt i journalistisk øyemed. I slike situasjoner kan det etter vår oppfatning være problematisk for arbeidsvilkårene til de oppsøkende og kritiske mediene om materiale alltid må stilles til disposisjon for politiet, dersom det kan ha betydning som bevis i en rettsak.»

NRK uttaler at det er positivt at forslaget til § 9-4 første ledd også omfatter materiale som står i nær sammenheng med den fortrolige kommunikasjonen. NRK ber i tillegg om at det presiseres i forarbeidene at også informasjon som mer indirekte kan lede til at kildens identitet røpes, er omfattet av forklaringsfritaket.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter finner det positivt at det foreslås å lovfeste at forklaringsfritaket omfatter både innholdet i de fortrolige opplysningene og materiale i nær sammenheng med det beskyttede. Høringsinstansen mener imidlertid at det er uklart ut fra lovteksten hvilken betydning det har for fritaksvurderingen om materialet kan avsløre kilders identitet eller ikke, og uttaler:

«Etter rettspraksis er også upublisert materiale vernet av ytringsfriheten, men det har vært diskutert om rettskildesituasjonen tilsier en forskjell i vurderingen av forklaringsfritak for upublisert materiale generelt, og slikt materiale som kan identifisere kilder. I det videre lovarbeid anbefaler Nasjonal institusjon at dette spørsmålet utredes nærmere.»

Kripas viser til at forklaringsfritaket i § 9-4 utvides til å gjelde innholdet i opplysninger pressen er betrodd, og at forslaget til bestemmelsen derfor ikke kun verner kilder. Kripas uttaler at dette synes å være en oppfølging av Høyesteretts avgjørelse i Rolfsen-saken, jf. Rt. 2015 s. 1286, og være begrunnet i faren for en «chilling effect» dersom straffesaksapparatet benyttes til å søke etter opplysninger som er betrodd pressen. Forslaget går, slik Kripas ser det, lenger enn vernet etter EMK artikkel 10:

«Det vises her til Høyesteretts gjennomgang i Rolfsen-saken, avsnittene 54 og 57. [...]

Utvidelsen i forslaget til at forklaringsfritaket skal omfatte upublisert materiale, er generell, mens vernet etter EMK artikkel 10 synes å bygge på en konkret vurdering, hvor blant annet faren for avsløring av en kilde og hensynet til "chilling effect" skal vektlegges.

I spesialmotivene for § 9-4 fremkommer det at vernet ikke er like sterkt hvor det upubliserte materialet ikke inneholder opplysninger som kan avsløre kilder. Dette kommer ikke til uttrykk i lovteksten.

Kripos ber departementet vurdere om denne utvidelsen til, på generelt grunnlag, å gjelde innhold i materiale som er betrodd pressen, er godt nok begrunnet sett opp mot hensynet til sannhetssøken og prinsippet om fri bevisførsel. Kripos mener at man bør beholde dagens løsning hvor vernets rekkevidde for innhold, herunder upublisert materiale, avgjøres etter en konkret vurdering med de rammer som er satt av EMD.»

Politidirektoratet uttaler at direktoratet deler Kripos' syn om at det i det videre lovarbeidet bør vurderes om forslaget om å utvide kildevernet til å omfatte opplysninger fra fortrolig kommunikasjon generelt, er godt nok begrunnet.

Oslo statsadvokatembeter peker også på at utvalget utvider straffeprosessloven § 125 fra å være en bestemmelse om kildevern til å bli et generelt forklaringsfritak for så vidt gjelder fortrolig kommunikasjon. Høringsinstansen uttaler imidlertid at denne utvidelsen har gode grunner for seg, og viser til utvalgets synspunkter under pkt. 13.4.3 side 279 følgende.

PST uttaler at de ikke ser noe behov for endring i gjeldende rett:

«Umiddelbart kan vi ikke se annet enn at kildevernet, også hensett EMK artikkel 10, er godt ivarettatt gjennom dagens rettstilstand. Under enhver omstendighet mener vi spørsmål om en eventuell utvidelse av kildevernet må utredes nærmere, der en også ser nærmere på påregnelige konsekvenser av en eventuell utvidelse.»

7.4 Departementets vurderinger og forlag til endring

7.4.1 Vern av innholdet i journalistisk materiale

Straffeprosessutvalget har foreslått at fritaket fra forklaringsplikten også skal omfatte innholdet i opplysninger fra fortrolig kommunikasjon i det journalistiske virket, som ikke er kildeavslørende. Dette ble også tatt opp av enkelte høringsinstanser i høringen av Medieansvarsutvalgets utredning.

Utvalget begrunner forslaget med at dersom straffesaksapparatet benyttes til å søke etter opplysninger som pressen er betrodd, kan det – uavhengig av om opplysningene er publisert, eller om en kildes identitet vil bli avslørt – begrense tilgangen til kilder og ha en dempende virkning på kildetilgangen og dermed svekke arbeidsvilkårene for den kritiske presse. Utvalget legger likevel til grunn at et slikt inngrep, i de situasjoner hvor spørsmålet unntaksvis kan oppstå, lettere bør kunne tillates dersom det bringes på det rene at ingen kilder står i fare for å bli avslørt. Denne nyansen har imidlertid ikke kommet til uttrykk i utkastet til vilkår for når det kan gjøres unntak fra forklaringsfritaket.

De fleste høringsinstansene som uttaler seg om spørsmålet, er positive til utvalgets forslag. *Norsk Journalistlag* mener det vil være problematisk for arbeidsvilkårene til de oppsøkende og kritiske mediene om materiale alltid må stilles til disposisjon for politiet. *Kripos* stiller derimot spørsmål ved om en slik utvidelse som utvalget foreslår er godt nok begrunnet sett opp mot hensynet til sannhetssøken og prinsippet om fri bevisførsel. Kripos mener at man bør beholde dagens løsning

hvor vernets rekkevidde, herunder for upublisert materiale, avgjøres etter en konkret vurdering med de rammer som er satt av EMD.

Hvorvidt det er grunn til å verne opplysninger som er gitt media i fortrolighet like sterkt som kildeavslørende materiale, beror på en avveining av hensynet til pressens samfunnsoppdrag mot andre viktige samfunnsinteresser, herunder straffeforfølgningsinteressen, idealet om fullstendig opplysning av straffesaker og ivaretagelsen av samfunnssikkerheten. Etter departementets syn er det ikke opplagt at pressen skal ha et tilnærmet absolutt vern mot å utlevere journalistisk materiale som ikke er egnet til å avsløre kilder, selv om det måtte være mottatt i fortrolighet. Et så sterkt vern følger ikke av EMDs praksis. Etter pressens etiske regler skal det videre «som hovedregel» ikke utleveres materiale til utenforstående. Det vil si at vernet av journalistisk materiale som ikke er egnet til å avsløre kilder, heller ikke etter pressens etiske regler er like sterkt som kildevernet, sml. Vær Varsom-plakaten punkt 3.5 og 3.6. Departementet viser også til Aarli, Massemedienes kildevern, i Aarli m.fl. Bevis i straffesaker, (2015) side 430, hvor det heter:

«Etter mitt syn vil det være uheldig å utvide det materielle virkeområdet for kildevern til upublisert materiale mer generelt, fordi slikt materiale kan være av svært variabel karakter, og det er tvilsomt om det nærmest absolutte kildevernet vil gi uttrykk for en adekvat verdiprioritering for alle de interessekonflikter som kan oppstå. Det er heller ikke slik at mediene alltid vil måtte tåle politiets innsyn i upublisert materiale. Utenfor området for kildevern vil mediene kunne påberope seg retten til informasjonsfrihet etter EMK artikkel 10. Den avveiningen som må foretas for å vurdere om inngrep i ytringsfriheten er berettiget, vil være noe mer åpen der inngrepet gjelder informasjonsfriheten til pressen og ikke kildevernet.»

Departementet kan slutte seg til dette. Det er klart at EMK artikkel 10 innebærer at pressen har et vern mot at myndighetene kan ta beslag i, begjære utlevering av eller pålegge forklaringsplikt om innholdet i journalistisk materiale. Vernet er likevel ikke like sterkt som for kildeavslørende opplysninger. Selv om utvalgets forslag er ment å gi uttrykk for et svakere vern dersom ingen kilder står i fare for å bli avslørt, fremgår ikke dette av ordlyden i utvalgets lovutkast. Utvalget fremholder at bestemmelsen skal ivareta rettigheter for pressen som følger av EMK artikkel 10. I så fall vil den avveiningsnormen som følger av bestemmelsen, og som også gjelder inngrep i kildevernet, etter en tolkning måtte gis et annet innhold for ikke-avslørende materiale. Hvilket vern slikt materiale har vil derfor også etter utvalgets forslag måtte vurderes etter EMK artikkel 10. Forslaget gir dermed neppe slikt materiale et sterkere vern eller bedre veiledning for de vurderingene som må foretas, enn etter gjeldende rett. Muligens kan forslaget ha en viss symbolverdi og pedagogisk funksjon, men det kan også bidra til uklarhet om hvilket vern slikt materiale faktisk har.

Utvalgets forslag er dessuten begrenset til å verne opplysninger fra «fortrolig kommunikasjon». Annet journalistisk materiale som pressen måtte ha utarbeidet selv eller skaffet seg på annen måte, omfattes ikke av ordlyden. For eksempel dreide EMDs avvisningskjennelse i Nordisk Film & TV A/S mot Danmark (40485/02 seg om beslag i et opptak som var filmet i skjul. Også slikt materiale nyter et vern etter EMK artikkel 10. Det kunne derfor vært hensiktsmessig ikke å begrense en eventuell lovregulering av et slikt vern, til opplysninger fra «fortrolig kommunikasjon».

Et alternativ til utvalgets forslag kunne muligens vært en bestemmelse som gir uttrykk for at «innholdet i journalistisk materiale» eller lignende nyter et visst,

men svakere vern enn kildeavslørende materiale. Vurderingstemaet måtte nødvendigvis blitt vagt og skjønnsmessig, som etter EMK artikkel 10. Formålet med en slik regulering ville langt på vei vært å gi informasjon om at et slikt vern eksisterer etter EMK artikkel 10, snarere enn å fastlegge regelens innhold med noen særlig grad av nøyaktighet. Praksisen fra EMD i dette spørsmålet begrenser seg til en enkelt avvisningsavgjørelse, hvor inngrepet for øvrig ble ansett å være lovlig. Det er vanskelig si noe generelt om hvor grensene går. Det kan komme flere avgjørelser i norske domstoler og EMD som klargjør dette ytterligere. Etter departementets syn vil en lovregulering av denne konkrete problemstillingen ikke være hensiktsmessig nå.

I høringsnotatet her er det derfor ikke utformet forslag til endringer i den gjeldende straffeprosessloven med bakgrunn i utvalgets forslag til vern av opplysninger fra fortrolig kommunikasjon. Forslaget vil likevel vurderes nærmere som ledd i arbeidet med ny straffeprosesslov.

7.4.2 Presisering av kildevernets rekkevidde

Selv om det ikke foreslås et generelt vern av innholdet i journalistisk materiale i dette høringsnotatet, har departementet utformet et forslag til en presisering av straffeprosessloven § 125. Forslaget tar sikte på å tydeliggjøre at kildevernet ikke bare gjelder direkte spørsmål om hvem kilden er, men også spørsmål som indirekte kan avsløre de kilder pressen har benyttet, eller som er egnet til dette. En slik presisering kan for eksempel gjøres ved at forklaringsfritaket endres til å omfatte også «spørsmål som er egnet til å identifisere kilden». Det vil være relevant om formålet med å innhente beviset er å komme på sporet av hvem kilden er. Med utgangspunkt i forslaget til ny utforming av straffeprosessloven § 125 første ledd, jf. punkt over i punkt 5.5, kan en slik presisering av forklaringsfritakets rekkevidde utformes slik:

«Ingen har plikt til å svare på spørsmål om hvem som er kilde til noe som er betrodd dem i deres [journalistiske virke] [virke for medier som omfattes av lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte medier, eller i annet journalistisk virke]. Det samme gjelder spørsmål om hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke, *samt spørsmål som er egnet til å identifisere kilden eller opphavspersonen.*»

En slik endring vil klargjøre at det etter straffeprosessloven §§ 204 og 210, jf. straffeprosessloven § 125, ikke kan tas beslag i eller pålegges utlevering av upublisert materiale som kan brukes til å avsløre pressens kilder.

8 Endringer i tvisteloven § 22-11

Departementet antar at de foreslåtte endringene i straffeprosessloven § 125 også bør følges opp med tilsvarende endringer i tvisteloven § 22-11.

Norsk Journalistlag uttalte i høringen til NOU 2016: 24 at høringsinstansen ikke fant holdepunkter for å anta at de relevante hensynene for og mot kildevern ville slå ulikt ut i straffesaker og sivile saker, og viste til NOU 1988: 2 side 19, Ot.prp. nr. 55 (1997–98) side 29 til 30, Edderkoppsaken Rt. 1992 s. 39 og 42 og Brevkildesaken RG 1997 side 663. Journalistlaget mente derfor at styrkingen av kildevernreglene i straffeprosessloven måtte følges opp også i tvisteloven.

Departementet foreslår at de aktuelle endringene gjennomføres slik i tvisteloven § 22-11:

«Ingen har plikt til å gi tilgang til bevis om hvem som er kilde til noe som er betrodd dem i deres [journalistiske virke] [virke for medier som omfattes av lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte medier, eller i annet journalistisk virke]. Det samme gjelder bevis for hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke, samt bevis som er egnet til å identifisere kilden eller opphavspersonen.

Samme rett har andre som har fått kjennskap til kilden eller opphavspersonen gjennom sitt arbeid i tilknytning til virke som nevnt i første ledd.

Dersom det er strengt nødvendig at de hensyn som begrunner kildevernet viker for en annen vesentlig samfunnsinteresse, kan vitnet likevel pålegges å gi tilgang til beviset.»

9 Skal kildevernet være et forklaringsforbud eller et forklaringsfritak?

9.1 Bakgrunn

Straffeprosessloven § 125 og tvisteloven § 22-11 gir en rett, men ikke plikt, til å nekte å svare på spørsmål om hvem som er kilde. I prinsippet er det opp til vedkommende vitne å velge om fritaksretten skal benyttes. I Kulturdepartementets høringsnotat med forslag til medieansvarslov drøftes spørsmålet om taushetsplikt og anonymitetsrett for kildene i punkt 15.

9.2 Gjeldende rett

9.2.1 Generelt

De gjeldende kildevernbestemmelsenes formål er ikke først og fremst å beskytte kilden mot eksponering, men å sikre mediernes arbeidsbetingelser mot inngrep fra myndighetene. I Rt. 2010 s. 1381 uttalte førstvoterende, med tilslutning fra tre dommere, at den «sentrale samfunnsinteressen kildevernet tar sikte på å beskytte, er medias nyhetsformidling og frie formidling av synspunkter», ikke kildens ønske om å forbli anonym.

Kildevernbestemmelsene er derfor utformet som såkalte forklaringsfritaksregler, i likhet med straffeprosessloven §§ 122 til 124 og tvisteloven §§ 22-8 til 22-10 om nærstående vitner, bevis som kan medføre straff og bevis om drifts- og forretningshemmelighet.

Straffeprosessloven §§ 118 og 119 og tvisteloven §§ 22-3 til 22-5, om lovbestemt taushetsplikt og betroelser til visse yrkesgrupper, er eksempler på forklaringsforbudsregler.

For så vidt gjelder kildevern er antakelig forskjellen i praksis liten, ettersom pressens etiske regelverk gir kilden et krav på beskyttelse. Dersom pressen ikke respekterte kilders ønske om å forbli anonyme, det vil si benyttet fritaksretten loven gir, ville det svekket den samfunnsinteressen kildevernet tar sikte på å beskytte.

9.2.2 Betydningen av samtykke fra kilden

Høyesterett har tidligere lagt til grunn at kildevernet etter straffeprosessloven § 125 ikke kan gjøres gjeldende i saker der kildens identitet antas å være kjent, jf. Rt. 1995 s. 1166. I kjennelsen inntatt i Rt. 2011 s. 1266 kom et flertall på tre dommere til at en journalist ikke kunne nekte å oppgi kilden når kilden selv hadde stått frem og bekreftet sin rolle, og det var på det rene at vedkommende virkelig var kilden. Journalisten klaget Norge inn for EMD, og dom i saken falt 5. oktober 2017, jf. Becker mot Norge (sak 21272/12). EMD kom til at det hadde funnet sted en krenkelse av rettighetene etter EMK artikkel 10. EMD tok utgangspunkt i at en kildes beslutning om å stå frem, ikke automatisk fører til at kildevernet faller bort (avsnitt 74 til 75), men at dette, sammen med kildens motiver, gjør at vernet etter artikkel 10 er svakere enn det ellers ville vært (avsnitt 76). EMD la dessuten vekt på at journalistens forklaring ikke var nødvendig i straffesaken mot kilden (avsnitt 81) og viste til at når journalister anses å bidra til identifisering av anonyme kilder, vil dette ha en dempende virkning på pressens tilgang til kilder i fremtiden (avsnitt 82). Under henvisning til at kilden i denne saken selv stod frem, uttalte EMD at «it may be true that the public perception of the principle of non-disclosure of sources would suffer no real damage in this situation», men at hensynet til pressefrihet og kildevern likevel veide tyngre enn vitneplikten i den aktuelle saken (avsnitt 83):

«Thus, even bearing in mind the appropriate level of protection applicable to the particular circumstances of the case (see paragraph 76 in fine above), it is not convinced that the impugned order was justified by an *«overriding requirement in the public interest»* (see paragraphs 65 and 66 above) and, hence, necessary in a democratic society.»

Det kan dermed legges til grunn at kildevernet etter EMK artikkel 10 ikke faller bort som følge av at vitnet har valgt å stå frem med sin identitet, men at dette kan ha betydning i proporsjonalitetsvurderingen etter artikkel 10 nr. 2. Selv om kilden skulle samtykke, vil det være opp til journalisten å velge om vedkommende ønsker å identifisere kilden.

9.2.3 Tidligere vurderinger

Spørsmålet om kildevernregelen burde omformes fra en regel om rett til fritak til en regel om forklaringsforbud, ble vurdert i oppfølgingen av Kildevernutvalgets utredning NOU 1988: 2 Kildevern og offentlighet i rettspleien. Utvalget hadde gått inn for at domstolen av eget tiltak skulle nekte å ta imot opplysning om en kildes identitet, også om journalisten skulle være villig til å gi opplysningen til retten (NOU 1988: 2) punkt 2.3.2 side 16:.

«Anonymitetsretten bygger på hensynet til vern av kilden og den frie informasjonsformidling. Det skal ikke være noen fakultativ adgang for den enkelte pressemedarbeider til selv å velge om kildens identitet skal opplyses eller ikke. Hovedregelen må derfor være at retten ikke kan ta imot vitneforklaring i slike tilfelle, med mindre loven gir uttrykkelig hjemmel for det. Utvalget viser for så vidt til utformingen av vitneforbudsreglene i tvml §§ 204 til 206 og strprl §§ 117 til 120. Selv om pressen på bakgrunn av de etiske regler selv mener at de heller ikke i dag har noen frihet til å oppgi kilden etter eget valg, vil et slikt endret utgangspunkt også gi pressen en bedret stilling vis a vis sine kilder. Pressen vil da kunne opplyse til potensielle kilder at det etter lovens hovedregel er forbud mot å røpe vedkommendes identitet under rettergang. Formelt har kilden dermed fått et bedre grunnlag for å stole på det vernet han blir lovet.»

Vitneforbudet skulle etter utvalgets forslag ikke gjelde dersom kilden samtykket (Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.4.2 side 17 til 18):

«Forslaget innebærer en viss omredigering av de gjeldende bestemmelser for å komme i samsvar med det endrede utgangspunkt. I tillegg foreslås inntatt en regel i straffeprosessloven § 125 og tvistemålsloven § 209 a om at vitneforbudet ikke gjelder dersom kilden selv samtykker i at vedkommendes identitet opplyses, selv om journalisten av andre grunner skulle ha interesse i å holde opplysningen for seg selv.»

Forslaget fikk støtte i høringen, men ble for øvrig lite kommentert (Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.4.2 side 17 til 18):

«Få av høringsinstansene har uttalt seg om å endre hovedregelen fra en fritaksrett til et vitneforbud. Ingen har gått mot en slik endring, bortsett fra noen få som er tilfreds med dagens bestemmelser og mener det ikke er påkrevet med noen endringer overhodet, jf punkt 3.2.3 foran. En del instanser gir positiv støtte til forslaget, herunder de fleste presseorganisasjonene, Advokatforeningen og Regjeringsadvokaten, men har likevel få eller ingen kommentarer til problemstillingen utover den positive støtte. I en fellesuttalelse 18. november 1994 tar Norsk Redaktørforening, Norsk Journalistlag og Norsk Presseforbund avstand fra utvalgets forslag om at kildevernet bortfaller ved kildens samtykke.»

Departementet avviste utvalgets forslag den gang. Det ble vist til at det var tvilsomt om spørsmålet ville være av nevneverdig betydning for pressens tilgang på informasjon, og at et forbud ikke ville forby pressen å røpe kilden til andre enn retten, se Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.4.2 side 18:

«Spørsmålet er her om en journalist som er stevnet som vitne i en rettssak, i bestemte situasjoner skal ha rett til å nekte å besvare spørsmål om kildens identitet eller om dommeren i det hele tatt ikke skal tillate spørsmålet stilt (vitneforbud). Dette spørsmålet er neppe av avgjørende viktighet sett fra pressens side. Departementet er tvilende til at en regel om vitneforbud fremfor rett for journalisten til å nekte å gi opplysningen, vil ha nevneverdig betydning for pressens tilgang på informasjon eller andre spørsmål av viktighet for pressen. Om en kilde velger å gå til pressen med opplysninger eller ikke, vil nok mer være et spørsmål om hvilken tillit kilden totalt sett har til pressen og det aktuelle presseorganet, enn hvilken regel som velges i det foreliggende spørsmålet.»

Det ble også vist til at et bevisforbud for domstolene, uten en samtidig innføring av en alminnelig taushetsplikt, ville være inkonsekvent (Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.4.2 side 18):

«Rettslig sett vil det være inkonsekvent og problematisk å innføre en regel om vitneforbud for domstoler angående kilders identitet. Etter gjeldende rett har journalister ikke noen alminnelig taushetsplikt om kilders identitet.

Uten samtidig innføring av en alminnelig taushetsplikt vil da journalisten etter innføring av vitneforbud i rettergangslovene, i utgangspunktet kunne oppgi navnet til enhver, men ikke til retten. Utvalgets anførsel om at vitneforbud bør innføres fordi det ikke bør være opp til den enkelte pressemedarbeider selv å velge om kildens identitet skal opplyses eller ikke (NOU 1988:2 s 16), er ut fra dette uten større vekt.

En alminnelig taushetsplikt, med de grensdragningsproblemer og mulige problemer for pressen i forhold til dens kilder det vil reise, er det ikke aktuelt å innføre. Det er heller ikke foreslått av utvalget.»

Videre ble det ansett lite ønskelig å gripe inn med en rettslig regulering på et område som er dominert av journalistisk yrkesetisk regulering (Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.4.2 side 18):

«En regel om vitneforbud ville medføre rettslig inngripen på et område som hittil har vært dominert av journalistisk yrkesetisk regulering. I de etiske normer for pressen («Vær

Varsom-plakaten»), slik disse er vedtatt av Norsk Presseforbund 14 desember 1994, lyder punkt 3.5 slik:

«Oppgi ikke navn på kilde for opplysninger som er gitt i fortrolighet, hvis dette ikke er uttrykkelig avtalt med vedkommende.»

Departementet kan ikke se at det er ønskelig eller tilrådelig å lovregulere dette spørsmålet. Utvalgets enstemmige standpunkt til spørsmålet er bare kort begrunnet, uten at slike hensyn som departementet mener taler mot vitneforbud, kan sees vurdert.»

Endelig mente departementet den gang at spørsmålet ikke ville ha betydning for adgangen til å pålegge vitneplikt når vilkårene for det er tilstede. Departementet fant også at et samtykke fra kilden ikke burde ha betydning for om pressen kan påberope seg kildevernet (Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.4.2 side 18):

«Når departementet vil opprettholde utgangspunktet om at en pressemedarbeider har rett til å nekte å oppgi kildens identitet, får pressemedarbeideren fortsatt en rett til å overholde en avtale om taushetsplikt med en konkret kilde. Et taushetsløfte vil riktignok ikke slå gjennom der vilkårene for å pålegge vitneplikt er til stede. Men for dette spørsmålet har valget mellom fritaksrett eller vitneforbud ingen betydning.

Departementet vil heller ikke foreslå en positiv regel om virkningen av samtykke fra en eventuell kilde. Det kildevernreglene regulerer er prinsipielt bare vernet om kildens identitet. Like godt som en kilde kan gi samtykke til at journalisten røper denne, kan kilden selv stå frem og angi seg som kilde om han eller hun skulle ønske det.

Departementet kan derfor vanskelig se noe behov for en uttrykkelig samtykkeregulering. Hvis samtykke fra en kilde skal være avgjørende, må man være fullt sikret at alle de mulige kilder har samtykket. Dette er man ikke sikret uten at kilden selv står frem. Hvis reglene om kildevern skulle forstås annerledes, vil de ikke nå sitt formål, jf foran under punkt 3.2.3. Når fritaksretten påberopes av en pressemedarbeider, blir dermed regelen at et samtykke fra en eller flere kilder som påberopes fra annet hold, ikke får betydning i saken.»

9.3 NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag

Medieansvarsutvalgets *flertall* gikk ikke inn for anonymitetsrett for kilder eller taushetsplikt (vitneforbud) for journalister, se NOU 2011: 12 punkt 12.5 og 12.7. Flertallet viste til drøftelsene i Ot.prp. nr. 55 (1997–98) som er referert over, og la blant annet til at kildevernet uansett ville rekke kortere enn det anonymitetsvernet som følger av presseetikken, og at det ville være problematisk dersom journalister skulle straffes for å bryte kildevernet (NOU 2011: 12 punkt 12.7.2 side 145 til 146):

«Taushetsplikten kan i hvert fall ikke rekke lenger enn kildevernet i gjeldende rett – og må tilpasses avveiningsnormen. Om en slik mer betinget taushetsplikt blir innført, vil den rekke kortere enn den absolutte plikt til taushet som følger av presseetiske prinsipper. Utvalgsflertallet mener det vil skygge for det anonymitetsvernet som presseetikken etablerer, uten å høyne tilliten mellom mediene og kildene. Man må kunne anta at det er det absolutte vern som gir den største form for tillit. Man må også kunne anta at det ligger i pressens natur og yrkesstolthet å vise til egne etiske prinsipper og grunnfaste holdning, snarere enn en trussel om straff fra lovgiver. I første omgang er det også dette som er det viktige fra kildens side, ikke en fjern mulighet langt frem i tid for at pressemedarbeideren blir straffet om han ikke viser seg tilliten verdig.

Utvalgsflertallet vil legge til at det etter omstendighetene kan være nokså komplekst å effektivt straffe. Pressemedarbeideren er beskyttet av ytringsfriheten. Kilden har gjerne begått et straffbart forhold som allerede rammes av lovgivningen. Det er ikke uten videre naturlig å straffe den journalist som fremsetter en ytring som avdekker hvem som

har foretatt en kriminell handling – det fortøner seg på mange måter som paradoksalt. Derfor vil det også kunne stå i et problematisk forhold til Grunnloven § 100.»

Utvalget mente at dette spørsmålet mest hensiktsmessig fortsatt burde reguleres av presseetikken (NOU 2011: 12 punkt 12.7.2 side 145 til 146):

«Prinsipielt mener utvalgets flertall at det tillitsforhold forslaget om en lovbestemt taushetsplikt har til siktemål å etablere befinner seg i kjerneområdet av presseetikken oppgaver. Den etablerte delen av mediene har praktisert det presseetiske kildevernet som et grunnprinsipp, og det er kjent i det brede lag av befolkningen. Medieansvarsutvalget mener dette er et område hvor mediens egne initiativer har bidratt til å gjøre deler av mediebransjen til det den er – den fjerde statsmakt. Det er ikke lovgivningen som har lagt grunnlaget for denne rollen, men pressen selv. Slik bør det fortsatt være. Om lovgivningen prøver å løfte alle medier frem til å bli spesielle, er det ingen som blir det. Incitamentene til å forvalte presseetikken forvitret om lovgiver går inn og overtar rollen på alle mediers vegne.»

Mindretallet gikk derimot inn for et vitneforbud i tråd med forslaget fra Kildebeskyttelsesutvalget i NOU 1988: 2, som er omtalt over. Etter mindretallets syn ville en slik bestemmelse i praksis innebære et vitneforbud for pressefolk med hensyn til anonyme kilder, og stille redaktører og journalister på linje med f. eks. prester, leger og advokater som favnes av et tilsvarende forbud i straffeprosessloven § 119 (NOU 2011: 12 (punkt 12.9 side 150).

Som nevnt i Kulturdepartementets høringsnotat med forslag til ny medieansvarslov punkt 15.1.1 gikk flere aktører fra pressen inn for lovfesting av en taushetsplikt eller en anonymitetsrett i høringen av NOU 2011: 12.

9.4 Kulturdepartementets drøftelse av en taushetspliktbestemmelse i forslaget til ny medieansvarslov

I Kulturdepartementets høringsnotat med forslag til ny medieansvarslov punkt 15 drøftes muligheten for å innføre en lovfestet taushetsplikt om kilders identitet. I høringsnotatet spørres om det prosessrettslige kildevernet bør suppleres med en bestemmelse om taushetsplikt for medarbeidere i mediene eller en anonymitetsrett for kildene (høringsnotatet punkt 15.1.2).

Kulturdepartementet gir uttrykk for at gode grunner kan tale for dette, men fremmer ikke et konkret forslag. Det vises til at spørsmålet om en generell lovfestet taushetsplikt som kan supplere det prosessrettslige kildevernet, ikke har blitt utredet og hørt tidligere. Kulturdepartementet legger også til grunn at høringsinstansenes holdning til behovet for en (supplerende) taushetspliktregel kan avhenge av kommende endringer i kildevernreglene.

9.5 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Straffeprosessutvalget foreslår en regel om forklaringsfritak for pressen og kildevern i utkastet til ny lov § 9-4, jf. ovenfor i punkt 6.4. Etter den modellen for bevisregler som utvalget foreslår i utkastet til ny straffeprosesslov, vil det etter lovtkastet gjelde forbud mot å føre som bevis opplysninger som er vernet etter utkastet § 9-4, jf. utkastet § 8-4 bokstav a. Forbudet gjelder likevel bare så langt pressen påberoper seg forklaringsfritaket i utkastet § 8-4, jf. utkastet § 8-6 første ledd bokstav e. Utvalget drøfter ikke hvorvidt kildevernregelen i utkastet § 9-4 kunne vært utformet som et forbud mot at retten tar mot forklaring som kan røpe anonyme kilder.

I *høringen* har enkelte høringsinstanser tatt til orde for at kildevernbestemmelsen bør utformes som et forklaringsforbud. *Norsk redaktørforening* mener at reglene om pressens kildevern bør ta utgangspunkt i samfunnets behov for at vesentlig informasjon av allmenn interesse skal komme til offentlighetens kunnskap. På denne bakgrunnen mener høringsinstansen at det blir for snevert når utvalget tar utgangspunkt i at pressen skal ha *fritak* fra forklaringsplikten for visse opplysninger som mottas i deres virke. Av hensyn til allmenhetens behov for informasjon, mener Redaktørforeningen at utgangspunktet for kildevernet heller bør være en anonymitetsrett for kilden som gjelder alle typer opplysninger. Eventuelle unntak bør videre utformes så avgrenset som mulig. *Norsk Presseforbund* gir uttrykk for liknende synspunkter.

Både *Norsk Journalistlag*, *Norsk Presseforbund* og *Norsk Redaktørforening* går inn for at kildevernet omgjøres til en regel om lovbestemt taushetsplikt og flyttes til bestemmelsen om bevisforbud til vern om fortrolighet i utvalgets lovutkast § 8-3.

Redaktørforeningen viser dessuten til et eget forslag til kildevernbestemmelse som ble presentert i 2010 som ledd i arbeidet med ny medieansvarslov. Forslaget hentet inspirasjon fra det svenske *meddelarskyddet*. Etter Redaktørforeningens syn blir kildevernet med dette klarere koblet til samfunnets interesse i kildevernet. Foreningens utkast til bestemmelse lød slik:

«Enhver opphavsperson eller hjemmelsperson, herunder journalist, fotograf og intervjuobjekt eller annen kilde til det redaksjonelle innholdet i det som publiseres i et medium som omfattes av denne loven, har rett til å forbli anonym, dersom det er avtalt med ansvarlig redaktør.

Ansvarlig redaktør og medarbeidere som er underlagt hans eller hennes redaktørmyndighet, har plikt til å nekte å oppgi til andre hvem som er slik opphavsperson som nevnt i første ledd. Det samme gjelder i forhold til hvem som er hjemmelsperson for andre opplysninger som er betrodd vedkommende mediums redaksjonelle medarbeidere som ledd i det redaksjonelle arbeidet.»

Norsk Presseforbund viser til dette forslaget i sitt høringsinnspill.

9.6 Departementets vurdering og forslag til endring

Straffeprosessutvalgets forslag viderefører kildevernbestemmelsen som et forklaringsfritak. Det vil si at det etter utkastet fortsatt vil opp til pressemedarbeideren å velge om vedkommende vil svare på spørsmål eller utlevere materiale som identifiserer en kilde. Flere høringsinstanser fra pressen ønsker at kildevernbestemmelsen utformes som en taushetsplikt for pressen om anonyme kilders identitet og en anonymitetsrett for kilden, inspirert av de svenske reglene på området.

Kildebeskyttelsesutvalget gikk i NOU 1988: 2 inn for en taushetsplikt, men forslaget ble ikke fulgt opp av departementet. Departementet viste den gang til at uten en samtidig innføring av en alminnelig taushetsplikt, ville et vitneforbud i rettergangslovene bety at pressemedarbeideren rettslig sett kunne oppgi navnet til enhver, men ikke til retten. jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.4 side 17 til 18. Et spørsmål om lovfestet taushetsplikt ble behandlet, men avvist av flertallet i Medieansvarsutvalget, jf. NOU 2011: 12 punkt 12.7.

I Kulturdepartementets høringsnotat punkt 15 side 177 følgende drøftes muligheten for å innføre en taushetsplikt eller en anonymitetsrett i en eventuell ny

medieansvarslov. En slik taushetsplikt vil gjelde generelt og regulere en kildebeskyttelse også utenfor rettsprosesser, for eksempel overfor offentlige myndigheter. De prosessrettslige kildevernbestemmelsene vil i så fall kunne anses som en situasjonsbestemt regulering av en mer generell taushetsplikt.

I lys av Kulturdepartementets drøftelser kan det vurderes om de prosessrettslige kildevernbestemmelsene bør utformes som et forklaringsforbud. Et slikt forbud vil implisere en taushetsplikt, men grunnlaget for og rekkevidden av plikten må reguleres et annet sted. Et eventuelt forklaringsforbud må dermed forutsette at det i en ny medieansvarslov fastsettes en slik taushetsplikt som drøftes av Kulturdepartementet. Et forklaringsforbud i prosesslovene bør dermed antakelig begrenses til pressemedarbeidere som omfattes av en ny medieansvarslov, og kun i den grad taushetsplikten gjelder etter de aktuelle lovbestemmelsene. For annet journalistisk virke vil i så fall kildevernet fortsatt være et bevisfritak.

Med utgangspunkt i de endringer som er foreslått i straffeprosessloven § 125 ovenfor i punktene 5, 6 og 7, kunne en omforming av bestemmelsen til et forklaringsforbud for eksempel vært utformet slik:

«Retten må ikke ta imot forklaring om hvem som er kilde til noe som er betrodd vitnet i dets virke for medier som omfattes av lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte medier, og som ikke kan gis uten å krenke lovbestemt taushetsplikt. Det samme gjelder forklaring om hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke, samt forklaring som er egnet til å identifisere kilden eller opphavspersonen.

Tilsvarende gjelder forklaring fra andre som har fått kjennskap til kilden eller opphavspersonen gjennom sitt arbeid i tilknytning til virke som nevnt i første ledd.

Uavhengig av om opplysningene er omfattet av lovbestemt taushetsplikt, har ingen som nevnt i første eller annet ledd plikt til å forklare seg om forhold som nevnt i første ledd.

Dersom det er strengt nødvendig at de hensyn som begrunner kildevernet viker for en annen vesentlig samfunnsinteresse, kan vitnet likevel pålegges å forklare seg.

Når svar gis, kan retten beslutte at det bare skal gis til retten og partene i møte for lukkede dører og under pålegg om taushetsplikt.»

Forbudet som fremgår av første og annet ledd vil innebære at retten på eget initiativ skal avskjære vitnemål om kilders identitet, uavhengig av om journalisten eller redaktøren selv ønsker å vitne. Pliktsubjektet er her domstolene og ikke det enkelte pressevitnet.

At et forbud i den foreslåtte utformingen er begrenset til forklaring som ikke kan gis uten å krenke lovbestemt taushetsplikt, innebærer at forklaring kan gis i den utstrekning taushetsplikten oppheves på annet rettsgrunnlag, for eksempel ved at kilden samtykker eller velger å stå frem. Å frata pressen rådigheten over når kildevernet gjelder, kan imidlertid ha uheldige konsekvenser. Blant annet kan samtykke fra mulige, men ikke reelle, kilder brukes til å ringe inn den virkelige kilden, jf. mindretallets begrunnelse i Rt. 2011 s. 1266 og EMDs dom i saken 5. oktober 2017, jf. Becker mot Norge (sak 21272/12). Det vil også kunne sette pressen i en vanskelig situasjon dersom kilden har misbrukt løftet om anonymitet eller bryter med forutsetningene for en avtale om anonymitet. Det kan være problematisk med tanke på pressens uavhengighet dersom pressen skal være rettslig forpliktet av en taushetsplikt til sine kilder, også i unntakstilfeller hvor en presseetisk vurdering skulle tilsi at kilden likevel ikke fortjente anonymitet. Dette

er likevel spørsmål som må utredes nærmere i tilknytning hvorvidt taushetspliktregler bør inntas i en ny medieansvarslov og hvordan en slik plikt eventuelt bør innrettes.

Selv om kilden skulle samtykke, bør pressen antakelig ha et forklaringsfritak i behold, jf. utkastet tredje ledd. Det vil i noen grad kunne dempe muligheten til å ringe inn kilder, jf. EMDs dom i saken 5. oktober 2017, jf. Becker mot Norge (sak 21272/12). Dette gir imidlertid en nokså komplisert regulering.

I Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.2.4 side 18 stilte departementet seg tvilende til at en regel om vitneforbud fremfor en rett for journalisten til å nekte å forklare seg, ville ha nevneverdig betydning for pressens tilgang på informasjon eller andre spørsmål av viktighet for pressen:

«Om en kilde velger å gå til pressen med opplysninger eller ikke, vil nok mer være et spørsmål om hvilken tillit kilden totalt sett har til pressen og det aktuelle presseorganet, enn hvilken regel som velges i det foreliggende spørsmålet.»

Hovedbegrunnelsen for å innføre et forklaringsforbud synes å være at det gir kilden – i hvert fall formelt sett – et bedre grunnlag for å stole på det vernet han blir lovet. Et forklaringsforbud som skissert over, vil imidlertid gi den samme åpningen for å gjøre unntak fra kildevernet i ekstraordinære tilfeller. Bevisregelen vil dermed fortsatt rekke kortere enn det absolutte kildevernet som følger av presseetiske prinsipper. Den formelle betydningen av forslaget vil dermed være begrenset til eventuelt å skape større tillit til at pressen selv ikke avslører kilder i tilfeller hvor det ikke er grunnlag for å pålegge forklaringsplikt. Det er uklart om det er behov for dette.

Den presseetiske taushetsplikten står svært sterkt. En videreføring av gjeldende rett, hvor kilden er avhengig av at pressen selv praktiserer et strengt kildevern, vil antakelig favorisere den mest seriøse delen av pressen når det gjelder kildetilfang. Et formelt forklaringsforbud vil neppe i praksis styrke den seriøse pressens incentiver til ikke å avsløre anonyme kilder. Det vil også være problematisk dersom pressen skal strafforfølges i tilfeller hvor de måtte ha funnet grunn til, eller kommet i skade for, å ytre seg på en måte som røper kildeopplysninger.

En eventuell lovendring som skissert her synes dermed primært å være av formell og prinsipiell karakter, og det er uklart om den vil ha praktiske konsekvenser av betydning. Samtidig vil en slik endring innebære en mer omstendelig utforming av kildevernbestemmelsen enn i dag. Departementet er derfor i tvil om en slik endring er hensiktsmessig. Et eventuelt prosessrettslig forklaringsforbud forutsetter uansett en underliggende taushetspliktregel. En nærmere vurdering av spørsmålet må derfor utstå til en slik taushetspliktbestemmelse er nærmere utredet.

Straffeprosessutvalget har for øvrig foreslått gjennomgripende endringer i reglene om bevisforbud og bevisfritak i forslaget til ny straffeprosesslov. Et forklaringsforbud for opplysninger som omfattes av kildevernet vil nødvendigvis måtte tilpasses bevisreglene i den nye straffeprosessloven. Departementet legger derfor til grunn at det vil være mest aktuelt å følge opp spørsmålet om et eventuelt prosessrettslig vitne- og bevisforbud for opplysninger som omfattes av kildevernet, i arbeidet med den nye straffeprosessloven. Forklaringsforbudet som er skissert over er derfor ikke omfattet av det samlede forslaget til lovendringer i punkt 13.

10 Tvangsmidler rettet mot journalistisk virksomhet

10.1 Innledning

I anmodningsvedtak 17. januar 2017 (vedtak nummer 431) ber Stortinget regjeringen om å utrede adgangen til å etterforske mediernes kilder. I det følgende redegjøres derfor for reglene som gjelder for etterforskning av journalistisk virksomhet. Det foreslås likevel ikke endringer i disse reglene i dette høringsnotatet.

De sentrale reglene som gjelder for etterforskning av journalistisk virksomhet ble revidert i 2013 etter en utredning av Metodekontrollutvalget (NOU 2009: 12), jf. Prop. 147 L (2012–2013). Innenfor rammen av gjeldende straffeprosesslov kan departementet i utgangspunktet ikke se at det er hensiktsmessig å ta opp til ny vurdering de konklusjonene som Stortinget sluttet seg til i 2013. I den grad det er grunn til å vurdere endringer i reglene som gjelder for etterforskning av journalistisk virksomhet, bør det skje som ledd i en helhetlig gjennomgåelse av straffeprosesslovens regler om bevis, jf. Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.8.3 side 162.

Straffeprosessutvalgets forslag om nye regler om bevisforbud og bevisfritak og om enkelte endringer i reglene om skjulte tvangsmidler, innebærer at departementet vil foreta en slik helhetlig gjennomgåelse av bevisreglene, som ledd i arbeidet med ny straffeprosesslov. Departementet finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på utvalgets forslag på dette punkt i høringsnotatet her.

Det særskilt oppmerksom på redegjørelsen i punkt 10.3.5, 10.3.6 og 10.3.7 i stor grad er sitert fra Prop. 147 L (2012–2013), herunder redegjørelsene for Metodekontrollutvalgets utredning og høringsinstansens syn. Formålet er å vise bakgrunnen for de vurderinger departementet ga uttrykk for den gang, og som Stortinget sluttet seg til i 2013. Gjennomgåelsen er også av betydning for spørsmålet om det er behov for et etterforskningsforbud, som drøftes i punkt 11.

10.2 Bruk av tvangsmidler etter EMK

På bakgrunn av EMDs praksis kan det trekkes opp noen generelle utgangspunkter for hva som kan sies å utgjøre et inngrep i og en krenkelse av retten til kildevern når det gjelder bruk av tvangsmidler. Det vises til følgende redegjørelse i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.2.2 side 140 til 141:

«EMD har i flere avgjørelser pekt på at hensynene som begrunner kildevernet også gjør seg gjeldende ved tvangsmiddelbruk som er egnet til å avsløre pressens kilder, som overvåking, ransaking og dokumentbeslag. For det tilfellet at tvangsmidler benyttes uten journalistens kjennskap, har EMD skjerpet kravene til klar lovhjemmel og forhåndskontroll. Skjerpingen har først og fremst sammenheng med at skjulte tvangsmidler øker faren for misbruk. Dette er kommentert i Telegraaf Media-saken avsnitt 90:

«The Court reiterates its case-law according to which the expression «in accordance with the law» not only requires the impugned measure to have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects. The law must be compatible with the rule of law, which means that it must provide a measure of legal protection against arbitrary interference by public authorities with the rights safeguarded by Article 8 § 1 and Article 10 § 1. Especially where, as here, a power of the executive is exercised in

secret, the risks of arbitrariness are evident. Since the implementation in practice of measures of secret surveillance is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference [...]».

Ved siden av et skjerpet krav til lovhjemmel har EMD i den konkrete vurderingen av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn, lagt til grunn at det kan utgjøre en vesensforskjell om inngrepet i kildevernet gjøres gjennom pålegg om vitneplikt eller om kilden søkes avdekket gjennom tvangsmidler rettet mot pressen.

I Roemen og Schmit-saken innhentet politiet ransakingstillatelse for ransaking av en journalists hjem, redaksjon og kontoret til hans advokat, for å avdekke hvem som hadde brutt taushetsplikten i et luxembourgsk departement ved å gi journalisten taushetsbelagte opplysninger om at en minister var straffet for merverdiavgiftsbedrageri. EMD fant at ransakingen krenket kildevernet etter EMK artikkel 10 og journalistens rett til privatliv etter artikkel 8. Retten pekte på at det forelå tilstrekkelig lovgrunnlag for inngrepet og at ransakingen hadde et legitimt formål. Retten fant imidlertid at ransakingen ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn. Det ble understreket at ransaking, med det formål å avdekke en journalists kilde, er mer inngripende enn et pålegg om å oppgi kilden. Det ble vist til at etterforskerne, som kom uanmeldt og med vide etterforskningsfullmakter, ved ransakingen fikk tilgang til alle dokumentene til journalisten, og at dette undergravde kildevernet i større utstrekning enn et utleveringspålegg, selv om ransakingen skulle vise seg resultatløs (avsnitt 58). Retten hadde ikke innvendinger mot at myndighetene etterforsket hvem som var journalists kilde, men konstaterte at ransakingen var et uforholdsmessig inngrep, jf. også følgende uttalelse (avsnitt 56):

«The Court agrees with the applicant's submission – which the Government have not contested – that measures other than searches of the applicant's home and workplace (for instance, the questioning of Registration and State-Property Department officials) might have enabled the investigating judge to find the perpetrators of the offences referred to in the public prosecutor's submissions.»

Tilsvarende synspunkter ble lagt til grunn i Ernst m.fl. mot Belgia 15. juli 2003 (sak 33400/96), som gjaldt ransaking og beslag av materiale i redaksjonene og boligene til journalister i flere aviser og et offentlig kringkastingselskap. Ransakingene ble utført etter instruks fra en etterforskningsdommer som ledd i etterforskningen av drapet på André Cools – forhenværende minister og leder av det belgiske sosialistpartiet. Dokumenter, disketter og harddisker som tilhørte journalistene ble beslaglagt og tatt med til undersøkelse. Bakgrunnen for ransakingene og beslagene var at det hadde funnet sted lekkasjer i denne og andre følsomme kriminalsaker, noe som foranlediget etterforskning for å avdekke om ansatte i politiet eller medlemmer av domstolen hadde lekket taushetsbelagt informasjon. Som i Roemen og Schmit-saken kom EMD til at ransakingene og beslagene innebar krenkelse av kildevernet etter EMK artikkel 10 og retten til privatliv etter artikkel 8, fordi inngrepet ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn. Retten pekte på at inngrepet var omfattende, og la særlig vekt på at politifolkene som deltok i ransakingene hadde meget vide fullmakter.

Også i Tillack mot Belgia 27. november 2007 (sak 20477/05) var det spørsmål om ransaking av hjem og arbeidsplass, med det formål å avdekke kilden, var et inngrep som var nødvendig i et demokratisk samfunn. En journalist var mistenkt for å ha bestukket en ansatt i antikorrupsjonsbyrået OLAF til å gi ham fortrolig informasjon om pågående granskinger av uregelmessigheter i EU-institusjonene. EMD understreket at beskyttelsen

av kildevernet ikke kan være avhengig av om kilden kan mistenkes for å ha begått lovbrudd (avsnitt 65):

«The Court emphasises that the right of journalists not to disclose their sources cannot be considered a mere privilege to be granted or taken away depending on the lawfulness or unlawfulness of their sources, but is part and parcel of the right to information, to be treated with the utmost caution. This applies all the more in the instant case, where the suspicions against the applicant were based on vague, unsubstantiated rumours, as was subsequently confirmed by the fact that he was not charged [...].»

EMDs uttalelser i saken kan også indikere at heller ikke journalistens eventuelle status som mistenkt i seg selv kan være avgjørende for kildevernets virkeområde. I Tillack-saken kom retten til at det ikke var grunnlag for inngrepet, da de strenge kravene til nødvendighet ikke var oppfylt. Retten konstaterte imidlertid at formålet med inngrepet, som var å avdekke kilden for å forhindre kriminalitet og avsløring av fortrolige opplysninger, i og for seg var legitimt.

EMDs konkrete nødvendighetsvurderinger synes å gi uttrykk for en mindre restriktiv holdning i tilfeller hvor journalistiske kilder blir avdekket som en utilsiktet konsekvens av lovlig tvangsmiddelbruk i etterforskningen av andre kriminelle forhold, se avvinningskjennelsen i Weber og Saravia mot Tyskland 29. juni 2006 (sak 54934/00). Forutsetningen ser ut til å være at rammene for tvangsmiddelbruken i tilstrekkelig grad begrenser faren for utilsiktet kildeavsløring, jf. blant annet følgende uttalelse (avsnitt 152):

«[...] the Court [...] observes that the impugned provisions contained numerous safeguards to keep the interference with the secrecy of telecommunications – and therefore with the freedom of the press – within the limits of what was necessary to achieve the legitimate aims pursued. In particular, the safeguards which ensured that data obtained were used only to prevent certain serious criminal offences must also be considered adequate and effective for keeping the disclosure of journalistic sources to an unavoidable minimum.»

EMDs praksis viser at domstolen setter en høy terskel for bruk av tvangsmidler for å avdekke pressens kilder. Det oppstilles i første rekke et skjerpet krav til lovhjemmel, og dernest stilles strenge krav til om tvangsmiddelet utgjør et nødvendig inngrep. For det tilfellet at tvangsmiddelet har et annet legitimt formål enn å avdekke pressens kilder, vil EMD legge vekt på om hjemmelen og formålet med inngrepet søker å avhjelpe de ulemper dette vil medføre for mulige avsløringer av pressens kilder, jf. Weber og Savaria-saken. Avgjørelsen gir ikke direkte holdepunkter for at kildevernet står svakere i disse situasjonene, men i noen grad vil dette trolig være en konsekvens av at tvangsmiddelet har et annet legitimt formål.»

Som den ovenfor siterte redegjørelsen viser, skiller EMD mellom tiltak som har som formål å avsløre kilder, og tilfeller der kilder avsløres som en utilsiktet konsekvens av annen etterforskning, jf. Weber og Saravia-saken nevnt ovenfor. Dette gjentas i den nylig avsagte Big Brother Watch and others v. The United Kingdom 13. september 2018 (58170/13, 62322/14 and 24960/15) avsnitt 489:

«However, the Court has also drawn a distinction between searches carried out on journalists' homes and workplaces «with a view to uncovering their sources», and searches carried out for other reasons, such as the obtaining of evidence of an offence committed by a person other than in his or her capacity as a journalist (Roemen and Schmit, cited above, § 52). Similarly, in Weber and Saravia [...] it considered it decisive that the surveillance measures were not aimed at monitoring journalists or uncovering journalistic sources. As such, it found that the interference with freedom of expression could not be characterised as particularly serious (Weber and Saravia, cited above, § 151).»

Big Brother Watch and others gjaldt, i likhet med Weber og Saravia, masseinnhenting av elektronisk kommunikasjonsdata. I Weber og Saravia fant EMD at rammene for tvangsmiddelbruken i tilstrekkelig grad begrenset faren for utilsiktet kildeavsløring, og det krevdes ikke særlig beskyttelse av materiale som kunne avsløre kilder (se Weber og Saravia avsnitt 152). I Big Brother Watch and others, kom EMD til at rammene for tvangsmiddelbruken ikke sikret at sensitivt materiale kun ble undersøkt i tilfeller der dette var «justified by an overriding requirement in the public interest». Videre trakk EMD frem at det heller ikke forelå noen særskilte begrensninger når det gjaldt muligheten til å undersøke journalisters kommunikasjonsdata. Dommen er ikke rettskraftig.

EMDs praksis viser at etterforskning for å avdekke en kildes identitet aksepteres, men dersom tvangsmidler brukes for å omgå pressens fritak for forklaringsplikt om vitnets identitet, må at de strenge kravene til lovhjemmel og nødvendighet være oppfylt (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.3 side 154 til 155):

«Etter departementets oppfatning viser EMDs praksis at etterforskning for å avdekke en kildes identitet aksepteres. Dersom tvangsmidler brukes for å omgå pressens fritak for forklaringsplikt om vitnets identitet, forutsettes det at de strenge kravene til lovhjemmel og nødvendighet er oppfylt, jf. blant annet domstolens uttalelser i Tillack-saken og saken Roemen og Schmit. Slik etterforskning kan representere et vesentlig inngrep i kildevernet.

Departementet har merket seg at EMD i Nordisk Film & TV-saken og Sanoma Uitgevers-saken viser til Europarådets ministerkomité's anbefaling (No. R (2000) 7) om journalisters rett til å ikke avsløre sine kilder. Det fremgår av anbefalingens punkt 6 bokstav a at etterforskningsmetoder som kommunikasjonsavlytting og annen overvåking ikke bør brukes hvis hensikten er å omgå journalisters rett til å forholde seg tause om sine anonyme kilders identitet. Av følgenotatet (Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (2000) 7) side 10 følger det imidlertid at dette ikke er ment å være til hinder for at kommunikasjonskontroll skjer med andre formål som tillates etter EMK artikkel 8 og 10. Det er også vist til denne anbefalingen i Telegraaf Media-saken. EMD synes å legge en viss vekt på anbefalingen ved fortolkningen av konvensjonens bestemmelser med hensyn til kildevernets anvendelsesområde og nærmere innhold. Departementet peker likevel på at anbefalingen ikke er rettslig bindende, og at heller ikke EMD legger til grunn noe forbud mot bruk av etterforskningsmetoder – herunder tvangsmidler – for å identifisere en kilde. Dette konstaterer også utvalget under punkt 28.7 (side 339) i utredningen. Departementet kan på denne bakgrunn ikke se at ministerkomiteens anbefaling står i veien for å tillate bruk av etterforskningsmetoder for å avdekke kilder også i fremtiden.»

Selv om myndighetene måtte ha en begrunnet mistanke om kildens identitet fra før, kan tvangsmidler rettet mot journalister og redaksjoner utgjøre et inngrep i EMK artikkel 10, jf. Nagla mot Latvia (sak 73469/10). Myndighetene gjorde i denne saken gjeldende at ransakingen ikke hadde som formål å identifisere kilden. EMD uttalte at selv om myndighetene hadde mistanke om kildens identitet før en ransaking, medførte ikke det at vernet etter EMK artikkel 10 falt bort, jf. avsnitt 95. Domstolen vektla også at de beslaglagte eiendelene uansett inneholdt informasjon som kunne identifisere kilder både i den aktuelle saken og andre saker, jf. avsnitt 82.

I saken Saint-Paul Luxembourg S.A. mot Luxembourg (sak 26419/10) gjorde staten gjeldende at formålet med ransakingen og beslaget ikke var å avsløre journalistens kilder, jf. avsnitt 53. Det var heller ingen ting som indikerte at kilder ble avslørt under ransakingen. Etter EMDs syn var dette ikke avgjørende. Ransakingsordren var så vidt formulert at myndighetene fikk tilgang til

kildeavslørende informasjon selv om dette ikke var nødvendig for etterforskningen, jf. avsnitt 54:

«Nevertheless, in the light of the Court's understanding of information likely to identify a source, and in view of the extent of the power bestowed by the search on the authorities searching the registered office of the applicant company, the Court considers that in the present case the police officers were capable, thanks to the warrant in issue, of accessing information which the journalist did not wish to publish and which was liable to disclose the identities of other sources.»

Det er ikke noe krav at formålet med etterforskningen er å identifisere kilden i relasjon til den saken kilden har gitt opplysninger til journalisten om, jf. EMDs storkammerdom *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* avsnitt 66. I denne saken hadde kilden gitt informasjon til pressen i forbindelse men et ulovlig billøp, men var senere mistenkt i en langt mer alvorlig straffesak. EMD uttalte at det avgjørende var at det var tale om «an order for the compulsory surrender of journalistic material which contained information capable of identifying journalistic sources», jf. dommens avsnitt 72.

EMD har videre uttalt at rettsregler som hjemler inngrep i kildevernet skal inneholde rettssikkerhetsgarantier som står i forhold til inngrepets alvor, jf. *Sanoma Uitgevers B.V. mot Nederland* avsnitt 88 til 92. EMD uttalte i avsnitt 90 at det i dette først og fremst ligger et krav om tilstrekkelig prøvelse av beslagets berettigelse foretatt av en domstol eller et annet uavhengig og upartisk organ senest før myndighetene får overlevert beslaglagt materiale. I hastetilfeller skal det foreligge en prosedyre som sikrer at informasjon som kan avsløre kilder, gjøres til gjenstand for en uavhengig vurdering senest før myndighetene får tilgang til å bruke materialet. EMD uttaler:

«It is clear, in the Court's view, that the exercise of any independent review that only takes place subsequently to the handing over of material capable of revealing such sources would undermine the very essence of the right to confidentiality.»

I *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* av Jon Fridrik Kjølbo (4. utgave 2017) side 1014 sammenfattes EMDs praksis slik:

«Det synes generelt at udgøre en krænkelse, hvis myndigheder foretager ransagning hos journalister med henblik på at skaffe oplysning om en kildes identitet. Det kan i den forbindelse blive tillagt betydning, at det ikke er godtgjort, at andre efterforskningskridt ville være utilstrækkelige.»

10.3 Gjeldende rett

10.3.1 Beslag, utleveringspålegg og begjæring om bevistilgang

Det er i utgangspunktet ikke adgang til å ta *beslag* i dokumenter eller annet som har et innhold som vitnet kan nekte å forklare seg om, jf. straffeprosessloven § 204 første ledd første punktum, herunder kildeopplysninger etter straffeprosessloven § 125. Det vil si at dokumenter, datamaskiner, telefoner, harddisker og annet som besittes av pressemedarbeidere som kan påberope seg forklaringsfritaket i straffeprosessloven § 125, som et utgangspunkt ikke kan beslaglegges. Tilsvarende gjelder for *utleveringspålegg*, som gjelder i den utstrekning besitteren plikter å vitne i saken, jf. straffeprosessloven § 210 første ledd første punktum.

Retten kan likevel tillate beslag eller beslutte utlevering etter de samme kriteriene som gjelder for å pålegge vitneplikt etter straffeprosessloven § 125 tredje ledd, jf. § 204 første ledd annet punktum og punkt 10.3.2 nedenfor.

Hvis politiet ønsker å ta med seg materiale til retten for avgjørelse av om beslag kan tas, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av en representant for besitteren, jf. § 205 tredje ledd annet punktum.

I Rt. 2000 s. 531 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at begrensningene i beslagsadgangen etter straffeprosessloven § 204 første ledd, jf. § 125, også gjelder overfor en journalist som selv er siktet i en straffesak. Kjæremålsutvalget uttalte (side 536):

«Materiale som inneholder opplysninger som omhandlet i straffeprosessloven § 125, vil altså – med det forbehold som måtte følge av straffeprosessloven § 204 annet ledd – bare kunne gjøres til gjenstand for beslag i den utstrekning det ville vært grunnlag for å pålegge vitneplikt dersom siktede hadde vært vitne.»

I sivile saker har enhver plikt til å gi tilgang til og stille til rådighet gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak, med de begrensninger som følger av bevisforbud og bevisfritak i kapittel 22 og andre bevisregler i loven, jf. tvisteloven §§ 21-5 og 26-5 første ledd. Imøtegår en begjæring om bevis tilgang med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak, kan ikke bevisgjenstanden fremlegges uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelse bestemmer at beviset likevel skal føres, jf. tvisteloven § 26-7 annet ledd. For bevis som omfattes av kildevernbestemmelsen i tvisteloven § 22-11 kan beviset ikke begjæres fremlagt med mindre retten har funnet at unntaksvilkårene i bestemmelsens annet ledd er oppfylt. Tilsvarende gjelder ved bevissikring utenfor rettssak, jf. tvisteloven § 28-4.

10.3.2 Ransaking og bevissikring

Som generell hovedregel kan ransaking etter straffeprosessloven § 197 første ledd bare foretas etter beslutning fra retten, med mindre det foreligger skriftlig samtykke fra den ransakingen gjelder. Ransaking kan likevel besluttes av påtalemyndigheten dersom det er fare ved opphold, jf. straffeprosessloven § 197 annet ledd første punktum.

Ved ransaking av redaksjonslokale eller tilsvarende gjelder det strengere krav i slike hastetilfeller, idet beslutningen må treffes av statsadvokaten og ransaking bare kan tillates dersom det er sannsynlig at etterforskningen vil bli vesentlig skadelidende dersom man skulle vente på rettens beslutning, jf. § 197 annet ledd annet punktum. Det er forutsatt at ransaking av redaksjonslokaler sjelden vil være aktuelt, og at det «bare i helt spesielle tilfelle» kan iverksettes uten beslutning fra retten, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98) punkt 3.3.2.1 side 34.

Av straffeprosessloven § 198 følger at den muligheten en politimann har til å foreta ransaking når det er sterk mistanke om en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn seks måneder og det er nærliggende fare for at formålet med ransakingen ellers vil forspilles, ikke gjelder ved ransaking av redaksjonslokale eller tilsvarende.

I sivile saker kan det ved bevissikring utenfor rettssak gis tilgang til realbevis dersom det er nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller det av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist, jf. tvisteloven

§§ 28-1 og 28-2. På nærmere vilkår kan retten bestemme at bevissikring skal skje før motparten varsles, jf. tvisteloven § 28-3 fjerde ledd. Gjennomføringen vil ha karakter av å være en ransaking med bistand fra namsmyndighetene. Det gjelder ingen særregler for bevissikring hos journalister eller i redaksjonslokaler, men retten vil måtte ta hensyn til EMK artikkel 10 (samt EMK artikkel 8) ved vurderingen av om bevissikring skal skje. For gjennomføringen gjelder reglene om realbevis og bevisopptak, jf. tvisteloven § 28-4, slik at det blir opp til retten å vurdere om det skal gis tilgang til eventuelle sikrede bevis som omfattes av kildevernet.

10.3.3 Generelt om enkelte skjulte tvangsmidler

Straffeprosessloven § 202 a gir regler om *kameraovervåkning*. Første ledd gjelder kameraovervåking på eller fra offentlig sted, mens annet ledd gjelder skjult kameraovervåking på privat sted, bortsett fra noens private hjem. Tillatelse etter første ledd kan bare gis dersom noen med skjellig grunn mistenkes for et lovbrudd med strafferamme på fengsel inntil seks måneder, eller for nærmere angitte handlinger, mens for tillatelse etter annet ledd kreves strafferamme på 10 år eller mer, eller mistanke om nærmere angitte alvorlige lovbrudd.

Straffeprosessloven kapittel 16 a gir regler om *avlytting og annen kontroll av kommunikasjonsanlegg (kommunikasjonskontroll)*. Paragraf 216 a hjemler *kommunikasjonsavlytting*, som blant annet kan bestå i å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon. Bestemmelsen hjemler også identifisering av kommunikasjonsanlegg ved hjelp av teknisk utstyr som skjer ved å avlytte samtaler eller annen kommunikasjon. Tillatelse kan bare gis når noen med skjellig grunn mistenkes for lovbrudd med en strafferamme på fengsel i ti år eller mer, eller for nærmere angitte alvorlige lovbrudd.

Paragraf 216 b gir hjemmel for *annen kontroll av kommunikasjonsanlegg*. Bestemmelsen annet ledd gir nærmere regler om hva annen kontroll av kommunikasjonsanlegg kan gå ut på. Tillatelse kan bare gis når noen med skjellig grunn mistenkes for lovbrudd med en strafferamme på fengsel i fem år eller mer, eller for nærmere angitte lovbrudd.

Straffeprosessloven kapittel 16 b gir regler om *annen avlytting av samtaler ved tekniske midler*, herunder *romavlytting*. Etter § 216 m kan retten ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta romavlytting når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling som rammes av nærmere angitte straffebud, jf. første ledd. Tillatelse kan bare gis når noen med skjellig grunn mistenkes for terror, drap, grov narkotikaovertrødelse som omfatter betydelig mengde stoff eller grovt ran.

Reglene om *dataavlesning* er å finne i straffeprosessloven kapittel 16 d. Retten kan ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta avlesing av ikke offentlig tilgjengelige opplysninger i et datasystem (dataavlesing) når noen med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling som er nevnt i § 216 o første ledd. Avlesingen kan omfatte kommunikasjon, elektronisk lagrede data og andre opplysninger om bruk av datasystemet eller brukerkontoen.

Tillatelse til skjult kameraovervåking på privat sted, kommunikasjonsavlytting, romavlytting og dataavlesning kan bare gis dersom det må antas at avlytting vil

være av vesentlig betydning for å oppklare saken og at oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort jf. straffeprosessloven §§ 202 c annet ledd, 216 c første ledd, 216 m tredje ledd og 216 o tredje ledd.

I hovedsak kan kommunikasjonsavlytting og annen kontroll av kommunikasjonsanlegg bare rettes mot «bestemte telefoner, datamaskiner eller andre kommunikasjonsanlegg som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke», jf. straffeprosessloven §§ 216 a tredje ledd og 216 b annet ledd bokstav a. Tilsvarende gjelder for avlesing av datasystemer og brukerkontoer, jf. straffeprosessloven § 216 o fjerde ledd.

Skjult kameraovervåking på privat sted og romavlytting kan bare skje på sted hvor det må antas at den mistenkte vil oppholde seg, jf. straffeprosessloven §§ 202 a femte ledd første punktum og 216 m fjerde ledd første punktum, og dette kan i prinsippet være i en redaksjon.

Kommunikasjonskontroll, dataavlesing, kameraovervåking og romavlytting av redaksjoner og journalister forutsetter dessuten at det foreligger «særlige grunner», jf. nærmere om dette i neste punkt. Tvangsmidlene vil imidlertid også i andre tilfeller kunne ramme kommunikasjon mellom journalister og deres kilder dersom kilden er mistenkt for straffbare forhold og selv er gjenstand for kommunikasjonsavlytting eller dataavlesing.

10.3.4 Generelt om «særlige grunner»

Både for skjult kameraovervåking, kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesning kreves det i visse tilfeller «særlige grunner» for å tillate bruk av tvangsmiddelet. Bortsett fra for skjult kameraovervåking kreves det «særlige grunner» dersom telefonen, datasystemet eller stedet er *tilgjengelig for et større antall personer*, jf. straffeprosessloven §§ 216 c annet ledd første punktum, 216 m fjerde ledd annet punktum og 216 o tredje ledd annet punktum.

Det kreves også «særlige grunner» for å rette skjult kameraovervåking og romavlytting mot «sted hvor» advokat, lege, prest eller andre erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art eller mot «redaksjonslokale eller tilsvarende sted hvor redaktør eller journalist fører samtaler av yrkesmessig art», jf. straffeprosessloven §§ 202 a femte ledd annet punktum og 216 m fjerde ledd tredje punktum.

På samme måte kreves det «særlige grunner» for å avlytte eller avlese telefon, kommunikasjonsanlegg eller datasystem som «tilhører» advokat, lege, prest eller andre som erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art over telefon eller redaktør eller journalist, jf. straffeprosessloven 216 c annet ledd annet punktum, og 216 o tredje ledd annet punktum.

Det fremgår for øvrig av de nevnte bestemmelsene at kravet om «særlige grunner» ikke gjelder dersom vedkommende selv er mistenkt i saken.

Kravet om «særlige grunner» for å rette skjulte tvangsmidler mot redaksjonslokale mv. og telefon og datasystemer som tilhører pressen, kom inn ved lovendring 21. juni 2013 nr. 86. Bakgrunnen for lovendringen fremgår av Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.4 side 148 til 152, se nærmere om denne nedenfor.

«Særlige grunner» vil kunne foreligge dersom de hensynene som ellers begrunner adgang til kommunikasjonskontroll gjør seg særlig sterkt gjeldende. Det vil for

eksempel kunne være tilfellet dersom det fremstår som klart at kommunikasjonskontroll er nødvendig for å oppklare saken, eller dersom det straffbare forholdet må anses å ha særlig høy alvorlighetsgrad (Ot.prp. nr. 60 (2004–2005) spesialmerknaden i punkt 13.1 side 145):

«Normalt ligger det i kravet om særlige grunner at grunnene som taler for avlytting, må gjøre seg gjeldende med særlig tyngde. Det kan for eksempel være at kommunikasjonskontroll er den eneste etterforskningsmetoden som kan antas å gi resultater, eller at politiet ønsker å bruke metoden som ledd i etterforskningen av et særlig alvorlig straffbart forhold. Kravet om særlige grunner kan også ses som uttrykk for et særlig strengt forholdsmessighetsprinsipp, jf straffeloven § 170 a.»

Det fremgår av forarbeidene samme sted at kravet til «særlige grunner» må praktiseres strengt hvor det er grunn til å tro at kontrollen vil omfatte noen av de gruppene som er nevnt særskilt i § 216 c annet ledd. Kravet om særlige grunner er likevel ikke ment å være så strengt at mistenkte i praksis helt kan unndra seg kommunikasjonskontroll (Ot.prp. nr. 60 (2004–2005) spesialmerknaden i punkt 13.1 side 146):

«Departementet understreker at kravet om særlige grunner ikke skal praktiseres så strengt at de mistenkte gis anledning til å innrette seg på måter som gjør at de helt kan unndra seg avlytting. Det kan for eksempel ikke være slik at politiet alltid skal være avskåret fra å iverksette avlytting med sikte på identifisering, bare fordi de mistenkte har plassert [seg] i et område hvor det oppholder seg mange utenforstående, og kanskje også leger, prester eller advokater.»

10.3.5 Særlige grunner ved bruk av skjulte tvangsmidler mot pressen

10.3.5.1 Historikk

10.3.5.1.1 Rettstilstanden frem til lovendringer i 2013

Som nevnt kreves etter lovendring 21. juni 2013 nr. 86 «særlige grunner» for å rette skjulte tvangsmidler mot «redaksjonslokale eller tilsvarende sted hvor redaktør eller journalist fører samtaler av yrkesmessig art» eller telefon, kommunikasjonsanlegg eller datasystem som tilhører «redaktør eller journalist».

Tidligere kunne det være uklart om pressen kunne regnes som «andre som erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art over telefon» (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.1.4 side 136 til 137):

«Begrensningen med hensyn til advokater, leger, prester og «andre som erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art over telefon» svarer materielt sett til den tidligere (midlertidige) lov av 17. desember 1976 nr. 99 om adgang til telefonkontroll ved etterforskning av overtredelser av narkotikalovgivningen (telefonavlyttingsloven) § 3 annet ledd etter lovendring i 1985, jf. særmerknadene til straffeprosessloven § 216 c annet ledd i Ot.prp. nr. 40 (1991-92). Endringen av telefonavlyttingsloven § 3 annet ledd i 1985 bygget igjen på forskrifter om telefonkontroll ved etterforskning av overtredelser av narkotikalovgivningen 19. januar 1979 (telefonkontrollforskriftene) § 1. Av merknadene til de enkelte paragrafene i forskriften i foredraget til statsråd (inntatt i Justisdepartementets rundskriv G-20/79) fremgår det at Norsk Presseforbund under høringen påpekte at også journalister måtte regnes med under den kategorien personer som mottok betroelser over telefon, og måtte gis samme beskyttelse mot avlytting som leger og prester. Til dette uttalte departementet (rundskrivet side 15-16):

««Etter departementets mening er det grunn til å utvise forsiktighet med avlytting av telefon som tilhører en journalist. Men man finner det vanskelig i denne forbindelse

generelt å slå fast at de «erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art over telefon»....»

Senere forarbeider eller rettspraksis gir heller ikke holdepunkter for å konstatere at unntaket i straffeprosessloven § 216 c annet ledd omfatter kommunikasjon mellom kilder og journalister eller redaktører.

[...]

Heller ikke for romavlytting er det grunnlag for å konstatere at journalister og redaktører er ment omfattet av kravet om særlige grunner. Forutsatt at de alminnelige vilkårene for romavlytting er oppfylt, kan politiet avlytte samtaler mellom kilder og journalister eller redaktører på steder en mistenkt må antas å ville oppholde seg. Romavlytting kan i slike tilfeller også foretas i redaksjonslokaler og lignende lokaler.

Det gjelder ingen særskilte regler for behandlingen av opplysninger fra kommunikasjonskontroll eller romavlytting rettet mot samtaler mellom journalist og kilde eller adgangen til å fremlegge slike opplysninger som bevis i retten. Påtalemyndigheten står i utgangspunktet fritt til å bruke opplysninger fra kommunikasjonskontroll i straffesaker, med de alminnelige begrensningene som følger av straffeprosessloven § 216 i, jf. kapittel 5 om overskuddsinformasjon.»

10.3.5.1.2 Metodekontrollutvalgets forslag

Metodekontrollutvalget undersøkte i NOU 2009: 15 hvorvidt bestemmelsene om kommunikasjonskontroll og romavlytting i straffeprosessloven og politiloven i tilstrekkelig grad sikret og respekterte pressens rett til kildevern etter EMK artikkel 10. Med grunnlag i en gjennomgåelse av EMDs praksis foreslo utvalget endringer i adgangen til å rette romavlytting og kommunikasjonskontroll mot pressen. Utvalgets vurderinger er sammenfattet slik i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.4.1 side 149 til 150:

«Under punkt 28.5.1 (side 335) viser utvalget til Weber og Saravia-saken. Utvalget mener at EMDs uttalelser i saken, og særlig avsnitt 145, viser at bruk av etterforskningsmetoder som rammer kommunikasjonen mellom journalist og kilde på en slik måte at kilders identitet kan avsløres, eller som kan medføre at kilder blir mer tilbakeholdne med å formidle informasjon til pressen, må anses som et inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10. Det anføres at dette klart må gjelde der journalisters eller redaksjoners kommunikasjonskanaler er avlyttet, men antakelig også der samtaler mellom journalist og kilde fanges opp som utilsiktet konsekvens av kommunikasjonskontroll rettet mot en mistenkt. Utvalget peker på at domstolen legger til grunn at et tiltak som utgjør et inngrep i artikkel 8 «*mutatis mutandis*» - tilsvarende så langt det passer - skal anses som et inngrep i kildevernet etter artikkel 10. Derfor må romavlytting av samtaler mellom kilder og journalister, som klart er et inngrep etter artikkel 8, også antas å utgjøre et inngrep etter artikkel 10. Det sistnevnte finner utvalget grunnlag for i EMDs avgjørelse i Tillack-saken.

Under punkt 28.5.2 påpeker utvalget at retten til ytringsfrihet, herunder pressens rett til kildevern, ikke er absolutt, og at det etter EMK artikkel 10 annet ledd kan gjøres inngrep i kildevernet dersom inngrepet er foreskrevet ved lov og er nødvendig i et demokratisk samfunn, blant annet for å bekjempe kriminalitet. Utvalget viser til at det er slått fast at bruk av kommunikasjonskontroll og romavlytting, også til kontroll av informasjon som kan avsløre journalisters kilder, har hjemmel i norsk lov og er egnet til å bekjempe kriminalitet, og at spørsmålet er om kontroll av slik kommunikasjon må anses som «*nødvendig i et demokratisk samfunn*», og dermed tillatt etter EMK artikkel 10 annet ledd. Utvalget viser til EMDs avgjørelser i sakene Goodwin mot Storbritannia, Tillack mot Belgia, og Weber og Saravia mot Tyskland, og konstaterer følgende (side 336):

«Sett i sammenheng, tyder disse avgjørelsene på at kontroll av kommunikasjon med det formål å avsløre identiteten til pressens kilder er å anse som et svært alvorlig inngrep i retten til kildevern. Kjennelsen i Weber og Saravia-saken tyder på at dette også må gjelde kommunikasjonskontroll og annen avlytting rettet mot journalisters virksomhet.»

Utvalget peker deretter på at kjennelsen i saken Weber og Saravia mot Tyskland tilsier at kontroll av kommunikasjon mellom journalister og kilder som utilsiktet konsekvens av kontroll med annen kommunikasjon utgjør et langt mindre alvorlig inngrep. Under henvisning til kjennelsen uttaler utvalget at det *«i utgangspunktet ikke kan kreves at det nasjonale regelverket må inneholde særlige regler til beskyttelse av kilders identitet i slike tilfelle»* (side 337). Utvalget legger til grunn at mangelen på særregler i straffeprosessloven ikke i seg selv gjør det norske regelverket om kommunikasjonskontroll overfor journalister konvensjonsstridig. Utvalget uttaler (side 340):

«Om dette er tilfellet vil som nevnt bero på en vurdering av om regelverket som helhet er egnet til å sikre at inngrepene begrenser seg til det som er nødvendig av hensyn til nasjonal sikkerhet og for å bekjempe kriminalitet, og da særlig om vilkårene for inngrepet er tilstrekkelige og effektive med hensyn til å begrense avsløringen av journalisters kilder til et uunngåelig minimum.»

Utvalget peker videre på at straffeprosessloven i utgangspunktet setter strenge krav for bruk av skjulte tvangsmidler, men også at det *«er store forskjeller på kravet til den straffbare handling for bruk av romavlytting og kontroll av kommunikasjonsanlegg, og på kravene til mistanke for bruk av tvangsmidler i henholdsvis forebyggende og avvergende øyemed og som ledd i etterforskning»*. Det peker på at det norske regelverket åpner for bruk av kommunikasjonskontroll ved langt flere forbrytelser enn de tyske reglene, som EMD vurderte i Weber og Saravia-saken, og dessuten for slik bruk både i etterforskende, avvergende og forebyggende øyemed. Videre konstaterer utvalget likevel at de norske reglene er mer målrettet enn de tyske, og at de *«omfattende rettssikkerhetsgarantiene som gjelder for norsk politis bruk av kommunikasjonskontroll»* også taler for at reglene samsvarer med EMKs krav. Etter utvalgets oppfatning er det imidlertid *«ikke åpenbart at dette er tilfellet»* (side 340).

Under henvisning til EMDs praksis legger utvalget til grunn at *«kommunikasjonskontroll og romavlytting rettet mot journalisters virksomhet utgjør et betydelig inngrep i pressens rett til kildevern»* (punkt 28.7 side 339). Utvalget peker på at problemstillingen ville ha vært særlig aktuell dersom det var adgang til å avlytte telefoner som mistenkte kunne tenkes å ringe til. Til tross for at det ikke gjelder slik adgang, peker utvalget på følgende utfordring (side 339):

«Det nåværende norske regelverket åpner imidlertid for at journalisters eller redaksjoners telefoner eller lokaler kan kontrolleres og avlyttes dersom disse antas å ville brukes av en person som er mistenkt for en straffbar handling som kan kvalifisere til slik kontroll. Utvalget finner at de tungtveiende hensyn som ligger til grunn for kildevernet og som er reflektert i våre menneskerettslige forpliktelser tilsier at det bør fremgå klart av regelverket at dette bare kan skje der sterke grunner taler for det.»

Utvalget foreslår derfor at det oppstilles et krav om at det må foreligge *«særlige grunner»* for at telefoner eller lokaler som brukes av journalister skal kunne kontrolleres eller avlyttes. Dette foreslås gjort ved at redaktører og journalister tas med i oppregningen av yrkesgrupper i henholdsvis straffeprosessloven §§ 216 c annet ledd annet punktum (kommunikasjonskontroll) og 216 m fjerde ledd tredje punktum (romavlytting). Utvalget gir uttrykk for at de foreslåtte regelendringene vil bidra til større sammenheng i straffeprosesslovens regler om tvangsmidler, ettersom det ikke synes å være noen grunn til å stille mildere krav til bruk av kommunikasjonskontroll og romavlytting rettet mot journalisters virksomhet enn til ransaking av redaksjonslokaler og utleveringspålegg og beslag rettet mot journalister.»

10.3.5.1.3 Høringsinstansenes syn

Metodekontrollutvalgets forslag ble gjennomgående positivt mottatt i høringen. Høringsinstansenes syn er sammenfattet slik i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.4.2 side 150 til 151:

«Politiets sikkerhetstjeneste har ingen merknader til de foreslåtte endringene.

Advokatforeningen konstaterer at den «finner utvalgets lovforslag velbegrunnet».

Forsvarergruppen av 1977 er enig med utvalget i at kommunikasjonskontroll og romavlytting rettet mot journalisters virksomhet utgjør et betydelig inngrep i pressens rett til kildevern. Den uttaler at utvalgets forslag og begrunnelser «tiltres».

Samtlige av høringsinstansene som representerer medieaktører, og som har uttalt seg, understreker viktigheten av å sikre et tilfredsstillende kildevern. De peker alle på et økende behov for å styrke kildevernet med hensyn til skjult tvangsmiddelbruk. *Norsk rikskringkasting AS* uttrykker det slik:

«Kildevernet er både av EMD og i norsk rett anerkjent som en viktig forutsetning for pressens rolle i et demokratisk samfunn. Statlige inngrep i kommunikasjon mellom pressens kilder og pressen skal holdes på et absolutt minimumsnivå og kan bare aksepteres helt unntaksvis. Alene risikoen for at en kilde kan bli avslørt, er nok til å medføre en uakseptabel nedkjøling («chilling effect») på kommunikasjon mellom potensielle kilder og pressen, og EMK verner således selve tilliten til at kildevernet er reelt. Kildevernet er i dagens situasjon utsatt for sterkt press fra flere kanter, både som følge av de stadig større mulighetene for overvåkning, tilgang, innsamling og oppbevaring som den teknologiske utviklingen åpner for, og de utvidede hjemlene myndighetene har til å gjøre bruk av skjulte tvangsmidler. I tillegg kommer de siste års pre-aktiv kriminalisering som åpner for at myndighetene kan foreta hemmelige undersøkelser på det rent forebyggende stadiet. Dette skaper ytterligere usikkerhet og gjør det vanskelig for potensielle kilder å forutberegne sin rettstilling. Samlet sett medfører denne utviklingen en betydelig svekkelse av det reelle kildevernet. Desto viktigere blir det å sørge for rettslige skranker som kan veie opp for denne utviklingen.»

Norsk Presseforbund støtter langt på vei de vurderinger og konklusjoner som utvalget kommer med, og gir uttrykk for tilslutning til forslaget om å inkludere journalister og redaktører i yrkesgrupper som har særlig vern mot kommunikasjonskontroll og romavlytting, ved at det stilles krav om «særlige grunner» for slik tvangsmiddelbruk.

Norsk Redaktørforening er også positiv til utvalgets forslag, og peker på at kildevernet blir illusorisk *«dersom politi, påtalemyndighet og andre offentlige myndigheter forholdsvis enkelt kan innhente informasjon om medienes kildekontakt via andre kanaler»*.

Norsk rikskringkasting AS støtter Metodekontrollutvalgets forslag om begrensninger i adgangen til kommunikasjonskontroll og romavlytting rettet mot journalisters virksomhet, men understreker at forslagene *«ikke kan anses tilstrekkelig for å ivareta det sterke press kildevernet er utsatt for»*. Etter *Norsk rikskringkasting AS'* oppfatning sørger utvalgets forslag heller ikke for tilstrekkelig sammenheng i regelverket. Det etterlyses en ivaretagelse av de samme hensyn ved bruk av skjult fjernsynsovervåkning.

Norsk Presseforbund, *Norsk rikskringkasting AS* og *Norsk Redaktørforening* mener at det bør innføres en streng kildebeskyttelse på linje med den svenske løsningen, hvor kilden har lovbestemt krav på taushetsplikt fra mediet, journalisten er pålagt straffesanksjonert taushetsplikt om kilden, og hvor det normalt gjelder forbud mot å foreta etterforskning for å avdekke kilders identitet, samt bevisforbud for domstolen. Også *Norsk Journalistlag* etterlyser lovgivning i tråd med den svenske, med såkalt «meddelarskydd», og ønsker ordningen inn i en fremtidig medieansvarslov.»

10.3.5.1.4 Departementets vurderinger i Prop. 147 L (2012–2013)

Departementet delte utvalgets og høringsinstansenes oppfatning med hensyn til kildevernets sentrale betydning for en fri og uavhengig presse, og sluttet seg til utvalgets følgende bemerkning om pressens rolle og kildevernets funksjon under punkt 28.7 (side 339) i utredningen, jf. Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.4.3 side 151:

«Utvalget vil innledningsvis understreke at en fri og uavhengig presse er en grunnleggende forutsetning for informasjonsformidling, folkeopplysning og meningsdannelse i et demokrati. Særlig viktig er pressens bidrag til å avdekke kritikkverdige forhold og myndighetsmisbruk i samfunnet. For å utøve slik virksomhet er pressen avhengig av at enkeltmennesker som sitter på samfunnsmessig relevant informasjon tør videreformidle slik informasjon. I noen situasjoner kan dette bare skje i bytte mot et løfte om anonymitet, og kildevernet er dermed en forutsetning for at pressen skal kunne fylle rollen som «samfunnets vaktbikkje».»

Departementet la videre til grunn at EMDs praksis innebærer en høy terskel for å bruke tvangsmidler for å avdekke pressens kilder (samme sted):

«Etter departementets oppfatning viser EMDs praksis at domstolen legger til grunn en høy terskel for å bruke tvangsmidler for å avdekke pressens kilder. I første rekke oppstiller domstolen et skjerpet krav til lovhjemmelen for inngrepet, slik det fremgår av blant annet avgjørelsen i Telegraaf Media-saken, se også punkt 8.2.2 ovenfor. I tillegg viser domstolens avgjørelser at det foretas en streng vurdering av om tvangsmiddelbruken er et nødvendig inngrep. EMD synes imidlertid å tilgodese statene med en videre skjønnsmargin i tilfeller der kildeavsløring er en utilsiktet konsekvens av at tvangsmidler brukes med et annet, legitimt formål (som i Weber og Saravia-saken), enn i tilfeller der hensikten med å anvende tvangsmidlet nettopp er å avdekke kildens identitet. Departementet kan i denne sammenheng også slutte seg til utvalgets vurdering under punkt 28.5.2 (side 337):

«Videre tilsier Weber og Saravia-saken at kontroll av kommunikasjon mellom journalister og kilder som utilsiktet konsekvens av at andre personers telefon er underlagt kontroll utgjør et langt mindre alvorlig inngrep, og at det i utgangspunktet ikke kan kreves at det nasjonale regelverket må inneholde særlige regler til beskyttelse av kilders identitet i slike tilfelle. Avgjørelsen av om inngrepet likevel er uforholdsmessig må antas å bero på en vurdering av om regelverket er egnet til å sikre at inngrepene begrenser seg til det som var nødvendig for å oppnå det aktuelle formålet, og da særlig om vilkårene for inngrepet er tilstrekkelige og effektive med hensyn til å begrense avsløringen av journalisters kilder til et uunngåelig minimum.»»

Etter departementets oppfatning tilsa de strenge inngangsvilkårene som allerede gjaldt for bruk av skjulte tvangsmidler som kommunikasjonsavlytting og romavlytting, samt forhåndskontroll gjennom krav om rettens tillatelse og de interesseavveiningene retten må gjøre i denne forbindelse, at det norske regelverket oppfylte konvensjonsforpliktelsene med hensyn til vern av pressens kilder etter EMK artikkel 10. Departementet var likevel enig med utvalget i at det var hensiktsmessig å foreslå lovendringer som lar behovet for bevaring av pressekilders anonymitet utgjøre en mer markant begrensning i adgangen til å rette kommunikasjonskontroll og romavlytting mot journalister (samme sted side 152):

«Departementet foreslår at det innføres et krav om særlige grunner for å tillate kommunikasjonskontroll overfor redaktører og journalister, og for å tillate romavlytting av redaksjonslokaler eller tilsvarende. Kravet kommer i tillegg til de allerede strenge, alminnelige vilkårene for bruk av disse tvangsmidlene. Departementet bygger på utvalgets forslag, og foreslår at kravet etableres ved å tilføye de nevnte yrkesgruppene og

lokalene i oppregningen i henholdsvis straffeprosessloven §§ 216 c annet ledd og 216 m fjerde ledd. Departementet foreslår likevel at bestemmelsene gis en utforming som på noen punkter avviker fra utvalgets forslag, jf. punkt 8.7.3 nedenfor.»

10.3.5.2 *Nærmere om gjeldende rett*

I tillegg til det som fremgår av Prop 147 L (2012–2013), vil departementet peke på at en viktig begrensning i bruken av kommunikasjonsavlytting og dataavlesing er at kommunikasjonssystemet må «brukes» av mistenkte for å kunne kontrolleres. Telefon, datasystemer eller annet som den mistenkte antas å ville kommunisere *til*, men ikke selv besitter eller bruker, kan det ikke gis adgang til å kontrollere, avlytte eller avlese. Dette utelukker i de aller fleste tilfeller at kommunikasjon via telefoner mv. som tilhører pressen, kan kontrolleres selv om en kilde er mistenkt for noe straffbart.

Kravet om «særlige grunner» gjelder dersom den mistenkte antas å ville «bruke» telefoner mv. som tilhører journalister eller redaksjoner eller «oppholde» seg i redaksjonslokaler. Det kan tenkes ulike grunner til at den mistenkte har tilgang til en redaksjon eller en journalists kommunikasjonsutstyr. I Prop. 147 L (2012–2013) punkt 11.1 side 177 uttales at kravet om «særlige grunner» trolig vil få størst betydning i tilfeller der en mistenkt bruker samme telefon eller kommunikasjonsanlegg som en redaktør eller journalist. Den mistenkte kan for eksempel være et familiemedlem av journalisten eller en administrativt ansatt i redaksjonen. Dette vil antakelig forekomme svært sjelden.

I praksis vil dermed skjulte tvangsmidler mot pressen i hovedsak kunne benyttes i tilfeller hvor en pressemedarbeider selv er mistenkt for et lovbrudd som kan gi grunnlag for en slik kontroll. Med tanke hvor alvorlige lovbrudd det må være snakk om for at skjulte tvangsmidler skal kunne benyttes, vil dermed avlytting av pressen på dette grunnlaget kun være aktuelt i helt ekstraordinære tilfeller. I slike tilfeller må dessuten enhver tvangsmiddelbruk være forholdsmessig etter straffeprosessloven § 170 a og skje innenfor rammene av EMK artikkel 10.

Ettersom skjult tvangsmiddelbruk svært sjelden vil kunne rettes mot pressen, vil det i praksis være skjulte tvangsmidler som er rettet mot kilden selv som vil kunne avdekke kildeavslørende opplysninger, jf. neste punkt.

Det følger av Prop. 147 L (2012–2013) punkt 11.1 side 177 at det med «redaktør» og «journalist» siktes til redaktører av trykt skrift som nevnt i straffeprosessloven § 125 første ledd og journalister som arbeider for slikt skrift, samt tilsvarende medarbeidere i kringkasting og annen medievirksomhet som nevnt i § 125 femte ledd. Øvrige grupper som er nevnt i § 125 er ikke omfattet av begrensningene i adgangen til bruk av tvangsmidler, jf. Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.7.3 side 158.

Med «redaksjonslokale eller tilsvarende sted hvor redaktør eller journalist fører samtaler av yrkesmessig art» siktes det i hovedsak til redaksjonslokaler og redaktørers og journalisters kontorer, jf. Prop. 147 L (2012–2013) punkt 11.1 side 179. Stedet må ha ytre kjennetegn som tilsier at det blir benyttet som arbeidsplass i vedkommendes journalistiske virksomhet. Det forutsettes at den etablerte forståelsen av uttrykket «redaksjonslokale eller tilsvarende» i straffeprosessloven § 197 annet ledd annet punktum, slik denne kommer til uttrykk blant annet i Ot.prp. nr. 55 (1997–98), også kan være retningsgivende med hensyn til

grensedragningen etter § 216 m. For øvrig vises det i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 11.1 side 179 til merknadene til § 216 c annet ledd i samme proposisjon.

Videre uttales det i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 11.1 side 177 at det ikke kreves at vedkommende redaktør eller journalist formelt eier telefonen eller kommunikasjonsanlegget. Det må imidlertid foreligge ytre omstendigheter som tilsier at telefonen eller kommunikasjonsanlegget brukes i vedkommendes journalistiske virksomhet.

10.3.6 Skranker for etterforskning av en kildes identitet

10.3.6.1 Bakgrunn

Skjulte tvangsmidler kan som nevnt i forrige punkt svært sjelden rettes mot pressen selv. Avdekking av kildeavslørende opplysninger ved bruk av skjulte tvangsmidler vil dermed i første rekke kunne forekomme dersom kilden selv er mistenkt og gjenstand for slik metodebruk. Spørsmålet er hvilke skranker som gjelder for etterforskning med sikte på å avdekke identiteten til en pressekilde, herunder ved bruk av skjulte tvangsmidler.

10.3.6.2 Metodekontrollutvalgets forslag

Metodekontrollutvalget foreslo ytterligere begrensninger for adgangen til å etterforske en kildes identitet. Dette burde etter utvalgets syn gjøres til en del av forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170 a. Utvalgets syn er redegjort for i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.1 side 152:

«Utvalget viser til Europarådets ministerkomité's anbefaling No. R (2000) 7 punkt 6, hvor det fremgår at tvangsmidler ikke bør brukes med det formål å omgå journalistens rett til å forholde seg taus om kildens identitet. Utvalget peker likevel på at det i følgenotatet til anbefalingen (Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (2000) 7 side 10) er gitt uttrykk for at dette ikke er ment å være til hinder for kommunikasjonskontroll med andre formål som er tillatt etter EMK artikkel 8 og 10. Utvalget uttaler videre under punkt 28.5.2 (side 337):

«Retningslinjene er ikke bindende, men er referert i saken Nordisk Film & TV A/S mot Danmark som støtte i tolkningen av begrepet «kilde». Dette tyder på at den er relevant i tolkningen av EMDs forpliktelser og taler for at det bør oppstilles begrensninger i adgangen til å avlytte journalisters kommunikasjon med hensikt å avsløre en kildes identitet.»

Under punkt 28.7 (side 339) konstaterer utvalget at EMDs avgjørelser i Tillack-saken og Weber og Saravia-saken taler for at kommunikasjonskontroll og romavlytting må anses som betydelige inngrep i retten til kildevern, dersom tvangsmidlene brukes for å avdekke en kildes identitet. Videre peker utvalget på at det ikke finnes regler som uttrykkelig forbyr bruk av etterforskningsmetoder med slike bestemte formål, og viser til at departementet tidligere har avvist at det er ønskelig med et uttrykkelig forbud mot etterforskning med formål å avdekke kilders identitet. Utvalget konstaterer at heller ikke EMD legger til grunn at det gjelder et slikt forbud etter EMK. Utvalget uttaler følgende om slik formålsrettet bruk av kommunikasjonskontroll og romavlytting:

«Etter utvalgets oppfatning bør hensynet til pressens kildevern, EMDs syn på dette spørsmålet og Europarådets anbefaling kunne ivaretas ved at de gjøres til momenter i vurderingen av om bruk av den aktuelle etterforskningsmetoden vil være forholdsmessig etter straffeprosessloven § 170a. Videre vil hensynet til kildevernet i stor utstrekning ivaretas av utvalgets forslag om å innføre begrensninger i adgangen til å føre som bevis kildeavslørende opplysninger innhentet gjennom kommunikasjonskontroll og

romavlytting, jf. nedenfor. Foretas en slik forholdsmessighetsvurdering, antas en eventuell kontroll av kommunikasjon med hensikt å avdekke en kildes identitet, ikke å komme i konflikt med EMK artikkel 10.»»

I spørsmålet om metodebruken utgjør et inngrep etter EMK artikkel 10 sondret utvalget mellom metoder som rettes mot journalister og redaksjoner direkte, og metoder som er rettet mot en mistenkt. Utvalget fant at også sistnevnte antakelig utgjør et inngrep etter EMK artikkel 10 (NOU 2009: 15 punkt 28.5.1 side 335 til 336):

«Dette viser at bruk av etterforskningsmetoder som rammer kommunikasjonen mellom journalist og kilde på en slik måte at kilders identitet kan avsløres eller som kan medføre at kilder blir mer tilbakeholdne med å formidle informasjon til pressen må anses som et inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10. Dette må klart gjelde der journalisters og/eller redaksjoners kommunikasjonskanaler er avlyttet, men antakelig også der samtaler mellom journalist og kilde fanges opp som utilsiktet konsekvens av kommunikasjonskontroll rettet mot en mistenkt.»

Utvalget utledet (samme sted) av Weber og Savaria-saken at dersom kildeavsløring er en «utilsiktet konsekvens» av tvangsmiddelbruk mot «andre» personer, vil kontrollen anses som et mindre inngrep.

10.3.6.3 Høringsinstansenes syn

Høringsinstansenes syn er sammenfattet slik i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.2 side 152 til 153:

«Norsk Presseforbund mener at forslaget om å gjøre hensynet til pressens kildevern, EMDs praksis og Europarådets ministerkomité's anbefaling til momenter i forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170 a, ikke gir tilstrekkelig ivaretagelse av kildevernet. Forbundet uttaler:

«Denne type forsøk på å styre praksis er dessuten langt mindre effektivt enn å endre loven. NP foreslår derfor lovfestet forbud mot etterforskning av kilder.»

Også Norsk rikskringkasting AS har innvendinger mot utvalgets løsning på dette punkt:

«Utvalget har imidlertid ikke kommet med et forslag til lovtekst som tydeliggjør at hensynet til pressens kildevern skal tillegges vekt. Slik NRK ser det, er det nødvendig at hensynet til kildevernet eksplisitt inntas i lovbestemmelsen. NRK foreslår at de samme vilkår som foreslås mht føring av bevis, også skal gjelde ved adgang til å bruke etterforskningsmetoder for å avsløre kilders identitet.

Utvalget har påpekt at hensynet til kildevernet i stor grad ivaretas ved forslaget om å innføre begrensninger i adgangen til bevisføring. NRK vil i denne sammenheng påpeke at skaden for kildevernet - «the chilling effect» - oppstår allerede når kilden er avslørt av myndighetene. Det er derfor nødvendig å sette eksplisitte grenser for adgangen til å foreta etterforskning for å avsløre kilders identitet.»

Norsk rikskringkasting AS mener dessuten at utvalget ikke har presentert noen forslag som sikrer at avsløringen av journalisters kilder begrenses til et absolutt minimum, i tilfeller der kommunikasjon mellom kilde og journalist fanges opp som en utilsiktet konsekvens av kommunikasjonskontroll. Det uttales i den sammenheng:

«NRK vil foreslå at det pålegges politiet en plikt til å rapportere slike tilfeller til den aktuelle journalisten, eventuelt til et uavhengig organ. Dette, både fordi det vil kunne virke preventivt, samt at det vil være viktig for å sikre informasjon om hvor ofte dette skjer og dermed hvor stort problemet er.»

Norsk Journalistlag peker på utvalgets omtale og vektlegging av Europarådets ministerkomité's anbefaling (No. R (2000) 7) om journalisters rett til å ikke avsløre sine

kilder. Det viser til at EMD refererte til anbefalingen i Nordisk Film & TV A/S-saken, og at EMD «på nytt [har] henvist til rekommandasjonens fulle tekst» i EMDs avgjørelse i Sanoma Uitgevers B.V.-saken. Norsk Journalistlag peker på at sistnevnte er en storkammeravgjørelse, og at rekommandasjonen dermed må anses som en svært viktig rettskilde på dette området. Norsk Journalistlag viser videre til følgenotatet til ministerkomiteens anbefaling, og mener at for «at norsk rett skal være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser, må følgelig politiets skjulte tvangsmidler kun anvendes i den grad det er den samme forholdsmessigheten mellom inngrepets formål og begrensningene i kildevernet, som etter reglene om pressefolks vitneplikt».

Politihøgskolen er kritisk til utvalgets fremstilling av EMDs praksis, jf. følgende uttalelse:

«På [side 335] viser utvalget til saken Roemen og Schmit om at en ransaking i en journalists hjem utvilsomt utgjorde et inngrep i retten til kildevern. Det ville her være naturlig å opplyse at EMD forutsatte at myndighetene kunne etterforske hvem som var journalistens kilde uten å komme i konflikt med kildevernet. Det heter i avsnitt 56:

«The Court agrees with the applicant's submission - which the Government have not contested - that measures other than searches of the applicant's home and workplace (for instance, the questioning of Registration and State-Property Department officials) might have enabled the investigating judge to find the perpetrators of the offences referred to in the public prosecutor's submissions.»

Uttalelsen viser at det var ransakingen som var problemet, ikke at myndighetene prøvde å finne journalistens kilde.»»

10.3.6.4 Departementets vurdering i Prop. 147 L (2012–2013)

I oppfølgingen av Metodekontrollutvalgets utredning la departementet til grunn at det er tillatt etter EMK å benytte etterforskningsmetoder for å identifisere en kilde (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.3 side 153 til 154):

«Etter departementets oppfatning viser EMDs praksis at etterforskning for å avdekke en kildes identitet aksepteres. Dersom tvangsmidler brukes for å omgå pressens fritak for forklaringsplikt om vitnets identitet, forutsettes det at de strenge kravene til lovhjælp og nødvendighet er oppfylt, jf. blant annet domstolens uttalelser i Tillack-saken og saken Roemen og Schmit. Slik etterforskning kan representere et vesentlig inngrep i kildevernet.

Departementet har merket seg at EMD i Nordisk Film & TV-saken og Sanoma Uitgevers-saken viser til Europarådets ministerkomité's anbefaling (No. R (2000) 7) om journalisters rett til å ikke avsløre sine kilder. Det fremgår av anbefalingens punkt 6 bokstav a at etterforskningsmetoder som kommunikasjonsavlytting og annen overvåking ikke bør brukes hvis hensikten er å omgå journalisters rett til å forholde seg tause om sine anonyme kilders identitet. Av følgenotatet (Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (2000) 7) side 10 følger det imidlertid at dette ikke er ment å være til hinder for at kommunikasjonskontroll skjer med andre formål som tillates etter EMK artikkel 8 og 10. Det er også vist til denne anbefalingen i Telegraaf Media-saken. EMD synes å legge en viss vekt på anbefalingen ved fortolkningen av konvensjonens bestemmelser med hensyn til kildevernets anvendelsesområde og nærmere innhold. Departementet peker likevel på at anbefalingen ikke er rettslig bindende, og at heller ikke EMD legger til grunn noe forbud mot bruk av etterforskningsmetoder - herunder tvangsmidler - for å identifisere en kilde. Dette konstaterer også utvalget under punkt 28.7 (side 339) i utredningen. Departementet kan på denne bakgrunn ikke se at ministerkomiteens anbefaling står i veien for å tillate bruk av etterforskningsmetoder for å avdekke kilder også i fremtiden.»

Departementet fant ikke grunn til å følge opp utvalgets forslag om å gjøre hensynet til pressen kildevern til et moment i vurderingen av om bruk av den

aktuelle etterforskningsmetoden vil være forholdsmessig etter straffeprosessloven § 170 a (samme sted):

«Departementet peker på at straffeprosessloven § 170 a forutsettes anvendt i tråd med forpliktelsene etter EMK, jf. også Bjerke m.fl., Straffeprosessloven (kommentarutgave), 4. utgave, bind 1, side 609, hvor bestemmelsen omtales som en «*innfallsport til vurderingen av om bruk av tvangsmidler vil være i strid med EMK*». Så vidt departementet kan se, kan hensynet til pressens kildevern derfor allerede regnes som relevant ved forholdsmessighetsvurderingen etter § 170 a, dersom det er spørsmål om tvangsmiddelbruk som kan være kildeavslørende. Departementet kan verken se at det er behov for, eller hensiktsmessig med, en lovendring, noe som dessuten ville være i konflikt med den ellers generelle utformingen av § 170 a.»

10.3.7 Sletteplikt og føring av bevis om kildeavslørende opplysninger innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk

10.3.7.1 Bakgrunn

Dersom kildeavslørende opplysninger er innhentet i strid med de begrensningene som gjelder for skjult tvangsmiddelbruk rettet mot pressen, jf. punkt 10.3.5.5, eller ved etterforskningsskritt som er ment å omgå pressens rett til kildevern og som går utover rammene som følger av straffeprosessloven § 170 a og EMK artikkel 10, jf. punkt 10.3.6.3, vil retten måtte ta stilling til om slike bevis må avskjæres som følge av at de er innhentet på en ulovlig eller kritikkverdig måte.

For kildeavslørende opplysninger som er lovlig innhentet gjelder det i utgangspunktet ingen særskilte begrensninger i adgangen til å fremlegge disse for retten som bevis. Det samme gjelder bevis som er innhentet ved skjulte tvangsmidler rettet mot journalist eller kilden selv (kommunikasjonskontroll, dataavlesning, romavlytting mv.) Påtalemyndigheten står i utgangspunktet fritt til å bruke opplysninger fra kommunikasjonskontroll i straffesaker, med de alminnelige begrensningene som følger av straffeprosessloven § 216 i, jf. Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.1.4 side 137. I konkrete saker må det likevel vurderes om bruk av beviset vil kunne krenke EMK artikkel 10.

10.3.7.2 Sletteplikt

Etter straffeprosessloven § 216 g skal påtalemyndigheten som hovedregel sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontroll blir tilintetgjort, i den utstrekning materialet gjelder uttalelser som retten etter straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vitneforklaring om.

Regelen er gitt tilsvarende anvendelse for materiale innhentet ved romavlytting, jf. straffeprosessloven § 216 m siste ledd, og dataavlesning, jf. straffeprosessloven § 216 o siste ledd. Straffeprosessloven § 216 g ble endret ved lov 21. juni 2013 nr. 86 slik at den nevnte regelen vil fremgå av tredje ledd når endringen trer i kraft. Samtidig ble sletteplikten også gitt anvendelse for skjult kameraovervåking og teknisk sporing, jf. straffeprosessloven §§ 202 a nytt fjerde ledd og 202 c nytt syvende ledd. Heller ikke denne endringen er satt i kraft. I høringsnotat 22. september 2017 om behandling av overskuddsinformasjon fra kommunikasjonskontroll mv. er det foreslått å flytte flere reglene om oppbevaring og sletting av overskuddsinformasjon i straffeprosessloven § 216 g til politiregisterloven med forskrift. Forslaget er til behandling i departementet.

Nevnte bestemmelser i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122 inneholder regler om forbud mot eller fritak fra vitneforklaring av hensyn til rikets sikkerhet eller lovbestemt taushetsplikt for prester, advokater, leger mv. samt for siktedes nærstående.

Straffeprosessloven § 216 g bokstav b innebærer i realiteten et bevisforbud for materiale som er innhentet ved bruk av kommunikasjonskontroll eller romavlytting, og som omfattes av de nevnte reglene om vitneforbud eller vitnefritak.

Straffeprosessloven § 125 om pressens rett til kildevern er ikke omfattet av slettepliktbestemmelsen, jf. nedenfor.

10.3.7.3 Metodekontrollutvalgets forslag

Utvalget gikk inn for å begrense adgangen til å bruke kildeavslørende informasjon som bevis. Deler av utvalgets begrunnelse er sammenfattet slik i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.8.1 side 159 til 160:

«Utvalget mener at bruken av kildeavslørende informasjon innhentet ved kommunikasjonskontroll eller romavlytting som bevis er et selvstendig inngrep i retten til kildevern, og at dette, sett i sammenheng med *«de hensyn som ligger til grunn for kildevernreglene, og for å begrense mulighetene for at kilder blir avslørt der samtaler mellom kilder og journalist fanges opp som utilsiktet konsekvens av kommunikasjonskontroll og romavlytting»*, taler for å begrense adgangen til å føre slik informasjon som bevis, jf. punkt 28.7 (side 340). Utvalget foreslår at slike opplysninger bare skal kunne føres som bevis dersom vilkårene i § 125 tredje ledd er oppfylt, altså når vektige samfunnsinteresser tilsier det og opplysningene er av vesentlig betydning for sakens oppklaring. Dersom forfatteren eller kilden har avdekket forhold som det var av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent, foreslår utvalget at opplysningene bare skal kunne føres som bevis når det finnes særlig påkrevd. Videre gis det under punkt 28.7 (side 340) uttrykk for følgende om begrunnelsen for forslaget, samt den lovtekniske utformingen:

«En slik regel vil både begrense muligheten til å føre som bevis kildeavslørende informasjon fanget opp ved avlytting av telefoner eller lokaler som brukes av journalister i tillegg til mistenkte. Dette vil gjelde både der avlyttingen har skjedd med hensikt å avsløre en journalists kilde og der kommunikasjonskontroll fanger opp kommunikasjon mellom journalist og kilde som utilsiktet konsekvens. Den vil dermed kunne bidra til å sikre at det norske regelverket ikke praktiseres på en måte som strider med EMK. Endringen foreslås gjennomført ved at § 125 legges til regelen om sletting av materiale fra kommunikasjonskontroll i § 216 g, som angir at opplysninger som retten ikke kan kreve en persons vitneforklaring om etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 skal slettes så snart som mulig etter at det er fastslått at materialet omfatter slike opplysninger. Dette medfører at påtalemyndigheten vil måtte bringe spørsmålet inn for retten dersom den ønsker å bruke opplysningene som bevis og derved unngå sletteplikten.»

Utvalget gir uttrykk for at det ikke kan se at det er grunn til å gi større adgang til å føre kildeavslørende materiale innhentet ved bruk av disse etterforskningsmetodene som bevis enn kildeavslørende materiale innhentet gjennom annen tvangsmiddelbruk. Det mener at forslaget vil føre til at materiale fra kommunikasjonskontroll og romavlytting vil kunne føres som bevis i samme utstrekning som beslaglagt materiale, jf. § 204 første jf. annet ledd.»

10.3.7.4 Høringsinstansenes syn

Høringsinstansenes syn er sammenfattet slik i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.8.2 side 160 til 161:

«Advokatforeningen konstaterer at den «*finner utvalgets lovforslag velbegrunnet*».

Forsvarergruppen av 1977 er enig med utvalget i at bruk av kildeavslørende informasjon innhentet ved kommunikasjonskontroll eller romavlytting som bevis vil utgjøre et selvstendig inngrep i pressens rett til kildevern, og tiltrer utvalgets konkrete forslag og begrunnelser.

Politiets sikkerhetstjeneste har ingen merknader til de foreslåtte endringene.

Norsk Journalistlag støtter utvalgets forslag.

Norsk Presseforbund uttaler følgende om utvalgets vurdering og forslag:

«Som det også framgår av utvalgets utredning, utgjør bruk av kildeavslørende informasjon innhentet ved kommunikasjonskontroll eller romavlytting som bevis, et selvstendig inngrep i retten til kildevern (s 340, første spalte siste avsnitt.). Videre er det et faktum at det norske regelverk åpner for bruk av kommunikasjon ved langt flere forbrytelser og i flere tilfeller enn det tyske (se utvalgets utredning s 340, første spalte annet avsnitt). Dette betyr at norsk politi i langt større grad enn i andre land, kan - ved hjelp av kommunikasjonskontroll - fange opp kommunikasjon mellom journalist og kilde som en utilsiktet konsekvens. NP mener derfor man kan stille spørsmål ved utvalgets konklusjon om at sistnevnte situasjoner ikke utgjør et konvensjonsbrudd. Utvalget bekrefter selv usikkerhet rundt dette, jf. setningen nest siste avsnitt første spalte på s 340: «Det er imidlertid ikke åpenbare at dette er tilfellet». Det kan derfor ikke være noen tvil om at det er helt nødvendig å skjerpe kravene til bruken av denne type opplysninger, jf. forslaget (s. 340 annen spalte første avsnitt) om å innføre krav om «viktige samfunnsinteresser», at opplysningene må være av vesentlig betydning for sakens oppklaring og at bruken skal være påkrevd. Dette er vilkår som bør tolkes snevert og i lys av at bruken av disse opplysningene er klart i strid med kildevernet. Sistnevnte bør presiseres i forarbeidene til loven. NP støtter også utvalgets forslag om å gjennomføre endringen ved å legge § 125 til reglene om sletting av materiale fra kommunikasjonskontroll 216g, slik at det også innføres sletteplikt for denne type opplysninger.»

Norsk rikskringkasting AS er kritisk til den foreslåtte utformingen av begrensningene i bevisføringsadgangen:

«Utvalget foreslår videre at informasjon innhentet ved kommunikasjonskontroll eller romavlytting som er egnet til å avsløre kilders identitet kun skal kunne føres som bevis dersom vilkårene i straffeprosessloven § 125 tredje ledd er oppfylt, altså ved viktige samfunnsinteresser og vesentlig betydning for sakens oppklaring, samt særlig påkrevet ved avdekning av forhold av samfunnsmessig betydning.

Dette er foreslått regulert ved en henvisning til § 125 i § 216g, og søkes ivaretatt for romavlytting gjennom henvisningen i § 216m siste ledd til § 216g. NRK stiller spørsmål om denne lovgivningsmetoden sikrer det utvalget søker å oppnå. Dette fordi ordlyden: «...opplysninger fra personer som etter §§ 122 eller 125 er fritatt fra forklaringsplikt, skal slettes ...», kun omfatter opplysninger fra journalist/redaktør og ikke fra kilden. Slik NRK ser det bør man heller bruke begrepet «kildeavslørende informasjon». NRK vil videre påpeke at tilsvarende bestemmelse må tas inn også for andre skjulte tvangsmidler, blant annet ved skjult fjernsynsovervåking.»

Politiets sikkerhetstjeneste er kritisk til utvalgets forslag, og bemerker følgende:

«På [side 335] omtaler utvalget avgjørelsen i saken Weber og Saravia og siterer avsnitt 145 om at strategisk overvåking i utgangspunktet utgjorde et inngrep i journalistens rett til kommunikasjonsfrihet etter EMK artikkel 8. Men som utvalget selv siterer på s. 336, konkluderte EMD med at inngrepet ikke kunne karakteriseres som «particularly serious». Det er derfor egnet til å overraske når utvalget på s. 338 hevder at Weber og Saravia-

avgjørelsen kan tas til inntekt for at videreformidling av informasjon utgjorde et forholdsvis kraftig inngrep i retten til privatliv etter artikkel 8.»

Politihøgskolen er enig med utvalget i at EMDs praksis ikke innebærer forbud mot bruk av kildeavslørende materiale som er innhentet gjennom kommunikasjonskontroll. Den stiller seg tvilende til om det er grunn til å innføre et slikt bevisforbud som det legges opp til i utvalgets forslag til endring av straffeprosessloven § 216 g. Det vises til at kildeavslørende opplysninger fra mediearbeidere skiller seg fra opplysninger som fremkommer i samtale med advokat, prest mv., siden fritaket for mediearbeidere ikke er absolutt, jf. straffeprosessloven § 125 tredje ledd. Politihøgskolen bemerker at sletteplikten for kildeavslørende opplysninger dermed vil avhenge av en skjønnsmessig vurdering av flere forhold, og at blant annet spørsmålet om opplysningen er av vesentlig samfunnsmessig betydning vil avhenge av hvordan «*saken ellers ligger an*».

Enn videre peker Politihøgskolen på at det bare er kildens identitet, og ikke hva kilden ellers forteller, som er omfattet av kildevernet. Om dette uttales det:

«Hvis en person underlagt kommunikasjonskontroll eller romavlytting velger å fortelle en journalist noe som i utgangspunktet kan fremlegges som bevis, virker det underlig at det skal gjelde begrensninger i bevisføringsadgangen utover de alminnelige begrensninger for kommunikasjonskontroll. Dette gjelder særlig der temaet for etterforskningen ikke i og for seg er hvem som er kilden, men andre straffbare forhold.»

Politihøgskolen er også kritisk til utvalgets forslag til utforming av straffeprosessloven § 216 g:

«Det er neppe slik at det er journalisten som selv røper kildeforholdet. Hvis A er underlagt kommunikasjonskontroll og snakker i telefonen med journalist B, vil As utsagn som oftest i seg selv gi kunnskap om at han er journalistens kilde. Det er derfor ikke nødvendig å bygge på opplysninger «fra» journalisten.»

Generelt vil vi bemerke at utvalgets utkast til ny ordlyd i § 216 g med fordel kan omformuleres. For samtaler med prest, advokat osv, gjelder taushetsplikten det som blir betrodd dem, jf. straffeloven § 144. Bevisforbudet gjelder imidlertid hele samtalen. Etter utvalgets utkast til lovtekst kan det synes som om bevisforbudet vil innskrenkes til de utsagn som kommer fra presten, advokaten osv.»

Riksadvokaten uttaler følgende med hensyn til plikten til å slette opplysninger som er underlagt bestemmelsene om vitnefritak:

«For politiet vil det ikke alltid være lett å oppdage om en person som bruker, eller kommuniserer med, en telefon eller et dataanlegg undergitt kontroll, er omfattet av vitnefritaksreglene, for eksempel fordi han er en slektning som omfattes av straffeprosessloven § 122. Etter riksadvokatens syn bør ikke politiet pålegges å undersøke om slike forhold foreligger, for eksempel om det er slektskapsforhold mellom mistenkte og hans samtalepartnere.»

Oslo politidistrikt bemerker at henvisningen til straffeprosessloven § 125 neppe har stor betydning i praksis.

Hordaland statsadvokatembeter mener at hensynene bak vitneforbuds- og vitnefritaksreglene, herunder straffeprosessloven § 125, bør ivaretas gjennom bevisforbudsregler, og ikke ved påbud om sletting så snart som mulig. Etter embedets oppfatning bør reglene om tidspunktet for sletting være de samme, uansett om det foreligger mulighet for vitnefritak eller vitneforbud eller ikke.»

10.3.7.5 Departementets vurderinger i Prop. 147 L (2012–2013)

I oppfølgingen av Metodekontrollutvalgets forslag la departementet til grunn at politiets eller påtalemyndighetens videreformidling av kildeavslørende informasjon innhentet ved kommunikasjonskontroll eller romavlytting til domstoler og andre

offentlige myndigheter, kan bli sett på som et inngrep i retten til kildevern etter EMK artikkel 10 (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.8.3 side 161 til 162):

«Utvalget har vist til EMDs avgjørelse i Craxi-saken under punkt 28.6.1 i utredningen, hvor det er lagt til grunn at videreformidling av kommunikasjonskontrollmateriale fra politi og påtalemyndigheten til domstolen kan utgjøre et selvstendig inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Utvalget har også pekt på EMDs resonnement i Weber og Saravia-saken, hvor domstolen la vurderingene om det forelå inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 til grunn så langt det passet («*mutatis mutandis*») for vurderingen av om det samme forholdet utgjorde et inngrep etter artikkel 10. Etter utvalgets oppfatning tilsier dette «*at videreformidling av kildeavslørende informasjon fra samtale mellom journalist og kilde også vil anses som et inngrep i ytringsfriheten*».

Ingen av de foreliggende avgjørelsene fra EMD synes å gi klare føringer med hensyn til skrankene for å videreformidle kildeavslørende materiale fra kommunikasjonskontroll til domstolen som bevis. Departementet bemerker i denne sammenheng at Craxi-saken og Weber og Saravia-saken gjaldt andre former for videreformidling av kildeavslørende materiale enn det som her er aktuelt. Etter departementets vurdering kan disse avgjørelsene ikke danne grunnlag for en generell antakelse om at bevisføring av kildeavslørende kommunikasjonskontrollmateriale utgjør et alvorlig inngrep i kildevernet.

Departementet legger like fullt til grunn at politiets eller påtalemyndighetens videreformidling av kildeavslørende informasjon, som er innhentet ved kommunikasjonskontroll eller romavlytting til andre offentlige myndigheter, kan bli sett på som et inngrep i retten til kildevern etter EMK artikkel 10. Dette beror etter departementets oppfatning på at bruken kan være egnet til å gjøre kildens identitet kjent for en videre krets av personer enn den som allerede har blitt kjent med identiteten gjennom kommunikasjonskontrollen eller romavlyttingen. Politiet og andre med kjennskap til kommunikasjonskontrollen eller romavlyttingen er som påpekt av utvalget underlagt taushetsplikt om hva som fremkommer ved kontrollen eller avlyttingen, jf. straffeprosessloven § 216 i. Det er utvidelsen av personkretsen som eventuelt kan ha en «chilling effect» på kilders vilje til å formidle viktig informasjon til journalister, og som derfor kan tilsi ytterligere begrensninger av hensyn til kildevernet.

Utvalget har pekt på at EMD generelt oppstiller et krav om at bevisføring som innebærer inngrep i konvensjonsbeskyttede rettigheter må være strengt nødvendig, men at domstolen har vært tilbakeholden med å overprøve nasjonale myndigheters nødvendighetsvurdering. Ved vurderingen av hvilken adgang det bør være til å føre kildeavslørende kommunikasjonskontrollmateriale som bevis for domstolen, må det etter departementets oppfatning tas i betraktning at slik bruk av materialet normalt bare er aktuell dersom materialet anses å være betydning for avgjørelsen i den aktuelle saken.»

Departementet fant ikke at EMK forbyr at kildeavslørende bevis innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk, føres i tilfeller hvor unntakene etter straffeprosessloven § 125 tredje ledd ikke er oppfylt (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.8.3 side 162):

«Utvalget har også vist til Europarådets ministerkomité's anbefaling om journalisters rett til ikke å avsløre sine kilder. I anbefalingen er det lagt til grunn at dersom kildeavslørende informasjon allerede er innhentet gjennom kommunikasjonskontroll på lovlig måte, og selv om det ikke er gjort for å avsløre kilden, skal det tas skritt for å hindre at informasjonen brukes som informasjon i retten, med mindre det kan rettferdiggjøres etter en forholdsmessighetsvurdering som angitt i EMK artikkel 10 annet ledd. Utvalget har konstatert at anbefalingen bør følges på dette punkt, og at dette kan gjøres ved at adgangen til å føre kildeavslørende kommunikasjonskontrollmateriale som bevis gjøres betinget av at vilkårene i straffeprosessloven § 125 tredje ledd. Unntaksvilkårene i § 125 tredje ledd er strenge, og bevisføringsadgangen må forutsettes å ville bli tilsvarende snever, jf. også punkt 8.1.2 ovenfor.

Departementet peker på at straffeprosessloven § 125 tredje ledd regulerer adgangen til å pålegge en mediearbeider å oppgi navnet på en anonym kilde. Vilkårene for å gi slikt pålegg er strenge. Etter departementets oppfatning gir EMK artikkel 10 ikke grunnlag for like strenge vilkår for adgangen til å føre lovlig innhentet kildeavslørende kommunikasjonskontrollmateriale som bevis. Som påpekt ovenfor under punkt 8.5.3, er departementet heller ikke overbevist om at ministerkomiteens anbefaling bør legges til grunn for utformingen av de norske straffeprosessuelle bestemmelsene som berører kildevernet.»

På grunn av muligheten til å gjøre unntak etter straffeprosessloven § 125 fant departementet det lite hensiktsmessig å innføre en sletteplikt før saken var ferdig etterforsket (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.8.3 side 162):

«Utvalget anbefaler at bevisføringsadgangen reguleres gjennom en bestemmelse om sletteplikt, tilsvarende den som er etablert i straffeprosessloven § 216 g for kommunikasjonskontrollmateriale med innhold som omfattes av bestemmelsene om vitneforbud og vitnefritak etter straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122. Den etablerte bestemmelsen pålegger påtalemyndigheten å sørge for sletting av opptak eller notater av slik kommunikasjon «*snarest mulig*». Indirekte reguleres derved også bevisføringsadgangen for denne typen kommunikasjon. Etter flere av bestemmelsene kan den som har krav på beskyttelse samtykke til forklaring. Sletteplikten etter straffeprosessloven § 216 g gjelder imidlertid uavhengig av slike unntaksregler. For materiale som rammes av §§ 117 til 120 eller 122, er vurderingen av om det gjelder sletteplikt derfor enkel, når det først er slått fast at kommunikasjonen dekkes av en av fritaks- eller forbudsbestemmelsene.

Dersom det innføres en tilsvarende bestemmelse om sletteplikt («*så snart som mulig*») for materiale innhentet ved avlytting av kommunikasjon med mediearbeidere som angitt i straffeprosessloven § 125, som inneholder kildeavslørende opplysninger som disse etter § 125 er fritatt fra forklaringsplikt om, må det imidlertid uansett gjelde en viss unntaksadgang. Utvalget har som nevnt lagt til grunn at unntaksadgangen skal samsvare med § 125 tredje ledd. Det er forutsatt at påtalemyndigheten da skal kunne be retten om tillatelse til ikke å slette det kildeavslørende materialet, og dermed få anledning til å føre det som bevis.

Retten må i slike tilfeller avgjøre om vilkårene etter straffeprosessloven § 125 tredje ledd er oppfylt. Både spørsmålet om «*vektige samfunnsinteresser*» tilsier at det kildeavslørende materialet tillates bevart (og ført som bevis) og om *materialet «er av vesentlig betydning for sakens oppklaring»*, samt den konkrete helhetsvurderingen, vil avhenge av hvordan saken for øvrig ligger an, slik Politihøgskolen har påpekt. Etter utvalgets forslag må spørsmålet forelegges retten forholdsvis raskt etter at det er konstatert at materialet er omfattet av § 125. Bevisbildet og inntrykket av sakens alvorlighetsgrad mv. kan se ganske annerledes ut i begynnelsen av en etterforskning, enn i slutfasen. Det innebærer at rettens vurdering av om det skal gis unntak fra sletteplikten vil kunne få ulike utfall - med det samme materialet - avhengig av hvilket tidspunkt materialet innhentes på, og vurderingen foretas på. I noen situasjoner kan det bli konstatert plikt til å slette kildeavslørende materiale, som det senere, når saken er ferdig etterforsket, viser seg at det ville ha vært grunnlag for å frita fra sletteplikten. Motsatt vil det i noen situasjoner kunne bli gitt tillatelse til å beholde det kildeavslørende materialet, selv om saken senere under etterforskningen utvikler seg slik at det ikke burde ha blitt tillatt.

Siden de ovennevnte omstendighetene etter utvalgets forslag også blir avgjørende for bevisføringsadgangen, fremstår det for departementet som en uheldig løsning for reguleringen av nettopp bevisføringsadgangen. Etter departementets vurdering gjør problemene seg gjeldende, uavhengig av om det velges vilkår tilsvarende straffeprosessloven § 125 tredje ledd, eller mer lempelige skranker, som for eksempel et krav om «*særlige grunner*». Spørsmålet om kommunikasjonskontrollmaterialet skal tillates ført som bevis, til tross for den kildeavslørende effekten det kan ha, bør avgjøres med grunnlag i situasjonsbildet når saken er ferdig etterforsket. Først da er det mulig å vurdere med en viss sikkerhet om hensynene som

tilsier at materialet tillates ført som bevis er tilstrekkelig tungtveiende i forhold til hensynet til kildevernet - eller omvendt.»

Eventuelle begrensninger i adgangen til å bruke kildeavslørende bevis innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk, i andre tilfeller enn når unntakene etter straffeprosessloven § 125 tredje ledd er oppfylt, burde derfor etter departementets syn reguleres i bevisregler som måtte utredes i forbindelse med en mer helhetlig gjennomgåelse av straffeprosesslovens regler om bevis (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.8.3 side 162):

«Etter departementets vurdering tilsier det ovennevnte at eventuelle begrensninger i adgangen til å føre kildeavslørende materiale fra kommunikasjonskontroll eller romavlytting som bevis, bør reguleres gjennom bevisregler, og ikke indirekte gjennom regler om sletteplikt. Slik departementet ser det, må eventuelle begrensninger i bevisføringsadgangen for slikt materiale derfor utredes og sendes på høring i forbindelse med en mer helhetlig gjennomgåelse av straffeprosesslovens regler om bevis.»

10.4 Kort om NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Straffeprosessutvalget foreslår en ny innretning på reglene om bevisforbud og bevisfritak, jf. lovutkastet kapittel 8 og 9.

Kravet i gjeldende rett om at det må foreligge særlige grunner for å avlytte telefon som tilhører enkelte yrkesgrupper, og som den mistenkte antas å ville bruke til å ringe fra, videreføres i lovutkastet § 20-2 annet ledd punkt b, i en litt annen form («unntaksvis»).

Utvalget foreslår videre å utvide sletteplikten i gjeldende straffeprosesslov § 216 g til å omfatte opplysninger innhentet ved avlytting og datalesing som griper inn i kildevernet, jf. lovutkastet § 20-5. Se også spesialmerknaden til bestemmelsen i NOU 2016: 24 side 618.

Rammen for dette høringsnotatet tillater ikke en fullstendig redegjørelse for disse forslagene. Det vises derfor til NOU 2016: 24 og høringsuttalelsene som er publisert på regjeringen.no.

10.5 Departementets vurdering

Det gjelder i dag en rekke skranker i straffeprosessloven som begrenser adgangen til å etterforske medienes kilder. Adgangen til å rette etterforskningsmetoder mot en siktet som også er en pressekilde, vil dessuten måtte vurderes konkret etter straffeprosessloven § 170 a og EMK artikkel 10. Muligheten for å kunne bli identifisert av politiet som kilde, kan ha en negativ innvirkning på pressens informasjonstilfang. Dette må likevel veies opp mot samfunnets behov for å etterforske alvorlig kriminalitet, også selv om siktede skulle betro seg til pressen. Det sentrale er at de begrensningene loven oppstiller for etterforskning rettet mot pressen, innebærer at «potensielle kilder som hovedregel kan ha tillit til at pressen ikke pålegges å oppgi vedkommendes navn, og til at dette ikke røpes gjennom ransaking, beslag eller utleveringspålegg hos og mot pressen» (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.3 side 154). Det samme gjelder at tvangsmidler ikke brukes for å omgå pressens fritak fra forklaringsplikt om en kildes identitet (samme sted side 153).

Etter lovendringene i 2013, er spørsmål om behov for ytterligere endringer i disse reglene nært knyttet til en vurdering av om bevisreglene generelt er innrettet på en hensiktsmessig måte. Straffeprosessutvalgets utredning og de tilhørende

høringssvarene innebærer at departementet vil foreta en slik helhetlig gjennomgåelse av bevisreglene som ledd i arbeidet med ny straffeprosesslov.

11 Særskilt om spørsmålet om et etterforskningsforbud

11.1 Innledning

Det fremgår ikke av Stortingets anmodningsvedtak nr. 431 av 17. januar 2017 at regjeringen bes utrede et etterforskningsforbud. Justiskomiteens flertall sa seg «ikke uten videre enig i at det er naturlig å trekke paralleller til Sverige, da det er grunnleggende forskjeller i norsk og svensk rettssystem og rettstradisjon». Komiteens mindretall mente derimot at en slik sammenligning var naturlig, og viste til at det i Sverige er forbudt å etterforske mediens kilder (Innst. 155 S (2016–2017)). I representantforslaget som foranlediget innstillingen, gis det uttrykk for at et etterforskningsforbud bør vurderes i norsk rett (Dokument 8:102 S (2015–2016)). I høringen av NOU 2016: 24 har enkelte høringsinstanser tatt opp spørsmålet om et etterforskningsforbud.

Departementet har derfor funnet grunn til å behandle spørsmålet om det bør innføres et etterforskningsforbud i høringsnotatet her. Dette innebærer også en oppfølging av NOU 2011: 12, hvor behovet for et etterforskningsforbud ble utredet.

11.2 Gjeldende rett

Som vist i punkt 10 gjelder det i dag en rekke skranker i straffeprosessloven og etter EMK artikkel 10, som begrenser adgangen til å etterforske mediens kilder. Det oppstilles likevel ikke et forbud mot slik etterforskning. I oppfølgingen av Metodekontrollutvalgets utredning i NOU 2009: 15 uttalte departementet at et forbud mot å etterforske hvem som er kilde til journalistiske opplysninger ikke er ønskelig (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.3 side 154). Det ble også pekt på (samme sted) at Medieansvarsutvalgets flertall i NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag, ikke gikk inn for å lovfeste et forbud mot å etterforske hvem som er hjemmelsmann for opplysninger i media.

Departementet har også tidligere ment at det burde kunne foretas etterforskning både når kilden har gitt opplysninger om egne straffbare forhold, og når kilden har gitt taushetsbelagte opplysninger. Departementet har videre pekt på at det kan være viktig for etterforskningen av en straffesak å finne frem til et anonym kilde som et mulig vitne (Ot.prp. nr. 55 (1996–97) punkt 3.4 side 40:

«Fra pressehold er det også – ut fra hensynet til kildevernet – tatt til orde for et generelt forbud mot etterforskning av hvem som er kilder til opplysninger i konkrete saker. Dette vil bety at politiet heller ikke kan søke å finne kilden om det brukes andre fremgangsmåter enn spørsmål til eller beslag hos mediearbeidere. Departementet anser det klart at en slik regel ikke har noe for seg når kilden selv har begått straffbare handlinger. Både når vedkommende har gitt taushetsbelagte opplysninger og når vedkommende som anonym kilde har gitt opplysninger om sine egne straffbare handlinger, må det kunne foretas etterforskning når det skjer uten å kreve at mediearbeidere oppgir kilden i strid med kildevernet.

I andre tilfeller har det interesse for etterforskningen i en straffesak å finne frem til en anonym kilde som mulig vitne i saken. Et forbud som foreslått vil være til hinder for dette, også i en situasjon hvor man har søkt etter vitnet allerede før vedkommende gikk til pressen. Et forbud vil derfor åpne mulighet for at mulige vitner kan unndra seg sin

vitneplikt. Så langt det gjeldende kildevern strekker seg, er kilden beskyttet mot at pressen pålegges å oppgi hans navn, og mot at identiteten ellers røpes ved ransaking eller beslag hos pressen. Ut fra dette kan vedkommende ha den ønskede tillit til pressen. Departementet kan ikke se at dette tillitsforholdet - som det ut fra samfunnsmessige hensyn er ønskelig å opprettholde - blir nevneverdig rokket ved å fastholde adgangen til å etterforske saken på annen måte enn ved vitnepålegg, ransaking og beslag mot pressen.»

Departementet påpekte den gang at «potensielle kilder som hovedregel kan ha tillit til at pressen ikke pålegges å oppgi vedkommendes navn, og til at dette ikke røpes gjennom ransaking, beslag eller utleveringspålegg hos og mot pressen», men at muligheten for å på annen måte bli identifisert av politiet likevel kan ha «en viss negativ innvirkning på pressens informasjonstilfang» (Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.3 side 154). For tvangsmidler som unntaksvis kan rettes mot pressen, dersom mistenkte benytter et kommunikasjonsmiddel eller et lokale som tilhører pressen, jf. punkt 10.3.5.5, gjelder det en særlig streng forholdsmessighetsvurdering gjennom kravet om «særlige grunner». Men også for å rette tvangsmidler mot mistenkte (enten det er snakk om en pressemedarbeider eller en kilde), gjelder det etter straffeprosessloven § 170 a et krav om forholdsmessighet. I denne vurderingen vil det være relevant om formålet er å avdekke kildeavslørende informasjon, jf. ovenfor i punkt 10.6.3.4.

11.3 Nærmere om etterforskningsforbudet i svensk rett

Etterforskningsforbudet etter TF 3:4 og YGL 2:4 er beskrevet ovenfor i punkt 3.1.5.3. Utgangspunktet er at myndighetene ikke får etterforske hvem som er kilden eller forfatteren bak en ytring, i større utstrekning enn det som er nødvendig for tiltale eller annen sanksjon som ikke er i strid med ytringsfrihetsgrunnlovene. Der ytringsfrihetsgrunnlovene ikke stenger for tiltale eller sanksjon mot vedkommende, er nødvendig etterforskning med andre ord tillatt, men pressen vil fortsatt ha taushetsplikt hvis ikke også vilkårene for å gjøre unntak fra denne er oppfylt.

Et spørsmål departementet ikke har kunnet bringe klarhet i, er hvor langt etterforskningsforbudet rekker. De svenske ytringsfrihetsgrunnlovene er bygget opp med tanke på at det begås et lovbrudd i kraft av at en ytring fremsettes eller opplysninger meddeles til pressen. Spørsmålet er i hvilken utstrekning etterforskningsforbudet gjelder dersom ytringen som fremsettes er lovlig eller opplysningene er gitt til pressen på en lovlig måte, men kildens identitet er nødvendig for å oppklare en annen (straffbar) handling. Kilden kan for eksempel ha fortalt om lovbrudd som er begått eller som forberedes, enten av kilden selv eller av andre.

TF 3:4 slår fast at en myndighet eller et annet offentlig organ ikke får etterforske kildens identitet i større omfang enn det som er nødvendig for tiltale eller annen sanksjon som ikke står i strid med TF. Det følger av TF 1:3 og YGL 1:4 at ingen må straffes for misbruk av ytringsfriheten uten hjemmel i grunnloven. Det kan kanskje hevdes at etterforskning av straffbare handlinger kilden måtte ha begått, som ikke er relatert til selve informasjonsoverleveringen til pressen eller til straffbarheten av ytringer, må være tillatt etter grunnlovene. Slik etterforskning berører i utgangspunktet ikke grunnlovenes vern mot sanksjoner på grunn av bruk av ytringsfriheten, og kan hevdes ikke å gå utover «vad som erfordras för åtal eller annat ingripande mot honom som inte står i strid med denna förordning», jf. TF 3:4. Også

reelle hensyn kan tale for at etterforskning må være tillatt i slike tilfeller. Det ville fremstå som lite rimelig dersom en kriminell skulle kunne unndra seg strafforfølgning ved å fortelle pressen om egne lovbrudd. På den annen side kan det være nettopp gjerningspersonens kontakt med pressen som setter politiet på sporet av vedkommende, og som vil være gjenstand for etterforskningen. Dermed vil en slik etterforskning gripe inn i et kildeforhold som i utgangspunktet skal være vernet. Muligens må man skille mellom etterforskning av den straffbare handlingen mer generelt, og etterforskning av selve kontakten mellom journalist og kilde.

For så vidt gjelder en kilde som har vært vitne til kriminalitet, vil en etterforskning av kildens identitet ikke ha til formål å rette sanksjoner mot kilden. Det kunne i og for seg tale for at etterforskningen burde være lovlig. På den annen side vil kildens meddelelser til pressen klart være vernet av grunnlovene. Kilden kan ha gode grunner til å ville være anonym, for eksempel på grunn av en trussel om represalier fra kriminelle miljøer. Det har en verdi at kilder kan komme til pressen med informasjon om kriminalitet. Dermed må nok slike tilfeller anses omfattet av etterforskningsforbudet. Et annet spørsmål er om dette er uttrykk for en hensiktsmessig balanse mellom kryssende hensyn. Et slik forbud vil innebære at politiet kan være avskåret fra å finne frem til et avgjørende vitne i en alvorlig straffesak, selv om etterforskningen kan gjennomføres på måte som ikke krenker kildevernet etter EMK artikkel 10.

11.4 NOU 2011: 12 Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag

11.4.1 Innledning

Medieansvarsutvalget hadde i oppdrag å utrede behovet for et forbud mot etterforskning av mediens kilder. Et slikt etterforskningsforbud ville innebære at offentlige myndigheter ikke skal ha rett til å foreta undersøkelser for å finne en anonym kilde, forfatter, opphavsmannen e.l., eller bringe klarhet i hvem som ellers har bidratt til offentliggjøring. Dette ville bety at politiet heller ikke kan søke å finne kilden ved andre fremgangsmåter enn vitnepålegg, ransaking og beslag mot pressen. I et brev til Medieansvarsutvalget hadde Norsk Journalistlag anmodet om et straffesaksjonert etterforskningsforbud og foreslått følgende bestemmelse (NOU 2011: 12 punkt 12.6.2 side 142):

«§ 11 Etterforskningsforbud

Myndigheter og offentlige eller private foretak har ikke adgang til å etterforske hvem som er forfatter eller hjemmelsmann til redaksjonelt innhold som er publisert i medium som omfattes denne loven.»

Utvalget har delt seg i et flertall og et mindretall i spørsmålet om det bør innføres et forbud mot etterforskning av mediens kilder.

11.4.2 Flertallets syn

Flertallet tar utgangspunkt i at et «meddelarskydd» inspirert av svensk rett vil kunne legge til rette for en større grad av åpenhet. En slik beskyttelse vil kunne beskytte kilden selv og indirekte bedre pressens arbeidskår ved at mulighetene for å skaffe hemmelig eller sensitiv informasjon øker. På den annen side er det i

enkelte tilfeller legitime interesser i holde opplysninger hemmelig. Større åpenhet burde søkes på annen måte enn å legge til rette for brudd på taushetsplikten (NOU 2011: 12 punkt 12.6.1 side 141):

«En enda større åpenhet bør i første rekke skje gjennom å endre lovgivning om hemmelighold og taushetsplikt, snarere enn å bryte den. Problemet er i første rekke at lover er generelle, og ikke tar høyde for at hensynene som kan tilsi offentliggjøring i konkrete tilfelle kan veie tyngre enn hensynene i favør av hemmelighold. Særlig der det foreligger kritikkverdige forhold som har offentlighetens interesse, vil varsling være legitimt.»

Etter flertallets syn vil en regel som oppstiller et generelt etterforskningsforbud etter modell fra svensk rett, ikke uten videre passe inn i norsk rettstradisjon, jf. punkt 12.6.3 side 142:

«Én grunnleggende forskjell er at det i Sverige ikke har eksistert noen tradisjon hvor borgerne kan påberope prinsippet om ytringsfrihet til sin individuelle beskyttelse. Dermed har varslervern blitt ivaretatt gjennom medielovgivningen, og denne har vært en nødvendig forutsetning for slikt vern. Utgangspunktet i norsk rett er annerledes. Enhver borger er beskyttet av Grunnloven § 100. Det er ikke ytringsfriheten, men begrensninger i ytringsfriheten som må begrunnes. Som et prinsipielt utgangspunkt innebærer det at dersom hensynene i favør av offentliggjøring virkelig er de mest tungtveiende, vil offentliggjøring være lovlig - og grunnlaget for etterforskning faller bort. Deler av dette prinsipielle utgangspunktet er operasjonalisert gjennom bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven.»

Utvalget peker på at det følger av Ot.prp. nr. 84 (2005–2006) side 18 at lovgiver har gitt sin tilslutning til at varsling primært skal skje internt (sitert i NOU 2011: 12 punkt 12.6.3 side 142 til 143):

«Et sentralt moment i forhold til varsling er om det er tale om intern varsling, varsling til tilsynsmyndigheter eller varsling til media. Det ligger innenfor en arbeidstakers ytringsfrihet på en ryddig måte å ta opp kritikkverdige forhold med overordnede eller andre i virksomheten. Intern varsling vil bare helt unntaksvis kunne være i strid med lojalitetsplikten. Dette gjelder hvis saken tas opp på en helt utilbørlig måte og således skader samarbeidsklima og arbeidsmiljø uønskelig. Å varsle til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter vil også som hovedregel være lojalt. Dette gjelder i alle tilfeller hvis arbeidstaker har en lovfestet plikt til å varsle eller hvis arbeidstaker har en begrunnet mistanke om kritikkverdige forhold. Når det gjelder offentlig varsling, for eksempel varsling til media går adgangen til å ytre seg ikke like langt som ellers. Dette henger særlig sammen med at skadepotensialet er langt større ved offentlig varsling.»

Etter flertallets syn ville det komme i konflikt med denne tilnæringsmåten dersom medielovgivningen, gjennom å etablere et generelt etterforskningsforbud, gir så sterke incitament til offentlig varsling at det overskygger arbeidsmiljølovens system, der intern varsling skal være det primære. Flertallet legger til at eventuelle svakheter ved arbeidsmiljøloven bør utbedres innenfor rammene av denne loven. I den sammenheng påpeker flertallet at hensynet til lojalitet til bedriften og kravet om intern varsling kan synes å gå langt. Samfunnets interesse i at informasjon kommer frem, kan tilsi at varslervernet bør styrkes. Utvalgets erkjenner at det har vært diskusjon om de avveiningene arbeidsmiljøloven legger opp til når det gjelder varslingsreglene, men viser til at utvalgets oppgave primært er å ta systemhensyn i betraktning.

Flertallet oppsummerer sitt syn slik (NOU 2011: 12 punkt 12.6.3 side 143):

«Innenfor rammene av norsk rettstradisjon, forankret i borgernes umiddelbare adgang til å påberope Grunnloven § 100, og i lys av øvrig lovgivning, stiller utvalgets flertall seg tvilende

til om medielovgivningen er det naturlige utgangspunkt for å videreutvikle vernet av varsleres rettsstilling - i hvert fall på det nåværende tidspunkt.»

Videre viser flertallet i punkt 12.6.4 side 143 til at i norsk rettstradisjon har domstolene erfaring med å foreta skjønsmessige avveininger på ytringsfrihetens område, mens svensk rett er mindre fleksibel. Utvalget peker på at det svenske systemet innebærer at varslervernet, anonymitetsretten og etterforskningsforbudet i utgangspunktet gjelder for tradisjonelle medier, og ikke uten videre nettmedier. Synspunktet er at dersom man utvider ordningene til å gjelde alle nettmedier, vil det i for stor grad gå på bekostning av hensynene bak taushetspliktsregler.

Flertallet skriver at det svenske systemet for varslervern anses å være til hinder for en teknologinøytral medielovgivning med mindre man gjør vesentlige innskrenkninger i varslervernets materielle rekkevidde. På denne bakgrunnen konkluderer utvalgets flertall slik (NOU 2011: 12 punkt 12.6.4 side 143):

«Ved at norsk rett er mer fleksibel i anvendelsesfasen, er det mulig å lage teknologinøytrale regler. Utvalgets flertall mener dette er en målsetting det ikke er ønskelig å reonsere på, særlig i lys av at hurtig teknologiutvikling er et av de mest fremtredende kjennetegnene på mediesektoren. Reglens fleksibilitet gjør det mulig å opprettholde et bredt saklig virkeområde for bestemmelsene om kildevern fordi vernets intensitet kan avpasses i forhold til hva slags medium som er involvert, jf. særlig avsnitt 12.4.6 foran. Et generelt etterforskningsforbud vil gjøre det nødvendig å innskrenke kildevernreglens saklige virkeområde.»

Utvalgets flertall viser også til at avveiningsnormen som kjennetegner norske bestemmelser om kildevern, gjør det vanskelig å innføre et generelt forbud mot å etterforske hvem som er hjemmelsmann til opplysninger i media.

Medieansvarsutvalgets flertall legger til grunn at man måtte gjøre unntak fra et eventuelt etterforskningsforbud i samme omfang som det gjøres unntak fra selve kildevernet. Flertallet skriver (NOU 2011: 12 punkt 12.6.5 side 143 til 144):

«En slik parallellitet kan lede til et press mot pressens kildevern av to grunner: For det første vil lemping av kildevernet være en forutsetning for å innlede etterforskning. Dersom kildevern også sammenfaller med et etterforskningsforbud, veier hensynene i favør av å gjøre unntak i retten til kildevern tyngre enn tidligere. For det andre er utfallet av avveiningen usikker, slik at det ofte kan være behov for en rettslig avklaring. Det er uheldig både fordi det øker prosessuelle kostnader og byrder, og fordi det i økende grad kan lede til at påtalemyndighetene, uten egentlig å ønske det, i større grad enn før vil trekke mediene inn for domstolene.»

På bakgrunn av de ovennevnte betraktningene går utvalgets flertall ikke inn for et forbud mot å etterforske hvem som er hjemmelsmann for opplysninger i media, jf. punkt 12.6.6 side 144.

11.4.3 Mindretallets syn

Mindretallet går inn for et etterforskningsforbud i kildevernsaker i samsvar med forslag fra Norsk Redaktørforening og Norsk Journalistlag og svensk rett. Forbudet vil innebære at verken domstol, politi eller andre myndigheter kan foreta undersøkelser for å finne en anonym kilde. Mindretallet mener dette vil være en naturlig konsekvens av deres forslag om et absolutt kildevern (NOU 2011: 12 punkt 12.9 side 148 til 150).

«Et generelt etterforskningsforbud vil gå lenger enn dagens kildevernbestemmelser, og således skape en dissonans i lovverket. Hvis man derimot etablerer et absolutt kildevern, vil et etterforskningsforbud harmonere med dette og være en naturlig konsekvens.»

11.4.4 Høringsinstansenes syn

Norsk Redaktørforening tar til orde for at det bør innføres forbud mot at både offentlige og private aktører iverksetter etterforskning med sikte på å avdekke pressens kilder:

«Unntak fra et slikt etterforskningsforbud bør eventuelt bare gjelde for politiets etterforskning av forbrytelser mot rikets sikkerhet, jf straffeloven kapittel 8, eller i tilfeller hvor det er nødvendig for å avverge rettstridige angrep på noens liv og helbred. Slik etterforskning bør videre være betinget av forutgående kjennelse fra retten, hvor vedkommende redaktør gis alminnelige partsrettigheter eller – der hvor det er strengt nødvendig av hensyn til etterforskningen at vedkommende redaktør ikke underrettes – skal ha sine rettigheter varetatt på tilsvarende måte som for mistenkte etter regelen i straffeprosessloven § 100 a.»

NRK og *TV2* har uttalt at de støtter disse betraktningene.

Norsk Redaktørforening kan ikke se at det finnes avgjørende argumenter mot de ovennevnte forslagene. Foreningen kjenner ikke til tilfeller fra moderne tid hvor det ville ha vært nødvendig å avsløre pressens kilder for å kunne ivareta andre grunnleggende samfunnshensyn. Tvert om viser praksis etter høringsinstansens syn, at kildevernet i all hovedsak håndheves strengt i de tilfeller hvor myndighetene ønsker informasjon om kildenes identitet.

Redaktørforeningen mener at det derfor er flere gode grunner til at foreningens forslag er nødvendig for å sikre reelt kildevern og ytrings- og informasjonsfrihet. For det første har man erfart flere tilfeller hvor myndighetene har iverksatt tiltak for å avsløre pressens kilder, i situasjoner hvor det etter redaktørforeningens syn ikke var rettmessig. For det andre peker Redaktørforeningen på at det er umulig for pressen å vite om slikt skjer i større utstrekning enn det som er kjent, all den tid politiet og PST har fullmakter til blant annet kommunikasjonskontroll, i henhold til hjemler som innebærer at de berørte ikke får kunnskap om det.

Andre høringsinstanser som har tatt til orde for et etterforskningsforbud er *Fagpressen*, *Mediebedriftenes landsforening*, *Norsk Journalistlag*, *Norsk presseforbund* og *TV2*.

Riksadvokaten er imidlertid, som eneste høringsinstans, av den klare oppfatning at det ikke bør innføres forbud mot at politiet, på annen måte enn gjennom forklaring fra den som kan påberope seg kildevernet, etterforsker hvem som er kilde til en opplysning:

«Særlig gjelder det der det er mistanke om at kilden har begått et straffbart forhold, men [det] gjelder i prinsippet også der kilden kan være et viktig vitne i straffesak. Etter riksadvokatens mening vil det være direkte støtende dersom man ikke på vanlig måte skal kunne etterforske mulig brudd på taushetsplikten (som også kan være begått av polititjenestemenn), utelukkende fordi den som har mottatt opplysningen er journalist e.l.

I denne sammenheng nevnes at riksadvokaten med bekymring registrerer pressens til dels ukritiske bruk av opplysninger den åpenbart har fått tilgang til via brudd på taushetsplikt, og i oppslag som i mange tilfeller vanskelig sies å ha nevneverdig interesse for samfunnsdebatten. Det er ikke nødvendigvis opplagt at formidling av slike opplysninger bør skje straffritt, og riksadvokaten antar at en nærmere vurdering av dette spørsmål vil tvinge seg fram med utgangspunkt i erfaringene etter 22/7. Dette spørsmål blir særlig aktuelt dersom

metodekontrollutvalgets forslag om å innføre en generell lovbestemt og straffsanksjonert taushetsplikt for advokater, om straffesaksopplysninger, blir vedtatt (se NOU 2009:15 kapittel 29).»

11.5 NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Straffeprosessutvalget drøfter ikke spørsmålet om et særskilt forbud mot å etterforske mediens kilder. Som nevnt i punkt 11.1 tar likevel flere *høringsinstanser* fra pressen til orde for lovendringer med utgangspunkt i svenske regler, herunder et forbud mot å etterforske hvem som er mediens kilder. Dette gjelder blant annet *Norsk Journalistlag*, *Norsk Presseforbund*, *Norsk Redaktørforening* og *NRK*. *Norsk redaktørforening* uttaler at utviklingen de siste årene har medført behov for et sterkere kildevern, herunder et etterforskningsforbud:

«Den utviklingen vi har sett de siste årene, hvor utvidede fullmakter for politiets etterforskning, kombinert med ny teknologi, har satt kildevernet under stadig sterkere press. Bare vissheten om en kontakt med en journalist eller redaktør kan utløse etterforskning fra myndighetenes side er – i dagens teknologiske og rettslige virkelighet – et klart bidrag til en nedkjølende effekt på tilgangen til viktige kilder. Vi viser igjen nyere rettspraksis, blant annet Rt. 2015 s 1286. Erfaringen viser også at politi og påtalemyndighet har store vanskeligheter med å etterkomme de prosessuelle bestemmelser som gjelder ved ransaking og beslag rettet mot redaksjonelle medarbeider og redaksjoner. Det skaper igjen en utrygghet hos potensielle kilder som bidrar til å uttørke tilgangen på disse. Særlig vil det gjelde i saker hvor det å bli avslørt kan utgjøre en reell fare for liv og helse for de sammen kildene.»

11.6 Departementets vurdering

Etter departementets syn er det ikke grunnlag for å innføre et etterforskningsforbud i norsk rett. Departementet viser til vurderingene som fremgår i Prop. 147 L (2012–2013) punkt 8.5.4 på side 154. Det vises også til Medieansvarsutvalgets flertalls syn på et etterforskningsforbud, som redegjort for i punkt 11.4.2. Videre vises det til tidligere vurderinger av dette spørsmålet, som i det vesentlige tiltres også i dag (Ot.prp. nr. 55 (1996–97) punkt 3.4 side 40):

«Fra pressehold er det også – ut fra hensynet til kildevernet – tatt til orde for et generelt forbud mot etterforskning av hvem som er kilder til opplysninger i konkrete saker. Dette vil bety at politiet heller ikke kan søke å finne kilden om det brukes andre fremgangsmåter enn spørsmål til eller beslag hos mediearbeidere. Departementet anser det klart at en slik regel ikke har noe for seg når kilden selv har begått straffbare handlinger. Både når vedkommende har gitt taushetsbelagte opplysninger og når vedkommende som anonym kilde har gitt opplysninger om sine egne straffbare handlinger, må det kunne foretas etterforskning når det skjer uten å kreve at mediearbeidere oppgir kilden i strid med kildevernet.

I andre tilfelle har det interesse for etterforskningen i en straffesak å finne frem til en anonym kilde som mulig vitne i saken. Et forbud som foreslått vil være til hinder for dette, også i en situasjon hvor man har søkt etter vitnet allerede før vedkommende gikk til pressen. Et forbud vil derfor åpne mulighet for at mulige vitner kan unndra seg sin vitneplikt. Så langt det gjeldende kildevern strekker seg, er kilden beskyttet mot at pressen pålegges å oppgi hans navn, og mot at identiteten ellers røpes ved ransaking eller beslag hos pressen. Ut fra dette kan vedkommende ha den ønskede tillit til pressen. Departementet kan ikke se at dette tillitsforholdet - som det ut fra samfunnsmessige hensyn er ønskelig å opprettholde - blir nevneverdig rokket ved å fastholde adgangen til å etterforske saken på annen måte enn ved vitnepålegg, ransaking og beslag mot pressen.»

Departementet er videre enig i riksadvokatens høringsuttalelse til NOU 2011: 12, som gir uttrykk for at det ikke bør innføres et forbud mot at politiet på annen måte enn gjennom forklaring fra den som kan påberope seg kildevernet, etterforsker hvem som er kilde til en opplysning, se punkt 11.4.4.

«Særlig gjelder det der det er mistanke om at kilden har begått et straffbart forhold, men gjelder i prinsippet også der kilden kan være et viktig vitne i straffesak. Etter riksadvokatens mening vil det være direkte støtende dersom man ikke på vanlig måte skal kunne etterforske mulig brudd på taushetsplikten (som også kan være begått av polititjenestemenn), utelukkende fordi den som har mottatt opplysningen er journalist el.l. I denne sammenheng nevnes at riksadvokaten med bekymring registrerer pressens til dels ukritiske bruk av opplysninger den åpenbart har fått tilgang til via brudd på taushetsplikt, og i oppslag som i mange tilfeller vanskelig sies å ha nevneverdig interesse for samfunnsdebatten. Det er ikke nødvendigvis opplagt at formidling av slike opplysninger bør skje straffritt, og riksadvokaten antar at en nærmere vurdering av dette spørsmål vil tvinge seg fram med utgangspunkt i erfaringene etter 22/7. Dette spørsmål blir særlig aktuelt dersom metodekontrollutvalgets forslag om å innføre en generell lovbestemt og straffsanksjonert taushetsplikt for advokater, om straffesaksopplysninger, blir vedtatt (se NOU 2009:15 kapittel 29).»

De som ønsker et etterforskningsforbud viser gjerne til svensk rett. Etter departementets syn er det generelt ikke hensiktsmessig å innføre et system tilsvarende det svenske, jf. punkt 4. Dette gjelder spesielt etterforskningsforbudet, hvor det er uklart både hvor godt de svenske reglene fungerer og hvor langt forbudet rekker, jf. punkt 11.3. Medieansvarsutvalgets mindretall mener at et etterforskningsforbud vil harmonere med et absolutt kildevern. Som det fremgår ovenfor under punkt 6.5.1, går imidlertid ikke departementet inn for et absolutt kildevern. Heller ikke i svensk rett er kildevernet absolutt.

Et eventuelt etterforskningsforbud i norsk rett måtte ha vært søkt avgrenset på en tydelig og hensiktsmessig måte for å unngå uklarheter og urimelige konsekvenser. Et helt generelt etterforskningsforbud ville i ytterste konsekvens kunne blitt misbrukt av kriminelle, som kunne betrodde seg til pressen om egne straffbare forhold i et forsøk på å hindre etterforskning. Selv om forbudet skulle hatt unntak for alvorlig kriminalitet, har det lite for seg å beskytte kriminelle som kun har som formål å unndra seg strafforfølgning, utover den beskyttelsen kildevernet gir. Det kan vises til for eksempel EMDs dom i saken Stichting Ostade Blade mot Nederland (sak 8406/06). Saken omhandlet som nevnt i punkt 10.3.6 ransaking av et magasins redaksjonslokale med tilhørende beslag i dokumenter som ledd i etterforskningen av flere bombesprengninger. EMD la til grunn at kildens formål med å gi informasjon til pressen var å skaffe seg anonymitet for å unngå eget straffansvar for de alvorlige handlingene. Også et slikt tilfelle bør antakelig anses omfattet av kildevernet. Etter departementets syn må det likevel være adgang til å etterforske kildens identitet i slike tilfeller, med de begrensninger som følger av kildevernet i straffeprosessloven og EMK artikkel 10.

Et eventuelt forbud måtte derfor ha vært avgrenset til å etterforske selve det å ytre seg i eller til pressen, eller den direkte foranledningen til dette. Slik må muligens det svenske etterforskningsforbudet forstås, men som vist i punkt 11.3 kan en slik avgrensning være vanskelig å anvende i praksis.

Det måtte også ha vært gjort unntak for lovbrudd som tilsvarende de svenske *meddelarbrotten* og *brottskatalogen* etter eneansvaret. Det kan imidlertid være rimelig og i tråd med EMK artikkel 10 å etterforske identiteten til en kilde også

ved andre alvorlige lovbrudd. Det samme kan etter omstendighetene gjelde ved mindre alvorlig kriminalitet, for eksempel ved rettsstridig formidling av personsensitive opplysninger eller brudd på konfidensialitets- eller taushetspliktbestemmelser. Dersom myndighetene skulle vært helt avskåret fra å etterforske en kildes identitet i et gitt tilfelle, kunne det skapt risiko for brudd på statens forpliktelse til å ivareta andre individuelle forpliktelser, for eksempel den enkeltes krav på vern om privatlivet etter EMK artikkel 8.

På denne bakgrunn antar departementet at det nok ville ha vært behov for mer skjønnsmessige unntak fra et eventuelt forbud, enn det svensk rett synes å åpne for. Det kunne kanskje ha vært utformet unntak for tilfeller hvor tungtveiende samfunnsinteresser med klar interesseovervekt oppveide de hensyn som kan begrunne forbud. En lignende avveining vil imidlertid allerede følge av Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 og dermed være del av rettens vurdering av om tvangsmiddelbruk kan tillates i det enkelte tilfellet, herunder om det vil være forholdsmessig etter straffeprosessloven § 170 a.

Et etterforskningsforbud ville dessuten kunne rammet undersøkelser som tar sikte på å identifisere vitner. Det kan dreie seg om vitner som meddeler opplysninger om lovbrudd som er eller kommer til å bli begått, og hvor etterforskning av kildens identitet vil være nødvendig for å oppklare eller avverge lovbruddet. Det ville etter departementets syn kunne ført til urimelige resultater dersom en i slike tilfelle ikke kunne foretatt etterforskningsskritt innenfor rammen av EMK artikkel 10.

Selv om en kilde kan mistenkes for en straffbar handling, vil kildevernet etter gjeldende rett som hovedregel sperre mot å pålegge pressen en forklaringsplikt om kildens identitet og mot å ta beslag i kildeavslørende opplysninger, jf. over i punkt 10.3.1 og 10.3.2. I tillegg vil bruk av skjulte tvangsmidler rettet mot pressen normalt være avskåret av ulike skranker i straffeprosessloven, jf. særlig punkt 10.3.5.2 og 10.3.6.4 over. Innenfor disse rammene, straffeprosessloven § 170 a og EMK artikkel 10 vil det likevel kunne foretas andre etterforskningsskritt. Det kan for eksempel dreie seg om undersøkelser av datasystemer ved den organisasjonen en lekkasje stammer fra, ransaking hos den antatte gjerningspersonen eller avhør av vitner som har noe å forklare om saken.

Et etterforskningsforbud ville være en fremmed modell i norsk rett. I tillegg kommer de ulempene og utfordringene som er beskrevet over. I den grad det er behov for ytterligere skranker i adgangen til å etterforske anonyme kilder, jf. ovenfor i punkt 10.5, bør antakelig disse utformes på samme måte som andre begrensninger i reglene om etterforskning og metodebruk. Det foreslås etter dette ikke et etterforskningsforbud i norsk rett.

12 Økonomiske og administrative konsekvenser

Forslaget antas ikke å ha økonomiske eller administrative konsekvenser av betydning. Eventuelle merutgifter vil dekkes innenfor gjeldende budsjettammer.

13 Samlet forslag til endring

13.1 Straffeprosessloven

Straffeprosessloven § 125 foreslås endret slik:

Ingen har plikt til å svare på spørsmål om hvem som er kilde til noe som er betrodd dem i deres [journalistiske virke] [virke for medier som omfattes av lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte medier, eller i annet journalistisk virke]. Det samme gjelder spørsmål om hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke, samt spørsmål som er egnet til å identifisere kilden eller opphavspersonen.

Samme rett har andre som har fått kjennskap til kilden eller opphavspersonen gjennom sitt arbeid i tilknytning til virke som nevnt i første ledd.

Dersom det er strengt nødvendig at de hensyn som begrunner kildevernet viker for en annen vesentlig samfunnsinteresse, kan vitnet likevel pålegges å svare.

Når svar gis, kan retten beslutte at det bare skal gis til retten og partene i møte for lukkede dører og under pålegg om taushetsplikt.

Bestemmelsens femte ledd kan i denne utformingen oppheves.

13.2 Tvisteloven

Tvisteloven § 22-11 foreslås endret slik:

Ingen har plikt til å gi tilgang til bevis om hvem som er kilde til noe som er betrodd dem i deres [journalistiske virke] [virke for medier som omfattes av lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte medier, eller i annet journalistisk virke]. Det samme gjelder bevis for hvem som er opphavsperson til noe som er publisert som ledd i et slikt virke, samt bevis som er egnet til å identifisere kilden eller opphavspersonen.

Samme rett har andre som har fått kjennskap til kilden eller opphavspersonen gjennom sitt arbeid i tilknytning til virke som nevnt i første ledd.

Dersom det er strengt nødvendig at de hensyn som begrunner kildevernet viker for en annen vesentlig samfunnsinteresse, kan vitnet likevel pålegges å gi tilgang til beviset.