

SCHJØDT

MED BUD

Oslo tingrett
Postboks 8023 Dep
0030 Oslo

Oslo, 2. juli 2015
Ref.: #301063-507-4259505.1

PROSESSKRIFT

til

BORGARTING LAGMANNNSRETT

Sak nr.: Oslo tingretts sak nr 15-095059ENE-OTIR/05

Påtalemyndigheten: PST, Retts- og påtaleseksjon
v/politiadvokat Per Niklas Hafsmoe
Postboks 4773 Nydalen
0421 Oslo

mot

Ulrik Imtiaz Rolfsen
Prestegårdsveien 45
0851 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Kim Gerdts,
Advokatene Brodtkorp & Gerdts
Grensen 18
0159 Oslo

Amicus curiae: Norsk Redaktørforening
Rådhusgata 17
0158 Oslo

Prosessfullmektig: Advokatfirmaet Schjødt AS
v/ advokat Vidar Strømme
Postboks 2444 Solli, 0201 Oslo

1. INNLEDNING

Undertegnede representer Norsk Redaktørforening, og vil med dette inngi skriftlig innlegg i saken etter tvisteloven § 15-8 (1). Vi har benyttet forarbeidenes navn på denne posisjonen, "amicus curiae".

Norsk Redaktørforening har etter § 2 i sine vedtekter blant annet følgende formål og oppgaver:

"Norsk Redaktørforenings overordnede mål er å verne om ytringsfriheten og trykkefriheten som rettsstatens og demokratiets grunnpilarer. Massemediene er det åpne samfunns arena for fri informasjon, samfunnskritikk og debatt. (...) For å virkeliggjøre dette har Norsk Redaktørforening (NR) som formål å (...) fremme den fulle informasjonsfrihet og ytringsfrihet, og verne om offentlighetsprinsippet, prinsippet om frihet fra sensur og anonymitetsretten."

Bilag 1: Vedtekter for Norsk Redaktørforening

I noen ganske få rettsaker som har vært ansett som spesielt viktige, har Norsk Redaktørforening erklært partshjelp etter § 15-7 eller inngitt skriftlig innlegg etter § 15-8. Dette har vært tillatt av domstolene, og i den første av disse sakene uttalte Høyesterett at tvistelovens bestemmelser måtte anvendes *analogisk* i straffesaker, jf. Rt 2010 side 1150. I denne saken har vi foreløpig funnet det tilstrekkelig å inngi skriftlig innlegg.

Ransakingen og beslaget som er foretatt i denne saken, er av en slik art at foreningens verdier utfordres på helt grunnleggende måte.

Ikke siden "listesaken" i 1977 og den senere "Ikkevoldsaken" har ordinært politi foretatt denne form for anslag mot journalister. I mellomtiden har det vokst frem en forståelse for at pressens funksjon er så viktig at denne typen ransaking og beslag i praksis ikke bør forekomme. Den rettslige forståelsen av hva "*chilling effect*" innebærer, er vesentlig styrket. PST (den gang POT) har riktignok senere foretatt slik ransaking, i 1999 mot journalisten Viksveen som var mistenkt for å spionere til fordel for DDR under navnet "Lanze". Saken ble senere henlagt.

Vi har også merket oss at det ifølge embetslederen i PST ikke er noe spesielt ved Rolfsens rolle som gjorde ransaking og beslag mer nærliggende. Alle norske redaksjoner vil i tilsvarende situasjoner oppleve slik bruk av tvangsmidler. Vi er således vitne til en endring i påtalemyndighetens holdninger som bærer bud om fremvekst av et overvåkingssamfunn som ikke er forenelig med en liberal rettsstat. Vi fremlegger et eksempel på presseuttalelse om dette som:

Bilag 2: Aftenposten (NTB) 10. juni 2015 "Embetsleder forsvarer beslag.."

I det følgende vil vi først, i avsnitt 2 nedenfor, understreke to grunnleggende hensyn som ikke er kommet tilstrekkelig frem i saken til nå. For det *første* er betydningen av inngrepets "*chilling effect*" vektlagt altfor lite. I tingrettens kjennelse på side 8 er det nevnt at Rolfsens fremtidige arbeid kan bli vanskeliggjort, men det er ikke observert at kjennelsen innebærer at *norske medier heretter vil miste tillit hos kilder som har informasjon innen det felt hvor PST har sitt virke*. Om kjennelsen blir stående, vil kilder på dette området kunne komme til å anse norske medier som politiets

forlengede arm. Den negative effekt av dette må være mye større enn den ulempen det representerer for PST at man ikke får tilgang til en film av ukjent innhold.

Det *andre* vi vil fremheve, er at de argumenter som eventuelt måtte tale *for* en utlevering, ikke er *konkret* vurdert. Det kan ikke generelt utelukkes at man kan stå overfor så viktige mothensyn at også kildevernet må vike. Det er imidlertid ikke konkret vurdert i kjennelsen. Det eneste som er trukket frem er straffeбудenes *generelle* alvor og strafferamme, jf. side 11. Spørsmålet om bevisenes konkrete betydning, har retten overlatt til politiet. Dette fremkommer dessuten eksplisitt på side 5 i kjennelsen, hvor retten uttaler at den ikke skal foreta "*en relevansvurdering*", og av det faktum at retten ikke har sett gjennom bevisene. De straffebestemmelsene det dreier seg om, tilhører nyere "*terrorlovgivning*". Denne lovgivningen kjennetegnes av høye strafferammer, men også av en strafflegging av *forberedelseshandlinger* i større grad enn i tradisjonell lovgivning. Subjektive formål mv vil også typisk være mer fremtredende, og resultatet er en sterk utvidelse av temaer som *kan* bli gjenstand for bevisførsel etter strpl. § 203 og derfor i prinsippet begrunne ransaking og beslag i vid utstrekning.

Denne utviklingen krever at domstolene utøver en sterk kontroll med bruken av tvangsmidler. Det er ikke akseptabelt at viktige sider av pressefriheten undergraves gjennom denne form for generelle virkemidler, under dekke av en kamp mot terror.

I avsnitt 3 vil vi så utfylle de rettslige spørsmålene noe mer. Et hovedpoeng her er at det har vært en sterk *utvikling* i rettstilstanden, slik at mange av de avgjørelser som har vært fremhevet til nå neppe har særlig vekt. Dessuten er den *konkrete avveiningen* som er etterlyst ovenfor, helt sentral etter både EMK artikkel 10 og strpl. § 125.

2. NÆRMERE OM DE GRUNNLEGGENDE HENSYN

2.1 Innledning og oversikt

I dette avsnitt sies først noe om hva som er relevant etter bestemmelsene, og hvordan vektingen skal gjøres, før selve momentene behandles i de neste underavsnitt.

Som vi kommer tilbake til nedenfor under avsnitt 3, er det i lys av ny rettspraksis ikke tvil om at EMK artikkel 10 kommer til *anvendelse*. Det synes også tingretten å ha lagt til grunn, selv om det ikke er uttalt helt eksplisitt. Derved er imidlertid saken ikke avgjort. Det må også vurderes om bestemmelsen er overholdt eller om den er *brutt*. Bestemmelsen inneholder i første ledd et forbud knyttet til et (meget vidt) anvendelsesområde, og i annet ledd kriteriene for når inngrep kan skje. Dette er knyttet til en proporsjonalitetsvurdering; inngrep må være "*nødvendig i et demokratisk samfunn*" av de grunnene som er nevnt i bestemmelsen. Artikkel 10 er bygget opp i to ledd som de andre klassiske rettighetene, og tyngdepunktet ligger på annet ledd – nødvendighetsvurderingen. Det anføres at tingretten ikke har foretatt en riktig vurdering, og ikke tilstrekkelig konkret.

Bestemmelsen har visse likhetstrekk med strpl. § 125 (og den tilsvarende tvisteloven § 22-11), ved at også denne inneholder et innledende forbud i første ledd, og en hjemmel for inngrep ved "*vektige samfunnsinteresser*" i tredje ledd. Som ved EMK artikkel 10, må det være temmelig sikkert at også § 125 får *anvendelse* også *overfor en filmskaper*, jf. "*edderkopsaken*" i Rt 1992 side 39.

Dernest oppstår spørsmålet om strpl. § 125 også får *anvendelse* gitt *informasjonens innhold*; gjelder den også "*upublisert materiale*", hvor det angivelig bare er "*kjent kilde*"? Den *faktiske* side av

spørsmålet er hvilket grunnlag retten har for å trekke en slik konklusjon. Vi kan ikke forstå hvordan man kan danne seg en sikker oppfatning om dette. Dette har sakens parter bedre grunnlag for å drøfte, vi har ikke hatt tilgang til sakens konkrete fakta. Vi kan bare konstatere at oppfatningen om at kilden er kjent så langt ikke synes å være særlig begrunnet og at slutningen ser tvilsom ut. Vi har også vansker med å forstå hva man mener med en kilde til noe som *ikke* er publisert.

Rettslig er det uansett på det rene at *EMK artikkel 10* beskytter mot utlevering av denne type informasjon. Det er ikke slik at EMD har "gradert" vernet mot inngrep ut fra slike klassifiseringer, jf. tingrettens kjennelse side 11 øverst. Etter *EMK artikkel 10* skal det skje en konkret nødvendighetsvurdering. Det avgjørende er da ikke om opplysningene kan klassifiseres som "kjent kilde", "ukjent kilde", "upublisert materiale" eller annet – men om en *utlevering reelt sett er nødvendig etter en avveining*. *EMK artikkel 10* er en helt generell bestemmelse om vern av ytringsfriheten som ikke opererer med disse klassifiseringene.

Vi har merket oss at PST i begjæringen av 9. juni 2015 uttaler at:

"I den grad Rolfsen er beskyttet av denne [EMK artikkel 10], er det nærliggende å legge til grunn at momentene i unntaksreglene etter § 125 tredje ledd må brukes analogisk. Spørsmålet blir da om vektige samfunnsinteresser tilsier at beslaget skal opprettholdes".

Dette innebærer i praksis at dersom man kommer til at artikkel 10 får anvendelse, så legger man også den norske rettspraksis og forståelse av "terskelen" etter § 125 tredje ledd inn i "nødvendighetskjettingen" etter artikkel 10, man så og si kombinerer eller legger sammen artikkel 10 annet ledd og § 125 tredje ledd. En slik systematikk har atskillig for seg, og i motsetning til PST er vi av den oppfatning at artikkel 10 faktisk *får* anvendelse. Retten slipper da de mer formelle spørsmål om "kjent kilde" mv, og kan gå direkte til avveiningen.

Høyesterett har tidligere anvendt en liknende systematikk ved konflikt mellom norske ytringsregler og *EMK artikkel 10*. I Rt 2003 side 593 var spørsmålet om forbudet mot fotografering av siktede i domstolloven § 131 a kunne opprettholdes i en konkret situasjon. TV 2 hadde vist en sekvens hvor den domfelte i Baneheia-saken opptrådte på en annen måte enn hva forsvareren hadde hevdet. Forbudet kunne da ikke opprettholdes, og Høyesterett valgte den modell at begrensningene i artikkel 10 ble *tolket inn i den norske bestemmelsen*, jf. avsnitt 64, hvor det ble uttalt at fotograferingen måtte:

"...være tillatt ut fra den begrensning som må legges inn i § 131 a første ledd annet punktum etter EMK artikkel 10 nr. 2."

Det er et grunnleggende prinsipp at norsk rett skal presumeres å være i overensstemmelse med folkeretten. På dette feltet har dessuten *EMK* forrang og skal gis direkte anvendelse, og domstolene skal benytte samme metode som EMD, jf. for eksempel Høyesterett i "Dobbelstraff I", Rt 2002 side 557. § 125 må fortolkes i overensstemmelse med artikkel 10, slik at det som kan kreves beslaglagt innskrenkes tilsvarende.

Løsningen må altså etter dette bli at retten *både* må se hen til EMDs praksis etter *EMK artikkel 10*, og Høyesteretts praksis etter strpl. § 125. Retten må "*strike a balance*" mellom de to vektskålene, og i de to neste underpunkter sies det noe om hva som etter vår syn befinner seg på hver side i avveiningen.

Innledningsvis nevnes også at de to vektskålene har forskjellig vekt i utgangspunktet. Det er en presumsjon for at man ikke skal pålegge utlevering eller forklaring. I engelsk språkdrakt er det uttrykt ved at det må påvises en "overriding requirement" for utlevering om det skal tillates.

2.2 Den ene vektskålen - "Chilling effect"

2.2.1 Det reelle argumentet –informasjonsflyten vil tørke inn

Kildevernet er ikke til for mediens del, men for samfunnets. Poenget med betraktningen er at mediene må ha kilders og publikums tillit, for at journalistikken skal fylle sin funksjon. Om kilder og publikum har grunn til å frykte at materiale som gis i fortrolighet i stedet tilflyter politiet, vil informasjonsflyten stoppe opp. Ifølge Høyesterett er denne negative effekt i alminnelighet viktigere enn politiets ønske om oppklaring av en enkelt sak.

Denne "chilling effect" har ofte vært ansett som en noe abstrakt størrelse, ikke minst fordi det også er tale om en langvarig og lite målbar effekt. De som sitter nær en etterforskning vil typisk være mest opptatt denne etterforskningen, mens en "chilling effect" kan fortone seg fjernt. Det krever også en viss innlevelse i mediens forhold for å forstå at selv en tendens til en slik effekt vil ha stor betydning. Det er stor forskjell mellom å ha "tillit" og "nesten tillit" til mediene. I Norge har det typisk vært Høyesterett som har lagt stor vekt på betraktningen, og mest i de senere år. Det er god grunn til å fremheve "runesteinsaken" inntatt i Rt 2010 side 1381 som et av de beste eksempler på en slik vurdering.

I "runesteinsaken" hadde en person i et kommentarfelt på nett oppgitt å ha funnet en lesbar runestein fra vikingtiden på sin eiendom, og at han hadde solgt denne på Ebay. Etter beskrivelsen var dette det mest spektakulære og viktigste fornminne i nyere tid. For myndighetene gjaldt det å finne runesteinen, og dessuten straffe selgeren for alvorlig kriminalitet. Det avgjørende var å finne personen, og det var ikke tvil om at det var det helt avgjørende skritt. Høyesterett fant imidlertid at hensynet til å ha en fungerende presse, var viktigere enn å oppklare forbrytelsen og finne steinen, jf. avsnitt 62:

"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."

Avgjørelsen er i sin helhet svært viktig for vår sak.

I vår sak vil en utlevering ha den effekt at informasjonsflyten til mediene og andre som driver tilsvarende undersøkelser, mer eller mindre vil tørke inn. Det er selvsagt ikke bare Rolfsen som vil merke dette, slik tingrettens kjennelse forutsetter.

Mediene og PST interesserer seg i stor grad for de samme aktuelle temaene; radikaliserings av ungdommer, "fremmedkrigere", undergravende virksomhet og terror, samt konflikter mellom folkegrupper og religioner i Norge og andre steder. På mange måter inneholder dette området de aller viktigste og mest aktuelle temaene i vår tid. Det er ikke slik at PST er alene om å fremskaffe

informasjon om slike hendelser, mediernes funksjon er selvsagt helt avgjørende for at vårt samfunn skal takle utfordringene. Om mediernes informanter skremmes til taushet, antar vi for øvrig at PST i neste omgang vil lide under det.

Området er dessuten uvanlig *sensitivt*. Det sier seg selv at personer som på en eller annen måte er deltaker i slike hendelser, ikke vil våge å ha kontakt med journalister som kan tenkes å fungere som politiets forlengede arm.

Effekten forsterkes ved at PST offentlig uttaler at slike beslag kan også andre redaksjoner vente seg. Især gjelder dette når fremgangsmåten kombineres med PSTs helt generelle og overfladiske angivelser av hvorfor man ønsker bevisene utlevert, jf neste underpunkt.

PSTs fremgangsmåte har en "*chilling effect*" helt uten sidestykke i nyere norsk historie.

2.2.2 Noe om vekten og rekkevidden av argumentet; etter folkeretten *tungtveiende og videre anvendelsesområde*

I kjennelsen er det nevnt en rekommandasjon fra Ministerrådet i Europarådet som utfyller og presiserer EMK artikkel 10, Recommendation No. R (2000) 7. I tillegg til det siterte er det grunn til å peke på Principle 3, b ii) om at det må foreligge en "*overriding requirement*" for inngrep. Det er ikke nok at en alminnelig avveining tilsier utlevering – det må være med *god margin*. Dette kriteriet er også nedfelt i rettspraksis, jf. eksempelvis *Fressoz and Roire v France*, 21.1.1999 avsnitt 51 og i den grunnleggende *Goodwin-dommen* i avsnitt 39-40.

Rekommandasjonen er nevnt i flere EMD-avgjørelser (se for eksempel *Sanoma Uitgevers*), og det er fra praksis klart at disse tillegges atskillig rettskildeværdi.

Vi fremlegger for enkelhets skyld dokumentet som:

Bilag 3: Recommendation No. R (2000) 7

Et senere og i vår sak *viktigere* dokument er imidlertid *ikke* nevnt i tingretten. Dette er den samme Ministerkomiteens Guidelines "*on protecting freedom of expression and information in times of crisis*". Vi fremlegger disse som:

Bilag 4: "Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on protecting freedom of expression and information in times of crisis", vedtatt 26. september 2007

Det fremgår av innledningens pkt. 3 at den er myntet på vår situasjon. Europas ministre i Ministerkomiteen uttrykte på bakgrunn av den fremvoksende *terrorfrykt* at man var:

"Deeply concerned by the fact that crisis situations, such as wars and terrorist attacks, are still wide spread and threaten seriously human life and liberty, and the fact that governments, concerned about the survival of society may be tempted to impose undue restrictions on the exercise of this right [freedom of expression]."

Det er altså nettopp vår situasjon som er vurdert. Det fremgår at det er behov for å styrke kildevernet i en slik situasjon, ikke svekke det slik PST synes å mene. Dette fremgår av retningslinjene som helhet, men vi peker blant annet på de innledende definisjonene. "Media professionals" er her utvidet til å omfatte:

"cameramen and photographers, as well as support staff such as drivers and interpreters"

Mens rekommandasjonen fra 2000 til dels kretset om kilders identitet, er dette forlatt i avsnitt 14 i retningslinjene knyttet til terrorfrykten. Når det gjelder slik mer sensitiv informasjon, skal kildevernet verne all:

"...information or material (for example, notes, photographs, audio and video recordings) gathered in the context of covering crisis situations nor should such material be liable to seizure for use in legal proceedings. Any exceptions to this principle should be strictly in conformity with article 10 of the European Convention on Human Rights and the relevant case law of the European Court of Human Rights."

Dette er det nærmeste man kommer et direkte forbud mot slike nasjonale inngrep som i vår sak, forankret i EMK artikkel 10. Vernet gjelder altså informasjonen og upublisert materiale, og ikke bare en ukjent kildes identitet.

Som det fremkommer nedenfor under avsnitt 3, deles Europarådets og EMDs erkjennelse av andre folkerettslige domstoler og andre nasjoner.

2.3 Den andre vektskålen – konkrete grunner for inngrep?

Både EMK artikkel 10 og strpl. § 125 fordrer at det skal foretas avveininger. Som det fremgår ovenfor, skal det svært mye til for at nødvendighetsskjønnet etter artikkel 10 annet ledd tilsier inngrep.

Det foreligger ingen konkret og individuell vurdering i saken, kun generelle antakelser kombinert med en vurdering av alvoret i de bestemmelsene som er brakt til anvendelse. Retten har heller ikke sett på de omstridte filmene. Tingretten betegner vurderingen som konkret, men vi kan ikke se at det er foretatt noen egentlig vurdering av bevisenes relevans, viktighet eller betydning.

Vi har ikke hatt innsyn i sakens dokumenter. Ut fra det som vi har fått i hende, kan vi ikke se at det er begrunnet hvorfor opptakene skulle inneholde noe av betydning for saken(e). I den grad de skulle inneholde noe av betydning, er det heller ikke fremkommet hva slags relevans bevisene har, hva slags vekt, om de samme bevis heller bør fremkomme på annen måte, eller om det fortsatt er noe å avverge all den tid det tydeligvis er tale om varetektsfengsling. Vi har forstått at de involverte ikke ønsker at filmene utleveres, men har ikke grunnlag for å mene noe om dette er noe annet enn utslag av et ønske om konfidensialitet som er basis for kildevern (og ikke kan brukes som argument for utlevering). Disse spørsmål får partene belyse nærmere, men kjennelsen og de øvrige opplysningene vi har gir grobunn for atskillig skepsis til det faktiske grunnlag.

Vi anfører at tingrettens vurdering uansett ikke er tilstrekkelig, det EMDs praksis krever er en helt konkret og individuell vurdering. EMD prøver ikke generell lovgivning mv, men om det enkelte inngrep er tilstrekkelig vurdert. Det forutsettes da at disse inngrep er nøye vurdert av de nasjonale domstoler.

Vi antar at det ikke vil bli bestridt at EMK artikkel 10 krever en konkret vurdering, og nøyer oss med å peke på to eksempler på dette. I *Murphy v Ireland*, 10. juli 2003, om politisk reklame, uttalte EMD i avsnitt 68:

"It is for the European Court to give a final ruling on the restriction's compatibility with the Convention and it will do so by assessing in the circumstances of a particular case, inter alia, whether the interference corresponded to a "pressing social need" and whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued". Indeed, such supervision can be considered to be all the more necessary given the rather open-ended notion of respect for the religious beliefs of others and the risks of excessive interferences with freedom of expression under the guise of action taken against allegedly offensive material. In this regard, the scope of the restriction in the legislation is especially important. The Court's task in this case is therefore to determine whether the reasons relied on by the national authorities to justify the measures interfering with the applicant's freedom of expression are "relevant and sufficient" for the purposes of Article 10 § 2 of the Convention (the above-cited Wingrove judgment, §§ 53 and 58-59)."

Det andre eksempelet er *Nagla v Latvia* fra 16. juli 2013, som også behandles nedenfor. Her beskriver EMD under avsnitt 101 hvordan de nasjonale myndighetene skulle ha tatt stilling til om betydningen av bevisene var viktigere enn ytringsfriheten. Når påtalemyndigheten hadde besluttet inngrepet på egenhånd fordi det hastet, var det et krav at domstolen foretok en fullstendig vurdering etterpå. Situasjonen var altså som i vår sak – også for så vidt angikk Rolfsens nøytrale rolle. EMD uttalte i pkt. 101:

"The Court considers that any search involving the seizure of data storage devices such as laptops, external hard drives, memory cards and flash drives belonging to a journalist raises a question of the journalist's freedom of expression including source protection and that the access to the information contained therein must be protected by sufficient and adequate safeguards against abuse. In the present case, although the investigating judge's involvement in an immediate post factum review was provided for in the law, the Court finds that the investigating judge failed to establish that the interests of the investigation in securing evidence were sufficient to override the public interest in the protection of the journalist's freedom of expression, including source protection and protection against the handover of the research material. The scarce reasoning of the President of the court as to the perishable nature of evidence linked to cybercrimes in general, as the Ombudsman rightly concluded, cannot be considered sufficient in the present case, given the investigating authorities' delay in carrying out the search and the lack of any indication of impending destruction of evidence. Nor was there any suggestion that the applicant was responsible for disseminating personal data or was implicated in the events other than in her capacity as a journalist; she remained "a witness" for the purposes of these criminal proceedings. If the case materials did include any indication in that regard, it was the investigating judge's responsibility to carry out the necessary assessment of the conflicting interests, which was not done."

Når EMK artikkel 10 krever en slik vurdering, kan altså ikke norske domstoler overlate vurderingen av relevans etter strpl. § 203 til påtalemyndigheten slik tingretten gjør i kjennelsen på side 5. Selv om man skulle mene at bestemmelsen i alminnelighet er slik å forstå, må også den bestemmelsen utfylles med kriteriene fra artikkel 10 når sistnevnte regel får anvendelse.

3. NÆRMERE OM RETTSPRINSIPPENE

Vi tar ikke sikte på en uttømmende gjennomgang av prinsippene i strpl. § 125 og EMK artikkel 10, ut over det som er foretatt ovenfor. Ovenfor har vi villet fremstille hovedpunktene, mens vi i dette avsnitt utdyper den rettslige forankringen noe.

3.1 Om betydningen av kildevernet, og vernets *generelle* karakter

EMK artikkel 10 er som nevnt en helt *generell* regel om ytringsfrihet. Den dekker hele spekteret av mediers og privates ytringsfrihet uten å være inndelt i detaljregler.

Ett av feltene omtales også i EMD gjerne som "medienes kildebeskyttelse", men det er ikke stilt opp slike snevre definisjoner av hva som er medier og hva som er kilder som i norsk rett. Et hovedpoeng herfra har således vært å få frem at også vårt tilfelle faller inn under artikkel 10, og at det må foretas en nødvendighetsvurdering etter artikkel 10 annet ledd. EMK artikkel 10 omfatter svært mye, jf. eksempelvis gjennomgangen i Møse, Menneskerettigheter på side 452 flg. EMD understreker gjerne at det avgjørende ikke er formaliteter, men effekten et inngrep har på den reelle ytringsfrihet. Se som eksempel EMD Bowman v UK av 19. februar 1998, som i utgangspunktet gjaldt en beløpsbegrensning for valgmateriell, men som fikk følger for adgangen til å delta i debatt.

Det er viktig for oss å få frem at denne vurderingen er en reell og konkret vurdering av hvilken *virkning* inngrep har for ytringsfriheten, og ikke om kilden og materialet kan betegnes på den ene eller andre måten. Fra vårt ståsted er det viktig å understreke at skadeeffekten i vår sak er spesielt stor. Inngrepet vil med stor sannsynlighet medføre at norske nyhetsmedier i tiden fremover vil få redusert sin mulighet til å drive undersøkende journalistikk i betydelig grad, på det feltet som fremstår som et av de aller viktigste for vårt demokratiske samfunn.

EMD har understreket at pressens funksjon er svært viktig. EMD slo dette fast i Goodwin v United Kingdom, 27. mars 1996, og har vist til uttalelsen i avsnitt 39 i senere avgjørelser:

"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 (see, as a recent authority, the Jersild v. Denmark judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 23, para. 31)."

"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 (see, amongst others, the Resolution on Journalistic Freedoms and Human Rights, adopted at the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Prague, 7-8 December 1994) and Resolution on the Confidentiality of Journalists' Sources by the European Parliament, 18 January 1994, Official Journal of the European Communities No. C 44/34). 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. 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 (art. 10) of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest. These considerations are to be taken into account in applying to the facts of the present case the test of necessity in a democratic society under paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2)."

Disse hensyn slår til med full tyngde i vår sak. Det gjelder uansett om man skulle anse kilden for å være kjent eller ei. De reelle hensyn er det eneste som er relevant under EMK artikkel 10.

3.2 Nærmere om den vide beskyttelse under EMK og annen folkerett, samt den internasjonale utvikling

For en gjennomgang av vernets *innhold* under EMK, mener vi at sakene *Sanoma Uitgevers v Netherlands* av 31. mars 2009 og den seneste avgjørelsen *Nagla v Latvia* av 16. juli 2013 er de mest sentrale.

Ovenfor har vi vist til Ministerrådets rekommandasjon fra 2000 og retningslinjer fra 2007, for å vise at vernet helt klart ikke er begrenset til et vern av "kildens identitet". Vi vil i det følgende vise til noen flere kilder, slik at dette ikke skal fremstå som tvilsomt. Vi vil samtidig peke på at det har skjedd en *utvikling*, etter hvert som man er blitt oppmerksom på temaet.

Sanoma Uitgevers minner svært om den avgjørelsen i Rt 1996 side 1375 som PST nevner i sin begjæring, og som gjaldt Aftenpostens fotografering av MC-folk på Karl Johan. I Sanoma Uitgevers ble imidlertid resultatet motsatt, og Rt 1996 side 1375 kunne vanskelig vært opprettholdt i dag. For øvrig har Sanoma Uitgevers en svært instruktiv gjennomgang av tidligere praksis fra avsnitt 59.

Spørsmålet om det foreligger en beskyttelse selv om kilden er "kjent", slik at beskyttelsen særlig omfatter upublisert materiale, ble først uttrykkelig berørt i Nagla-saken fra 2013. EMD konstaterte brudd på artikkel 10, men det var ikke fordi at materialet som sådant kunne identifisere kilden eller andre kilder. Tvert om uttalte EMD at dette ikke var det avgjørende. Det var et faktum at politiet kjente kilden, men det var *ikke* avgjørende. I avsnitt 95 uttaler EMD:

"The Court notes, at the outset, that there is a fundamental difference between this case and other cases, where disclosure orders have been served on journalists requiring them to reveal the identity of their sources (see the above-cited cases of Goodwin, Voskuil, Financial Times Ltd and Others and Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others). The distinguishing feature lies not, as the Government suggested, in the fact that I.P.'s identity had been known to the investigating authorities prior to the applicant's search, which fact does not remove the applicant's protection under Article 10 of the Convention (see paragraphs 78-83 above). The Court has already held that a search conducted with a view to identifying a journalist's source is a more drastic measure than an order to divulge the source's identity (see the above-cited cases Roemen and Schmit, § 57, and Ernst and Others, § 103). The Court considers that it is even more so in the circumstances of the present case, where the search warrant was drafted in such vague terms as to allow the seizure of "any information" pertaining to the crime under investigation allegedly committed by the

journalist's source, irrespective of whether or not his identity had already been known to the investigating authorities." (understreket her)

Dette hadde EMD også slått fast under drøftelsen av anvendelsesområdet for artikkel 10, i samme sak, jf. pkt 8o:

"The Court has already found that Article 10 of the Convention does not only protect anonymous sources assisting the press to inform the public about matters of public interest (see Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (dec.), no. 40485/02, ECHR 2005-XIII). In that case the Court considered that Article 10 of the Convention applied even when a journalist had worked undercover and had used a hidden camera to film participants in a television programme, who could thus not be regarded as "sources of journalistic information in the traditional sense". It was rather the compulsory handover of his research material that was susceptible of having a chilling effect on the exercise of journalistic freedom of expression. In that case, the identity of the journalistic sources in the traditional sense was adequately protected, and the handing over of the research material in relation to an alleged perpetrator, whose actions were under criminal investigation and whose identity was known to the police, was not deemed disproportionate to the legitimate aim pursued and the reasons given by the national authorities were considered to be relevant and sufficient. (understreket her).

(Vi skyter inn at den eldre saken om Nordisk Film var et eksempel på anvendelse av artikkel 10, men hvor den ikke var *brutt*. Det ble foretatt en konkret nødvendighetsvurdering; det var konkret viktige bevis og lite skadevirkninger – en konkret avsløring av en "pedofiliring". Avgjørelsen er ellers så gammel at EMDs nyere vektlegging av kildevernet ikke var kommet frem.)

Spørsmålet om betydningen av en "kjent kilde" ble først satt på spissen i *norsk* rett i avgjørelsen inntatt i Rt 2011 side 1266, som nevnt av tingretten. Det bør nevnes at Høyesterett under dissens 3-2 kom til at vernet ikke fikk anvendelse. Dette var imidlertid året før avklaringene i Nagla v Latvia. Den norske avgjørelsen er klaget inn for EMD. Saksbehandlingen er satt i gang, og klagen er ikke erklært som "not admissible", men man venter fortsatt på resultatet fra Strasbourg. Dette fremgår også av Lovdatas angivelse i sakens ingress.

Utviklingen har vært den samme i andre land og i andre folkerettslige organer. En oversikt over dette ble gitt i skriftlig innlegg fra en rekke partshjelpere i Sanoma-saken. Innlegget fremlegges som:

Bilag 5: Written Comments in the Case of Sanoma Uitgevers, november 2009

Et av temaene som her ble beskrevet, var:

"Broadening the scope of the privilege; search and seizure, compelled testimony, and the protection of unused and research materials", jf. side 8 flg.

Avsnittet beskriver hvordan en rekke land har presisert at "kildevernet" også omfatter vern av materialet som sådant. Disse presiseringene er en følge av de reelle argumenter som bærer vernet, og en vekselvirkning med folkerettslige prinsipper. Således har Belgia fått et slikt vern etter å ha

tapt saken Ernst v Belgia den 15. juli 2003. Tyskland har en slik lovgivning, likeså eksempelvis Frankrike, Sverige, Østerrike, Sveits, UK, New Zealand og USA og Canada.

Utviklingen er preget av at lovgiver og domstoler kommer til at vernet ikke kan være begrenset til "kildens identitet", når dette temaet først blir aktualisert.

Vi nevner til sist en avgjørelse av Den internasjonale domstol for forbrytelser i det tidligere Jugoslavia (ICTY), med sete i Haag. Domstolen måtte ta stilling til om en journalist måtte vitne om de forhold han hadde observert og fått vite fra det som her ble betegnet som en krigssone. Hovedtemaet var nettopp om vernet gjaldt innholdet av *informasjonen* som sådan, uansett om kilden er kjent. De folkerettslige prinsippene som her er uttalt, vil ha atskillig betydning for EMD, og det fremgår av ICTYs dom at den på sin side har sett hen til EMK. Innholdet i dommen er dessuten helt tilsvarende det som fremgår av Ministerrådets guidelines fra 2007 om ytringsfrihet i krisetider og ved terrorfrykt.

Vi fremlegger dommen fra ICTY som:

Bilag 6: Appeldomstolens avgjørelse 11. desember 2002, "Procecutur v. Radoslav Bradjanin, Momir Talic".

I internasjonal omtale er saken kalt "Randal-saken", etter journalistens navn. Retten kom til at Randal ikke hadde vitneplikt, selv om det ikke dreide seg om noen anonyme kilder som skulle beskyttes.

ICTY tok utgangspunkt i EMKs og EMDs praksis, som det ble antatt å være en generell konsensus om, jf. avsnitt 35:

"The European Court of Human Rights has recognised that journalists play a "vital public watchdog role" that is essential in democratic societies and that, in certain circumstances, compelling journalists to testify may hinder "the ability of the press to provide accurate and reliable information." 28 National legislatures and courts have recognised the same principles in establishing laws or rules of evidence shielding journalists from having to disclose various types of information. As one federal court of appeals in the United States has put it, "society's interest in protecting the integrity of the newsgathering process, and ensuring the free flow of information to the public, is an interest 'of sufficient social importance to justify some incidental sacrifice of sources of facts needed in the administration of justice.'"

Basert på disse kildene la ICTY til grunn at vernet om upublisert materiale ikke kunne være mindre enn for opplysninger om en ukjent kilde, jf. dommens avsnitt 43:

"What really matters is the perception that war correspondents can be forced to become witnesses against their interviewees. Indeed, the legal differences between confidential sources and other forms of evidence are likely to be lost on the average person in a war zone who must decide whether to trust a war correspondent with information. To publish the information obtained from an interviewee is one thing -- it is often the very purpose for which the interviewee gave the interview -- but to testify against the interviewed person on the basis of that interview is quite another. The consequences for the interviewed persons are much worse in the latter case, as they may be found guilty in a war crimes trial and deprived of

their liberty. If war correspondents were to be perceived as potential witnesses for the Prosecution, two consequences may follow. First, they may have difficulties in gathering significant information because the interviewed persons, particularly those committing human rights violations, may talk less freely with them and may deny access to conflict zones. Second, war correspondents may shift from being observers of those committing human rights violations to being their targets, thereby putting their own lives at risk."

Det internasjonale rettskildet er etter dette helt konsistent: Vernet etter EMK artikkel 10 omfatter også informasjon som er beslaglagt i vår sak, og det må foretas en inngående nødvendighetsvurdering etter annet ledd før det er aktuelt å opprettholde beslaget. Dette innebærer en avveining som både må finne at ytringsfriheten må vike for konkrete hensyn til oppklaring og at disse argumentene er klare og "overriding".

4. AVSLUTNING

Etter vårt syn kan det ikke være tvil om at en riktig avveining av motstående hensyn må tilsi at Rolfsen gis medhold.

Norsk Redaktørforening vil med dette støtte Ulrik Imtiaz Rolfsens anførsler og ber om at beslaget blir opphevet.

Dette prosesskrift med bilag til tingretten i to eksemplarer, samt ett eksemplar hver direkte til PST og til advokat Gerdts.

ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS



Vidar Strømme
advokat