

RÍKISSAKSÓKNARI

HMG /

Reykjavík, 7. nóvember 2018

Samráðsgátt: Umsögn um drög að frumvarpi um breytingu á lögum um fjarskipti, nr. 81/2003, með síðari breytingum og lögum um meðferð sakamála, nr. 88/2008, með síðari breytingum. (Afnám gagnageymdar)

Undirritaður vararíkissaksóknari gerir alvarlegar athugasemdir við ofangreind drög. Í athugasemnum við frumvarpið er gerð grein fyrir röksemendum fyrir frumvarpinu. Þar virðist gegnumgangandi áherslur blaðamanna sem sátu í nefndinni til verndar heimildarmanna sinna. Það er óumdeilt að blaðmenn hafa hlutverk í lýðræðisríkjum til að flytja fréttir, skapa aðhald að stjórnvöldum og öðrum, afla heimilda frá heimildamönnum og að blaðamenn njóta að ákveðnu marki réttar til að leyna því hverjir heimildarmenn þeirra eru. Um þetta er enginn ágreiningur og fjöldi dóma Hæstaréttar Íslands vitna um. Það sem er athugavert við framsetningu frumvarpsins er að þar er lögð óeðlilega mikil áhersla á vernd heimildarmanna, en engin á raunverulega uppljóstrun brota á internetinu. Hagsmuni samfélagsins af uppljóstrun brota verður að verja þótt gætt sé jafnvægis þeirra hagsmuna og hagsmuna af persónu- og mannréttindavernd. Þetta eru alkunn sannindi, en í frumvarpsdrögum þessum virðist eingöngu einblínt á aðra hagsmunina en ekki hina.

Eins og drögin að frumvarpinu eru núna er það einkum tvennt sem vekur athygli.

- Í fyrsta lagi á að fella niður alla skyldu fjarskiptafyrirtækja til að varðveita umferðargögn, skv. 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Tekur þá fortakslaus meginregla 1. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 við sem segir að gögnum um fjarskiptaumferð skuli eyða eða gera nafnlaus þegar þeirra er ekki lengur þörf við afgreiðslu ákveðinnar fjarskiptasendingar. Undantekning sem samkvæmt lagaskýringarhefðum ber að skýra þróng er að finna í 2. mgr. 42. gr. þar sem segir gögn um fjarskiptanotkun sem nauðsynleg eru til reikningsgerðar fyrir áskrifendur og uppgjörs fyrir samtengingu má geyma þar til ekki er lengur hægt að vífengja reikning eða hann fyrnist.
- Í öðru lagi á að þrengja heimildir til öflunar gagna þannig að öflun þeirra verði bundin sömu skilyrðum og um símhlustanir. Þetta hefur í för með sér að þeim brotum sem upplýsa má með öflun umferðargagna frá fjarskiptafyrirtækjum fækkar til muna.

Um varðveislu umferðargagna

Varðandi fyrri liðinn er þetta að segja. Meginregla 1. mgr. 42. gr. hefur í för með sér að flestum gögnum verður eytt strax og fjarskiptum lýkur. Það þýðir, svo dæmi sé tekið, að þegar barnaníðingur hefur lokið sér af í tölву sinni við að tæla börn til að opinbera nekt sína fyrir honum, eða hann hefur mælt sér móts við þau til að koma fram vilja sínum við þau, eða barnaníðingur hefur yfir netið gefið öðrum slíkum sem staðsettur er annarstaðar í heiminum fyrirmæli um að misnota barn kynferðislega í mynd og hljóði gegn greiðslu og beita börn ofbeldi, er sloppinn um leið og hann slítur tengingunni. Hann nýtur samkvæmt þessu, hafi hann samið við fjarskiptafyrirtæki um ótakmarkað niðurhal gegn fastri greiðslu, skilyrðislausrar verndar „*persónuupplýsinga*“ sinna, að öllum upplýsingum um tengingar hans við aðrar IP tölur verði eytt um leið og hann rýfur tenginguna. Þetta er nefndin að vernda með þessu sköpunarverki sínu undir þeim formerkjum að blaðamenn þurfí að geta talað við heimildarmenn án þess að löggregla rannsaki það.

Öll þessi dæmi sem nefnd eru að framan lýsa bara broti af þeim ósóma sem löggregla fæst við að rannsaka og fer fram á netinu. Öflun umferðargagna er u.p.b. eina leiðin til að leiða slíkar rannsóknir til lykta. Rafræn sönnunargögn sem þessi eru einnig mjög mikilvæg sönnunargögn vegna brota sem ekki fara fram á netinu t.d. í að staðsetja sakborninga á vettvangi glæps eða rekja ferðir þeirra í þágu sönnunar, með upplýsingum um tengingar við fjarskiptamöstur í GSM síma kerfinu. Undirrituðum er ekki kunnugt um dæmi þess að löggregla hafi upplýst um heimildarmann blaðamanna með þeim hætti að afla tengiupplýsinga um síma blaðamanna. Það kann að vera að símar og tölvur manna séu rannsókuð vegna gruns um refsilagabrot þeirra sjálfra. Þannig mundi verða aflað tengiupplýsinga og könnuð samskipti opinbers starfsmanns ef hann lægi undir grun um þagnarskyldubrot. Þau brot verða ekkert minna refsinæm séu upplýsingar gefnar til blaðamanna í því skyni að koma þeim á framfæri við alþjóð en þegar slík brot fela í sér upplýsingagjöf til annarra. Ef löggjafarvaldið vill ekki að opinberir starfsmenn sæti refsiábyrgð vegna þagnaskyldubrota þegar upplýsingum er lekið til fjölmörla, væri hreinlegra að kveða sérstaklega á um það í lögum að slík brot sæti ekki sakamálarannsókn og opinberri ákæru heldur, en að binda hendur löggreglu við rannsókn sem þeim þó er skylt að framkvæma. Svo má spryra ef blaðamenn telja rétt sinn til að leyna heimildarmönnum sínum svo ríkan, hvaða skyldur þeir hafa í samskiptum við heimildarmanninn um að velja samskiptamáta sem tryggir þennan trúnað?

Það verður að hafa það í huga að heimildarmenn blaðamanna eru oft að fremja refsilagabrot með upplýsingagjöf sinni eða greina frá alvarlegum refsilagabrotum annarra sem löggregla þarf að ná til og þeir eru vitni um eða búa yfir sönnunargögnum um. Það er dómara að meta hvort heimila eigi notkun þessa úrræðis við rannsókn brota. Það er næg vernd fyrir flest mannréttindi t.d. úrskurðar dómari um gæsluvarðhald manna, hvort þeir missi frelsi sitt. Það má telja einstaklega sjálfhverft viðhorf hjá blaðamönnum að telja að hagsmunir þeirra af að flytja fréttir yfirstígi alla aðra hagsmuni. Má um þetta nefna dóm í máli Hæstaréttar nr. 403/2014 var fjallað um rétt blaðamanns til að víkja sér undan vitnaskyldu um hver heimildarmaður hans væri. Segir í dóminum um þetta;

Fjölmíðlar hafa mikilvægu hlutverki að gegna í lýðræðisþjóðfélagi og verður að játa blaðamönnum viðtæku frelsi til tjáningar samkvæmt 2. mgr. 73. gr. stjórnarskráinnar. Samkvæmt 3. mgr. hennar má því frelsi aðeins setja skorður með lögum, svo sem í þágu allsherjarreglu eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum. Forsenda fyrir því að fjölmíðlar geti rækt hlutverk sitt er að þeir geti aflað upplýsinga um mál sem hafa þýðingu fyrir almenning og miðlað þeim án afskipta annarra. Einn þáttur í þessu sjálfstæði fjölmíðla er að þeir geti tekið við slíkum upplýsingum í trúnaði án þess að þurfa að gera grein fyrir hvaðan eða frá hverjum þær stafi. Frá þeirri meginreglu verður því aðeins vikið að i húfi séu mjög veigamiklir almannahagsmunir sem vega augljóslega þyngra en hagsmunir fjölmíðla af því að halda trúnaði við heimildarmenn sína, svo sem ráðið verður af athugasemdum með 119. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 88/2008 sem og 25. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmíðla.

Eins og rakið er í dóminum verður þessari meginreglu um vernd heimildarmanna vikið til hliðar ef í húfi eru veigamiklir almannahagsmunir sem vega augljóslega þyngra en hagsmunir fjölmíðla af því að halda trúnaði við heimildarmenn sína. Þessa heimild dómarar til að víkja til hliðar hagsmunum fjölmíðla er að finna í a-lið 2. mgr. 119. gr. sakamálalaga. Það er því mikil einföldun að halda því fram að ekki verði gerðar undantekningar og að þessir hagsmunum af vernd heimildarmanna verði ekki að víkja. Mat um þetta verður alltaf í höndum dómsstóla en svo kann að fara að neiti blaðamaður samt að upplýsa í skýrslutöku um heimildarmann, þá muni dómur heimila rakningu fjarskipta í þessu skyni. Það er bara í samræmi við lög eins og rakið er í dóminum þegar skilyrði eru uppfyllt. Það er því engin ástæða til að ætla að réttur til verndar heimildarmanna gangi framar veigameiri almannahagsmunum sem veki augljóslega þyngra. Að þessu leyti er röksemdafersla í frumvarpinu haldin veruilegum annmörkum.

Það sem gleymist í umfjöllun í greinargerð er að lögregla þarf að afla úrskurðar dómarar til að geta sótt umferðargögn til fjarskiptafyrirtækja, skv. 10. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga og 1. mgr. 84. gr. sakamálalaga. Dómari fellst ekki á slíka beiðni nema fyrir því sé lagaheimild. Lögregla þarf að leggja fram skriflega rökstudda beiðni til dómsins þar sem tilgangur hennar er rakin og í hvaða skyni óskaðar er úrskurðar um afléttingu fjarskiptaleynrar, sbr. 1. mgr. 103. gr. laga nr. 88/2008. Það á því að vera næg vörn í því gegn misnotkun lögreglu á heimildum sínum að hún verður að rökstyðja fyrir dómarar ef óskað er upplýsinga frá fjarskiptafyrirtækjum í því skyni að fá útskriftir á sínum blaðamanna til að finna heimildarmenn þeirra. Slíkum beiðnum ætti að hafna.

Í greinargerð er umfjöllun um tilefni þess að lög nr. 78/2005 voru sett, en 7. gr. þeirra bætti 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 inn í lögini. Kemur þar réttilega fram að við setningu fjarskiptalaga voru gerð þau mistök að nýta ekki heimild 15. gr. tilskipunar 2002/58/EB, en tilskipunin var tilefni þess að lög nr. 81/2003 voru sett. Þarna voru gerð sömu mistök og á að gera núna með þessu frumvarpi með því að girða fyrir rannsóknir lögreglu á flestum brotum sem eiga sér stað á internetinu eða og fjölda annarra brota þar sem mikilvæg sönnunargögn liggja fyrir í tengi upplýsingum fjarskiptafyrirtækja

þótt brotin séu ekki framin á netinu. Ástæðan er sú sama nú og þá, að löginn á að setja án samráðs við þá sem reynslu og þekkingu hafa á rannsóknum sakamála. Þessi vinnubrögð er fráleit og enn nú fráleitara er að endurtaka sömu mistökin aftur.

Í greinargerð með drögunum er rakið að vitað var um hugmyndir innan Evrópusambandsins sem þá voru á umræðu stigi og síðar voru settar með tilskipun 2006/24/EB, ári eftir að lög nr. 78/2005 voru sett, um varðveislu fjarskiptaupplýsinga. Er rakið að umrædd tilskipun hafi aldrei orðið hluti af EES samningnum þar sem hún var ekki tekin upp af sameiginlegu EES nefndinni og fjallað um dóma dómstóls Evrópusambandsins sem taldi tilskipun 2006/24/EB haldna annmörkum sem eru raktir í greinargerðinni. Þetta er allt væntanlega rétt en það sem skiptir máli er að umfjöllun dómstólsins er um tilskipun sem aldrei varð hluti af skyldum Íslands samkvæmt EES. En þar að auki hefur umræddur dómstóll enga lögsögu á Íslandi heldur EFTA dómstólinn sem getur gefið ráðgefandi álit um túlkun EES reglna. Það liggur því ekki fyrir að sú leið sem farin er á Íslandi, varðandi lengd varðveislutíma sem er með styrt móti, þær upplýsingar sem varðveisla nær til sem eru skyrt afmarkaðar, sem og sú endurskoðun og öryggi sem felst í aðkomu dómstóla að öflun, brjóti á nokkurn hátt gegn þeim sjónarmiðum og reglum sem talin eru gilda á Íslandi.

Þessi umfjöllun á því lítið erindi inn í umfjöllun um 15. gr. tilskipunar 2002/58/EB enda hefur sú leið sem valin var og lýst er í 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga aldrei verið vefsengd eða verið dæmt um að hún standist ekki EES samninginn eða íslensk lög, því síður hefur EFTA dómstólinn gefið nokkuð álit í þá veru. Umrædd umfjöllun er því að álíti undirritaðs algerlega fráleitt innlegg í lögfræðilega umræðu um efnið. Þeim mun vitlausari er sú ályktun sem sett er fram í greinargerðinni þar sem segir „*Með hliðsjón af því að 3. mgr. 42. gr. laga um fjarskipti var sett í ljósi reglna í tilskipun sem EB-dómstólinn hefur úrskurðað ógilda*“. Þetta er algerlega glórulaus ályktun þar sem íslensk lög byggja ekki á ósettum tilskipunum eða umræðu innan Evrópusambandsins um eitthvað. Ástæða er til að endurtaka að tilskipunin var sett árinu eftir að 7. gr. laga nr. 75/2005 settu inn ákvæði 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga og tilskipunin varð aldrei hluti af EES samningnum. Það er þó staðreynd að upplýsingar um að flestar þjóðir kveði á um í löggjöf sinni skyldu til að varðveita umrædd gögn er innlegg í umræðu um þetta viðfangsefni. Tilefni breytinga á 42. gr. fjarskiptalaga voru augljós mistök, sem Alþingi viðurkenndi, sem voru til þess fallin að koma í veg fyrir rannsóknir flestra sakamála sem háð eru upplýsingaöflun um tengingar milli fjarskiptatækja. Undirritaður leyfir sér að fullyrða, þótt ekki hafi þar verið rannsakað vegna tímaskorts undirritaðs, að það fyrirfinnist fá ríki innan EES svæðisins þar sem ekki er kveðið á um einhverja lágmarks varðveislu umferðargagna í þágu rannsóknar sakamála og öryggis ríkisins með heimild 15. gr. tilskipunar 2002/58/EB.

Undirritaður leggst gegn þessari breytingu eins og frumvarpinu öllu þar sem hún er illa ígrunduð og sett fram af algeru skeytingar- og þekkingarleysi á rannsóknum sakmála og er til þess fallin að skerða verulega möguleika löggreglu til að upplýsa refsilagabrot. Með þessum breytingum er verið að kasta fyrir róða mikilvægari hagsmunum fyrir minni.

Heimild löggreglu til að gefa fyrirmæli um vörlu skv. 12. mgr. 47. gr. fjarskiptalaga

Í greinargerð með frumvarpsdrögunum virðst vera að viðhorf nefndarmanna sé að ákvæði 12. mgr. 47. gr. fjarskiptalaga hafi verið óþarf vegna efnis 3. mgr. 42. gr. laganna. Það er tekið fram í 2. málslíð 12. mgr. 47. gr. að fyrirmæli löggreglu geti eingöngu tekið til gagna sem þegar eru fyrir hendi. Þetta gefur auga leið. Til þess að tryggja að gögnin séu til, en hafi ekki verið eytt í samræmi við meginreglu 1. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga, er nauðsynlegt að kveða á um skyldu fjarskiptafyrirtækja til að varðveita lágmarks upplýsingar. Að öðrum kosti kemur það að litlum notum að gefa fyrirmæli um varðveislu. Þá er það álit undirritað að 90 daga varðveisluskylda vegna fyrirmæla löggreglu sé ekki bundin við þann upphafstímapunkt er fjarskiptin eiga sér stað heldur miðist upphaf þessa tíma við það tímamark þegar löggregla gefur fyrirmælin um vörluna. Það getur því komið til að tiltekin gögn sem löggregla hefur afmarkað og tengjast tilteknum fjarskipum og tiltekinni sakamálarannsókn séu varðveitt allt að níu mánuðum í það heila.

Flest mál sem koma til rannsóknar löggreglu gera það að einhverjum tíma liðnum frá því er hin refsinæma háttsemi á sér stað. Það heyrir til undantekninga og kannski engin dæmi um að löggregla hafi tækifæri á að gefa fjarskiptafyrirtæki fyrirmæli um að varðveita gögn tengd t.d. kynferðisbroti ætlaðs sakbornings áður en þau eiga sér stað. Árlega berast ríkissaksóknara fjöldinn allur af réttarbeiðnum erlendis frá þar sem óskað er upplýsinga sem þessara þar sem nokkur tími er liðinn frá broti. Brot þessi eru oft tengd fjárvíkum, misnotkun á kreditkortauplýsingum, fíkniefnasölu og öðrum alvarlegum refsilagabrotum. Því miður er oft sú raunin að beiðnir þessar séu settar fram eftir að sex mánaða tímamark 3. mgr. 42. gr. er liðið og er þá oft búið að eyða þessum gögnum. Upphaflega var lagt til að varðveisluskyldan yrði miðuð við eitt ár og er rétt að leggja til að 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga verði breytt í þá veru. Réttarbeiðnum sem þessum er að fylga og mun bara fylga eftir því sem umsvik í kring um gagnaver og aðra slíka þjónustu aukast á Íslandi. Ef fella á út varðveisluskyldu 3. mgr. 42. gr. mun verða nærrí alfarið girt fyrir að íslensk yfirvöld geti veitt slíka aðstoð við rannsókn sakamála.

Um hert skilyrði fyrir öflun umferðargagnanna

Með því að breyta skilyrðum fyrir öflun umferðargagna um fjarskipti er verið að hverfa til fyrra skilyrða skv. 86. og 87. gr. laga um meðferð opinberra mála nr. 19/1991 eins og þau ákvæði voru fram til ársins 2006 þegar lög nr. 74/2006 voru samþykkt. Með þeim var sett sér regla í b-lið 2. mgr. 87. gr. laga nr. 19/1991, sem setti tveggja ára refsiramma sem skilyrði þess að upplýsinga um umferðargögn yrði aflað.

Augljóslega eru öflun upplýsinga um fjarskiptaumferð ekki sama inngríp í persónufrelsi borgarans og hlustun og afritun á samtölum. Endurspeglast þau viðhorf í nígildandi lögum og verður ekki séð hvað kalli á að gerðar verði breytingar á þessum skilyrðum til þrengingar. Ítrekað er því lýst í greinargerð að vernd heimildarmanna blaðamanna sé helsta áhugamál nefndarmanna og tilgangurinn með breytingunum virðist hverfast um þetta viðhorf. Það er þó svo að í umferðargögnum eru engar upplýsingar um hvað fer

mönnum á milli og slíkar upplýsingar, sé þeirra aflað í þágu þessa, geta ekki ein sér verið bein sönnun um t.d. þagnarskyldubrot, þó þær veiti vísbindingu. Þetta er þó pólitisk spurning sem verður að svara og taka þá afstöðu til þess hvort vilji sé til að koma í veg fyrir að löggregla geti upplýst einhvern hluta þeirra refsilagabrota sem koma til rannsóknar. Í öllum tilfellum er um brot að ræða sem varðar einhverja hagsmuni þeirra sem kæra en ekki hagsmuni löggreglunnar sem slíkrar.

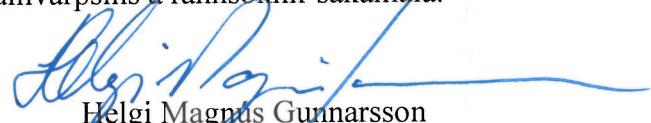
Undirritaður leggst gegn þessari breytingu eins og frumvarpinu öllu þar sem hún er illa ígrunduð og sett fram af algeru skeytingar- og þekkingarleysi á rannsóknum sakmála og er til þess fallin að skerða verulega möguleika löggreglu til að upplýsa refsilagabrot. Með þessum breytingum er verið að kasta fyrir róða mikilvægari hagsmunum fyrir minni.

Um vinnubrögð nefndarinnar

Undirritaður telur athyglisvert í ljósi þess sem að framan greinir um skipan nefndarinnar semritaði frumvarpið, hvernig háttað var samráði og skipan hennar. Það má ljóst vera eins og undirritaður hefur reifað ítrekað á þeim 20 árum sem hann hefur starfað hjá ákæruvaldinu að algerlega er ótækt að samin séu lagafrumvörp á sviði sakamálaréttarfars og refsiréttar án þess að þeim sem eiga að starfa eftir lögunum sé skipað til starfa í slíkri vinnu. Í frumvarpinu segir um samsetningu nefndarinnar og samráð:

Með samsetningu stýrihópsins á grundvelli þingsályktunar nr. 23/138 og nefndarinnar sem skilaði af sér frumvarpinu var leitast við að ná sem viðtækustu samráði við þau samtök og stofnanir sem málið snertir. Pannig sátu í nefndinni fulltrúar fjögurra ráðuneyta, fulltrúar Blaðamannafélagsins og IMMI, auk tveggja lögfræðinga með sérþekkingu á þessu sviði. Þá var samráð haft við samgöngu- og sveitarstjórnarráðuneytið. Jafnframt var leitast við að hafa samráð við réttarfarsnefnd og dómsmálaráðuneytið en ekki náðist að ljúka því samráði innan þeirra tímamarka sem nefndinni sem skilaði frumvarpinu var skammtaður.

Samkvæmt þessu var nefndin hvorki skipuð fólk með reynslu eða þekkingu á sakamálaréttarfari eða refsirétti né var leitað umsagnar eða álits nokkurs embættis eða sérfræðings á þessu sviði. Í greinargerð með frumvarpsdrögunum má sjá hverjar áherslur nefndarmanna og áhugasvið liggur þar sem í því er nefnt á fimm stöðum hugsanlega opinberun heimildarmanna blaðamanna, en þar eru ekki vikið einu orði að eða leitast við að meta áhrif frumvarpsins á rannsóknir sakamála.



Helgi Magnus Gunnarsson
vararíkissaksóknari

Hjálagt til upplýsinga

Bréf RLS til Nefndarsviðs Alþings dags. 29.4.2005 í tengslum við lög nr. 75/2005