



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Hemmelig overvåkning for å forebygge terrorisme: er statens skjønnsmargin i samsvar med EMK artikkel 8?**

Menneskerettigheter under press?

Frida Sollid

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, Juni 2020

# Innholdsfortegnelse

1	Presentasjon av tema .....	1
1.1	Rettslig plassering .....	1
1.2	Aktualitet .....	1
1.3	Avhandlingens fremstilling .....	2
1.3.1	Oppgavens avgrensning .....	2
2	Definisjoner og metode .....	4
2.1	Terrorisme .....	4
2.1.1	Konklusjon .....	7
2.2	Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen og den europeiske menneskerettsdomstolen .....	8
2.2.1	Den Europeiske menneskerettskonvensjonen .....	8
2.2.2	Den Europeiske menneskerettsdomstolen.....	8
2.2.3	Hvilken metode brukes i tolkningen av EMK? .....	9
3	Hva er formålet med artikkel 8?.....	14
3.1	Kort om adgangen til å gjøre inngrep i artikkel 8 .....	15
3.1.1	«In accordance with law».....	16
3.1.2	«Legitimate aim».....	17
3.1.3	«Necessary in a democratic society».....	17
3.2	Retten til respekt for privatliv .....	18
3.3	Retten til respekt for hjem .....	20
3.4	Retten til respekt for korrespondanse.....	21
4	Statens skjønnsmargin ved inngrep i artikkel 8 i saker som omhandler terrorisme.....	23
4.1	Inngrep i form av hemmelig overvåkning.....	23
4.2	Statens skjønnsmargin ved hemmelig overvåkning .....	26
4.2.1	Samfunnsforhold .....	26
4.2.2	Rettsikkerhetsgarantier.....	28

4.2.3	Konklusjon .....	31
5	Er statens skjønnsmargin i samsvar med formålet til artikkel 8?.....	32
5.1	Individuell overvåkning .....	33
5.2	Generell overvåkning .....	35
5.3	Lagring og bruk av materiale innhentet ved hemmelig overvåkning.....	38
6	Kildeliste .....	40
6.1	Lovregister.....	40
6.2	Internasjonale konvensjoner.....	40
6.3	Forarbeid .....	40
6.4	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen .....	41
6.5	Litteratur .....	42
6.6	Tidsskrift .....	43
6.7	Øvrige kilder.....	43

# 1 Presentasjon av tema

I denne masteroppgaven skal statens skjønnsmargin ved inngrep i form av hemmelig overvåkning i Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 utledes.<sup>1</sup>

Skjønnsmarginen skal utledes i saker der formålet med den hemmelige overvåkingen er å forebygge terrorisme. Deretter skal statens skjønnsmargin vurderes oppimot formålet med artikkel 8. Dette for å vurdere om statens skjønnsmargin ved inngrep i form av hemmelig overvåkning er i samsvaret med formålet til artikkel 8.

## 1.1 Rettslig plassering

Temaets rettsområde er menneskerettigheter. Tanken om at mennesker har rettigheter i form av å være et menneske knyttes helt tilbake til antikken.<sup>2</sup> De første nedtegnelsen av slike rettigheter finner en i den amerikanske uavhengighetserklæringen fra 1776 og i den franske grunnloven av 1789. Ved nedtegnelsen av Forente nasjoners verdenserklæring om menneskerettigheter i 1948 ble disse grunnleggende rettighetene en del av internasjonal rett.<sup>3</sup> Retten til liv, frihet og personlig sikkerhet, forbudet mot tortur og forbudet mot slaveri er eksempler på grunnleggende rettigheter som følger av erklæringen.<sup>4</sup>

Det vanskelige med dette rettsområdet er balansen mellom statenes suverenitet og de overnasjonale konvensjonene som stadfester menneskerettighetene. For Europa sin del er EMK den mest relevante konvensjonen.<sup>5</sup> Den Europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) har som oppgave å kontrollere at menneskerettighetene som følger av EMK blir fulgt.

## 1.2 Aktualitet

Terrorisme har vært et problem i Europa i moderne tid. I dag trues Europa av angrep fra blant annet høyre radikale og ekstreme islamister, som enten alene eller som gruppe, kan utføre

---

<sup>1</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjon, forkortet til EMK, ble vedtatt den 4. november i 1950 og trådte i kraft 3. september 1953

<sup>2</sup> Jørgen Aal, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5.utgave, Bergen 2018 s. 22

<sup>3</sup> Forente nasjoner, heretter forkortet til FN

<sup>4</sup> FNs verdenserklæring for menneskerettigheter av 10. desember 1948, artikkel 3, 4 og 5

<sup>5</sup> Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Menneskerettigheter og Norge*, Oslo 2017 s. 14

angrep i Europa. Norge og store deler av landene i Europa er tilknyttet EMK. Rettighetene som følger av denne konvensjonen setter grenser for hvor langt statene kan gå i sin kamp mot terrorisme, ved at statene kan klages inn for brudd på konvensjonsbestemmelser for EMD. I statenes kamp mot terrorisme må staten balansere rettighetene til individet mot statens rett til å beskytte sitt territorium mot for eksempel et terrorangrep. De siste årene er det skrevet flere artikler om hvordan menneskerettighetene er under press.<sup>6</sup> Kritikken knytter seg til nye lover som tillater inngrep i individets rettigheter etter EMK. Formålene med disse lovene er å forebygge terrorisme.

Menneskerettighetene setter for det første grenser for hvordan staten kan gripe inn overfor borgerne, og for det andre forplikter menneskerettighetene statene til å beskytte borgernes rettigheter. Demokratiet og rettstaten er avhengig av at staten forplikter seg og følger menneskerettighetene slik at statene ikke ender opp som et totalitært samfunn.

### **1.3 Avhandlingens fremstilling**

Videre i oppgaven vil det først bli redegjort for hva terrorisme er og hvilken definisjon som legges til grunn i oppgaven. Deretter vil det kort gjøres rede for hva EMK, EMD og statens skjønnsmargin er. Hvordan EMD tolker EMK, og herunder en redegjørelse av EMDs metode ved tolkningen av EMK. I hoveddelen av oppgaven skal formålet med EMK artikkel 8 utledes. Deretter utlede statens skjønnsmargin ved inngrep i form av hemmelig overvåkning i artikkel 8 i saker der begrunnelsen for inngrepet er å forebygge terrorisme. Avslutningsvis i hoveddelen vil det foretas en vurdering om statens skjønnsmargin er i samsvar med formålet til EMK artikkel 8. Til slutt skal det foretas en rettspolitisk vurdering av EMD, herunder kritikken som er rettet mot EMD og deres gjennomslagskraft og betydning for menneskerettigheten i Europa.

#### **1.3.1 Oppgavens avgrensning**

Oppgaven avgrenses mot norsk rett fordi det er lite saker for EMD som omhandler Norge i denne sammenheng. Det blir dermed ikke vurdert om norsk lovgivning er i samsvar med

---

<sup>6</sup> Se blant annet <https://www.hrw.org/news/2018/10/15/uk-amend-flawed-counterterrorism-bill> og <https://news.un.org/en/story/2018/05/1010721> sist sjekket 30. mai 2020

EMK. Videre avgrenses oppgaven mot andre internasjonal menneskerettskonvensjoner, dette fordi EMDs håndheving av EMK er rettslig bindende for statene.<sup>7</sup> Norge og flere andre land er også bundet av konvensjoner som ØSK og SP og disse konvensjonen spiller også en rolle for hvordan menneskerettighetene skal tolkes og forstås i Norge og Europa.<sup>8</sup> Pålegg fra menneskerettskomitéen til FN er ikke rettslig bindende og har derfor ikke samme gjennomslagskraft som EMDs avgjørelser.<sup>9</sup> Det foreligger et bredt spekter av rettspraksis fra EMD som omhandler terrorisme. Oppgaven tar dog kun for seg EMK artikkel 8 fordi inngrep i form av hemmelig overvåkning er et inngrep i rettighetene som følger av artikkel 8 første ledd. Oppgaven avgrenses mot hemmelig overvåkning utført av private parter. Bakgrunnen for dette er at det er statens plikt å beskytte innbyggerne fra farer som terrorisme. Hva som inngår i retten til respekt for familieliv vil ikke bli redegjort for. Selv om hemmelig overvåkning også kan være et inngrep i retten til respekt for familielivet knytter rettighetene under familieliv seg i stor grad til retten til å utvikle familierelasjoner.<sup>10</sup>

Avslutningsvis vil ikke artikkel 15 i EMK, som åpner for at statene i noen tilfeller kan se bort fra noen av rettighetene i EMK, behandles. På dette området er det allerede skrevet en del artikler om hvordan statens skjønnsmargin er veldig vid når det kommer til å erklære slike «nødtilfeller» i forbindelse med terrorisme.<sup>11</sup> Oppgavens avgrenses også mot EMK artikkel 13 og retten til en effektiv rettsmiddel fordi oppgaven knytter seg til formålet med artikkel 8, det blir dermed utfordret oppgaven å vurdere forpliktelsene etter artikkel 13 er oppfylt ved krenkelse av artikkel 8.

Oppgaven vil ikke utlede en folkerettslig definisjon av terrorisme. Dette fordi det er en omfattende og komplisert oppgave. I det følgende vil det redegjøres for hva som menes med «terrorisme» i oppgavens forstand.

---

<sup>7</sup> EMK artikkel 46

<sup>8</sup> FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 og FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966

<sup>9</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Oslo 2018 s. 249

<sup>10</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 54, avsnitt 246 [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf) lastet ned 13. januar 2020

<sup>11</sup> Se blant annet, *The margin of Appreciation and Human Rights Protection in the «war on Terror»: Have the rules Changed before the European Court of Human Rights?* Av Richard Smith, <http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V8N1/Smith.pdf> sist sjekket 30. mai 2020

## 2 Definisjoner og metode

### 2.1 Terrorisme

Det finnes ikke en internasjonal anerkjent definisjon av terrorisme. Bakgrunnen for dette er at det er sterk uenighet om hva definisjonen skal inneholde. Uenigheten knytter seg til hvem som kan anses som terrorister, om stater og frigjøringsbevegelser skal falle inn under definisjonen og hvilke typer handlinger som faller inn under definisjonen. Videre er det vanskelig å bli enig om en internasjonal definisjon av terrorisme fordi det er et politisk begrep. Statene er således - på bakgrunn av deres politiske ståsted - uenige om hvilke grupper/organisasjoner som skal falle inn under begrepet. Et eksempel på dette er Hezbollah som er et politisk parti og en militant gruppe i Libanon.<sup>12</sup> De har siden 1997 blitt regnet som en terroristorganisasjon av både FN og USA, men i Libanon sitter de i det libanesiske parlamentet.<sup>13</sup> I tilknytning til oppgaven er det derfor viktig å avklare hva som regnes som terrorisme. Således kan en avklare hva en søker å forebygge ved hemmelig overvåkning.

De landene som har kriminalisert terrorisme har sin egen rettslige definisjon av hva som regnes som terrorisme. I norsk lov defineres eksempelvis terrorisme i straffeloven kapittel 18.<sup>14</sup> Den norske definisjonen er sammensatt og delt inn i flere straffebud der det essensielle er at det foreligger terrorhensikt. Den norske definisjonen av terrorisme ble endret ved den nye straffeloven av 2005. Bakgrunnen for dette er at definisjonen skulle i samsvar med EUs rammebeslutning av 13. juni 2002 om bekjempelse av terrorisme artikkel 1 (1).<sup>15</sup> Hovedessensen i endringen er at det etter den nye straffeloven kreves *terrorhensikt*.

Den gamle straffeloven opererte med et krav om *terrorforsett*. EUs rammebeslutning av 13. juni 2002 om bekjempelse av terrorisme ble i 2017 erstattet av Directive (EU) 2017/541 av 15. mars 2017.<sup>16</sup> Definisjonen av terrorisme i rammebeslutningen fra 2002 og direktiv 2017/541 er sammenfallende men EU/direktiv 2017/541 har et punkt mer i definisjonen av hvilke handlinger som regnes som terrorisme. Dette punktet knytter seg til cyberterrorismen og

---

<sup>12</sup> <https://www.cfr.org/backgrounder/what-hezbollah> 30. mai.2020

<sup>13</sup> <https://www.cfr.org/backgrounder/what-hezbollah> og <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-10814698> sist sjekket 30. mai.2020

<sup>14</sup> lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven eller strl.) kapittel 18

<sup>15</sup> Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s. 314-315

<sup>16</sup> Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, forkortet EU/direktiv 2017/541

er ikke å finne i rammebeslutningen fra 2002.<sup>17</sup> Det følger av artikkel 288 tredje ledd i Treaty on the Functioning of the European Union (heretter TFEU) at «*A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods*».<sup>18</sup> Dette innebærer at formålet til et EU-direktiv binder medlemsstatene. Det er imidlertid medlemsstatene selv som bestemmer hvordan et direktiv skal gjennomføres i nasjonal rett. Videre følger det av EU-direktiv 2017/541 artikkel 1 at direktivet etablerer en minimumsgrense for av hva som skal regnes som straffbare forhold i forbindelse med terrorisme. Det kan derfor legges til grunn at den definisjonen av terrorisme som følger av direktiv 2017/541 kan anses som en felles definisjon av terrorisme i EU.

Alle de 27 medlemslandene av EU har ratifisert EMK. Spørsmålet som oppstår er imidlertid om også de tre EØS-landene Island, Liechtenstein og Norge, vil være bundet av definisjonen. Det følger av avtale om det Europeiske økonomiske samarbeidsområde artikkel 7 første ledd bokstav b) at et EØS-direktivs *formål* er bindende for EØS-landene.<sup>19</sup> EU-direktiv 2017/541 er ikke inkorporert som en del av EØS-avtalen, men Europaparlaments og Rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 er inkorporert i EØS-avtalen.<sup>20</sup> Det følger av artikkel 1 femte ledd i EU-direktiv 2015/849 at finansiering av terrorisme skal forstås som finansiering av de handlingene som er definert som terrorisme i EU-direktiv 2017/541. Det må, med bakgrunn i dette, legges til grunn at EUs definisjon av terrorisme også er bindende for EØS-landene. Dette betyr at 30 av 47 stater som har ratifisert EMK har likelydende definisjoner på terrorisme i nasjonal rett. Med bakgrunn i artikkel 1 kan ikke medlemstatene ha en definisjon av terrorisme som dekker mindre en det som følger av artikkel 3 i EU-direktiv 2017/541. I det følgende vil det derfor tas utgangspunkt i EUs definisjon av terrorisme.

EUs definisjon følger av EU-direktiv 2017/541 artikkel 3-12 og artikkel 14. Disse artikkelen regulerer hva EU-landene skal inneha i sin straffelovgivning som lovbrudd knyttet til

---

<sup>17</sup> EU direktiv 2017/541 artikkel 3 første ledd bokstav i) sml. Artikkel 1 første ledd i EUs rammebeslutning av 13. juni 2002

<sup>18</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union vedtatt 25.03.1957 og trådte i kraft 10.10.1958

<sup>19</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde vedtatt 2. mai 1992 og trådte i 1. januar 1994 (EØS-avtalen)

<sup>20</sup>Rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle systemet i forbindelse med hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, heretter EU-direktiv 2015/849



terrorisme.<sup>21</sup> EUs definisjon er derfor en rettslig definisjon som kartlegger hva som skal kriminaliseres som terrorisme i EU-landenes nasjonale rettssystemer.

Det er ikke hensiktsmessig å gjøre rede for alle typer angrep og/eller handlinger som faller inn under EUs definisjon av terrorisme. Hovedpoenget med definisjonen er sammenfallende med norskrett. Det må foreligge terrorhensikt. Terrorhensikt er når en handling er utført med den hensikt å «*seriously intimidating a population*», «*unduly compelling a government or international organisation to perform or abstain from performing any act*», eller «*seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organization*».<sup>22</sup> Hensikten med handlingen må dermed falle inn under en av de tre kategorier for å omfattes av EUs definisjon av terrorisme.

Det første alternativet knytter seg til effekten handlingen har på befolkningen i et land. Handlingen må ha som hensikt å skremme befolkning eller skape frykt. Ordet «*seriously*» taler for at denne frykten må være av en viss kvalifikasjon. Litt frykt er dermed ikke tilstrekkelig. Hvilke handlinger som skaper lite eller mye frykt er vanskelig å definere.

Det andre alternativet knytter seg til handlinger som har til hensikt å tvinge en stat eller en internasjonal organisasjon til å gjøre eller unnlate en handling. Ordlyden «*unduly*» knytter seg til at tvangen må være urimelig eller urettmessig. Handlingen staten tvinges til å avstå fra må dermed være noe terroristene ikke har rett til å kreve. Et eksempel på dette er en handling som utføres med det formål å stoppe statene fra å sende militærpersonell til et land. Alle typer handlinger faller inn under alternativet, se ordlyden «*any acts*».

Det tredje og siste alternativet retter seg mot samfunnsfunksjoner. En handling som sikter på å alvorlig svekke eller ødelegge samfunnskritiske funksjoner, vil falle inn under denne kategorien. Ordlyden omfatter dermed lovgivende-, utøvende- og dømmende myndighet. Videre vil også samt bankvesen, helsevesen, vannforsyning og matforsyning med mer falle under alternativet. Enhver handling som har til hensikt å skade eller ødelegge samfunnskritiske funksjoner vil dermed falle inn under definisjonen. Et eksempel på dette vil være dersom en gruppe bomber et sykehus for å skade helsevesenet i et land.

---

<sup>21</sup> EU/direktiv 2017/541 artikkel 3 første ledd

<sup>22</sup> EU/direktiv 2017/541 artikkel 3 annet ledd sml. første ledd

Når en knytter definisjonen av terrorisme opp mot formålet med handlingen, vil det ikke være nødvendig å angi en uttømmende liste av handlinger som skal regnes som terrorisme. Dette kan eksemplifiseres gjennom gisselsituasjoner. Holder gjerningspersonen mennesker i en bank som gissel i sammenheng med at de raner banken, faller det ikke innenfor terrordefinisjonen. Her er formålet med handlingene å rane banken, gisselsituasjonen som oppstår er et ledd i dette. Holder derimot gjerningspersonen mennesker som gisler for å presse et land til å trekke ut styrker fra et annet land, eller løslate fanger fra et fengsel, vil handlingen kunne falle inn under denne definisjonen av terror. Her er formålet å urettmessig tvinge et land til å gjøre noe. Dette vil falle inn under det andre alternativet i EU-direktiv 2017/541 artikkel 3 annet ledd.

Det er verdt å bemerke at medvirkning, forsøk og finansiering av terrorisme også omfattes av EUs definisjon.<sup>23</sup>

EMD har ikke i sine dommer vurdert hva som ligger i en definisjon på terrorisme. De har derimot i flere dommer uttalt seg om forebygging av terrorisme som formål ved inngrep i rettigheter etter blant annet artikkel 8, 5 og 6.<sup>24</sup>

### **2.1.1 Konklusjon**

Det legges dermed til grunn at terrorisme er enhver handling som har som hensikt å skape alvorlig frykt i befolkningen, urettmessig tvinge en stat til å gjøre eller unnlate en handling eller å alvorlig skade eller ødelegge samfunnskritiske funksjoner. Medvirkning, finansiering og forsøk på terrorisme omfattes også.

---

<sup>23</sup> EU/direktiv 2017/541, artikkel 11 og 14

<sup>24</sup> Klass og andre mot Tyskland, nr. 5029/71, 6 September 1978, Sher og andre mot Storbritannia, nr. 5201/11, 20. oktober 2015 og Ibrahim og andre mot Storbritannia, nr. 50541/08 med flere, 13. september 2016

## **2.2 Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen og den europeiske menneskerettsdomstolen**

### **2.2.1 Den Europeiske menneskerettskonvensjonen**

Den europeiske menneskerettskonvensjonen ble vedtatt den 4. november i 1950 og trådte i kraft 3. september 1953.<sup>25</sup> Det følger av fortalet til konvensjonen at den har som formål å gjennomføre mange av bestemmelsene i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948.<sup>26</sup> Alle de 47 landene som er medlem av Europarådet er tilsluttet EMK.<sup>27</sup>

EMK består av en hovedkonvensjon som beskytter det som regnes som fundamentale menneskerettigheter. Herunder retten til liv i artikkel 2, forbud mot tortur i artikkel 3 og retten til frihet og sikkerhet i artikkel 5. Videre finnes det også flere tilleggsprotokoller, per dags dato er det vedtatt 6 tilleggsprotokoller.<sup>28</sup>

### **2.2.2 Den Europeiske menneskerettsdomstolen**

For å effektivt kunne håndheve rettighetene som følger av EMK ble Den europeiske menneskerettsdomstolen opprettet i 1959.<sup>29</sup> Domstolen har sitt sete i Strasbourg. Den har jurisdiksjon i alle saker som omhandler tolking og anvendelse av konvensjonen og dens protokoller.<sup>30</sup> Dommene som blir avsagt av EMD har stor betydning for landene som er tilsluttet EMK. Bakgrunnen for dette er at avgjørelsene er bindende for statene.<sup>31</sup> Til sammenligning er uttalelser fra FNs menneskerettsorgan bare anbefalinger til statene – og er således av ikke-bindende karakter.<sup>32</sup>

EMD har stor makt i form av at det er deres tolkning av EMK som skal legges til grunn. Dette kan leses ut av EMK artikkel 19: Det heter her at EMD skal passe på at statene opprettholder

---

<sup>25</sup> EMK, fortale

<sup>26</sup> EMK, fortale

<sup>27</sup> Europarådet er europeiske samarbeidsorganisasjon som jobber for å sikre menneskerettigheter. Europarådet ble opprettet i 1949. Se Europarådets hjemmeside: <https://www.coe.int/no/web/about-us/who-we-are>

<sup>28</sup> Se EMK med tilleggsprotokoller: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

Sist sjekket 30.mai 2020

<sup>29</sup> EMK art. 19.

<sup>30</sup> EMK art. 32.

<sup>31</sup> EMK art. 46

<sup>32</sup> Ruud og Ulfstein (2018) s. 249

sine forpliktelser etter konvensjonen. I artikkel 46 stadfestes det at EMDs dommer er bindende for partene. EMDs tolkning av konvensjonen utvikler seg gjennom rettspraksis. Konvensjonen åpner i mange tilfeller for skjønn. Det er EMD som avgjør om statene er innenfor dette skjønnet. Mer om dette under tolkningen av EMK og statens skjønnsmargin i kapittel 2, punkt 2.2.3.

Det er staten som er pliktsubjekt etter EMK. Etter EMK artikkel 34 kan domstolen motta klager fra personer, frivillige organisasjoner eller grupper med enkeltpersoner. Videre er det også mulighet for stater å bringe inn saker mot andre stater for domstolen.<sup>33</sup> Dette ble blant annet gjort mot Hellas av Norge, Danmark, Sverige og Nederland i 1967.<sup>34</sup>

### 2.2.3 Hvilken metode brukes i tolkningen av EMK?

Det er den europeiske menneskerettsdomstolen som tolker og utfyller konvensjonen.<sup>35</sup> EMD har blant annet uttalt at «*it reiterates that the Convention must be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory*».<sup>36</sup> Den eneste artikkelen som nevner hvordan konvensjonen skal tolkes er artikkel 17. Det følger av bestemmelsen at rettighetene i konvensjonen ikke kan tolkes på en slik måte at disse faller bort eller begrenses mer enn det som følger av konvensjonen selv. Det er altså en artikkel som skal hindre statene, personer, og grupper fra å tolke seg bort fra de plikter og begrensinger som følger av EMK. Artikkel 17 har blitt brukt på forskjellige måter i EMDs rettspraksis. I noen saker blir bestemmelsen brukt direkte med en annen artikkel, og andre ganger brukes den som et tolkningsmoment.<sup>37</sup> Artikkelen kan eksempelvis benyttes til å innskrenke ytringsfriheten: Der en person bruker ytringsfriheten til å spre hat. De absolutte rettighetene i art. 5, 6 og 7 kan ikke begrenses av artikkel 17.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> EMK art. 33.

<sup>34</sup> EMDs avgjørelse mot Hellas, sist sjekket 30. mai 2020

[https://www.echr.coe.int/Documents/Denmark\\_Norway\\_Sweden\\_Netherlands\\_v\\_Greece\\_I.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Denmark_Norway_Sweden_Netherlands_v_Greece_I.pdf)

<sup>35</sup> EMK art. 32 nr. 1 jr. Art. 19

<sup>36</sup> Sergey Zolotukhin mot Russland, nr.14939/03, 10. februar 2009, avsnitt 80

<sup>37</sup> Se. Roj TV AS mot Danmark nr. 2683/14, 17. april 2018, brukt direkte og Herri Batasuna og Batasuna mot Spania, nr. 25803/04, 30. juni 2009, brukt som tolkningsmoment.

<sup>38</sup> Se EMDs Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights, s. 14, [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_17\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf) lastet ned 30. mai 2020

Videre har EMD ved hjelp av Wien-konvensjonen om traktatretten utviklet tolkningsmomentene.<sup>39</sup> Allerede før konvensjonen trådte i kraft ble den brukt av EMD til å tolke EMK. Et eksempel på dette er *Golder mot Storbritannia* i 1975.<sup>40</sup> Det følger av rettspraksis at deler av Wien-konvensjonen, herunder artikkel 31-33 er internasjonal sedvanerett.<sup>41</sup> Dette innebærer at også stater som ikke har ratifisert konvensjonen, er bundet av den.<sup>42</sup>

Det er artikkel 31-33 i Wien-konvensjonen som er relevant ved tolkning av EMK. Det følger av Wien-konvensjonen artikkel 31(1) at ordlyden i traktaten er sentral. Dette er begrunnet i det sentrale demokratihensynet - det er ordlyden de forskjellige statene har godtatt når de har ratifisert konvensjonen.<sup>43</sup> Videre skal ordlyden tolkes i samsvar med traktatens formål, dette kalles prinsippet om formålsrettet tolkning og følger av Wien-konvensjonen art. 31(1).

Andre tolkningsmomenter som følger av Wien-konvensjonen er at en traktat skal tolkes i god tro, etter sin ordlyd.<sup>44</sup> Wien-konvensjonen sier ikke noe om hvordan de forskjellige rettskildene og momentene skal vektes, dette er dermed opptil EMD å avgjøre.<sup>45</sup>

Det følger av Wien-konvensjonen artikkel 31(3) b at praksis fra statene tilknyttet konvensjonen som viser enighet om tolkningen skal tillegges vekt. Dette har EMD sluttet seg til i blant annet i *Hassan mot Storbritannia*.<sup>46</sup> EMD uttalte her at sammenfallende praksis fra statene kan forstås slik at de ikke bare er enig om tolkningen, men også er enige om å modifisere konvensjonen innhold. I den ovennevnte dommen kom EMD frem til at en stat ikke kunne fravike sine plikter etter artikkel 5 når de anholder en person under internasjonale bevæpnede konflikter.<sup>47</sup> Resultat ble begrunnet med at dette var en praksis mange av statene tilknyttet EMK allerede praktiserte.<sup>48</sup>

---

<sup>39</sup> Wien-konvensjonen om traktatretten ble vedtatt den 23. mai 1969 og trådte i kraft 27. januar. 1980.

<sup>40</sup> William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – a commentary*, Oxford 2015, s. 35

<sup>41</sup> Ruud og Ulfstein (2018) s. 70, *Arbitral Award of 31 July 1989*, ICJ rep. 1991, s. 53

<sup>42</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Tromsø 2018, s. 211

<sup>43</sup> Ruud og Ulfstein (2018) s. 94

<sup>44</sup> Ruud og Ulfstein (2018) s. 95-97

<sup>45</sup> Ruud og Ulfstein (2018) s. 94

<sup>46</sup> *Hassan mot Storbritannia* nr. 29750/09, 16. September 2014

<sup>47</sup> Schabas (2015) s. 37

<sup>48</sup> *Hassan mot Storbritannia*, avsnitt 101

Den Europeiske menneskerettsdomstolen har gjennom sin egen rettspraksis utviklet flere tolkningsprinsipper. Prinsippet om autonom tolkning, prinsippet om dynamisk tolkning, og prinsippet om at konvensjonen må leses i sin helhet, er eksempler på egenutviklede tolkningsprinsipper.<sup>49</sup>

*Prinsippet om autonom tolkning* knytter seg til hvordan ord i konvensjonen skal forstås. De skal tolkes uavhengig av hvordan statene forstår dem. Et eksempel på dette er forståelsen av begrepet «home» i artikkel 8 første ledd. EMD fant i *Winterstein mot Frankrike* at begrepet hjem « [...] is an autonomous concept which does not depend on classification under domestic law. Whether or not a particular premise constitutes a “home” which attracts the protection of Article 8 will depend on the factual circumstances, namely, the existence of sufficient and continuous links with a specific place».<sup>50</sup> Det beror dermed på en helhetsvurdering om et sted eller et hus faller inn under begrepet «home» i artikkel 8 første ledd. Denne vurderingen skal gjøres på bakgrunn av faktiske omstendigheter, herunder om et individ har en tilstrekkelig og en lang tilknytning med stedet.

Ved en autonom tolkning av begrepet «home» sikrer EMD seg mot at medlemsstatene ikke regulerer seg bort fra rettighetene som følger av artikkel 8 første ledd. Eksempelvis dersom det fulgte av en medlemsstats lovgivning at bare et hus eller en leilighet var regnet som «home». I slike tilfeller vil ikke retten til respekt for sitt hjem være beskyttet i tilfeller noen ser på en hytte eller en campingbil som sitt hjem.

Videre har en *prinsippet om dynamisk tolkning*. EMD uttalte i *Tyrer mot Storbritannia* at EMK «is a living instrument which [...], must be interpreted in the light of present-day conditions».<sup>51</sup> Prinsippet om dynamisk tolkning innebærer at konvensjonen må tolkes i samsvar med samfunnsutviklingen. Hvis en slik tolkning skal være mulig, kan ikke EMD være bundet av tidligere dommer. Samfunnet har endret seg siden domstolen ble opprettet i 1959. Dersom EMK skal være like relevant i dag som den gang, må konvensjonen kunne tilpasses dagens samfunn. Det har for eksempel skjedd store forandringer innenfor teknologi siden konvensjonen trådte i kraft.

---

<sup>49</sup> Se blant annet *Adolf mot Østerrike* nr. 8269/78, 26. mars 1982, avsnitt 30, *Tyrer mot Storbritannia* nr. 5856/72, 25. april 1978, avsnitt 31 og *Soering mot Storbritannia* nr. 14038/88, 7. juli 1989, avsnitt 103

<sup>50</sup> *Winterstein og andre mot Frankrike*, nr. 27013/07, 17. oktober 2013, avsnitt 43

<sup>51</sup> *Tyrer mot Storbritannia*, avsnitt 31

Et eksempel på dynamisk tolkning finner en i *Goodwin mot Storbritannia*.<sup>52</sup> Christine Goodwin klagde til EMK fordi hun ikke ble akseptert som dame etter en kjønnskifteoperasjon. I dommen uttalte EMD at statene måtte ta hensyn til den sosiale aksepten av transseksuelle. Videre ble det lagt vekt på at det ikke fantes noen offentlige hensyn som talte for en lovgivning som ikke aksepterte kjønnskifte. Med bakgrunn i dette forelå det et brudd på artikkel 8.

Problemet med prinsippet om dynamisk tolkning er den kan endre innholdet i forpliktelsene statene har akseptert når de ratifiserte EMK. Dette står i motstrid med suverenitetsprinsippet. Prinsippets kjerne er at statene bare er bundet av sin egen vilje.<sup>53</sup>

Videre har EMD uttalt at konvensjonen må leses som *en helhet* og at de forskjellige bestemmelsene må *harmoniseres*.<sup>54</sup> Et eksempel på dette er saken *Soering mot Storbritannia*.<sup>55</sup> Soering som var fengslet i England og krevd utlevert til USA. Han hevdet at han ved en utlevering til USA risikerte dødsstraff. Det ville derfor innebære et brudd på konvensjonen å tillate dette. I vurderingen om en slik utlevering var i samsvar med EMK art. 3 utalte EMD «*the Convention is to be read as a whole and Article 3 (art. 3) should therefore be construed in harmony with the provisions of Article 2*». <sup>56</sup> Videre fremholdt EMD at dødsstraff ikke kan være et brudd på artikkel 3 fordi det er i motstrid med artikkel 2 andre setning som klart sier at dødsstraff kan være lovlig. <sup>57</sup> Det ble likevel konstatert brudd artikkel 3. Bakgrunnen for dette var forholdene rundt Soering og forholdene knyttet til «death row» i USA. Disse ville sette han i fare for å bli utsatt for behandling som faller inn under artikkel 3.<sup>58</sup>

En del av EMDs metode er at de har innfortolket en skjønnsmargin. Statens skjønnsmargin er utviklet i EMDs rettspraksis.<sup>59</sup> Statens skjønnsmargin er mest bruk og utviklet i saker som omhandler artikkel 8-11. Det er i disse artiklene inntatt en unntakshjemmel i annet ledd som åpner for inngrep i rettighetene som følger av artikkel 8-11. Det er i vurderingen av om inngrepene er i samsvar med EMK statens skjønnsmargin kommer inn og gir staten et

---

<sup>52</sup> Goodwin mot Storbritannia, nr. 28957/95, 11. juli 2002, se avsnitt 84 og avsnitt 93

<sup>53</sup> Ruud og Ulfstein (2018) s. 22

<sup>54</sup> Schabas (2015) s. 47, se Misisic mot Storbritannia nr. 10781/10, 16. oktober 2010, avsnitt 23

<sup>55</sup> Soering mot Storbritannia nr. 14038/88, 7. juli 1989

<sup>56</sup> Soering mot Storbritannia, avsnitt 103

<sup>57</sup> Soering mot Storbritannia, avsnitt 103

<sup>58</sup> Soering mot Storbritannia, avsnitt 111

<sup>59</sup> Se blant annet Handyside mot Storbritannia, nr. 5493/72, 7. desember 1976, avsnitt 47-48

spillerom. Dermed har statens skjønnsmargin betydning ved negative konvensjonsforpliktelser. Videre følger det av EMDs praksis at statene også har en skjønnsmargin ved positive konvensjonsforpliktelser, men dette vil ikke gjennomgå ytterligere.<sup>60</sup>

Statens skjønnsmargin er et utslag av *subsidiaritetsprinsippet*.<sup>61</sup> EMD uttalte i *Handyside mot Storbritannia* at «it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of “necessity” in this context». EMD kan overprøve skjønnnet, herunder om inngrepet anses å være proporsjonalt og nødvendig.<sup>62</sup> Her kommer *proporsjonalitetsprinsippet* inn.

Under statens skjønnsmargin ved inngrep i en rettighet er det ofte innfortolket et krav om rettsikkerhetsgarantier ved inngrep i en rettighet. Foreligger det ikke tilstrekkelig garantier mot misbruk er statene utenfor sin skjønnsmargin.<sup>63</sup>

Hvor vid skjønnsmargin statene får varierer ut fra hvilke rettigheter det er snakk om, begrunnelsen for inngrepet, og den aktuelle saken.<sup>64</sup> Ved inngrep i liv, integritet og personlig frihet er statens skjønnsmargin snever.<sup>65</sup> Bakgrunnen for dette er at de ovennevnte er absolutte rettigheter som staten ikke kan gjøre inngrep bortsett fra i de tilfellene nevnt i EMK.

EMD har også tatt stilling til hvordan de skal forholde seg til tidligere avsagte dommer («respect for precedent»). Ved presedens forstås det at dommen har rettskildeverdi og dermed følges opp i senere lignende saker.<sup>66</sup> Utgangspunktet er at presedens skal følges, men EMD er ikke formelt bundet av sine tidligere dommer.<sup>67</sup> Dette kan ses i sammenheng med prinsippet om dynamisk tolkning.

---

<sup>60</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s.9, avsnitt 9

<sup>61</sup> Subsidiaritetsprinsippet betyr at statene har hovedansvaret ved gjennomføring og håndheving av menneskerettighetene, Ole Johan Settem, Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten, *Jussens venner*, 03/2016 (volum 51), s. 119-141

<sup>62</sup> Kennedy mot Storbritannia, nr. 26839/05, 18.mai 2010, avsnitt 154

<sup>63</sup> Kennedy mot Storbritannia, avsnitt 153

<sup>64</sup> Njål Høstmælingen, Internasjonale menneskerettigheter, 2. utgave, Oslo 2012 s. 130

<sup>65</sup> Aall (2018) s. 156

<sup>66</sup> Skoghøy (2018) s. 106

<sup>67</sup> Schabas (2015) s. 46-47.



### 3 Hva er formålet med artikkel 8?

Det følger av artikkel 8 første ledd at «*Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence*». Rekkevidden til artikkel 8 er etter sin ordlyd delt inn i fire områder: privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. For å kunne påberope seg artikkel 8 må saken til klagerne falle inn under en av disse områdene.<sup>68</sup> Bruken av ordet «*respect*» tyder på at rettighetene i artikkel 8 første ledd ikke er absolutte. En naturlig språklig forståelse av ordet «*respect*» er at en må anerkjenne eller overholde rettighetene som følger av artikkel 8 første ledd. Dette bekreftes av at artikkel 8 annet ledd åpner for inngrep i rettighetene etter første ledd. Rettighetene etter artikkel 8 er dermed ikke absolutte. Ordlyden «*everyone*» innebærer at alle fysiske personer har rett til respekt for sitt privatliv.

Artikkel 8 annet ledd lyder slik:

*«There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».*

Ordet «*interference*» må tolkes slik at det finnes en nedre grense for hva som kan anses som en innblanding fra en offentlig myndighet.

Artikkel 8 annet ledd stiller dermed opp tre vilkår for at et inngrep skal være lovlig.

Muligheten for å gjøre inngrep i rettighetene som følger av artikkel 8 vil kort bli redegjort for under i punkt 3.1.

Artikkel 8 gir statene en negativ forpliktelse. EMD uttalte følgende i *Kroon og andre mot Nederland*: «*The Court reiterates that the essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities.*».<sup>69</sup> Artikkelens primære rolle er, slik det følger av *Kroon og andre mot Nederland*, å beskytte individer mot vilkårlige inngrep i rettighetene når inngrepet er utført av en offentlig myndighet. Dermed har konvensjonsstatene

---

<sup>68</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 7, avsnitt 1

<sup>69</sup> *Kroon og andre mot Nederland*, nr. 18535/91, 27. oktober 1994, avsnitt 31

en plikt til å frstå fra vilkårlige inngrep. Slik begrenser artikkel 8 statens maktbruk overfor innbyggerne.<sup>70</sup>

For å kartlegge hva artikkelen søker å beskytte er det nødvendig å utrede hva som inngår i rettighetene etter artikkel 8.

Det følger av EMDs rettspraksis at statene også kan ha positive forpliktelser etter artikkel 8.<sup>71</sup> Disse forpliktelsen er et resultat av en progressiv formålsfortolkning.<sup>72</sup> Ved positive forpliktelser plikter statene å handle for å beskytte et individs rettigheter mot inngrep fra andre private parter.<sup>73</sup>

De positive forpliktelsene som kan følge av artikkel 8 er lite relevant for oppgavens innfallsvinkel. Oppgaven er avgrenset til inngrep i form av hemmelig overvåkning av en offentlig myndighet. Oppgaven knytter seg dermed til statenes negative forpliktelser etter artikkelen. Staten har en positiv forpliktelse til å beskytte individer mot terror, men en denne forpliktelsen vil falle under artikkel 2 og retten til liv.<sup>74</sup>

### **3.1 Kort om adgangen til å gjøre inngrep i artikkel 8**

Etter artikkel 8 annet ledd er det mulighet til å gjøre inngrep i rettighetene i artikkelens første ledd. Det er altså ved statens negative forpliktelser unntakshjemmelen har betydning. Artikkel 8 annet skal sikre at inngrepene som gjøres i rettighetene er i samsvar med formålet til artikkel 8. Etter artikkel 9-11 annet ledd er det også mulighet til å gjøre inngrep i rettighetene som følger av første ledd. Unntakshjemmelen i annet ledd i artiklene 8-11 er likelydende. Som nevnt innledningsvis i kapittelet, må tre kumulative vilkår være oppfylt for å gjøre inngrep i rettighetene etter artikkel 8. Dette betyr at alle vilkårene må være oppfylt for at inngrepet skal være rettmessig.

---

<sup>70</sup> Aall (2018) s. 215

<sup>71</sup> Se blant annet *Bărbulescu mot Romania*, nr. 61496/08, 5. september 2017

<sup>72</sup> Aall (2018) s. 215

<sup>73</sup> Aall (2018) s. 215

<sup>74</sup> Schabas (2015) s. 122

### 3.1.1 «In accordance with law»

Det første vilkåret for at inngrepet i artikkel 8 er rettmessig, er at det må være «*in accordance with law*». En naturlig språklig forståelse av vilkåret er at inngrepet må være hjemlet eller være i samsvar med formell skriftlig lov. Lovkravet er utslag av legalitetsprinsippet. Dette innebærer at offentlige myndigheter ikke kan gjøre inngrep overfor individet med mindre inngrepet følger av lov. Prinsippet begrenser statens makt.

Det følger imidlertid av EMDs praksis at begrepet «law» ikke bare skal forstå som formell skriftlig lov. Også ulovfestet rett og rettspraksis faller inn under begrepet.<sup>75</sup> Etter EMDs praksis er det heller ikke tilstrekkelig at det foreligger en formell lov som hjemler inngrepet. Det stilles også krav til lovens kvalitet.<sup>76</sup> Loven må være tilgjengelig, presis og klar.<sup>77</sup> Dette er for å ivareta hensynet til forutberegnelighet.

I *klarhetskravet* ligger det at rekkevidden og måten inngrepet kan gjennomføres må følge av lovhjemmelen. Dette for at individet skal kunne forutberegne når inngrep i deres rettigheter etter artikkel 8 kan skje. Videre følger det av kravet om *tilgjengelighet* at inngrepet må være mulig å forutse. Hvis en lov ikke er tilgjengelig er det vanskelig for individer å forut beregne sin rettsstilling.

Avslutningsvis er det nødvendig at loven inneholder rettsikkerhetsgarantier som beskytter individer fra vilkårlige inngrep i rettighetene etter artikkel 8.<sup>78</sup> Dette er spesielt viktig ved lovgivning som gir adgang til å gjennomføre inngrep i form av hemmelig overvåkning.<sup>79</sup> I slike tilfeller er ikke individet klar over at det gjøres inngrep i rettighetene etter artikkel 8. Dermed er overprøving fra en domstol om lovligheten av inngrepet ofte ikke mulig før etter inngrepet er avsluttet. Det er således viktig med gode rettsikkerhetsgarantier for å sikre individer mot vilkårlige inngrep før inngrepet er avsluttet.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Malone mot Storbritanni, nr. 8691/79, 2. august 1984, avsnitt 66

<sup>76</sup> Halford mot Storbritannia, nr. 20605/92, 25. juni 1997, avsnitt 49

<sup>77</sup> Lebois mot Bulgaria, nr. 67487/1, 19. oktober 2017, avsnitt 66

<sup>78</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 11, avsnitt 19

<sup>79</sup> Halford mot Storbritannia, avsnitt 49

<sup>80</sup> Se blant annet Weber og Saravia mot Tyskland, nr. 54934/00, 26. juni 2006, avsnitt 93

Dersom EMD konkluderer med at inngrepet ikke er i samsvar med lov, foreligger det et inngrep i rettighetene etter artikkel 8.<sup>81</sup> Det er da ikke nødvendig og overprøve de to siste vilkårene for inngrep i artikkel 8 annet ledd.

### 3.1.2 «Legitimate aim»

Det andre vilkåret for å gjøre inngrep i artikkel 8 er at inngrepet må søke å oppfylle et av de *legitime formålene* utfyllende oppramset i artikkel 8 annet ledd. Begrunnelsen for inngrepet må dermed være sammenfallende med formålene i artikkel 8 annet ledd. Formålene som må søkes oppfylt er som nevnt over: «*the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*». EMD er ofte kort i overprøvingen av dette vilkåret.<sup>82</sup> Det er opptil statene og vise at inngrepet søker å oppfylle et av de legetime formålene. EMD kan i noen tilfeller finne at inngrepet oppfyller et annet av de legetime formålene enn det staten påberoper seg.<sup>83</sup> Et eksempel på dette er *Berrehab mot Nederland* hvor EMD uttalte «*The Court has reached the same conclusion. It points out, however, that the legitimate aim pursued was the preservation of the country's economic well-being within the meaning of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2) rather than the prevention of disorder: the Government were in fact concerned, because of the population density, to regulate the labour market.*».<sup>84</sup> Det faktum at staten påberoper seg et annet legitimt formål en det inngrepet faktisk oppfyller i følge EMD er ikke nok til å stadfeste brudd på rettighetene etter artikkel 8.

### 3.1.3 «Necessary in a democratic society»

Det siste vilkåret er at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. I forutsetningen foretas det en balansering av individets rettigheter mot statens behov for å gjøre inngrep.<sup>85</sup> Ordlyden «*necessary in a democratic society*» må forstås slik at inngrepet må

---

<sup>81</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 11, avsnitt 21

<sup>82</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 11, avsnitt 22

<sup>83</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 12, avsnitt 22

<sup>84</sup> *Berrehab mot Nederland*, nr. 10730/84, 21. juni 1988, avsnitt 26

<sup>85</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 12, avsnitt 26

være mer enn ønskelig. Det må foreligge *et behov* for inngrepet i større grad enn at et slik inngrep er ønskelig. I forbindelse med nødvendighetsbegrepet uttalte EMD i *Breyer mot Tyskland* at «*an interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need”[...]»*.<sup>86</sup> Det er statene som må bevise at det foreligger et sterkt behov for inngrepet.<sup>87</sup>

Under vurderingen av om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn kommer også proporsjonalitetsprinsippet inn. I *Z mot Finland* uttalte EMD at «*In determining whether the impugned measures were “necessary in a democratic society”, the Court will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify them were relevant and sufficient and whether the measures were proportionate to the legitimate aims pursued.»*.<sup>88</sup> Proporsjonalitetsvurderingen knytter seg dermed til det legitime formålet. Inngrepet må ikke være for inngripende sett opp i mot det formål det søker å oppfylle. Avslutningsvis er det under vurderingen om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn at statens skjønnsmargin kommer inn. Her får dermed statene et vist skjønn i hvordan de velger å implementere rettighetene etter artikkel 8 i egen rett. Se redegjørelsen av statens skjønnsmargin under kapitel 2, punkt 2.2.3.

### 3.2 Retten til respekt for privatliv

Privatliv må forstås slik at individer har en privatsfære som skal være beskyttet fra inngrep fra staten. En vil tenke at det fysiske legeme, samt relasjoner med andre mennesker er noe som naturlig faller inn under begrepet privatliv. Begrepet privatliv er et vidt begrep der både retten til respekt for korrespondanse, hjem og familieliv vil være omfattet.

I *Uzun mot Tyskland* uttalte EMD det følgende om begrepet «privatliv»: «*The Court reiterates that private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition.»*<sup>89</sup> Det er vidt begrep som omfavner både psykiske, fysiske og sosiale aspekter.<sup>90</sup> Retten til identitet og personlig utvikling er beskyttet av begrepet.<sup>91</sup> Begrepet er såpass vidt at bare noen eksempler

---

<sup>86</sup> Breyer mot Tyskland, nr. 50001/12, 20. januar 2020, avsnitt 88

<sup>87</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 12, avsnitt 22

<sup>88</sup> Z mot Finland, nr 22009/93, 25. februar 1997, avsnitt 94

<sup>89</sup> Uzun mot Tyskland, nr. 35623/05, 2. september 2010, avsnitt 43

<sup>90</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*», s. 20, avsnitt 66

<sup>91</sup> Uzun mot Tyskland, avsnitt 43

på hva som faller inn under begrepet vil bli redegjort for nedover i oppgaven. Det kan være vanskelig å avgjøre hva som inngår i kjernen av begrepet og det kan ha krysningspunkter mot andre konvensjonsbestemmelser.<sup>92</sup> Et eksempel på dette er saker som kan falle inn under artikkel 3. Nedverdiggende eller umenneskelig behandling vil klart være et inngrep i retten til respekt for privatliv. Lignende problemstillinger kan oppstå ved artikkel 9, 11 og 12. Dette fordi begrepet «privat life» favner vidt.

Noe som må anses å være i kjernen av begrepet uavhengig av grensedragninger mot andre konvensjonsbestemmelser er fysisk integritet.<sup>93</sup> Her vil ethvert inngrep mot kroppen være omfattet. I slike tilfeller har statene en positiv forpliktelse å beskytte individer mot vold fra private parter.<sup>94</sup> De negative forpliktelsene knytter seg i stor grad til inngrep i forbindelse med bevissikring i forbindelse med en etterforskning. Det er her tale om å bruke kroppen eller noe på kroppen som bevis.<sup>95</sup> Kroppsvisitering vil også kunne være et inngrep i et individs fysiske integritet.

Videre faller retten til helsehjelp og behandling inn under begrepet.<sup>96</sup> Her foreligger det en positiv forpliktelse til å ha på plass en infrastruktur som sikrer at sykehus ivaretar individers fysiske integritet, samt gir tilgang til rettsapparatet når en ikke har fått forsvarlig behandling.<sup>97</sup> Denne retten omfatter mer enn det overnevnte, men det er ikke nødvendig å redegjøre nærmere for dette. Seksuell legning, herunder kjønn og navn, faller også under begrepet.<sup>98</sup>

Et aspekt av retten til privat liv som er svært relevant for oppgaven er *personvern*. Herunder personlig informasjon og overvåkning av et individs internettaktiviteter. EMD uttalte i *Catt mot Storbritannia* at lagring av personlige opplysninger i en database, vil innebære et inngrep i retten til respekt for privat livet.<sup>99</sup> Det er ikke nødvendig at informasjonen er konfidensiell, den kan omfatte bilder, samt annen informasjon som er offentlig. Det avgjørende er at informasjonen er samlet systematisk og lagres av en offentlig myndighet.<sup>100</sup> Hemmelig overvåkning av en offentlig myndighet vil således falle under vernet i artikkel 8. Ved

---

<sup>92</sup> Aall (2018) s. 217

<sup>93</sup> Aall (2018) s. 219

<sup>94</sup> Schabas (2015) s. 370

<sup>95</sup> Aall (2018) s. 219

<sup>96</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, s. 26, avsnitt 97

<sup>97</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, s. 26, avsnitt 97

<sup>98</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, s. 31, avsnitt 128

<sup>99</sup> *Catt mot Storbritannia*, nr. 43514/14, 24. januar 2019, avsnitt 92

<sup>100</sup> Schabas (2015) s. 383

hemmelig overvåkning kan alle de fire aspektene ved artikkel 8 være berørt. Herunder retten til respekt for privat liv, hjem, familieliv og korrespondanse. Inngrep i form av hemmelig overvåkning kan være rettmessig etter artikkel 8. Forutsetningen er at overvåkningen foregår innenfor de rammer som følger av unntaksvilkårene etter artikkel 8 annet ledd.<sup>101</sup>

Som vist over, beskytter retten til respekt for privat livet i artikkel 8 et vidt spekter av rettigheter, og enda flere finnes det. Essensen er at begrepet «privat life» er vidt og søker å beskytte alle aspekter av et individs privat liv. Det søker å beskytte alt fra seksuelle identitet, religion, helsehjelp til lagring av personlige opplysninger og beskytte mot fysiske krenkelser. Mange av rettighetene som utledes av begrepet «privat life», er positive forpliktelser for statene. Det finnes imidlertid også negative forpliktelser. I denne oppgaven ligger fokuset på de negative forpliktelsene knyttet til hemmelig overvåkning.

### 3.3 Retten til respekt for hjem

I retten til respekt for sitt hjem, er forståelsen av ordet «home» sentralt. En naturlig tolkning av ordet «hjem» er huset en bor i eller den plassen man kaller hjem. EMD uttalte følgende om begrepet i *Winterstein og andre mot Frankrike*:

*«The Court reiterates that the concept of “home” within the meaning of Article 8 is not limited to premises which are lawfully occupied or which have been lawfully established. It is an autonomous concept which does not depend on classification under domestic law. Whether or not a particular premise constitutes a “home” which attracts the protection of Article 8 will depend on the factual circumstances, namely, the existence of sufficient and continuous links with a specific place».*<sup>102</sup>

Begrepet «hjem» er dermed ikke begrenset til den eiendommen individet bor på.<sup>103</sup> Det vil også kunne omfatte individer som bor et sted urettmessig, herunder leietakere der leiekontrakt er utgått, samt husokkupanter.<sup>104</sup> Hytter og andre typer fritidsboliger kan også omfavnes av begrepet. Det avgjørende synes å være tilknytningen til boligen.<sup>105</sup> Avslutningsvis er det også

---

<sup>101</sup> Se Klass og andre mot Tyskland, nr. 5029/71, 6 September 1978

<sup>102</sup> Winterstein og andre mot Frankrike, avsnitt. 141

<sup>103</sup> EMDs «Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, s. 74

<sup>104</sup> EMDs «Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights s. 74

<sup>105</sup> EMDs «Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights s. 75

åpnet for at en bedrifts- eller et individs kontor (når kontoret er utenfor individets bolig) også kan falle inn under begrepet «home» i artikkel 8.<sup>106</sup> Forpliktelsen for statene under retten til respekt for sitt hjem er i hovedsak negativ. Dette innebærer at offentlig myndighet skal unngå å gjøre inngrep i retten. Dersom det gjøres inngrep, må de oppfylle vilkårene i artikkel 8 annet ledd. Det kan også foreligge positive forpliktelser for statene. Et eksempel på dette fra rettspraksis er *Novoseletskiy mot Ukraina*.

I rettspraksis finnes det mange eksempler på hva som anses som et inngrep i retten til respekt for sitt hjem. Eksempler på inngrep er utkastelse fra hjemmet, ødeleggelse av hjem av offentlig myndighet, ransaking av hjemmet av politiet og å nekte innbyggere som er evakuert og dra tilbake til hjemmet sitt.<sup>107</sup> Det er klart at fysiske inngrep kan foreligge, men også støy og lukt kan bli anset som et inngrep.<sup>108</sup> Inngrep i form av hemmelig overvåkning har en grense til retten til respekt for hjem siden overvåkningen kan forgå nettopp i et individs hjem.

### **3.4 Retten til respekt for korrespondanse**

Retten til respekt for korrespondanse beskytter etter sin ordlyd et individs rett til kommunikasjon. Ved en slik forståelse vil kommunikasjon i form av brev, telefonsamtaler og e-post falle inn under beskyttelsen av korrespondanse. Dette er også lagt til grunn i EMDs rettspraksis, i tillegg faller bruk av internett inn under begrepet.

Retten til respekt for korrespondanse søker å beskytte ulike typer kommunikasjon.<sup>109</sup> Rettigheten inneholder både positive og negative forpliktelser for statene. Telefonavlytting i etterforsknings øyemed vil være et inngrep i rettigheten etter artikkel 8. Her, som over, må inngrepene oppfylle vilkårene i artikkel 8 annet ledd for å være rettmessig. Andre eksempler på hva som kan anses på et inngrep i denne sammenheng er kopiering av korrespondanse, opptak av samtaler (private eller i jobbsammenheng), og hemmelig overvåkning.<sup>110</sup> Ved hemmelig overvåkning vil ofte inngrepet kunne falle inn under både retten til hjem,

---

<sup>106</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights* s. 74, se Buck mot Tyskland, nr. 41604/98, 28 April 2005, avsnitt 31

<sup>107</sup> Guide s. 75 avsnitt 360

<sup>108</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights* s. 76 avsnitt 364, se Moreno Gomez mot Spania

<sup>109</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights* s.90 avsnitt 445

<sup>110</sup> EMDs «*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights* s.90 avsnitt 445



korrespondanse og retten til privat liv. Det er ikke nødvendig å klassifisere inngrepet under et av begrepene for å kunne stadfeste at det foreligger et inngrep etter artikkel 8.

Som nevnt over, følger det også positive forpliktelser av retten til respekt for sin korrespondanse. Et eksempel på dette er *Bârbulescu mot Romania* der EMD fant at statene har en plikt til å beskytte kommunikasjon som ikke er av profesjonell karakter på arbeidsplassen.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> *Bârbulescu mot Romania*, avsnitt 113 og 115-120

## 4 Statens skjønnsmargin ved inngrep i artikkel 8 i saker som omhandler terrorisme

EMKs artikkel 8 beskytter individets rett til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. I dette kapitlet skal statens skjønnsmargin ved inngrep i form av hemmelig overvåkning utledes ved hjelp av rettspraksis fra EMD.

### 4.1 Inngrep i form av hemmelig overvåkning

I *Klass og andre mot Tyskland* tok EMD i 1978 for første gang stilling til om lovgivning som tillater hemmelig overvåkning, utgjorde et inngrep i artikkel 8. Det første spørsmålet som måtte avklares i saken var om lovgivningen i seg selv kunne utgjøre et inngrep etter artikkel 8 annet ledd. Det er klart at når hemmelig overvåkning utføres av en offentlig myndighet mot et individ vil dette være et inngrep i retten til respekt for privatlivet i artikkel 8. Det var derimot ikke før denne dommen avklart om eksistensen av lovgivningen i seg selv kunne anses som et inngrep etter artikkel 8.

For å avgjøre om loven var et inngrep i rettighetene i artikkel 8, vurderte EMD først innholdet i den tyske lovgivningen og hvilke handlinger den ga hjemmel til. Lovgivingen ga under visse omstendigheter anledning til å åpne og lese post, lese telegrafiske meldinger og overvåke og ta opp telefonsamtaler.<sup>112</sup> Telefonsamtaler, post og telegrafiske meldinger er beskyttet av både retten til respekt for privatliv og korrespondanse. Dette kan også ha en side mot begrepet «home» i artikkel 8 første ledd. Dersom eksempelvis overvåkningen av telefonsamtalene skjer mens individet er hjemme, vil en kunne konstatere et inngrep i retten til respekt for hjem. Dermed utgjorde muligheten til å autorisere disse hemmelige overvåkningstiltakene et inngrep i artikkel 8.<sup>113</sup>

Eksistensen av lovgiving som tillater hemmelig overvåkning utgjør en trussel for overvåkning for alle som lovgivningen kan brukes overfor. Dermed kan alle som faller inn under lovens anvendelsesområde klage lovgivningen inn for EMD som et brudd på artikkel 8. Dette

---

<sup>112</sup> *Klass og andre mot Tyskland*, avsnitt 40-41

<sup>113</sup> *Klass og andre mot Tyskland*, avsnitt 41

standpunktet er videreført i senere avgjørelser.<sup>114</sup> Når klageren påstår at hen har blitt utsatt for hemmelig overvåkning, må klageren sannsynliggjøre at det foreligger «*a reasonable likelihood that the measures had been applied to them*».<sup>115</sup> Dersom en ikke kan sannsynliggjøre at en er blitt overvåket vil en ikke kunne påberope seg at det har skjedd et inngrep etter artikkel 8. Det kan ikke stilles strenge krav på dette område. Overvåkingen er av sin natur hemmelig, og det er dermed vanskelig for et individ å ha klare holdepunkter for at en faktisk har blitt overvåket.

Som nevnt over, knytter inngrepet i *Klass og andre mot Tyskland* seg til den tyske lovgivningen. Klagerne mente at lovgivingen ikke oppfylte vilkårene som følger av artikkel 8 annet ledd. Som begrunnelse for sitt standpunkt viste de til at det under den tyske lovgivningen ikke forelå noe krav om varsling etter at overvåkingen var avsluttet. Manglende varsling hindret individer fra å få overprøvd grunnlaget, samt gjennomføringen av inngrepet for en domstol.<sup>116</sup> Denne påstanden må ses i sammenheng med formålet med artikkel 8. Formålet er å forebygge vilkårlige inngrep. Ved inngrep i form av hemmelig overvåkning er det vanskelig å overprøve lovligheten av inngrepet siden verken individer eller andre private parter er klar over inngrepet. Klagerne mente på bakgrunn av dette at en må stille et krav om varsling etter at inngrepet er avslutter slik at en i ettertid av inngrepet har mulighet til å overprøve grunnlaget og gjennomføringen. På denne måten kan en avdekke om inngrepet i det aktuelle tilfelle var lovlig.

I *Weber og Saravia mot Tyskland* er det også den tyske lovgivningen som utfordres. Innholdet i den tyske lovgivingen har endret seg siden *Klass og andre mot Tyskland*. Weber og Saravia sin klage knyttet seg til fem tiltak som loven ga adgang til. For det første knyttet klagen seg til prosessen ved strategisk overvåkning av telekommunikasjon. For det andre oversendelser av personlige opplysninger innhentet ved overvåkning til regjeringen. For det tredje oversendelse av personlige opplysninger innhentet ved overvåkning til andre offentlige myndigheter. Videre prosessen knyttet til ødeleggelse av personlige opplysninger innhentet i forbindelse med overvåkning. Til sist omhandlet det kravene til varsling etter endt overvåkning.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 78 og Kennedy mot Storbritannia, avsnitt 128

<sup>115</sup> Kennedy mot Storbritannia, avsnitt 123

<sup>116</sup> Klass og andre mot Tyskland, avsnitt 10

<sup>117</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 74. Telekommunikasjon er enhver overføring, sending og mottaking av tegn, signaler, skrift, bilder og lyder eller en etterretning av hvilken som helst natur per tråd, radio, ved optiske eller ved andre elektromagnetiske systemer. <https://snl.no/telekommunikasjon> sist sjekket 18. mai 2020

Strategisk overvåkning skiller seg fra tiltakene som ble vurdert i *Klass og andre mot Tyskland*. Dette fordi strategisk overvåkning ikke utføres mot et bestemt individ, men er generell og dermed rammer flere individer. Dette er et tiltak som ga Tyskland anledning til å overvåke telekommunikasjon generelt for det formål å forebygge og identifisere alvorlig kriminalitet eller farer.<sup>118</sup> Tyskland gjennomførte overvåkningen med hjelp av siling i form av stikkord. Det var kun samtaler som inneholdte disse stikkordene som ble lagret. Det finnes to dommer fra 2018 som omhandler lignende overvåkingsregimer som EMD vurderte i *Weber og Saravia mot Tyskland*.<sup>119</sup> Dette er *Big Brother Watch og andre mot Storbritannia*, og *Centrum för rättvisa mot Sverige*. Disse avgjørelsene er imidlertid ikke rettslig bindende da begge sakene er tatt opp til behandling av EMD i stor kammer. Selv om dommene ikke er rettslig bindende viser de at EMD hadde den samme tilnærmingen til vurderingen av staten skjønnsmargin ved hemmelig overvåkning i 2018, som i dommene nevnt over. Om denne samme tilnærmingen står seg etter EMDs storkammer har kommet med sin avgjørelse i sakene er vanskelig å vurdere. Det som kan utledes av det overnevnte er at det går et skille mellom *generell* og *individuell* overvåkning.

Det kan også skilles mellom *intern* og *ekstern* overvåkning. I *Kennedy mot Storbritannia* er det lovgivningen knyttet til intern overvåkning som vurderes opp mot vilkårene i artikkel 8 annet ledd.<sup>120</sup> Det samme gjelder for lovgivningen i *Klass og andre mot Tyskland*.

I *Weber og Saravia mot Tyskland* tillot derimot lovgivningen overvåkning av ekstern kommunikasjon. Tyske myndigheter hadde dermed hjemmel til å overvåke telekommunikasjon utenfor Tysklands grenser. Dette skille kommer ikke til å bli problematisert videre i oppgaven.

Flere av punktene i klagen i *Weber og Saravia mot Tyskland* knyttet seg til behandlingen av informasjonen som hadde blitt innhentet ved overvåkning. I forbindelse med dette konstaterte EMD at oversending av informasjon innhentet ved hemmelig overvåkning til andre offentlige myndigheter i seg selv er et inngrep i artikkel 8.<sup>121</sup> Begrunnelsen for dette standpunktet var at flere fikk tilgang til personlige opplysninger. EMD har også i flere dommer vurdert om

---

<sup>118</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 4 og avsnitt 18-25

<sup>119</sup> Big Brother Watch og andre mot Storbritannia, nr. 58170/13, 13. september 2018 og Centrum för rättvisa mot Sverige, nr. 35252/08 19. juni 2018

<sup>120</sup> Kennedy mot Storbritannia, avsnitt 100

<sup>121</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 79

lagring av materiale innhentet ved hemmelig overvåkning i seg selv er et inngrep i artikkel 8. Spørsmålet har knyttet seg til lagring av personopplysninger og informasjon som kan identifisere et individ. Det er lagt til grunn i EMDs praksis at lagring av slik informasjon er et inngrep i rettighetene i artikkel 8.<sup>122</sup>

I *Segerstedt-Wiberg og andre mot Sverige* ble Sveriges lovgivning i tilknytning lagring av informasjon innhentet ved overvåkning overprøvd av EMD. Klagerne i saken hadde fått informasjon om seg selv lagret i sikkerhetspolitiets systemer. Dermed utfordret ikke klagerne bare lovgivningen slik som i dommene nevnt over, men lagringen av informasjonen overfor klagerne. Deler av informasjonen som hadde blitt lagret om en av klagerne var offentlige avisartikler. Det ble i *Rotaru mot Romania* uttalt at informasjon som finnes offentlig kan falle innenfor beskyttelsen i begrepet «privatliv» der det er systematisk innsamlet og lagret av en offentlig myndighet.<sup>123</sup> Begrunnelsen for dette er at personvern faller inn under retten til respekt for privatlivet. Det er dermed opptil en selv å bestemme hvem som skal ha tilgang på informasjon som omhandler seg selv, herunder blant annet helseopplysninger, telefonnummer og seksuellegning.<sup>124</sup>

Ved lovgivninger som tillater hemmelig overvåkning er ofte forebygging av terrorisme et av formålene loven søker å oppfylle. Dette som en del av å sikre nasjonens sikkerhet og å forebygge kriminalitet.<sup>125</sup>

## 4.2 Statens skjønnsmargin ved hemmelig overvåkning

### 4.2.1 Samfunnsforhold

I *Klass og andre mot Tyskland* isolerte EMD to faktorer som måtte ha betydning for statens skjønnsmargin. Den første faktoren var de teknologiske framskrittene tilknyttet spionasje og

---

<sup>122</sup> Amann mot Sveits nr. 27798/95, 16. februar 2000, avsnitt 65 og Rotaru mot Romania nr. 28431/95, 4. mai 2000, avsnitt 43

<sup>123</sup> Rotaru mot Romania, avsnitt 43

<sup>124</sup> Se <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/personopplysninger/> om hva som regnes som en personopplysning, sist sjekket 18. mai 2020

<sup>125</sup> Se blant annet *Klass og andre mot Tyskland*, avsnitt 46 og *Segerstedt-Wiberg og andre mot Sverige*, avsnitt 7

overvåkning. Den andre faktoren var utviklingen av terrorisme i Europa på denne tiden.<sup>126</sup> EMD uttalte i forbindelse med dette:

«Democratic societies nowadays find themselves threatened by highly sophisticated forms of espionage and by terrorism, with the result that the State must be able, in order effectively to counter such threats, to undertake the secret surveillance of subversive elements operating within its jurisdiction».<sup>127</sup>

EMD ser dermed hen *samfunnsforholdene* når de skal avgjøre i hvilken grad inngrepet i rettighetene er nødvendig i demokratisk samfunn. *Klass og andre mot Tyskland* er fra 1978, men en uttalelse i *Breyer mot Tyskland* fra 2020 tyder på at terrorisme fortsatt er et relevant samfunnsforhold.<sup>128</sup> I *Breyer mot Tyskland* uttalte EMD at kampen mot terrorisme er en av utfordringene landene i Europa står ovenfor i dag.<sup>129</sup> Uttalelsen ble gjort i forbindelse med vurderingen av om det forelå et pressende sosialt behov for å gjøre inngrep i artikkel 8. Dette taler for at terrortrusselen fortsatt er et relevant samfunnsforhold. Med bakgrunn i det forutgående er EMDs vurderinger rundt dette i *Klass og andre mot Tyskland* fortsatt relevant.

Som gjort rede for i kapitel 2, punkt 2.1, er terrorisme enhver handling som har som hensikt å skape alvorlig frykt i befolkningen, urettmessig tvinge en stat til å gjøre eller unnlate en handling eller har som hensikt å alvorlig skade eller ødelegge samfunnskritiske funksjoner. Terrorhandlinger kan føre til store skader og tap av menneskeliv. Det er dermed forståelig at statene føler at de må gå langt for å forebygge at slike handlinger skjer innenfor deres territorium. Videre har terrorhandlinger også en linje til rettigheter i EMK som konvensjonstatene er forpliktet til å beskytte. Midlene som brukes ved terrorisme kan true et individs rett til liv etter artikkel 2, samt et individs rett til frihet og sikkerhet etter artikkel 5.

På den annen side kan en utvidet skjønnsmargin ved hemmelig overvåkning ha en linje mot andre konvensjonsforpliktelser i forbindelse med den overvåkingen utføres mot. Et inngrep i form av hemmelig overvåkning kan ha ringvirkninger. Dersom overvåkingen ikke er rettmessig kan det ha en slagside til artikkel 6 og retten til en rettfærdig rettergang. Dette kan resultere i strafferabatt for den tiltalte i saken.

---

<sup>126</sup> *Klass og andre mot Tyskland*, avsnitt 48

<sup>127</sup> *Klass og andre mot Tyskland*, avsnitt 48

<sup>128</sup> *Breyer mot Tyskland*, avsnitt 88

<sup>129</sup> *Breyer mot Tyskland*, avsnitt 88

Inngrepet har også potensiale til å gripe inn i et individs rett til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter artikkel 9, samt retten til ytringsfrihet etter artikkel 10. Ved å eksempelvis overvåke et individs korrespondanse og bruke informasjonen til å straffeforfølge vedkommende.

I *Klass og andre mot Tyskland* åpnet EMD for at statene i større grad kan gjøre inngrep på bakgrunn terrortrusselen i Europa. EMD aksepterte at lovgivning som åpner for hemmelig overvåkning i ekstraordinære tilfeller kan være nødvendig i et demokratisk samfunn. Men, de åpner ikke for en ubegrenset adgang for statene til å drive med hemmelig overvåkning.<sup>130</sup> Dette må ses i sammenheng med formålet til artikkel 8. Annet ledd søker å begrense statens maktutøvelse overfor individet. Dette tyder på at statenes skjønnsmargin i slike tilfeller er snever. EMD fant dog, med bakgrunn i subsidiaritetsprinsippet, at det forelå en vid skjønnsmargin. Nasjonale myndigheter var nærmest til å vurdere hva som var den beste måten å oppnå det legitime formålet om å beskytte nasjonal sikkerhet.<sup>131</sup>

#### 4.2.2 Rettsikkerhetsgarantier

I vurderingen av statens skjønnsmargin er det inn fortolket et krav om tilstrekkelige og effektive rettsikkerhetsgarantier mot misbruk. Begrunnelsen for dette er faren for at demokratiet kan undergraves eller i verstefall ødelegges, i tilfeller der hemmelig overvåkning benyttes.<sup>132</sup> Her sikter EMD til faren for at staten misbruker sin makt og driver med urettmessig overvåkning og kontroll av alle sine innbyggere. Det er nettopp det overnevnte menneskerettighetene og da spesielt EMK artikkel 8 søker å verne mot.

Vurderingen av om det foreligger tilstrekkelige sikkerhetsgarantier knytter seg til:

*«all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy provided by the national law».*<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> Klass og andre mot Tyskland, avsnitt 49

<sup>131</sup> Klass og andre mot Tyskland, avsnitt 49

<sup>132</sup> Klass og andre mot Tyskland, avsnitt 49-50

<sup>133</sup> Klass og andre mot Tyskland, avsnitt 50

Det skal altså foretas en helhetlig vurdering av om det *før, under og etter* overvåkningen har foreligget tilstrekkelige garantier mot misbruk. Disse rettsikkerhetsgarantiene må ses i sammenheng med formålet med artikkel 8. Ved å sette krav til hvordan og når et inngrep i form av hemmelig overvåkning kan brukes, begrenses statens mulighet til å bruke sin makt overfor borgerne. Samtidig søker den å sikre at hemmelig overvåkning ikke brukes i tilfeller der det ikke er nødvendig i et demokratisk samfunn.

Det finnes også et krav til «*safeguards*» for å unngå misbruk under lovkravet i artikkel 8 annet ledd.<sup>134</sup> EMD stiller i denne sammenheng krav til kvaliteten av loven i det øyemed at loven skal være forutsigbar. Herunder at det skal være klart for individer i hvilke tilfeller de kan bli utsatt for hemmelig overvåkning. For at en lovgivning skal oppfylle minimumskravet til «*safeguards*» må loven inneholde hvilke lovbrudd som kan utløse tiltaket, tidsavgrensning for hvor lenge tiltaket kan utføres, et system for undersøkelse, bruk og lagring av materiale som innhentes, et system for når materiale må slettes med mer.<sup>135</sup> I forbindelse med hvilke lovbrudd som kan utløse overvåkning ligger det også et mistankekrav. Den som blir utsatt for hemmelig overvåkning må være mistenkt for et av lovbruddene som etter loven gir adgang til å gjennomføre overvåkningen.

Vurderingen under lovkravet er til en viss grad sammenfallende med vurderingen av om det foreligger tilstrekkelige rettsikkerhetsgarantier under vurderingen om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. I *Weber og Saravia mot Tyskland* vurderte EMD både om det forelå tilstrekkelige «*safeguards*» mot misbruk under kravet til kvaliteten av loven og om det forelå tilstrekkelig og effektive garantier mot misbruk, under vurderingen om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn.<sup>136</sup> Som nevnt over knyttet en del av klagen seg til at den tyske lovgivningen ga adgang til å drive med strategisk overvåkning. Dette ga tyske myndigheter mulighet til å drive med masseovervåkning av kommunikasjon. Dermed blir ikke overvåkning gjort overfor et individ, men mange. I slike tilfeller kan en bli overvåket uten å være mistenkt for en kriminell handling. Her fulgte det dog strenge krav for når slik overvåkning kunne gjennomføres, samt når og hvor lenge informasjonen kunne lagres. Det

---

<sup>134</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 95

<sup>135</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 95

<sup>136</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 95 og 106



ble dermed ikke ansett som nødvendig med et krav om mistanke knyttet til denne delen av lovgivningen.

I *Kennedy mot Storbritannia* ble kravet til rettsikkerhetsgarantier brukt for å vurdere om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn. EMD uttalte i forbindelse med dette:

«*The Court has to determine whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the “interference” to what is “necessary in a democratic society”.*».<sup>137</sup>

Det siterte tyder på at kravet til rettsikkerhetsgarantier faktisk er en innsnevring av statens skjønnsmargin. Dette uavhengig av om det vurderes under lovkravet i artikkel 8 annet ledd eller under vilkåret om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. EMDs praksis bekrefter også dette. I *Liberty og andre mot Storbritannia*, *Roman Zakharov mot Russland* og *Szabó og andre mot Ungarn* konkluderte EMD med det forelå brudd på artikkel 8.<sup>138</sup> Hemmelig overvåkning var også i disse dommene konstatert som et inngrep i artikkel 8. Men, i disse sakene var ikke vilkårene i artikkel 8 annet ledd var ikke oppfylt. Begrunnelsen for at det forelå brudd på rettighetene etter artikkel 8 i disse sakene var lovene ikke inneholdt tilstrekkelige og effektive rettsikkerhetsgarantier.

Også ved *lagring* av informasjonen innhentet ved hemmelig overvåkning stilles det krav til rettsikkerhetsgarantier.<sup>139</sup> Ved lagring av informasjonen er det vurderingen av når en lagring er nødvendig som kan være vanskelig å avgjøre. Det er lite tvilsomt at lagring kan være nødvendig når informasjonen som er innhentet omhandler bevis i en sak der individet er mistenkt for en kriminell handling. EMD oppstiller derimot ikke noe krav om at et individ må være mistenkt for en kriminell handling. Det er tilstrekkelig at en eksempelvis er i kontakt med en som er mistenkt for en kriminell handling.<sup>140</sup> Denne vide adgangen var i *Segerstedt-Wiberg og andre mot Sverige* avgrenset ved at informasjonen bare kunne lagres i forbindelse med en etterforskning som hadde det formål å forebygge terrorisme eller forhindre kriminalitet som kan true nasjonens sikkerhet.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Kennedy mot Storbritannia, avsnitt 154

<sup>138</sup> Liberty og andre mot Storbritannia nr. 58243/00, 1 juli 2008, Roman Zakharov mot Russland nr. 47143/06, 4 desember 2015 og Szabó og andre mot Ungarn nr. 37138/14, 12 januar 2016.

<sup>139</sup> Segerstedt-Wiberg og andre mot Sverige, avsnitt 76

<sup>140</sup> Segerstedt-Wiberg og andre mot Sverige, avsnitt 79

<sup>141</sup> Segerstedt-Wiberg og andre mot Sverige, avsnitt 79

### **4.2.3 Konklusjon**

Statene har som vist over en vid skjønnsmargin ved hemmelig overvåkning. Denne vide marginen begrunnes i det legitime formålet inngrepet søker å oppfylle. I de ovennevnte eksemplene er det legitime formålet nasjonens sikkerhet, og herunder forebygge terrorisme. Statene står derimot ikke helt fritt i hvordan dette formålet skal søkes oppfylt. EMD har begrenset statens skjønnsmargin ved å innfortolke et krav til rettsikkerhetsgarantier. Disse rettsikkerhetsgarantiene knytter seg til utformingen av lovgivningen som tillater hemmelig overvåkning. Rettsikkerhetsgarantiene foreligger for å sikre at formålet med artikkel 8 blir oppfylt også ved inngrep i form av hemmelig overvåkning.

## 5 Er statens skjønnsmargin i samsvar med formålet til artikkel 8?

Utgangspunktet for denne vurderingen er at inngrep i form av hemmelig overvåkning utgjør et alvorlig inngrep i rettighetene som følger av artikkel 8. Hemmelig overvåkning kan ta mange former. Offentlig myndighet kan utføre hemmelig overvåkning i form av avlytting av telefon, og rom, overvåkning av elektronisk korrespondanse, samt og/eller overvåkning av internettaktivitet. Dette faller inn under hvert fall tre av fokusområdene til artikkel 8, herunder retten til respekt for privat liv, korrespondanse og hjem. Samtidig er lagringen av informasjonen innhentet ved hemmelig overvåkning også beskyttet av retten til privatliv. Dette omfatter også hvordan denne informasjonen deles og hvem som har tilgang til den.

Formålet med artikkel 8 er å sikre individer mot vilkårlige inngrep fra offentlig myndighet. Artikkel 8 søker dermed å begrense myndighetsutøvelse overfor individer, samt sikre deres rett til respekt for privatliv. Ved lovgivning som tillater hemmelig overvåkning i det øyemed å forebygge terrorisme har statene en vid skjønnsmargin. Dette begrunnes dels i subsidiaritetsprinsippet og dels i den utfordringen Europa har ved en økt terrortrussel. Ved hemmelig overvåkning er ikke individer klar over inngrepet. Her balanseres individers rett til privatliv mot statens rett til å beskytte sitt territorium mot trusler i form av terrorangrep. Dette er en vanskelig balanse.

For å sikre individer mot vilkårlige inngrep i form av hemmelig overvåkning har EMD stilt strenge krav til rettsikkerhetsgarantier når de vurderer om statene er innenfor sin skjønnsmargin. Spørsmålet er om disse rettsikkerhetsgarantiene i tilstrekkelig grad sikrer at statens skjønnsmargin er i samsvar med formålet med artikkel 8.

I vurderingen av om statens skjønnsmargin ved hemmelig overvåkning er i samsvar med formålet med artikkel 8 må en skille mellom *individuell* og *generell* overvåkning. Videre må behandlingen av personlig opplysninger, herunder lagring, deling og sletting vurderes særskilt. Bruken av opplysningene som er samlet inn utgjør et inngrep i seg selv. Det er relevant å vurdere statens skjønnsmargin opp mot formålet fordi opplysningene er et resultat av overvåkningen.

## 5.1 Individuell overvåkning

Individuell overvåkning er tilfeller der lovgivningen åpner for at hemmelig overvåkning kan brukes overfor et bestemt individ. Det er ikke tvilsomt denne typen overvåkning faller inn under statens skjønnsmargin, men adgangen er, som nevnt over, begrenset av de rettsikkerhetsgarantiene som følger av EMDs praksis. Disse garantiene gir en minimumsbeskyttelse. På denne bakgrunn vil ikke lovgivning som gir dårligere beskyttelse en det som følger av rettsikkerhetsgarantiene i EMDs praksis være innenfor statens skjønnsmargin. En slik lovgivning vil heller ikke være i samsvar med formålet med artikkel 8. Det er videre ikke tvilsomt at hemmelig overvåkning kan være nødvendig i et demokratisk samfunn for å sikre nasjonens sikkerhet, forebygge terrorisme og forebygge kriminalitet.

Spørsmålet under dette punktet er om rettsikkerhetsgarantiene som begrenser statens skjønnsmargin er gode nok til å sikre individer fra urettmessig inngrep fra en offentlig myndighet. I tilfeller ved individuell overvåkning må rettsikkerhetsgarantiene vurderes under alle fasene av overvåkningen - før, under og etter overvåkningen.

Det følger av redegjørelsen over at lovgivningen skal angi i hvilke tilfeller hemmelig overvåkning kan autoriseres. Det stilles her krav til hvilke straffebud som er av tilstrekkelig alvorlighetsgrad til å begrunne et inngrep i et individs privatliv. Lovbrudd som knytter til terrorhandlinger vil helt klart falle inn under denne kategorien. Terrorism er trossalt handlinger som søker å skape frykt i befolkningen og/eller skade/ødelegge samfunnskritiske funksjoner. Slike handlinger har et stort skadepotensial både i tap av liv og skade på en stats infrastruktur. Videre må det også foreligge en begrunnet mistanke for at det aktuelle individet planlegger eller har utført eksempelvis en terrorhandling. Det er ikke nok at det organet, ofte en stats politi, som utfører overvåkningen mener at mistanken er begrunnet. Et uavhengig organ må også ha vurdert om mistanken er begrunnet og autorisere overvåkningen. Det må dermed foreligge klare indikasjoner på at et individ planlegger eller har utført en kriminell handling som hjemler muligheten til å bruke hemmelig overvåkning. Her stilles det strenge krav til når hemmelig overvåkning kan utføres mot et individ. Disse rettsikkerhetsgarantiene er strenge nok - og gode nok - til å sikre at et individ ikke blir utsatt for vilkårlige inngrep i rettighetene etter artikkel 8.

Hemmelig overvåkning er et alvorlig inngrep som kan berøre både retten til respekt for privatlivet, korrespondanse og hjem, men det stilles strenge vilkår for når hemmelig

overvåkning kan benyttes. På dette stadiet av inngrepet er ikke individet selv klar over inngrepet og kan dermed ikke klage på eller motsette seg det. Individets rett til respekt for privatliv blir derimot indirekte sikret av at et uavhengig organ overprøver om vilkårene for å utføre hemmelig overvåkning foreligger. Det må her legges til grunn at dette uavhengige organet vurderer om hemmelig overvåkning er nødvendig i det konkrete tilfelle for å oppfylle de legitime formålene inngrepet søker å oppfylle.

Under overvåkningen stilles det krav om at rekkevidden av inngrepet må følge av loven, at grunnlaget - herunder mistanken om en straffbarhandling - foreligger under hele overvåkningen, samt at varigheten av inngrepet skal følge av lov. Videre må det følge av loven hvilket organ som skal føre tilsyn med inngrepet. Det er organet som fører tilsyn med inngrepet som skal påse på vilkårene for inngrepet foreligger under hele inngrepet, samt at det utøvende organet holder seg innenfor de grenser som følger av loven og autorisasjonen i det aktuelle tilfelle. Det følger både av kravet til nødvendighet og forholdsmessighet i artikkel 8 annet ledd, samt av rettsikkerhetsgarantiene, at rekkevidden av inngrepet må følge av lovgivningen. Det stilles her krav om at overvåkningen må begrenses til det som er nødvendig.

Dette kan eksemplifiseres gjennom romavlytting – et svært inngripende tiltak. Når individer er hjemme i sitt eget hus foreligger det en forventning om at en ikke overvåkes av offentlig myndighet. Ved et slikt inngrep må det stilles strenge krav til når det kan benyttes. I slike tilfeller vil ikke mistanke om et mindre lovbrudd som tyveri være nok. Foreligger det en mistanke om en stor terroraksjon kan derimot et slikt inngrep være forholdsmessig og rettmessig sett opp mot formålet til artikkel 8. Det følger av de øvre rettsikkerhetsgarantiene at det ikke kan foreligge en generell adgang til hemmelig overvåkning. Dersom mistankekravet er oppfylt, kan ikke statene bruke et hvert overvåkningstiltak som er tilgjengelig. Det må dermed følge av loven hvilke tiltak som er lovlige, videre må det følge av autorisasjonen i det aktuelle tilfelle hvilke tiltak som er tillat. Kravet om at lengde og rekkevidden av inngrepet må følge av lov, er et resultat av proporsjonalitetsprinsippet. Dette prinsippet er en del av vurderingen av om et inngrep er nødvendig i et demokratisk samfunn i artikkel 8 annet ledd. En ubegrenset, altomfattende tilgang til å bruke hemmelig overvåkning vil klart være et urettmessig inngrep i artikkel 8. Bakgrunnen for dette er at et slikt inngrep i få tilfeller vil være forholdsmessig. Rettsikkerhetsgarantiene som er satt til å beskytte individet under overvåkningen søker å holde inngrepet på et slik nivå at det ikke blir uforholdsmessig. Det må derfor anses å være i samsvar med formålet til artikkel 8.

De siste rettsikkerhetsgarantiene som følger av EMDs praksis knytter seg til etter den hemmelige overvåkingen er avsluttet. På dette stadiet har skaden allerede skjedd. Selv om vurderingen over viser at statens skjønnsmargin ved individuell overvåking er i samsvar med formålet til artikkel 8 er det relevant å vurdere. Selv om selve inngrepet er i samsvar med formålet, er lagringen og bruken av materiale en del av overvåkingen. Videre kan lagringen og bruken i seg selv utgjøre et inngrep i et individs rettigheter etter artikkel 8. Det har også blitt diskutert i EMDs saker om det skal foreligge et krav om varsling etter at inngrepet er avsluttet.<sup>142</sup> Dette må ses i sammenheng med rettsikkerhetsgarantien som knytter seg til hvilke muligheter en har å overprøve lovligheten av inngrepet i ettertid. Det kan, som EMD poengterer i *Klass og andre mot Tyskland*, ikke stilles noe krav til varsling av individet før hensynet bak overvåkingen er falt bort. Dette vil i mange tilfeller resultere i at et individ ikke blir varslet eller informert om den hemmelig overvåking før en eventuell straffesak går for retten. Det kan dermed gå lang tid fra inngrepet blir avsluttet til individet har mulighet til å klage på det. Dette er problematisk, men søkt avhjulpet ved at et uavhengig organ godkjenner og driver kontroll med inngrepet mens det pågår for å sikre at det er rettmessig. Denne problemstillingen har en grense til EMK artikkel 13 og retten til et effektivt rettsmiddel. Dette behandles ikke i dybde, da oppgaven er avgrenset mot artikkel 13.

Det er, som poengtert av EMD i flere av sine saker, alltid en mulighet for at statene misbruker sin adgang til å bruke et inngrep som hemmelig overvåking. Inngrepet er av sin natur unntatt offentlighetene, men en må stole på at statene følger de rettsikkerhetsgarantiene som følger av den aktuelle stats lovgivning. Det konkluderes dermed at statens skjønnsmargin ved individuell hemmelig overvåking er i samsvar med formålet med artikkel 8.

## 5.2 Generell overvåking

Ved generell overvåking er ikke overvåkingen rettet mot et spesifikt individ. Vurderingen knytter seg her til om masseovervåkningsregimer som er innenfor statens skjønnsmargin, er i samsvar med formålet til artikkel 8. Det ble i *Weber og Saravia mot Tyskland* lagt til grunn at Tysklands bulkovervåkningsregime var innenfor statens skjønnsmargin. Det følger av EMDs praksis at lovgivingen som autoriserer masseovervåkningsregimene skal vurderes etter de

---

<sup>142</sup> Se *Klass og andre mot Tyskland* og *Weber og Saravia mot Tyskland*

samme rettsikkerhetsgarantiene som individuell overvåkning. Vurderingen deles dermed inn på samme måte som over; Rettsikkerhetsgarantier som må foreligge før, under og etter overvåkningen. En kan ikke utelukke at slike regimer kan være nødvendig i et demokratisk samfunn på bakgrunn av den store terrortrusselen i Europa. Det som kan være problematisk med slike typer regimer er om de er forholdsmessige og ikke går lengre en det som er nødvendig for å oppfylle formålet.

Før overvåkningen stilles det, som nevnt over, krav til at lovgivningen angir i hvilke tilfeller overvåkningen kan settes i gang. Disse rettsikkerhetsgarantiene har det samme formålet som over, men de må tolkes på en annen måte ved generell overvåkning. Det kan ikke stilles noe mistankekrav ved generell overvåkning. Begrunnelsen for dette er at eksempelvis alles telefonsamtaler kan overvåkes. Det er dermed ikke mulig å stille et slikt krav ved generell overvåkning. På dette område knytter mistankekravet seg til i hvilke situasjoner en stat kan autorisere generell overvåkning. Her må det foreligge mistanke om at en alvorlig kriminell handling er under planlegging. Denne typen lovgivning er kommet i stand for å forebygge terrorisme. Dermed kan det legges til grunn at mistanken om et stort terrorangrep innenfor statens territorium er tilstrekkelig alvorlig til å autorisere overvåkning. En slik mistanke vil alltid kunne foreligge siden EMD vurderer terrortrusselen som et særlig samfunnsforhold som har betydningen for statens skjønnsmargin. Det må dermed tolkes på samme måte som mistankekravet ved individuell overvåkning. Det må foreligge faktiske indikasjoner på at et angrep er under planlegging. Ved en for vid tolkning på dette område vil ikke rettsikkerhetsgarantiene som foreligger bidra til at statens skjønnsmargin er i samsvar med formålet til artikkel 8. En lovgivning som kun på bakgrunn av en terrortrussel tillater overvåkning, uten at klare indikasjoner på at en slik trussel faktisk foreligger, vil vernet som følger av artikkel 8 ikke ha noe praktisk betydning. Som over, må denne mistanken overprøves av et uavhengig organ. En slik mistanke kan dog være vanskelig å overprøve.

Hvor lenge en overvåking kan foregå, samt hvilke typer kommunikasjonsmidler som kan overvåkes må følge av loven. Det er klart at romavlytting er et inngrep som vil være urettmessig ved generell overvåkning. Denne type overvåkning er en av de meste inngripende tiltakene ved hemmelig overvåkning. Romavlytting vil dermed ikke være proporsjonalt ved generell overvåkning.

Det problematiske med generell overvåkning er at individene som overvåkes under dette tiltaket ikke er mistenkt for en kriminellhandling. Overvåkningen utføres eksempelvis for å

forebygge et mulig terrorangrep. Det avgjørende blir dermed om statens interesse i å beskytte nasjonens sikkerhet, herunder forebygge terror, utveier de rettighetene artikkel 8 søker å beskytte. Dette er et spørsmål om forholdsmessighet. Vurderingen må gjøres med den forutsetning at de rettsikkerhetsgarantier det settes krav om under lovkravet er oppfylt. Videre må disse holde inngrepet nede på et nivå som er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det er klart at et inngrep i artikkel 8 er urettmessig når vilkårene for inngrep i artikkel 8 annet ledd ikke er oppfylt. I forbindelse med generell overvåkning blir spørsmålet om inngrepet kan være urettmessig selv om vilkårene som følger av artikkel 8 annet ledd er oppfylt.

Bruken av generell overvåkning er tillatt etter EMDs praksis på bakgrunn av særlige samfunnsforhold, herunder teknologiske framskritt og en økende terrortrussel. Den økende terrortrusselen truer en stats sikkerhet og på dette område har konvensjonsstatene en videre adgang til å gjøre inngrep. Inngrepet i slike tilfeller gir adgang til å overvåke innbyggere for det formål å forebygge terrorisme. Dette må ses i sammenheng med statens positive konvensjons forpliktelse under retten til liv i EMK artikkel 2 og retten til sikkerhet i artikkel 5. Her står dermed retten til liv og et individs rett til privatliv imot hverandre. For at statens skjønnsmargin skal være i samsvar med formålet på dette området må det stilles strenge krav til når generell overvåkning kan gjennomføres.

Rettsikkerhetsgarantiene stiller krav om at det må følge av loven i hvilke tilfeller en kan benytte hemmelig overvåkning. EMD stiller derimot ikke noe generelt krav om hvilke trusler mot en stats sikkerhet som må anses å være alvorlig nok til å autorisere generell overvåkning. Dette er noe EMD har vurdert særskilt i hver sak. I *Weber og Saravia mot Tyskland* kunne det bare gjennomføre bulkovervåkning ved mistanke om alvorlig kriminalitet som kan anses å være en trussel mot samfunnet, herunder en terrortrussel.<sup>143</sup> Hvis en innfortolker et krav om at generell overvåkning bare kan benyttes ved mistanke om alvorlig kriminalitet som kan være en trussel mot samfunnet, kan statens skjønnsmargin være i samsvar med formålet med artikkel 8.

På den annen side er generell overvåkning uavhengig av det ovennevnte, et inngripende middel. Faren for misbruk er stor uavhengig av de rettsikkerhetsgarantier som foreligger. I motsetningen til ved individuell overvåkning mot et individ, blir en ved generell overvåkning

---

<sup>143</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 115



utsatt for et inngrep uten at en er mistenkt for en kriminell handling. De rettighetene artikkel 8 søker å beskytte blir ikke ivaretatt ved generell overvåkning. En persons rett til respekt for privatlivet blir teoretisk. På papiret foreligger rettigheten, men i realiteten kan det foreligge inngrep på bakgrunn av en trussel en selv ikke har noe sammenheng med. Selv om materiale ikke lagres blir en faktisk overvåket. Det foreligger dermed et inngrep som kan vurderes som vilkårlig, fordi inngrepet ikke er forutsigbart. Det er vanskelig for et individ selv å vurdere om det foreligger en trussel som kan autorisere overvåkning. Dette må ses i sammenheng med at det også kan være vanskelig for et uavhengige organ å overprøve om en slik trussel foreligger. Selv om det bare er i spesielle tilfeller en lovlig kan autorisere generell overvåkning kan det ikke anses å være i samsvar med formålet til artikkel 8.

Konklusjonen er under tvil at statens skjønnsmargin ved generell overvåkning ikke er i samsvar med formålet til artikkel 8.

### **5.3 Lagring og bruk av materiale innhentet ved hemmelig overvåkning**

Ved lagring og bruk av materiale innhentet ved hemmelig overvåkning foreligger de samme rettsikkerhetsgarantiene som gjennomgått over. Det er ikke hensiktsmessig å systematisk gjennomgå dem på nytt i dette tilfelle. Det er dermed nødvendig å knytte noen bemerkninger til noen av dem. Det problematiske med lagring og bruk av materiale er i hvilke tilfeller de kan lagres, hvor lenge de kan lagres og hvem som skal ha tilgang på materiale.

EMD la til grunn i *Weber og Saravia mot Tyskland* at deling av materiale i seg selv kunne utgjøre et inngrep. Disse problemene er søkt ivaretatt med ved de ovennevnte rettsikkerhetsgarantiene. Satene yter en vid skjønnsmargin i de tilfeller lagringen av materiale er begrunnet i det øyemed å forebygge terrorisme.<sup>144</sup>

Mistankekravet ved lagring av materiale knytter seg ikke til individet, men til formålet ved overvåkingen. Eksempelvis er materiale innhentet i forbindelse med etterforskningen av et mulig terrorangrep kan alt material i tilknytning til denne etterforskningen lagres. Videre er

---

<sup>144</sup> Weber og Saravia mot Tyskland, avsnitt 79

det ved individuell overvåkning materiale om individer som har vært i kontakt med den som inngrepet er rettet mot. Dette kan potensielt gi statene en vid adgang til å lagre materiale.

Personvern er sikret under retten til respekt for privatlivet. Videre skal individet selv avgjøre hvem som skal ha tilgang til informasjon som omhandler dem. Dette taler for en slik vid adgang til lagring vil kunne være urettmessig, og dermed ikke i samsvar med formålet til artikkel 8. Dette avhjelpes derimot ved at kun informasjonen som er relevant for etterforskningen kan lagres, og brukes. Overskuddsmateriale skal slettes. Hva som anses som nødvendig må vurderes særskilt i det aktuelle tilfelle. Skal informasjonen deles, må det foreligge garantier som sikrer at delingen er forholdsmessig. Et eksempel på en slik garanti er at det er bare organer med tilknytning til etterforskningen som kan ha tilgang på den.

Avslutningsvis er det verdt å bemerke at effektivitetshensynet må få avgjørende vekt. Lagring og deling av materiale ved hemmelig overvåkning er nødvendig for å kunne effektivt straffeforfølge et individ i de tilfeller det foreligger sterke nok bevis for dette. Dette må ses i sammenheng den positive forpliktelsen statene har til å effektivt straffeforfølge kriminalitet som krenker et individs rettigheter etter EMK. For at inngrep i form av hemmelig overvåkning skal kunne oppfylle formålet om å sikre nasjonen sikkerhet, samt å forebygge terrorisme, er det nødvendig at informasjonen kan brukes og lagres. Hvis et slikt inngrep ikke hadde vært i samsvar med formålet til artikkel 8 ville heller ikke hemmelig overvåkning kunne være i samsvar med formålet til artikkel 8.

Det konkluderes med at statens skjønnsmargin ved lagring, bruk og sletting av materiale innhentet ved hemmelig overvåkning er i samsvar med formålet til artikkel 8.

## **6 Kildeliste**

### **6.1 Lovregister**

Strl. Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

### **6.2 Internasjonale konvensjoner**

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992 (EØS-avtalen)

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 25. mars 1957 (TFEU)

Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 4. november 1951 (EMK)

Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, (EU/direktiv 2017/541)

EUs rammebeslutning av 13. juni 2002 om bekjempelse av terrorisme

FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966 (SP)

FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966 (ØSK)

FNs verdenserklæring for menneskerettigheter, 10. desember 1948

Rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle systemet i forbindelse med hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme.

Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

### **6.3 Forarbeid**

Ot.prp.nr.8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.

## **6.4 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen**

Adolf mot Østerrike nr. 8269/78, 26. mars 1982

Amann mot Sveits nr. 27798/95, 16. februar 2000

Bârbulescu mot Romania, nr. 61496/08, 5. september 2017

Berrehab mot Nederland, nr. 10730/84, 21. juni 1988, avsnitt 26

Big Brother Watch og andre mot Storbritannia, nr. 58170/13, 13. september 2018

Breyer mot Tyskland, nr. 50001/12, 30. januar 2020

Buck mot Tyskland, nr. 41604/98, 28 April 2005

Catt mot Storbritannia, nr. 43514/14, 24. januar 2019

Centrum för rättvisa mot Sverige, nr. 35252/08, 19. juni 2018

Golder mot Storbritannia, nr. 4451/70, 21. februar 1975

Goodwin mot Storbritannia, nr. 28957/95, 11. juli 2002

Halford mot Storbritannia, nr. 20605/92, 25. juni 1997, avsnitt. 49

Handyside mot Storbritannia, nr. 5493/72, 7. Desember 1976

Hassan mot Storbritannia nr. 29750/09, 16. September 2014

Herri Batasuna og Batasuna mot Spania, nr.. 25803/04, 30. juni 2009

Ibrahim og andre mot Storbritannia, nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 og 40351/09, 13. september 2016

Kennedy mot Storbritannia, nr. 26839/05, 18.mai 2010

Klass og andre mot Tyskland, 5029/71, 6. september 1978

Kroon og andre mot Nederland, nr. 18535/91, 27. oktober 1994

Lebois mot Bulgaria, nr. 67487/14, 19. oktober 2017

Liberty og andre mot Storbritannia nr. 58243/00, 1. juli 2008

Malone mot Storbritannia nr. 8691/79, 2. august 1984

Misic mot Storbritannia nr. 10781/10, 16. oktober 2010

Roj TV AS mot Danmark nr. 2683/14, 17. april 2018

Roman Zakharov mot Russland nr. 47143/06, 4 desember 2015

Rotaru mot Romania nr. 28431/95, 4. mai 2000

Segerstedt-Wiberg og andre mot Sverige, nr. 62332/00, 06. juni 2006

Sergey Zolotukhin mot Russland, nr. 14939/03, 10. februar 2009

Sher og andre mot Storbritannia, nr. 5201/11, 20. oktober 2015

Soering mot Storbritannia nr. 14038/88, 7. juli 1989

Szabó og andre mot Ungarn nr. 37138/14, 12 januar 2016

Tyrer mot Storbritannia nr. 5856/72, 25. april 1978,

Uzun mot Tyskland, nr. 35623/05, 2. september 2010

Weber og Saravia mot Tyskland, nr. 54934/00, 26. juni 2006

Winterstein og andre mot Frankrike, nr. 27013/07, 17. Oktober 2013

Z mot Finland, nr 22009/93, 25. februar 1997

## 6.5 Litteratur

Føllesdal                      Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Menneskerettigheter og Norge* (Oslo 2017)

Høstmælingen,	Høstmælingen, Njål, <i>Internasjonale menneskerettigheter</i> , 2. utgave (Oslo 2012)
Ruud	Ruud, Morten og Geir Ulfstein, <i>Innføring i folkerett</i> , 5. utgave (Oslo 2018)
Schabas	Schabas ,William A., <i>The European Convention on Human Rights – a commentary</i> (Oxford 2015)
Skoghøy	Skoghøy, Jens Edvin A. <i>Skoghøy, Rett og rettsanvendelse</i> (Tromsø 2018)
Aal	Aal Jørgen, <i>Rettstat og menneskerettigheter</i> , 5.utgave (Bergen 2018)

## 6.6 Tidsskrift

Settem, Ole Johan, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten», *Jussens venner*, 03/2016 (volum 51), s. 119-141

## 6.7 Øvrige kilder

BBC news, *Profile: Lebanon's Hezbollah movement*, datert 15. mars 2016, sist sjekket 30. mai 2020, link: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-10814698>

Council on foreign relations, *What Is Hezbollah?*, datert 22. januar 2020, sist sjekket 30.mai 2020, link: <https://www.cfr.org/backgrounder/what-hezbollah>

Datatilsynet, *Hva er en personopplysning*», datert 17. juli 2019, sist sjekket 18. mai 2020, link: <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/personopplysninger/>

Den europeiske menneskerettsdomstolens avgjørelse mot Hellas fra 1968, sist sjekket 30. mai 2020, link: [https://www.echr.coe.int/Documents/Denmark\\_Norway\\_Sweden\\_Netherlands\\_v\\_Greece\\_I.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Denmark_Norway_Sweden_Netherlands_v_Greece_I.pdf)

Den europeiske menneskerettsdomstolens guide på artikkel 17, lastete ned 30. mai 2020, link: [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_17\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_17_ENG.pdf)

Den europeiske menneskerettsdomstolens guide på artikkel 8, lastet ned 13. januar 2020, link: [https://echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf)

Den europeiske menneskerettskonvensjon, med tilleggsprotokoller, sist sjekket 30. mai 2020, link: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

Europarådets hjemmeside, sist sjekket 30. mai 2020, link: <https://www.coe.int/no/web/about-us/who-we-are>

Human rights watch, *UK: Amend Flawed Counterterrorism Bil*, datert 15. oktober 2018, sist sjekket 30. mai 2020, link: <https://www.hrw.org/news/2018/10/15/uk-amend-flawed-counterterrorism-bill>

Smith, Richard, *The Margin of Appreciation and Human Rights Protection in the «War on Terror»: Have the Rules Changed before the European Court of Human Rights?*, sist sjekket 30. mai 2020, link: <http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V8N1/Smith.pdf>

Store norske leksikon, sist sjekket 18. mai 2020 <https://snl.no/telekommunikasjon>

UN news, *France: New terrorism laws may undercut human rights and freedoms, says UN expert*, datert 25. mai 2018, sist sjekket 30. mai 2020, link: <https://news.un.org/en/story/2018/05/1010721>

