



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Etterretningstjenestelovens regler om tilrettelagt innhenting i møte med
retten til privatliv i EMK artikkel 8**

Maren Heggdal

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, våren 2024

Innholdsfortegnelse

Kapittel 1: Innledning.....	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Avhandlingens aktualitet.....	2
1.2.1 Bakgrunn	4
1.2.2 Sentrale avgjørelser fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen	5
1.3 Avgrensninger	5
1.4 Den videre fremstillingen.....	7
Kapittel 2: Metode.....	7
2.1 Generell metode	7
2.2 Metodiske problemstillinger i møte med EMK.....	8
2.3 Metoden i den komparative analysen.....	8
2.4 Metoden ved proporsjonalitetsvurderingen.....	10
Kapittel 3: Gjennomgang av regelverket	10
3.1 Innledning.....	11
3.2 Materiell gjennomgang av vilkårene.....	11
3.3 Det første vilkåret for tilrettelagt innhenting.....	12
3.4 Grunnvilkårene i lovens kapittel 5	13
3.4.1 Målsøking.....	13
3.4.2 Målrettet innhenting	14
3.4.3 Nødvendighetsvilkåret	15
3.4.4 Forholdsmessighetsvilkåret.....	17
3.5 Vilkårene i kapittel 7	19
3.5.1 Tilretteleggingen for innhenting.....	19
3.5.2 Pålegg om tilrettelagt innhenting	20
3.5.3 Testinnhenting og testanalyser	22
3.5.4 Innhenting, lagring og søk i data.....	23

3.5.5 Intern- og eksternkontroll ved tilrettelagt innhenting	24
3.5.6 Overskuddsinformasjon og bevisforbud	25
3.6 Vilkårene i kapittel 8	27
3.6.1 Særskilt advokat	27
3.6.2 Varigheten på rettens tillatelse til innhentingoperasjoner	28
3.6.3 Anke av sak ført for domstolen	28
3.6.4 Hastekompetanse ved akutte situasjoner	29
3.7 Avsluttende bemerkninger	30
Kapittel 4: Hvorfor ivaretas retten til privatliv.....	30
4.1 Innledning.....	30
4.2 Hva er retten til privatliv?	32
4.2.1 Hva innebærer retten til privatliv?	33
4.3 Hvorfor beskyttes retten til privatliv?	33
4.3.1 Tillitt mellom stat og borger.....	34
4.3.2 Ytringsfriheten og nedkjølingseffekten.....	35
4.3.3 Informasjon på avveie	36
4.3.4. Oppsummering av hvorfor retten til privatliv bør beskyttes	38
4.4 Utgjør tilrettelagt innhenting et inngrep i retten til privatliv?	38
Kapittel 5: Komparativ analyse.....	39
5.1 Innledning til kapitlet	39
5.1.1 Hvorfor foretas den en komparativ analyse?.....	41
5.1.2 Utgangspunkter for analysen.....	41
5.2 Introduksjon av praksis fra EMD	42
5.2.1 Big Brothers Watch and Others mot UK	42
5.2.2 Centrum för Rättvisa mot Sverige.....	42
5.3 Hvordan stiller EMD seg til bulkinnhenting på generelt grunnlag?	43
5.4 De vurderingsmomenter som drøftes i møte med bulkinnhenting.....	44

5.4.1	Kravet til rettslig grunnlag for innhenting.....	45
5.4.2	Omstendigheter for når enkeltindividers kommunikasjon kan overvåkes	47
5.4.3	De prosedyrer som danner grunnlaget for å autorisere innhenting	49
5.4.4	Prosedyrer som ligger til grunn for å velge ut, analysere og bruke innhentet materiale	52
5.4.5	Forhåndsregler som kreves i forbindelse med utlevering av materiale til andre aktører.....	54
5.4.6	Tidsbegrensning for innhenting, lagring av materiale og omstendigheter hvor dette må slettes	58
5.4.7	Prosedylene for tilsyn fra et uavhengig organ med myndighet til å adressere urettmessig innhenting	62
5.4.8	Etterhåndskontroll	65
5.4.9	Helhetsvurderingen	70
5.5	Sammenfatning av analysen.....	71
Kapittel 6: Proporsjonalitetsvurderingen		72
6.1	Innledning.....	72
6.2	Vilkårene for å kunne gjøre inngrep i retten til privatliv	73
6.2.1	Lovkravet	75
6.2.2	Har reglene om tilrettelagt innhenting et legitimt formål?.....	76
6.2.3	Er tilrettelagt innhenting nødvendig?	77
6.2.4	Er tilrettelagt innhenting proporsjonalt?	78
6.3	Er reglene om tilrettelagt innhenting proporsjonale i møte med EMD sine vurderinger?	86
6.3.1	Kravet til rettslig grunnlag for innhenting.....	86
6.3.2	Omstendigheter for når enkeltindividers kommunikasjon kan overvåkes	87
6.3.3	De prosedyrer som danner grunnlaget for å autorisere innhenting	87
6.3.4	Prosedyrer som ligger til grunn for å velge ut, analysere og bruke innhentet materiale	88

6.3.5 Forhåndsregler som kreves i forbindelse med utlevering av materiale til andre aktører.....	91
6.3.6 Tidsbegrensning for innhenting, lagring av materiale og omstendigheter hvor dette må slettes	96
6.3.7 Prosedyrene for tilsyn fra et uavhengig organ med myndighet til å adressere urettmessig innhenting	98
6.3.8 Etterhåndskontroll	99
6.4 Proporsjonalitetsvurderingen	106
Kapittel 7: Forslag til endringer i regelverket, og avrunding på avhandlingen.....	108
7.1 Innledning.....	108
7.2 Hvilke endringer må til for å sikre en objektiv og effektiv etterhåndskontroll?	108
7.3. Rettspolitiske betraktninger.....	111
7.4 Avsluttende.....	112
Litteraturliste	114

Kapittel 1: Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Min avhandling omhandler temaet menneskerettslige begrensninger knyttet til innhenting av data. Temaet strekker seg derfor både innenfor retten til privatliv i EMK artikkel 8, og regelverket knyttet til etterretningsvirksomhet. Mer konkret er avhandlingens problemstilling *om etterretningstjenestelovens regler om tilrettelagt krenker retten til privatliv i EMK artikkel 8.*¹

Reglene om tilrettelagt innhenting omhandler kort forklart, at Etterretningstjenesten (heretter e-tjenesten), har hjemmel til å pålegge de som tilbyr «internettbaserte kommunikasjons- eller meldingstjenester» å tilgjengeliggjøre data for dem, jf. etterretningstjenesteloven § 7-2 første ledd. Dette medfører at e-tjenesten kan komme i besittelse av store mengder data.

Jeg kan innledningsvis kort poengtere at e-tjenestens oppgave er å ivareta Norges suverenitet ved å «avdekke og motvirke utenlandske trusler mot Norge og norske interesser».² Selv uttaler tjenesten at «[v]årt oppdrag er å innhente, bearbeide og analysere informasjon som er av betydning for Norge og norske interesser, særlig informasjon om kapasiteter og intensjoner som forsøkes holdes skjult».³

Det jeg vurderer i min avhandling er hvorvidt retten til privatliv er ivaretatt i møte med reglene om tilrettelagt innhenting. For å kunne svare på denne problemstillingen må jeg identifisere de ulike interessene som gjør seg gjeldende i møte med problemstillingen, og deretter vekte disse opp mot hverandre.

¹ Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter [Offisiell norsk oversettelse] (heretter EMK). Jeg bruker for avhandlingen den norske oversettelsen, da de forskjeller som foreligger ikke vil bli problematisert, og dette dermed skaper en bedre flyt i oppgaven grunnet likt språk.

² Lov 20. mars 1998 nr. 11 om etterretningstjenesten (heretter etterretningstjenesteloven), §1-1 bokstav a

³ Om etterretningstjenesten, <https://www.etterretningstjenesten.no/om-oss/om-etterretningstjenesten>

I avhandlingen foretar jeg en rettsdogmatisk vurdering av regelverket, en teoretisk fremleggelse av hvorfor retten til privatliv ivaretas, deretter foretas også en komparativ analyse og rettspolitiske vurderinger.

I den rettsdogmatiske vurderingen vurderer jeg de regler som i etterretningstjenesteloven er knyttet til tilrettelagt innhenting. I tillegg vil jeg se på om og eventuelt hvorfor dette regelverket er problematisk i møte med retten til privatliv.

Etter den materielle fremleggelsen, foretar jeg en teoretisk fremleggelse, ser formålet er å understreke hvorfor interessen til privatliv er viktig, og hvorfor denne må ivaretas på best mulig måte.

Deretter foretar jeg en komparativ analyse knyttet til lignende regelverk i Sverige og Storbritannia, som vil danne grunnlaget for den videre rettsdogmatiske delen der jeg foretar en proporsjonalitetsvurdering. Avslutningsvis vil jeg trekke inn noen rettspolitiske betraktninger knyttet til det nåværende regelverket.

1.2 Avhandlingens aktualitet

Grunnen til at jeg skriver om dette temaet, er fordi det er tendenser i lovgivningen som i større og større grad, tillater innhenting av store mengder data.⁴ Jeg ønsker derfor å problematisere temaet for å trekke frem de problematiske aspekter knyttet til slikt regelverk, i tillegg til å se på de sider som legitimerer behovet for regelverket.

Det har også tidligere vært forsøkt å innføre regelverk som har til formål å lagre data. Eksempel på dette er datalagringsdirektivet som kom fra EU i 2006.⁵ I utgangspunktet, var planen at dette direktivet skulle innføres også i norsk rett. Dette skjedde ikke, grunnet at EU-domstolen avsa en dom i 2014 som konkluderte med at direktivet var i strid med EUs charter om grunnleggende rettigheter.⁶ Det prosessen knyttet til datalagringsdirektivet illustrerte, var

⁴ Som eksempel er det foreslått at PST skal få hjemmel til å følge med på *åpent tilgjengelig informasjon* som ligger på internett, se Prop. 31 L (2022-2023) side 8

⁵ Direktiv 2002/58/EF om lagring av data

⁶ Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications mfl.: EU Charter of Fundamental Rights

at det forelå problematiske sider, knyttet til regelverk som har til hensikt å lagre store mengder data.

Håpet er at ved å behandle en problemstilling innenfor dette temaet, skapes en større debatt knyttet til innføringen av slikt regelverk, ved å se på om reglene om tilrettelagt innhenting, kan eksistere parallelt, med at retten til privatliv ivaretas på en tilstrekkelig måte.

Ytterligere kan jeg også påpeke at staten er stevnet, grunnet reglene om tilrettelagt innhentning, av stiftelsen Tinius. I stevningen stiller stiftelsen seg kritisk til regelverket det pekes på at grunnloven, og at de folkerettslige forpliktelsene medfører at reglene om tilrettelagt innhenting krenker retten til privatliv.⁷ Siden regelverket er av en slik art, at staten stevnes med påstand om brudd på blant annet retten til privatliv, understreker dette aktualiteten til avhandlingens problemstilling.

Videre kan det pekes på at dersom det gjøres for store inngrep i privatlivet, vil dette kunne medføre ulike innvirkninger både overfor enkeltindividet, men også samfunnet for øvrig. Hvilke typer innvirkninger dette kan være kommer jeg mer tilbake til i avhandlingens kapittel fire. I denne omgang nøyer jeg meg med å påpeke at konsekvensene kan ha en betydelig innvirkning på vårt demokratiske samfunn.

Det har i debatten knyttet til reglene om tilrettelagt innhenting, vært ytret at regelverket medfører en «masseovervåking» av befolkningen.⁸ Begrepet masseovervåking kan gi assosiasjoner til mer totalitære regimer. Jeg mener ikke at dette er tilfellet i Norge, slik tilstanden er nå. Norge er fortsatt et demokratisk samfunn der enkeltindividets interesser så langt det lar seg gjøre forsøkes å ivaretas.

Likevel, må vi være kritiske til nytt regelverk, som i for stor grad griper inn i privatlivet. Hvis vi ukritisk godtar alt nytt regelverk, foreligger det en fare for at samfunnet beveger seg i en mer totalitær retning, der de individuelle frihetene i knebles.

⁷ Stiftelsen Tinius' søksmål, saksnummer 10589-507

⁸ Haugsbø og Harkestad (2022), artikkel på nrk.no, <https://www.nrk.no/ytring/masseovervakning-uten-sidestykke-1.16133987>

Formålet med avhandlingen er derfor også å rette et kritisk blikk mot reglene om tilrettelagt innhenting. Det jeg vurderer i denne sammenheng, er hvorvidt enkeltindividers interesser i tilstrekkelig grad har vært veid opp mot samfunnets interesser, ved innføringen av regelverket.

1.2.1 Bakgrunn

Den nye etterretningstjenesteloven trådte i kraft 1. januar 2021 etter at den ble vedtatt i juni 2020. Loven erstattet etterretningsloven fra 1998.⁹ Formålet med å endre loven, var å styrke det digitale grenseforsvaret, basert på de funn som ble gjort av Lysne II-utvalget.¹⁰

Tidligere hadde norsk etterretning i stor grad vært avhengig av andre land, for å motta etterretning som knyttet seg til innhentet data. Innføringen av eget system var en følge av et ønske om å at norsk etterretning skulle være selvstendig, og ikke avhengig av å motta etterretning fra andre land.¹¹

I tillegg hadde etterretningstjenesten drevet med innhenting av data uten at det forelå hjemmel for dette. Siden det ble argumentert for at det å innhente denne dataen var nødvendig, ble det igangsatt en prosess for å sikre tilstrekkelige hjemler til denne innhenting.¹² Denne prosessen medførte at det kom en ny etterretningstjenestelov som blant annet, inneholdt regler om tilrettelagt innhenting.

Den siste bestemmelsen som knyttet seg til tilrettelagt innhentning, trådte i kraft 1. oktober 2023. Per i dag, arbeides det derfor for å igangsette systemet som skal behandle og oppbevare innhentet materiale. Forsvarsdepartementet har uttalt at «[a]nskaffelsen av et system for tilrettelagt innhenting utføres av Etterretningstjenesten, og er planlagt gjennomført innen 2025».¹³ Etter planen, vil derfor systemet være i drift, innen utgangen av kommende år.

⁹ Lov 20. mars 1998 nr. 11 om Etterretningstjenesten (opphevet)

¹⁰ Digitalt grenseforsvar, Lysne II-utvalget

¹¹ Prop. 80 L (2019-2020) side 89

¹² Innst.164 S (2016-2017) side 2-3

¹³ Prop. 1 S (2023-2024) side 104

1.2.2 Sentrale avgjørelser fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen

En annen årsak til at problemstillingen er aktuell, er fordi den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD) har behandlet to saker, som omhandler regelverk, som ligner på det vi finner i etterretningstjenesteloven. Det kom avgjørelser fra kammeret i 2018, mens storkammersakene var ferdigbehandlet i mai 2021.

Dette er altså relativt ferske rettskilder, som kan gi en pekepinn på hvilke krav som stilles i møte med slikt regelverk. Avhandlingen vil derfor ikke basere seg på hvordan enkelte jurister tolker regelverket, men hvordan EMD foretar tolkningen. Tanken er at dette vil gi avhandlingen en større juridisk tyngde.

1.3 Avgrensninger

For å få en avhandling der jeg kan behandle de problemstillinger som reises, i tilstrekkelig grad, må jeg avgrense problemstillingen slik at jeg har plass til å foreta de drøftelser som må behandles.

Den første avgrensningen jeg vil trekke frem er at jeg ikke kommer til å vurdere innhenting av data som krysser den fysiske landegrensen. Årsaken til det er at det ligger innenfor formålet av reglene om tilrettelagt innhenting å samle inn denne typen data, jf. etterretningstjenesteloven § 7-1.¹⁴

Det jeg ønsker å problematisere er den dataen som blir innhentet, som *ikke* krysser den fysiske landegrensen. Altså data som omhandler en avsender og mottaker som begge befinner seg i Norge. Som jeg kommer inn på senere i avhandlingen vil det være umulig å filtrere ut alt av denne type data under en innhentingsoperasjon.¹⁵

Videre avgrenser jeg mot Grunnloven § 102.¹⁶ Årsaken til at jeg foretar denne avgrensningen er fordi retten til privatliv skal sikres slik den er nedfelt i Grunnloven «og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter»¹⁷. Siden EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 er

¹⁴ For mer informasjon knyttet til eventuelle problematiske sider ved dette, se eksempelvis Wessel-Aas (2009), som ser på om det svenske regelverket krenker nordmenns menneskerettigheter.

¹⁵ Prop 80 L (2019-2020) side 105

¹⁶ Kongeriket Norges Grunnlov, Lov 17. mai 1814 (heretter Grunnloven)

¹⁷ Grunnloven § 92

overlappende, skal de i all hovedsak tolkes og anvendes likt. Jeg kommer ikke til å problematisere hvilke forskjeller som eventuelt foreligger.¹⁸

Denne avgrensningen følger også naturlig av selve problemstillingen, da den omhandler EMK artikkel 8. En ytterligere årsak til at jeg vurderer EMK artikkel 8, er at de to avgjørelsene fra EMD bygger på denne bestemmelsen, og det gir en mer naturlig flyt i oppgaven at jeg også legger til grunn samme bestemmelse for mine vurderinger. Likevel, finner jeg det hensiktsmessig å poengtere at jeg bruker EMK som grunnlag for mine vurderinger. Årsaken til dette er at det vil forekomme at jeg viser til avgjørelser fra Høyesterett.

Grunnen til at jeg viser til høyesterettsavgjørelser er ikke fordi jeg trekker inn Grunnlovens bestemmelser, men fordi Høyesterett har kommet med bemerkninger vedrørende retten til privatliv, som underbygger argumentasjonen og derfor gir argumentene en større juridisk tyngde. Grunnet presumpsjonsprinsippet trekker jeg derfor inn høyesterettsavgjørelser der disse kan understreke en argumentasjon, selv om jeg ikke behandler Grunnloven § 102 spesifikt.

En siste avgrensning jeg vil poengtere er at jeg ikke behandler de problematiske sider som kan stilles i forhold til kildevernet. Pressens frihet står sterkt, og det er ikke tvilsomt at der pressens kilder står i fare for å bli utsatt for innhentingsoperasjoner vil også dette aspektet av regelverket være problematisk.¹⁹ Men av hensyn til avhandlingens omfang fokuserer jeg kun på enkeltindividers interesser.

Videre er det flere momenter som kunne vært trukket frem i en avgrensning, men disse vil tas opp fortløpende i avhandlingen der det er verdt å påpeke disse. Jeg nøyer meg derfor innledningsvis med å påpeke de overnevnte avgrensninger.

¹⁸ For mer informasjon om forholdet mellom EMK og de parallelle grunnlovsbestemmelser, se Aall (2017)

¹⁹ Se Stiftelsen Tinius' søksmål saksnummer 10589-507, som også problematiserer regelverket opp mot kildevernet

1.4 Den videre fremstillingen

I det følgende vil jeg forklare metoden jeg har anvendt i avhandlingen (kapittel 2). Deretter vil jeg i kapittel 3 foreta en materiell gjennomgang av regelverket. Etter gjennomgangen av regelverket vil jeg i kapittel 4 trekke frem hvorfor retten til privatliv kan medføre at regelverket må anses som problematisk.

I kapittel 5 fortar jeg en komparativ analyse av det svenske, britiske og norske regelverket basert på de merknader som fremkommer av de to sentrale EMD avgjørelsene.²⁰ Videre vil jeg bruke det jeg finner i dette kapitlet til å foreta en forholdsmessighetsvurdering i kapittel 6. Til slutt kommer jeg med avsluttende bemerkninger i kapittel 7.

Kapittel 2: Metode

2.1 Generell metode

Hoveddelen av avhandlingen vil anvende en rettsdogmatisk metode. Formålet med denne metoden er å finne ut hvordan rettstilstanden er nå, altså de lege lata. Jeg anvende altså de kilder som foreligger, og anvender den juridiske metoden for å konkludere med hvordan rettstilstanden er på nåværende tidspunkt.²¹

Den rettsdogmatiske analysen er definert på følgende måte av Hutchinson og Duncan: «Research which provides a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analyses the relationship between rules, explains areas of difficulty and, perhaps, predicts future developments».²²

I den rettsdogmatiske analysen, er formålet å se på de rettslige kildene som foreligger, vurdere forholdet mellom disse, se på hvilke problematiske aspekter som knytter seg til disse. Videre kan det være hensiktsmessig å se på hvordan regelverket vil utvikles fremover.

²⁰ Centrum för Rättvisa mot Sverige og Big Brothers Watch mfl. mot UK (forkortes heretter til; Centrum för Rättvisa, og Big Brothers Watch)

²¹ For mer om den rettsdogmatiske analysen, se Graver (2008), Gestel og Micklitz (2011), Hutchinson og Duncan (2012)

²² Hutchinson og Duncan (2012) side 101

Det som kan påpekes i denne sammenheng, er at det foreligger relativt få kilder som tar opp problematikken, som behandles i avhandlingen. Siden loven er relativt ny, og den enda ikke er vurdert av norske domstoler, foreligger det ikke rettspraksis som er direkte knyttet til etterretningstjenestelovens regler om tilrettelagt innhenting.

Den metoden jeg har anvendt har derfor i stor grad basert seg på å se på de aktuelle kilder som omhandler tilsvarende regelverk i andre europeiske land, og sett hvilken overføringsverdi dette kan til etterretningstjenesteloven.

2.2 Metodiske problemstillinger i møte med EMK

Jeg har ikke vurdert hvordan retten til privatliv i EMK artikkel 8, skal tolkes etter de prinsipper som gjør seg gjeldende i Wienkonvensjonen.²³ Grunnen til det, er at jeg ikke anser det som problematisk at retten til privatliv, omfatter retten på det materialet som kan bli innhentet ved tilrettelagt innhenting. Altså utgjør reglene om tilrettelagt innhenting et inngrep i retten til privatliv. Jeg baserer meg derfor på de tolkninger som er gjort av EMD i de to avgjørelsene knyttet til svensk og britisk rett.

Årsaken til at jeg ikke anser dette som problematisk er fordi EMD har vurdert om tilsvarende svensk og britisk regelverk er forholdsmessig.²⁴ Når EMD vurderer forholdsmessigheten til regelverket tilsier dette at det foreligger et inngrep i rettigheten.

Av hensyn til oppgavens omfang, og at problemstillingen ikke er tvilsom, har jeg derfor langt til grunn at reglene om tilrettelagt innhenting utgjør et inngrep i retten til privatliv.²⁵ Jeg har derfor ikke foretatt en ordlydsfortolkning av EMK artikkel 8, etter de krav som Wienkonvensjonen stiller.

2.3 Metoden i den komparative analysen

I den komparative analysen tar jeg utgangspunkt i de åtte momenter som EMD vurderer. Deretter foretar jeg noen generelle bemerkninger der dette er nødvendig, før jeg ser på hvilke

²³ Wienkonvensjonen anvendes også i tolkning av EMD, som eksempel se Golder mot Storbritannia avsnitt 29

²⁴ Se Big Brothers Watch og Centrum för Rättvisa

²⁵ For mer om tolkning av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen se Elgesem (2021) side 441-487

kommentarer som gjøres knyttet til svensk og britisk rett på dette punkt. Deretter ser jeg på hvordan norsk rett stiller seg i forhold til disse.

Det jeg har sett på, er hvilke funksjoner de ulike lands rett har, og vurderer disse opp mot hverandre. En analyse som ser på funksjonell komparasjon er av Jon Petter Rui definert som, en analyse hvor det ikke tas «utgangspunkt i rettslige begreper eller rettsregler, men i et faktisk problem eller fenomen. Sammenligningen fokuserer på om rettsreglene i ulike rettssystemer er egnet til å regulere fenomenet».²⁶

Den komparative analysen utføres derfor ikke med grunnlag i ordlyden, i de ulike rettssystemene. Dette er på grunn av at det er store forskjeller både i språk og hvordan rettssystemene er bygd opp. Eksempelvis kan skillet common law og civil law nevnes, for å belyse hvorfor dette ville vært en vanskelig, og uhensiktsmessig metode. I tillegg, vil en funksjonsanalyse i større grad få frem de virkninger rettssystemet har fremfor hvilke begreper som brukes, og det er funksjonen som er det essensielle i møte med problemstillingen i min avhandling.

Rent konkret har jeg sett på hva EMD vurderer som positivt, og negativt ved britisk og svensk rett, i møte med de åtte vurderingsmomentene. Deretter har jeg sett på hvilke funksjoner som foreligger i norsk rett, og vurdert om disse er nærmere britisk eller svensk rett, eventuelt hva som gjør at norsk rett er annerledes, og hvorfor.

Når jeg foretar den komparative analysen opp mot norsk rett vurderer jeg ikke om norsk rett er nærmere eller fjernere de krav som EMD oppstiller. Jeg ser utelukkende på hvordan norsk rett kan sammenlignes med britisk og svensk rett, og holder derfor vurderinger av norsk rett utenfor analysen. Grunnen til dette er at denne vurderingen vil bli foretatt i proporsjonalitetsvurderingen i det etterfølgende kapitlet.

²⁶ Rui (2009) side 454-455, omhandler strafferett og straffeprosess, men gjør seg gjeldende også her, da artikkelen gir uttrykk for hvordan en analyse foretas noe som gjør seg gjeldende generelt.

De vurderinger jeg foretar i den komparative analysen vil deretter danne grunnlaget for forholdsmessighetsvurderingen, der jeg utelukkende ser på om norsk rett oppfyller de kravene EMD stiller.

2.4 Metoden ved proporsjonalitetsvurderingen

En proporsjonalitetsvurdering forsøker å finne «en balanse mellom samfunnets interesser og beskyttelse av individets rettigheter».²⁷ Vurderingen består i å vekte de ulike interessene opp imot hverandre, og se på hvilken interesse som bør vektes høyest – samfunnets eller individets.

Når foretar proporsjonalitetsvurderingen, har jeg basert meg på de vilkår som kreves for å gjøre inngrep i privatlivet, slik de fremkommer av EMK artikkel 8 andre ledd. Altså, jeg har først vurdert lovkravet, og hvorvidt dette er oppfylt. Deretter har jeg vurdert hvorvidt det foreligger legitime formål for inngrepet. Videre har jeg vurdert om inngrepet er nødvendig, før jeg til slutt har vurdert om det er proporsjonalt.

Disse vurderingene glir til en viss grad over i hverandre. Det er derfor ikke slik at jeg har konkludert under hvert av disse punktene, men har heller foretatt en vurdering og tatt denne med videre i drøftelsen.

Videre har jeg poengtert hvorfor det er vanskelig å foreta en proporsjonalitetsvurdering av et preventivt lovverk. Etter dette har jeg basert meg på de åtte punkt som EMD har oppstilt i de to avgjørelsene jeg vurderer i kapittel 5. Jeg går gjennom det norske regelverket knyttet til disse åtte punktene og vurderer proporsjonaliteten.

Helt til slutt i proporsjonalitetsvurderingen har jeg foretatt en helhetsvurdering. Her trekker jeg frem de ulike momenter jeg har funnet frem til, og vekter disse opp mot hverandre.

Kapittel 3: Gjennomgang av regelverket

²⁷ Sørensen (2014) side 1

3.1 Innledning

I dette kapitlet foretar jeg en materiell gjennomgang av vilkårene for tilrettelagt innhenting i etterretningstjenesteloven. Av hensyn til oppgavens omfang, kommer jeg ikke til å behandle alle bestemmelsene. Jeg fokuserer på de som er mest sentrale, og som knytter seg til de drøftelser som kommer senere i avhandlingen.

De tekniske sider knyttet til hvordan internett fungerer, og hvordan tilrettelagt innhenting vil foregå i praksis blir ikke behandlet. Disse sidene av tematikken er behandlet av Bjørn Aslak Juliussen i hans avhandling fra 2020.²⁸ Siden de tekniske sider av regelverket er behandlet tidligere, velger jeg å ikke behandle dette, og heller vie plass til andre problemstillinger.

Et annet moment som kan nevnes innledningsvis, er at reglene slik de nå er utformet er relativt nye. Selve loven trådte i kraft 1. januar 2021, men det er siden foretatt flere endringer. De siste endringer trådte i kraft 1. oktober 2023. Årsaken til at det er blitt foretatt endringer av enkelte bestemmelser, er fordi lovgiver har forsøkt å ivareta de menneskerettslige forpliktelsene Norge er bundet av.²⁹

I det følgende vurderer jeg reglene slik de *nå* er utformet. Drøftelser knyttet til hvordan regelverket var utformet tidligere sammenlignet med nåværende regelverk vil i liten grad bli problematisert. Dette vil kun bli behandlet i kapittel 6, der dette er hensiktsmessig, og behandles derfor ikke ytterligere i dette kapitlet.

3.2 Materiell gjennomgang av vilkårene

Det oppstilles av etterretningstjenesteloven § 7-1 første ledd fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at tilrettelagt innhenting kan finne sted. Vilkår nummer en, er at e-tjenesten for etterretningsformål kan innhente elektronisk kommunikasjon som transporteres over den norske grensen. Vilkår to, forutsetter at grunnvilkårene i kapittel 5 er oppfylt. Det tredje vilkår krever at bestemmelsene i lovens kapittel 7 og 8 følges. Til sist kreves det at innhenting ikke strider mot loven for øvrig.

²⁸ Juliussen (2021)

²⁹ Innst. 402 L (2022-2023) side 1

I det følgende kommer jeg til å behandle disse vilkårene hver for seg, og deler kapitlet opp i fire deler, hvor hver del knytter seg til et av disse fire grunnleggende vilkårene i § 7-1 første ledd.

3.3 Det første vilkåret for tilrettelagt innhenting

Det første vilkår krever at innhentning av kommunikasjon som går over landegrensen skjer med grunnlag i etterretningsformål. Hva som anses som etterretningsformål er legaldefinert i § 1-3 bokstav c. Det fremkommer av bestemmelsen at etterretningsformål er «formål om å ivareta en eller flere av Etterretningstjenestens oppgaver etter kapittel 3». Oppgavene som pekes ut i kapittel 3 handler om å innhente informasjon om utenlandske trusler.

Begrepet elektronisk kommunikasjon indikerer at det er data som går fra en part til en annen. Det fremgår likevel av forarbeidene, at begrepet også omfatter «ensidig overføring av lyd, tekst, bilder eller andre data».³⁰ Derfor omfattes også ensidig form for data av begrepet. I den videre fremstilling velger jeg derfor å bruke begrepet data/materiale fremfor kommunikasjon da dette er mer treffende, men jeg sikter altså til lovens begrep *kommunikasjon*.

Videre er det et krav om at innhentingsoperasjoner skal være rettet mot data som krysser landegrensen. I praksis vil det derimot være umulig å skille all innenriksdata fra utenriksdata.³¹ Det fremgår likevel av § 7-6 at e-tjenesten gjennom «utvalg og filtrering» skal forsøke å hindre lagring av data der både sender og mottaker befinner seg i Norge. Det er altså umulig å *kun* innhente data som krysser den fysiske landegrensen, men det skal forsøkes å forhindre innhenting og lagring av innenriksdata, så langt dette lar seg gjøre.

Det er dette moment som i all hovedsak er årsaken til at reglene om tilrettelagt innhenting er kontroversielle. Hovedproblemet er ikke at data som forsøker å avdekke kriminalitet på tvers av landegrensene innhentes, problemet ligger i at innenriksdata som en konsekvens også blir innhentet. Det har vært uttalt at dette utgjør en «masseovervåking» av den norske

³⁰ Prop.80 L (2019-2020) side 213

³¹ Prop 80 L (2019-2020) s. 105

befolkningen.³² Masseovervåkning av befolkningen er et stort inngrep i et demokratisk samfunn.

Hvorvidt uttalelsene om at tilrettelagt innhenting utgjør en masseovervåking av befolkningen, behandles i kapittel 4. Det jeg ønsker å få frem med begrepet i denne sammenheng, er at regelverket er kritisert grunnet inngrepet det medfører knyttet til innenriksdata.

Oppsummeringsvis vil jeg i denne sammenheng nøye meg med å poengtere at intensjonen med regelverket er å innhente data som krysser landegrensen, og i denne forlengelse at det foreligger en bestemmelse som forsøker å hindre at innenriksdata blir lagret.

3.4 Grunnvilkårene i lovens kapittel 5

Det er fire bestemmelser i lovens kapittel 5 som er grunnvilkårene for at tilrettelagt innhenting kan iverksettes. I det følgende behandler jeg disse i den rekkefølgen de oppstilles i loven. Innledningsvis, kan jeg nevne at det er forholdsmessighet- og nødvendighetsvilkårene i de to siste bestemmelsene som er mest sentrale. Disse to vilkårene vil derfor bli behandlet i større grad, enn de to første vilkårene.

3.4.1 Målsøking

Det fremgår av § 5-1 første ledd at e-tjenesten kan iverksette «målsøking» når det er «saklig grunn» til å undersøke hvorvidt innhenting kan føre til relevant informasjon. Hva som ligger i begrepet målsøking, er definert i § 1-3 bokstav e. Målsøking er der definert som «systematisk arbeid for å identifisere nye etterretningsformål». Altså, er målsøking det arbeidet som skjer for å identifisere trusler som medfører at innhenting kan bli nødvendig.

Lovproposisjonen bruker ikke ordlyden «saklig grunn», men kun «grunn til å undersøke».³³ Begrepet «saklig» ble lagt til av Komiteen under Stortingets behandling av proposisjonen, da flere høringsinstanser mente bestemmelsen var vag, upresis og skjønnspreget. Det fremkommer likevel av innstillingen at denne tilføyelsen «ikke innebærer noen materiell

³² Haugsbø og Harketstad (2022), artikkel på nrk.no, <https://www.nrk.no/ytring/masseovervakning-uten-sidestykke-1.16133987>

³³ Prop.80 L (2019-2020) side 205-206

endring fra forslaget i proposisjonen». Formålet med denne endringen var å presisere at «[e]tterretningstjenesten ikke kan innhente informasjon av usaklige grunner».³⁴

Hva som er en saklig grunn til å undersøke, vil være avhengig av det konkrete etterretningsformålet som foreligger.³⁵ Videre kreves det også at undersøkelsen innebærer «en viss sannsynlighet for at innhenting vil kunne frembringe relevant informasjon. Det er tilstrekkelig at sannsynligheten for å finne etterretningsrelevant informasjon er i området 10 til 40 %».³⁶ Det kreves altså ikke en sannsynlighetsovervekt, men det må være en viss grad av sannsynlighet for at undersøkelsen fører til relevant informasjon.

Det kreves altså en grunn, og denne må være saklig, altså knytte seg til e-tjenestens virkeområde, det må være sannsynlig at innhenting fører til relevant informasjon. Videre må dette ses i sammenheng med bestemmelsene med krav om nødvendig- og forholdsmessighet i §§ 5-3 og 5-4.

3.4.2 Målrettet innhenting

Det fremgår av § 5-2 at e-tjenesten «kan iverksette målrettet innhenting når konkrete holdepunkter gir grunn til å undersøke om innhenting kan frembringe informasjon som er relevant for etterretningsformål». Målrettet innhenting er definert i § 1-3 bokstav f, hvor det fremkommer at dette er «systematisk arbeid for å finne informasjon knyttet til identifiserte etterretningsmål». Altså, er dette noe som skjer i etterkant av at målsøkingen er gjennomført, hvor innhenting er rettet mot identifiserte etterretningsmål.³⁷

Videre kreves det at det foreligger «konkrete holdepunkter» som gir grunnlag for å undersøke om innhenting vil frembringe relevant informasjon. Hva som menes med «konkrete holdepunkter» er presisert i forarbeidene. Her pekes det på at i motsetning til «saklig grunn» etter § 5-1, innebærer *konkrete holdepunkter* «et strengere krav til sannsynlighet for at innhenting kan frembringe etterretningsrelevant informasjon enn det som gjelder for målsøking, men likevel ikke slik at det kreves sannsynlighetsovervekt».³⁸

³⁴ Innst. 357 L (2019-2020) side 4

³⁵ Prop. 80 L (2019-2020) side 206

³⁶ Prop. 80 L (2019-2020) side 206

³⁷ Høringsnotat, forslag til ny lov om Etterretningstjenesten (2018) punkt 9.3.1

³⁸ Prop.80 L (2019-2020) side 206

Siden det var et krav om 10-40 % sannsynlighet i reglene om målsøking, er det derfor naturlig å legge til grunn at det for målrettet innhenting kreves en sannsynlighet på et sted mellom 20-50 %.³⁹

Det er derfor en høyere terskel for målrettet innhenting enn det er for målsøking, men det kreves heller ikke her sannsynlighetsovervekt. Dette er naturlig, da målrettet innhenting også skjer på et tidlig stadium i en etterretningsprosess, og det vil være vanskelig å ha en sannsynlighetsovervekt for at innhentingene fører til relevant informasjon.

Hvordan målrettet innhenting skal iverksettes fremgår av bestemmelsens tredje ledd. Det kreves at tillatelse gis av retten ved kjennelse etter de regler som fremgår av kapittel 8. Siden jeg skal behandle reglene i kapittel 8 senere i dette kapitlet problematiseres ikke dette ytterligere i denne omgang, men det kreves altså domstolsbehandling før iverksetting av målrettet innhenting.

3.4.3 Nødvendighetsvilkåret

Det tredje grunnvilkår fremkommer av § 5-3. Av ordlyden fremgår det at «[e]tterretningstjenesten kan innhente rådata i bulk når det er nødvendig for å få tilgang til et relevant og tilstrekkelig informasjonsgrunnlag». Begrepet *rådata* er definert i § 1-3 bokstav h. Rådata er «ubearbeidet eller automatisk bearbeidet informasjon i enhver form hvis etterretningsverdi ikke er vurdert». Altså er dette data av alle slag som ikke manuelt er prosessert, og vurdert.⁴⁰

Begrepet bulk defineres som «informasjonssamlinger og datasett hvorav en vesentlig andel av informasjonen antas å være irrelevant for etterretningsformål», jf. § 1-3 bokstav i. Dette er altså en innsamling av data i en såpass stor kvanta at e-tjenesten ikke kun er i besittelse av materiale som er av etterretningsmål, men der store deler av materiale ikke har et etterretningsformål.⁴¹

³⁹ Prop. 80 L (2019-2020) side 206

⁴⁰ Prop.80 L (2019-2020) side 195

⁴¹ Prop.80 L (2019-2020) side 195

Rådata i bulk kan kun innhentes når dette er *nødvendig* for å få et «relevant og tilstrekkelig informasjonsgrunnlag». Nødvendighetsvilkåret innebærer at der det finnes mindre inngripende tiltak som kan anvendes for å oppnå samme resultat, skal disse metodene anvendes (minste inngrepsprinsipp). I tillegg kreves det at innhenting kan medføre at e-tjenesten kommer i besittelse av materiale som kan gi informasjonsgrunnlag, knyttet til trusler mot nasjonal sikkerhet.

Det er nødvendighetsvilkåret som er det sentrale moment i denne bestemmelsen. Alle innhentingsoperasjoner starter med innhenting i bulk, da en vesentlig andel av innhentet materiale vil være irrelevant for etterretningsformål.⁴² Vilkåret til nødvendighet må derfor være oppfylt i forkant av alle innhentingsoperasjoner. Derfor er nødvendighetsvilkåret et av de mest sentrale grunnvilkårene.

Før enhver innhentingsoperasjon kreves det, at det er foretatt en vurdering knyttet til om operasjonen er nødvendig. Vilkåret setter en høy terskel og krever at det i forkant av en innhentingsoperasjon er foretatt nøye vurderinger knyttet til behovet for operasjonen.

Bestemmelsens andre ledd gir anvisning på når søk i rådata kan forekomme. For det første må søk «tilfredsstillende grunnvilkårene for målsøking eller målrettet innhenting». Altså det må være en *saklig grunn* til å foreta søk, alternativt må det foreligge *konkrete holdepunkter* som medfører en grunn til å foreta søk.⁴³

Videre oppstiller bestemmelsens andre ledd et vilkår om at det ikke skal gjennomføres søk «dersom det vil være et uforholdsmessig inngrep overfor den enkelte». Dette vilkåret må ses i sammenheng med forholdsmessighetskravet som fremkommer i § 5-4.⁴⁴ Hva som er forholdsmessig må vurderes i hvert konkret tilfelle, men kortfattet omhandler det at det skal være en balanse mellom makten som brukes og alvorligheten av den kriminelle handlingen som potensielt foreligger.

⁴² Det er derfor vi har reglene om utvalg og filtrering i § 7-6 og strenge krav til hvordan søk kan foretas i § 7-8

⁴³ Se drøftelsene knyttet til bestemmelsene i §§ 5-1 og 5-2

⁴⁴ Prop. 80 L (2019-2020) side 207

Bestemmelsens tredje ledd blir ikke behandlet da denne faller utenfor avhandlingens tematikk. Dette fordi jeg ser på innenriksdata som innhentes, *uten* at det foreligger en konkret trussel knyttet til de som blir rammet av innhenting.

3.4.4 Forholdsmessighetsvilkåret

Det siste av de fire grunnvilkår er kravet til forholdsmessighet. Dette er hjemlet i § 5-4 og lovfester et fundamentalt prinsipp i møte med myndighetenes inngrep i den private sfære. Ordlyden i bestemmelsen lyder som følger:

«Innhenting og utlevering av informasjon skal ikke gjennomføres dersom det vil være et uforholdsmessig inngrep overfor den enkelte. Ved vurderingen skal det tas hensyn til om mindre inngripende tiltak i tilstrekkelig grad kan ivareta formålet, inngrepets virkning for den som rammes, sakens betydning og forholdene ellers.»

Forholdsmessighet skal altså vurderes overfor den «enkelte». Hva dette innebærer er presisert i forarbeidene. Det uttales at «[d]ette innebærer for det første at tiltaket må være *egnet* og *nødvendig*. For det andre må det foretas en samlet *interesseavveining* av de beskyttede individuelle interessene på den ene siden, og de legitime samfunnsbehovene som begrunner inngrepet på den andre siden» [mine uthevinger].⁴⁵

For at et inngrep er forholdsmessig må det altså være *egnet* og *nødvendig* i tillegg til at det også må foretas en interesseavveining. Hva som ligger i disse vilkårene er oppsummert slik av Jon Petter Rui: «1) Et inngrep må vareta et legitimt formål, 2) det må være egnet til å vareta det legitime formålet, 3) det må være nødvendig, og 4) det må være forholdsmessig/proporsjonalt i snever forstand».⁴⁶

Som eksempel på dette, et legitimt formål er å «[t]rygge Norges suverenitet».⁴⁷ Innhenting av data som kan avsløre planlagte kriminelle handlinger på norsk territorium kan være egnet til å ivareta formålet. Hvis innhenting av data er den eneste måten denne trusselen kan avsløres på er datainnhenting nødvendig. Deretter må interessene veies opp mot hverandre, det er

⁴⁵ Prop. 80 L (2019-2020) side 207

⁴⁶ Rui (2018)

⁴⁷ Se etterretningstjenesteloven § 1-1 bokstav a

interesseavveiningen som utgjør hovedmomentet av vurderingen, da de andre momenter er enklere å vurdere.

Hva som er forholdsmessig, vil variere og må vurderes i forhold til den konkrete saken. Generelt kan det sies at forholdsmessighet innebærer at det må være likevekt mellom det inngrepet som blir foretatt og graden av alvorlighet til den kriminelle handlingen forsøkt avverget.⁴⁸ Eksempelvis vil det være uforholdsmessig å innhente en stor mengde data fra en stor gruppe mennesker der det mistenkes at det på kryss av landegrenser planlegges et simpelt tyveri.⁴⁹ Derimot kan det være forholdsmessig å samle inn denne mengden data om det mistenkes planlegging av terror.⁵⁰

Videre skal inngrepet foregå på minst inngripende måte for å oppnå formålet. Dette er den lovfesting av minste inngrepsprinsipp, noe som er overlappende med nødvendighetsvurderingen.

Dette må igjen vurderes opp imot den konkrete sak. Eksempelvis, hvis det mistenkes planlegging av terror, og e-tjenesten er klar over hvem som planlegger vil det ikke nødvendigvis være nødvendig å samle inn data fra en større gruppe. Det vil da være i tråd med minste inngrepsprinsipp å kun samle inn data om de som er med og planlegger angrepet. Siden vurderingen er overlappende med nødvendighetskravet, blir disse to vilkårene i praksis ofte behandlet sammen.

Det er ikke mulig å gi en nøyaktig beskrivelse av hva som er forholdsmessig, da dette vil variere fra sak til sak. Likevel er dette et viktig prinsipp, som krever at enhver innhenting er egnet, nødvendig og at det i forkant er foretatt en interesseavveining. Grunntrekkene er at det må være en balanse i styrken av inngrepet, og alvorligheten av den mistenkte kriminelle handling. I tillegg, må det vurderes om det kan anvendes mindre inngripende tiltak for å oppnå tilsvarende resultat.

⁴⁸ Prop. 80 L (2019-2020) side 208

⁴⁹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven) § 321

⁵⁰ Straffeloven § 131

3.5 Vilkårene i kapittel 7

I tilfeller der grunnvilkårene er oppfylt, kreves det videre at de krav som oppstilles i kapittel 7 også er oppfylt. Som jeg nevnte innledningsvis, vil ikke alle bestemmelsene bli behandlet. Jeg trekker derfor inn de mest sentrale bestemmelsene i kapittel 7.

3.5.1 Tilretteleggingen for innhenting

Hvem som skal *tilrettelegge* for innhenting, fremkommer av § 7-2. Det er denne bestemmelsen som gjør at tilrettelagt innhenting skiller seg fra eksempelvis midtpunktinnhenting i § 6-9. I stedet for at e-tjenesten *selv* innhenter data, gir bestemmelsen anvisning på at *andre* aktører skal tilrettelegge for e-tjenesten slik at de får tilgang til data.

Konkret hvordan speilingen og tilgjengeliggjøringen skal foregå, blir ikke ytterligere behandlet. Dette fordi som jeg nevnte innledningsvis, at det allerede foreligger en master som behandler denne siden av bestemmelsen.⁵¹

Pliktsubjektet i bestemmelsen er «tilbydere som omfattes av ekomloven § 1-5 og tilbydere av internettsbaserte kommunikasjons- eller meldingstjenester som er tilgjengelige for allmennheten», jf. § 7-2 første ledd. Det påpekes i ekomloven § 1-5 nr. 16, at tilbyder er «enhver fysisk eller juridisk person som tilbyr andre tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste».⁵² Begrepet favner vidt, og omfatter alt fra Telenor, Facebook og så videre. Jeg kommer ikke til å problematisere dette ytterligere, men i det følgende når jeg bruker begrepet tilbydere er det disse jeg sikter til.

Etter pålegg fra sjefen for e-tjenesten «skal» tilbyderne «speile eller gjøre tilgjengelig» data for e-tjenesten, jf. § 7-2. Ordlyden *skal*, tilsier at dette er en plikt. Videre er det verdt å merke seg at tilbyderne kun er pliktig å *speile eller gjøre tilgjengelig* data. De er altså ikke pliktig til å lagre data, noe som medfører at e-tjenesten selv må stå for lagringen av data.⁵³

⁵¹ Juliussen (2021)

⁵² Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)

⁵³ Prop. 80 L (2019-2020) side 213

I forhold til EU-retten, er denne delen av bestemmelsen kontroversiell, da det er avsagt to dommer som gir uttrykk for at det er aktørene selv som bør lagre informasjonen, ikke selve e-tjenesten, for at slikt regelverk skal være i tråd med regelverket.⁵⁴

Praksis fra EMD gir derimot ikke noe anvisning på hvordan dette skal foregå, derfor vil ikke denne problemstillingen bli ytterligere behandlet i denne avhandlingen, men kan være verdt å merke seg for å få et mer overordnet blikk over problematikk knyttet til bestemmelsen om tilretteleggingen.

Det oppstilles en liste som gir anvisning på hvordan tilbyderne skal utføre tilretteleggingen, jf. § 7-2 første ledd. Knyttet til denne listen brukes begrepet «blant annet», noe som innebærer at denne listen ikke er uttømmende. Grunnen til dette, er presisert i forarbeidene der det uttales at hvordan speiling/tilgjengeliggjøring «vil i takt med den teknologiske utviklingen kunne variere over tid».⁵⁵

Sammenfatningsvis gir § 7-2 anvisning på en tilretteleggingsplikt for tilbydere og konkrete eksempler på hvordan speiling/tilgjengeliggjøring skal skje. Etter at data er speilet eller gjort tilgjengelig, skal e-tjenesten selv lagre dataen. Det er i all hovedsak lagringen det øvrige regelverket i kapittel 7 er knyttet til.

3.5.2 Pålegg om tilrettelagt innhenting

Vilkår: Når det kan gis pålegg for tilrettelagt innhenting, og hvordan, er hjemlet i § 7-3. Ordlyden er som følger «[e]lektronisk kommunikasjon som transporteres over den norske grensen kan speiles som grunnlag for søk i lagrede metadata etter § 7-8 og målrettet innhenting og lagring av innholdsdata etter § 7-9, når det er nødvendig for å etablere et informasjonsgrunnlag for etterretningsformål».

Innholdet i §§ 7-8 og 7-9 behandler jeg senere, og tar derfor ikke tak i disse bestemmelsene i denne omgang. Det jeg tar for meg i denne omgang, er at det må være «nødvendig for å etablere et informasjonsgrunnlag for etterretningsformål».

⁵⁴ Privacy International mot Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs mfl. og La Quadrature du Net mfl. mot Premier ministre mfl.

⁵⁵ Prop 80 L (2019-2020) side 112

Kravet til at innhenting må være nødvendig, må leses i sammenheng med nødvendig- og forholdsmessighetskravet i §§ 5-3 og 5-4. Innhenting må altså være nødvendig, for å etablere et informasjonsgrunnlag som kan bidra til at e-tjenesten kan ivareta den nasjonale sikkerheten.

I bestemmelsen bli det påpekt at det er domstolen som gir tillatelse til å iverksette tilrettelagt innhenting, jf. § 7-3 første ledd annet punktum. Selve pålegget, gis av sjefen for e-tjenesten, etter at domstolen har godkjent innhentingsoperasjonen. Dette medfører at det er domstolen som vurderer om det er nødvendig med tilrettelagt innhenting i den konkrete saken. Hva som er nødvendig vil variere fra sak til sak, jf. mine drøftelser ovenfor om nødvendighetsvilkåret.

Tekniske analyser: Videre i bestemmelsens andre ledd, gis mulighet til å speile data «for å gjennomføre tekniske analyser med det formål å avklare om det foreligger grunnlag for å fremme begjæring om rettens tillatelse til speiling etter første ledd».

Hva som menes med tekniske analyser, er avklart i forarbeidene. Der påpekes det at det siktes til «aktivitet som er nødvendig for å kunne besvare spørsmålene om hva slags trafikk som går i ulike kommunikasjonsstrømmer, hvor speiling og tilgjengeliggjøring bør gjøres, samt hvilken kommunikasjon som skal prioriteres når det ikke er datakraft og overføringskapasitet til å behandle alt, og for å teknisk analysere muligheten for senere utvalg og filtrering etter § 7-6 dersom domstolen gir tillatelse til speiling, jf. § 8-1 første ledd bokstav a».⁵⁶

Det er sjefen for e-tjenesten som tar beslutningen om å speile, for å gjennomføre tekniske analyser.⁵⁷ Beslutningen «gjelder i 21 dager fra speilingen påbegynnes, men opphører dersom retten avsier kjennelse etter første ledd».⁵⁸ Videre skal informasjon speilet med dette øyemed «holdes adskilt fra andre data som lagres etter reglene i kapittel 7».⁵⁹

⁵⁶ Prop. 92 L (2022-2023) side 54

⁵⁷ Etterretningstjenesteloven § 7-3 annet ledd tredje punktum

⁵⁸ Etterretningstjenesteloven § 7-3 annet ledd fjerde punktum

⁵⁹ Etterretningstjenesteloven § 7-3 annet ledd sjette punktum

Beslutningskompetanse: Dersom det fattes beslutning om tilretteleggingsplikt av andre årsaker enn det som følger av første og annet ledd, gjøres dette av sjefen for e-tjenesten, jf. § 7-3 tredje ledd. Hva de *andre årsakene* er, defineres i forarbeidet. «Dette vil være beslutninger som knytter seg til den praktiske forberedelsen og gjennomføringen av tilretteleggingen».⁶⁰ I slike tilfeller kan beslutningen gjelde for «inntil to år av gangen».⁶¹

I tilfeller der det er sjefen for e-tjenesten som fatter beslutning om speiling, slik som følger av andre og tredje ledd, skal disse beslutningene meddeles EOS-utvalget og Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, jf. femte ledd. Altså, om det fattes beslutninger knyttet til speiling, som ikke har vært gjenstand for domstolskontroll, skal beslutningen meddeles tilsynsorganene.

3.5.3 Testinnhenting og testanalyser

Det åpnes i § 7-5 opp for å gjennomføre testinnhenting, og testanalyser. Disse skal «utelukkende brukes for å muliggjøre utvalg, filtrering, lagring, søk, repressering, forståelse av signalmiljø og gjenkjenning av tjenester og dataformater, samt annen teknisk understøttelse».

Det kan gjøres ett uttrekk i timen, og dette kan ikke overstige 30 sekunder, jf. annet ledd. Videre skal disse uttrekkene lagres «i et korttidslager som skal holdes adskilt fra data som lagres etter §§ 7-7 og 7-9», jf. § 7-5 tredje ledd.

Lengden på oppbevaringen skal ikke gå utover det som er «nødvendig», og skal «slettes senest etter 14 dager», jf. § 7-5 fjerde ledd første punktum. Det finnes likevel unntak fra denne fristen. «Tekniske parametere og bearbeidede analyser av testdata som ikke kan knyttes til enkeltpersoner, kan oppbevares *så lenge det er nødvendig* for de formål som fremgår av første ledd andre punktum» (mine uthevninger).⁶²

⁶⁰ Prop. 92 L (2022-2023) side 34

⁶¹ Etterretningstjenesteloven § 7-3 tredje ledd annet punktum

⁶² Etterretningstjenesteloven § 7-5 fjerde ledd annet punktum

Altså dersom tekniske parametere og bearbejdede analyser av testdataen, ikke er knyttet til enkeltpersoner kan den lagres så lenge som nødvendig, så lenge formålet er «å muliggjøre utvalg, filtrering, lagring, søk [og så videre]» (mine merknader).⁶³

3.5.4 Innhenting, lagring og søk i data

§ 7-7: Hvilke krav som stilles til lagring og innhenting av metadata i bulk er regulert av § 7-7. Der fremkommer det at «[e]tter utvalg og filtrering i samsvar med § 7-6 kan Etterretningstjenesten innhente og lagre metadata i bulk om elektronisk kommunikasjon som transporteres over den norske grensen». Filtreringen i § 7-6 handler om å filtrere ut innenrikskommunikasjon, denne bestemmelsen behandles senere i kapitlet.

Metadata er definert i samme bestemmelse, «[m]ed metadata menes data som beskriver annen data eller som inneholder ekstra informasjon knyttet til data, blant annet data som beskriver formatet på innholdet, hvem som er avsender og mottaker, eller kommunikasjonens størrelse, posisjon, tidspunkt eller varighet».

Denne typen data lagres i *bulk*. Begrepet bulk er definert i § 1-3 bokstav i; «informasjonssamlinger og datasett hvorav en vesentlig andel av informasjonen antas å være irrelevant for etterretningsformål».

Metadata som er lagret i bulk må «slettes senest» etter 18 måneder, jf. § 7-7 tredje ledd. Ordlyden peker på at det er ønskelig at dataen slettes før det har gått 18 måneder, men at 18 måneder etter innhenting er en absolutt frist.

§ 7-8: Når og hvordan det foretas søk i den innhentede metadataen er regulert av § 7-8. Det er domstolen som setter rammen for e-tjenestens adgang til å utføre søk i metadataen, jf. § 7-8 første ledd. Videre fremkommer det at søk «skal baseres på søkebegreper». Hva som menes med søkebegreper er presisert i forarbeidene. Dette er begreper som knytter seg til «en bestemt person eller virksomhet» (personselektor), eksempelvis telefonnummer, e-postadresse

⁶³ Etterretningstjenesteloven § 7-5 første ledd annet punktum

og lignende. Eventuelt er det begreper som følger et «bestemt mønster eller avgrensning», kalt «modusselektor». ⁶⁴

En modusselektor «vil ofte bestå av en kombinasjon av søkebegreper. Den vil normalt være mindre finmasket enn en personselektor». ⁶⁵ I møte med modusselektorer må begrepets omfang veies opp mot hensynene til nødvendighet og forholdsmessighet i §§ 5-3 og 5-4. Som eksempel på for *vide* modusselektorer, viser forarbeidene til «et større geografisk område, slik som en by». ⁶⁶ Begrepene må spisses tilstrekkelig, til at de kan anses å være nødvendige og forholdsmessige. Vage og vidtomspennende begreper, vil derfor ikke kunne danne grunnlaget for søk.

§ 7-9: Adgangen til målrettet innhenting og lagring av innholdsdata, er regulert av § 7-9. Også ved innhenting og lagring av innholdsdata er det domstolen som setter rammen for dette. Innholdsdata er data som ikke er metadata, jf. bestemmelsens siste punktum. Men også metadata kan innhentes og lagres etter bestemmelsen, gitt at denne tilhører innholdsdataen.

Det er verdt å merke seg at bestemmelsen kun åpner opp for målrettet innhenting. Dette gjør at bestemmelsen skiller seg ifra § 7-7 der det åpnes opp for innhenting i bulk. Målrettet innhenting medfører at det i all hovedsak innhentes informasjon som er nyttig med tanke på etterretningsformål. Det er derfor ikke behov for å stille krav til søkebegreper ved målrettet innhenting.

3.5.5 Intern- og eksternkontroll ved tilrettelagt innhenting

Bestemmelsen knyttet til internkontroll fremkommer av § 7-10. Det stilles her krav til at e-tjenesten skal «iverksette systematiske tiltak for å sikre at virksomhet etter dette kapittelet gjennomføres i samsvar med loven».

Videre oppstiller bestemmelsen krav til lagring av aktivitetslogger. Loggene skal lagres i 10 år, og EOS-utvalget skal til enhver tid ha tilgang til disse. Formålet med dette er at «[a]lle søk skal kunne kontrolleres i ettertid gjennom aktivitetslogger», jf. § 7-10 annet ledd.

⁶⁴ Prop. 80 L (2019-2020) side 216

⁶⁵ Prop. 80 L (2019-2020) side 216

⁶⁶ Prop. 80 L (2019-2020) side 216

I tillegg til internkontroll stilles det i § 7-11 krav til løpende kontroll. Denne skal føres av EOS-utvalget, som har ansvaret for å sikre e-tjenestens «etterlevelse av bestemmelsene i dette kapitlet, blant annet med at søk bare gjennomføres i tråd med rettens kjennelser og at korttidslageret og testdata utelukkende brukes til teknisk understøttelse».⁶⁷

I § 7-11 annet ledd fremkommer det videre at «EOS-utvalget skal ha uhindret tilgang til all informasjon (...)». Dette kan virke motsigende i forhold til EOS-kontrollloven § 2 tredje ledd som gir uttrykk for at «[u]tvalget skal følge prinsippet om etterfølgende kontroll». Forarbeidene uttrykker likevel at «[d]et presiseres for ordens skyld at prinsippet om etterfølgende kontroll, jf. EOS-kontrollloven § 2 tredje ledd andre punktum, ikke er til hinder for den løpende kontrollen».⁶⁸

Dersom det gjennom eksternkontroll kommer frem at e-tjenesten foretar tilrettelagt innhenting «i strid med loven», kan EOS-tjenesten fremme sak for Oslo Tingrett «med krav om at ulovlig virksomhet opphører, og at ulovlig innhentet informasjon slettes», jf. § 7-12. Før det fremmes sak for domstolen skal e-tjenesten «gjøres kjent med utvalgets syn og gis mulighet til å rette seg etter det». Hovedregelen er altså, at utvalget og e-tjenesten skal prøve å løse opp i ulovlig praksis uten at domstolen trekkes inn. Kun i de tilfeller der e-tjenesten motsetter seg utvalgets bemerkninger kan saken føres for retten.

3.5.6 Overskuddsinformasjon og bevisforbud

Det fremkommer av § 7-13 første ledd at e-tjenesten ikke skal «utlevere overskuddsinformasjon fra innhenting etter dette kapitlet». Hva som ligger i begrepet overskuddsinformasjon er definert i § 1-3 bokstav g, «informasjon som er uten interesse for etterretningsformål». Den informasjon som er innhentet hvor den ikke er interessant, av hensyn til etterretningsformål kan derfor *ikke* utleveres.

Videre presiseres det i bestemmelsens første ledd andre punktum at overskuddsinformasjon ikke utløser «avvergings- eller opplysningsplikter etter annen lov». Er e-tjenesten i besittelse

⁶⁷ Etterretningstjenesteloven § 7-11 første ledd

⁶⁸ Prop 80 L (2019-2020) side 217

av informasjon som for eksempel ikke er av interesse for etterretningsformål, men som kan gi uttrykk for straffbare kriminelle tendenser, utløser ikke dette en avvergings- eller opplysningsplikt overfor politiet.

At avvergings- og opplysningsplikt ikke utløses, er likevel ikke absolutt. Bestemmelsens andre ledd gir hjemmel for at overskuddsinformasjon «likevel utleveres i den utstrekning det er nødvendig for å forhindre alvorlig fare for noens liv, helse eller frihet eller at noen blir uriktig tiltalt eller domfelt for en straffbar handling». Grunnen til at dette unntaket er tatt inn er fordi dette omhandler såpass grunnleggende interesser at det ville vært betenkelig om e-tjenesten skulle vært i besittelse av informasjon som kunne avverget skade på disse interessene uten å kunne videreformidle denne.⁶⁹

Videre presiseres det i bestemmelsens tredje ledd at «[i]nformasjon som ikke er overskuddsinformasjon, kan utleveres dersom vilkårene i kapittel 10 er oppfylt». Altså informasjon som *er* av interesse for etterretningsformål kan utleveres i henhold til kapittel 10. Dette bunner i behovet for å samarbeide med andre stater når det er identifisert en trussel som går på kryss av de nasjonale landegrensene.

I en forlengelse av bestemmelsen knyttet til overskuddsinformasjon, fremkommer det av § 7-14 en regel om bevisforbud i straffesaker. Informasjon som er «fremkommet gjennom innhenting etter dette kapittelet kan ikke brukes som grunnlag for ileggelse av straff eller andre strafferettslige reaksjoner».

Bevisforbudet i straffesaker er likevel «ikke til hinder for at informasjon som stammer fra tilrettelagt innhenting danner grunnlag for bruk av tvangsmidler».⁷⁰ Grunnlaget for bruk av tvangsmidler kan derfor ha sitt grunnlag i informasjon som stammer fra tilrettelagt innhenting, men ikke bruk av straff eller andre strafferettslige reaksjoner.

⁶⁹ For mer om dette, se Holmboe (2019)

⁷⁰ Prop. 80 L (2019-2020) side 219

3.6 Vilkårene i kapittel 8

Vilkårene som fremkommer av lovens kapittel 8, bygger i stor grad på de samme regler som gjelder for sivilprosessen.⁷¹ De rent formelle krav som stilles, vil derfor ikke bli behandlet ytterligere i denne omgang, da dette ikke er det problematiske i forhold til avhandlingens problemstilling. Jeg kommer til å fokusere på de bestemmelser som skiller seg ifra sivilprosessen, og som er særlig aktuelle med tanke på senere drøftelser i avhandlingen.

3.6.1 Særskilt advokat

Når domstolen skal behandle saker knyttet til tilrettelagt innhenting skal retten «oppnevne en advokat som skal ivareta den enkeltes rettigheter og samfunnets interesser i saken», jf. § 8-5 første ledd. Dersom retten finner det «ubetenkelig» kan oppnevning unnlates. Hovedregelen er likevel at særskilt advokat skal oppnevnes, og det er kun unntaksvis at dette kan unnlates.

Formålet med særskilt advokat har sitt grunnlag i at dette er hemmelige operasjoner som foregår uten at dette er kjent for de enkeltindivider som utsettes for innhenting av sine personopplysninger. Den særskilte advokaten skal derfor ivareta rettighetene til de enkeltindivider som utsettes for innhenting og sikre at e-tjenesten følger regelverket.

Dette er en viktig oppgave for å ivareta individers grunnleggende rettigheter og bidra til økt rettssikkerhet. Forarbeidene gir uttrykk for dette når det uttales at; «advokaten har likevel en viktig rolle i å belyse samfunnets interesser i et bredere perspektiv, for eksempel med hensyn til ytrings- og informasjonsfriheten og diskrimineringsforbudet».⁷²

Bestemmelsens annet ledd setter rammen for informasjonen advokaten har rett på. «Advokaten skal gjøres kjent med begjæringen og annen informasjon som legges frem for retten, men har ellers ingen innsynsrett».

Videre fremkommer det av tredje ledd at «[a]dvokaten har rett til å uttale seg før retten treffer avgjørelse». I tillegg «skal [advokaten] varsles om rettsmøter i saken og har rett til å delta i dem» (mine uthevinger).

⁷¹ Som eksempel på dette, sammenlign etterretningstjenesteloven § 8-2 med tvisteloven § 9-2

⁷² Prop. 80 L (2019-2020) side 221

3.6.2 Varigheten på rettens tillatelse til innhentingsoperasjoner

Det fremkommer av § 8-6 at der retten fatter vedtak knyttet til tilrettelagt innhenting, skal varigheten av operasjonen «ikke gis for lengre tid enn nødvendig». Hva som er nødvendig må ses i sammenheng med grunnvilkårene i kapittel 5. Etter § 5-3 fremkommer det at hva som er nødvendig, må vurderes opp mot tilgangen til «et relevant og tilstrekkelig informasjonsgrunnlag». Videre må det etter § 5-4 foretas en forholdsmessighetsvurdering.

Ved målrettet innhenting etter §§ 5-2, 7-8 eller 7-9 kan ikke tillatelsen «overstige seks måneder». Er det speiling etter § 7-3 tillatelsen knytter seg til «kan den ikke overstige to år». Disse tidsfristene må likevel vurderes opp imot nødvendighetsvilkåret. Som eksempel, er det ikke nødvendig med målrettet innhenting i mer enn 3 uker skal ikke tillatelsen gis for seks måneder. Er det nødvendig med målrettet innhenting i seks måneder, kan det gis tillatelse for seks måneder.

Videre presiseres det i § 8-6 tredje ledd at e-tjenesten «skal avslutte pågående tiltak dersom lovens vilkår ikke lenger er til stede». Denne bestemmelsen knytter seg til alle lovens vilkår, ikke kun nødvendighet og tidsbegrensningen på tillatelsen. Viser det seg for eksempel at det ikke lenger er forholdsmessig med innhenting, skal retten i henhold til § 5-4 avslutte den pågående saken.

Dette er et krav som stilles til e-tjenesten, da domstolen ikke kan føre løpende kontroll. Derfor er det e-tjenesten selv, som underveis i en innhentingsoperasjon må vurdere om lovens vilkår fortsatt er til stede. Likevel er det verdt å presisere at også EOS-utvalget fører løpende kontroll, jf. § 7-13. Det er derfor ikke utelukkende kun e-tjenesten som vurderer om vilkårene fortsatt er til stede underveis i en innhentingsoperasjon, også EOS-utvalget vurderer dette.

3.6.3 Anke av sak ført for domstolen

Det er i § 8-9 første ledd hjemlet adgang til å anke rettens kjennelse. Dette kan gjøres av både e-tjenesten selv, og den særskilte advokaten. I tilfeller der en kjennelse ankes følges reglene oppført i straffeprosesslovens kapittel 26 «så langt de passer», jf. § 8-9 andre ledd.

En kjennelse er derfor ikke rettskraftig før ankefristen er utløpt. Dette er viktig med tanke på muligheten til å få overprøvd rettens kjennelser av en høyere instans, da dette er kompliserte saker som bunner på vanskelige og kompliserte interesseavveininger.

3.6.4 Hastekompetanse ved akutte situasjoner

Det oppstilles i § 8-10 første ledd et unntak til reglene om domstolsbehandling. «Dersom det ved opphold er stor fare for at informasjon av vesentlig betydning for utførelsen av Etterretningstjenestens oppgaver etter kapittel 3 kan gå tapt, kan ordre fra sjefen for tjenesten tre i stedet for rettens kjennelse».

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at dette er et snevert unntak, ved at det kreves «stor fare» og at det er tale om informasjon som er av «vesentlig betydning».⁷³ Unntaket gjelder «for alle saker som krever rettens tillatelse etter § 8-1 første ledd bokstavene a til e».⁷⁴

Begrepene «stor fare» og «vesentlig betydning», tilsier at det må være en fare som medfører at interessen til samfunnet, i den konkrete saken må vektles høyest. Hovedregelen er likevel at det skal være domstolskontroll, men det uttales i forarbeidene at «det etter departementets syn ikke til å komme fra at det i tidskrisiske situasjoner kan være strengt nødvendig for Etterretningstjenesten å gjennomføre søk uten at det er mulig å avvende rettens kjennelse».⁷⁵ Som eksempel på dette brukes «et alvorlig cyberangrep som finner sted på en helligdag, hvor tjenesten har behov for å søke i lagrede metadata for å kunne bidra til å motvirke angrepet».⁷⁶

Når det er fattet vedtak om hastekompetanse skal e-tjenesten «straks og senest innen 24 timer etter at innhenting ble påbegynt, forelegge saken for retten».⁷⁷ Dette sikrer at det blir etterfølgende domstolskontroll der denne mangler i forkant av en operasjon.

Hva domstolen vurderer og hva de kan fatte beslutning om i møte med tilfeller der hastekompetansen er anvendt, fremkommer av § 8-10 andre ledd. «Retten avgjør ved kjennelse om tiltaket kan tillates. Kommer retten til at tiltaket var ulovlig, skal retten meddele dette til EOS-utvalget. Retten kan pålegge Etterretningstjenesten å slette innhentet informasjon». Der hastekompetansen er brukt ulovlig, kan e-tjenesten altså i ytterste konsekvens bli pålagt at innhentet informasjon må slettes.

⁷³ Dette fremkommer også av Prop. 80 L (2019-2020) side 223

⁷⁴ Prop. 92 L (2022-2023) side 58

⁷⁵ Prop. 80 L (2019-2020) side 127

⁷⁶ Prop. 80 L (2019-2020) side 127

⁷⁷ Etterretningstjenesteloven § 8-10 første ledd annet punktum

3.7 Avsluttende bemerkninger

Som jeg nevnte innledningsvis, er dette kapitlet en ren materiell gjennomgang av reglene knyttet til tilrettelagt innhenting. Jeg har ikke reflektert rundt dette regelverket, kun presentert de lege lata. Jeg har gitt en innføring i de bestemmelsene som er nødvendige for å få en forståelse for regelverket knyttet til tilrettelagt innhenting, og også tatt for meg de som er kontroversielle og vil danne grunnlaget for kritikk og drøftelse senere i avhandlingen.

Det spørsmål som naturlig reiser seg videre i avhandlingen er *hva som gjør at dette regelverket er kontroversielt*. Årsaken til at regelverket er kontroversielt har sitt grunnlag i interessene knyttet til retten til privatliv. Derfor vil det følgende kapitlet ta opp hva som ligger i retten til privatliv og hvorfor det er viktig å ivareta denne retten.

Hensikten med en slik gjennomgang av retten til privatliv, er å gi en grunnleggende innføring i de hensyn som gjør at regelverket om tilrettelagt innhenting er kontroversielt. Dette vil være nyttig når jeg deretter skal vurdere om det er grunnlag for å rette kritikk mot regelverket.

Kapittel 4: Hvorfor ivaretas retten til privatliv

4.1 Innledning

Som en innledning til kapitlet, trekker jeg frem et sitat av John Adams. «Remember, democracy never last long. It soon wastes, exhausts, and murder itself. There never was a democracy yet that did not commit suicide».⁷⁸ Årsaken til at jeg trekker frem dette sitatet er fordi det får frem at demokratiet som styringsform er skjør. Retten til privatliv er en fundamental side av demokratiet, da dette danner grunnlaget for den personlige frihet, som de andre friheter bygger på. Inngrep i retten til privatliv vil i ytterste konsekvens derfor kunne påvirke demokratiet.

I dette kapitlet forsøker jeg å belyse hva personvern er, og hvorfor vi må ivareta retten til privatliv. Deretter vurderer jeg om tilrettelagt innhenting medfører et inngrep i retten til privatliv. Dette er viktige aspekter som må avklares for den videre avhandlingen.

⁷⁸ Sitatet av John Adams er en gjengivelse fra goodreads.com, <https://www.goodreads.com/quotes/1244732-remember-democracy-never-lasts-long-it-soon-wastes-exhausts-and>

Som jeg nevnte i det innledende kapitlet, tar avhandlingen for seg problemstillingen knyttet til innenrikskommunikasjon. Når jeg i avhandlingen drøfter de problematiske sider ved retten til privatliv er det altså de problematiske sidene knyttet til dette materiale jeg vurderer.

Problemstillingen kunne vært utvidet til å omfatte også de som befinner seg utenfor Norge og blir utsatt for en innhentingsoperasjon. Grunnen til det, er at selve inngrepet i privatlivet skjer *innenfor* Norges grenser.⁷⁹ Dette fremkommer av *Wieder and Guarnieri v. The United Kingdom* avsnitt 94 der det uttales at «[u]nder the section 8(4) regime the interference with the privacy of communications clearly takes place where those communications are intercepted, searched, examined and used and the resulting injury to the privacy rights of the sender and/or recipient will also take place there».⁸⁰

Likevel av hensyn til avhandlingens omfang har jeg avgrenset mot dette, da dette også medfører en rekke andre problemstillinger, som eksempelvis hvorvidt disse har klageadgang i Norge, for å nevne en. Jeg avgrenser derfor mot dette for å heller ha mer plass til en grundigere gjennomgang av de problemstillinger som omhandler retten til privatliv for de personer som befinner seg i Norge, og som blir berørt av innhentingsoperasjoner.

Videre vil jeg presisere at kapitlet tar for seg konsekvensene av reglene om tilrettelagt innhenting i ytterste konsekvens. Når jeg trekker frem de problematiske sider med regelverket er ikke dette noe som nødvendigvis representerer nåværende tilstander. Tanken er å trekke frem de potensielle effekter lovgivningen kan ha i ytterste konsekvens.

Først skal jeg se på hva retten til privatliv er, og deretter hvordan dette er kommet til uttrykk gjennom lovgivningen. Deretter kommer jeg til å se på hvorfor denne rettigheten er viktig. På slutten av kapitlet vurderer jeg om tilrettelagt innhenting utgjør et inngrep i retten til privatliv.

⁷⁹ Denne problematikken er tatt opp i en artikkel knyttet til om det svenske regelverket krenket nordmenns menneskerettigheter, se Wessel-Aas (2009)

⁸⁰ Wieder og Guarnieri mot UK

4.2 Hva er retten til privatliv?

Det finnes flere ulike måter å definere hva retten til privatliv er. For å vise til noen konkrete eksempler som ikke omfatter de rent juridiske definisjoner, viser jeg også til noen definisjoner av begrepet *personvern*. Det som jeg vil poengtere i denne sammenheng er at personvern er et begrep som faller inn under retten til privatliv. Retten til privatliv strekker seg altså videre enn personvernet. Definisjonene av personvern jeg viser til under gir derfor ikke et helhetlig bilde av hva retten til privatliv innebærer. Tanken er likevel at disse kan gi en grunnforståelse for *noe* av det rettigheten innebærer.

Datatilsynet har definert personvern som «retten til et privatliv og retten til å bestemme over egne personopplysninger».⁸¹ Det man kan dra ut fra denne definisjonen er at personvern handler om å selv være i besittelse av egne personopplysninger, som medfører at man selv kan velge om og når man ønsker å dele disse med andre.

Ytterligere en forklaring på hva begrepet personvern innebærer er gitt av Regjeringen i en uttalelse. Det pekes her på at «[p]ersonvern er derfor nært knyttet til enkeltindividers muligheter for privatliv, selvbestemmelse og selvtutfoldelse.»⁸²

Den juridiske definisjonen av retten til privatliv slik den følger av EMK artikkel 8 har følgende ordlyd: «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Jeg kommer til å skrive om privatliv aspektet av bestemmelsen, men dette er i stor grad overlappende med familieliv, hjem og kommunikasjon. Siden disse henger såpass sammen anser jeg det likevel ikke hensiktsmessig å presisere forskjellene, men heller foreta en felles behandling.

Videre når jeg omtaler retten til privatliv, er det altså disse overnevnte momentene som gjør seg gjeldende. Altså, retten på de opplysninger som knytter seg til sin private sfære.

⁸¹ *Hva er personvern?*, datatilsynet.no, <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/hva-er-personvern/>

⁸² NOU 2022:11 side 29

4.2.1 Hva innebærer retten til privatliv?

En viktig avklaring, er *hva* som ligger i begrepet «rett til respekt for sitt privatliv». EMD har uttalt at begrepet favner vidt og inkluderer «the sphere of personal autonomy in which everyone can freely pursue the development and fulfilment of his or her personality and to establish and develop relationships with other persons and the outside world».⁸³

Uttalelsen fra EMD gir uttrykk for at alt en person foretar seg når han opptrer som privatperson, er omfattet av begrepet privatliv. Opplysninger som knytter seg til hva personen kommuniserer eller foretar seg må derfor anses som personopplysninger og nyter derfor vern etter EMK artikkel 8.

Videre blir spørsmålet hva det betyr at disse opplysningene har vern etter EMK.

Personopplysningene skal være forbeholdt den personen de knytter seg til. Andre skal ikke ha tilgang på personopplysningene, med mindre den de omhandler selv velger å dele disse. At andre ikke skal ha tilgang på personopplysninger gjelder ikke bare for enkeltpersoner og organisasjoner, men også for staten. Som det klare utgangspunkt skal derfor staten ikke være i besittelse av personopplysninger med mindre den de omhandler selv velger å dele disse.⁸⁴

I denne sammenheng kan det også presiseres at overfor staten medfører retten til privatliv en ytterligere forpliktelse. Det at staten ikke skal ha tilgang til personopplysninger omtales som statens negative forpliktelse. Dette er en forpliktelse til å unnlate noe, i denne sammenheng å unnlate å ha tilgang på personopplysninger. Men staten har også en positiv forpliktelse.

Denne innebærer at staten aktivt skal beskytte personopplysningene. Dette gjøres gjennom lovgivning som sikrer at personopplysningene ikke gjøres tilgjengelig for andre enn den de omhandler.

4.3 Hvorfor beskyttes retten til privatliv?

Det er flere ulike grunner til at retten til privatliv beskyttes. Innledningsvis kan det nevnes at privatlivet må beskyttes av hensynet til demokratiet. Skulle alles personopplysninger vært offentlig informasjon, hadde samfunnet blitt satt i en sårbar posisjon for påvirkning både innenfra og utenfra, da det hadde vært mulig å misbruke andres personopplysninger.

⁸³ Jehovah's Witnesses of Moscow mfl. mot Russland, avsnitt 117

⁸⁴ Fo å illustrere dette, se personvernsforordningen (EU 2016/679) artikkel 6 nr. 1 bokstav a som gir uttrykk for hovedregelen knyttet til behandlingen av personopplysninger

Jan-R. Sieckmann har uttalt det slik «[t]he justification of human rights must begin with the idea of individual autonomy. Autonomy, as understood here, is a structure of normative decision-making or judgment. The balancing of normative arguments is the core underlying autonomous judgments». ⁸⁵ Retten til privatliv ivaretar altså individets autonomi, som danner grunnlaget for individets beslutningsgrunnlag og vurderinger.

Videre er det verdt å trekke frem at selv lovgivning med gode intensjoner kan til slutt få uønskede effekter om retten til privatliv tilsidesettes. Gis det vide fullmakter til å gripe inn i privatlivet til en viss gruppe eller enkeltpersoner kan dette gå bra i starten, men man risikerer at disse gruppene/enkeltpersonene erstattes av noen som ikke har de samme gode intensjonene. Å verne opplysninger knyttet til enkeltpersoner sikrer derfor i størst mulig grad at disse ikke blir misbrukt på et senere tidspunkt.

I det følgende kommer jeg til å trekke frem ytterligere tre sentrale momenter som viser hvorfor retten til privatliv må beskyttes. Det er ikke mulig å gi en utfyllende liste over alle momenter som er sentrale i denne sammenheng. Formålet er å gi en grunnforståelse for hvorfor det må vernes om personopplysninger, og dette gis gjennom å trekke frem *noen* av de sentrale momentene.

4.3.1 Tillitt mellom stat og borger

For at et demokratisk samfunn skal fungere i praksis, er det nødvendig med tillitt mellom stat og borger. Det kan her trekkes paralleller til samfunnskontrakten. Borgerne gir ifra seg deler av sin frihet, i bytte mot beskyttelse fra staten. For at borgerne frivillig skal gi fra seg sin frihet, er det derfor viktig at de har tillitt til at dette medfører en reell beskyttelse fra staten.

Historisk sett har nordmenn hatt en stor grad av tillitt til staten, sammenliknet med andre land. Det uttales at vi nordmenn er «på tillittstoppen i Europa», og at vi har «stor tillit til ulike politiske institusjoner sammenliknet med andre europeere». ⁸⁶ I stor grad blir de fleste lovendringer i Norge vedtatt *uten* at dette skaper offentlig debatt og store uenigheter.

⁸⁵ Sieckmann (2021) side 116

⁸⁶ Samfunnsspeilet 2/2016 side 13, se også videre i undersøkelsen for ytterligere data knyttet til nordmenns tillitt til politiske institusjoner

Denne tillitten bør likevel ikke tas for gitt. Det kan ikke ved lovgivning legges til grunn at tillitten til staten vil forbi den samme fremover, som den er nå. I løpet av den siste tiden ser vi eksempler på flere «kriser» som har rammet våre styresmakter som har potensiale til å kunne svekke tilliten. Eksempler på dette er koronahåndteringen, pendlerbolig-sakene, habilitetssakene, plagiatsakene med mer. De lover som vedtas må derfor være av en slik art at de er tillitsskapende, selv uten en grunnleggende tillitt til lovgiver.

I denne forlengelse er det viktig at nettopp retten til privatliv lovfestes. Dette skaper en trygg ramme for enkeltindividene, men setter også begrensninger på statens myndighet i møte med opplysninger som knytter seg til privatlivet. Ved å få retten til privatliv lovfestet, medfører det at brudd på regelverket innebærer konsekvenser. Dersom staten handler i strid med lovgivningen knyttet til dette, kan dette angripes foran en uavhengig domstol, noe som gir en ytterligere sikring i tillitsforholdet mellom stat og borger.

4.3.2 Ytringsfriheten og nedkjølingseffekten

Dersom retten til privatliv blir tatt for gitt risikerer vi også, i ytterste konsekvens at ytringsfriheten knebles, dette kan skje gjennom den såkalte nedkjølingseffekten.⁸⁷ Kort forklart handler nedkjølingseffekten om at enkeltindivider i frykt for å bli overvåket unnlater å ytre sine meninger.

Det nedkjølingseffekten viser er at ytringsfriheten svekkes, i møte med lovgivning som ikke verner om enkeltindividers personlige integritet. Statistikken viser at allerede i 2019/2020 var det 16% som hadde unnlatt å delta i debatt, på nettaviser og Facebook, fordi de var usikre på om myndighetene ville få tilgang til den informasjonen.⁸⁸ I etterkant av denne undersøkelsen har den nye etterretningstjenesteloven med regler om blant annet tilrettelagt innhenting trådt i kraft, i tillegg til at det for tiden utarbeides muligheter for at PST kan lagre data som ligger åpent på nett.⁸⁹

⁸⁷ Personvernsundersøkelsen 2019/2020 side 28

⁸⁸ Personvernsundersøkelsen 2019/2020 side 29

⁸⁹ Prop. 31 L (2022/2023) side 5-6

Hvordan det vil virke inn på ytringsfriheten at det i enda større grad enn før åpnes opp for overvåking av personopplysninger er det ikke ført statistikk over enda. Likevel er det naturlig å trekke konklusjoner dit at når 16% fryktet overvåking *før* disse lovendringene ble endelige, vil prosentandelen ihvertfall være den samme, trolig enda høyere enn den var i 2019/2020.

Dette er et bekymringsverdig aspekt da vi ser at ca. hver sjettede nordmann i 2019/2020 unnlot å ytre sine meninger i frykt for å bli overvåket. I forhold til vårt demokratiske samfunn er dette kritisk med tanke på at demokratiet er avhengig av at ytringsfriheten fungerer og blir anvendt i praksis.

I møte med gode intensjoner som å bekjempe terror og internasjonal kriminalitet, må likevel hensynet til demokrati og ytringsfrihet veie tungt i en lovgivningsprosess. Vi kan stille oss spørsmålet om et samfunn fri for kriminalitet og terror er verdt det om dette går på bekostning av ytringsfriheten, og i den forlengelse demokratiet.

Jeg vil igjen også her presisere at jeg ikke mener at etterretningstjenesteloven slik den nå er utformet nødvendigvis har denne konsekvensen. Men at formålet i denne sammenheng er å se på konsekvenser knyttet til en liberal lovgivning vedrørende retten til privatliv, kan få i ytterste konsekvens.

4.3.3 Informasjon på avveie

Et tredje poeng jeg vil trekke frem i tilknytning til spørsmålet om hvorfor retten til privatliv er viktig, er at all informasjon lagret digitalt, potensielt kan komme på avveie. Dette poeng illustreres godt ved de ulike hackerangrep som har skjedd mot ulike statlige virksomheter den siste tiden.⁹⁰ Statlige virksomheter slik som e-tjenesten ser derfor ut til å være ekstra utsatt for slike angrep, da stater som ønsker etterretning om Norge ser ut til å angripe statlige aktører i større grad en øvrige.

⁹⁰ Til illustrasjon; IT-angrepene mot Stortinget i 2020 og 2021 – *IT-angrep mot Stortinget*; <https://stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Nyhetsarkiv/Pressemeldingsarkiv/2019-2020/it-angrep-mot-stortinget/> og *Stortinget utsatt for IT-angrep*; <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Nyhetsarkiv/Pressemeldingsarkiv/2020-2021/stortinget-utsatt-for-it-angrep/>

Det jeg ønsker å stille spørsmål ved her er hvorvidt det er hensiktsmessig å lagre materiale som inneholder data om den norske befolkningen. Formålet med reglene om tilrettelagt innhenting er å verne om, og ivareta sikkerheten i samfunnet. Det som kan problematiseres er om lagring av informasjon knyttet til hva enkeltpersoner foretar seg på nett, samlet ett sted, potensielt kan gjøre oss sårbare i møte med cyberangrep.

For å illustrere dette poenget bruker jeg eksemplet med skandalen som knyttet seg til selskapet Cambridge Analytica. Selskapet hentet informasjon ifra flere millioner brukere av Facebook, og brukte denne informasjonen til strategisk markedsføring. Denne strategiske markedsføringen ble brukt i forbindelse med det amerikanske valget i 2016 og det mistenkes at dette kan ha hatt innvirkning på valget.⁹¹

Poenget i denne sammenheng er at informasjon som nært knytter seg til enkeltindivider kan misbrukes. Å lagre stor mengde med sensitiv informasjon knyttet til en stor gruppe mennesker kan derfor potensielt sette denne gruppen i en sårbar situasjon. Det kan virke til at man sikrer samfunnet på et plan, men gjør det mer sårbart på et annet plan.

Direktøren for NSM ytret under sikkerhetskonferansen i 2023 bekymring for «sikkerheten i forsvaret sine systemer». Bekymringen knyttet seg til faren for at andre skulle kunne få tilgang til det materialet som lagres.⁹² Denne ytringen kom i tilknytning til regelverket om tilrettelagt innhenting, og i den forlengelse lagringen av innhentet materiale.

Dette poenget bør ikke gis for stor vekt, da dette er informasjon som kommersielle aktører allerede i stor grad har lagret og som av den grunn allerede kan angripes av aktører som ønsker det, noe sjefen for e-tjenesten poengterer i møte med NSM-direktørens bekymringer under sikkerhetskonferansen.⁹³

Oppsummeringsvis kan det likevel konkluderes med at det foreligger en fare for at denne informasjonen kommer på avveie. At det foreligger en viss risiko for at denne informasjonen

⁹¹ Confessore, artikkel fra nytimes.com, <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>

⁹² Sikkerhetskonferansen 2023, rundt minutt 15, https://www.youtube.com/watch?v=Ci7AYFoZnqQ&ab_channel=Nasjonalsikkerhetsmyndighet

⁹³ Sikkerhetskonferansen 2023, rundt minutt 16 (samme link som fotnoten over)

kan komme på avveie, er likevel problematisk grunnet statens positive og negative forpliktelse til å ivareta retten til privatliv.

4.3.4. Oppsummering av hvorfor retten til privatliv bør beskyttes

Som jeg nevnte innledningsvis er det flere grunner enn de nevnte som er årsaken til at personopplysninger bør beskyttes. Jeg har i denne sammenheng trukket frem noen av de sentrale momentene som gjør seg gjeldende i denne sammenheng.

Samlet sett viser disse momentene at det å ivareta den nåværende samfunnsstrukturen, er det overordnede formålet med retten til privatliv. Det er altså ikke ønskelig å gjøre vår samfunnsstruktur mer sårbar enn det som er nødvendig, men vi ønsker heller å styrke den slik at den i fremtiden er mindre utsatt for påvirkninger både innenfra og utenfra.

4.4 Utgjør tilrettelagt innhenting et inngrep i retten til privatliv?

Igjennom dette kapitlet har jeg vært inne på hva privatliv er, og hvorfor det er viktig å ivareta denne retten. Spørsmålet videre blir da hvorvidt tilrettelagt innhenting utgjør et *inngrep* i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Rui har gitt uttrykk for at «[n]asjonale og internasjonale menneskerettigheter gir som den store hovedregel ikke et absolutt, men et relativt, menneskerettsvern. Grunnen er at myndighetene ofte har et legitimt behov for å gripe inn i vernede frihetsretter».⁹⁴ Det kan derfor konkluderes med at retten til privatliv ikke er absolutt. Men for at retten til privatliv ikke skal krenkes, kreves det at inngrepet følger de vilkår som oppstilles i EMK artikkel 8 andre ledd.

Jeg kommer her kun til å se på om tilrettelagt innhenting utgjør et inngrep i retten til privatliv. Hvorvidt reglene krenker retten til privatliv, vil bli vurdert i avhandlingens kapittel 6.

Som jeg tidligere har påpekt innebærer tilrettelagt innhenting at kommunikasjon mellom to personer som befinner seg i Norge, også vil bli innhentet. Videre vil også «ensidig overføring

⁹⁴ Rui (2018)

av lyd, tekst, bilder eller andre data», bli innhentet.⁹⁵ Det er altså store mengder data knyttet til hva den enkelte foretar seg på nett som kan bli innhentet under en innhentesoperasjon.

Siden retten til privatliv innebærer at man har rett på sine egne personopplysninger, vil det utgjøre et inngrep i denne retten når e-tjenesten får tilgang til, og lagrer slike opplysninger.

Konklusjonen er derfor at tilrettelagt innhenting utgjør et inngrep i retten til privatliv. Problemstillingen for den videre avhandlingen blir derfor hvorvidt dette inngrepet også utgjør en krenkelse av retten til privatliv.

Hvorvidt reglene om tilrettelagt innhenting krenker retten til privatliv, er ikke vurdert av verken EMD eller Høyesterett. Men EMD har vurdert tilsvarende regelverk i Storbritannia og Sverige, og i den forbindelse drøftet hvor terskelen for krenkelse ligger. I det følgende kommer jeg derfor til å foreta en komparativ analyse mellom britisk, svensk og norsk rett. Gjennom analysen vil jeg vise hvor EMD har påpekt mangler ved svensk og britisk regelverk, og bruke dette som et utgangspunkt for vurderingen av det norske regelverket i kapittel 6.

Kapittel 5: Komparativ analyse

5.1 Innledning til kapitlet

Kapittel fem er en komparativ analyse av svensk, britisk og norsk rett. Siden reglene om tilrettelagt innhenting ikke direkte er vurdert, velger jeg å se på tilsvarende regelverk som er vurdert av en domstol. Formålet er at disse vurderingene som domstolen foretar, vil danne en mal for hvordan vurderingene også må foretas i møte med norsk rett.

Innledningsvis vil jeg poengtere at jeg i dette kapitlet ikke foretar en selvstendig vurdering av det norske regelverket. Jeg vurderer kun det britiske og svenske regelverket basert på de merknader EMD kommer med. Deretter sammenligner jeg disse regelverkene med det norske og se på hvilke likheter og forskjeller som foreligger. Altså jeg kommer ikke til å vurdere om norsk rett oppfyller de krav EMD stiller, kun se på likheter og forskjeller i forhold til svensk og britisk rett. Vurderingen av norsk rett kommer i kapittel 6.

⁹⁵ Prop.80 L (2019-2020) side 213

Det er verdt å trekke frem at norsk og svensk rettssystem er ganske likt og av den grunn i første øyekast mer sammenlignbar, enn det britiske. Dette bunner i forskjellen mellom common law og civil law. Der det britiske lovverket bygger på common law – altså i stor grad rettspraksis. Norsk og svensk rett bygger på civil law – altså i stor grad kodifiserte rettsregler gjennom formell lov. Det kan også trekkes frem i denne sammenheng at nordisk lovsamarbeid har medført at retten i de nordiske landene ligner på hverandre.

Det er av denne grunn at jeg har valgt en funksjonell komparasjon fremfor for eksempel en systematisk komparasjon. Jeg ser på likheter og forskjeller i «et faktisk problem eller fenomen», og vurderer om «rettsreglene i ulike rettssystemer er egnet til å regulere fenomenet». ⁹⁶

I de to avgjørelsene er det stort sett de samme vurderingstemaer som tas opp, og de har samme utfall. Utvalget som foretok den rettslige analysen av dommene, uttalte at «de to har i det vesentlige sammenfallende vurderingstemaer og må for øvrig forstås i sammenheng». ⁹⁷ Jeg er også av samme oppfatning og velger derfor å bygge analysen på dette utgangspunkt. Det er derfor disse åtte vurderingmomentene som danner grunnlaget for analysen

Videre er det innledningsvis nyttig å poengtere at når jeg omtaler bulkinnhenting, sikter jeg til britisk og svensk regelverk. Disse regelverkene er tilsvarende det norske regelverket om tilrettelagt innhenting. Når begrepet bulkinnhenting anvendes, siktes det altså til liknende regelverk, som de norske reglene om tilrettelagt innhenting.

Jeg kommer ikke til å behandle kammeravgjørelsene som ble avsagt i 2018 knyttet til disse sakene. Det ble i kammeravgjørelsen konkludert med at det svenske regelverket ikke krenket retten til privatliv, mens det i storkammer avgjørelsen ble konkludert med krenkelse. Hvorfor EMD kom til forskjellige resultater kunne vært et relevant vurderingstema, men av hensyn til oppgavens omfang, har jeg ikke plass til å trekke inn avgjørelsene fra 2018. Av den grunn er det kun avgjørelsene fra 2021 som vil bli behandlet.

⁹⁶ Rui (2009) side 454-455

⁹⁷ Rettslig analyse side 5

5.1.1 Hvorfor foretas den en komparativ analyse?

Som jeg har vært inne på har ikke de norske reglene om tilrettelagt innhenting blitt vurdert av en uavhengig domstol. Det er derfor nyttig å foreta en komparativ analyse siden dette gir grunnlag for hvor terskelen settes av EMD. Svensk og Britisk rett fungerer på denne måten som en *rollemodell* for det norske. Gjennom analysen får jeg konkrete vurderingsmomenter som jeg kan bruke i proporsjonalitetsvurderingen av det norske regelverket.

5.1.2 Utgangspunkter for analysen

Når jeg foretar analysen, vil jeg punktvis gå gjennom de åtte vurderingsmomenter som EMD anvender. Knyttet til hvert av disse punkt trekker jeg først frem hvordan svensk rett ble vurdert, deretter hvordan britisk rett ble vurdert, og til sist hvordan norsk rett er å sammenligne med svensk/britisk rett på dette punkt.

Til slutt vil jeg trekke frem hvordan EMD har foretatt helhetsvurderingen av det britiske og svenske regelverket. Her trekker jeg ikke inn norsk rett, da en vurdering av likheter og forskjeller i helhet, vil være nærmere en proporsjonalitetsvurdering, enn kun en ren sammenligning av regelverkene.

Når jeg vurderer britisk og svensk rett, vurderer jeg ikke konkrete bestemmelser i disse rettssystemene. Årsaken til det er at det ville vært for omstendelig å sette meg inn i, og forstå disse rettssystemene, da jeg ville brukt mye tid på dette fremfor vurderinger som konkret retter seg mot det norske regelverket. Jeg baserer meg derfor på de bemerkninger EMD kommer med, i tilknytning til disse regelverkene. Det er altså de funksjoner som EMD kommenterer i de ulike regelverkene som jeg vurderer, fremfor de konkrete bestemmelsene.

Analysen blir derfor foretatt som en funksjonell komparasjonsanalyse. Jeg har forklart hva dette er i metodekapitlet og i innledningen. Det denne analysen innebærer er at jeg ser på reglene om bulkinnhenting, og vurderer hvordan de ulike rettssystemene regulerer dette, og hvorvidt rettssystemet er egnet til å regulere bulkinnhenting.⁹⁸ Altså ser jeg på funksjonen til regelverket, fremfor de konkrete hjemler.

⁹⁸ Rui (2009) side 454-455

Likevel, vil jeg når jeg trekker inn norsk rett peke til konkrete hjemler. Dette er fordi avhandlingen har til hensikt å vurdere norsk rett konkret. Det er derfor hensiktsmessig å trekke frem de konkrete hjemlene som danner grunnlaget for de funksjonene jeg påpeker i analysen. Dette vil være nyttig med tanke på de vurderinger som kommer i kapittel 6.

5.2 Introduksjon av praksis fra EMD

Før jeg analyserer de to dommene fra EMD, og ser på hva de har vurdert, og hvorfor de konkluderer slik de gjør, er det nyttig å gi et raskt overblikk over faktum i avgjørelsene.

5.2.1 Big Brothers Watch and Others mot UK

I avgjørelsen konkluderte EMD med at noen deler av regelverket knyttet til bulkinnhentingsregimet i Storbritannia krenket retten til privatliv og ytringsfriheten i artikkel 8 og 10. Jeg kommer ikke til å trekke inn vurderinger knyttet til artikkel 10, da dette er utenfor temaet til denne avhandlingen.

En rekke journalister gikk til sak mot staten da Edward Snowdens avsløringer ble offentliggjort i 2013. Sakens tvister omhandlet regelverket knyttet til avlytting i bulk, innhenting av data med etterretningsformål fra ekomtilbydere, og til sist innhenting av avlyttingsmateriale fra utenlandsk etterretning. I denne avhandlingen fokuserer jeg kun på den delen knyttet til innhenting av data med etterretningsformål fra ekomtilbydere.

I møte med denne problemstillingen, trekker EMD frem åtte vurderingsmomenter som de bruker i møte med et slikt regime for å vurdere om dette er «necessary in a democratic society».⁹⁹ Det er disse vurderingsmomentene som danner grunnlaget for min komparative analyse, da dette også er de samme som trekkes frem i Centrum för Rättvisa.

5.2.2 Centrum för Rättvisa mot Sverige

I tidsrommet der dette regelverket ble presentert og vurdert innført, fikk SVT (tilsvarende NRK) tilgang på lekkede filer fra FRA (tilsvarende EOS-utvalget) som gav uttrykk for at regelverket ville bli annerledes enn det lovgiver hadde gitt uttrykk for.

⁹⁹ EMK artikkel 8 annet ledd, vist til (blant annet) i Big Brothers Watch avsnitt 332

Organisasjonen Centrum för Rättvisa er en NGO, og var derfor daglig i kontakt med en rekke ulike enkeltpersoner gjennom sin virksomhet. Det var av denne grunn organisasjonen fryktet at deres kommunikasjon ville bli innhentet, og i den forlengelse den kommunikasjonen som knyttet seg til kontakt med enkeltpersonene.

Saken ble derfor lagt frem for EMD, hvor denne ble behandlet i 2018 (kammer), for så å komme med en storkammer avgjørelse i 2021. Konklusjonen på kammer og storkammeravgjørelsene skiller seg, da det i avgjørelsen fra 2018 ikke ble konstatert krenkelse av retten til privatliv, mens det i avgjørelsen fra 2021 ble konstatert krenkelse. Som jeg nevnte innledningsvis, vil ikke dette bli ytterligere problematisert i avhandlingen.

5.3 Hvordan stiller EMD seg til bulkinnhenting på generelt grunnlag?

Bulkinnsamling av data med det formål å sikre nasjonale interesser blir på generelt grunnlag ikke ansett som negativt av EMD. Det uttales at mye alvorlig kriminalitet utføres gjennom det digitale domenet, og kan derfor kun oppdages gjennom innhenting av data. Det uttales i denne sammenheng at «[c]onsequently, the Court is required to carry out its assessment of Contracting States' bulk interception regimes, a valuable technological capacity to identify new threats in the digital domain».¹⁰⁰

Videre konstanterer EMD at det ikke finnes gode alternativer for bulkinnhenting. Det uttales at «[i]t appears that, in present-day conditions, no alternative or combination of alternatives would be sufficient to substitute for the bulk interception power».¹⁰¹ EMD påpeker altså at bulkinnhenting i dagens samfunn nærmest er en nødvendighet for å ivareta samfunnets interesser.

Det som påpekes i denne sammenheng, er at EMD stiller strenge krav til sikkerhetsmekanismer ved bulkinnhentingsregimer. Etter at EMD stiller seg positivt til bulkinnhenting generelt, uttales det at «[t]herefore, following the approach outlined above, it remains to be considered whether the domestic law was accessible and contained adequate

¹⁰⁰ Centrum för Rättvisa avsnitt 237

¹⁰¹ Centrum för Rättvisa avsnitt 365

and effective safeguards and guarantees to meet the requirements of “foreseeability” and “necessity in a democratic society». ¹⁰²

Videre kan det påpekes at EMD gir statene en vid skjønnsmargin i deres håndtering av nasjonale trusler. ¹⁰³ Av hensynet til suverenitetsprinsippet og behovet for politisk oppslutning, er EMD nødt til å gi statene en vid skjønnsmargin i møte med nasjonal lovgivning.

Statene har foretatt grundige utredninger før lovverk trer i kraft, og om EMD griper for mye inn i dette risikerer de å skape konflikter med medlemsstaten. EMD velger derfor sjelden å konstatere krenkelse knyttet til lovkravet. Det uttales at domstolen må vurdere om inngrepet er *nødvendig i et demokratisk samfunn*, som dermed utgjør hovedmomentet av det domstolen vurderer. ¹⁰⁴

Samlet sett kan det derfor konkluderes med at EMD på generelt grunnlag er positive overfor lovverk som åpner opp for bulkinnhenting. Domstolen mener at dette per dags dato er den beste måten, og muligens den eneste måten å forhindre kriminalitet, som strekker seg over de ulike landegrensene.

5.4 De vurderingsmomenter som drøftes i møte med bulkinnhenting

Det oppstilles åtte vurderingsmomenter som drøftes i møte med reglene om bulkinnhenting, for å avgjøre om systemet krenker retten til privatliv. Etter at disse åtte momentene er drøftet, foretar EMD en helhetsvurdering der det kumulativt vurderes mangler og styrker.

I det følgende behandler jeg hvert av disse momentene med en komparativ innfallsvinkel mellom svensk, britisk og norsk rett. Jeg vurderer alle de åtte momentene, men de mindre problematiske momentene, vil bli mindre behandlet enn de mer problematiske. De momenter der EMD kritiserer svensk eller britisk rett vil jeg derfor foreta en grundigere behandling for å gi en større forståelse for hvorfor EMD på disse punkt konkluderer med mangel.

¹⁰² Centrum för Rättvisa avsnitt 279

¹⁰³ Big Brothers Watch avsnitt 338

¹⁰⁴ Big Brothers Watch avsnitt 339

Før i det følgende behandler disse momentene, er det nyttig å først påpeke at enhver innhentingsoperasjon består av tre stadier. Det første stadiet er *før* innhentningen er igangsatt, altså krav som stilles til i forkant av en operasjon. Deretter er det andre stadiet *under* selve innhentingsoperasjonen. Til slutt, knytter det tredje stadiet seg til de krav som stilles *etter* at innhentingsoperasjonen er avsluttet.

De åtte ulike momentene knytter seg til disse tre stadiene av prosessen, men glir noe over i hverandre. Kravene som stilles i de tre første vurderingsmomentene, knytter seg til det første stadiet (*før*). De krav som stilles i vurderingsmomentene fire til syv, knytter seg til det andre stadiet (*under*), men glir noe over i det siste. Vurderingsmoment åtte, knytter seg utelukkende til det siste stadiet av prosessen (*etter*).

5.4.1 Kravet til rettslig grunnlag for innhenting

I kravet til rettslig grunnlag, kunne det vært naturlig at EMD hadde trukket inn *lex certa* og EMK artikkel 7 som stiller krav til hvor klart, og forutberegnelig det rettslige grunnlaget må være. Disse normene er ikke vurdert av EMD når de stiller krav til rettslig grunnlag for innhenting i disse to avgjørelsene.

Årsaken til at disse normene ikke er behandlet er fordi de knytter seg til strafferettens område. Reglene om bulkinnhenting i svensk og britisk rett er knyttet til etterretning, og skal som den klare hovedregel ikke brukes i straffesaker.¹⁰⁵ Det samme gjelder de norske reglene, da det uttrykkelig fremkommer i etterretningstjenesteloven § 7-14 at innhentet materiale ikke skal brukes i straffeforfølgning.

Jeg kommer heller derfor ikke til å vurdere *lex certa* og EMK artikkel 7, da de aktuelle regelverkene er preventive og ikke har til formål å ende i en straffeforfølgning.¹⁰⁶

Svensk rett: Av EMD oppstilles det krav til at det må foreligge klar og tydelig lovgivning for når, og hvordan tilrettelagt innhenting kan forekomme (ikke like strenge krav som de overnevnte normer, da dette ikke knytter seg til strafferett). Likevel kreves det ikke at

¹⁰⁵ Big Brothers Watch avsnitt 392 med videre henvisning til avsnitt 93

¹⁰⁶ For mer informasjon om kravet til klar lovhjemmel i EMK artikkel 7, se Hennig (2021)

regelverket er så klart, at det ikke kan tolkes dynamisk. Det uttales at «[i]n the Court's view, the level of detail and the terms used circumscribe the area in which bulk interception may be used with sufficient clarity, having regard, in particular, to the fact that the impugned regime aims at uncovering unknown foreign threats whose nature may vary and evolve with time».¹⁰⁷

I svensk rett forelå det åtte momenter som kunne danne grunnlag for bulkinnhenting, Domstolen bemerker at svensk rett er tilstrekkelig klar, da særlig av hensyn til at formålet med loven er å identifisere ukjente utenlandske trusler. Denne konklusjonen kommer av at de åtte momentene kommer tydelig frem av loven, men også av at disse momentene er ytterligere presisert i forarbeidene.¹⁰⁸

Samlet sett er tendensen i Centrum för Rättvisa at EMD ikke er særlig streng når det kommer til lovkravet. Årsaken til dette pekte jeg på innledningsvis, der jeg pekte på skjønnsmarginen. Likevel kan det gjøres et poeng ut av at EMD trekker frem at loven gir klar hjemmel for «necessary control at the authorisation and operation stage and ex post facto supervision».¹⁰⁹ Selv om EMD ikke er strenge med lovkravet, kreves det likevel at det foreligger tilstrekkelige hjemler, som ivaretar sikkerheten på de ulike stadiene av en innhentingsoperasjon.

Britisk rett: Etter britisk rett var det statssekretæren som kunne etterspørre en bulkinnhentingsoperasjon dersom vedkommende mente at dette var nødvendig av hensyn til nasjonale interesser, for å forhindre alvorlig kriminalitet.¹¹⁰ Det forelå likevel noen begrensninger knyttet til dette. Det ble presisert hva som mentes med nasjonale interesser. I tillegg forelå det en hjemmel som forklarte hva som mentes med alvorlig kriminalitet. Videre var det hjemlet at innhentet materiale ikke kunne brukes i straffeforfølgning.¹¹¹

Videre påpeker EMD at «[i]n the United Kingdom, while the grounds on which bulk interception could be authorised were formulated in relatively broad terms, they still focused

¹⁰⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 285

¹⁰⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 285

¹⁰⁹ Centrum för Rättvisa avsnitt 288

¹¹⁰ Big Brothers Watch avsnitt 368

¹¹¹ Big Brothers Watch avsnitt 369

on national security as well as serious crime and the economic well-being of the country so far as those interests were also relevant to the interests of national security».¹¹²

Det forelå altså ikke konkrete bestemmelser som detaljregulerte de ulike ledd knyttet til en innhentingoperasjon.¹¹³ At regelverket derfor var formulert i vage og vide begreper, ble bemerket som negativt av EMD. Likevel pekes det på at formålet bak regelverket var av såpass fundamental art, at EMD velger å ikke konkludere med mangel ved dette punkt alene, men tar det med seg videre inn i helhetsvurderingen for å vurdere om de andre syv punkt kan veie opp for svakheter knyttet til lovkravet.

Norsk rett: I norsk rett er tilstanden ganske lik som den var i Sverige i møte med lovkravet. Lovens formål fremkommer av etterretningstjenesteloven § 1-1, og er ytterligere presisert i forarbeidene.

Videre har norsk rett hjemler som angir hvilke krav som stilles i forkant, under og i etterkant av en innhentingoperasjon, også disse krav er ytterligere presisert i forarbeidene. I tillegg har også norsk rett forbud mot bruk av informasjon, som fremkommer gjennom innhentingoperasjoner, i straffesaker, jf. § 7-14.

Norsk rett er relativt lik svensk rett på dette punkt, ved at det norske lovverket inneholder en rekke bestemmelser som regulerer innhentingoperasjoner fra start til slutt (inkludert lagring og etterhåndskontroll). Det foreligger altså konkrete hjemler som legger føringer for de ulike stadier av innhenting, i tillegg til at disse hjemlene i stor grad presiseres ytterligere i forarbeidene.

5.4.2 Omstendigheter for når enkeltindividers kommunikasjon kan overvåkes

Svensk rett: Det uttales at ved bulkinnhenting vil innhentede materiale favne vidt siden det er ekomtilbyderne som er målet, i stedet for hver enkelt enhet kommunikasjonen sendes fra. I den forlengelse uttales det at hvorvidt det innhentede materiale kan undersøkes, er under strengere reguleringer, men fortsatt vid sammenlignet med målrettet innhenting.¹¹⁴

¹¹² Big Brothers Watch avsnitt 371

¹¹³ Big Brothers Watch avsnitt 62-96

¹¹⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 289

Som følge av formålet til loven, var det ikke problematisk at hensikten *ikke* var å innhente materiale som knyttet seg til innenriksdata, men kun data som krysset den fysiske landegrensen. Den svenske regjeringen hadde likevel innrømmet at det ikke alltid var mulig å skille nasjonalt og internasjonalt materiale.¹¹⁵ Denne problematikken ble ikke ytterligere problematisert, da det fra svensk hold ble argumentert for at nasjonal data måtte tillates innhentet med grunnlag i utviklingsformål.¹¹⁶

I tilknytning til utviklingsformålet, ble det argumentert for at nye trender måtte kartlegges for å styrke systemet. Men siden slik data ikke har etterretningsformål anser EMD dette som lite problematisk, da de aksepterer argumentet om utviklingsformål som et godt argument i denne sammenheng. Dette henger også sammen med at informasjon innhentet med et slikt formål, ikke senere kan brukes i etterretningsvirksomhet.¹¹⁷

Siden EMD ikke problematiserer innhentet innenriksdata ytterligere, konkluderes det med at det i svensk lovgivning foreligger tilstrekkelig klarhet, knyttet til når enkeltindividers kommunikasjon kan overvåkes.¹¹⁸

Britisk rett: Det påpekes også i Big Brothers Watch at ved bulkinnhentingsoperasjonene var det ekomtilbyderne som ble målet, fremfor de ulike enhetene/avsenderne som det innhentede materiale stammet fra.¹¹⁹ Videre stilte britisk rett krav til at det så langt som mulig, ved å bruke kunnskap knyttet til hvordan internettsignaler transporteres, skulle forsøkes å unngå innhenting av innenriksdata. Hvilke kommunikasjonsstrømmer som ble utsatt for en innhentingoperasjon skulle derfor ikke være tilfeldig, men de skulle bli valgt basert på om det ble antatt at de inneholdt utenriksdata med etterretningsmessig interesse.¹²⁰

I denne forlengelse påpekes det at denne løsningen ikke medførte at det kun var utenrikskommunikasjon som ble innhentet. Men siden det var umulig å ha en løsning som

¹¹⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 290

¹¹⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 291

¹¹⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 291-293

¹¹⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 294

¹¹⁹ Big Brothers Watch avsnitt 372

¹²⁰ Big Brothers Watch avsnitt 373

forhindret *all* innhenting av innenrikskommunikasjon, ble det akseptert at det ville bli innhentet *noe* innenriksdata, også der formålet var å ramme utelukkende utenriksdata.¹²¹

Domstolen konkluderer med at rettstilstanden var tilstrekkelig forutberegnelig, og dermed var britisk rett på dette punkt ikke problematisk.¹²²

Norsk rett: Også i norsk rett anerkjennes det at grunnet internetts oppbygning vil det være umulig å skille data som sendes internt i Norge, fra data som sendes over den fysiske landegrensen.¹²³ Sammenlignet med Storbritannia skiller norsk rett seg ved at det ikke stilles krav til å rette innhentingsoperasjoner mot konkrete kommunikasjonsstrømmer.

Også i norsk rett oppstilles det et behov for å innhente data til utviklingsformål, jf. etterretningstjenesteloven § 7-5. Det materiale som innhentes med dette formålet skal utelukkende brukes for å utvikle systemet, jf. § 7-5 første ledd annet punktum.

Norsk lovgivning er derfor lignende svensk rett på dette punkt, da det ikke stilles krav til hvilke kommunikasjonsstrømmer en operasjon skal rette seg mot, i tillegg til at det foreligger en hjemmel som gir grunnlag for å innhente data for utviklingsformål.

5.4.3 De prosedyrer som danner grunnlaget for å autorisere innhenting

Det oppstilles av EMD visse krav som danner grunnlaget for innhenting. Nøyaktig hva som kreves er ikke presisert, men i den videre fremstilling, påpekes de momenter som nevnes i Centrum för Rättvisa og Big Brothers Watch. Domstolen anerkjenner at det i forkant av en operasjon er nødvendig med hemmelighold, og at det derfor ikke kan forventes en prøving av autorisasjonen gjennom en *offentlig* høring.¹²⁴

Svensk rett: I svensk rett ble det stilt krav til at når det søktes om tillatelse til bulkinnhenting, skulle det fremkomme hvilke kommunikasjonsstrømmer, eller i det minste hvilke søkebegreper som ville bli brukt. Dette ville videre danne grunnlaget for å vurdere

¹²¹ Big Brothers Watch avsnitt 375

¹²² Big Brothers Watch avsnitt 376

¹²³ Prop 80 L (2019-2020) side 105

¹²⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 297

lovligheten, formålet og proporsjonaliteten bak innhentingsoperasjonen.¹²⁵ Søknaden skulle legges frem for *etterrettingsdomstolen*, som er en svensk særdomstol som behandler saker knyttet til etterretning. Det var ikke omstridt at dette var en uavhengig domstol.¹²⁶

EMD trekker frem at det foreligger visse problematiske momenter i svensk lovgivning knyttet til dette punkt. Det påpekes at regelverket ikke hindrer at søkebegrepene kunne knytte seg til fysiske enkeltindivider. Likevel blir ikke dette gitt særlig vekt, siden en uavhengig domstol i forkant av en operasjon, skulle vurdere hvorvidt det skulle gis tillatelse. Det påpekes at den uavhengige domstolen i så tilfelle ville sikre tilstrekkelige prosessuelle garantier, som gav sikring mot vilkårlige søkebegreper rettet mot enkeltindivider.¹²⁷

Det konkluderes derfor i Centrum för Rättvisa med at det svenske rettssystemet innehar tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer, til at regelverket anses som uproblematisk på dette punkt.¹²⁸

Britisk rett: Etter britisk rett måtte søknaden om tilrettelagt innhenting behandles av statssekretæren som alene skulle avgjøre søknaden. I forkant av å sende inn søknaden til statssekretæren måtte den vurderes innad i etaten. Hensikten var at dette ville føre til at flere enn én person måtte vurdere om søknaden tok sikte på innhenting, etter formålene som sto opplistet i loven, i tillegg til en nødvendig- og proporsjonalitetsvurdering.¹²⁹

EMD påpeker at denne sikkerhetsmekanismen var av verdi, men at tillatelsen fortsatt ble gitt av statssekretæren, altså ikke en uavhengig instans. Av denne grunn manglet britisk rett på dette punkt en av de grunnleggende sikkerhetsmekanismene, nemlig at tillatelse til innhenting i forkant av en operasjon måtte være gjenstand for vurdering av en uavhengig instans.¹³⁰

¹²⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 298

¹²⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 296

¹²⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 300

¹²⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 302

¹²⁹ Big Brothers Watch avsnitt 377

¹³⁰ Big Brothers Watch avsnitt 377

Videre trekker EMD frem enda et problematisk moment i britisk lovgivning på dette punkt. Det stiltes ikke krav til at søknaden presiserte hvilke kommunikasjonsstrømmer, og hvilke kategorier søkebegreper som ville bli benyttet i innhentingsoperasjonen.¹³¹

Siden valget av søkebegreper senere ville avgjøre hvilke data som skulle bli analysert, peker EMD på at det ihvertfall må klargjøres for hvilke kategorier av søkebegreper som blir anvendt, særlig i tilfeller der disse knytter seg til enkeltindivider. Årsaken til dette var at der dette ble klargjort, kunne disse være gjenstand for objektiv vurdering *før* en tillatelse ble gitt.¹³²

Det konkluderes derfor i Big Brothers Watch med at det ikke forelå tilstrekkelig kontroll med tillatelsen gitt i forkant av en operasjon.¹³³

Samlet sett kan det konkluderes med at EMD oppstiller krav til at det skal foreligge tilstrekkelig kontroll *før* en tillatelse gis. En uavhengig instans som vurderer hvorvidt innhenting er i tråd med loven, men også hvorvidt innhenting er nødvendig og forholdsmessig, anses nødvendig for å oppfylle de krav som stilles. Det kreves også at de ulike kategoriene for søkebegreper påpekes, og er gjenstand for vurdering *en før* tillatelse gis.

Norsk rett: Norsk rett er relativt lignende svensk rett på dette punkt. Tillatelse til å foreta innhenting skal gis av domstolen, jf. etterretningstjenesteloven § 7-3 første ledd. Domstolen skal prøve om vilkårene som oppstilles i loven er oppfylt, jf. § 8-4. Hvorvidt det gis tillatelse til å foreta innhenting, vurderes derfor i norsk rett av en uavhengig domstol.

Videre kreves det også i norsk rett at det angis «hvilke søkebegreper eller kategorier av søkebegreper som skal brukes», jf. etterretningstjenesteloven § 8-2 tredje ledd andre punktum.

I akutte situasjoner kan det gjøres unntak til ordinær domstolsbehandling etter norsk rett, jf. etterretningstjenesteloven § 8-10. Det er i slike tilfeller sjefen for e-tjenesten som gir tillatelse,

¹³¹ Big Brothers Watch avsnitt 380-381

¹³² Big Brothers Watch avsnitt 382

¹³³ Big Brothers Watch avsnitt 383

men da skal saken «straks og senest innen 24 timer» etter at innhenting ble startet fremlegge saken for retten, jf. § 8-10 første ledd andre punktum.

5.4.4 Prosedyrer som ligger til grunn for å velge ut, analysere og bruke innhentede materiale

Svensk rett: Etter svensk rett skulle FRA prosessere den innhentede dataen, gjennom både automatiske og manuelle filtreringsprosesser. Deretter skulle det utarbeides en rapport som skulle sendes til utvalgte mottakere av utenlandsk etterretning.¹³⁴

Plikten FRA hadde til å filtrere ut nasjonal kommunikasjon ble av EMD trukket frem som særlig positiv i denne fasen av innhentingsoperasjonen. Dette til tross for at å filtrere ut *all* data av denne sort, ikke lar seg gjøre.¹³⁵

Videre blir svensk rett kritisert for mangel på hjemmel som krever detaljert loggføring knyttet til hver trinn under en innhentingsoperasjon. Det forelå prosedyrer som krevde loggføring, men disse prosedyrene hadde ikke sitt grunnlag i en lovhjemmel. Dette blir ansett som en utvilsom mangel i regelverket, og EMD påpeker at dette *måtte* innføres i svensk lov.¹³⁶

Etter denne konklusjonen påpekes det likevel at det i andre deler av svensk lov foreligger sikkerhetsmekanismer, som medfører at denne mangelen ikke bør gis for stor vekt i vurderingen. I denne forbindelse uttales det at «the Act in question adds another layer of protection, tailored to the specificities of personal data, to the already existing safeguards that are applicable to information concerning natural and legal persons alike».¹³⁷

Konklusjonen blir derfor at selv om det ikke er lovpålagt med detaljert loggføring spesifikt knyttet opp til bulkinnhenting, foreligger det annen svensk lovgivning som på dette punkt som fører til at det kumulativt likevel er tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer på dette punkt.¹³⁸

¹³⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 306

¹³⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 307-308

¹³⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 309-311

¹³⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 314

¹³⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 311-316

Samlet sett peker EMD sine vurderinger knyttet til dette punkt at det er viktig å ha et godt system for å filtrere ut innenrikskommunikasjon. Videre er det viktig å ha et system som medfører at innhentingsoperasjoner kan etterprøves, både knyttet til hva som er hentet inn av data, men også knyttet til hvilke hensyn og vurderinger som ligger bak disse beslutningene.

Britisk rett: Det blir av EMD fremhevet at det som følge av en innhentingsoperasjon ble lagret store mengder data. Etter britisk rett skulle det brukes sterke utvelgingsmetoder for å forhindre at et søk i dataen kunne rette seg mot personer som befant seg i Storbritannia. I tillegg skulle dette sikre at formålet med søket var å forhindre alvorlig kriminalitet og å beskytte nasjonale interesser. Videre skulle dette sikre at forholdet mellom de nasjonale interessene og inngrepet i den private sfæren var proporsjonal.¹³⁹

All data som ble innhentet i søket skulle gjennomgås av en analytiker. Videre stiltes det krav om at *før* en person i etaten kunne få tilgang til informasjonen, måtte vedkommende grunngi hvorfor dette var nødvendig, i tillegg til hvorfor tilgang i den konkrete saken var proporsjonalt. Dette skulle sikre en vurdering av hvorvidt det samme resultat kunne oppnås på en mindre inngripende måte.¹⁴⁰

Det som i britisk rett blir kritisert er at det ble brukt vide søkebegreper, som dermed ville knytte seg til store mengder data. I tillegg trekker EMD frem at mangelen på hvilke søkebegreper som ble planlagt anvendt i søknaden forut for en innhentingsoperasjon også utgjorde en mangel i systemet. Det blir i denne forlengelse også påpekt mangelen ved forhåndsautorisasjon av søkebegreper som knytter seg til en enkeltperson.¹⁴¹

Tross disse manglene konkluderer EMD med at innhentingsoperasjoner var forutberegnelig i lys av formålet bak EMK artikkel 8. I tillegg konkluderes det med at det foreligger tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer for å forhindre misbruk.¹⁴²

¹³⁹ Big Brothers Watch avsnitt 384

¹⁴⁰ Big Brothers Watch avsnitt 385

¹⁴¹ Big Brothers Watch avsnitt 386-387

¹⁴² Big Brothers Watch avsnitt 391

Det som kan trekkes ut av vurderingene knyttet til britisk rett på dette punkt er at EMD godtar at det foreligger noen mangler ved regelverket på dette punkt. Så lenge nasjonale rett samlet sett er forutberegnelig, og det foreligger sikkerhetsmekanismer som forhindrer at systemet misbrukes, er dette tilstrekkelig til at regelverket anses å være i tråd med EMK.

Norsk rett: I norsk rett skal søk baseres på søkebegreper, og disse skal være innenfor rammen av rettens kjennelse, jf. etterretningstjenesteloven § 7-8 første ledd. Det er kun skikket personell i e-tjenesten som kan utføre disse søkene, jf. § 7-8 andre ledd.

Videre foreligger det en plikt til å forsøke å forhindre at innenriksdata blir lagret, jf. etterretningstjenesteloven § 7-6. Selv om det i norsk rett ikke forsøkes å filtrere ut innenriksdata i forkant av en innhenting, skal denne altså forsøkes å filtreres bort i etterkant av innhenting.

Det skal også føres aktivitetslogger knyttet til alle søk, jf. § 7-10 andre ledd. Norsk rett har altså i motsetning til svensk rett, en konkret lovhjemmel som krever at det loggføres underveis i en innhentingsoperasjon.

Det som blir den sentrale problemstilling i møte med norsk rett på dette punkt, er om det foreligger *tilstrekkelige* sikkerhetsmekanismer som forhindrer at innhentingssystemet misbrukes. Problemstillingen blir vurdert i avhandlingens kapittel 6, og jeg behandler den derfor ikke ytterligere i denne omgang, men nøyer meg med å peke på den.

5.4.5 Forhåndsregler som kreves i forbindelse med utlevering av materiale til andre aktører

Svensk rett: Det påpekes at formålet med etterretning, er å videreformidle relevant informasjon til andre statlige etater som kan bruke denne informasjonen til å sikre samfunnets interesser. Som eksempel trekkes politiet og forsvaret frem. Videre påpekes det at FRA har hjemmel til å gi disse statlige etatene direkte adgang til data som kan danne grunnlaget for å vurdere trusselnivået knyttet til terrorisme. Av EMD vurderes dette systemet som tilfredsstillende og det konkluderes med at dette ikke er i fare for å bli misbrukt.¹⁴³

¹⁴³ Centrum för Rättvisa avsnitt 317

Overlevering av materiale til aktører *utenfor* Sverige ble derimot ansett å utgjøre en fare for misbruk. Det vises til kammeravgjørelsen der tre poenger blir trukket frem. For det første kreves det ikke vurdering av mulige skader overfor enkeltindivider ved utlevering av materiale. Det andre moment var at det ikke krevdes sikring av den stat eller organisasjon som mottok denne informasjonen. Av den grunn kunne det ikke garanteres for at de som mottok overlevert data, beskyttet denne på tilsvarende måte som det krevdes at FRA beskyttet den. Det tredje moment var at bestemmelsen om overlevering bruker begreper som gir en vid adgang til overlevering.¹⁴⁴

Det poengteres av storkammeret at å dele data etter slike operasjoner var nødvendig av hensynet til effektiviteten knyttet til muligheten for å avverge trusler.¹⁴⁵ Videre påpekes det at regelverket ikke detaljert kunne angi rekkevidden av overlevering av data, men at det måtte begrense faren for misbruk, og uproporsjonale inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.¹⁴⁶

Videre trekker EMD frem at den dataen som overleveres til andre allerede har vært gjenstand for de prosessuelle garantier som oppstilles i svensk lovverk, slik som filtrering og så videre. Data som eventuelt leveres ut av Sverige har derfor blitt vurdert opp imot forholdsmessighet- og nødvendighetsvilkåret.¹⁴⁷

Likevel konkluderer EMD med at mangelen på en forholdsmessighet- og nødvendighetsvurdering knyttet opp mot *selve* overleveringen, er en *stor* mangel i det svenske lovverket. FRA er ikke pliktig til å vurdere hvorvidt de som får overlevert dataen, har noen minimumsgarantier knyttet til eventuelt misbruk av denne informasjonen.¹⁴⁸

Oppsummeringsvis kan det derfor trekkes frem at EMD krever at det blir foretatt konkrete forholdsmessighet- og nødvendighetsvurderinger knyttet til selve overleveringen. At disse vurderingene er tatt knyttet til innhenting og lagring av materialet, er ikke tilstrekkelig. Det

¹⁴⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 318

¹⁴⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 321

¹⁴⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 323

¹⁴⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 324

¹⁴⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 327

må foretas en vurdering av den som mottar materialet, og det må vurderes om overlevering er forholdsmessig og nødvendig.

Britisk rett: Etter britisk rett ble det oppstilt visse begrensninger på dette punkt. I forhold til overlevering av data nasjonalt, skulle det holdes til et minimum antall personer som kunne få dataen overlevert, i tillegg til graden av tilgjengeliggjøring og antall kopier som ble laget.¹⁴⁹

Videre stiltes det krav til at overleveringen var nødvendig i forhold til det formålet innhenting ble autorisert på bakgrunn av. I tillegg krevdes det ikke bare at materialet var nødvendig, men også at det fortsatte å være det, knyttet til formålene med materialet.¹⁵⁰

Ytterligere krevdes det en vurdering av de som skulle få materialet overlevert. Den som skulle få materiale overlevert, måtte inneha et ansvar som medførte at vedkommende *måtte* få tilgang til materialet for å utføre sitt ansvar på en forsvarlig måte.¹⁵¹ Innhentet materiale kan derfor ikke utleveres til hvem som helst – det måtte være nødvendig for vedkommende å motta dette.

Et ytterligere vilkår var at personen som fikk utlevert materiale var sikkerhetsklarert til et gitt nivå. Etter britisk rett var det ikke et krav om at behovet for materialet var umiddelbart, dersom det kunne være «likely to become necessary».¹⁵² Det påpekes av EMD at dette i praksis kunne gitt grunnlag for en vid adgang til overlevering. Men dette ble ikke ytterligere problematisert, da personen uansett måtte være sikkerhetsklarert til det gitte nivået, og det måtte bevises et behov, noe som medførte at et potensielt behov ikke i seg selv medførte en mangel i sikkerheten til materialet, da kravene allerede var strenge.¹⁵³

I forhold til overlevering av materiale ut av Storbritannia krevdes det at den utenlandske e-tjenesten hadde foretatt de nødvendige tiltak, for å sikre materialet i tilstrekkelig grad. Videre stiltes det krav til at overlevert materiale ikke kunne spres videre.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Big Brothers Watch avsnitt 392

¹⁵⁰ Big Brothers Watch avsnitt 392

¹⁵¹ Big Brothers Watch avsnitt 393

¹⁵² Big Brothers Watch avsnitt 394

¹⁵³ Big Brothers Watch avsnitt 394

¹⁵⁴ Big Brothers Watch avsnitt 396

Samlet sett konkluderer EMD med at Storbritannia har tilstrekkelige mekanismer på plass, knyttet til overlevering av innhentet materiale til andre. Både ved overlevering av materialet nasjonalt, men også overlevering ut av landet. Regelverket var tilstrekkelig på dette punkt, ved å sørge for at materialet når det ble sendt ut av landet, ble ivaretatt på en måte der dette i tilstrekkelig grad ble sikret.

Hovedtrekkene som skiller svensk og britisk rett på dette punkt er at britisk rett stiller krav til en nødvendighets- og forholdsmessighetsvurdering knyttet til selve overleveringen. I tillegg forsøker britisk rett å ivareta og sikre sikkerheten til materialet som blir sendt ut av landet.

Norsk rett: I norsk rett fremkommer reglene om utlevering av materiale i etterretningstjenesteloven §§ 10-2 og 10-3. Det kreves etter § 10-2 at dersom materiale skal utleveres til andre norske myndigheter må dette skje for etterretningsformål eller om dette er nødvendig for at mottakeren kan utføre sine oppgaver, jf. bokstav a.

Videre kreves det at utleveringen av personopplysninger samsvarer med de regler som fremkommer av kapittel 9, jf. § 10-2 bokstav c. Kapittel 9 stiller krav til hvordan personopplysningene skal behandles etter innhenting. I tillegg kreves det at utleveringen er forholdsmessig og forsvarlig i lys av opplysningens kvalitet, og at utleverte opplysninger blir forsvarlig behandlet av mottaker, jf. bokstav d, e og f. Etter bestemmelsens tredje ledd skal utlevering «skje med notoritet», noe som gjør at den er etterprøvable.

Ved utlevering som ledd i internasjonalt samarbeid, er det § 10-3 som gjør seg gjeldende. Det kreves at de vilkår som er listet opp i § 10-2 er oppfylt, jf. bokstav a. I tillegg kreves det at utleveringen «er under nasjonal kontroll og i Norges interesse», jf. § 10-3 bokstav b. Videre stilles det krav til at det overleverte materialet ikke kan brukes som ledd i å innhente etterretning mot personer i Norge, jf. bokstav c.

Er det fare for at informasjonen medfører at noen blir utsatt for «tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff», skal det ikke foretas utlevering, jf. § 10-3 andre ledd.

Ytterligere regelverk knyttet til overlevering av innhentet materiale fremkommer i §§ 7-13 og 7-14. Det fremkommer av § 7-13 at overskuddsinformasjon ikke skal utleveres. Videre gir §

7-14 forbud mot bruk av innhentet materiale som bevis i straffesaker (med unntak av tilfeller der materialet knytter seg til terrorhandlinger).

Samlet sett er norsk rett mer lik britisk enn svensk rett på dette punkt. Det stilles strenge krav til overleveringen, og det er ikke tilstrekkelig at det er foretatt grundige vurderinger under innhenting av materiale. Det kreves også vurderinger ved selve overleveringen, inkludert en forholdsmessighetsvurdering.¹⁵⁵

5.4.6 Tidsbegrensning for innhenting, lagring av materiale og omstendigheter hvor dette må slettes

Svensk rett: EMD legger til grunn at det er nasjonale myndigheter som må bestemme hvor lenge en innhentingsoperasjon kan pågå. Likevel stilles det krav til at det må foreligge tilstrekkelige sikkerhetsgarantier som når en tillatelse utløper, når innhentingstillatelsen kan fornyes eller når operasjonen må avsluttes.¹⁵⁶

I svensk rett kunne tillatelse til innhenting gis for maks seks måneder, og kunne forlenges med inntil seks måneder av gangen, gitt at det ble foretatt en full vurdering av om vilkårene for operasjonen fortsatt var til stede. EMD konkluderer derfor med at svensk rett inneholder tilstrekkelige retningslinjer knyttet til konsekvensene av at en tillatelse utløper og hva som kreves knyttet til en eventuell forlengelse av tillatelsen.¹⁵⁷

Det vises til de vurderinger som ble trukket frem i kammeravgjørelsen. Der pekes det på at det er en mangel, at det ikke er en hjemmel som krever at en operasjon opphører, dersom vilkårene for denne ikke lenger er til stede. Altså dersom operasjonen ikke lenger er nødvendig og forholdsmessig, forelå det etter svensk rett ikke en hjemmel som krevde at operasjonen ble avsluttet.¹⁵⁸

Det konkluderes med at betydningen av denne mangelen ikke må overvurderes av to årsaker. For det første pekes det på at den myndighet som har etterspurt innhentingsoperasjonen kan

¹⁵⁵ Se etterretningstjenesteloven § 10-2 første ledd bokstav d

¹⁵⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 331

¹⁵⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 332

¹⁵⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 333-335

tilbakekalle tillatelsen. I tillegg kan tilsynsorganet avslutte innhentingsoperasjonen når vilkårene ikke lenger er til stede, eller den ikke lenger er nødvendig.

For det andre pekes det på hemmeligholdet knyttet til slike operasjoner. Hvorvidt vilkårene i løpet av innhentingsoperasjonen ikke lenger er til stede, vil sannsynligvis være basert på interne vurderinger som krever hemmelighold. Av den grunn må tilsynsmekanismene bli betraktet å ha samme funksjon med tanke på beskyttelse mot misbruk, som bestemmelsen knyttet til varigheten av operasjonen.¹⁵⁹

Disse to argumentene fører til at EMD konkluderer med at svensk rett på dette punkt tilfredsstillende krav som stilles knyttet til varigheten og en eventuell avslutning av en innhentingsoperasjon.

Videre vurderer EMD regelverket vedrørende lagringen av innhentet materiale. Det pekes tilbake til kammeravgjørelsen der fire momenter ble trukket frem i denne sammenheng.¹⁶⁰ For det første må innhentet data destrueres der denne knytter seg til én konkret fysisk person, og som der det er slått fast at dataen ikke er relevant for etterretningsformål.

Det andre moment som medfører at data må destrueres, er der denne dataen er beskyttet av grunnlovsbestemmelser, EMD trekker som eksempel frem interessene taushetsplikt og kildevernet knyttet til journalistikk. Det tredje moment er at data som inneholder korrespondanse mellom advokat dennes klient skal destrueres.

Det siste som trekkes frem er at svensk rett innehar en hjemmel som krever at data med innhold av informasjon som er avgitt i en religiøs kontekst, slik som veiledning og skriftemål skal destrueres, med mindre det foreligger grunner til å undersøke dataen. Ytterligere kreves det at data der både avsender og mottaker befinner seg i Sverige må destrueres. Til slutt pekes det på at der det er gitt midlertidig tillatelse av FRA og der denne er tilbakekalt av etterretningsdomstolen må data innhentet i henhold til denne tillatelsen destrueres.¹⁶¹

¹⁵⁹ Centrum för Rättvisa avsnitt 336

¹⁶⁰ Centrum för Rättvisa avsnitt 338, viser til kammeravgjørelsens avsnitt 145-146

¹⁶¹ Centrum för Rättvisa avsnitt 338 med henvisning til kammeravgjørelsens avsnitt 145

Storkammeret stiller seg hovedsakelig bak uttalelsene til kammeret, men poengterer at det er mangelfull informasjon knyttet til enkelte sider av *hvordan* destruksjon foregår i praksis.¹⁶² I denne forlengelse pekes det på at saksøker har trukket frem at det ikke gis uttrykk for hvordan lagring, og destruksjon skal foregå i møte med materiale som *ikke* inneholder persondata.¹⁶³

Det blir altså, slått fast at svensk rett inneholder hjemmel knyttet til lagring og destruksjon av *persondata*. Men det gis uttrykk for at det må komme på plass en hjemmel for hvordan lagring og destruksjon av *annen* type data skal foregå. Som et minste krav må det være hjemmel for å slette data som har mistet sitt etterretningsformål. Domstolen legger til grunn at dette er en prosessuell mangel knyttet til regelverket.¹⁶⁴

Til slutt poengterer EMD at de ikke har tilstrekkelig informasjon knyttet til hvordan *vurderingen* om lagring, og sletting av materialet foregår i praksis. Domstolen gir derfor uttrykk for at det er vanskelig å foreta en grundig vurdering, grunnet mangel på informasjon, og at de derfor kommer tilbake til dette spørsmålet når de ser på etterhåndskontroll ved innhentingsoperasjoner.¹⁶⁵

Konklusjonen fra EMD på dette punkt er at tidsbegrensningen knyttet til innhenting ikke er problematisk. Hvorvidt lagringen og slettingen av innhentet materiale er problematisk blir det ikke konkludert på, men domstolen presiserer at dette vil bli trukket inn i vurderingen under punktet *etterhåndskontroll*.

Britisk rett: Etter britisk rett gikk tillatelsen til innhentingsoperasjoner ut etter seks måneder, med mindre tillatelsen ble fornyet. Denne tidsbegrensningen knyttet seg til operasjoner som skulle ivareta nasjonal sikkerhet og økonomiske interesser. I operasjoner der formålet knyttet seg til alvorlig kriminalitet varte tillatelsen i tre måneder med mindre den ble fornyet.

Dersom det ble søkt om å fornye tillatelsen måtte søknaden inneholde samme informasjon som den opprinnelige søknaden, i tillegg til å begrunne behovet for å fornye tillatelsen.¹⁶⁶

¹⁶² Centrum för Rättvisa avsnitt 339

¹⁶³ Centrum för Rättvisa avsnitt 341

¹⁶⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 342

¹⁶⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 343

¹⁶⁶ Big Brothers Watch avsnitt 400

EMD konkluderer med at det foreligger tilstrekkelig hjemmel knyttet til varigheten av tillatelser.¹⁶⁷

I tilfeller der en etterretningstjeneste mottok materiale som ikke var analysert, måtte det spesifiseres en maksimal oppbevaringsperiode, basert på de ulike kategorier med innhentet materiale. Oppbevaringsperioden skulle være proporsjonal, men aldri lenger enn to år.¹⁶⁸

Til slutt oppstilte britisk rett et krav om at hver kopi av innhentet materiale skulle destrueres med en gang oppbevaring ikke lenger var nødvendig.¹⁶⁹ EMD konkluderer med at britisk rett også på dette punkt er tilstrekkelig, men påpeker at oppbevaringsperiodene kunne vært kortere.¹⁷⁰

Norsk rett: Etter norsk rett er det domstolen som skal avgjøre varigheten av en innhentingoperasjon, jf. etterretningstjenesteloven § 8-6. Videre gir bestemmelsen uttrykk for at tillatelsen ikke skal gis for lenger enn det som er «nødvendig». Der tillatelsen omhandler målrettet innhenting etter § 7-9 kan den ikke overstige seks måneder. Knytter tillatelsen seg til speiling etter § 7-3 kan den ikke overstige to år.

Ytterligere, oppstiller § 8-6 annet ledd krav til at e-tjenesten skal «avslutte pågående tiltak dersom lovens vilkår ikke lenger er til stede». Dette krever at e-tjenesten internt foretar vurderinger under innhentingoperasjonen knyttet til hvorvidt vilkårene for innhentingens fortsatt er til stede.

Norsk rett skiller seg på dette punkt i fra svensk rett. EMD gir svensk rett kritikk for mangelen på å vurdere hvorvidt vilkårene er til stede underveis i en operasjon. I norsk rett, er det derimot en egen hjemmel som krever at dette vurderes underveis i innhentingoperasjonen.

¹⁶⁷ Big Brothers Watch avsnitt 401

¹⁶⁸ Big Brothers Watch avsnitt 402

¹⁶⁹ Big Brothers Watch avsnitt 404

¹⁷⁰ Big Brothers Watch avsnitt 405

I forhold til lagring av materialet stilles det i etterretningstjenesteloven § 7-7 tredje ledd krav til at lagrede metadata skal slettes senest innen 18 måneder. Bestemmelsen må leses i sammenheng med kravet til nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingene i §§ 5-3 og 5-4, jf. også § 8-6. Derfor skal lagret metadata slettes straks lagringen ikke lenger er nødvendig og forholdsmessig.

Bestemmelsen som knytter seg til sletting av innhentet materiale er etterretningstjenesteloven § 9-8. Det gis her uttrykk for at personopplysninger og kildeidentifiserende opplysninger må slettes når disse ikke lenger er nødvendige holdt opp mot formålet med innhenting, jf. første ledd.

I møte med metadata som er innhentet i bulk skal denne slettes senest etter 18 måneder, jf. etterretningstjenesteloven § 7-7 tredje ledd og § 9-8 andre ledd. Begrepet «senest» innebærer at dataen helst skal slettes *før*, om dette lar seg gjøre.

Samlet sett er norsk rett nærmere britisk på dette punkt, da det er forskjellige tidsrammer knyttet til forskjellig type data. I tillegg gir norsk rett uttrykk for hvilke vurderinger som skal foretas ved vurderingen av lagring og destruksjon av materialet. Ytterligere har ikke norsk rett kun hjemmel for destruksjon av persondata. Også rådata og metadata reguleres med tanke på krav om sletting.

5.4.7 Prosedyrene for tilsyn fra et uavhengig organ med myndighet til å adressere urettmessig innhenting

Svensk rett: Etter svensk rett er det et eget tilsynsorgan som har ansvaret for å føre tilsyn med bulkinnhentingsoperasjoner. Tilsyn som ikke krever de samme fullmaktene utføres av datatilsynet.¹⁷¹ Tilsynsorganet bestod av faste dommere i tillegg til tidligere dommere som ble valgt inn for minst fire år av gangen, det var regjeringen som valgte dem inn. Medlemmene ble valgt inn basert på forslag fra stortingspartiene. EMD konkluderer med at tilsynsorganet var tilstrekkelig uavhengig.¹⁷²

¹⁷¹ Centrum för Rättvisa avsnitt 345

¹⁷² Centrum för Rättvisa avsnitt 346

Videre hadde tilsynsorganet etter svensk rett vide fullmakter. De kunne føre tilsyn med en operasjon ifra start til slutt. Vurderinger som domstolen foretok ved avgjørelsen av om tillatelse skulle gis eller ikke, skulle ikke vurderes av tilsynsorganet. Derimot skulle de andre aspekter, som ikke hadde vært gjenstand for domstolskontroll, kunne vurderes av tilsynsorganet.¹⁷³

EMD konkluderer derfor med at det virker til at tilsynsorganet hadde nødvendige fullmakter og verktøy til å kunne foreta sine vurderinger. Både vurderinger knyttet til selve regelverket, men også de proporsjonalitetsvurderinger som ble foretatt.¹⁷⁴

At tilsynsorganet hadde fullmakter til å treffe juridisk bindende avgjørelser når de fant mangler i innhentingsoperasjoner ble trukket frem som positivt av EMD. Dette selv om det blir poengtert at tilsynsorganet ikke har hjemmel til å tvangsgjennomføre sine avgjørelser. Årsaken til at EMD ikke anser dette som problematisk, er fordi det foreligger gode rutiner fra FRA sin side knyttet til håndteringen av tilbakemeldinger fra tilsynsorganet.¹⁷⁵

Det siste EMD trekker fram er at tilsynsorganet lager årlige rapporter som offentliggjøres og som det utføres tilsyn med av riksrevisjonen, dette ble ansett som positivt.¹⁷⁶

Samlet sett konkluderer EMD med at tilsynsorganets rolle, i tillegg til overprøvingen som foretas av domstolen i forkant av at en tillatelse gis, samlet sett gir tilstrekkelig vern mot misbruk på alle de elementære stadier i innhentingsoperasjonen.¹⁷⁷

Britisk rett: Etter britisk rett ble tilsyn med innhentingsoperasjoner hovedsakelig utført av IC kommisæren (Information Commisioners Office). Selv mente kommisæren at noen av de viktigste sikkerhetsmekanismene forelå på stadiet der det ble vurdert om en tillatelse skulle gis eller om den skulle forlenges, og at disse vurderingene var viktigere enn selve tilsynet.¹⁷⁸

¹⁷³ Centrum för Rättvisa avsnitt 347

¹⁷⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 348

¹⁷⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 350

¹⁷⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 352

¹⁷⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 353

¹⁷⁸ Big Brothers Watch avsnitt 406

Kommisæren var uavhengig av den utøvende og lovgivende makt. I tillegg ble det stilt krav til at vedkommende hadde innehatt et høyere dommerembete. Hovedoppgaven til kommisæren var å føre tilsyn ved diverse offentlige myndigheter. I denne forlengelse skulle kommisæren også føre tilsyn med innhentingsoperasjoner. Kommisæren skulle også regelmessig rapportere på sitt arbeid og utgi en årlig rapport.¹⁷⁹

Det ble i kommisærens rapport fra 2016 klargjort for hvordan tilsyn i praksis hadde blitt utført. Videre ble det klargjort for at nødvendig dokumentasjon hadde blitt oppbevart, undersøkt og vurdert opp mot nødvendighets- og proporsjonalitetskravene.¹⁸⁰

EMD konkluderer med at de samlet sett var fornøyd med tilsynsordningen. De mente at kommisæren var tilstrekkelig uavhengig. At kommisæren kunne få tilgang på nødvendighet- og proporsjonalitetsvurderinger knyttet til søknader ble ansett som positivt. I tillegg var det positivt at kommisæren hadde tilgang til prosedyrene knyttet til søkebegrep, lagring og destruksjon av innhentet materiale.¹⁸¹

Norsk rett: Etter norsk rett er det EOS-utvalget som skal føre tilsyn ved innhentingsoperasjoner. Det fremgår av etterretningstjenesteloven § 7-11 første ledd at EOS-utvalget «skal føre løpende kontroll med Etterretningstjenestens etterlevelse av bestemmelsene i dette kapittelet». Hva det innebærer å føre løpende kontroll blir ytterligere presisert med at det skal sikres at søk er i tråd med rettens kjennelse og at «korttidslageret og testdata utelukkende brukes til teknisk understøttelse».

Hvordan det skal legges til rette for tilsyn fremkommer av den samme bestemmelsens andre ledd. «EOS-utvalget skal ha uhindret tilgang til all informasjon, interne retningslinjer og prosedyrer, lokaler, utstyr, programvare, filteroppdateringer, aktivitetslogger og annet som benyttes ved virksomhet etter dette kapittelet».

Dersom EOS-utvalget kommer frem til at innhentingsoperasjoner gjennomføres i strid med loven, skal e-tjenesten gjøres kjent med utvalgets syn «og gis mulighet til å rette seg etter

¹⁷⁹ Big Brothers Watch avsnitt 407

¹⁸⁰ Big Brothers Watch avsnitt 408

¹⁸¹ Big Brothers Watch avsnitt 412

det». Dette skal skje før utvalget fremmer en begjæring til «Oslo tingrett med krav om at ulovlig virksomhet opphører, og at ulovlig innhentet informasjon slettes», jf. etterretningstjenesteloven § 7-12.

Selve sammensetningen til EOS-utvalget er hjemlet i EOS-kontrolloven § 3.¹⁸² Utvalget skal bestå av totalt syv medlemmer. Alle medlemmene skal være valgt av «Stortinget etter innstilling fra Stortingets presidentskap, for et tidsrom av inntil fire år». Hvert medlem kan maks sitte i åtte år, og kan derfor kun gjenoppnevnes én gang.

Det kan videre nevnes i denne sammenheng, at også i Norge gir EOS-utvalget ut en årlig rapport der de rapporterer om sitt virke, jf. EOS-kontrolloven § 17 tredje ledd.

Samlet sett er den norske ordningen med tilsyn knyttet til innhentingsoperasjoner ganske lik den svenske. Både i forhold til sammensetningen av tilsynsorganet, i tillegg til den måten tilsynet gjennomføres på.

5.4.8 Etterhåndskontroll

Svensk rett: Det blir av EMD påpekt at å informere konkrete fysiske personer om at de er berørt av en operasjon, om i hele tatt mulig, kan ha såpass uforutsette konsekvenser at dette ikke kan kreves. Siden svensk rett ikke informerer de berørte personene, må dette vektes opp mot de alternativer som er tilgjengelig for de som mistenker at de har blitt utsatt for en bulkinnhentingsoperasjon.¹⁸³

I denne sammenheng trekker domstolen frem at svensk rett gir hjemmel for etterhåndskontroll (ex post facto) til de som mistenker at de har berørt av en innhentingsoperasjon. Der det er etterspurt en etterhåndskontroll må kontrollorganet vurdere om denne personen er berørt av en operasjon, og i så tilfelle bekrefte om behandlingen av innhentet materiale har vært i henhold til loven.¹⁸⁴

¹⁸² Lov 3. februar 1995 nr. 7 om kontroll med etterretnings- overvåkings- og sikkerhetstjeneste (heretter EOS- kontrolloven)

¹⁸³ Centrum för Rättvisa avsnitt 355

¹⁸⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 356

Det ble av saksøker trukket frem at det ikke var en faktisk mulighet for den fysiske personen å få informasjon om hvorvidt han faktisk hadde blitt berørt av en innhentingoperasjon. I tillegg var det ikke mulig å gi en forklaring knyttet til avgjørelsen.¹⁸⁵

Det som EMD trekker frem som problematisk i denne sammenheng er at tilsynsorganets fremste oppgave er å føre tilsyn, som inkluderer å fatte beslutninger underveis i en innhentingoperasjon. Når tilsynsorganet i tillegg skal føre etterhåndskontroll, er det fare for at organet må vurdere sine egne vurderinger knyttet til et tidligere stadium av operasjonen. Dette er problematisk av hensyn til objektivitet og presisjon i møte med etterhåndskontroll. Denne dobbeltrollen til tilsynsorganet medfører interessekonflikter, som igjen kan medføre en rekke andre problemer.¹⁸⁶

EMD mener at om det føres tilsyn med tilsynsorganet, kan dette muligens anses som en tilstrekkelig sikkerhetsmekanisme. Likevel påpekes det at EMD ikke har mottatt informasjon om at det føres tilsyn med tilsynsorganet. Av den grunn foreligger det ikke tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer knyttet til etterhåndskontroll i svensk rett.¹⁸⁷

At det er mangelfulle sikkerhetsmekanismer knyttet til etterhåndskontroll begrunnes ytterligere i mangelen på begrunnede avgjørelser der det er etterspurt etterhåndskontroll. En løsning på dette hadde vært om det som minstekrav hadde blitt stilt krav til begrunnede avgjørelser, som var tilgjengelig for ansatte med tilstrekkelige sikkerhetsklareringer, men svensk rett hadde heller ikke en slik hjemmel.¹⁸⁸

Samlet sett førte disse manglene til at svensk rett på dette punkt, *ikke* inneholdt hjemmel som sikret at enkeltindividers interesser var tilstrekkelig ivaretatt mot at misbruk. Altså, hvis det forelå misbruk, var det ikke en hjemmel som sikret at dette vil bli avdekket, og forsøkt rettet opp i.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 357

¹⁸⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 359

¹⁸⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 360

¹⁸⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 361

¹⁸⁹ Centrum för Rättvisa avsnitt 361

Muligheten til å føre saken for ombudsmenn og justiskansleren som kunne iverksette strafferettslige forfølgelser ved mangelfull lovlighet knyttet til utførelsen av innhentingsoperasjoner, ble ikke ansett for å rette opp i denne mangelen. EMD mener at ordningen ikke ser ut til å bli særlig brukt i møte med bulkinnhenting, og at etterhåndskontroll krever at et uavhengig organ iverksetter en prosess som leder til en begrunnet avgjørelse, noe ombudsmenn og justiskansler-ordningen ikke ivaretar.¹⁹⁰

Til slutt trekker EMD inn ordningen i Storbritannia som et eksempel på at det er mulig å ha en velfungerende etterhåndskontroll. Dette understreket at svensk rett inneholdt en mangel på dette punkt, da det var mulig å ha et regelverk som sikret en god og effektiv etterhåndskontroll.¹⁹¹

Britisk rett: Etter britisk rett skulle etterhåndskontrollen utføres av The Investigatory Powers Tribunal (IPT). Dette var et tribunal som bestod av medlemmer som hadde innehatt et høyere dommerembete, eller som hadde vært advokat de siste 10 årene. Enhver som mistenkte at han var berørt av en innhentingsoperasjon kunne fremme en klage til IPT.¹⁹²

De som var ansvarlige for en innhentingsoperasjon var pålagt å tilgjengeliggjøre alle de dokumenter som IPT krevde. Dette inkluderte dokumenter som ikke kunne bli offentliggjort grunnet hensynet til nasjonal sikkerhet.¹⁹³

IPT kunne avholde muntlige høringer som om mulig, kunne være offentlige. Der høringene ikke var offentlige, kunne de be sin advokat om å ivareta interessene til den som hadde klaget inn saken. Når en avgjørelse var truffet hadde IPT hjemmel til å tildele erstatning, kansellere arrestordre, og kreve destruksjon av data. Etter at avgjørelsene var truffet skulle disse publiseres på en dedikert nettside noe som skulle bidra til å øke granskningen av de nasjonale hemmelige tjenestene.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Centrum för Rättvisa avsnitt 362

¹⁹¹ Centrum för Rättvisa avsnitt 363

¹⁹² Big Brothers Watch avsnitt 413

¹⁹³ Big Brothers Watch avsnitt 413

¹⁹⁴ Big Brothers Watch avsnitt 413

EMD poengterer også at IPT hadde hjemmel til å vurdere klager som knyttet seg til hvorvidt overføring av overskuddsmateriale til tredjeparter ble utført i samsvar med regelverket. Men dette blir kun trukket frem, og ikke ytterligere problematisert siden saksøker ikke knyttet anførsler denne ordningen.¹⁹⁵

Konklusjonen til EMD er at IPT utgjør en robust sikkerhetsmekanisme for enhver som mistenker at de er blitt berørt av en innhentingsoperasjon. Det blir dermed ikke konstatert mangler ved britisk rett på dette punkt.¹⁹⁶ Derimot blir det britiske systemet trukket frem i Centrum för Rättvisa, som et eksempel på en velfungerende og effektiv etterhåndskontroll.¹⁹⁷

Norsk rett: I norsk rett er prosessen for etterhåndskontroll lovfestet i etterretningstjenesteloven § 11-7 der det fremkommer at «[e]nhver kan klage til EOS-utvalget etter EOS-kontrolloven». Hvordan det kan klages fremkommer i EOS-kontrolloven § 5 andre ledd, der det uttales at «[u]tvalget mottar klager fra enkeltpersoner og organisasjoner. Når en klage mottas, avgjør utvalget om klagen gir grunn til behandling, og foretar i så fall de undersøkelser som klagen tilsier».

Det fremkommer ikke noe konkret fra ordlyden knyttet til hvordan dette skal foregå i praksis. I lovkommentaren til bestemmelsen, fremkommer det at offentligheten eller enkeltpersoner ikke har innsyn i saker fra e-tjenesten. Adgangen til å klage overfor EOS-utvalget er derfor «den eneste muligheten personer som frykter at de er utsatt for krenkelser fra EOS-tjenestenes side, har til å få avkreftet eller bekreftet dette». I samme lovkommentar trekkes det frem at de fleste klager avvises, og dermed ikke fører frem.¹⁹⁸

Selv om de fleste klager avvises har Evalueringsutvalget konkludert med at klageadgangen er «av stor betydning for befolkningens tillit til både EOS-tjenestene og kontrollen av dem». Videre poengteres det at EOS-utvalget «bør ha en lav terskel for å ta klager til behandling».¹⁹⁹

¹⁹⁵ Big Brothers Watch avsnitt 414

¹⁹⁶ Big Brothers Watch avsnitt 415

¹⁹⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 363

¹⁹⁸ Jacobsen, lovkommentar karnov, https://lovdata.no/pro/COMMENT/karnov/1995-02-03-7_p5.n2/1

¹⁹⁹ Dokument nr. 16 (2015-2016) side 97

Norsk rett er derfor relativ lik svensk rett på dette punkt. Det er kontrollorganet som skal vurdere klager fra enkeltpersoner og organisasjoner.

Videre er det ikke etter norsk rett et krav til at en særskilt advokat skal ivareta interessene til de som mistenker at de er berørt av en innhentingsoperasjon, noe som ville vært en lignende løsning som den britiske. Dette kravet stilles i norsk rett kun i forkant av en innhentingsoperasjon, jf. etterretningstjenesteloven § 8-5. I forhold til etterhåndskontrollen stilles ikke det samme krav.

Et punkt det norske systemet skiller seg fra det svenske, er at EOS-utvalget kun vurderer klager fra de som er bosatt i Norge. Unntaket er der «særlige grunner» tilsier at klager fra de bosatt i utlandet også må vurderes. Det er utvalget selv som vurderer hva som er en særlig grunn.²⁰⁰ Etter svensk rett kunne både de bosatt i Sverige og utenlandet fremme en klage. Norsk rett krever derimot at særlige grunner gjør seg gjeldende dersom dette skulle være aktuelt.

I forhold til begrunnelse for de klager som har ført frem uttaler EOS-utvalget på sine sider at «[d]et er viktig å være klar over at regelverket for utvalget når det gjelder klager rettet mot PST og E-tjenesten som hovedregel kun gir utvalget mulighet til å uttale om en klage har gitt grunnlag for kritikk av tjenestene eller ikke».²⁰¹ Videre påpekes det at utvalget ikke kan informere klager om han har vært overvåket eller ikke.

Samlet sett er det norske systemet liknende det svenske, ved at det er kontrollorganet som utfører etterhåndskontrollen. Hvorvidt norsk rett har tilstrekkelige forskjeller fra svensk rett, til at kravene knyttet til etterhåndskontrollen er ivaretatt, blir vurdert i det kommende kapittel.

²⁰⁰ Spørsmål og svar om EOS-utvalget, under spørsmålet: *Hva kontrollerer utvalget ikke?* <https://eos-utvalget.no/sporsmal-og-svar-om-eos-utvalget/>

²⁰¹ Om muligheten til å klage og varsle til EOS-utvalget, under overskriften: *Behandling av klager*, siste avsnitt. <https://eos-utvalget.no/hjem/klage-varsle/>

5.4.9 Helhetsvurderingen

Svensk rett: Innledningsvis poengterer EMD at innhentingsregimer er blitt helt nødvendig for medlemsstatene. Det påpekes at i dagens situasjon ser det ikke ut til at alternativene i tilstrekkelig grad vil kunne erstatte innhentingsregimer.²⁰²

Det påpekes at det er funnet tre mangler ved det svenske systemet. Den første mangelen knytter seg til destruksjon av innhentet materiale som ikke inneholder personopplysninger. Den andre mangelen knyttet seg mangler ved avgjørelsen om å overlevere materiale til tredjeparter. Den siste mangelen var at det forelå mangel på effektiv etterhåndskontroll.²⁰³

Det er mangel nummer to og tre som menes å utgjøre størst risiko for ivaretagelsen av individenes rettigheter.²⁰⁴ Videre trekkes det frem at mangelen på godt tilsyn under det siste stadiet av innhenting, er alvorlig siden graden av inngrepet i privatlivet gradvis blir større utover en innhentingsoperasjon. Altså er inngrepet størst når materialet har passert alle stadiene av en operasjon og blir lagret for videre oppbevaring.²⁰⁵

EMD påpeker at de er fornøyde med at hovedtrekkene av det svenske systemet møter konvensjonens krav. Likevel er de nevnte manglene ikke tilstrekkelig kompensert av de sikkerhetsmekanismer som forelå, og derfor går det svenske innhentingsregimet utover det skjønnsmarginen tillater.²⁰⁶

Konklusjonen til EMD er at det svenske innhentingsregimet ikke innehold tilstrekkelig «end-to-end safeguards» som kunne sikre tilstrekkelige og effektive garantier mot misbruk og vilkårlighet.²⁰⁷

Britisk rett: Det påpekes også i Big Brothers Watch at bulkinnhentingsregimer er nødvendige av hensyn til nasjonal sikkerhet, siden det ikke finnes fullgode alternativer.²⁰⁸ Videre påpektes

²⁰² Centrum för Rättvisa avsnitt 365

²⁰³ Centrum för Rättvisa avsnitt 369

²⁰⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 371

²⁰⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 372

²⁰⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 373

²⁰⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 373

²⁰⁸ Big Brothers Watch avsnitt 424

faren for at slike systemer kunne misbrukes på en måte, som medførte store inngrip i retten til privatliv. Det måtte derfor foreligge tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som kunne sikre tilstrekkelige garantier mot at systemet misbrukes.²⁰⁹

EMD konkluderer med at det forelå tre mangler også ved det britiske systemet. Mangelen på en uavhengig autorisering av operasjoner før iverksettingen av en operasjon. I tillegg til mangel på å inkludere og spesifisere søkebegrepene i søknaden, og mangelen på å velge ut søkebegreper som knytter seg mot spesifikke enkeltpersoner.²¹⁰

Samlet sett medførte disse manglene at systemet som en helhet krenket EMK artikkel 8.²¹¹ Konklusjonen til EMD var at det britiske regelverket ikke inneholdt tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som sikret mot vilkårlighet, og faren for misbruk. Det påpekes at det er flere styrker med systemet, men at de manglene som forelå samlet sett førte til at systemet ikke ble ansett å være i tråd med retten til privatliv.²¹²

5.5 Sammenfatning av analysen

EMD konkluderer med at både britisk og svenske rettsregler om bulkinnhenting krenker retten til privatliv. Svensk og britisk lovgivning hadde mangler i ende-til-ende sikkerhetstiltak, som medførte at det ikke var tilstrekkelig sikre og effektive garantier mot vilkårlighet og misbruk.²¹³

Det ble trukket frem ulike mangler ved de ulike regelverkene, noe som kan gi en indikasjon på hvilke krav EMD oppstiller overfor slike regimer, i møte med retten til privatliv i EMK artikkel 8, da ulike svakheter er påpekt.

Spørsmålet videre i avhandlingen blir derfor om den norske lovgivningen inneholder tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer til at retten til privatliv vernes på en god nok måte. De

²⁰⁹ Big Brothers Watch avsnitt 425

²¹⁰ Big Brothers Watch avsnitt 425

²¹¹ Big Brothers Watch avsnitt 427

²¹² Big Brothers Watch avsnitt 425

²¹³ Centrum för Rättvisa avsnitt 373 og Big Brothers Watch avsnitt 425

vurderinger og hensyn som EMD har trukket frem i disse to avgjørelsene vil danne grunnlaget for den videre vurderingen der jeg forsøker å svare på denne problemstillingen.

I det følgende kapittel skal jeg foreta en proporsjonalitetsdrøftelse av de norske reglene om tilrettelagt innhenting. Jeg kommer til å trekke inn de samme åtte momenter som EMD har vurdert i disse to avgjørelsene. Det er derfor nyttig å ha vurderingene som er trukket frem i dette kapitlet i bakhodet når jeg går over til å se på det norske systemet.

Kapittel 6: Proporsjonalitetsvurderingen

6.1 Innledning

I dette kapitlet foretar jeg en proporsjonalitetsvurdering av regelverket, knyttet til tilrettelagt innhenting. Med proporsjonalitetsvurdering sikter jeg her til en vurdering av de vilkår som kreves for å gjøre inngrep i retten til privatliv, jf. EMK artikkel 8 annet ledd.

Videre er det verdt å presisere at det er vanskelig å foreta en proporsjonalitetsvurdering, hvorfor en slik vurdering å foreta er vanskelig er presisert av Lucia Zedner: «The idea of balance, though well-established in political and legal debate, is perilous because it pays too little attention to exactly which threats suffice to tip the scales, what factors are to be balanced, how they should be weighed and in whose interest».²¹⁴

Ved en proporsjonalitetsvurdering må man legge ulike interesser, i to skåler å vekte disse opp mot hverandre. I dette tilfellet vil dette innebære at man blant annet må legge hensynet til nasjonal sikkerhet i den ene vektskålen, og hensynet til privatlivet i den andre. Dette er to grunnleggende interesser som begge er viktige i et demokratisk samfunn. Å avgjøre hvilken av disse som skal vektas over den andre er derfor svært krevende.²¹⁵

Det er derfor vanskelig å komme med en klar konklusjon, på hvorvidt reglene om tilrettelagt innhenting er forholdsmessig eller ikke. Hovedformålet med dette kapitlet er derfor ikke å lande på en konklusjon, men å trekke frem momenter som poengterer hvorfor reglene om

²¹⁴ Billis, Knust og Rui (2021) side 125

²¹⁵ For mer utfyllende beskrivelse av hva forholdsmessighet innebærer, se Harbo (2021)

tilrettelagt innhenting anses som kontroversielle. Riktignok kommer jeg til å lande på en konklusjon, men det vil være store uenigheter knyttet til om denne er 'riktig' eller ikke. Dette beror på hvordan man vektet de ulike interessene, og det er ikke gitt at min vekting er den eneste riktige.²¹⁶

I det følgende skal jeg redegjøre for vilkårene som oppstilles for proporsjonalitetsvurderingen, i EMK artikkel 8 annet ledd. Deretter vurderer jeg hvorvidt regelverket om tilrettelagt innhenting oppfyller de enkelte vilkår. Under denne vurderingen, ønsker jeg å gi en viss forståelse for hvorfor det er motstridende meninger på dette punkt.

De åtte momenter som ble vurdert i kapittel 5 vil også bli trukket inn i denne vurderingen, siden EMD anser disse som avgjørende i møte med tilsvarende regelverk. Det er derfor disse som vil danne bakteppet for den videre drøftelsen, da disse argumentene har den største rettskildemessige betydningen etter ordlyden i EMK artikkel 8, og utdyper betydningen av bestemmelsen.

6.2 Vilkårene for å kunne gjøre inngrep i retten til privatliv

Det oppstilles i EMK artikkel 8 annet ledd vilkår for når det kan gripes inn i retten til privatliv:

«Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter».

Vilkårene som oppstilles er altså at inngrepet må ha hjemmel i lov, og at det må være nødvendig i et demokratisk samfunn, av hensyn til de opplistede interesser. Hva som ligger i dette, er ytterligere presisert av domstolen. Som jeg nevnte i innledningen vil jeg her vise til Høyesterettsavgjørelser, da de gir en anvisning til hvordan retten til privatliv må forstås og

²¹⁶ Som eksempel på hvorfor det vil være uenigheter, se Flinterud mfl., (2020) side 1, som argumenterer for at uenigheten i denne debatten beror på om man anser trusselen mot terrorister eller myndighetene som den største.

hva som kreves for å gjøre rettmessige inngrep i denne interessen. Der Høyesterett bygger på EMD sine avgjørelser viser jeg til disse i fotnoter.

Innledningsvis ønsker jeg å gi en nærmere presisering knyttet til hva som ligger i vilkåret *nødvendig i et demokratisk samfunn*. Høyesterett har presisert hva som ligger i dette vilkåret. «Tiltaket må i det konkrete tilfellet være *egnet, nødvendig og forholdsmessig*».²¹⁷ At tiltaket er egnet tilsier at det må ha legitime formål og at det er egnet til å ivareta det legitime formålet.²¹⁸ Kravet til nødvendighet peker på at det ikke skal være mulig å oppnå samme resultat med mindre inngripende tiltak.

Det vilkåret som er vagest formulert, og i den forlengelse knyttet opp imot de mest skjønsmessige vurderingene, er proporsjonalitetsvurderingen. Høyesterett har forsøkt å presisere hva som ligger i proporsjonalitetsvurderingen. Det uttales at «[f]orholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre».²¹⁹

Forholdsmessighetsvurderingen krever derfor at man vurderer behovet for den beskyttede interessen, mot behovet for å gjøre inngrep i denne av samfunnsmessige hensyn. Man skal altså vurdere den enkeltes interesser opp mot storsamfunnets interesser. Det bør utvises varsomhet i slike vurderinger, da det foreligger en ubalanse i maktforholdet mellom enkeltindivider og storsamfunnet.

I møte med innhentingoperasjoner som foregår i det skjulte er proporsjonalitetsvurderingen særlig viktig, da det vil være vanskelig for enkeltindivider å være bevisste om, og hvordan det gjøres inngrep i deres interesser. Det uttales av EMD i denne forbindelse at «a system of secret surveillance for the protection of national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse».²²⁰

²¹⁷ HR-2018-104-A avsnitt 23, bygger på Petri Sallinen og andre mot Finland avsnitt 76-90

²¹⁸ HR-2014-2288-A avsnitt 28

²¹⁹ HR-2015-206-A avsnitt 60

²²⁰ Weber og Saravia mot Tyskland avsnitt 106

Det som ligger til grunn for EMD sin uttalelse er at slike innhentingsregimer kan oppfattes som overvåking. Dersom enkeltindivider frykter at de blir overvåket kan dette ha en nedkjølende effekt, der de av frykt for overvåking slutter å bruke ytringsfriheten sin. Jeg kommer nærmere tilbake til dette senere i kapitlet (viser også til mine drøftelser rundt dette i kapittel 4).

Før en nærmere klargjøring av vilkårene knyttet opp mot forholdsmessighetsvurderingen, er det verdt å først peke på at EMD har presisert at statene har en vid skjønnsmargin når det gjelder innføring av nytt regelverk. Årsaken til dette er suverenitetsprinsippet, altså at staten selv skal bestemme over egne anliggheter, i tillegg til kulturelle forskjeller som gjør seg gjeldende i de land som er tilsluttet EMK. Et ytterligere moment, er at EMK er avhengig av politisk oppslutning fra de enkelte medlemsstatene, for at konvensjonen og tilknyttede organer skal fungere i praksis. De ønsker derfor ikke å gripe mer inn i en stats anliggende enn det som er absolutt nødvendig for å ivareta de ulike interessene som fremkommer i EMK.

Videre er det nyttig å påpeke at EMD sin vekting av skjønnsmarginen bunner i at saker som legges frem for dem, har vært gjenstand for grundig prøving på nasjonalt plan. Når en sak ifra Norge kommer frem for EMD har den først vært til behandling av tre domstols instanser innad i Norge. Saken har derfor vært overprøvd av de fremste dommerne i landet, i tillegg til at selve loven har gått gjennom en omfattende prosess i forkant av innføringen. Etter en lang og omfattende prosess der det nasjonalt har vært foretatt grundige vurderinger opp imot rettighetene i EMK vil det derfor være naturlig at EMD gir statene et visst slingringsmonn for å anerkjenne deres suverenitet.

6.2.1 Lovkravet

Det kreves at det foreligger en lovhjemmel som åpner opp for å gripe inn i retten til privatliv. I forarbeidene til etterretningstjenesteloven uttales det om lovkravet at det «skal legge til rette for forutberegnelighet for borgerne, motvirke vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, og sikre at forvaltningen holder seg innenfor rammen av fullmaktene gitt av folkets representanter i Stortinget».²²¹

²²¹ Prop. 80 L (2019-2020) side 95

For at loven skal oppfylle kravet til forutberegnelighet, må loven være tilgjengelig og tilstrekkelig presis.²²² Likevel kan ikke loven være så presis at den ikke kan tolkes dynamisk, da dette er nødvendig av hensyn til den samfunnsmessige utviklingen.²²³

Det som er særlig aktuelt i møte med lovkravet er at det er strengere når det knytter seg til skjulte operasjoner. Høyesterett uttaler «[d]en må dessuten – i lys av den forhøyede risikoen for misbruk og vilkårlighet som erfaringsmessig kan foreligge når myndigheter tillates å operere i hemmelighet – gi rimelige garantier knyttet til blant annet formen for lagring, bruken av materialet, mulighetene for innsyn, sikkerhet og sletting».²²⁴

Som jeg nevnte i kapittel 5, ser det ikke ut til at EMD krever at lovkravet skal oppfylle klarhetskravet som fremkommer i EMK artikkel 7 og lex certa, da disse normene ikke blir vurdert under kravet til hjemmel i møte med bulkinnhentingsregimer av EMD selv. Likevel må kravet til klarhet, være større enn ved alminnelig lovgivning grunnet den «forhøyede risikoen for misbruk og vilkårlighet», men det ser altså ikke ut til at den er like streng som på strafferettens område.

Det er flere av de momenter som Høyesterett i møte med lovkravet viser til, som kan være problematisk i møte med reglene om tilrettelagt innhenting. Disse momentene gjør seg også gjeldende i møte med de krav EMD oppstiller i de to avgjørelsene jeg vurderte i foregående kapittel. For å unngå dobbeltbehandling, vurderer jeg derfor lovkravet ytterligere når jeg ser på de åtte vurderingsmomenter som er oppstilt av EMD.

6.2.2 Har reglene om tilrettelagt innhenting et legitimt formål?

De legitime formålene er opplistet i EMK artikkel 8 annet ledd. Disse formålene er opplistet som følgende interesser: «nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter».

²²² HR-2014-2288-A avsnitt 30

²²³ Dette er også poengtert av EMD i Centrum för Rättvisa avsnitt 285

²²⁴ HR-2014-2288-A avsnitt 30

Formålsparagrafen i etterretningstjenesteloven § 1-1 bokstav a lister opp formålene med loven. Det presiseres her at loven skal «bidra til å trygge Norges suverenitet, territoriale integritet, demokratiske styreform og andre nasjonale sikkerhetsinteresser, herunder forebygge, avdekke og motvirke utenlandske trusler mot Norge og norske interesser».

Formålet med reglene om tilrettelagt innhenting samsvarer med de som listes opp i EMK artikkel 8 andre ledd. Det kan derfor konkluderes med at tilrettelagt innhenting har et legitimt formål.

Spørsmålet videre blir hvorvidt reglene om tilrettelagt innhenting er egnet til å ivareta nasjonal sikkerhet. Denne problemstillingen er det vanskelig å svare på uten å ha informasjon om avvergede angrep mot den nasjonale sikkerheten. Formålet med reglene er å forhindre trusler, og det er vanskelig å gi en vurdering på hvor mange trusler som er avverget.

For oppgavens formål konkluderes det likevel med at tilrettelagt innhenting er egnet til å ivareta nasjonal sikkerhet. Dette er også i tråd med EMD sine uttalelser om at det ikke finnes fullgode alternativer til bulkinnhentingsregimer, noe som indikerer at disse er best egnet til å ivareta nasjonal sikkerhet.²²⁵

6.2.3 Er tilrettelagt innhenting nødvendig?

For at tilrettelagt innhenting kan anses som nødvendig, kreves det at *ikke* finnes andre mindre inngripende tiltak som kan ivareta formålet med loven. I forarbeidene til etterretningstjenesteloven redegjøres det for tre alternativer til tilrettelagt innhenting.²²⁶ Det konkluderes med at disse alternativene ikke vil ivareta formålet som er å ivareta nasjonal sikkerhet mot farer som oppstår i det digitale domenet, da Norge må bli selvstendige og derfor ikke kan være avhengig av å motta etterretning fra andre stater.²²⁷

²²⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 365 og Big Brothers Watch avsnitt 424

²²⁶ Prop. 80 L (2019-2020) s. 88-89

²²⁷ Prop. 80 L (2019-2020) side 89

Det ble også i Big Brothers Watch, og Centrum för Rättvisa konkludert med at det på nåværende tidspunkt ikke forelå et fullgodt alternativ til bulkinnhenting for å beskytte nasjonale interesser mot kriminalitet som går på tvers av landegrensen.²²⁸

I denne sammenheng må det likevel pekes på at regelverket i Sverige og Storbritannia ikke oppfylte kravet til nødvendige sikkerhetsmekanismer mot misbruk. Selv om EMD konkluderer med at bulkinnhentingsregimer er nødvendig, kan ikke reglene gripe mer inn i privatlivet enn det som er absolutt nødvendig.

Det EMD har konkludert med, er at slikt regelverk på generelt grunnlag oppfyller, de krav som stilles til nødvendighet. Hvorvidt tilrettelagt innhenting griper mer inn i retten til privatliv enn det som er nødvendig, må avgjøres i proporsjonalitetsvurderingen.

6.2.4 Er tilrettelagt innhenting proporsjonalt?

Som jeg nevnte innledningsvis, er dette en vanskelig og kompleks problemstilling. Tilrettelagt innhenting er en lov som bunner i politiske beslutninger, der det er tatt avveininger, inkludert proporsjonalitetsvurderinger. Likevel er reglene kontroversielle og flere har ytret at tilrettelagt innhenting bryter menneskerettighetene.²²⁹

Det som kan poengteres i denne sammenheng er at reglene om tilrettelagt innhenting ble innført siden e-tjenesten allerede drev med innhentingsoperasjoner.²³⁰ Behovet for en lovhjemmel som legitimerte disse innhentingsoperasjonene, er årsaken til at reglene om tilrettelagt innhenting ble innført.²³¹

Juliussen påpeker i sin masteravhandling at «[e]n lov som skal kodifisere en uhjemlet innhentingsform er ikke det beste utgangspunktet for en bred debatt om forholdsmessighet».

²²⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 365 og Big Brothers Watch avsnitt 424

²²⁹ Haugsbø og Harkestad, artikkel på nrk.no, <https://www.nrk.no/ytring/masseovervakning-uten-sidestykke-1.16133987>

²³⁰ EOS-utvalgets særskilte melding til Stortinget side 12, Dokument nr. 20 (2005-2006) side 15 og Høringsnotat om forslag til ny lov om etterretningstjenesten (2018) side 116

²³¹ Innst.164 S (2016-2017) side 4

Videre mener han at «[s]amlet bærer lovgivningsarbeidet preg av at forholdsmessighetsvurderingene ikke er transparente».²³²

At vurderingene muligens mangler transparens medfører at de blir vanskeligere å etterprøve, noe som er problematisk med tanke på den tillitten som må foreligge mellom lovgiver og borgere.

Årsaken til at det landes på ulike konklusjoner, handler om at ulike hensyn vektet forskjellig. De som har gått inn for å innføre regelverket har vektet hensynet til nasjonal sikkerhet høyere enn det inngrepet det medfører i privatlivet. De som er imot regelverket vektet hensynet til privatlivet som en så fundamental grunnstein i demokratiet at den nasjonale sikkerheten heller må ivaretas på andre måter.²³³

I det følgende forsøker jeg å nøste litt opp i de ulike konklusjonene, og argumentene som ligger bak disse. Videre vil forsøker jeg å vurdere hvordan disse hensynene bør vektet, holdt opp imot de vurderinger som EMD har gjort, og deretter forsøke å lande på en konklusjon.

Det er EMD sine vurderinger som vil utgjøre hoveddelen av drøftelsen. Årsaken til dette er at disse momentene innehar konkrete hensyn som kan legges i den ene eller andre vektskålen. Å anvende disse konkrete hensynene vil derfor gjøre det lettere å knytte proporsjonalitetsvurderingen opp mot noe konkret, fremfor de forskjellige tanker og meninger som ikke ville vært særlig konstruktivt i denne debatten. Ytterligere kan den rettskildemessige betydningen av rettskraftige avgjørelser trekkes frem som et moment i begrunnelsen for hvorfor jeg tillegger EMD's vurderinger hovedvekten.

6.2.4.1 Hvordan foreta en proporsjonalitetsvurdering av et preventivt lovverk?

Etterretningstjenestelovens regler om tilrettelagt innhenting har et preventivt formål. Innhenting skal skje med formålet om å *forhindre* kriminalitet på kryss av landegrensen. Dette medfører at det ikke foreligger konkrete forhold som kan vurderes opp imot inngrepet i

²³² Juliussen (2021) side 75

²³³ Se Flinterud mfl. (2020) side 1

privatlivet. Eksempelvis har jeg ikke tilgang til data som kan indikere at en konkret innhentingsoperasjon har avverget et terrorangrep.

Selv om jeg ikke har tilgang på slik data, må det trekkes inn som et moment at regelverket har en reell preventiv funksjon, da EMD gir uttrykk for at slikt regelverk er nødvendig i dagens samfunn.²³⁴ Likevel blir det vanskelig å vurdere noe som konkret kan trekkes frem – at innenriksdata innhentes – opp imot noe som ikke er like konkret, altså hvor mye som avverges og alvorlighetsgraden av de planlagte kriminelle handlingene.

Lucia Zedner peker på denne problemstillingen i forhold til preventivt regelverk, der hun påpeker at proporsjonalitetsvurderingen er vanskeligere og mer kompleks enn ellers, der formålet er preventivt.²³⁵ Hennes innfallsvinkel knytter seg til britisk rett, men grunnet likheten knyttet til formålet i både norsk og britisk rett trekker jeg den inn som en nyttig bemerkning også i møte med norsk rett.

For å løse problemet med vurderingen av preventivt lovverk har Zedner en fremgangsmåte for hvordan forholdsmessighetsvurderingen bør foretas i slike tilfeller. «In the case of prevention, should proportionality be set in respect of the gravity of the anticipated harm of the probability of it occurring, in which case, what level of risk is required before rights' eroding interventions are permitted?»²³⁶

Løsningen på dette problemet er altså, ifølge Zedner, å se på alvorlighetsgraden av den forventede skaden og sannsynligheten for at denne inntre, holdt opp mot den rettigheten man forsøker å ivareta. I dette tilfellet medfører det at proporsjonaliteten må vurderes opp mot hvilken grad, og hvor sannsynlig det er at nasjonal sikkerhet trues.

Denne innfallsvinkelen er likevel ikke uproblematisk, da det også vil være vanskelig å gi et klart svar på i hvilken grad og sannsynligheten, av at den nasjonale sikkerheten trues. Likevel legger jeg til grunn for den videre drøftelsen at det foreligger en viss grad av trussel, da det

²³⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 365 og Big Brothers Watch avsnitt 424

²³⁵ Billis, Knust og Rui (2021) s. 137

²³⁶ Billis, Knust og Rui (2021) side 137

foreligger flere eksempler i senere tid på menneskehandel, terror og lignende.²³⁷ Videre er det sannsynlig at disse truslene er reelle, da det finnes flere konkrete saker å peke på.²³⁸

6.2.4.2 De ulike syn knyttet til hvorvidt reglene om tilrettelagt innhenting er proporsjonale?

Bakgrunnen som danner behovet for regelverket:

I det følgende vil jeg påpeke hvorfor noen mener at tilrettelagt innhenting er forholdsmessig, mens andre mener det motsatte. Når jeg ser på hvorfor noen lander på den ene eller andre konklusjonen viser jeg kun til grovtrekkene. Det er ikke mulig å gi et fullstendig bilde av hva hver enkelt som har ytret seg i denne forbindelse mener. Jeg ønsker kun å trekke frem de mest sentrale argumenter som de ulike sidene av debatten bruker.

Grunnen til at jeg ønsker å trekke frem de ulike syn i debatten, er for å gi et bilde av hvilke interesser som må tas med i proporsjonalitetsvurderingen. Altså fremfor kun å trekke inn interessen til samfunnet mot den enkeltes rett til privatliv, ønsker jeg å utpensle hvilke andre interesser som ligger i disse to vektskålene, og hvorfor disse er viktige.

Det ble i 2020 publisert en forskningsartikkel som så på hvorfor og hvordan det argumenteres for de ulike syn i «overvåkingsdebatten».²³⁹ Det påpekes her at de ulike syn i debatten bunnar i hva som anses som den største trusselen: «myndighetenes overvåking eller kriminelle og terrorister?»²⁴⁰ Denne uttalelsen gir uttrykk for hvilke grunntanker de ulike meninger i debatten bygger på.

I det følgende bruker jeg forarbeidet til etterretningstjenesteloven, som grunnlag for å trekke frem de ulike tanker rundt proporsjonaliteten til regelverket. Dette er fordi forarbeidet gir et inntrykk av hvordan de som har arbeidet med lovforslaget har tenkt, og i tillegg gir det uttrykk

²³⁷ Som eksempel på tilfeller av det mest alvorlige slaget, terrorangrepet på Utøya og regjeringskvartalet i 2011 og skytingen i Oslo sentrum i 2022.

²³⁸ Eksempelvis adopsjonssakene: Joner, artikkel på tv2.no, <https://www.tv2.no/nyheter/innenriks/anmeldte-staten-for-menneskehandel-far-prestisjepris/16364077/> og PSTs offentliggjøring av at de har forhindret en rekke terrorangrep mot Norge: Sollerman og Tobiassen, artikkel på vg.no, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/y6pPVg/pst-har-stanset-flere-terrorangrep-mot-norge-de-siste-maanedene>

²³⁹ Flinterud mfl. (2020) side 1.

²⁴⁰ Flinterud mfl. (2020) side 1

for kritikk som er kommet frem i høringssvar. Derfor gir forarbeidet en god indikasjon på de ulike meninger i denne debatten.

Starten på argumentasjonsrekken knyttet til hvorfor det er et behov for regler om tilrettelagt innhenting, er «betydningen av rettidig informasjon. Myndighetene kan ha et begrenset tidsvindu til å motvirke en trussel. Dersom Etterretningstjenesten er avhengig av å spørre om informasjon fra andre fordi tjenesten mangler egen tilgang, kan ventetiden være skjebnesvanger».²⁴¹

Det er altså først og fremst behov for tilrettelagt innhenting som trekkes frem i første omgang. Norge må være selvstendig og uavhengig av å motta sin etterretning fra andre stater. For å understreke behovet skrives det at «[d]et vurderes som alvorlig at norske myndigheter i dag ikke er rustet til å avdekke og avverge de mest avanserte truslene mot Norge i det digitale rom, særlig statlig spionasje, forberedelser til cyberangrep og grenseoverskridende terrorplanlegging».²⁴²

De ulike synspunkter knyttet til regelverket:

Norsk sikkerhetsmyndighet (NSM) «erkjenner at tilrettelagt innhenting er et inngripende virkemiddel, og ser de personvernutfordringer som forslaget reiser, men mener at tiltaket er nødvendig og sentralt for statens samlede evne til å ivareta nasjonens og samfunnets sikkerhet i det digitale rom».²⁴³ Det kommer her fram at NSM vektet samfunnets sikkerhet høyere enn de personvernutfordringer regelverket fører med seg. Hvilke personvernutfordringer det siktes til blir ikke konkretisert.

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) trekker frem en annen side som kan være problematisk med tilrettelagt innhenting. «Etter Nkoms syn er det imidlertid ikke tvilsomt at etablering av tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon er utfordrende i et samfunn som er så digitalisert som Norge, og der kommunikasjonsvernet anses som grunnleggende for tilliten til elektronisk kommunikasjon og digitale tjenester».²⁴⁴

²⁴¹ Prop. 80 L (2019-2020) side 88

²⁴² Prop. 80 L (2019-2020) side 88

²⁴³ Prop. 80 L (2019-2020) side 89

²⁴⁴ Prop 80 L (2019-2020) side 89

Behovet for befolkningens tillitt til elektronisk kommunikasjon og digitale tjenester, ser i denne uttalelsen ut til å være av mer betydning, enn de fordeler tilrettelagt innhenting medfører. Dette henger sammen med at slik samfunnet er bygd opp i dag er man helt avhengig av at den enkelte borger har tillitt til disse tjenestene da det er gjennom slike tjenester at ulike aktører kommuniserer med den enkelte borger.²⁴⁵

Departementet vurderer det slik at «På grunn av den teknologiske utviklingen har myndighetene i dag en begrenset evne til å oppdage, følge, varsle og motvirke utenlandske trusler mot Norge. Etter departementets syn er det nødvendig å styrke denne evnen gjennom tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon. Kombinasjonen av lagring av metadata i bulk og målrettet innhenting av innholdsdata ventes å gi stor etterretningsmessig verdi».²⁴⁶

Det er altså den etterretningsmessige gevinsten som departementet legger avgjørende vekt på, og at det er «nødvendig» å styrke denne. Videre uttales det at «[e]tter departementets vurdering er det ikke et reelt alternativ å videreføre dagens situasjon, hvor Norge i stor grad er avhengig av å motta informasjon fra andre land».²⁴⁷ Behovet for å ha egen etterretning og i den forlengelse å være selvstendige i den forstand at Norge selv kan avverge trusler medfører etter departementets mening at tilrettelagt innhenting må innføres.

Videre peker departementet på at «[d]et legges avgjørende vekt på de legitime samfunnsmessige behovene som begrunner inngrepet, sammenholdt med summen av kontrollmekanismer og garantier mot misbruk og vilkårlighet».²⁴⁸ Kontrollmekanismene og garantiene mot misbruk og vilkårlighet veier ifølge departementet opp for inngrepet siden inngrepet skjer som følge av pressende samfunnsbehov.

Det trekkes videre frem at fire dommere stiller seg skeptisk til regelverket. De «fremholder at lovforslaget bryter med rettsstatlig tradisjon fordi innhenting vil ramme et ukjent antall

²⁴⁵ Som eksempel på dette, kan det vises til appen Helsenorger, som brukes av blant annet fastleger for å kommunisere med sine pasienter.

²⁴⁶ Prop. 80 L (2019-2020) side 92

²⁴⁷ Prop. 80 L (2019-2020) side 93

²⁴⁸ Prop. 80 L (2019-2020) side 93

mennesker som det ikke kan knyttes noen mistanke til». Departementet uttaler i denne forlengelse at «[e]tterretningsvirksomhet med tilstrekkelige kontrollmekanismer og garantier mot misbruk og vilkårlighet bryter ikke med rettsstatlig tradisjon, men må snarere regnes som et rettsstatlig svar på alvorlige trusler mot demokratiet og rettsstaten».²⁴⁹

Videre trekkes det frem flere kontroversielle sider med regelverket. «Forslaget om innhenting og lagring av metadata i bulk etter lovforslaget § 7-7 er det mest problematiske fra et personvernperspektiv. (...) I dagens teknologiske situasjon vil det imidlertid lagres store mengder metadata om norsk innenlandsk kommunikasjon som ikke er relevant for etterretningsformål».²⁵⁰

Også reglene knyttet til testinnhenting og testanalyser trekkes frem som problematiske. «Innhenting, lagring og analyse av testdata i et korttidslager etter lovforslaget § 7-5 er også inngripende i personvernet, spesielt fordi det er tale om ufiltrert informasjon. Slik virksomhet er likevel avgjørende for drift av systemet, blant annet for å kunne utvikle og oppdatere filtrene som skal hindre lagring av overskuddsinformasjon».²⁵¹

Som svar på disse problematiske sidene uttales det at «[d]epartementet legger vekt på at forslaget inneholder en rekke kontrollmekanismer og rettssikkerhetsgarantier».²⁵² Det poengteres likevel at «[f]aren for misbruk kan aldri helt fjernes, men departementet har søkt å redusere risikoen på flere måter».²⁵³ Videre trekkes de ulike sikkerhetsmekanismene frem og det konkluderes med at «[a]lle disse bestemmelsene støtter opp om formålsbegrensningen til utenlandsetterretning, og motvirker risikoen for at tilrettelagt innhenting kan brukes til å overvåke egen befolkning».²⁵⁴

Formålsutglidning og nedkjølingseffekten:

Faren for at regelverket endres og at dette kan føre til formålsutglidning trekkes deretter inn som et argument som taler mot tilrettelagt innhenting. Departementet mener likevel at

²⁴⁹ Prop. 80 L (2019-2020) side 97

²⁵⁰ Prop. 80 L (2019-2020) side 97

²⁵¹ Prop. 80 L (2019-2020) side 97

²⁵² Prop. 80 L (2019-2020) side 98

²⁵³ Prop. 80 L (2019-2020) side 99

²⁵⁴ Prop. 80 L (2019-2020) side 99

Grunnloven og menneskerettighetene gir anvisninger på hvilke endringer som kan foretas og at denne faren derfor ikke er reell. Konklusjonen på dette punkt blir derfor at «[d]epartementet mener etter dette at risikoen for formålsutglidning ikke er et avgjørende argument mot forslaget».²⁵⁵

Videre er også nedkjølingseffekten et moment som taler i disfavør av regelverket. Det uttales at «[r]isikoen for at tiltaket vil ha en nedkjølende effekt på ytrings- og informasjonsfriheten har vært en sentral del av departementets vurdering». I forlengelsen av denne uttalelsen forklares det hva nedkjølingseffekten er. «Med en nedkjølende effekt menes i korte trekk at den enkelte vil modifisere eller sensurere ytringene sine, eller helt unnlate å ytre seg, på grunn av frykt for eller kunnskap om at ytringene overvåkes. Departementet tar risikoen for en slik effekt alvorlig».²⁵⁶

Faren for nedkjølingseffekt gis heller ikke avgjørende vekt av departementet. Dette fordi «[r]isikoen kan etter departementets syn likevel ikke tillegges avgjørende vekt, gitt de legitime samfunnsbehovene som begrunner inngrepet».²⁵⁷

Oppsummering:

Jeg har nå vist til de ulike momenter som ligger inne i interessen til samfunnet og interessen til den enkeltes privatliv. Disse momentene gjør seg gjeldende i en proporsjonalitetsvurdering, og jeg har i denne fremleggelsen vist til hva departementets konklusjon er, og hvorfor de har konkludert slik de har gjort i møte med ulike meninger av høringsinstansene.

Departementet vekter høyest at Norge skal være uavhengig fra andre stater, med tanke på at vi må være i stand til å produsere egen etterretning. Årsaken til dette er hensynet til å ivareta nasjonal sikkerhet i en digitalisert verden. Av departementet vektet disse momenter høyere enn de som gjør seg gjeldende av i møte med den enkeltes rett til privatliv. Grunnen til at de vekter samfunnets interesser høyest bunner i de sikkerhetsmekanismer som ligger til grunn for å forhindre misbruk og vilkårlighet.

²⁵⁵ Prop. 80 L (2019-2020) side 99

²⁵⁶ Prop. 80 L (2019-2020) side 100

²⁵⁷ Prop. 80 L (2019-2020) side 100

At departementets vurderinger og konklusjoner samsvarer med EMD er ikke gitt. I det følgende skal jeg derfor vurdere reglene om tilrettelagt innhenting, opp mot de vurderingsmomenter som EMD trekker frem i Big Brothers Watch og Centrum för Rättvisa.

6.3 Er reglene om tilrettelagt innhenting proporsjonale i møte med EMD sine vurderinger?

I det følgende vurderes de åtte momenter som EMD har opplistet. Jeg vurderer her om norsk rett oppfylder de krav som oppstilles av EMD i Centrum för Rättvisa, og Big Brothers Watch.

6.3.1 Kravet til rettslig grunnlag for innhenting

Reglene om tilrettelagt innhenting er hjemlet i etterretningstjenesteloven. Spørsmålet er om loven inneholder tilstrekkelig klare og tydelige hjemler for når, og hvordan tilrettelagt innhenting kan skje.

Det oppstilles i etterretningstjenesteloven § 7-1 vilkår som må være oppfylt for at en innhentingsoperasjon kan iverksettes. Grunnvilkårene i lovens kapittel 5 – herunder nødvendighets/proporsjonalitetsvurderingen – må være til stede. Videre må de krav som stilles i lovens kapittel 7 og 8 være oppfylt. Mer konkret hva som ligger i disse kravene har jeg vurdert i avhandlingens kapittel 4.

Som jeg nevnte i den komparative analysen i møte med EMD's vurderinger av lovkravet i svensk rett, stiltes det ikke veldig store krav.²⁵⁸ I norsk rett foreligger det hjemler som er ytterligere presisert i forarbeidene. De ulike stadier av en operasjon er hjemlet. Det stilles i § 7-1 krav før en operasjon iverksettes. Videre stilles det i §§ 7-2, 7-3, 7-4, 7-6, 7-7, 7-11 med flere krav under en operasjon. Deretter foreligger en rekke krav som stilles i etterkant av en operasjon, eksempelvis §§ 7-13 og 9-8.

Jeg kommer derfor til å nøye meg i denne omgang med å konkludere med at kravet til rettslig grunnlag må anses å være oppfylt, da det foreligger hjemmelsgrunnlag for en operasjon fra start til slutt, som er ytterligere presisert i forarbeidene. Siden EMD ikke er streng på dette

²⁵⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 285-288

punkt, vil heller ikke jeg problematisere lovkravet mer enn det som er nødvendig, da jeg ser på regelverket utelukkende opp imot de krav som stilles i EMK.

6.3.2 Omstendigheter for når enkeltindividers kommunikasjon kan overvåkes

Formålet angir at det ikke er hensikten å innhente data hvor både avsender og mottaker befinner seg i Norge, jf. etterretningstjenesteloven § 1-1 bokstav a. Materiale fra enkeltindivider, skal derfor ikke overvåkes når denne knytter seg til innenrikskommunikasjon.

Det er derimot som jeg allerede har poengtert, umulig å kun innhente data som transporteres over den fysiske landegrensen.²⁵⁹ I møte med slik data har etterretningstjenesteloven oppstilt krav til å forsøke å filtrere ut dette, så langt det lar seg gjøre, jf. etterretningstjenesteloven § 7-6. Det skal derfor, forsøkes å kun innhente enkeltindividers kommunikasjon som krysser den fysiske landegrensen, gitt at innhenting knytter seg til formålene bak loven.

De omstendigheter der enkeltindividers kommunikasjon kan overvåkes er dermed kun når det gjøres for å «avdekke og motvirke utenlandske trusler mot Norge og norske interesser», jf. etterretningstjenesteloven § 1-1 bokstav a.

Samlet sett kan det konkluderes med at etterretningstjenesteloven i tilstrekkelig grad angir de omstendigheter for når enkeltindividers kommunikasjon kan overvåkes. Det er ikke tvilsomt at formålet er å innhente materiale med etterretningsmessig interesse, som knytter seg til kriminalitet som foregår på tvers av den fysiske landegrensen.

6.3.3 De prosedyrer som danner grunnlaget for å autorisere innhenting

En redegjørelse for de prosedyrer som danner grunnlaget for å autorisere innhenting er foretatt i avhandlingens tredje kapittel. I denne omgang nøyer jeg meg med å poengtere at det som den klare hovedregel er domstolen som skal autorisere innhenting, jf. etterretningstjenesteloven § 7-3 første ledd annet punktum.

Kun i tilfeller der det er stort tidspress knyttet til å iverksette en operasjon, kan sjefen for e-tjenesten fatte vedtak om å iverksette dette, jf. etterretningstjenesteloven § 8-10 første ledd.

²⁵⁹ Prop 80 L (2019-2020) side 105

Frem til oktober 2023 var det etter ordlyden i § 7-3 sjefen for e-tjenesten alene som fattet vedtak om hvorvidt en innhentingsoperasjon kunne begynne, eller ikke. Kravet var da at tilbyderen «så langt som mulig [skulle] gis anledning til å uttale seg før beslutningen fattes» (mine tilføyelser).²⁶⁰ Tilbyderen hadde ingen bindende innvirkning på vedtaket, annet enn muligheten til å komme med en uttalelse.

Det ble ytret kritikk knyttet til denne løsningen, da det ble påpekt at oppstart av en innhentingsoperasjon ikke bunnet i uavhengig autorisasjon. Dette var på grunn av at det utelukkende var sjefen for e-tjenesten som kunne iverksette innhentingsoperasjoner. Kritikken førte til at det kom en instruks i september 2022, som innskrenket sjefen for e-tjenestens beslutningskompetanse etter § 7-3.²⁶¹ Det ble deretter iverksatt en utredning for å vurdere om det var behov for en lovendring på dette punkt.²⁶²

Arbeidsgruppen som ble nedsatt for å utrede de problematiske sider ved tilrettelagt innhenting mente også at problemstillinger knyttet til forhåndsautorisasjonen måtte utredes nærmere, grunnet potensielle problematiske sider knyttet til at det var sjefen for e-tjenesten alene som fattet vedtak.²⁶³

Kritikken rundt mangel på uavhengig autorisasjon førte til lovendringen som kom i oktober 2023.²⁶⁴ Nå er det domstolen som avgjør om en innhentingsoperasjon kan igangsettes. Hvorvidt en innhentingsoperasjon skal igangsettes avgjøres dermed nå av en uavhengig instans.

Slik lovverket nå er utformet er det ikke problematisk at en forutgående domstolskontroll oppfyller de krav som EMD oppstiller i Big Brothers Watch og Centrum för Rättvisa.

6.3.4 Prosedyrer som ligger til grunn for å velge ut, analysere og bruke innhentet materiale

Filtrering av data trekkes av EMD frem som et positivt moment av bulkinnhentingsoperasjoner. I norsk rett foreligger det også en slik filtreringsplikt, denne kommer til uttrykk i etterretningstjenesteloven § 7-6. Filtreringsplikten medfører at e-tjenesten

²⁶⁰ Opprinnelig kunngjort versjon av etterretningstjenesteloven § 7-3 første ledd

²⁶¹ Kongelig resolusjon delt ikraftsetting av lov 19. juni 2020 nr. 77 om Etterretningstjenesten

²⁶² Prop. 92 L (2022-2023) side 53-55

²⁶³ Rettslig analyse side 12

²⁶⁴ Prop. 92 L (2022-2023) side 54-55

så langt det lar seg gjøre, skal forsøke å hindre innhenting og lagring av data, der både avsender og mottaker befinner seg i Norge.

Som jeg har poengtert er det i det digitale domenet, umulig å filtrere ut all slik data.²⁶⁵ Dette er en problematikk som også EMD anerkjenner, men holder frem at så lenge det forsøkes å filtrere ut slik data er dette positivt og det kan ikke konstateres med krenkelse av EMK på grunn av at det ikke er mulig å filtrere ut *all* slik data.²⁶⁶

Svensk rett ble kritisert for mangelen av hjemmel som krevde loggføring under ethvert trinn i en innhentingsoveroperasjon.²⁶⁷ Det er i norsk rett lovfestet et krav til loggføring i etterretningstjenesteloven § 7-10 andre ledd. Etter norsk rett stilles det kun krav til loggføringen i forbindelse med at det utføres søk. Det kreves altså ikke loggføring knyttet til de trinn i prosessen som skjer i forkant og etterkant av et søk.

Likevel kan det legges til grunn at norsk rett på dette punkt oppfyller de minstekrav som EMD stiller. Årsaken til dette er at EMD ikke konkluderte med mangel av svensk rett på dette punkt, da det forelå tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer knyttet til å utvelge, undersøke og bruke innhentet materiale.²⁶⁸

I norsk rett kreves domstolskontroll i forkant av en operasjon, i tillegg til loggføringen av søkene underveis i en operasjon. Videre inneholder også norsk rett strenge krav knyttet til utvelging, undersøkelser og muligheten til å bruke innhentet materiale.²⁶⁹ Siden EMD ikke strenge på dette punkt, gitt at det foreligger sikkerhetsmekanismer som kan kompensere for en slik mangel, må også norsk rett anses å oppfylle de krav som stilles til dette moment.²⁷⁰

Som eksempel på at norsk rett innehar disse sikkerhetsmekanismene kan EOS-utvalgets løpende kontroll trekkes inn som et eksempel, jf. § 7-11. Videre kan utvalgets hjemmel til å begjære stansing av en operasjon og sletting av data, jf. § 7-12. Ytterligere er forbudet mot

²⁶⁵ Prop 80 L (2019-2020) side 105

²⁶⁶ Centrum för Rättvisa avsnitt 308

²⁶⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 311

²⁶⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 316

²⁶⁹ Se eksempelvis etterretningstjenesteloven §§ 7-6 og 7-8

²⁷⁰ Centrum för Rättvisa avsnitt 311-315

utlevering av overskuddsinformasjon, en sikkerhetsmekanisme som avhjelper dette punkt, jf. § 7-13. Det også flere sikkerhetsmekanismer på dette punkt, men det virker overflødig å skulle påpeke alle, jeg nøyer meg derfor med de jeg her har trukket frem.

Videre kreves det at søkebegrepene til en viss grad er konkrete, slik at de ikke favner for vidt.²⁷¹ Søk skal etter norsk rett baseres på «søkebegreper», jf. § 7-8 første ledd. Hva som ligger i søkebegreper kommer ikke tydelig frem av lovteksten, men søkene skal skje innenfor rammen av rettens kjennelse.

I forarbeidene forsøkes det å gi en forståelse av hva som menes med «søkebegreper». Det fremkommer at «[s]økebegreper kan knytte seg til en person (personselektor), eller til et bestemt mønster eller avgrensning (modusselektor)».²⁷²

Forarbeidene gir også definisjon av hva som menes med personselektor, og modusselektor. «En personselektor er en identifikator knyttet til en bestemt person eller virksomhet, for eksempel et telefonnummer, en e-postadresse eller et brukernavn på en tjeneste».²⁷³ Det kan konkluderes med at en personselektor må anses som tilstrekkelig spisset, da disse knytter seg til en konkret person/virksomhet.

Det som kan være problematisk er modusselektorer. Forarbeidene beskriver disse slik «En modusselektor beskriver et bestemt mønster eller avgrensning. Modusselektoren vil ofte bestå av en kombinasjon av søkebegreper. Den vil normalt være mindre finmasket enn en personselektor».²⁷⁴ Det anerkjennes altså at modusselektorsøk står i fare for å favne noe vidt, noe som kan være problematisk med tanke på de retningslinjer EMD oppstiller i Big Brothers Watch.²⁷⁵

Denne problemstillingen blir behandlet og vurdert i forarbeidet. Det uttales at «[p]å den andre siden ligger det i grunnvilkåret om forholdsmessighet etter § 5-4 en begrensning i hvor grovkornet den kan være. Det vil for eksempel kunne være uforholdsmessig hvis

²⁷¹ Big Brothers Watch avsnitt 386-387

²⁷² Prop. 80 L (2019-2020) side 216

²⁷³ Prop. 80 L (2019-2020) side 216

²⁷⁴ Prop. 80 L (2019-2020) side 216

²⁷⁵ Big Brothers Watch avsnitt 387

søkebegrepet alene er et større geografisk område, slik som en by. I slike tilfeller vil det normalt være nødvendig å spisse søket ved bruk av flere søkebegreper, for eksempel bestemte kjennetegn som kan knyttes til en trusselaktør».²⁷⁶

At søkebegrepene ikke kan favne for vidt, er altså vurdert og forsøkt forhindret gjennom det norske regelverket. Det kan derfor legges til grunn at norsk rett følger de krav som EMD oppstiller i forhold til å ha tilstrekkelig konkrete søkebegreper, da også søkebegrepene etter norsk rett må oppfylle kravene til nødvendighet og forholdsmessighet.

Videre problematiserer EMD at det må vises til hvilke søkebegreper som skal anvendes i søknaden, før en innhentingsoperasjon igangsettes.²⁷⁷ I norsk rett er dette ikke problematisk, da det kreves av begjæringen om tillatelse til innhenting, at den inneholder «hvilke søkebegreper eller kategorier av søkebegreper som skal brukes», jf. § 8-2 tredje ledd.

Samlet sett kan det konkluderes med at norsk rett oppfylder kravet til forholdsmessighet på dette punkt. Dette selv om det som påpekt, foreligger noen momenter som kan problematiseres. Årsaken til at dette er konklusjonen er fordi EMD i de to avgjørelsene godtar at det foreligger visse mangler så lenge regelverket samlet sett er forutberegnelig og forhindrer misbruk og vilkårlighet.²⁷⁸

6.3.5 Forhåndsregler som kreves i forbindelse med utlevering av materiale til andre aktører *Nasjonalt samarbeid:*

Formålet med etterretning er å overlevere relevant informasjon til de etater som har hjemmel til å aktivt gjøre noe med denne informasjonen. Dersom det som følge av etterretning kommer frem at Norge er i en reell fare for et terrorangrep, på et gitt sted, til en gitt tid, er dette unyttig informasjon om dette ikke viderefremmes til en aktør som har hjemmel til å sette igang tiltak for å ivareta sikkerheten, og forsøke å avverge angrepet.

Årsaken til slikt samarbeid, kommer til uttrykk i forarbeidene til etterretningstjenesteloven. Det uttales at innhentet materiale kan være «informasjon om fremmede staters

²⁷⁶ Prop. 80 L (2019-2020) side 216

²⁷⁷ Big Brothers Watch avsnitt 386-387

²⁷⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 311-316 og Big Brothers Watch avsnitt 391

etterretningsvirksomhet mot Norge, internasjonal terrorisme eller digitale angrep som stammer fra utlandet. Deling av slik informasjon med Politiets sikkerhetstjeneste, Nasjonal sikkerhetsmyndighet og andre relevante myndigheter er et sentralt formål med tilrettelagt innhenting».²⁷⁹

Samarbeidet er ikke bare positivt, men det stilles også krav til at e-tjenesten «skal samarbeide med andre norske myndigheter om grenseoverskridende trusler», jf. § 10-1 første ledd (mine uthevinger). Hvordan dette skal foregå i praksis, fremgår av § 10-2 der det gis hjemmel til å utlevere «etterretningsinformasjon til andre norske myndigheter», jf. første ledd. Det kreves at utleveringen er nødvendig og forholdsmessig, jf. bokstav a og d. Videre kreves det at «utlevering av personopplysninger er i samsvar med kapittel 9», jf. bokstav c.

Uten å vurdere hele bestemmelsen, kan det samlet sett konkluderes med at hjemmelen innehar tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer. Særlig er det kravet til nødvendighet, og forholdsmessighet som medfører sikkerhet, og dermed reduserer faren for vilkårlighet.

Deling av materiale til andre statlige aktører, anses av EMD som lite problematisk på generelt grunnlag, da dette er nødvendig for å være i stand til, for eksempel å vurdere trusselnivået knyttet til terror.²⁸⁰ Det stilles likevel krav til tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som må være på plass også i møte med denne problematikken.

I norsk rett er det ikke kun at overleveringen er nødvendig og forholdsmessig. Det stilles ytterligere krav knyttet til overlevering av innhentet materiale i møte med strafferetten, jf. §§ 7-13 og 7-14. Det fremkommer av § 7-14 at innhentet materiale *ikke* skal danne grunnlaget «for illeggelse av straff eller andre strafferettslige reaksjoner». Formålet med etterretningstjenesteloven er som nevnt ikke å straffe, men å ivareta nasjonal sikkerhet. Denne bestemmelsen er derfor med på å opprettholde skille mellom strafferett og etterretningsvirksomhet.

²⁷⁹ Prop. 80 L (2019-2020) side 218

²⁸⁰ Centrum för Rättvisa avsnitt 317

Det er likevel et unntak til bevisforbudet i § 7-14. Dersom innhentet materiale inneholder bevis knyttet til terrorhandlinger som fremgår av strl. § 131 kan dette brukes som grunnlag for å ilegge straff.²⁸¹ Årsaken til dette unntaket er at de alminnelige tvangsmidlene som følger av straffeprosessloven ikke nødvendigvis gir et like godt bevisbilde, som det etterretning innhentet på tvers av landegrensen kan gi.²⁸² I tillegg har terrorhandlinger et stort potensielt skadeomfang og man ønsker derfor å straffe både forsøk på og eventuelt gjennomførte terrorhandlinger, grunnet alvorligheten knyttet til dette.²⁸³

Både de generelle reglene om overlevering av materiale, og reglene om bevisforbud i straffesaker for innhentet materiale ser derfor ut til å være i overensstemmelse med de krav EMD oppstiller.²⁸⁴

Utlevering av overskuddsinformasjon:

Videre oppstilles det i etterretningstjenesteloven § 7-13 forbud mot å utlevere *overskuddsinformasjon*. Hva som menes med overskuddsinformasjon er presisert i forarbeidene. «Med «overskuddsinformasjon» forstås informasjon som er uten interesse for etterretningsformål».²⁸⁵ Overskuddsinformasjon er altså det motsatte av etterretningsinformasjon.

Årsaken med forbudet henger sammen med at «det i dagens teknologiske situasjon vil lagres store mengder metadata om norsk innenlandsk kommunikasjon. Lagringen innebærer i teorien et stort overvåkningspotensiale overfor egne borgere». I tillegg trekkes faren for formålsutglidning frem som en årsak til at utlevering av overskuddsmateriale ikke tillates.²⁸⁶

Bare i tilfeller der det er «alvorlig fare for noens liv, helse eller frihet eller at noen blir uriktig tiltalt eller domfelt for en straffbar handling» kan overskuddsmateriale utleveres, jf. § 7-13

²⁸¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven), forkortet til strl.

²⁸² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

²⁸³ Dette kommer tydelig frem ved at man i møte med terror har den lengste strafferammen, inntil 21 år, jf. strl. § 131 første ledd

²⁸⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 317 og Big Brothers Watch avsnitt 392

²⁸⁵ Prop. 80 L (2019-2020) side 218

²⁸⁶ Prop. 80 L (2019-2020) side 218

andre ledd. Det åpnes derfor altså opp for at overskuddsmateriale kan utleveres, dersom det foreligger en «alvorlig fare» sentrale interesser.

Den klare hovedregel er likevel at overskuddsmateriale ikke skal utleveres, og der dette gjøres må det foreligge pressende hensyn. Dersom det foreligger slike pressende hensyn vil overlevering trolig være både nødvendig og proporsjonalt, da det foreligger en «alvorlig fare».²⁸⁷ Begrepet alvorlig fare tilsier at disse interessene grunnet den pressende faren, i det gitte tilfellet må vektes høyere enn øvrige hensyn.

Det kan derfor konkluderes med at norsk rett ivaretar de retningslinjer som EMD oppstiller i møte med utlevering av innhentet materiale som ledd i nasjonalt samarbeid. Dette fordi det stilles strenge krav til utlevering av etterretningsinformasjon, i tillegg til at overskuddsmateriale som den klare hovedregel *ikke* skal utleveres.

Utenlandsk samarbeid:

Spørsmålet videre blir hvilke krav som stilles for å utlevere materiale til utenlandske aktører. I forhold til utlevering av materiale internasjonalt, fremgår det av § 10-1 andre ledd at e-tjenesten «skal etablere og opprettholde etterretningssamarbeid med andre land, forsvarsallianser som Norge deltar i, og andre internasjonale organisasjoner» (mine uthevinger). De vilkår som oppstilles for utlevering av materiale, ut av landet fremgår av § 10-3.

Etter bestemmelsen i § 10-3 bokstav a, fremgår det at de vilkårene som oppstilles i § 10-2 må være oppfylt også ved utlevering av materiale internasjonalt. Dermed stilles det vilkår til nødvendighet, forholdsmessighet, forsvarlighet med videre, også der utleveringen skjer som ledd i internasjonalt samarbeid.

Et moment som kan trekkes inn på dette punkt er kravet som oppstilles i § 10-2 bokstav e. Det stilles krav til at «utleveringen er forsvarlig i lys av opplysningenes kvalitet, hvem som er mottaker av opplysningene, og hvordan mottakeren antas å bruke dem». Før utlevering skal altså e-tjenesten vurdere den som er mottaker, hvordan mottakeren antas å bruke materialet.

²⁸⁷ Etterretningstjenesteloven § 7-13 annet ledd

Denne bestemmelsen medfører altså at sikkerheten til materialet, skal forsøkes ivaretas også etter overleveringen. Dersom det antas at mottakeren vil bruke dem uforsvarlig skal utlevering ikke skje. Det er her verdt å merke seg at begrepet «antas» setter terskelen relativt lav, og at det derfor ikke kreves en sannsynlighetsovervekt som tilsier at mottakeren faktisk kommer til å bruke materialet uforsvarlig. Foreligger det noe form for grunn til å tro at materialet vil bli misbrukt kan det ikke *antas* at utleveringen er forsvarlig.

Ytterligere et moment som kan trekkes inn i denne forbindelse er det krav som oppstilles i § 10-2 bokstav f. Det kreves at «utleverte opplysninger forventes å bli forsvarlig sikkerhetsmessig behandlet». Også denne bestemmelsen forsøker å ivareta sikkerheten til materialet som leveres ut av landet.

I tillegg til de vilkår som oppstilles i § 10-2 kreves det at «utleveringen er under nasjonal kontroll og i Norges interesse», jf. § 10-3 bokstav b. Hva som menes med «nasjonal kontroll» er presisert i forarbeidene. «Med *nasjonal kontroll* menes at Etterretningstjenesten skal ha kontroll på hvem opplysningene utleveres til, herunder kunne oppstille vilkår vedrørende utlevering til tredjeparter, samt kontroll på hva slags type data det er tale om å utlevere og fra hvilken innhentingskapasitet disse stammer fra».²⁸⁸

Bestemmelsens bokstav c legger føringer for å ivareta personer som befinner seg i Norge. «[D]et settes som vilkår at informasjonen ikke kan brukes som grunnlag for innhenting rettet mot personer i Norge».

Samlet sett stilles det i etterretningstjenesteloven krav til at utlevering som ledd i internasjonalt samarbeid, *kun* skal skje der dette er nødvendig og forholdsmessig. Videre stilles det en rekke krav som har til formål å sikre at det materiale som utleveres, blir utlevert på en så sikker måte som mulig. Norsk rett har derfor regler som ivaretar sikkerheten både før og etter utlevering.

Det norske regelverket knyttet til utlevering av materiale til andre stater, er som jeg nevnte i forrige kapittel lignende det britiske. I Big Brothers Watch konkluderte EMD med at britisk

²⁸⁸ Prop. 80 L (2019-2020) side 229

rett oppstilte tilstrekkelige krav knyttet til vurderinger som måtte foretas i forbindelse med selve overleveringen i tillegg til krav som skulle ivareta sikkerheten til materialet etter at overleveringen hadde funnet sted.²⁸⁹

Også norsk rett stiller strenge krav om vurderinger som må foretas før en overlevering, i tillegg til at regelverket forsøker å ivareta sikkerheten til det materialet som utleveres, også etter at utleveringen har funnet sted. Samlet sett kan det derfor konkluderes med at norsk rett også i forbindelse med utlevering av materiale til andre stater oppfyller de vilkår EMD oppstiller.

6.3.6 Tidsbegrensning for innhenting, lagring av materiale og omstendigheter hvor dette må slettes

Innhenting:

Tidsbegrensningen for innhenting, varierer avhengig av hvilken type data og innhenting. De ulike tidsbegrensningene fremkommer av § 8-6. Hovedmomentet i bestemmelsen er at «[r]ettens tillatelse etter § 8-1 skal ikke gis for lengre tid enn nødvendig». Fristen skal altså holdes så kort som mulig, noe som ligger til grunn, når det videre presenteres den øvre ramme for tidsbegrensningene.

Omhandler tillatelsen «målsøking etter § 7-8, kan den ikke overstige ett år». Ved «målrettet innhenting» etter §§ 7-8 og 7-9 kan ikke fristen «overstige seks måneder». Dersom tillatelsen omhandler «speiling etter § 7-3 første ledd, kan den ikke overstige to år». Hvor lenge maksfristen er avhenger altså av hvilken type innhenting det dreier seg om.

Lagringen:

Selve innhentingsoperasjonene har andre tidsfrister enn lagringen av innhentet materiale. Det fremkommer av § 7-7 tredje ledd at «[l]agrede metadata skal slettes senest etter 18 måneder». Ved testinnhenting fremkommer det av § 7-5 fjerde ledd at «[u]ttrekkene skal ikke oppbevares lenger enn nødvendig, og de skal slettes senest etter 14 dager».

²⁸⁹ Big Brothers Watch avsnitt 392-399

I tilfeller der data er lagret i bulk fremgår tidsbegrensningen for lagring av § 9-8 andre ledd. «Rådata i bulk skal slettes senest 15 år fra lagringstidspunktet, med mindre vesentlige hensyn tilsier at sletting utsettes». Det er altså rådata i bulk som kan lagres klart lengst.

Årsaken til dette er at rådata er «ubearbeidet eller automatisk bearbeidet informasjon i enhver form hvis etterretningsverdi ikke er vurdert», jf. § 1-3 bokstav h. Før det er hensiktsmessig å slette innhentet rådata må etterretningsverdien vurderes. Siden det stilles strenge krav til grunnlaget for innhentingsoperasjoner, kan det antas at innhentet data har en form for etterretningsverdi, og det er denne som må vurderes *før* sletting eventuelt kan skje.

Det fremgår videre av § 9-8 andre ledd tredje punktum at metadata innhentet i bulk, skal slettes «senest etter 18 måneder, jf. § 7-7 tredje ledd». Metadata skal altså være slettet innen det har gått 18 måneder fra den ble innhentet.

Samlet sett gir norsk rett konkrete tidsfrister knyttet til maksimal lengde på innhentingsoperasjoner, i tillegg til lengden på lagringen av innhentet materiale. Det kan derfor legges til grunn at norsk rett på dette punkt er i samsvar med EMD.

Krav til et fortsatt behov for innhentingsoperasjonen:

Det EMD kritiserer svensk rett for på dette punkt var at det ikke forelå hjemmel som krevde at en innhentingsoperasjon opphørte når vilkårene ikke lenger var til stede.²⁹⁰ I norsk rett foreligger det derimot en konkret hjemmel som sikrer dette. Det fremgår av etterretningstjenesteloven § 8-6 andre ledd at «[e]tterretningstjenesten skal avslutte pågående tiltak dersom lovens vilkår ikke lenger er til stede».

Siden norsk rett har en hjemmel som sikrer at en innhentingsoperasjon skal opphøre når vilkårene ikke lenger er til stede, kan det konkluderes med at norsk rett er i samsvar med EMD sine krav på dette punkt. Konklusjonen støttes også opp av at EMD ikke er strenge i møte med dette momentet, siden slike operasjoner bunner på vurderinger som krever

²⁹⁰ Centrum för Rättvisa avsnitt 333-335

hemmelighold og at tilsyn av operasjonene derfor må antas å ha samme funksjon som tidsbegrensningene knyttet til disse.²⁹¹

6.3.7 Prosedyrene for tilsyn fra et uavhengig organ med myndighet til å adressere urettmessig innhenting

Det fremgår av etterretningstjenesteloven § 7-11, at det er EOS-utvalget som skal føre tilsyn med e-tjenestens etterlevelse av regelverket. Den videre problemstilling blir hvorvidt EOS-utvalget kan anses som et tilstrekkelig uavhengig organ og hvorvidt de har myndighet til å sette i gang tiltak ved brudd på regelverket.

Utvalget består av syv medlemmer, som velges av Stortinget etter innstilling fra Stortingets presidentskap, jf. EOS-kontrolloven § 3. Medlemmene velges inn for fire år av gangen, og kan ikke sitte lenger enn to perioder.

Uten videre problematisering kan det konkluderes med at EOS-utvalget er å anse som et tilstrekkelig uavhengig organ. Måten organet organiseres på er lignende organiseringen til det svenske tilsynsorganet som EMD fant tilstrekkelig uavhengig.²⁹²

Spørsmålet videre, blir hvorvidt EOS-utvalget har myndighet til å adressere urettmessig innhenting. I dette ligger det at tilsynsorganet må ha fullmakt til å etterprøve både de proporsjonalitetsvurderinger som er foretatt, i tillegg til lovligheten av operasjoner.

For å foreta sine vurderinger fremkommer det av etterretningstjenesteloven § 7-11 andre ledd, at «EOS-utvalget skal ha uhindret tilgang til all informasjon, interne retningslinjer og prosedyrer, lokaler, utstyr, programvare, filteroppdateringer, aktivitetslogger og annet som benyttes ved virksomhet etter dette kapitlet».

Det kreves EMD på dette punkt at tilsynsorganet har innsyn i de dokumenter og aktivitetslogger som foreligger.²⁹³ Særlig trekkes det frem at innsyn i aktivitetslogger er positivt og muliggjør tilsyn av proporsjonalitet og lovlighet med en operasjon. Det kan derfor

²⁹¹ Centrum för Rättvisa avsnitt 336

²⁹² Centrum för Rättvisa avsnitt 346

²⁹³ Centrum för Rättvisa avsnitt 347-348

konkluderes med at EOS-utvalget har tilstrekkelig adgang til informasjon slik, at utvalget kan prøve lovligheten og proporsjonaliteten til innhentingsoperasjoner.

Det neste spørsmålet blir da hvorvidt EOS-utvalget kan adressere ulovlig virksomhet. I etterretningstjenesteloven § 7-12 fremkommer det at «[h]vis EOS-utvalget mener at virksomhet etter dette kapitlet gjennomføres i strid med loven, kan utvalget fremme begjæring for Oslo tingrett med krav om at ulovlig virksomhet opphører, og at ulovlig innhentet informasjon slettes». Om saken føres for domstolen, har domstolen de nødvendige fullmakter til å stanse en operasjon og sørge for at innhentet materiale slettes.

Før en sak kan gå til domstolen kreves det at «[e]tterretningstjenesten gjøres kjent med utvalgets syn og gis mulighet til å rette seg etter det», jf. § 7-12 første ledd andre punktum. Som den klare hovedregel skal EOS-utvalget forsøke å løse ulovlige operasjoner med e-tjenesten selv. Det er kun i tilfeller der e-tjenesten ikke retter seg etter de vurderinger EOS-utvalget har foretatt at saken kan føres for retten.

Siden EOS-utvalget i ytterste konsekvens har hjemmel til å fremme en sak for retten, konkluderes det med at de har tilstrekkelige fullmakter til å adressere urettmessig innhenting. Norsk rett er derfor i tråd med de krav EMD oppstiller knyttet til dette punkt om et uavhengig tilsynsorgan, og dets fullmakter.

6.3.8 Etterhåndskontroll

Det stilles ikke krav til at alle personer som berøres av en innhentingsoperasjon skal varsles. Siden det ikke varsles, krever EMD at det foreligger tilstrekkelige alternativer som kan brukes av de som mistenker at de har blitt utsatt for en operasjon, til å etterprøve om deres interesser har blitt krenket.²⁹⁴

Hvordan det kan fremmes en klage, fremkommer av etterretningstjenesteloven § 11-7, der det fremkommer at «[e]nhver kan klage til EOS-utvalget etter EOS-kontrolloven». Enkeltpersoner/organisasjoner kan dermed fritt fremme en klage til EOS-utvalget.

²⁹⁴ Centrum för Rättvisa avsnitt 355

Utvalget vurderer så om «klagen gir grunn til behandling, og foretar i så fall de undersøkelser som klagen tilsier», jf. EOS-kontrolloven § 5 andre ledd. Det foreligger derfor klageadgang for alle de som *mistenker* at de har blitt utsatt for en innhentingsoperasjon, og det er ikke nødvendig å bevise at man *faktisk er* utsatt for en innhentingsoperasjon.

Den videre problemstilling blir hvorvidt denne klageadgangen innehar tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer, slik at interessene til den som mistenker at han er utsatt for en innhentingsoperasjon, ivaretas.

Kravet om at det må foreligge tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer knyttet til etterhåndskontrollen er særlig viktig siden slike operasjoner er underlagt stor grad av hemmelighet, og det derfor er lite informasjon som deles med offentligheten. EMD trekker derfor frem at en klagebehandling som fører til en begrunnelse er positivt i møte med etterhåndskontroll, da dette ivaretar interessene til de som frykter at de er utsatt for en innhentingsoperasjon.²⁹⁵

Det er EOS-utvalget som skal vurdere og eventuelt undersøke de forhold klagen tilsier, og deretter komme med en begrunnelse. Den videre problemstilling, blir derfor om det foreligger tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer knyttet til begrunnelse av en klage, og om EOS-utvalget er tilstrekkelig uavhengig. Som jeg allerede har vært inne på er EOS-utvalget et tilstrekkelig uavhengig *tilsynsorgan*. Spørsmålet er om de er et tilstrekkelig uavhengig organ, til *også* å utføre etterhåndskontroll.

Begrunnelse

Det klageren eventuelt kan få av begrunnelse er hjemlet i EOS-kontrolloven § 15 første ledd. «Uttalelser til klagere bør være så fullstendige som mulig uten at det gis graderte opplysninger». Utgangspunktet er derfor at klager skal få en så detaljert begrunnelse som mulig.

Problemet i møte med tilrettelagt innhenting fremkommer av den samme bestemmelsen; «[o]pplysning om at noen har vært gjenstand for overvåkingsevne eller ikke, anses som

²⁹⁵ Big Brothers Watch avsnitt 413

gradert hvis annet ikke blir bestemt».²⁹⁶ Det kan derfor som den klare hovedregel, ikke gis ut opplysninger knyttet til hvorvidt klageren faktisk har vært utsatt for en innhentingsoperasjon.

Begrunnelsen som kan gis til klager er hvorvidt «klagen har gitt grunn til kritikk eller ikke», jf. EOS-kontrolloven § 15 første ledd tredje punktum. Det gis anvisning fra EMD på at begrunnelser gir offentligheten den sikkerheten, at om systemet blir misbrukt vil dette bli oppdaget og forsøkt rettet opp i.²⁹⁷

Stiftelsen Tinius uttaler seg i forbindelse med de krav som EMD stiller til begrunnelse i sin stevning av staten. I forhold til mangel på en begrunnet avgjørelse i norsk rett uttales det i stevningen at «[d]ette innebærer at EMDs krav til en begrunnet avgjørelse ikke er oppfylt. Den norske lovgivningen er på dette punktet sammenliknbar med den svenske lovgivningen. I Centrum för Rättvisa mot Sverige trakk EMD fram fraværet av en effektiv etterfølgende kontroll som en av tre grunnleggende mangler ved det svenske systemet, blant annet på grunn av fraværet av muligheten til å få en begrunnet avgjørelse etter en henvendelse eller klage knyttet til bulkovervåkning».²⁹⁸

Mangelen på krav om en begrunnelse knyttet til klagen, må derfor anses som en mangel også i det norske systemet. Å gi begrunnelse knyttet til klager ivaretar sikkerheten rundt systemet, ved at de som frykter at de er utsatt for en innhentingsoperasjon kan ha tillitt til det tilsynsorganet konkluderer med, da det gis en forklaring på denne konklusjonen.

EOS-utvalget, tilstrekkelig uavhengig også til å utføre etterhåndskontroll?

Et ytterligere moment som kan være problematisk i møte med etterhåndskontrollen er at det er EOS-utvalget som skal utfører denne. Altså skal tilsynsorganet føre både tilsyn og etterhåndskontroll. Dette er samme løsning som den som ble anvendt i Sverige, og denne ble kritisert av EMD.²⁹⁹

²⁹⁶ EOS-kontrolloven § 15 første ledd annet punktum

²⁹⁷ Centrum för Rättvisa avsnitt 361

²⁹⁸ Stiftelsen Tinius' søksmål, saksnummer 10589-507, side 41

²⁹⁹ Centrum för Rättvisa avsnitt 364

Årsaken til at dette ble kritisert var fordi kontrollorganet som skal føre løpende kontroll, og dermed muligens har tatt vurderinger tidligere i en innhentingoperasjon nå står i fare for å måtte vurdere disse på nytt. Dette utgjør en interessekonflikt, og dette medfører at det ved enkeltindividers klage kan være mangel på objektivitet fra det organet som skal behandle klagen.

Funksjonen til EOS-utvalget med å føre løpende kontroll, medfører at de i saker der de tidligere har uttalt seg, kan ha en egeninteresse av å lande på samme konklusjon som de gjorde tidligere i operasjonens forløp. Altså der EOS-utvalget har ført løpende kontroll, og e-tjenesten har rettet seg etter dette, og en innhentingoperasjon fortsatt krenker retten til privatliv, kan utvalget ha en egeninteresse av at dette ikke påpekes. Grunnen til det er at formålet med den løpende kontrollen er å sikre at operasjonen er i tråd med regelverket, og hvis det er ført løpende kontroll og ikke oppdaget mangler, tilsier dette at utvalget ikke har utført tilstrekkelig tilsyn.

Faren for interessekonflikter og mangel på objektivitet når en klage fremmes av den som mistenker at han er blitt utsatt for en innhentingoperasjon må anses som en betydelig mangel i det norske regelverket. Selv om det foreligger gode sikkerhetsmekanismer både i forkant og under en innhentingoperasjon, er det også behov for at den enkeltes, og samfunnets interesser ivaretas også i etterkant av en innhentingoperasjon.

Dette er den samme konklusjon som stiftelsen Tinius lander på i sin stevning. Det uttales at «[i]følge EMD var den etterfølgende kontrollen i det svenske systemet også mangelfull fordi tilsynsmyndigheten har en dobbeltrolle, ved at den både førte tilsyn med etterretningstjenestens aktiviteter og gjennomførte etterfølgende kontroll på forespørsel fra enkeltpersoner. Også denne konklusjonen er overførbar til EOS-utvalgets rolle, som er gitt ansvar for både den løpende og den etterfølgende kontrollen. En slik ordning kan ifølge EMDs Storkammer lede til at tilsynsmyndigheten måtte vurdere sin egen tilsynsvirksomhet, noe som kan lede til interessekonflikter. Dette innebærer at det ikke finnes reelle kontrollmekanismer».³⁰⁰

³⁰⁰ Stiftelsen Tinius' søksmål, saksnummer 10589-507, side 41

Grunnen til at mangelfull etterhåndskontroll må anses som en betydelig mangel er fordi EMD stiller strenge krav til «end-to-end safeguards». Altså er det ikke tilstrekkelig at det foreligger gode sikkerhetsmekanismer på den ene enden av operasjonen om disse er mangelfulle på den andre enden.

For at de sikkerhetsmekanismer som gjør seg gjeldende i forkant og etterkant av en innhentingsoperasjon skal være effektive må de kunne etterprøves. Mangelen på effektiv etterhåndskontroll medfører derfor at potensielle mangler tidligere i prosessen ikke blir oppdaget.

Videre er etterhåndskontrollen særlig viktig med tanke på tillitten til e-tjenesten i møte med slike innhentingsoperasjoner. Som jeg tidligere har vært inne på er det mye hemmelighet og svært lite informasjon som offentligheten har tilgang på i møte med slike operasjoner. Behovet for en effektiv og objektiv etterhåndskontroll, kan derfor bidra til at befolkningen har tillitt til systemet, ved at de kan være sikre på at deres interesser ivaretas ved en klage.

I forkant av en operasjon er det krav til en særskilt advokat som skal ivareta «den enkeltes rettigheter og samfunnets interesser i saken», jf. etterretningstjenesteloven § 8-5. Det er derimot ikke et krav til at en særskilt advokat ivaretar interessene i møte med etterhåndskontrollen. Av den grunn vil det ikke være en advokat som har det som utelukkende oppgave å tale klagerens sak. I Storbritannia var løsningen i situasjoner der det ikke var offentlig høring knyttet til en klage, at et råd av tribunalet skulle føre saken på klagerens vegne, altså ivareta dennes interesser.³⁰¹

Det oppstilles ikke et *krav* til en særskilt advokat i etterhåndskontrollen av EMD, men siden EMD er positive til den britiske løsningen, ville en lignende løsning i norsk rett trolig medført en bedre etterhåndskontroll. Formålet med at det skal være noen som særskilt jobber for å ivareta den enkeltes interesser, gjør seg ikke mindre gjeldende i etterkant av en innhentingsoperasjon enn i forkant.

³⁰¹ Big Brothers Watch avsnitt 413

Dette henger sammen med at innhentet materiale kan lagres over en lengre periode. Det lengste tidsaspektet på lagring av materiale er 15 år, jf. etterretningstjenesteloven § 9-8 andre ledd. At data lagres i opptil 15 år, utgjør at inngrepet i retten til privatliv, strekker seg over et langt tidsaspekt, og at inngrepet derfor blir større gjennom forløpet av en innhentingsoperasjon.³⁰² Det må derfor foreligge tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som kan ivareta en god nok etterhåndskontroll av lovligheten til innhentingsoperasjonen, også der operasjonen er kommet til stadiet at det ikke aktivt innhentes data, men der dette er blitt lagret.

I den rettslige analysen som ble utført etter at de to avgjørelsene fra EMD ble avsagt, argumenteres det for at løsningen med sivilombudsmenn og muligheten for å føre saken for domstolen muligens kan veie opp for denne mangelen.³⁰³ Det pekes likevel på at «[h]ittil har denne muligheten i svært liten grad blitt benyttet».³⁰⁴

Løsningen med ombudsmenn og muligheten til å klage saken inn for rikskansleren ble ikke ansett som en god nok løsning på etterhåndskontroll, i Centrum för Rättvisa. Dette ble begrunnet nettopp med at denne løsningen var lite brukt.³⁰⁵

Det argumenteres i den rettslige analysen for at den norske lovgivningen åpner «for en mer nyansert praksis enn i Sverige».³⁰⁶ Hvorvidt denne påstanden stemmer eller ikke, er ikke særlig viktig, da det fortsatt ikke løser problemet med at disse alternativene er lite brukt. For at etterhåndskontrollen skal være nyttig for de som frykter at deres interesser er krenket, må det være enkelt å forstå hvordan det kan fremmes en klage til behandling.

Løsningen med ombudsmannen ble ikke godtatt som alternativ i Sverige og kan derfor ikke godtas i møte med norsk rett heller grunnet likheten i ordningen. Videre vil muligheten til å fremme en sak for domstolen, jf. tvl. § 22-1 være både tidskrevende og potensiell kostbar.³⁰⁷

³⁰² Centrum för Rättvisa avsnitt 372

³⁰³ Se tvisteloven § 22-1 som eksempel på at en sak potensielt kan føres for domstolen

³⁰⁴ Rettslig analyse side 18

³⁰⁵ Centrum för Rättvisa avsnitt 362

³⁰⁶ Rettslig analyse side 18

³⁰⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

En effektiv etterhåndskontroll forutsetter at enhver kan klage inn sin sak, altså kan ikke dette være avhengig av tid eller penger.³⁰⁸

Derfor, slik løsningen med etterhåndskontroll er etter norsk rett på nåværende tidspunkt, er denne mangelfull. Klagebehandling som utføres av tilsynsorganet oppfyller ikke kravet til objektivitet. Videre krever de alternative klagemetoder for mye ressurser, og er for lite brukt, til at disse kan anses å utgjøre gode alternativer til etterhåndskontrollen.

Som eksempel på at det er mulig med en god etterhåndskontroll peker EMD i Centrum för Rättvisa til britisk system.³⁰⁹ Dette medførte at EMD var strenge på dette punkt, både siden etterhåndskontroll har en viktig funksjon med å ivareta interessene til enkeltindivider under lagringen, og eventuelt bruk av innhentet materiale. I tillegg påpekes det, at det er mulig å sikre etterhåndskontroll på en god måte.

I Storbritannia var det et eget tribunal som utførte etterhåndskontroll. Klagene ble direkte fremmet for dette tribunalet. EMD trekker frem dette som en god løsning, siden tribunalet er uavhengig fra alle andre vurderinger som er foretatt før klagen ble fremmet.

Siden EMD konstaterte mangel i svensk rett på dette punkt, legges det til grunn at norsk rett ikke stiller seg annerledes, siden disse to systemene har en tilnærmet lik løsning på etterhåndskontrollen.

Konklusjonen på dette punkt blir derfor at norsk rett ikke oppfyller de krav til etterhåndskontroll som EMD oppstiller. Dette må derfor anses som en betydelig mangel i det norske lovverket. I det følgende skal jeg vurdere om dette punkt medfører at reglene om tilrettelagt innhenting samlet sett utgjør en krenkelse av EMK artikkel 8 eller om de øvrige syv momenter veier opp for denne mangelen.

³⁰⁸ Centrum för Rättvisa avsnitt 355

³⁰⁹ Centrum för Rättvisa avsnitt 363

6.4 Proporsjonalitetsvurderingen

Innledningsvis var jeg inne på formålene med reglene om tilrettelagt innhenting. Her ble det pekt på betydningen av å være selvstendig, i den forstand at e-tjenesten kan innhente egen etterretning uten å være avhengig av samarbeidsstater. Videre behovet for å beskytte grunnleggende samfunnsinteresser i møte med en digitalisert verden.

Det problematiske med tilrettelagt innhenting er det inngrepet det utgjør i retten til privatliv. Slik systemet fungerer vil store mengder innenriksdata lagres, og selv om det forsøkes å filtrere ut dette, er realiteten at det vil være umulig å filtrere ut *all* innenriksdata. Dette innebærer blant annet en fare for nedkjølingseffekt, og er også problematisk grunnet faren for formålsutglidning.

Likevel blir det av EMD, i begge de to dommene jeg analyserte i kapittel 5, blitt konkludert med at bulkinnhentingsregimer er nødvendig slik situasjonen er i dag, da det ikke finnes noen fullgode alternativer på nåværende tidspunkt.³¹⁰

For at bulkinnhentingsregimer skal aksepteres på tross av de inngrep de gjør i privatlivet, krever EMD at det foreligger tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer som kompenserer for det store inngrepet dette medfører, og på den måten ivaretar tillitten til systemet. I denne sammenheng trekker EMD inn de åtte vurderingsmomentene som jeg har sett på.

Slik det norske regelverket er utformet, oppfyller dette i all hovedsak, de krav som stilles i de første syv momentene. Men slik norsk rett nå er utformet, er denne problematisk i møte med de krav som stilles til etterhåndskontroll. Det er derfor de krav som stilles til etterhåndskontroll, som potensielt kan medføre at norsk rett ikke oppfyller de krav til proporsjonalitet som EMD stiller.

Spørsmålet i denne sammenheng er derfor om mangel på effektiv og objektiv etterhåndskontroll, alene kan medføre at norsk rett krenker retten til privatliv i EMK artikkel 8.

³¹⁰ Centrum för Rättvisa avsnitt 365 og Big Brothers Watch avsnitt 424

Det problematiske er at det er EOS-utvalget som foretar klagebehandling i etterkant av en innhentingsoperasjon. Å behandle en klage etter at de allerede potensielt har vurdert lovligheten av en innhentingsoperasjon medfører at utvalget ikke lenger er objektive og dermed også står i en interessekonflikt.

Siden innhentet materiale kan lagres i en periode opp imot 15 år kan det argumenteres for at selve lagringen er like inngripende som innhenting, om ikke mer. At det foreligger gode sikkerhetsmekanismer i forkant og under en operasjon er viktig med tanke på hvor inngripende selve innhenting er. Likevel siden lagringen også er såpass inngripende, *må* det foreligge en objektiv og presis etterhåndskontroll.

Slik regelverket er utformet, foreligger det ikke tilstrekkelig etterhåndskontroll der individer eller organisasjoner som frykter at de har vært utsatt for en innhentingsoperasjon, kan ha tillitt til at deres interesser ivaretas tilstrekkelig ved klagebehandlingen.

Som EMD også trakk inn i sine vurderinger knyttet til svensk rett, er det mulig å ha en effektiv etterhåndskontroll, eksempelvis slik den er utformet i Storbritannia.³¹¹ Det er derfor ikke slik at mangelen på effektiv etterhåndskontroll, har sitt grunnlag i at dette ikke lar seg gjennomføre i praksis.

Jeg har tidligere påpekt at EMD godtar bulkinnhentingsregimer på generelt grunnlag, men at de da krever at det foreligger tilstrekkelige «end-to-end safeguards». Mangelen på effektiv etterhåndskontroll medfører at de krav som stilles til sikkerhet, kun er oppfylt i den ene enden. Altså medfører mangel på effektiv etterhåndskontroll at kravet som stilles til «end-to-end safeguards» ikke er oppfylt.

Samlet sett trekker disse momentene i retning av at det norske regelverket, ikke er i tråd med de krav til proporsjonalitet som EMD oppstiller. At det ikke foreligger effektiv etterhåndskontroll i norsk rett må legges til grunn som en betydningsfull mangel, grunnet at dette medfører mangel på «end-to-end safeguards».

³¹¹ Centrum för Rättvisa avsnitt 363

For at kravet til effektiv etterhåndskontroll skal oppfylles, kreves det at et uavhengig organ behandler de klager som blir fremmet. Siden EOS-utvalgets fremste oppgave er å føre tilsyn med e-tjenesten, oppfyller ikke dette organet kravet til uavhengighet i denne sammenheng.

Konklusjonen på avhandlingens overordnede problemstilling, blir derfor at *etterretningstjenestelovens regler om tilrettelagt innhenting krenker retten til privatliv i EMK artikkel 8.*

Kapittel 7: Forslag til endringer i regelverket, og avrundning på avhandlingen

7.1 Innledning

I dette avsluttende kapitlet ønsker jeg å reflektere litt rundt hvilke endringer som kan foretas for at norsk rett kan sikre en uavhengig og effektiv etterhåndskontroll. Formålet med disse refleksjonene er å se på hvilke muligheter som foreligger for å løse opp i denne mangelen, ikke gi et konkret svar på hvordan dette skal gjøres.

Videre helt til sist ønsker jeg å foreta noen avsluttende refleksjoner. Disse refleksjonene knytter seg til spørsmålet om tilrettelagt innhenting gjør oss som samfunn mer sårbare, eller om de fører til at nasjonal sikkerhet styrkes. Dette er heller ikke refleksjoner som gir et konkret svar, men som er en rettspolitisk betraktning, der jeg reflekterer litt rundt de erfaringer jeg har gjort meg innenfor temaet under mitt arbeid med avhandlingen.

7.2 Hvilke endringer må til for å sikre en objektiv og effektiv etterhåndskontroll?

Som jeg har vært inne på tidligere i avhandlingen er det etterhåndskontrollen som er mangelfull i norsk rett, etter de krav som EMD oppstiller. Reglene knyttet til tilrettelagt innhenting inneholder derfor allerede en rekke sikkerhetsmekanismer som forsøker å ivareta retten til privatliv. Det kreves derfor ikke en totalrevidering av regelverket, men noen endringer må på plass.

Det finnes trolig flere gode løsninger på hvordan en objektiv og effektiv etterhåndskontroll kan sikres i det norske regelverket. Siden EMD bruker det britiske systemet som et godt eksempel, velger jeg også å gjøre det samme. Jeg kommer derfor til å peke på de endringer som må foretas i norsk rett for å få en etterhåndskontroll som vil ligne den britiske.

I britisk rett var det *The Investigatory Powers Tribunal* (IPT) som behandlet klager som knyttet seg til etterhåndskontroll. Det ble av EMD påpekt at det var positivt at enhver, så lenge de mistenkte at de hadde blitt utsatt for en innhentingsoperasjon, kunne fremme en klage for IPT, som deretter kunne iverksette behandling av klagen.³¹² Det var altså ikke krav til å bevise at vedkommende *faktisk* var utsatt for en innhentingsoperasjon.

Videre er muligheten til å fremme en klage for kontrollorganet som har til hovedoppgave å føre løpende kontroll, ikke en tilstrekkelig løsning på etterhåndskontrollen.³¹³ Derimot, er muligheten til å fremme en klage til et organ som på forhånd ikke har vært involvert i en innhentingsoperasjon, ansett som en god løsning.³¹⁴

For at norsk rett skal ivareta kravet til en god etterhåndskontroll, må det derfor anvendes et selvstendig organ som ikke er involvert i et tidligere stadium under en innhentingsoperasjon. Dette organets eneste tilknytning til innhentingsoperasjoner må være å behandle klager av de som mistenker at de har vært utsatt for en slik operasjon, altså å utføre etterhåndskontroll.

Det kreves videre at dette organet har kompetanse til å avsi begrunnede, og juridisk bindende avgjørelser. Dette bunner i behovet for å rette opp i eventuelle feil som foreligger, da etterhåndskontrollen ikke er reell om den kun kan påpeke feil – altså ikke rette opp i disse.

Spørsmålet blir derfor hvorvidt det allerede finnes et slikt organ i Norge, eller om det er behov for å opprette et nytt organ, som kun involveres i etterhåndskontrollen av innhentingsoperasjoner.

I Sverige ble det etter at EMD avsa storkammeravgjørelsen gjort endringer for å sikre en uavhengig og effektiv etterhåndskontroll. Kort oppsummeres endringen slik: «Ett nytt beslutandeorgan inrättas i Statens inspektion för försvarsunderrättelseverksamheten som på begäran av en enskild ska kontrollera om den enskildes meddelanden har inhämtats och, om

³¹² Big Brothers Watch avsnitt 413

³¹³ Centrum för Rättvisa avsnitt 364

³¹⁴ Big Brothers Watch avsnitt 415

så är fallet, huruvida det har skett i enlighet med lag samt lämna en motiverad underrättelse om att kontrollen har utförts».³¹⁵

Måten Sverige løser etterhåndskontrollen på, er at de oppretter et nytt organ som ved en klage fra en enkeltperson, skal vurdere hvorvidt vedkommende er utsatt for en innhentingsoveroperasjon, deretter om denne operasjonen har vært lovlig. Til slutt skal det gis en begrunnelse til den som fremmet klagen.

Denne løsningen vil være mulig også i Norge. Det kreves da at dette organet gis tilstrekkelige hjemler til å motta dokumentasjon fra etterretningstjenesten, slik at det kan foreta sine vurderinger og deretter komme med en begrunnelse overfor klager.

Et alternativ til å opprette et eget organ, kan være å bruke domstolen. Siden det allerede foreligger en ordning med en særskilt advokat som skal ivareta «den enkeltes rettigheter og samfunnets interesser», ville en tilsvarende rolle for etterhåndskontrollen vært mulig.³¹⁶ Det potensielle problemet med denne løsningen, vil være en større belastning for domstolen, i tillegg til at en slik løsning vil kreve større økonomiske ressurser.

Hva som er den beste løsningen skal jeg ikke ytterligere vurdere. Det som er meningen med å sette opp disse to alternativene er å vise at det finnes løsninger som kan sikre en uavhengig og effektiv etterhåndskontroll. Deretter får det være opp til lovgiver hvordan dette konkret skal løses, da dette må komme av en politisk prosess.

Videre kan det påpekes at denne ordningen bør komme i stand så fort som mulig, siden dagens løsning krenker retten til privatliv i EMK artikkel 8. Det er derfor et pressende behov for å finne en løsning som sikrer en effektiv og objektiv etterhåndskontroll. Men hva som økonomisk og praktisk sett, blir den beste løsningen, er det opp til lovgiver å vurdere.

³¹⁵ Lagrådsremiss side 1, <https://www.regeringen.se/contentassets/2028c20a3afc4409a6ca217283c23d4d/signalspaning-i-forsvarsunderrattelseverksamhet-atgarder-med-anledning-av-europadomstolens-dom.pdf>

³¹⁶ Se etterretningstjenesteloven § 8-5 første ledd

7.3. Rettspolitiske betraktninger

Innledningsvis i dette kapitlet nevnte jeg at jeg skulle luften mine tanker rundt hvorvidt tilrettelagt innhenting bidrar til å trygge den nasjonale sikkerheten, eller om det gjør oss som samfunn mer sårbare.

Grunnen til at jeg ønsker å luften mine tanker om denne problematikken er fordi jeg gjennom avhandlingen utelukkende har vurdert de lege lata. Disse vurderingene knytter seg derfor kun til det rent juridiske, fremfor å stille spørsmål knyttet til regelverket. Årsaken til at jeg valgte å skrive min masteravhandling om dette temaet, er fordi jeg synes problematikken er særlig aktuell, ved at det ser ut til at mer og mer regelverk åpner opp for innhenting av data.³¹⁷

Det jeg med denne betraktningen ønsker å problematisere er hvorvidt slikt regelverk *burde* innføres, og om det faktisk oppnår de formål som ligger bak regelverket. I tillegg har debatten rundt problematikken vært relativt beskjeden, holdt opp mot hvor inngripende disse reglene er i den enkeltes privatliv.

Hensynet til nedkjølingseffekten og formålsutglidning tilsier at debatten ikke bør stilne selv etter at regelverket er satt i kraft. Tvert imot bør debatten knyttet til systemet i aller høyeste grad fortsatt tas. Det bør stilles spørsmål til behovet for systemet og den reelle funksjonen disse innhentingsoperasjonene har.

Grunnet behovet for hemmelighold og mangel på faktisk data som kan si noe om hvor mange terrorangrep og lignende som er avverget bør debatten i aller høyeste grad foregå fortsatt. I tillegg bør det så langt det lar seg gjøre deles mest mulig informasjon med offentligheten for å ivareta tillitten mellom stat og borger.

Videre kan det pekes på at vi samler store mengder data på én database hos en offentlig etat. I media skrives det ofte om at offentlige etater utsettes for hackerangrep.³¹⁸ I denne forlengelse

³¹⁷ Se eksempelvis PSTs mulige hjemmel til å bruke data som ligger åpent tilgjengelig på nett, Prop. 31 L (2022-2023)

³¹⁸ Som eksempel: *Stortinget utsatt for IT-angrep*, <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Nyhetsarkiv/Pressemeldingsarkiv/2020-2021/stortinget-utsatt-for-it-angrep/> og *IT-angrep mot Stortinget*, <https://stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Nyhetsarkiv/Pressemeldingsarkiv/2019-2020/it-angrep-mot-stortinget/>

har sjefen for NSM ytret bekymring knyttet til sikkerheten rundt forsvarrets dataservere under sikkerhetskonferansen i 2023.³¹⁹

Disse betraktningene inneholder ikke en særlig juridisk dimensjon, men kan bidra til å peke på hvorfor det bør utvises varsomhet knyttet til innføringen av slikt regelverk. Som jeg var inne på i kapittel 4 er det norske samfunnet basert på tillitt mellom stat og borger. Inngrep som i for stor grad griper inn i borgernes privatliv, kan på sikt svekke denne tillitten.

7.4 Avsluttende

Helt avslutningsvis har jeg lyst til å nok en gang peke på at de problemstillinger avhandlingen reiser, er komplekse og vanskelige. Når jeg i min avhandling har presentert en løsning, er ikke dette den eneste korrekte løsningen.

Som jeg har vært inne på er det svært vanskelig å foreta vurderinger knyttet opp til ulike interesser og vekte disse mot hverandre. Den måten jeg har foretatt vektingen på, er ikke nødvendigvis riktig, men formålet har heller ikke vært å komme med tydelige svar. Tanken med å skrive avhandlingen har vært å belyse et vanskelig og komplekst tema, og så langt det har latt seg gjøre, forsøke å gi svar på problemstillingene som har blitt reist.

Ytterligere har jeg kun fokusert på EMK og dermed EMD sine vurderinger. Det finnes ytterligere regelverk som kan ha en annen løsning. Som jeg så vidt nevnte i tidligere i avhandlingen, foreligger det for eksempel andre krav knyttet til EU-regelverket.³²⁰ Siden jeg kun har fokusert på EMK, har jeg kun trukket frem de problematiske sidene ved tilrettelagt innhenting, som gjør seg gjeldende etter de krav som stilles her. Likevel foreligger det ytterligere problematiske sider ved regelverket, som jeg av den grunn ikke har behandlet.

Helt til slutt vil jeg trekke frem at siste ord neppe er sagt i møte med denne problemstillingen. Mot slutten av mitt arbeid med denne avhandlingen stevnet stiftelsen Tinius staten, der det blant annet legges ned påstand om at etterretningstjenesten er «uberettiget til å innhente, lagre

³¹⁹ Sikkerhetskonferansen, rundt minutt 16, https://www.youtube.com/watch?v=Ci7AYFoZnqQ&ab_channel=Nasjonalsikkerhetsmyndighet

³²⁰ Se EUs charter of Fundamental Rights artikkel 7

og behandle elektronisk kommunikasjon ved tilrettelagt innhenting etter kapittel 7 i Lov om Etterretningstjenesten».³²¹

Denne stevningen, og eventuelt påfølgende rettssak vil problematisere hvorvidt reglene om tilrettelagt innhenting krenker retten til privatliv. Problematikken er derfor fortsatt høyst aktuell selv om regelverket allerede er innført, og det nå arbeides med å et system som kan utføre innhenting.³²² Hva som skjer videre er uvisst, men forhåpentligvis fører kritikken til at etterhåndskontrollen endres slik at den kan utføres i tråd med de krav EMD stiller.

³²¹ Stiftelsen Tinius' søksmål, saksnummer 10589-507 side 4

³²² Prop. 1 S (2023-2024) side 100

Litteraturliste

Norske lover

Lov 19. juni 2020 nr. 77 om etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven)

Lov 20. mars 1998 nr. 11 om Etterretningstjenesten (opphevet)

Kongeriket Norges Grunnlov, Lov 17. mai 1814

Lov 3. februar 1995 nr. 7 om kontroll med etterretnings- overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS- kontrolloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)

Norske lovforarbeider, offentlige utredninger, forskrifter og instruks

Prop. 31 L
(2022-2023) Endringer i politiloven og politiregisterloven (PSTs etterretningsoppdrag og bruk av åpent tilgjengelig informasjon)

Prop. 92 L
(2022-2023) Endringer i etterretningstjenesteloven (domstolskontroll i saker om kildevern og ved speiling av kommunikasjonsstrømmer mv.)

Prop. 80 L
(2019-2020) Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven)

Innst. 164 S
(2016-2017) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen

Prop. 1 S (2023-2024)	Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak), for budsjettåret 2024
Innst. 402 L (2022-2023)	Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Endringer i etterretningstjenesteloven (domstolskontroll i saker om kildevern og ved speiling av kommunikasjonsstrømmer mv.)
Innst. 357 L (2019-2020)	Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Lov om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven)
NOU 2022:11	Ditt personvern – vårt felles ansvar. Tid for en personvernpolitikk

Norske rettsavgjørelser

HR-2018-104-A

HR-2014-2288-A

HR-2015-206-A

Rapporter og stortingsdokumenter

Digitalt grenseforsvar, Lysne II-utvalget	Digitalt grenseforsvar (DGF) Lysne II-utvalgets utredning til forsvarsdepartementet, 26. august 2016, ledet av Olav Lysne
Dokument nr. 16 (2015-2016)	Rapport til Stortinget fra Evalueringsutvalget for Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget), «En evaluering av EOS-utvalgets kontroll med etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste»

Rettslig analyse	Etterretningstjenesteloven kapittel 7 og 8 i lys av dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstolen og EU-domstolen, 26. august 2021, https://www.regjeringen.no/contentassets/054e4ac7519e42c79de8a01229a3c4b4/2021-08-24-helhetlig-rettslig-analyse-ti.pdf (sjekket 17. april 2024)
Dokument nr. 20 (2005-2006)	Årsmelding til Stortinget fra Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget)
Kongelig resolusjon	Delt ikraftsetting av lov 19. juni 2020 nr. 77 om Etterretningstjenesten (etterretningstjenesteloven). Fastsettelse av instruks som innskrenker sjefen for Etterretningstjenestens beslutningskompetanse etter loven § 7-3, 2. september 2022, saksnummer 16/2773
Høringsnotat	Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten, Forsvarsdepartementet, 12. november 2018

Internasjonale konvensjoner og direktiv

EMK	Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter [Offisiell norsk oversettelse]
Wienkonvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23 mai 1969
Datalagringsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/24/EF av 15. mars 2006 om lagring av data som fremkommer ved bruk av offentlig elektronisk kommunikasjon, samt endring i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/58/EF

EU Charter of Fundamental Rights Den Europeiske unions pakt om de grunnleggende rettigheter, 7. desember 2000

Personvernforordningen Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [PVF, GDPR]

Rettspraksis fra EMD

Centrum för rättvisa *Centrum för rättvisa mot Sverige* [GC],
ECHR:2021:0525JUD003525208, 25. mai 2021

Big Brothers Watch *Big Brothers Watch and Others mot UK* [GC],
ECHR:2021:0525JUD005817013, 25. mai 2021

Centrum för rättvisa
kammeravgjørelsen *Centrum för rättvisa mot Sverige* [J],
ECHR:2018:0619JUD003525208, 19. juni 2018

Golder mot UK
februar 1975 *Golder mot UK* [P], ECHR:1975:0221JUD000445170, 21.

Wieder og Guarnieri
mot UK *Wieder og Guarnieri mot UK* [J],
ECHR:2023:0912JUD006437116, 12. september 2023

Jehovah's Witnesses of
Moscow mfl. mot
Russland *Jehovah's Witnesses of Moscow mfl. mot Russland* [J],
ECHR:2010:0610JUD000030202, 10. Juni 2010

Weber og Saravia
mot Tyskland *Weber og Saravia mot Tyskland* [J],
ECHR:2006:0629DEC005493400, 29. juni 2006

Petri Sallinen og
andre mot Finland

Petri Sallinen og andre mot Finland [J],
ECHR:2005:0927JUD005088299, 17. september 2005

Rettspraksis fra øvrige internasjonale domstoler

Privacy International
mot Secretary of State
for Foreign and
Commonwealth Affairs
mfl.

Privacy International mot Secretary of State for
Foreign and Commonwealth Affairs mfl. [GC],
C- 623/17, EU:C:2020:790, 6. oktober 2020

La Quadrature du Net mfl.
mot Premier ministre mfl.

La Quadrature du Net mfl. mot Premier ministre mfl. [GC],
EU:C:2020:791, 6. oktober 2020

Digital Rights Ireland Ltd
mot Minister for
Communications mfl.

Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications
mfl. [GC], EU:C:2014:238, 8. april 2014

Juridisk litteratur

Henning Jakobsen

Karnov lovkommentar: EOS-kontrolloven 1995, note 2 til § 5,
Lovdata.no, https://lovdata.no/pro/COMMENT/karnov/1995-02-03-7_p5.n2/1, (hentet 17. april 2024)

Emmanouil Billis,
Nandor Knust og
Jon Petter Rui

Emmanouil Billis, Nandor Knust og Jon Petter Rui (red.),
Proportionality in Crime Control and Criminal Justice, Hart
Publishing, 2021, ISBN:978-1-50993-860-5

Jan-R. Sieckmann

Jan-R. Sieckmann (red.), *Proportionality, Balancing, and Rights
– Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, The Law and
Philosophy Library, 2021, ISBN: 978-3-030-77320-5

- Jørgen Aall Jørgen Aall, *EMKs betydning etter grunnlovsrevisjonen*, Tidsskrift for Rettsvitenskap vol. 130, utgave 5, ISSN:0040-7143, 13. desember 2017
- Jon Petter Rui Jon Petter Rui, *Komparasjon innen strafferett og -prosess*, Tidsskrift for strafferett vol. 9, utgave 4, ISSN:0809-9537-2009-04-02, 15. desember 2009
- Frode Elgesem Frode Elgesem, *Tolking av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, Jussens Venner vol. 56, s. 441-487, ISSN:1504-3126-2021-06-01, 17. desember 2021
- Christian Børge Sørensen Christian Børge Sørensen, *Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet*, Tidsskrift for Rettsvitenskap vol. 127, utgave 3-4, ISSN 0040-7143, 3. desember 2014
- Morten Holmboe Morten Holmboe, *Etterretning og avvergingsplikt*, Tidsskrift for strafferett, Vol. 19, utgave 1, ISSN:0809-9537-2019-01-01, 26. april 2019
- Martin Hennig Martin Hennig, *Ulovlig påvirkningsvirksomhet i samarbeid med fremmed etterretningstjeneste*, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, nr. 3/2021
- Tor-Inge Harbo Tor-Inge Harbo, *Forholdsmessighet*, Jussens Venner, vol. 56, utgave 5, ISSN:1504-3126-2021-05-01, 7. desember 2021

- Jon Petter Rui Jon Petter Rui, *Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovfestede menneskerettigheter*, Lov og Rett, vol. 57, 3/2018, ISSN:1504-3061-2018-03-01, 12. april 2018
- Jon Wessel-Aas Jon Wessel-Aas, *Krenker svensk overvåkingslov norske borgeres menneskerettigheter?*, Kritisk Juss, vol. 35, utgave 1, ISSN:2387-4546-2009-01-08, 17. mars 2009
- Hans Petter Graver Hans Petter Graver, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 121, utgave 2, ISSN:1504-3096-2008-02-01, 25. august 2008
- Rob van Gestel og
Hans-W. Micklitz Rob van Gestel og Hans-W. Micklitz, *Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?*, EUI Working Papers, 2011/05,
https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16825/LAW_2011_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y, utgitt i 2011
- Terry Hutchinson og
Nigel James Duncan Terry Hutchinson og Nigel James Duncan, *Defining and Describing What we do: Doctrinal Legal Research*, Deakin Law Review, <https://www.researchgate.net/publication/304034393>, vol. 17, oktober 2012

Artikler

- Elisabet Haugsbø
og Inge Harkestad «Masseovervåking uten sidestykke», NRK.no, 18. oktober 2022,
<https://www.nrk.no/ytring/masseovervakning-uten-sidestykke-1.16133987> (sjekket 16. april 2024)

- Nicholas Confessore «Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far», nytimes.com, 04. april 2018, <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html> (sjekket 17. April 2024)
- Selma Joner «Anmeldte staten for menneskehandel – får prestisjepris», tv2.no, 17. januar 2024, <https://www.tv2.no/nyheter/innenriks/anmeldte-staten-for-menneskehandel-far-prestisjepris/16364077/> (sjekket 17. april 2024)
- Yasmin Sfrintzeris
Sollerman og Markus
Tobiassen «PST: Har stanset flere terrorangrep mot Norge de siste månedene», vg.no, 29. juli 2023, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/y6pPVg/pst-har-stanset-flere-terrorangrep-mot-norge-de-siste-maanedene> (sjekket 17. april 2024)

Øvrige kilder

- Stiftelsen
Tinius' søksmål Stiftelsen Tinius' søksmål mot staten v/Forsvarsdepartementet, Oslo, 6. mars 2024, saksnummer 10589-507, dokumentnummer 6DZLNQ6CFDSAV-1000408783-127
- Guro Flinterud mfl. Guro Flinterud mfl., *Bak den norske overvåkingsdebatten*, Norsk statsvitenskapelig tidsskrift, årgang 36, 1/2020, s. 4-21, ISSN:1504-2936-2020-01-01
- Masteroppgave Juliussen, Bjørn Aslak: *Tilrettelagt innhenting av grenseoverskridende elektronisk kommunikasjon og forholdet til utvalgte overordnede rettighetsnormer*, Stor masteroppgave i rettsvitenskap våren 2021
- John Adams Gjengivelse fra goodreads.com, sitert fra: *The works of John Adams*,: *Second President of the United States*, <https://www.goodreads.com/quotes/1244732-remember->

[democracy-never-lasts-long-it-soon-wastes-exhausts-and](#)

(sjekket 15. april 2024)

Samfunnsspeilet 2/2016	<i>Samfunnsspeilet</i> , Tidsskrift for levekår og livsstil, Statistisk sentralbyrå, ISSN 0809-4713, 15. juni 2016
Personvernsundersøkelsen 2019/2020	<i>Om befolkningens holdninger til personvern og kjennskap til det nye personvernregelverket</i> , Datatilsynet, 2019/2020
Stortinget utsatt for IT-angrep	<i>Stortinget utsatt for IT-angrep</i> , stortinget.no, 10. mars 2021, https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Nyhetsarkiv/Pressemeldingsarkiv/2020-2021/stortinget-utsatt-for-it-angrep/ (sjekket 17. april 2024)
IT-angrep mot Stortinget	<i>IT-angrep mot Stortinget</i> , stortinget.no, 01. september 2020, https://stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Nyhetsarkiv/Pressemeldingsarkiv/2019-2020/it-angrep-mot-stortinget/ (sjekket 17. april 2024)
Sikkerhetskonferansen	Situasjonsbildet med EOS-tjenestene, 05. april 2023, https://www.youtube.com/watch?v=Cl7AYFoZnqQ&ab_channel=Nasjonalsikkerhetsmyndighet (sjekket 17. april 2024)
Spørsmål og svar om EOS-utvalget	Under spørsmålet <i>Hva kontrollerer utvalget ikke?</i> , https://eos-utvalget.no/sporsmal-og-svar-om-eos-utvalget/ (sjekket 17. april 2024)
Om muligheten til å klage og varsle til EOS-utvalget	Under overskiften <i>Behandling av klager</i> , https://eos-utvalget.no/hjem/klage-varsle/ (sjekket 17. april 2024)

Lagrådsremiss	<p>Signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet – åtgärder med anledning av Europadomstolens dom, 29. februar 2024,</p> <p>https://www.regeringen.se/contentassets/2028c20a3afc4409a6ca217283c23d4d/signalspaning-i-forsvarsunderrattelseverksamhet--atgarder-med-anledning-av-europadomstolens-dom.pdf (sjekket 17. april 2024)</p>
Om etterretningstjenesten	<p>Under informasjon etterretningstjenestens formål og under overskriften «Norges utenlandsetterretningstjeneste»,</p> <p>https://www.etterretningstjenesten.no/om-oss/om-etterretningstjenesten (sjekket 22. april 2024)</p>
EOS-utvalgets særskilte melding til Stortinget	<p>«Særskilt melding til Stortinget om rettsgrunnlaget for Etterretningstjenestens overvåkingsvirksomhet», EOS-utvalget, 17. juni 2016</p>

