



Uit

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## Krever menneskerettighetene kriminalisering?

*En analyse av om statene må kriminalisere inngripende atferd i den enkeltes privatliv for å oppfylle sine forpliktelser etter EMK artikkel 8*

—  
**Erik Iversen**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2015*

*Antall ord i oppgaven: 15 448*





## Innholdsfortegnelse

<b>1 Innledning</b> .....	<b>3</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Metode.....	4
1.3 Videre fremstilling av oppgaven .....	8
<b>2 Om EMK artikkel 8 og sentrale begreper</b> .....	<b>9</b>
2.1 Innledning.....	9
2.2 Negative og positive plikter .....	9
2.3 Forholdet til EMK artikkel 13 .....	11
2.4 Statens skjønnsmargin.....	14
<b>3 En oversikt over de relevante EMD-avgjørelsene</b> .....	<b>16</b>
3.1 X og Y mot Nederland .....	16
3.2 M.C. mot Bulgaria.....	19
3.3 Söderman mot Sverige .....	20
3.4 Köpke mot Tyskland .....	22
3.5 K.U. mot Finland.....	24
3.6 A mot Kroatia.....	25
3.7 Remetin mot Kroatia .....	26
3.8 Remetin (No. 2) mot Kroatia.....	27
<b>4 Hva kan utledes av EMDs praksis?</b> .....	<b>28</b>
4.1 EMDs fremgangsmåte .....	28
4.2 EMDs definisjon av kriminalisering og hensynet til effektivitet .....	29
4.3 Inngrepet må være av en slik art at artikkel 8 er anvendelig.....	30
4.4 Staten må ha et «adequate legal framework» som gir tilstrekkelig beskyttelse – men når krever dette straffebestemmelser? .....	32
4.4.1 Utviklingen frem til kriteriet «adequate legal framework» .....	32
4.4.2 Er det et krav at saken må omhandle et sårbart individ – en «vulnerable individual»? .....	34
4.4.3 Handlingens alvorlighet – “grave acts” – som moment i vurderingen.....	36
4.4.4 Valg av regulering på nasjonalt nivå som moment i vurderingen .....	39
4.4.5 Internasjonal regulering som moment i vurderingen.....	40
<b>5 Konklusjon</b> .....	<b>43</b>
<b>6 Avsluttende refleksjoner</b> .....	<b>45</b>
<b>Litteraturliste</b> .....	<b>47</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne masteroppgaven er i hvilken grad statenes positive plikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 innebærer at statene har plikt til å gjøre private personers inngrep i den enkeltes privatliv straffbare etter intern rett.

Jeg har valgt å skrive om dette temaet fordi det ligger i skjæringspunktet mellom menneskerettigheter og strafferett, to rettsområder jeg er særlig interessert i. Det reiser et interessant spørsmål: Hvor går grensene for hva statene kan pålegges å gjøre i sin interne strafferett? I økende grad internasjonaliseres retten. Gjennom overnasjonale samarbeid har de europeiske statene samordnet og harmonisert sin rett, og rettsreglene er relativt like fra land til land. Andre internasjonale konvensjoner og samarbeid på tvers av landegrensene har også bidratt til denne utviklingen.

På europeisk nivå har utviklingen gått lengst på rettsområder der retten kan samordnes for å forenkle for næringsliv og forbrukere, for et eksempel gjennom EU-systemet. På strafferettens område er samordningen ikke kommet like langt, og hensynet til forbrukere og næringsliv har ikke samme betydning. Gjennom sin tolkning av EMK kan derimot Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) i Strasbourg legge ned grunnsteiner og minstestandarder for europeiske lands interne strafferett. Denne rettsutviklingen er i motsetning til den rettsutvikling som skjer gjennom for eksempel EU-samarbeidet domstolsskapt og skjer ikke gjennom demokratiske vedtak forankret i medlemsstatene. Spørsmålet er: Har EMD i sin rettspraksis nedfelt slike minstestandarder, og hvilke kriterier legger EMD i så fall til grunn hvis de kommer til den konklusjonen?

I denne oppgaven vil jeg ta for meg EMK artikkel 8, som har følgende ordlyd:

*"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*

*2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society*

*in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."*

Artikkel 8 gir den enkelte rett til respekt for hans eller hennes privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. Videre gir EMK artikkel 13 den enkelte rett til et effektivt rettsmiddel ("effective remedy") mot brudd på konvensjonen. Kan dette gi en stat ansvar for å reagere strafferettslig mot handlinger som tredjepersoner foretar seg, og i hvilke tilfeller slår EMD fast at dette må skje?

Det relevante spørsmålet, som også er hovedproblemstillingen i denne oppgaven, er da:

«Hvilke momenter er relevante for EMD når den avgjør om retten til effektiv beskyttelse i EMK artikkel 8 krever at den enkelte stat må kriminalisere atferd som har en inngripende virkning i den enkeltes privatliv?»

Kan disse momentene så ha betydning for norsk rett og hvilke handlinger norske myndigheter har valgt å kriminalisere? Våren 2014 ble det også vedtatt en ny grunnlovsbestemmelse som gir den enkelte et vern som ligner sterkt på det vernet som gis i EMK artikkel 8. Jeg gjør noen refleksjoner om dette i kapittel 6 i oppgaven.

## 1.2 Metode

I denne oppgaven vil det være den metode som EMD anvender i sin tolkning av EMK som legges til grunn. Det er derfor flere særskilte metodiske spørsmål som er aktuelle i denne oppgaven: Er det noen spesielle tolkningsprinsipper som gjør seg gjeldende? Hvilken rettskildemessig vekt har ulike typer av avgjørelser? Er det noe spesielt med utvalget av avgjørelser som benyttes i oppgaven?

Oppgaven dreier seg om forståelsen av en internasjonal rettskilde, nemlig EMK. Konvensjonen har en tilknyttet domstol, EMD, med sete i Strasbourg. Det er EMD som har

ansvaret for å tolke og utfylle innholdet i EMK.<sup>1</sup> Samtidig krever artikkel 1 at statene må sikre at alle kan nyte konvensjonsrettighetene, og alle medlemsstater har inkorporert konvensjonen i sin interne rett.<sup>2</sup> I praksis har også nasjonale domstoler i stor grad lagt til grunn den forståelsen av EMK som EMD har lagt til grunn. Dersom EMD ikke har foretatt en presisering av hvordan EMK skal forstås i et konkret tilfelle, må likevel nasjonale domstoler foreta en tolkning av konvensjonen, selv om dette kan innebære at ulike nasjonale domstoler tolker konvensjonen ulikt.<sup>3</sup> På det feltet denne oppgaven dreier seg om, er det EMDs praksis som har bidratt til å presisere innholdet i rettsregelen.

Hvilken metode legger EMD til grunn for hvordan de tolker EMK? I *Sergey Zolotukhin mot Russland* konkluderte domstolen med at konvensjonens bestemmelser må tolkes «... in the light of their object and purpose and also in accordance with the principle of effectiveness ...»,<sup>4</sup> en formulering som ligner den som legges til grunn i Wien-konvensjonen om traktattolkning av 1969. I *Tyrer mot Storbritannia* (avgjørelse av 25. april 1978) slo domstolen fast at konvensjonen er et «living instrument» som «... must be interpreted in the light of present-day conditions.»<sup>5</sup> I *Zolotukhin mot Russland*<sup>6</sup> påpekte domstolen også at domstolen kunne utgjøre et hinder mot reformer og forbedringer hvis den ikke klarer å opprettholde «... a dynamic and evolutive approach ...» i sin tolkning av konvensjonen.<sup>7</sup> Samtidig som at EMD tar utgangspunkt i bestemmelsenes «object and purpose» kan en klar ordlyd gjøre en slik tolkning vanskelig. Begrepene som brukes i konvensjonen er autonome, og EMD er ikke bundet av hvordan de blir forstått i nasjonal rett.

EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2, og har etter § 3 forrang foran norsk lov. EMK er en internasjonal rettskilde med to forskjellige offisielle språkversjoner: Engelsk og fransk. Det foreligger også en offisiell norsk oversettelse som er inntatt som vedlegg 2 til menneskerettsloven. Jeg vil her, ut fra at avgjørelsene som omtales er avsagt på engelsk, ta utgangspunkt i den engelske språkversjonen i min drøftelse.

---

<sup>1</sup> David Harris mfl., *Law of the Convention on Human Rights*, 3. utgave, Oxford 2014 side 20. Høyesterett har også lagt til grunn til det samme i Rt. 2005 s. 833 premiss 45: «Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen.»

<sup>2</sup> Harris mfl., s. 26.

<sup>3</sup> Harris mfl., s. 28.

<sup>4</sup> *Sergey Zolotukhin v. Russia*, storkammeravgjørelse av 10. februar 2009 (klagenr. 14939/03), premiss 80.

<sup>5</sup> Premiss 31.

<sup>6</sup> Jeg benytter i oppgaven avgjørelsens kortform etter at avgjørelsen første gang er presentert.

<sup>7</sup> Premiss 78.

I kapittel 5 vil jeg ta opp noen refleksjoner om hvilken betydning momentene har for norsk rett. Hvilke tolkningsprinsipper skal da norske domstoler legge til grunn når de skal foreta en selvstendig tolkning av EMK? I Bølgpapp-kjennelsen (Rt. 1994 s. 610) formulerte Høyesterett det såkalte klarhetskravet, der norske prosessregler bare kunne fravikes til fordel for en avvikende regel i en folkerettslig kilde hvis regelen var «tilstrekkelig klar og entydig».<sup>8</sup> Dette prinsippet ble i sin tur forlatt i og med Bøhler-dommen (Rt. 2000 s. 996), hvor det i stedet ble lagt til grunn at en må gjøre en nærmere tolkning av rettsregelen, og at motstridsproblemer ikke kunne løses med et generelt prinsipp.<sup>9</sup> I Rt. 2005 s. 1014 poengterte så Høyesterett at de tolkningsprinsippene som gjelder, er at norske domstoler må forholde seg til «... konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.»<sup>10</sup> Dessuten ble det samme sted slått fast at domstolene i alminnelighet «... ikke [bør] legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.»

Det er flere ulike typer avgjørelser fra EMD som er relevante rettskilder i oppgaven: Storkammeravgjørelser, avdelingsavgjørelser og avvisningsavgjørelser.

Storkammeravgjørelser er plenumsdommer som treffes av 17 dommere, blant dem domstolens president, visepresidentene og presidentene for de fem domstolsavdelingene.<sup>11</sup> Avdelingsavgjørelser reffes av syv dommere fra en av de fem avdelingene EMD er delt inn i. Avvisningsavgjørelser har til hensikt å avgjøre om en konkret klage er «admissible» etter EMK artikkel 35, før en vurderer realitetene i saken eller om EMK konkret er krenket. Avvisningsavgjørelser kan ikke overprøves.

Hvilken rettskildemessig verdi har disse rettskildene i forhold til hverandre? Det klare utgangspunkt er at storkammeravgjørelser har høyere rettskildemessig verdi enn avdelingsavgjørelser.<sup>12</sup> Det er en høy terskel i EMD for at saker kan behandles i storkammer, gjennom at det må bli reist «serious question[s]» knyttet til forståelsen av EMK. De fleste saker som slipper igjennom, avgjøres gjennom en avdelingsavgjørelse. Rene avvisningsavgjørelser vil i alminnelighet kun behandle de grunnleggende betingelsene for at en sak kan tas opp til avgjørelse, og ikke gå inn i realitetene i saken. Skjer dette, må en vurdere uttalelsene ut fra den rettslige argumentasjonen for å avdekke den rettskildemessige

---

<sup>8</sup> Rt. 1994 s. 610, på side 616-617.

<sup>9</sup> Rt. 2000 s. 966, på side 1007.

<sup>10</sup> Premiss 45.

<sup>11</sup> EMK artikkel 26 nr. 1.

<sup>12</sup> Harris mfl., s. 20.

verdien. Også alderen til en avgjørelse og graden av konsensus (enstemmighet eller dissens) vil ha betydning for dens verdi.<sup>13</sup>

Kildeomfanget i oppgaven i stor grad på avgjørelser fra EMD i enkeltsaker fra flere ulike europeiske land. Å gjennomgå absolutt all praksis fra EMD på alle områder vil føre for langt. En må derfor gjøre et valg i hvor bred tilnærmingen til artikkel 8 må være for å gi et svar på problemstillingen. Hvilke dommer er det som er relevante kilder i denne oppgaven?

En kan dele omfanget av EMD-avgjørelser i tre kategorier: En der eksistensen av strafferettslige regler var hovedproblemstilling for EMD, en der hovedproblemstillingen dreide seg om kvaliteten på myndighetenes etterforskning eller saksbehandling, og en tredje der problemstillingen dreide seg om et konkret inngrep krever rettslig regulering. I de to siste blir spørsmålet om strafferettslige regler en sideproblemstilling. Felles for de relevante dommene er at det store flertallet av dommer der spørsmålet om kriminalisering er tatt opp, omhandler den enkeltes «moral and physical integrity», eller den psykologiske integritet. Dette er begreper EMD har utledet i *X og Y mot Nederland* (avgjørelse av 26. mars 1985, klagenr. 8978/80). Utenfor dette området har spørsmålet i liten grad vært behandlet av EMD.

I den første kategorien faller tre dommer, som er de eneste der dette er hovedproblemstilling. Disse tre er *X og Y mot Nederland* (1985), *M.C. mot Bulgaria* (avgjørelse av 4. desember 2003, klagenr. 39272/98) og *Söderman mot Sverige* (storkammeravgjørelse av 12. november 2013, klagenr. 5786/08), alle dommer som har vært veiledende avgjørelser for etterfølgende EMD-praksis. I *M.C. mot Bulgaria* var spørsmålet noe mindre sentralt, men EMD kommer likevel med svært relevante uttalelser.

I den andre kategorien faller en rekke dommer som i første rekke dreier seg om voldshandlinger. Det vil føre for langt å liste opp alle. Det utvalget jeg har tatt med i oppgaven, gir et dekkende bilde for hvordan EMD vurderer momentene som taler for og mot en plikt til kriminalisering. *K.U. mot Finland* (avgjørelse av 2. desember 2008, klagenr. 2872/02) er tatt med fordi domstolen kommer med en noe mer utfyllende begrunnelse og vurdering enn i de andre dommene.

---

<sup>13</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011 side 42.

I den siste kategorien har jeg valgt å ta med *Köpke mot Tyskland* (avvisningavgjørelse av 22. 5. oktober 2010, klagenr. 420/07). Årsaken til dette er at EMDs vurdering rundt hvilke krav som stilles til rettslig regulering, viser hvordan EMD resonnerer når den må foreta en konkret avveining mellom motstridende interesser. Dommen illustrerer også forskjellen mellom saker der inngrepet er en voldshandling, og der den er et inngrep i noens personvern. Det samme kan sies om *J.S. mot Storbritannia* (avvisningsavgjørelse av 3. mars 2015, klagenr. 445/10), der dette berøres såvidt. Jeg tar opp *J.S.* i kapittel 4. Begge disse avgjørelsene er avvisningsavgjørelser, men den rettslige argumentasjonen har en slik kvalitet at de har en rettskildemessig verdi som gjør dem relevante.

På området for EMK artikkel 8 er avgjørelsene i all hovedsak bygget på enkeltsaker der EMDs konklusjon begrunnes konkret. Her må de konkrete uttalelsene holdes opp mot domstolens og partenes argumentasjon og sakens omstendigheter for å kunne trekke mer generelle slutninger om hvordan EMK tolker artikkel 8.

### 1.3 Videre fremstilling av oppgaven

I kapittel 2 vil jeg ta for meg den aktuelle bestemmelsen i EMK, artikkel 8. Jeg vil også se nærmere på det sentrale skillet mellom negative og positive plikter som ligger i artikkel 8, samt statens skjønnsmargin. Jeg tar også for meg forholdet mellom EMK artikkel 8 og 13 på dette området. I kapittel 3 er en oversikt over relevante avgjørelser fra EMD som jeg benytter i min drøftelse, som følger i kapittel 4. Avslutningsvis kommer jeg med noen refleksjoner i kapittel 5 rundt de momentene som kan utledes av EMDs praksis, og hvordan disse forholder seg til norsk rett. Jeg kommer også, som nevnt i punkt 1.1, med noen refleksjoner knyttet til Grunnloven i kapittel 5.



## 2 Om EMK artikkel 8 og sentrale begreper

### 2.1 Innledning

Det er altså fire ulike rettsgoder som vernes av artikkel 8: «private life», «family life», «home» og «correspondence». I utgangspunktet dreier det seg her om rettsgoder som tilsammen utgjør store deler av det enkelte menneskes privatsfære.

Vernet består i at alle mennesker har «rett til respekt» for de interessene som nevnes, ikke at alle har en uttalt «rett» til et privatliv eller korrespondanse. Isolert sett kan ordlyden derfor tilsi at rettighetene er noe mindre vidtgående enn i andre artikler, der ordet «respekt» ikke inngår, slik som for eksempel retten til ytringsfrihet etter artikkel 10. Ordlyden tilsier også at vernet i all hovedsak er negativt, gjennom at «respekt» er noe som kan bli overtrådt av andre.

Over tid har imidlertid praksis gjort at rekkevidden til artikkel 8 har utfoldet seg til å bli veldig vid, og særlig definisjonen av «private life» har gjennom avgjørelser av EMD fått et stadig videre innhold. Den vide tolkningen av de fire begrepene i artikkel 8 kommer i stor grad som en konsekvens av de skiftende samfunnsforholdene rundt i Europa. I *Tyrer mot Storbritannia* (1978) konstaterte EMD at «... the Convention is a living instrument... » som måtte «... be interpreted in the light of present-day conditions». <sup>14</sup> Følgelig har også en økende grad av konsensus innenfor visse samfunnsområder hatt sin påvirkning på EMDs rettslige tolkning av artikkelens rekkevidde, liksom hvordan synet i spørsmål som gjelder moral og verdier endrer seg over tid. Nettopp denne økende grad av konsensus var en kjerne i domstolens resonnement i *Tyrer mot Storbritannia*. <sup>15</sup>

### 2.2 Negative og positive plikter

I konvensjonens tidlige fase var EMK artikkel 8 i hovedsak sett på som en artikkel som ga et negativt vern mot vilkårlige inngrep i det enkelte privatliv eller familieliv, hjem og korrespondanse. Pliktsubjekt for EMK er statene som har ratifisert konvensjonen, slik at det i utgangspunktet var naturlig at vernet var ment å stogge den enkelte stat.

---

<sup>14</sup> Premiss 31.

<sup>15</sup> Domstolen fant at artikkel 3 var overtrådt da en 15 år gammel gutt ble dømt til kroppslig refselse som straff.

I sin dom i den såkalte "*Belgian Linguistics*"-saken fra 1968 konstaterte EMD at artikkel 8 først og fremst (*essential object*) er ment å beskytte den enkelte mot slik vilkårlig offentlig inngripen i sitt private familieliv.<sup>16</sup>

I *Marckx mot Belgia*<sup>17</sup> konstaterte EMD i 1979 likevel at «... in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective «respect» for family life». I *Marckx* fant EMD en krenkelse av artikkel 8 fordi den belgiske staten ikke hadde vedtatt rettsregler som sikret at en ugift mor og hennes barn kunne leve «... a normal family life».

Senere samme år gjentok EMD dette i *Airey mot Irland*<sup>19</sup> der domstolen fant en krenkelse av artikkel 8 fordi en kvinne ikke hadde en effektiv mulighet til å få ekteskapet med en angivelig voldelig og utagerende mann oppløst. Det sentrale utgangspunktet for at det eksisterer positive forpliktelser som statene må forholde seg til, er forutsetningen i artikkel 1 om at statene skal sikre at «everyone within their jurisdiction» får sine rettigheter og friheter etter EMK oppfylt. Resultatet av *Marckx mot Belgia* og *Airey mot Irland* er derfor at statene har plikt til å sikre at alle borgere de har jurisdiksjon over, kan nyte en «effektiv respekt» for sitt familieliv. Denne forpliktelsen er samtidig ikke bare begrenset til «family life» alene, men gjelder for alle de tre andre begrepene som brukes i artikkel 8. I *X og Y mot Nederland* slo så EMD i 1985 fast at statene også kan ha en positiv plikt til å gjennomføre tiltak som er ment å forhindre privatpersoner fra å gripe inn i andre privatpersoners rett til privatliv. Forskjellen på disse to tilnærmingene kan illustreres ved at de kan oppsummeres som henholdsvis «right to fulfil» (*Marckx*) og «right to protect» (*X og Y*). Tilnærmingen i *Marckx* dreier seg her om en generell forpliktelse om å sikre at den enkelte effektivt kan nyte sine rettigheter. Dette består i sin tur av en plikt til å vedta regler som gir den enkelte en rettsstilling som er ment å gi sikkerhet for at ens interesser blir tilstrekkelig respektert av andre.<sup>20</sup> Tilnærmingen i *X og Y* er på sin side direkte rettet mot å forhindre at den ene griper inn i den andres rettigheter.

---

<sup>16</sup> Case "*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*" v. *Belgium*, avgjørelse av 28. juli 1968 (klagenr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), under The Law, avsnitt I.B., premiss 7.

<sup>17</sup> *Marckx v. Belgium*, avgjørelse av 13. juni 1979 (klagenr. 6833/74).

<sup>18</sup> Premiss 31, femte avsnitt i avgjørelsen.

<sup>19</sup> *Airey v. Ireland*, avgjørelse av 9. oktober 1979 (klagenr. 6289/73).

<sup>20</sup> Harris mfl., s. 522.

Samtidig er grensen mellom positive og negative forpliktelser ofte mer flytende enn absolutt. I *S.H. m.fl. mot Østerrike*, avsagt i storkammer, påpekte EMD at «... the boundaries between the State's positive and negative obligations do not lend themselves to precise definition».<sup>21</sup> I *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia* sa EMD at «... the notion's [begrepet «respect»] requirements will vary considerably from case to case».<sup>22</sup>

## 2.3 Forholdet til EMK artikkel 13

EMK artikkel 13 har følgende ordlyd:

*"Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violations has been committed by persons acting in an official capacity."*

Det sentrale elementet i artikkel 13 er at alle («everyone») har rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel som kan avhjelpe eventuelle konvensjonsbrudd før saken når EMD og det overnasjonale nivå. I *Kudla mot Polen* uttalte EMD at artikkel 13 gir «direct expression to the states' obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system».<sup>23</sup> På grunn av de ulike rettslige tradisjonene i de ulike statene som har undertegnet konvensjonen, har likevel statene en viss grad av handlingsrom for å utforme de nasjonale rettsmidlene. EMD formulerte dette i *Kudla mot Polen* som at «... the Contracting States [...] are afforded some discretion as to the manner in which they provide the relief required under Article 13 and conform to their Convention obligation under that provision».<sup>24</sup>

Allerede i *X og Y mot Nederland* slo EMD fast at den nederlandske lovgivningen ikke ga klageren «practical and effective protection» mot seksuelle overgrep. Prinsippet om at lovgivningen må gi en slik form for «effektiv beskyttelse» har EMD gjentatt i de senere dommene som også omhandler spørsmål om inngrep fra tredjepersoner. Hvilken betydning

---

<sup>21</sup> *S.H. and others v. Austria*, storkammeravgjørelse av 3. november 2011 (klagenr. 57813/00), premiss 87.

<sup>22</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, storkammeravgjørelse av 28. mai 1985 (klagenr. 9214/80, 9473/81 og 9474/81), premiss 67.

<sup>23</sup> *Kudla v. Poland*, avgjørelse av 26. oktober 2000 (klagenr. 30210/96), premiss 152.

<sup>24</sup> Premiss 154.

har så kjernen i artikkel 13, om «effective remedy», for vurderingen av hva som skal anses som «effective protection» etter artikkel 8?

Klagerne i *X og Y mot Nederland* påberopte seg artikkel 13 og mente at de ikke hadde hatt tilgang til et effektivt nasjonalt rettsmiddel, ettersom de var avskåret fra å få de påstått straffbare handlingene prøvd for en domstol på en hensiktsmessig måte. Den daværende kommisjonen hadde i sin rapport ikke gitt klagerne medhold i at de hadde krav på et rettsmiddel mot lovgivning som ikke var «in conformity with the Convention» etter artikkel 13. EMD valgte likevel en annen tilnærming, gjennom å slå fast at de allerede hadde vurdert spørsmålet om effektive rettsmidler i sin vurdering av om artikkel 8 isolert sett var krenket.<sup>25</sup> Slik sett behandlet ikke EMD klagen dobbelt også under artikkel 13.

Denne tilnærmingen har vært styrende for utviklingen av praksis i ettertid. I *M.C.*, avgjort i 2003, mente klageren at Bulgaria ikke hadde et adekvat lovverk og heller ikke hadde gjennomført en tilstrekkelig etterforskning i saken. Hun påberopte i tillegg til artikkel 3 og 8 også artikkel 13, men EMD fant at «no separate issue arises under Article 13 of the Convention»,<sup>26</sup> ettersom domstolen allerede hadde vurdert saken etter artikkel 3 og 8. Selv i *K.U.*, der det sentrale temaet var om en gjennom domstolene kunne få utlevert opplysninger som kunne føre til sanksjoner mot en person mistenkt for forulemping, valgte EMD å ikke behandle klagen etter artikkel 13. At det ikke eksisterte et tilstrekkelig rettslig rammeverk som kunne beskytte klageren, var i seg selv en krenkelse av artikkel 8.

Harris m.fl. skriver i juridisk teori at kravene til prosessuelle regler («procedural guarantees») overlapper mellom artikkel 8 og artikkel 13.<sup>27</sup> Forfatterne problematiserer at eventuelle anke eller omprøvningsprosedyrer etter en førsteinstansavgjørelse, kan være mer relevant å vurdere opp mot artikkel 13 enn mot artikkel 8. Det som i første rekke ble anført av klagerne i *X og Y* med tanke på artikkel 13 var nettopp at anledningen til å påanke påtalemyndighetens opprinnelige henleggelse til en appelldomstol, ikke var et «effective remedy». Dette vurderte EMD derimot ikke i lys av at artikkel 8 allerede var brutt.

---

<sup>25</sup> Premiss 36 i dommen.

<sup>26</sup> Premiss 187 i dommen.

<sup>27</sup> Harris mfl., s. 536.

EMDs storkammer uttalte i *Söderman* at klagen utelukkende dreide seg om «the remedies available to her against her stepfather, not those available against the State to enforce a substance of a Convention right or freedom at the national level».<sup>28</sup> Dette faktum gjorde at domstolen kun valgte å vurdere klagen opp mot artikkel 8. Denne setningen er ikke gjentatt i noen av de tidligere avgjørelsene, avsagt før 2013, men synes å gi en presis begrunnelse for hvorfor EMD i sine avgjørelser utelukkende har fokusert på artikkel 8.

Dette illustrerer imidlertid hvilken karakter spørsmålet om positive plikter har akkurat når det gjelder straffesanksjoner. Det fantes i praksis bare én måte for *Söderman* å få opprettelse for at retten til respekt for hennes privatliv var overtrådt: Ved en rettskraftig dom mot gjerningsmannen. Når statens rolle som pliktsubjekt er å vedta regler som er ment å beskytte mot inngrep i privatlivet, er det begrenset hvilke rettsmidler den enkelte kan ha til disposisjon for å få dette slått fast. I svensk rett, liksom i norsk rett, er EMK inkorporert og gitt lovs rang.<sup>29</sup> I den forutgående kammeravgjørelsen (*E.S.*) avviste EMD en innvending om at *Söderman* ikke hadde saksøkt staten med krav om erstatning for konvensjonsbrudd. Kammeret avviste innvendingen fordi det ikke var tilstrekkelig klart at et slikt søksmål ville føre frem, siden dette spørsmålet ikke hadde vært prøvd før.<sup>30</sup> Kammeret konkluderte dermed med at *Söderman* ikke hadde et rettsmiddel som kunne «afford redress» med tanke på stefarens inngrep i hennes privatliv. Hadde denne mangelen også vært uttrykkelig påberopt, kunne storkammerets avgjørelse ha vært en annen, uten at dette kategorisk kan slås fast. I realiteten er klager som gjelder mangel på strafferettslige regler eller et utilstrekkelig eller manglende rettslig rammeverk, sjelden så vide at de da berører manglende rettsmidler mot staten som sådan.

Konklusjonen på spørsmålet om hvilken betydning EMK artikkel 13 har holdt sammen med artikkel 8, er altså at artikkel 13 har liten selvstendig betydning for avgjørelsene.

---

<sup>28</sup> Premiss 57 i *Söderman mot Sverige*. Jamfør også lignende formulering i premiss 38 i *E.S.*

<sup>29</sup> Gjennom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>30</sup> Premiss 44 og 45.



## 2.4 Statens skjønnsmargin

EMD uttalte i 1976 at «the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights».<sup>31</sup> I *Handyside*-dommen uttalte EMD at domstolens rolle heller var å vurdere de nasjonale myndighetenes avgjørelser opp mot EMK enn å ta over de nasjonale domstolenes rolle.<sup>32</sup> Dette er kjernen i læren om statenes såkalte «margin of appreciation», eller skjønnsmargin på norsk. Skjønnsmarginen innebærer en form for innebygget nærhetsprinsipp der nasjonale domstoler ligger nærmest til å avgjøre om et inngrep oppfyller kravene til nødvendighet og forholdsmessighet i EMK.

Dette er relevant fordi statene har en skjønnsmargin både overfor negative og positive plikter som kan utledes av EMK artikkel 8. I tilfelle negative plikter er skjønnsmarginen forankret i vurderingen av om et inngrep er «necessary in a democratic society», jf. EMK artikkel 8 nr. 2. I denne vurderingen er det lagt til grunn av EMD at to kumulative vilkår må være oppfylt: for det første at inngrepet i saken skal komme «a pressing social need» i møte, og for det andre at inngrepet må være forholdsmessig holdt opp mot det mål som inngrepet skal søke å oppfylle.

Også overfor positive plikter etter EMK artikkel 8 har statene en skjønnsmargin. Dette har stor betydning fordi en avgjørelse etter artikkel 8 kan komme i konflikt med andre rettigheter etter EMK, slik at en må gjøre en avveining. *Von Hannover mot Tyskland*<sup>33</sup> er et eksempel på dette. EMD fant der at klageren, Caroline van Hannover, sin rett til respekt for privatliv etter EMK artikkel 8 måtte gå foran medienes ytringsfrihet etter artikkel 10. I slike tilfeller fungerer skjønnsmarginen slik at nasjonale myndigheter i første rekke anses å ligge nærmest til å foreta den avveiningen som må gjøres mellom de ulike hensynene. EMD skal i så tilfelle ikke fungere som en form for direkte ankeinstans over den nasjonale vurderingen.

En slik tilnærming skaper samtidig en risiko for at EMDs håndheving blir for tilbakelemt i møte med de faktiske nasjonale avgjørelsene som den enkelte har klagt på. I *Handyside mot Storbritannia* poengterte EMD at skjønnsmarginen aldri kan være ubegrenset, og at EMD i siste instans har ansvar for å avgjøre om inngrepet er forenlig med EMK. Hvor nøye EMD så kan gå inn og granske nasjonale myndigheters behandling av en sak må avgjøres konkret.

---

<sup>31</sup> *Handyside mot Storbritannia*, storkammeravgjørelse av 7. desember 1976 (klagenr. 5493/72), premiss 48.

<sup>32</sup> Premiss 50.

<sup>33</sup> *Von Hannover v. Germany*, storkammeravgjørelse av 24. juni 2004 (klagenr. 59320/00).

Hvordan beskyttelsesplikten skal oppfylles av statene er heller ikke alltid klart. I lys av at de ulike statene har ulike rettslige tradisjoner og kulturer har også skjønnsmarginen en viktig funksjon. I noen land kan en type løsning passe godt for å oppfylle pliktene, mens i andre land kan samme type løsning være utilstrekkelig eller gå for langt. Skjønnsmarginen kan også gi den enkelte stat rom for ikke å gripe inn gjennom regulering på områder der en annen stat allerede kan ha vedtatt reguleringer. Jeg kommer tilbake til innholdet i de positive pliktene under i kapittel 3.

## 3 En oversikt over de relevante EMD-avgjørelsene

### 3.1 X og Y mot Nederland

26. mars 1985 avsa EMD avgjørelse i saken *X og Y mot Nederland* (X and Y v. the Netherlands, klagenr. 8978/80).

Sakens faktum var at en 16 år gammel jente, Y, bodde i en institusjon for psykisk utviklingshemmede barn. Natten til den 15. desember 1977 ble Y besøkt på rommet av svigersønnen til institusjonens forstander, og svigersønnen tok med Y til hans rom. Der hadde han seksuell omgang med Y. Opplevelsen var traumatisk for Y, og førte til at hennes far, X, anmeldte forholdet til politiet dagen etter. Ettersom Y ikke kunne undertegne anmeldelsen selv på grunn av hennes utviklingshemming, undertegnet faren X på vegne av henne, noe politibetjenten på politistasjonen aksepterte. Den 28. mai 1978 avgjorde den lokale påtalemyndigheten at det ikke skulle åpnes etterforskning i saken. X begjærte 4. desember avgjørelsen overprøvd i ankeinstansen i Arnhem og ba om at politiet skulle pålegges å åpne etterforskning i saken.

Domstolen avsa 12. juli 1979 dom der begjæringen fra X ble avvist. Dels fant domstolen at det var tvilsomt om det kunne bevises at forholdet utgjorde voldtekt, og dels fant domstolen at en kunne åpne etterforskning for seksuell forledelse av mindreårige etter artikkel 248 ter i straffeloven under forutsetning av at fornærmede selv påtalte forholdet.<sup>34</sup> Domstolen avviste at X kunne påtale forholdet på vegne av Y ettersom straffeloven ikke gjorde unntak fra påbudet om fornærmedes påtale. Domstolen avviste også at en kunne gjøre en bred tolkning av artikkel 248 ter slik at en kunne gi faren rett til å opptre på vegne av Y, ettersom dette ville være til skade for den anmeldte svigersønnen.<sup>35</sup>

X brakte så saken inn for Den europeiske menneskerettighetskommisjon (heretter "Kommisjonen"<sup>36</sup>) med påstand om at Nederland hadde brutt artikkel 3, 8, 13 og 14.

---

<sup>34</sup> Etter artikkel 248 ter (opphevet 1. oktober 2000) kunne den straffes som forledet mindreårige med ubesudlet rykte ("van onbesproken gedrag") til utuktige handlinger.

<sup>35</sup> Domstolen i Arnheims avgjørelse referert i EMDs dom i premiss 12.

<sup>36</sup> Kommisjonen hadde inntil tilleggsprotoll 11 trådte i kraft 1. november 1998 ansvar for å motta klager om brudd på EMK og avgjøre om klagen var ubegrunnede eller kunne fremmes for EMD (Hellenic Resources Institute, Inc., The European Convention on Human Rights, <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html> (lest den 15. januar 2015)).

Kommisjonen avga 5. juli 1983 en rapport som ga X og Y medhold i at artikkel 8 var krenket, men at artikkel 3 ikke var krenket og at det ikke var nødvendig å vurdere klagen om krenkelse av artikkel 13 og 14.<sup>37</sup> I denne sammenhengen er det klagen og EMDs behandling av klagen om krenkelse av artikkel 8 som er relevant.

X argumenterte med at det eksisterende lovverket var utilstrekkelig for å verne kvinner og særlig psykisk utviklingshemmede mot seksuelle overgrep. En del av argumentasjonen til X bygde på at bestemmelsen om voldtekt bare var anvendelig ved bruk av fysisk vold og trusler overfor et offer. Det å utnytte en person som av psykiske årsaker var ute av stand til å motsette seg handlingen, ville bare anses som seksuell utnyttning eller misbruk av avhengighetsforhold.

Dersom fornærmede ikke selv var i stand til å anmelde et forhold etter artikkel 248 ter i den nederlandske straffeloven, kunne en verge anmelde forholdet på vegne av fornærmede. I dette tilfellet ville X kunne anmelde forholdet dersom Y var under 16 år. Y hadde fylt 16 år og én dag da X anmeldte forholdet på den lokale politistasjonen. Dette hullet i lovverket ga Y og andre kvinner i lignende situasjon utilstrekkelig beskyttelse fra vold og overgrep, mente X. Sivilrettslige virkemidler som krav om erstatning og/eller forføyning mot gjerningsmannen ville heller ikke være effektive nok.

I sitt tilsvare tok myndighetene opp at en aldri kan sikre en fullstendig beskyttelse av retten til respekt for privatlivet gjennom straffelovgivningen. De tolkningsprinsippene og beviskravene som gjelder særlig for strafferettens område, med prinsippet om at tvil alltid skal komme tiltalte til gode og legalitetsprinsippet, gjør at lovgivningen aldri vil kunne fange opp alle tilfeller. Hendelsene i Ys sak var dessuten «exceptional» fordi det falt mellom stolene. Den antatte gjerningsmannen var ikke ansatt ved institusjonen der Y bodde, fysisk vold var ikke brukt, og Y hadde akkurat nådd den seksuelle lavalder i Nederland som da var 16 år. Myndighetene mente at den situasjonen som hadde oppstått var så ekstraordinært at den ikke kunne ha vært forutsigbar, slik at det ikke forelå noen oppfordring til å fylle det hullet i straffelovgivningen som fantes. At det manglet en slik oppfordring til å handle, gjorde at det ikke ville være riktig å konstatere at EMK var blitt krenket.

---

<sup>37</sup> *X. and Y. against the Netherlands*, Report of the Commission (adopted on 5 July 1983), hentet fra [hudoc.echr.coe/int/sites/eng/Pages/search.aspx](http://hudoc.echr.coe/int/sites/eng/Pages/search.aspx).

I sin rapport mente Kommissjonen i premiss 80 (nummer to<sup>38</sup>) at det i den private sfæren «... is generally accepted in the Contracting States that some degree of regulation is required in order to protect all members of society», og særlig for personer som er særlig sårbare, for eksempel på grunn av deres psykiske tilstand. Sårbare personer som ikke har mulighet til eller har vanskelig for å uttrykke sitt samtykke til seksuelle handlinger krever et vern gjennom strafferetten som er større enn for personer som er fullt i stand til å gi slikt samtykke.<sup>39</sup>

Gjennom at artikkel 248 ter i straffeloven ikke var ment å dekke den typen handlinger som Y ble utsatt for, oppsto det et lovtomt rom («a «gap» in the law») i strafferetten. Kommissjonen vurderte ikke forholdet mellom sivilrettslige virkemidler og strafferettslige virkemidler, men konkluderer enstemmig med at Y sin rett til respekt for privatliv ble krenket.<sup>40</sup>

I sin dom av 26. mars 1985 tok EMD i større grad enn Kommissjonen opp problemstillingen med sivilrettslige virkemidler. Statens skjønnsmargin tilsier at statene har et handlingsrom for å avgjøre hvordan artikkel 8 skal etterleves. «Recourse to the criminal law is not necessarily the only answer.»<sup>41</sup> EMD slo også fast at statenes plikter avhenger av hvilken del av privatlivet som en sak angår. Når det gjaldt saken til X og Y konstaterte EMD at "this is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake", og at det bare er gjennom strafferettslige regler som en sikrer en effektiv avskrekking («effective deterrence») fra den typen straffbare handlinger som Y ble utsatt for.

EMD gikk ikke nærmere inn på de objektive vilkårene i de to straffeбудene som var aktuelle, men henviste kun til domstolen i Arnheims avgjørelse om Xs adgang til å anmelde saken på vegne av Y. Som en følge av dette konstaterte EMD at straffelovgivningen ikke ga Y tilstrekkelig praktisk og effektiv beskyttelse.

---

<sup>38</sup> Ved en feil har to ulike premiss i rapporten fått nummer 80.

<sup>39</sup> Premiss 81 i kommisjonens rapport.

<sup>40</sup> Premiss 91 i kommisjonens rapport.

<sup>41</sup> Premiss 24 i EMDs avgjørelse.



## 3.2 M.C. mot Bulgaria

I *M.C. mot Bulgaria*<sup>42</sup> vurderte EMD en sak der en bulgarsk kvinne var blitt utsatt for samleie uten samtykke da hun var 14 år gammel. Hun anmeldte en mann for voldtekt, men saken ble henlagt ettersom det ikke kunne bevises at mannen hadde tvunget seg til samleie ved bruk av vold. Kvinnen, M.C., hadde ikke ytt noen form for fysisk motstand fordi mannen hadde vært sterkere, og M.C. redd i den situasjonen hun befant seg i. Straffebudet om voldtekt i Bulgaria dekket kun samleie («sexual intercourse») som ble utført ved vold eller trusler, eller hvis gjerningspersonen satte offeret i en hjelpeløs tilstand eller offeret var ute av stand til å forsvare seg.

M.C. anførte for EMD at den bulgarske straffelovgivningen ikke var tilstrekkelig for å beskytte den enkeltes fysiske integritet fordi påtalemyndigheten bare etterforsket saker der offeret hadde gjort fysisk motstand. Hun mente at bevisene som kom frem i hennes sak tilsa at gjerningspersonen burde ha blitt dømt hvis myndighetene hadde tolket «voldtekt» riktig ut fra Bulgarias positive forpliktelser etter EMK artikkel 3, 8 og 13 («... her clear and consistent testimony [...] and her account of the distress she had felt [...] should have led to the conviction of the perpetrators if a correct interpretation of «rape» [...] had been applied»<sup>43</sup>).

Etter å ha nøye gjennomgått andre europeiske lands lovgivning knyttet til voldtekt, kom EMD frem til at et nærmest ufravikelig krav om bevis for fysisk motstand innebærer en risiko for at enkelte former for seksuelle overgrep ikke kan medføre straff, og derfor for den enkeltes «seksuelle autonomi». Etter domstolens oppfatning må de positive forpliktelsene etter EMK artikkel 3 og 8 innebære at «any non-consensual sexual act» må være straffbar og at statene må sikre effektiv etterforskning av slike handlinger.<sup>44</sup> Domstolen vurderte så om lovgivningen i Bulgaria sammenholdt med den konkrete etterforskningen i saken led av så store vesentlige mangler («significant flaws») at den utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 3 og 8.

Den la også til grunn at M.C.s anførsel om at påtalemyndigheten la til grunn en restriktiv praksis for å etterforske og utferdige tiltale for voldtekt, begrenset til tilfeller som omhandlet

---

<sup>42</sup> *M.C. v. Bulgaria*, avgjørelse av 4. desember 2003 (klagenr. 39272/98).

<sup>43</sup> Premiss 118.

<sup>44</sup> Premiss 166.

fysisk motstand med bevis, var rimelig («based on reasonable arguments») og ikke ble motbevist av de bulgarske myndighetene.<sup>45</sup> EMD uttalte også at muligheten for å benytte sivilrettslige virkemidler mot gjerningspersonene i saken ikke var tilstrekkelig bevist. Etter domstolens mening måtte det uansett ikke anses å foreligge en tilstrekkelig effektiv beskyttelse mot seksuelle overgrep hvis det ikke fantes anvendelige straffebestemmelser.<sup>46</sup>

EMDs konklusjon i saken var at de bulgarske myndighetenes håndtering av M.C.s sak utgjorde en krenkelse av artikkel 3 og 8, i hovedsak basert på de konkrete etterforskningskrittene som bulgarske myndigheter foretok seg i saken. De relevante delene av dommen er de mer generelle uttalelsene om seksuelle handlinger uten samtykke i dommens premiss 166 og om forholdet til sivilrettslige virkemidler i premiss 186.

### 3.3 Söderman mot Sverige

EMD fikk anledning til å befatte seg med problemstillingen igjen i 2013. 12. november 2013 avsa EMDs storkammer sin dom i saken *Söderman mot Sverige*.<sup>47</sup>

I september 2002 hadde en 14 år gammel jente (Söderman) oppdaget at stefaren hadde et skjult videokamera på badet i deres hus, og hadde filmet henne mens hun kledde av seg før en dusj. Saken ble anmeldt to år senere, og stefaren ble i 2005 tiltalt for «sexuelt ofredande» etter svensk rett.<sup>48</sup> Söderman krevde også oppreisning fra stefaren for at han hadde krenket hennes personlige integritet. Falu tingsrett dømte i februar 2006 stefaren for sexuell ofredande og tilkjente Söderman oppreisning. Saken ble anket til hovrätten, som i dom av 16. oktober 2007 frifant stefaren. Hovrätten la til grunn de samme faktiske forholdene som tingsrätten, at stefaren med viten og vilje hadde filmet Söderman for seksuelle formål. I sin vurdering konstaterte hovrätten likevel at stefarens handlinger utgjorde en alvorlig krenkelse av Södermans personlige og seksuelle integritet. Hovrätten fant derimot ikke at det var mulig å tolke straffebudet slik at det kunne romme den type handlinger som stefaren hadde gjort. Svensk rett hadde heller ingen generelle forbud mot å filme noen i skjul uten deres samtykke.

---

<sup>45</sup> Premiss 174.

<sup>46</sup> Premiss 186.

<sup>47</sup> *Söderman v. Sweden*, storkammeravgjørelse av 12. november 2013 (klagenr. 5786/08).

<sup>48</sup> Sexuelt ofredande var på tidspunktet regulert i 6 kap. 7 § brottsbalken (1962:700). Seksuallovgivningen i Sverige var i 2005 gjenstand for en stor reform, og bestemmelsen ble endret og flyttet til 6 kap. 10 § brottsbalken.

Stefaren ble som følge av frifinnelsen også frifunnet for kravet om oppreisning. Saken ble anket videre til Högsta Domstolen, som nektet anken fremmet til behandling.

EMD behandlet først saken i avdeling og avsa dom 21. juni 2012<sup>49</sup> der Sverige ble frifunnet fra påstanden om at EMK artikkel 8 var blitt krenket (under dissens 4-3). I sin dom la EMD til grunn et det måtte stilles krav til at staten hadde et adekvat rettslig rammeverk («adequate legal framework») på plass som beskyttet privatpersoner mot inngripende atferd. Samtidig var det bare vesentlige mangler i dette rammeverket som kunne medføre at de positive forpliktelsene ikke var oppfylt. EMD fant derimot at Sverige ikke kunne ha forutsatt at den situasjonen Söderman ble utsatt for, ville oppstå. Selv om tre tidligere høyesterettsavgjørelser trakk i retning av at stefarens handlinger ikke ville dekkes av straffebudet, var det etter EMDs mening ikke klart i 2005 at handlingene ville være helt uten straffesanksjonsmuligheter. Det var heller ingen vesentlig mangel at det ikke fantes et straffebud som konkret gjorde forsøk på skjult filming straffbart.

Mindretallet på tre dommere var uenige med flertallet og mente blant annet at flertallets argumentasjon om at situasjonen i saken ikke var forutsigbar, ikke var holdbar. De mente det forelå en «significant omission» i svensk rett som utgjorde et brudd på de positive pliktene etter artikkel 8.

Saken ble så bragt inn for storkammeret, som endelig avgjorde saken i november 2013. I sin dom kritiserte storkammeret bruken av kravet til «vesentlige mangler» i nasjonal rett og poengterte at det sentrale kriteriet var om den nasjonale retten tilbød Söderman et tilstrekkelig nivå av beskyttelse mot de handlingene hun ble utsatt for.<sup>50</sup>

I sin dom diskuterte EMD om to konkrete straffebud kunne være aktuelle i saken: Forsøk på barnepornografiforbrytelse og «sexuelt ofredande». Storkammeret avviste at førstnevnte straffebestemmelse var aktuell og mente den beskyttelse som det straffebudet ga, var «rather theoretical».<sup>51</sup> Domstolen var heller ikke overbevist om at straffebudet dekket den handlingen stefaren hadde begått. Når det gjald «sexuelt ofredande» vurderte EMD innholdet i straffebestemmelsen og fant at stefarens frifinnelse ikke bygget på mangel på bevis men på at

---

<sup>49</sup> *E.S. v. Sweden* (application no. 5786/08), Judgment of 21 June 2012 (Fifth Section).

<sup>50</sup> Premiss 90 og 91 i dommen.

<sup>51</sup> Premiss 97 i dommen.

forholdet ikke var dekket av det aktuelle straffebudet. Storkammeret tok ikke hensyn til de svenske myndighetenes anførsel om at de ikke kunne forvente at domstolen ville tolke bestemmelsen slik den gjorde.

I premiss 108 i dommen mener domstolen at «recourse to the criminal law» ikke var eneste måte å oppfylle sine forpliktelser på. Fantes det da «civil remedies» tilgjengelig som kunne veie opp for dette? EMD svarer nei på dette spørsmålet, som bygde på at de svenske domstolene avviste Södermans krav om erstatning og oppreisning. De svenske myndighetene påsto også at det ville vært mulig å kreve erstatning og oppreisning direkte basert på konvensjonsbrudd, og ikke bare basert på den svenske skadeserstatningsloven. EMD mente derimot her at det var vanskelig å se at den muligheten reelt sett eksisterte, samtidig som den muligheten ikke var lovfestet. Den rettslige situasjonen var derfor ikke tilstrekkelig forutsigbar for den enkelte. I sin formulering synes EMD også å mene at dette ikke er en «civil remedy».<sup>52</sup>

Konklusjonen i storkammerets avgjørelse var motsatt av avgjørelsen fra den tredje avdelingen. Konklusjonen at artikkel 8 var overtrådt var likevel ikke enstemmig. Én dommer av de sytten dissenterte. I sitt særvotum kritiserte hun at flertallet ikke hadde trukket opp klare kriterier for hva som skulle anses som en akseptabel beskyttelse av den enkelte, og at det var vanskelig å trekke ut hvilke positive forpliktelser flertallet anså som relevante i saken. Ytterligere en dommer dissenterte og mente at EMDs praksis måtte tilsi at statene hadde plikt til å forby fotografering utført uten objektets samtykke. Dette ståstedet var han alene om i saken.

### 3.4 Köpke mot Tyskland

22. desember 2006 avsa EMD avgjørelse om avvisning i saken *Köpke mot Tyskland*.<sup>53</sup>

Klageren hadde arbeidet i en dagligvarebutikk i Feldberg i nordøstre Tyskland i elleve år da hun ble sagt opp i 2002. Köpkes arbeidsgiver hadde mistanker om at Köpke og ytterligere en ansatt manipulerte regnskapene for å underslå penger fra bedriften. Under en periode på 13 dager drev privatetterforskere på oppdrag fra arbeidsgiver skjult videoovervåking av den

---

<sup>52</sup> Premiss 116 i dommen.

<sup>53</sup> Decision as to the admissibility of Application no. 420/07 by Karin KÖPKE against Germany, avgjørelse av 5. oktober 2010.

delen av butikken som solgte drikkevarer. 5. november 2002 ble Köpke avskjediget begrunnet i tyveri fra arbeidsgiver, idet hun både hadde manipulert regnskapene og tatt penger fra butikken til seg selv.

Köpke saksøkte sin tidligere arbeidsgiver med påstand om at oppsigelsen var ugyldig. Hun anførte blant annet at den skjulte videoovervåkingen var i strid med hennes rett til privatliv. Arbeidsgiveren ble imidlertid frifunnet i arbeidsdomstolen i Neubrandenburgs dom av 29. august 2003. Arbeidsdomstolen fant heller ikke at Köpkes rett til privatliv ble krenket da arbeidsgiveren ensidig tok initiativ til skjult videoovervåking. Domstolen viste til etablert praksis fra Forbundsarbeidsdomstolen (*Bundesarbeitsgericht*, høyeste rettsinstans for arbeidsrettslige spørsmål<sup>54</sup>) der spørsmål om skjult videoovervåking medfører at domstolene må veie den ansattes rett til privatliv opp mot arbeidsgivers eiendomsrett. I tillegg stilles det i rettspraksis krav til forholdsmessighet og nødvendighet for at skjult overvåking skal være akseptabelt. Domstolen i Neubrandenburg fant at arbeidsgiver hadde fulgt det minste inngreps prinsipp og var målrettet etter klar mistanke mot utpekte personer. Overvåkingen var slik sett nødvendig og forholdsmessig og utgjorde ikke et uforholdsmessig inngrep i Köpkes privatliv. Köpke anket saken til appelldomstolen i Mecklenburg-Vorpommern, som avviste anken. Videre anke til Forbundsarbeidsdomstolen over appelldomstolens avgjørelse ble også avvist. Endelig klagde Köpke til grunnlovsdomstolen, som i avgjørelse av 28. juni 2006 avviste klagen.

For EMD anførte Köpke at artikkel 8 var overtrådt, idet den ikke hadde vært i overensstemmelse med lov, og uansett ikke hadde vært forholdsmessig og nødvendig. EMD anså at artikkel 8 var anvendelig, og domstolen formulerte hovedspørsmålet til om de tyske domstolene hadde gjort en riktig avveining («struck a fair balance») mellom Köpkes rett til privatliv og arbeidsgiverens rett til eiendomsrett. Det forelå ingen lovregulering av skjult videoovervåking i arbeidslivet i 2002. EMD fant likevel at tyske domstolers etablerte praksis ga viktige begrensninger i hvordan filmer fra slik overvåking kunne benyttes i senere rettssaker. Prinsippene ble senere kodifisert i 2009 i nasjonal rett. EMD uttalte videre at skjult videoovervåking på arbeidsplassen etter mistanke om tyveri ikke var en "grave act" som krevde lovregulering («protection by legislative provisions»). Rettspraksis var etter EMDs

---

<sup>54</sup> Bundesarbeitsgericht – Federal Labour Court, under punkt «2. System of Labour Courts», <http://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/general.html#2> (besøkt 3. mai 2015).



oppfatning tilstrekkelig for å gi beskyttelse mot fremtidige inngrep.<sup>55</sup> Konkret la EMD stor vekt på at det forelå en tydelig mistanke mot Köpke, overvåkingen var kortvarig, den var begrenset hva gjaldt det overvåkede området og antall personer som hadde innsyn i filmen, samt at det ikke fantes andre mindre inngrep som kunne fylle formålet. Selv om overvåkingen var en «considerable intrusion» i privatlivet hadde også arbeidsgiveren en "considerable interest" i å beskytte hans eller hennes eiendomsrett.

Samlet sett kunne ikke EMD se at de tyske myndighetene hadde gjort feil eller utilstrekkelig avveining av de motstridende hensyn, og valgte å avvise saken etter EMK artikkel 35 nr. 3 og 4. Domstolen uttalte likevel at den avveiningen som var gjort i Köpkes sak ikke var den eneste måten som pliktene i EMD kunne oppfylles på. Domstolen holdt også muligheten åpen for at avveiningen kunne bli en annen i fremtiden gitt utviklingen i teknologi og hvordan mer sofistikert teknologi kan muliggjøre enda flere inngrep i privatlivet enn i dag.<sup>56</sup>

### 3.5 K.U. mot Finland

I *K.U. mot Finland*<sup>57</sup> fant EMD i 2008 at Finland hadde krenket en manns rett til respekt for privatliv etter artikkel 8. Som 12-åring hadde en annen person lagt ut en profil i K.U.s navn på en dating-side, og K.U. ble kontaktet av personer som ønsket seksuelle forbindelser med ham. Forsøk på å få utlevert informasjon om personen som hadde lagt ut den falske annonsen mislyktes. Både tingsrätten og hovrätten i Helsinki avviste begjæringer om utlevering som faren til K.U. fremsatte.

EMD fant en krenkelse av artikkel 8 fordi Finland ikke ga anledning til å kreve utlevert digitale spor fra en Internett-leverandør for forulemping, som var det aktuelle straffebudet som var anvendelig i saken. Dommen er imidlertid relevant fordi EMD også uttaler seg om forholdet mellom sivilrettslige rettsmidler og strafferettslige rettsmidler. I saken argumenterte myndighetene med at det var mulig å saksøke Internett-leverandøren med krav om erstatning. Dette avviste EMD og henviste til at det var utilstrekkelig. I stedet var det en sterk interesse for at det måtte finnes rettsmidler tilgjengelig for å straffe gjerningspersonen («enabling the actual offender to be identified and brought to justice») og kreve erstatning fra ham eller henne direkte.

---

<sup>55</sup> Andre avsnitt på side 11 i avgjørelsen.

<sup>56</sup> Andre avsnitt på side 13 i avgjørelsen.

<sup>57</sup> *K.U. v. Finland*, avgjørelse av 2. desember 2008 (klagenr. 2872/02).

### 3.6 A mot Kroatia

I *A mot Kroatia*, avgjort 14. oktober 2010<sup>58</sup>, hadde en kvinne, A, giftet seg med en mann (B) i 2001. Etter fire år ba A om skilsmisse, etter at B hadde utsatt henne for familievold. B ble anmeldt og i desember 2005 tiltalt for familievold bestående i gjentatte tilfeller av trusler og fysisk vold mot A. Det ble holdt en rekke rettsmøter med start i mars 2006, hvorav de fleste ble innstilt da B ikke møtte eller Bs forsvarsadvokat ba om dette. Etter en undersøkelse ble det konkludert med at B led av posttraumatisk stressyndrom (PTSD), og det ble anbefalt å underlegge ham tvungen psykiatrisk behandling i institusjon. Dette skjedde likevel ikke, og B fikk kun psykiatrisk behandling på bakgrunn av frivillig opphold i institusjon i 2009. Dommeren i saken fratrådte i april 2009 etter å ha selv anmeldt B for trusler som B hadde fremsatt mot henne, og saken ble innledet på nytt.

B ble også domfelt i 2006 for trusler mot A og en polititjenestemann, og ble ilagt besøks- og kontaktforbud mot A. Han ble også domfelt for truslene mot dommeren i familievoldssaken. Utover dette var B involvert i fire ulike saker foran en domstol for mindre forbrytelser («Minor Offenses Court» i EMDs oversettelse), som i 2006 også ila ham besøks- og kontaktforbud mot A. B brøt likevel dette kontaktforbudet ved flere tilfeller.

A mente at de kroatisk myndighetene ikke hadde gitt henne tilstrekkelig beskyttelse og påberopte EMK artikkel 2, artikkel 3 og artikkel 8. EMD mente at Bs gjentatte vold mot A og de undersøkelsene som viste hans mentale tilstand tilsa at myndighetene klart hadde en plikt til å forhindre at A ble utsatt for ytterligere vold eller trusler fra B. Selv om EMD konstaterte at denne plikten kunne forankres i alle de tre påberopte artiklene i EMK, valgte domstolen kun å behandle saken etter artikkel 8.<sup>59</sup>

EMD vurderte alle de rettsmidlene («measures») som staten kunne benyttet seg av overfor B, fengsling, psykiatrisk behandling og bøter, og fant mangler ved gjennomføringen av alle tre. B hadde ikke sont de fengselsstraffene han var blitt dømt for, det var uklart om B hadde fått

---

<sup>58</sup> *A v. Croatia*, avgjørelse av 14. oktober 2010 (klagenr. 55164/08).

<sup>59</sup> Premiss 57.

den psykiatriske behandlingen det var anbefalt at han skulle få, og han hadde ikke betalt de bøtene han var dømt for.

### 3.7 Remetin mot Kroatia

11. desember 2012 avgjorde EMDs første avdeling saken *Remetin mot Kroatia*.<sup>60</sup>

Klageren, Tomislav Remetin, var 13 år da han 17. april 2003 ble utsatt for vold av en for ham ukjent mann. Etter en anmeldelse fra faren ble saken etterforsket av politiet, og påtalemyndigheten i Dubrovnik utferdiget 12. desember 2003 tiltale mot mannen, I.S., for «violent behaviour» etter artikkel 331 i den kroatisk straffeloven. Den lokale domstolen i Dubrovnik avholdt hovedforhandling i 2006, men i sitt sluttinnlegg valgte aktor å frafalle tiltalen mot I.S. på grunn av mangel på bevis. Remetins far ba da om å få ta over som subsidiær aktor etter kroatisk rett, og han sendte inn en privat tiltalebeslutning til retten i september. Denne ble komplettert med en tilleggsbeslutning i januar. Etter ny hovedforhandling i januar 2007 ble I.S. frifunnet for et av tiltalepunktene, for to av tiltalepunktene var saken foreldet, og et fjerde punkt i tiltalen var ikke tilstrekkelig konkretisert.

Avgjørelsen om at to av forholdene var foreldet ble opphevet etter anke til andreinstansdomstolen i Dubrovnik, som henviste saken tilbake til førsteinstansdomstolen. Etter dette ble saken igjen etterforsket av påtalemyndigheten, ny tiltale ble utferdiget og det ble holdt ny hovedforhandling i desember 2008. I.S. ble frifunnet for alle tiltalepostene. Domstolen begrunnet dette med at det allerede var avsagt frifinnende dom for de faktiske forholdene tiltalen omfattet. Førsteinstans-domstolens avgjørelse ble igjen anket til andreinstansdomstolen, som igjen opphevet dommen. I april 2009 ble det likevel avsagt ny frifinnende dom med samme begrunnelse. Andreinstans-domstolen i Dubrovnik fant etter anke at saken var foreldet den 28. mai 2009. Remetins far saksøkte så I.S. med påstand om erstatning og oppreisning. Både første- og andreinstansdomstolen avviste søksmålet som foreldet.

Remetin klagde til EMD og henviste til artikkel 2, 3, 8 og 13. EMD valgte utelukkende å vurdere klagen etter artikkel 8.<sup>61</sup> I sin dom fant EMD at Remetin måtte anses for å falle inn

---

<sup>60</sup> *Remetin v. Croatia*, avgjørelse av 11. desember 2012 (klagenr. 2925/10).

under gruppen med «vulnerable individuals» som har krav på beskyttelse fra staten.<sup>62</sup> EMD vurderte så de ulike midlene som en person som blir utsatt for vold har for å få prøvd spørsmålet om straff. Dels fantes det materielle straffebestemmelser som dekket ulike typer av vold. Dels kan den fornærmede ta en aktiv del i rettssaken enten ved å reise privat straffesak eller, der offentlig påtalemyndighet er ansvarlig for å reise sak, ta over som subsidiær aktor. Det fantes etter EMDs oppfatning et rettslig rammeverk med strafferettslige mekanismer ment for å beskytte mot vold mot den personlige integriteten.<sup>63</sup>

At det fantes et rettslig rammeverk («appropriate legal framework») var likevel ikke tilstrekkelig etter EMDs oppfatning, og domstolen valgte å også vurdere de prosessuelle sidene ved kroatisk rett og myndighetenes håndtering i Remetins sak.<sup>64</sup> Særlig det faktum at de kroatisk domstolene omsider fant at forholdene I.S. var siktet og tiltalt for, var foreldet, veide tungt for EMD. Domstolen mente at de grunnene som myndighetene anførte som begrunnelse for at saken ble foreldet, ikke var tilstrekkelig overbevisende («highly convincing and plausible»)<sup>65</sup> Konkret var tidsbruken i de kroatisk domstolene og i påtalemyndigheten et tegn på at saken ikke var tilstrekkelig prioritert. Remetins far fikk heller ikke støtte til å fungere som subsidiær aktor i en privat straffesak. Samlet sett fant ikke domstolen at de kroatisk myndighetene hadde en godtagbar forklaring til hvorfor tidsbruken hadde vært så dårlig, og at dette utløste et brudd på EMK artikkel 8.

### 3.8 Remetin (No. 2) mot Kroatia

Tomislav Remetin ble igjen utsatt for vold i et slagsmål i mai 2008, seks år etter hendelsene som førte frem til den første *Remetin*-dommen. Saken ble etterforsket, men førte ikke til tiltale. I desember 2010 var Remetin igjen involvert i et slagsmål, som medførte at han ble tiltalt for brudd på den offentlige ro og orden. Han anmeldte flere personer for vold i forbindelse med det andre slagsmålet, som førte til en etterforskning og til at en dommer i andreinstansdomstolen i Dubrovnik fikk ansvar for å holde en juridisk utredning om saken. Påtalemyndigheten tok ut tiltale mot to personer for "violent behaviour" den 28. juli 2011. På

---

<sup>61</sup> Premiss 68.

<sup>62</sup> Premiss 91.

<sup>63</sup> Premiss 95.

<sup>64</sup> Premiss 96.

<sup>65</sup> Premiss 99.

tidspunktet for EMDs avgjørelse i saken, 24. juli 2014, hadde det enda ikke blitt avsagt dom i saken.<sup>66</sup>

Remetin påberopte både artikkel 3 og 8 i saken. EMD valgte derimot å kun behandle saken etter artikkel 8. EMD begrunnet dette med at dette var nødvendig «in order to avoid further analysis as to the issues pertinent to the threshold for the purposes of Article 3»,<sup>67</sup> en formulering EMD også brukte i *A mot Kroatia* (2010) der familievold ble vurdert utelukkende under artikkel 8. Domstolen fant også at episodene Remetin var involvert i, falt inn under begrepet "respect for private life". Vurderingstemaet definerte EMD som om myndighetenes prosessuelle oppfølging av volden mot Remetin, der de to episodene med påfølgende rettslige skritt ble vurdert separat. EMD fant at både politiet, påtalemyndigheten og domstolene sammen hadde hatt lange periode med inaktivitet som ikke kunne forklares på en troverdig måte. Håndteringen og tidsbruken hadde også hindret Remetin fra å selv følge opp saken og reise privat straffesak hva gjaldt episoden i 2008. Dette utgjorde et brudd på Remetins rett til respekt for privatliv, og dermed også EMK artikkel 8.

## 4 Hva kan utledes av EMDs praksis?

### 4.1 EMDs fremgangsmåte

Ut fra de foreliggende avgjørelsene fra EMD kan en grovt sett dele inn avgjørelsene i to hovedspørsmål som EMD besvarer for å komme frem til sin konklusjon. Det første spørsmålet er om den aktuelle handlingen i seg gjør at EMK artikkel 8 får anvendelse. Det andre spørsmålet er så om den interessen som saken gjelder, krever at staten pålegges en positiv plikt.

Under dette andre hovedspørsmålet reises det så, ut fra de konkrete omstendighetene i den enkelte sak EMD behandler, en rekke underspørsmål. Etter at EMD først har avdekket hvordan det rettslige rammeverket som omkranser klagerens sak ser ut, vurderer EMD

---

<sup>66</sup> *Remetin (No. 2) v. Croatia*, avgjørelse av 24. juli 2014 (klagenr. 7446/12).

<sup>67</sup> Premiss 67.

spørsmålet om den beskyttelse rammeverket gir, er tilstrekkelig for å verne den enkelte og klageren mot inngrep i hans eller hennes privatliv. I denne tilstrekkelighetsvurderingen kan det oppstå spørsmål om hvilken konkret rekkevidde statens skjønnsmargin har og om staten har lyktes med å treffe en rimelig balanse der to eller flere rettigheter trekker i hver sin retning.

Dersom EMD kommer til at det rettslige rammeverket i seg er tilstrekkelig for å gi beskyttelse mot inngrep i privatlivet, går domstolen så videre og vurderer konkrete etterforsknings tiltak eller prosessuelle forhold der klageren har påberopt at disse ikke har gitt en tilstrekkelig beskyttelse. I noen tilfeller har EMD også vurdert om statens tilrettelegging for at en person kan forfølge et straffbart forhold selv, har gitt en klager tilstrekkelig beskyttelse. Sistnevnte har først og fremst vært aktuelt overfor stater der fornærmede kan velge å overta en offentlig straffesak og selv føre den for retten. Jeg går ikke nærmere inn på disse vurderingene i min analyse.

På området for artikkel 8 er EMDs avgjørelser først og fremst avgjørelser i enkeltsaker. Det medfører også at domstolen i hver enkelt sak utleder sin begrunnelse og sin fremgangsmåte for å vurdere klagen. Slik sett er oversikten over de ulike spørsmålsstillingene over en grov oversikt.

## 4.2 EMDs definisjon av kriminalisering og hensynet til effektivitet

Hva vil det si at en stat har en positiv plikt til å kriminalisere atferd? Hva ligger i dette begrepet, «kriminalisering»? Spørsmålet er sentralt for at en stat skal vite hvordan den skal oppfylle den aktuelle plikten i sitt nasjonale rettssystem. Som nevnt i kapittel 1.2 er konvensjonens begreper autonome. Hvordan en stat selv har gått frem når det kommer til hvordan en definerer begrepet kriminalisering, er derfor ikke i seg avgjørende.

I *M.C. mot Bulgaria* kom EMD frem til at det i visse tilfeller kreves «... efficient criminal-law provisions» for å oppfylle forpliktelsene etter artikkel 8.<sup>68</sup> Denne formuleringen er grunnleggende, og er gjentatt i senere rettspraksis. En plikt til å kriminalisere atferd vil altså si en plikt til å innføre «efficient criminal-law provisions». En ordlydsfortolkning av «criminal-

---

<sup>68</sup> Premiss 150.

law provision» tilsier at det er tale om et eller flere konkrete straffebud. EMD bruker i *Remetin mot Kroatia* begrepet «criminal-law mechanism». <sup>69</sup> Dette begrepet synes å favne videre og også omfatte mer prosessuelle regler, for eksempel om hvem som opptrer som part i saken. I *M.C. mot Bulgaria* slås det videre fast at det må finnes strafferettslige regler «... effectively punishing» voldtekt, som var anført i den saken. Ut fra uttalelsene i de to dommene kan en altså legge til grunn at kriminalisering i EMDs forstand innebærer å vedta strafferettslige regler som kan straffe mennesker for de inngrep de har foretatt.

Et begrep som går igjen, er «effective». Straffebudet må være effektivt, det må sikre en effektiv beskyttelse av den enkelte, og et sentralt hensyn bak plikten til å vedta straffebestemmelser er «effective deterrence». Hva ligger i at bestemmelsen må være effektiv? Svaret må være at bestemmelsen er konkret og ikke legger uforholdsmessige eller unødvendige hindre i veien for at en person skal kunne straffes. Bestemmelsen må enkelt kunne håndheves. I *X og Y mot Nederland* var hindringen reglene om fornærmedes påtale. I *M.C. mot Bulgaria* dreide det seg om domstolenes tolkning av straffbarhetsvilkår i det konkrete straffebudet. En kan ut fra slutningen i *X og Y mot Nederland* tenke seg at spørsmål om foreldelsesfrist også vil ha betydning for om bestemmelsen er tilstrekkelig effektiv eller ei. At et sentralt hensyn er «effective deterrence» innebærer også at bestemmelsen må være så konkret og så avskrekkende at mennesker avstår fra atferden. Her spiller både den konkrete etterforskningen inn, likeså straffenivået. De mest sentrale momentene i å avgjøre om bestemmelsen er effektiv, vil på mange måter være omstendigheter utover det at handlingen rent objektivt er straffbar eller ikke.

### 4.3 Inngrepet må være av en slik art at artikkel 8 er anvendelig

Et inngangsvilkår for at en sak skal kunne vurderes av EMD, er at artikkel 8 blir funnet å være anvendelig. I *X og Y* var dette uomtvistet av partene, og EMD la dette til grunn med tilleggskommentaren at «moral and physical integrity of the person» var en del av «konseptet» privatliv slik artikkel 8 måtte forstås.

---

<sup>69</sup> Premiss 91 til 96.

Da EMD avgjorde *Remetin (No. 2)* i 2014 reiste de kroatiske myndighetene en innvending og mente at en av voldsepisodene Remetin hadde blitt utsatt for, der noen hadde kastet en stein i hodet på ham, ikke gjorde artikkel 8 anvendelig. Myndighetene mente at Remetin ikke hadde vært i en «particularly vulnerable position» fordi Remetin var myndig, han hadde bare fått mindre skader og angrepet ikke var rettet mot ham personlig.<sup>70</sup> «Particularly vulnerable position» måtte slik sett forstås som et inngangsvilkår for å gjøre artikkel 8 anvendelig. Dette avviste EMD, uten noen fyldigere begrunnelse enn en redegjørelse for hendelsesforløpet og en henvisning til at to av de påberopte avgjørelsene involverte provokasjon fra de som hadde klagd til EMD.<sup>71</sup>

Både i *Kulakov mot Ukraina* (2010) og i *Ilieva og Georgieva mot Bulgaria* (2012) fant EMD at de voldshandlinger klagerne var utsatt for, delvis kunne tilskrives provoserende eller truende oppførsel fra klagerens side. De to avgjørelsene var avvisningsavgjørelser. De fysiske skadene som klagerne var utsatt for, begrenset seg til skrubbsår og i et tilfelle en hjernerystelse. I *Kulakov* ble ikke artikkel 8 påberopt, men i *Ilieva og Georgieva* fant EMD at skrubbsår og hjernerystelse ikke var handlinger som ga «adverse effects for the physical and moral integrity» i tilstrekkelig høy grad til å gjøre artikkel 8 anvendelig. I den tredje avgjørelsen, *Tonchev mot Ukraina* (2009), hadde en fem år gammel gutt blitt utsatt for legemsfornærmelse av en person gutten hadde sprutet vann på. Også her var de eneste skadene skrubbsår. Selv om klageren var mindreårig var skadene også i denne saken ikke så alvorlige at de ga «adverse effects» i en slik grad at saken falt inn under artikkel 8.

Ikke i noen av de tre avgjørelsene som ble sitert i *Remetin (No. 2)* ble det i utgangspunktet stilt krav om at «particularly vulnerable individuals» var en form for inngangsvilkår til spørsmålet om det forelå positive plikter. Det avgjørende synes likevel å være at det forelå noen form for provoserende atferd slik at klageren ikke i seg hadde like stort behov for beskyttelse som en person som uprovosert blir utsatt for vold. Begrepet «adverse effects» kan også holdes opp mot formuleringen i artikkel 35 nr. 3 om at domstolen kan avvise en sak hvis klageren ikke har «... suffered a significant disadvantage». Denne har ikke vært påberopt i sakene, men der den inngripende atferden ikke utløser negative virkninger, er det vanskelig å se at klageren kan ha lidd en særlig ulempe.

---

<sup>70</sup> Premiss 62.

<sup>71</sup> Premiss 71. Det kan anføres at også den tredje dommen (*Tonchev*) inneholdt en form for provokasjon, selv om fornærmede bare var fem år gammel.



Ut fra dette vil det kun i unntakstilfeller være slik at atferd som griper inn i den enkeltes moralske eller fysiske integritet ikke omfattes av artikkel 8.

#### 4.4 Staten må ha et «adequate legal framework» som gir tilstrekkelig beskyttelse – men når krever dette straffebestemmelser?

##### 4.4.1 Utviklingen frem til kriteriet «adequate legal framework»

I praksis har det vært en viss utvikling knyttet til hvilke krav som skal stilles til lovverket til den stat som blir klagt inn for EMD. Domstolen har både formulert seg som at den ser etter «significant flaws» i regelverket, eller etter et «adequate legal framework».

I *X og Y mot Nederland* konkluderte EMD med at den beskyttelse som erstatningsrettslige regler ga, var utilstrekkelig i møte med det seksuelle overgrep som X var blitt utsatt for. EMD brukte ingen av de to oven nevnte begrepene, men gikk direkte på en nødvendighetsvurdering. Var det i X' tilfelle nødvendig med strafferettslige regler? EMD svarte ja på dette spørsmålet.

I *M.C. mot Bulgaria*, i 2003, endret domstolen vurderingskriterium, og gjorde i seg en ganske drastisk endring i sin tilnærming til klagen sammenlignet med *X og Y*. Da det ble klagt på både utformingen av lovverket rundt voldtekt i Bulgaria generelt, og hvordan myndighetene hadde håndtert C.'s anmeldelse og sak spesielt, valgte EMD å behandle begge problemstillinger under ett, og vurdere hele komplekset etter artikkel 3 og 8 samtidig. EMD gjorde nå først en vurdering av hvilken utstrekning det fantes en positiv plikt til å kriminalisere voldtekt, så en vurdering av om det fantes en positiv plikt til også å straffe alle seksuelle handlinger som skjer uten samtykke. Etter dette slo EMD fast at den måtte vurdere om lovverket «combined with» de påståtte manglene i etterforskningen hadde så «significant flaws» at det utgjorde brudd på artikkel 3 og 8.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Premiss 167.

En kan diskutere relevansen i å legge til grunn et begrep som «significant flaw» når EMD allerede i samme dom har slått fast at det foreligger en plikt til å forby såvel voldtekt som seksuelle handlinger uten samtykke. I en slik situasjon vil det virke unaturlig dersom en først kommer frem til en stat har slike plikter, men så finner at brudd på dem likevel ikke er åpenbare mangler. En test som «significant flaw» gir veiledning på at domstolen har statens skjønnsmargin sterkt i tankene når den vurderer hva staten har eller ikke har gjort. Like fullt kan en vurdering opp mot statens skjønnsmargin synes å være mer relevant ved vurderingen om en handling generelt bør være straffbar eller ei. Hvis en, som i *M.C.*, slår dette så kategorisk fast vil skjønnsmarginen allerede være begrenset.

Etter *M.C.* ble det også i *E.S.* (fra 2012) lagt til grunn et lignende prinsipp om «significant flaws», som her ble stilt som vilkår for at domstolen skulle finne en krenkelse av artikkel 8: «... only significant flaws [...] would amount to a breach of the State's positive obligations under Article 8.»<sup>73</sup> Dette fant da ikke EMD at hadde skjedd i Södermans tilfelle. At domstolen stilte dette som krav stammer fra en anførsel fra de svenske myndighetenes side,<sup>74</sup> som uprøvd blir lagt til grunn.

I sin dom i *Sandra Jankovic*<sup>75</sup> hadde EMD i 2009 lagt til grunn at statene for å beskytte den enkeltes fysiske og moralske integritet måtte «maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of violence by private individuals».<sup>76</sup> Tilsvarende fokuserte EMD på om det rettslige rammeverket var så «defective» at det utgjorde et brudd på EMK, uten å oppstille en terskel ved åpenbare mangler. Tilsvarende formuleringer ble brukt i f.eks. *A mot Kroatia* i 2010, og til og med også i *E.S.* (i premiss 58).

Avgjørelsen i *E.S.* ble så begjært behandlet av storkammeret. I storkammeravgjørelsen ble det så tydelig slått fast at et vilkår om at lovverket måtte lide av «significant flaws» ikke var relevant for spørsmålet om det eksisterte et adekvat rettslig rammeverk,<sup>77</sup> og at begrepet

---

<sup>73</sup> Premiss 59.

<sup>74</sup> Premiss 50.

<sup>75</sup> *Sandra Jankovic v. Croatia*, avgjørelse av 5. mars 2009 (klagenr. 38478/05).

<sup>76</sup> Premiss 45. Formuleringen «adequate legal framework» utleder EMD i sin tur fra *Bevacqua og S. mot Bulgaria* (2008), premiss 65.

<sup>77</sup> Premiss 91.

passet langt bedre på vurderinger av om en etterforskning led av mangler eller ei.<sup>78</sup> I ettertid har ikke EMD brukt begrepet i noen avgjørelser.

Rettsregelen som kan utledes av *Söderman* er at EMD finner at EMK artikkel 8 er krenket dersom staten ikke hadde på plass et adekvat rettslig rammeverk som ga enkeltpersoner en akseptabel grad av beskyttelse («acceptable level of protection») mot de handlingene som er aktuelle i saken. Det kan derimot ikke på generelt grunnlag kreves at det må eksistere en straffebestemmelse som kan anvendes på det forhold som utgjør inngrepet.<sup>79</sup>

I spørsmålet om privatlivet beskyttes best ved straffebestemmelser eller ved sivilrettslige bestemmelser kan en ut fra praksis hente en liste over sentrale momenter som EMD legger vekt på. For det første må handlingen være ha en tilstrekkelig høy alvorlighetsgrad. Dette momentet er i realiteten det som oftest veier tyngst i EMDs avgjørelser. For det andre er det relevant om fornærmede i saken er et sårbart individ eller ei. For det tredje spiller det inn hvilken regulering staten har valgt på nasjonalt nivå for lignende handlinger. For det fjerde spiller det inn hvordan handlingen eller nært tilknyttede handlinger reguleres på europeisk eller internasjonalt nivå.

#### 4.4.2 Er det et krav at saken må omhandle et sårbart individ – en «vulnerable individual»?

I *Remetin* la EMD til grunn at klageren, en tretten år gammel gutt på gjerningstidspunktet, var en "vulnerable individual" som derfor hadde krav på beskyttelse. EMD resonnerer lite rundt definisjonen av en slik sårbar person, og hvorfor denne formuleringen var relevant i enkeltsaken. Formuleringen virker som en konstatering av at klageren har krav på beskyttelse, men formuleringen er samtidig egnet til å snevre inn virkeområdet til artikkel 8 på en måte som ikke direkte har sammenheng med den rettsregelen EMD utleder i premiss 89 og 90.

At "vulnerable individuals" har krav på beskyttelse utledet EMD fra *Durdevic mot Kroatia* (2011), der domstolen slo fast at en femten år gammel gutt var en "vulnerable individual" som

---

<sup>78</sup> Samtidig kan det se ut til at storkammeret i *Söderman* overser det faktum at kammeret i *M.C.* ikke la til grunn begrepet bare i vurderingen av etterforskningen, men også i vurderingen av lovgivningen i seg.

<sup>79</sup> Premiss 85 i *Söderman*.

var "entitled to State protection" (premiss 109). Dette er i sin tur utledet fra uttalelser i *A mot Storbritannia* (1998), der det uttales at "children and other vulnerable individuals" har et særlig behov for beskyttelse mot angrep på deres moralske og fysiske integritet (premiss 22). Uttalelsene i *A* bygger i sin tur på en tolkning av domstolens resonnement i *X og Y*.

I *A mot Storbritannia* vurderte EMD saken ut fra artikkel 3, og i *Durdevic* ut fra artikkel 3 og 8 sammen. Kriteriet stammer slik sett fra praksis om en annen artikkel. Hverken i *A* eller i *Durdevic* defineres begrepet nærmere, utover at barn utvilsomt faller inn under det. EMD la ikke til grunn en tilsvarende uttalelse i *Remetin (No. 2)* i 2014, som nevnt over i 3.1.1.

Domstolen har annen formulering i *M.C.*, hvor den konstaterer at barn og andre sårbare personer «in particular» har krav på effektiv beskyttelse.<sup>80</sup> *M.C.* ble avsagt før *Remetin*, i henholdsvis 2003 og 2012. I *K.U.*, også avsagt før *Remetin*, har EMD derimot en uttalelse som ser spørsmålet om sårbarhet i sammenheng med de handlinger som var påstått i den saken: «Children and other vulnerable individuals are entitled to State protection [...], from such grave types of interference with essential aspects of their private lives».<sup>81</sup> Siste del av setningen henspiller da på den aktuelle handlingen, som i det tilfellet besto i forulemping på Internett. Noe tilsvarende uttalte derimot ikke EMDs storkammer i *Söderman* i 2013. Der uttaler storkammeret derimot at barn er særlig sårbare og at staten har et særlig ansvar for å forhindre voldshandlinger som den hadde eller burde ha visst om.<sup>82</sup>

Praksis er slik sett altså ikke entydig på hvilken betydning en formulering som «particularly vulnerable» har, eller hvordan fornærmedes sårbarhet spiller inn i vurderingen. Er det et vilkår for at staten skal kunne pålegges positive plikter, at fornærmede er i en sårbar posisjon? Det er svært tvilsomt om en kan trekke en slik slutning. EMD har ikke avvist noen saker med en tydelig henvisning til at klageren ikke befant seg i en sårbar situasjon. Noen presisering av begrepet har domstolen heller ikke foretatt, slik at den eneste gruppen som klart omfattes er barn.

Hvis en skjeler til det norske skadefølgebegrepet, referert over under 2.1.3, er det logisk at skadepotensialet for et barn eller en person som befinner seg i en sårbar posisjon, er høyere

---

<sup>80</sup> Premiss 150.

<sup>81</sup> Premiss 46.

<sup>82</sup> Premiss 81.

enn skadepotensialet for en voksen, alminnelig person. Barn har også sterkere rettsvern i medhold av FNs barnekonvensjon av 20. november 1989, der bl.a. artikkel 34 slår fast at statene skal treffe «alle egnede nasjonale, bilaterale og multilaterale tiltak»<sup>83</sup> for å beskytte barn mot seksuell utnyttning eller seksuelt misbruk. Slik sett vil fornærmedes sårbarhet kunne ha betydning ved at en stats positive plikter kan være strengere for sårbare personer enn for tilsvarende personer som ikke er sårbare. At en person anses for å være et sårbart individ, vil også innebære at EMD må vurdere saken mer grundig enn det som ellers hadde vært tilfellet.

#### 4.4.3 Handlingens alvorlighet – “grave acts” – som moment i vurderingen

Da EMD i 1985 i *X og Y* fant at seksuell omgang mot en psykisk utviklingshemmet jente burde vært straffbart i nederlandsk rett la de til grunn at «fundamental values and essential aspects of private life» sto på spill i saken.<sup>84</sup> Dette talte da sterkt for at det måtte finnes anvendelige straffebestemmelser.

Begrepet gir i seg selv liten veiledning på hvilke handlinger som en stat kan tenkes å måtte kriminalisere. På den ene siden favner den vidt i den forstand at inngrep som angår essensielle aspekter ved den enkeltes privatliv kan ramme mange av de temaene som artikkel 8 omfatter. Samtidig snevres rekkevidden av plikten inn ved at terskelen settes høyt. Det vil bare være i unntakstilfeller at en sak angår fundamentale verdier.

I *M.C.* presiserte domstolen så momentet om handlingens alvorlighetsgrad. I premiss 150 uttales det at effektiv avskrekking («effective deterrence», se under i 3.2.5) krever effektive straffebestemmelser overfor «... grave acts such as rape». Det er i tilfeller der «grave acts» er aktuelle som fundamentale verdier og essensielle aspekter på privatlivet står på spill, resonnererte domstolen.

Etter denne presiseringen må terskelen fortsatt anses som høy. «Grave» tilsier at handlingen må være alvorlig for at staten må pålegges å gjøre den straffbar. Dette forsterkes av at EMD formlerer seg slik at voldtekt er en type «grave act».

---

<sup>83</sup> I norsk offisiell oversettelse, inntatt som vedlegg til menneskerettsloven.

<sup>84</sup> Premiss 27.

Etter 2003 har EMD lagt til grunn noe ulike formuleringer. I 2008 og 2009 avgjorde to ulike avdelinger av EMD to saker der terskelen må sies å ha blitt senket sammenlignet med det som ble lagt til grunn i *M.C. Først i K.U.* (2008), der klageren var blitt utsatt for det som i intern rett ble klassifisert som forulemping, at hans identitet ble misbrukt på Internett. Her valgte EMD å fokusere på at klageren var mindreårig og at han hadde blitt et mål for pedofile på Internett gjennom identitetsmisbruket, noe som talte for at handlingen var mer enn triviell. Domstolen uttalte at de positive pliktene i artikkel 8 her krevde at statene kriminaliserte «offences against the person, including attempted offences».<sup>85</sup> Ut fra domstolens resonnement synes det også som om identitetsmisbruket var en del av det EMD her mente burde være straffbart, ettersom den uttaler at allmenne hensyn sterkt talte for at gjerningsmannen burde vært identifisert og stilt for retten («brought to justice»). Sammenlignet med tilfeller av voldtekt er dette gjerninger av en helt annen alvorlighetsgrad.

EMD slo året etter fast at voldshandlinger som besto av å bli sparket ned, dyttet ned en trapp og utsatt for dødstrusler innebar at staten (der Kroatia) måtte ha hensiktsmessige positive tiltak av strafferettslig art tilgjengelig.<sup>86</sup> Domstolen fant at artikkel 8 var krenket fordi saken ikke hadde blitt tilstrekkelig etterforsket, og at klageren ikke hadde fått bistand til selv å føre saken for retten. I dette tilfelle hadde staten straffebestemmelser som rammet den atferden som klageren, en voksen kvinne, ble utsatt for.

I *E.S.* slo EMDs kammer fast at en kunne trekke et skille mellom «grave» og «lesser grave» handlinger. I tilfelle handlingen falt inn under sistnevnte kategori, kunne sivilrettslige regler gi tilstrekkelig beskyttelse uten at det var behov for straffebestemmelser.<sup>87</sup> Domstolen slo likevel ikke fast om den skjulte filmingen som Söderman ble utsatt for tilhørte den ene eller den andre kategorien.

Mer veiledning ga storkammeret da saken kom dit. Foruten å bruke ordet «serious» i stedet for «grave» listet storkammeret opp omstendigheter som talte for og talte mot at staten burde ha gjort handlingen straffbar. Argumentene for var at fornærmede var mindreårig, gjerningen fant sted i hennes hjem og gjerningsmannen var kjent og i en tillitsposisjon til henne.

---

<sup>85</sup> Premiss 46.

<sup>86</sup> *Sandra Jankovic*, premiss 47.

<sup>87</sup> Premiss 58.

Argumentene mot, på den andre siden, var at handlingen ikke omfattet fysisk vold eller overgrep. I avveiningen kom EMD til at den skjulte filmingen ikke nådde opp til det som kunne anses som «grave acts».<sup>88</sup> I etterkant av *Söderman* avsa EMDs første avdeling sine to avgjørelser om klagen til Tomislav Remetin der voldshandlingene besto i henholdsvis at en voksen person sparket klageren, og at klageren fikk en stein kastet i hodet på seg samt kuttskader etter et slagsmål. I begge tilfeller la EMD opprøvd til grunn at voldshandlingene medførte en positiv plikt til å inneha effektive straffebestemmelser.<sup>89</sup>

Utenfor de tilfellene som omhandler voldshandlinger har EMD sjelden gitt medhold i at en handling er så alvorlig at den krever straffebestemmelser. I *Köpke* fant domstolen at Tyskland hadde lyktes i å finne en rimelig balanse mellom arbeidsgivers rett til eiendomsrett, og arbeidstakers rett til privatliv. I den saken var det domstolsskapt rett, senere kodifisert, som hadde gitt grunnlag for den skjulte overvåkingen. Til tross for manglende lovregulering mente EMD i det tilfellet at det rettslige rammeverket likevel var tilstrekkelig. Strafferettslige regler var heller ikke nødvendig for å beskytte personer mot slik skjult overvåking. I *J.S. mot Storbritannia*<sup>90</sup> påsto en 15 år gammel gutt at artikkel 8 måtte pålegge staten en plikt til å forby og straffe medier for å ha publisert fortrolige personopplysninger om ham. Det var EMD ikke enige i, og henviste til at handlingen riktignok gjorde et inngrep i hans personlige sfære, men ikke var en «grave act» på linje med vold eller seksuelle overgrep.<sup>91</sup> Dessuten var handlingen allerede rammet av straffebud i intern britisk rett.

Det er tydelig at handlingens alvorlighetsgrad har stor betydning som moment i vurderingen om artikkel 8 krever at den kriminaliseres. EMDs praksis er likevel ikke helt entydig når det kommer til hvor alvorlig en handling må være. Det klare utgangspunkt er at handlinger som anses å være alvorlige («serious» eller «grave»), særlig handlinger av typen fysisk og seksuell vold, eller som omhandler mindreårige, er handlinger som statene har plikt til å gjøre straffbare. Hva gjelder voldshandlinger som ikke anses som alvorlige, er den rettslige situasjonen mer usikker. Pro-kontra-vurderingen i *E.S.* kan derimot tjene som rettesnor. Det taler for en plikt til å kriminalisere at handlingen foretas mot mindreårige, mot en person som en har et tillitsforhold til eller at den foretas i fornærmedes hjem. For handlinger som ikke involverer vold, skal det derimot mye til for at en handling er så alvorlig at statene har en plikt

---

<sup>88</sup> Premiss 86.

<sup>89</sup> Premiss 91 i *Remetin*, premiss 95 i *Remetin (no. 2)*.

<sup>90</sup> *J.S. v. United Kingdom*, avvisningsavgjørelse av 3. mars 2015 (klagenr. 445/10).

<sup>91</sup> Premiss 52.

til å gjøre den straffbar. I slike tilfeller kan det også oftere gjøre seg gjeldende mothensyn, eksempelvis som i *Köpke* og *J.S.*, sistnevnte i form av mediens ytringsfrihet, som gjør at det skal mere til før avveiningen av hensynene faller det på at kriminalisering er løsningen.

#### 4.4.4 Valg av regulering på nasjonalt nivå som moment i vurderingen

Et hensyn som EMD la vekt på i *X og Y* var at Nederland generelt hadde valgt strafferetten for å gi sine borgere beskyttelse mot seksuelle krenkelser.<sup>92</sup> Dette momentet talte da for at det måtte være mulig å straffe en person for seksuell omgang med en person i avhengighetsforhold, ut fra konsekvensbetraktninger.

«States undoubtedly enjoy a wide margin of appreciation», ble det uttalt i *M.C.* om hvilke måter en stat kan sikre sine borgere effektiv beskyttelse mot voldtekt.<sup>93</sup> I den saken kom likevel EMD frem til at voldtekt er en så alvorlig handling at staten må pålegges å forby den etter EMK. Domstolen la ikke i seg vekt på hvordan bulgarske myndigheter hadde valgt å regulere spørsmål om seksuelle krenkelser da de fant at alle seksuelle handlinger uten samtykke måtte kriminaliseres etter EMK artikkel 8.

Likevel er uttalelsen i *M.C.* en klar illustrasjon om hva som er begrunnelsen for at valget av regulering på nasjonal nivå er et moment i vurderingen etter artikkel 8. Det er i disse tilfellene lettere for EMD å finne at staten har gått utover sin skjønnsmargin, ettersom staten i større grad burde vært klar over at den handling som saken gjelder, burde vært behandlet på samme måte som andre lignende handlinger. Selv ikke Nederlands anførsel i *X og Y* om at det var en ekstraordinær og helt uventet rettslig situasjon som de ikke kunne være forberedt på, vant igjennom.

På tilsvarende vis kan det argumenteres for at dersom staten bevisst har valgt å regulere en bestemt type handlinger eller inngrep med andre typer virkemidler enn strafferettslige, er det et moment som taler mot eksistensen av en positiv plikt til å kriminalisere. Domstolen må likevel vurdere om det rettslige rammeverket er effektivt nok, men det vil i så tilfelle være større grunn for EMD å vise tilbakeholdenhet med å overprøve den vurderingen som staten

---

<sup>92</sup> Premiss 27, andre avsnitt.

<sup>93</sup> Premiss 154.



selv har gjort. Særlig relevant blir dette i situasjoner, som nevnt, der den enkeltes privatliv veies opp mot en annen viktig interesse. Dersom staten kan vise at den har oppstilt regler som skal forhindre eller sanksjonere misbruk, for eksempel ved regler om krav om erstatning eller, som i *Köpke*, avskjæring av bevis dersom et videoopptak er gjort i strid med loven, og disse reglene fungerer etter sin hensikt, vil EMD sjelden finne en krenkelse.

Her må det likevel tas forbehold dersom andre momenter taler sterkt mot, f.eks. både handlingens alvorlighetsgrad og den internasjonale konsensus på området. I så tilfelle må det gjøres en avveining mellom de motstridige momentene.

#### 4.4.5 Internasjonal regulering som moment i vurderingen

Hvordan handlingen reguleres i Europa er et moment som EMD oftere trekker inn enn hvordan staten selv har regulert lignende handlinger. Også her er et sitat fra *M.C.* belysende: «... the Court must have regard to the changing conditions within Contracting States and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved.»<sup>94</sup>

Sett hen til de avgjørelsene som er nevnt i drøftelsen, er det i fire tilfeller at EMD trekker inn internasjonal rett og praksis i sin drøftelse.

I *M.C.* henviser EMD til en rekke internasjonale kilder som relevante. For det første straffebestemmelsene i ti europeiske land og ytterligere fire land<sup>95</sup> som knytter seg til voldtekt. For det andre til en anbefaling fra Europarådets ministerkomité om beskyttelse av kvinner mot vold, for det tredje til praksis fra International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) og for det fjerde til en General Recommendation fra 1992 fra FNs kvinnediskriminingskomité.

Felles for de fire kildene er at EMD benytter dem aktivt for å avklare hvilke elementer som må anses å inngå i en moderne definisjon av voldtekt. Ut fra kildene slår EMD fast at det er en klar trend bort fra krav om at voldtekt forutsetter at fornærmede har gjort fysisk motstand. I stedet er det mangel på samtykke som i stadig større grad, etter EMDs oppfatning, gjør seg

---

<sup>94</sup> Premiss 155.

<sup>95</sup> Se premiss 88-100 og 129-147. Åtte av de totalt 14 landenes rettsregler ble påberopt av tredjeparten Interights.

gjeldende. Praksis fra ICTY illustrerer at fysisk makt ikke lenger er et element i voldtektsdefinisjonen i internasjonal rett.<sup>96</sup> Når EMD så slår fast at medlemsstatene har plikt til å kriminalisere seksuelle handlinger som er foretatt uten motpartens samtykke, er det «in accordance with contemporary standards and trends in that area».<sup>97</sup> Disse trendene utledes altså fra de internasjonale kildene og fra tredjepartsintervensjonen fra Interights.

I *A mot Kroatia* tok EMD med den samme anbefalingen fra Europarådets ministerkomité som i *M.C.* Domstolen utleder ikke noe eksplisitt ut av anbefalingen, men dokumentet synliggjør at Europarådet har et klart standpunkt om at vold i nære relasjoner må bekjempes med en rekke ulike virkemidler, blant annet straffe og etterforske gjerningspersonen. Dokumentet taler slik sett til støtte for EMDs konklusjon i den saken.

I *K.U.* ble EMD stilt overfor et spørsmål om avveiningen mellom den enkelte fornærmedes privatliv og et rettslig regelverk egnet til å beskytte Internett-brukeres digitale personvern. I denne avveiningen hentet EMD inn dokumenter fra Europarådet, FN og EU på feltet. EMD foretok også en komparativ studie over lovgivningen i Europarådets medlemsland, der de fleste land hadde regler som tillot politi- og påtalemyndighet innsyn i personopplysninger uten hensyn til det mistenkte lovbruddets alvorlighet. Disse kildene brukte EMD for å begrunne at finske myndigheter på et tidligere tidspunkt burde ha lagd et rettslig rammeverk som kunne balansere de ulike hensyn mot hverandre på en bedre måte.<sup>98</sup>

Endelig valgte EMD i *Söderman* å henvise til FNs barnekonvensjon og Europarådets konvensjon om å beskytte barn mot seksuell utnyttning eller overgrep. EMD foretok her også en komparativ analyse av om skjult filming med eller uten seksuelt formål var straffbart blant Europarådets medlemsland. Et flertall av medlemslandene hadde straffebestemmelser mot begge de to typetilfellene. Som nevnt over kom likevel ikke EMD frem til at handlingen som var aktuell i dommen, utløste noen positiv plikt til å kriminalisere.<sup>99</sup>

At det foreligger en konsensus på tvers av Europa om hvordan en konkret problemstilling skal løses, innebærer at EMD kan stille strengere krav for å forklare hvorfor en stat har valgt en

---

<sup>96</sup> Premiss 157-165.

<sup>97</sup> Premiss 166.

<sup>98</sup> Premiss 48.

<sup>99</sup> Dommer Pinto dissenterte og mente at den konsensus som fremkom i analysen, gjorde det naturlig å pålegge medlemsstatene å kriminalisere all skjult filming foretatt uten samtykke.

annen løsning.<sup>100</sup> EMD står likevel helt fritt til å trekke slutninger ut fra eventuelle internasjonale kilder eller komparative analyser.

Hva sier da den EMD-praksis som er behandlet her, om momentet internasjonale kilder? I tre av de fire tilfellene støtter de internasjonale kildene opp under EMDs endelige konklusjon, selv om de ikke eksplisitt er lagt vekt på av EMD i den rettslige argumentasjonen. De komparative analysene er det i utgangspunktet for få av til å kunne trekke noen klare slutninger, og en av de to analysene velger EMD ikke å legge stor vekt på. Harris m.fl. beskriver i teorien komparative analyser med sikte på europeisk konsensus som «... likely to be complicated and [...] often inconclusive».<sup>101</sup>

Slik sett er internasjonale kilder og komparative analyser momenter som kan være relevante i en avgjørelse om statens positive plikter forutsetter straffebestemmelser, der de er innhentet. Det er derimot vanskelig å si at internasjonale reguleringer generelt trekker i den ene eller den andre retning. Dette vil variere ut fra hva slags form for konsensus det eventuelt finnes og hvilken argumentasjon som ligger i de internasjonale kildene.

---

<sup>100</sup> Harris m.fl. s. 513.

<sup>101</sup> Harris m.fl. s. 513.

## 5 Konklusjon

Hovedproblemstillingen som innledet denne besvarelsen var:

«Hvilke momenter er relevante for EMD når den avgjør om retten til effektiv beskyttelse i EMK artikkel 8 krever at den enkelte stat må gjøre inngrep i den enkeltes privatliv straffbare?»

Slik det fremgår av punkt 4.4 i oppgaven over er det tre ulike momenter som en kan dedusere fra EMDs praksis knyttet til de positive pliktene som følger av EMK artikkel 8: Handlingens alvorlighet, hvordan staten selv har innrettet seg når det gjelder regulering av lignende typer av handlinger, og hvordan handlingen eller lignende handlinger reguleres internasjonalt. Under handlingens alvorlighetsgrad kan en så igjen finne flere momenter som taler for at en handling må sanksjoneres med straff, og der alternative regelsett ikke anses gi nok beskyttelse. Det dreier seg om at fornærmede er mindreårig, gjerningen er foretatt i fornærmedes eget hjem, av en person vedkommende har et tillitsforhold til, eller at handlingen involverer voldsbruk.

Dersom de fire siste momentene alle er oppfylt, er EMD tilbøyelig til å konkludere med at retten til effektiv beskyttelse etter artikkel 8 krever mer enn kun sivilrettslige regler. Har staten da ikke sørget for at det finnes en straffebestemmelse som handlingen kan subsumeres under, eller som i *X og Y*, at muligheten til å påberope bestemmelsen gjennom påtale ikke er tilstede, er det overhengende sannsynlig at domstolen vil komme frem til at EMK artikkel 8 er krenket. Dersom handlingen ikke involverer voldsbruk, taler dette sterkt imot en kriminaliseringsplikt. I slike tilfeller er det vanskelig ut fra praksis å se at EMD i det hele tatt skulle slå fast en slik plikt.

I praksis betyr dette at terskelen for å konkludere med at EMK artikkel 8 er brutt på grunn av mangel på straffebestemmelser, ligger høyt. Dette til tross for at praksis, som påpekt i punkt 4.2.2, ikke er helt entydig. Det er i praksis bare der den enkelte har vært utsatt for vold eller seksuelle overgrep som de folkerettslige forpliktelsene krever straff. I andre tilfeller, i de tilfellene som EMDs storkammer i *Söderman* kaller «less serious acts», kan regler om erstatning og oppreisning være tilstrekkelige. I sitt særvotum i *M.C. mot Bulgaria* ville dommer Tulkens påpeke at domstolen selv uttalte i premiss 24 i *X og Y mot Nederland* at «recourse to the criminal law is not necessarily the only answer». Han ville også presisere på

generelt grunnlag at positive plikter til å kriminalisere var en form for plikt som tilsa «... a certain degree of «restraint»». <sup>102</sup> Det kan synes som om dette er dekkende for EMDs tilnærming til saken.

---

<sup>102</sup> Premiss 2 i særvotumet.

## 6 Avsluttende refleksjoner

Kan en si noe om hvordan disse momentene påvirker norsk rett? Jeg vil først se på våre prinsipper for kriminalisering og to konkrete eksempel på strafferettens område som fortjener å bli trukket frem. Så vil jeg si noen ord om Grunnloven og hvilken betydning den kan få i anledning denne type spørsmål.

I norsk rett er det lagt til grunn at det styrende prinsippet er det såkalte «skadefølgeprinsippet». I NOU 2002: 4 beskrev Straffelovkommissjonen dette prinsippet som at «straff bare bør brukes som reaksjon på handlinger som medfører, eller kan medføre, at noen påføres skade».<sup>103</sup> Sanksjonsutvalget la i sin tur i NOU 2003: 15 til grunn fem hensyn som etter utvalgets oppfatning burde være styrende for om en handling burde kriminaliseres eller ei: nødvendighet, subsidiaritet, de vernede interesser, alvorlighet og håndheving.<sup>104</sup>

Holdt opp mot Norges prinsipper for kriminalisering er det i utgangspunktet ikke vanskelig å se at Norge overholder de krav som våre folkerettslige forpliktelser krever av oss. En kan også se paralleller mellom Sanksjonsutvalgets hensyn, og de momentene EMD legger vekt på: Alvorlighet, vernede interesser, nødvendighet. Håndheving er en del av EMDs krav til at bestemmelsen skal være effektiv. Subsidiariteten er bakt inn i statens skjønnsmargin i EMK. Vold og seksuelle handlinger er også i norsk rett beskyttet gjennom strafferetten og henholdsvis straffeloven 1902 og 2005. Dette selvfølgelig i tillegg til at den enkelte kan kreve oppreisning og erstatning.

Gjør Norge likevel alt som kreves? Jeg vil nevne at EMD i *M.C. mot Bulgaria* la til grunn at alle stater har plikt til å kriminalisere alle former for seksuelle handlinger som har skjedd uten samtykke. I Norge har straffeloven 2005 et straffebud i § 297 som regulerer seksuelle handlinger uten samtykke. Det er likevel en diskusjon om straffebudene om voldtekt bør suppleres slik at det vesentlige elementet er at handlingen skjer uten den andres samtykke. Noen proposisjon har ikke blitt lagt på bordet, men det er ingen grunn til å tro at diskusjonen, som blant annet bunner i en kampanje fra Amnesty International, vil stilne hen.

---

<sup>103</sup> NOU 2002: 4 s. 79.

<sup>104</sup> NOU 2003: 15 s. 145.

Det andre punktet er en type saker som dessverre har blitt mer og mer vanlig. Det dreier seg om det som populært kalles «hevnporno», det vil si bilder eller filmer av mennesker i seksuelle situasjoner som er lagt ut på Internett uten objektets samtykke. Kan hevnporno være en form for handling som etter momentene i 4.3 krever en særlig straffehjemmel? Den rettslige situasjonen knyttet til hevnporno er langt fra sikker. I svensk rett vil eksempelvis hevnporno bare rammes av loven om opphavsrett eller straffebudene om ærekrenkelser. Dersom en tar utgangspunkt i en person som utsettes for hevnporno vil vedkommende dels befinne seg i en sårbar situasjon, handlingen er (oftest) foretatt i en meget intim setting, av en person som fornærmede er i et tillitsforhold med. Selv om vold ikke nødvendigvis er involvert er det å legge ut bilder og filmer med et slikt seksuelt innhold svært inngripende for den enkelte. Sammenlign med *K.U. mot Finland*, der det faktisk at identitetstyveri av en mindreårig kunne føre til kontakt fra pedofile gjorde at EMD kom med tydelige uttalelser. I Sverige pågår det en debatt om det er behov for en egen lov mot hevnporno, tilsvarende en ny lov med samme formål i Israel. Det gjenstår å se om tilsvarende debatt vil komme til Norge.

Så avslutningsvis til Grunnloven. Som nevnt i kapittel 1 slår Grunnloven § 102 nå fast at alle har krav på respekt for sitt privatliv. I andre ledd er det kodifisert at

«Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integriteten.»

Også i § 104 finnes en lignende formulering knyttet til barn:

«Barn har rett til vern om sin personlige integritet.»

En skal ikke se bort fra at §§ 102 og 104 kan få betydning for fremtidige vurderinger av hva som bør og ikke bør kriminaliseres. I ytterste konsekvens må formuleringen i § 102 andre ledd bety at integriteten vernes gjennom straffebud. Høyesterett har også vist seg villig til å utvikle retten, dersom det skulle bli reist et fastsettelsessøksmål for norske domstoler om mangel på et konkret effektivt straffebud skulle være i strid med Grunnloven.

Samtidig eksisterer allerede EMK, og EMD har til en viss grad utviklet retten og lagt ned prinsipper og momenter for vurderingen om hva som gir et tilstrekkelig vern. Grunnloven er i denne sammenheng mer upløyd mark, og et mer usikkert kort å spille på. Likevel kan det tenkes at norske domstoler vil være tilbøyelige til å gå lenger i sin rettsutvikling hvis en bygger på Grunnloven enn på EMK, også tatt i betraktning uttalelsene i Bøhler-dommen om at domstolene ikke må legge inn en sikkerhetsmargin mot potensielle konvensjonskrenkelser. Noen tilsvarende begrensning har ikke Grunnloven. Utviklingen og samspillet mellom regelsettene blir interessant å iaktta i tiden fremover.

## Litteraturliste

### Avgjørelser fra EMD

- Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, avgjørelse av 28. juli 1968 (klagenr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64)
- Marckx v. Belgium*, avgjørelse av 13. juni 1979 (klagenr. 6833/74).
- Airey v. Ireland*, avgjørelse av 9. oktober 1979 (klagenr. 6289/73).
- Handyside v. United Kingdom*, storkammeravgjørelse av 7. desember 1976 (klagenr. 5493/72)
- X and Y v. the Netherlands*, avgjørelse av 26. mars 1985 (klagenr. 8978/80)
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, storkammeravgjørelse av 28. mai 1985 (klagenr. 9214/80, 9473/81 og 9474/81)
- Kudla v. Poland*, avgjørelse av 26. oktober 2000 (klagenr. 30210/96)
- M.C. v. Bulgaria*, avgjørelse av 4. desember 2003 (klagenr. 39272/98)
- Von Hannover v. Germany*, storkammeravgjørelse av 24. juni 2004 (klagenr. 59320/00)
- K.U. v. Finland*, avgjørelse av 2. desember 2008 (klagenr. 2872/02)
- Sergey Zolotukhin v. Russia*, storkammeravgjørelse av 10. februar 2009 (klagenr. 14939/03)
- Köpke v. Germany*, avvisningavgjørelse av 5. oktober 2010 (klagenr. 420/07)
- A v. Croatia*, avgjørelse av 14. oktober 2010 (klagenr. 55164/08)
- S.H. and others v. Austria*, storkammeravgjørelse av 3. november 2011 (klagenr. 57813/00)
- E.S. v. Sweden*, avgjørelse av 21. juni 2012 (klagenr. 5786/08)
- Remetin v. Croatia*, avgjørelse av 11. desember 2012 (klagenr. 2925/10)
- Söderman v. Sweden*, storkammeravgjørelse av 12. november 2013 (klagenr. 5786/08)
- Remetin (No. 2) v. Croatia*, avgjørelse av 24. juli 2014 (klagenr. 7446/12)
- J.S. v. United Kingdom*, avvisningsavgjørelse av 3. mars 2015 (klagenr. 445/10).

### Praksis fra Høyesterett

- Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp-kjennelsen)
- Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen)
- Rt. 2005 s. 1014



### **Juridisk teori**

Harris, David, mfl., *Law of the Convention on Human Rights*, 3. utgave, Oxford University Press (Oxford) 2014

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (2011), Fagbokforlaget, Bergen

### **Norges Offentlige Utredninger**

NOU 2002: 4 Ny straffelov, side 78-99

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring – Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff