

UiO : **Det juridiske fakultet**

Grenseoverskridende overvåkning

EMKs ekstraterritoriale virkning ved overvåkning rettet mot utlandet

Kandidatnummer: 603

Leveringsfrist: 25.04.2018

Antall ord: 17 510



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Noen avgrensninger og presiseringer	3
1.3	Rettskilder og metode	3
1.3.1	Analogisk anvendelse av EMK	6
1.3.2	Særlig om EMDs metode	4
1.4	Videre fremstilling	6
2	RETTSLIGE UTGANGSPUNKT	8
2.1	EMKs virkeområde	8
2.1.1	Jurisdiksjon	8
2.1.2	Ekstraterritoriell jurisdiksjon	8
2.2	EMK og hemmelig overvåkning	14
2.2.1	Retten til privatliv	14
2.2.2	Retten til privatliv i EMK artikkel 8	14
2.2.3	Retten til et effektiv rettsmiddel ved konvensjonskrenkelse, EMK artikkel 13.20	
3	HEMMELIG OVERVÅKNING AV GRENSEOVERSKRIDENDE KOMMUNIKASJON.....	22
3.1	Innledning	22
3.1.1	Analogislutninger fra eksisterende praksis	23
3.1.2	Eksisterende teorier om jurisdiksjon passer ikke på overvåkning	24
3.2	Jurisdiksjon gjennom faktisk kontroll ("virtual control standard")	25
3.3	Skillet mellom negative og positive forpliktelser	27
3.4	Statsborgerskap eller bosted som grunnlag for jurisdiksjon	29
3.4.1	Skillet mellom statsborgere og innbyggere	30
3.4.2	Statsborgerskap som grunnlag for jurisdiksjon	32
3.4.3	Skille mellom innbyggere og individer som er bosatt i utlandet	33
3.5	Myndighet og kontroll over individets rettigheter	34
3.6	Funksjonell jurisdiksjon	37
4	BRUK AV INFORMASJON INNSAMLET AV ANDRE STATER GJENNOM ULOVLIG HEMMELIG OVERVÅKNING	38
4.1	Innledning	38
4.2	Konvensjonsbruddet følger informasjonen	39
4.2.1	Bruk av informasjon innhentet i strid med EMK artikkel 8	40

4.3	Informasjonsdelingsregimer	41
4.3.1	EMDs avgjørelse i Big Brother Watch og andre mot Storbritannia.....	42
5	AVSLUTNING.....	43
	LITTERATURLISTE	46

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

En av statens viktigste oppgaver er å beskytte borgerne mot trusler utenfra. I moderne stater er denne oppgaven ofte løst gjennom opprettelsen av væpnede styrker for å avskrekke og imøtegå angrep, samt en etterretningstjeneste som skal samle inn informasjon for å avdekke mulige trusler. En av måtene etterretningstjenesten kan samle informasjon på er gjennom hemmelig overvåkning av individer og deres kommunikasjon. Muligheten til å overvåke individene gjelder imidlertid ikke uten begrensninger. Staten skal også sikre at individenes menneskerettigheter blir ivaretatt, herunder respektere individenes rett til privatliv som blant annet finnes i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. Det oppstår en spenning mellom statens plikt til å sørge for nasjonal sikkerhet, og plikten til å følge menneskerettslige forpliktelser.

Dette spennet mellom samfunnets interesse i å avdekke trusler mot sikkerheten og individets rett til å slippe å bli overvåket er ingen ny problemstilling. Spørsmålet om hvor langt stater kan gå i sin overvåkning uten å bryte med forpliktelsen til å sikre borgerne privatliv er behandlet av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) flere ganger. I en av de første sakene om overvåkning, *Klass og andre mot Tyskland* fra 1978, fremholdt EMD at hemmelig overvåkning av post og telekommunikasjon innenfor statens jurisdiksjon kan være tillatt av hensyn til rikets sikkerhet. Senere har domstolen godtatt også masseinnsamling av kommunikasjonsdata kan brukes for å oppnå dette formålet.¹ EMDs standpunkt er at overvåkning er tillatt, så lenge vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2 er oppfylt. Dette betyr at overvåkningen må ha hjemmel i lov, søke å oppnå et legitimt formål og være forholdsmessig.²

For at den hemmelige overvåkningen i det hele tatt skal være underlagt EMKs begrensninger, må den være under en medlemsstats jurisdiksjon. Denne oppgaven skal undersøke hvorvidt, og i tilfelle hvor langt, en medlemsstats menneskerettslige ansvar strekker seg gjennom jurisdiksjon i saker om hemmelig overvåkning. Spørsmålet er per nå ikke avklart av EMD, selv om problemstillingen kom opp i både *Weber og Saravia mot Tyskland* fra 2006 og *Liberty og andre mot Storbritannia* fra 2008. I 2018 avsa EMD dom i to saker om hemmelig overvåkning av grensekryssende elektronisk kommunikasjon, men heller ikke her ble spørsmålet om jurisdiksjon drøftet.³

¹ Se for eksempel *Roman Zakharov v. Russia*, avsnitt 232.

² EMK art. 8 nr. 2.

³ *Centrum för Rättvisa v. Sweden og Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*.

Selv om problemstillingen ikke er ny for EMD har det skjedd en stor teknologisk utvikling siden domstolen for første gang behandlet saker om hemmelig overvåkning. FNs høykommissær for menneskerettigheter fremstiller utviklingen innen kommunikasjonsteknologi som et tveegget sverd. På den ene siden kan denne teknologien ”forsterke stemmene til menneskerettighetsforsvarere og gjøre det lettere å avsløre menneskerettighetsbrudd”, og på denne måten styrke menneskerettighetsvernet.⁴ På den annen side har teknologien et klart potensiale for misbruk, for eksempel gjennom overvåkning.⁵ FN har også uttrykt bekymring for hva overvåkning kan føre til. FNs tidligere høykommissær for menneskerettigheter, Navi Pillay, har uttrykt det slik: ”Such surveillance threatens individual rights – including to privacy and to freedom of expression and association – and inhibits the free functioning of a vibrant civil society.”⁶ Overvåkning utgjør ikke bare en trussel mot den enkeltes rettigheter, men truer hele samfunnet.

Flere land i Europa har innført overvåkningssystemer som gjør det mulig å overvåke individer som befinner seg utenfor landets territorium.⁷ I Norge har Regjeringen foreslått et liknende system i utkastet til ny lov om etterretningstjenesten.⁸ Spørsmålet om grenseoverskridende, hemmelig overvåkning er satt på agendaen både i nasjonal politikk, som i Norge under debatten om ny lov om etterretningstjenesten, og i internasjonale fora, som i FNs menneskerettighetsråd (se nedenfor i 5). Noe av det som gjør spørsmålet så viktig er det enorme omfanget overvåkningsregimer kan ha. Et eksempel er det britiske TEMPORA-programmet, som har samlet inn data fra de fiberoptiske kablene som går inn og ut av Storbritannia.⁹ Gjennom disse kablene kunne Storbritannia, i tillegg til å overvåke kommunikasjonen til egne innbyggere, fange opp store deler av internettrafikken mellom Europa og Nord-Amerika.¹⁰ Det er anslått at mengden data britiske Government Communications Headquarters (GCHQ) hadde adgang til tilsvarte ”å sende all informasjon i alle bøkene i British Library 192 ganger i døgnet.”¹¹

Et annet viktig aspekt er den mulige ”normaliseringen” av overvåkningsregimer. Som FNs høykommissær for menneskerettigheter uttrykker det er masseovervåkning blitt ”a dangerous habit rather than an exceptional measure.”¹²

⁴ FNs høykommissær for menneskerettigheter (udatert) a, min oversettelse.

⁵ Ibid.

⁶ Pillay (2014).

⁷ Se beskrivelsen av overvåkningsregimene i *Centrum för Rättvisa v. Sweden og Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*.

⁸ Forsvarsdepartementet (2018), s. 184 flg.

⁹ MacAskill mfl. (2013).

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² FNs høykommissær for menneskerettigheter, A/HRC/27/37 (2014), avsnitt 3.

Kommunikasjon over internett gjør også at det blir mindre og mindre meningsfylt å operere med landegrenser som grenser for jurisdiksjon. Internettbasert kommunikasjon sendes ofte innom flere stater på vei fra avsender til mottaker – også når disse befinner seg i samme land.¹³

1.2 Avgrensninger og presiseringer

Denne oppgaven handler om hemmelig overvåkning, som enten er rettet mot utlandet eller der det av andre grunner blir relevant å ta opp spørsmålet om jurisdiksjon. Oppgaven vil derfor behandle situasjoner der individet eller inngrepet i retten til privatliv finner sted utenfor statens territorium. Ut over dette er ikke oppgaven begrenset til spesielle former for overvåkning. Med ”overvåkning” menes situasjoner der myndighetene samler inn informasjon om for eksempel individer eller en organisasjon.¹⁴ ”Informasjon” vil i denne oppgaven bli brukt om de opplysningene som samles inn gjennom overvåkningen, uten hensyn til skiller mellom for eksempel innholdsdata og metadata.¹⁵

Det sentrale temaet i oppgaven er hvorvidt medlemsstaten har jurisdiksjon, noe som medfører at EMK kommer til anvendelse. At medlemsstaten har jurisdiksjon i et gitt tilfelle betyr ikke at overvåkningen er i strid med EMK, kun at EMD har mulighet til å prøve konvensjonsmessigheten. Det er heller ikke slik at all hemmelig overvåkning er i strid med EMK, se redegjørelsen for hvilke krav EMK setter til overvåkningsregimene i 2.2.

1.3 Rettskilder og metode

Denne oppgaven omhandler en menneskerettslig problemstilling, og folkerettslige rettskilder vil stå i sentrum.

EMD har slått fast at konvensjonen skal tolkes i samsvar med Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 til 33.¹⁶ Videre har EMD uttalt at reglene i artiklene 31 til 33 er kodifisering av folkerettslig sedvanerett som domstolen hadde anvendt som tolkningsprinsipper allerede før Wien-konvensjonens ikrafttredelse.¹⁷ Dette innebærer at selv om konvensjonen trådte i kraft etter EMK er de kodifiserte tolkningsprinsippene gyldige også ved tolkningen av

¹³ I et forsøk på å måle omfanget av grenseoverskridende internettrafikk fant en journalist i NRK at nesten halvparten av trafikken hans var innom en server med utenlandsk IP-adresse, se Gundersen (2019).

¹⁴ Løkke (2018).

¹⁵ EMD virker også å innta en linje der skillet mellom innholdsdata og metadata viskes ut, se om Big Brother Watch and others v. the United Kingdom i 2.2.2.1.

¹⁶ Golder v. the United Kingdom, avsnitt 29. Synspunktet er fulgt opp i bla. Banković and others v. Belgium and others, avsnitt 55.

¹⁷ Ibid.

EMK.¹⁸ I følge Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 skal ordlyden være utgangspunktet for tolkningen. Det er uttrykkenes ”ordinary meaning” som skal legges til grunn, men ordlyden må sees i sammenheng med konteksten og konvensjonens gjenstand og formål.¹⁹ Begrepene i EMK er autonome, slik at et ord som brukes i en artikkel i konvensjonen ikke nødvendigvis har samme innhold her som i nasjonal rett.²⁰ Et eksempel er begrepet ”jurisdiksjon”, se nedenfor under 2.2.1.

EMD har kompetanse til å fatte rettslig bindende vedtak ved avgjørelsen av enkeltsaker.²¹ Selv om Wien-konvensjonen ikke nevner praksis fra gjennomføringsorganene, kun ”subsequent practice” fra medlemsstatene²², viser EMD svært ofte til tidligere praksis.²³ Det har også hendt at domstolen har fraveket tidligere standpunkt.²⁴ Denne oppgaven vil i stor grad gjøre bruk av EMDs praksis. To sentrale dommer om overvåkning, *Centrum för Rättvisa* og *Big Brother Watch* skal behandles av EMDs storkammer senere i år, og er derfor ikke endelige. Anvendelsen av dem skjer derfor under den forutsetning at de er uttrykk for EMDs rettsopfatning per april 2019.²⁵

I tillegg til EMK og tilhørende praksis, vil uttalelser og praksis fra FN-organer og praksis fra norske og utenlandske domstoler trekkes inn i analysene. Det vil også bli trukket inn juridisk teori, selv om dette i folkeretten er regnet som en sekundær rettskilde.²⁶

1.3.1 Særlig om EMDs metode

I tillegg til de mer generelle tolkningsprinsippene som finnes i Wien-konvensjonen, har EMD utviklet egne tolkningsprinsipper. EMK inneholder dessuten noen spesielle prinsipper for tolkning av konvensjonen.²⁷ Et spesielt trekk ved EMDs metodebruk, som har vokst frem gjennom praksis, er dens dynamiske fortolkning av EMK.²⁸

¹⁸ Høstmølingen (2012) s. 92.

¹⁹ VCLT art. 31 nr. 1.

²⁰ Høstmølingen (2012) s. 94

²¹ EMK art. 46.

²² VCLT art. 31 nr. 3 b.

²³ Høstmølingen (2012) s. 99.

²⁴ Se for eksempel nedenfor under 2.1.2.1 om *Banković and others v. Belgium and others* og *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*.

²⁵ *Centrum för Rättvisa v. Sweden* og *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*. Det er planlagt høring av begge sakene 10.06.2019, jf. Den europeiske menneskerettsdomstol (udatert). Om endelig dom, se EMK art. 44.

²⁶ Høstmølingen (2012) s. 105.

²⁷ Se for eksempel EMK art. 17 og 18.

²⁸ Se for eksempel *Matthews v. the United Kingdom*, avsnitt 39.

I følge Inge Lorange Backer kan den dynamiske fortolkningen av EMK ha tre begrunnelser. For det første må konvensjonen tolkes slik at den kan ”anvendes på nye samfunnsforhold som oppstår”.²⁹ Dette betyr at konvensjonstolkningen må ta høyde for at det kan oppstå nye faktiske problemstillinger, slik at for eksempel teknologiske fremskritt ikke gjør konvensjonen irrelevant. Denne begrunnelsen er spesielt relevant for problemstillingen i denne oppgaven, der nye former for overvåking ikke passer overens med EMKs regler om ekstraterritorialitet. For det andre kan EMK tolkes dynamisk for å reflektere ”endrede verdioppfatninger i konvensjonsområdet”.³⁰ Et eksempel på en slik avgjørelse er *Dudgeon mot Storbritannia* der det nord-irske straffebudet mot homofili ble ansett å være i strid med EMK. EMD uttaler ikke eksplisitt at de driver dynamisk tolkning, men viser i stedet til at på grunn av bedre forståelse og mer toleranse finner det store flertallet av Europarådets medlemsstater ikke lenger det nødvendig eller formålstjenlig å opprettholde slike straffebud.³¹ Backer fremhever at begge disse begrunnelsene er ”lite kontroversielle, men viktige for å unngå at konvensjonen blir foreldet.”³² På dette punktet skiller den siste begrunnelsen Backer trekker frem seg fra de øvrige. Denne begrunnelsen er nemlig ønsket om at tolkningen skal gi stadig mer omfattende rettigheter, ved å gi konvensjonsfestede rettigheter utvidet innhold og virkeområde.³³ Kontroversen består, i følge Backer, i at en slik utvidelse innebærer en avveining mot andre verdier som kanskje må vike.³⁴ For eksempel kan en utvidelse av retten til ytringsfrihet begrense retten til privatliv, og omvendt.³⁵ Også denne begrunnelsen for dynamisk tolkning blir relevant for denne oppgaven- Problemstillingen er nettopp om EMK kan gis et videre geografisk virkeområde gjennom ekstraterritoriell virkning.

En innvending mot dynamisk fortolkning av EMK er at utgangspunktet for konvensjonstolkning er konvensjonens ordlyd. Ved konvensjonstolkning legges det stor vekt på ordlyden fordi statssuvereniteten tilsier at statene ikke har bundet seg til noe annet enn det som faktisk står i teksten.³⁶ Videre vil henvisninger til endrede trender og oppfatninger som begrunnelse for et tolkningsresultat kunne bli møtt med påstander om at dette i realiteten er ”judicial activism” som domstolen ikke skal drive med. Dette fremheves av de dissenterende dommerne i den

²⁹ Backer (2005) s. 427.

³⁰ Ibid.

³¹ *Dudgeon v. the United Kingdom*, avsnitt 60.

³² Backer (2005) s. 427.

³³ Ibid. s. 427-428.

³⁴ Ibid. s. 428.

³⁵ Dette har blitt vurdert av EMD flere ganger, blant annet i de to von Hannover-sakene, *von Hannover v. Germany* og *von Hannover v. Germany* (No. 2).

³⁶ *Høstmælingen* (2012) s. 93.

relativt ferske dommen X mot Makedonia, som handlet om transpersoners rett til å bli anerkjent ved egenvalgt kjønn.³⁷

Et annet særtrekk ved EMDs metodebruk er effektivitetsprinsippet. Dette betyr at EMK skal sikre ”not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective”.³⁸ Tolkingsresultatene skal derfor sørge for at rettighetene får et faktisk innhold, og at individet er i stand til å hevde dem. Prinsippet ble etablert i saken Airey mot Irland, som handlet om adgangen til domstolene i for å få innvilget skilsmisse. Selv om det ikke fantes noen formell begrensning i domstolsadgangen, fant EMD at retten til en rettferdig rettergang var brutt.³⁹ Klager hadde ikke råd til å betale for advokat, og det var ingen tilgjengelige ordninger med fri rettshjelp. At klager skulle kunne føre sin egen sak på en effektiv måte var, etter EMDs syn, ”most improbable”, slik at hennes rettigheter etter EMK artikkel 6 var krenket.⁴⁰ Effektivitetsprinsippet kan også få betydning ved vurderingen av hvorvidt EMK skal få ekstraterritoriell virkning i saker om hemmelig overvåkning. Som det vil bli drøftet i kapittel 3 og 4 handler det om å gi EMK virkning på en slik måte at retten til privatliv ikke blir redusert til en teoretisk rettighet i møte med ny overvåkningsteknologi.

1.3.2 Analogisk anvendelse av EMK

Det er per i dag uavklart hvorvidt EMK får anvendelse på informasjonsinnhenting som finner sted utenfor statens territorium eller som har virkning utenfor statens territorium. Selv om dette har vært tilfelle i flere av sakene som har vært brakt inn for EMD har domstolen foreløpig ikke tatt stilling til spørsmålet. Sakene der EMD har vurdert om medlemsstaten hadde jurisdiksjon har dreid seg om andre rettigheter etter konvensjonen. I avgjørelsen som er utgangspunktet for analysen, Al-Skeini mot Storbritannia, var det retten til liv i EMK artikkel 2 som var påstått krenket. Et særlig metodespørsmål som oppstår i tilknytning til denne oppgaven er dermed i hvilken grad EMDs eksisterende praksis kan brukes som grunnlag for analogislutninger. Dette vil bli behandlet i analysen i kapittel 3.

1.4 Videre fremstilling

Oppgaven vil begynne med en redegjørelse for EMKs ekstraterritoriale virkning slik denne er fastlagt gjennom EMDs rettspraksis. Det vil også bli gitt en kort fremstilling av EMKs grenser for hemmelig overvåkning, nemlig begrensningene som følger av retten til privatliv i artikkel 8.

³⁷ X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, ”Dissenting opinion of Judges Pejchal and Wojtyczek”, avsnitt 8.

³⁸ Airey v. Ireland, avsnitt 24.

³⁹ Ibid., avsnitt 28.

⁴⁰ Ibid., avsnitt 24.

Denne oppgaven vil ta for seg to tilfeller der spørsmålet om jurisdiksjon kan tenkes å komme på spissen. Tilfellene behandler problemstillinger som kan tenkes å oppstå før overvåkningen finner sted, og problemstillinger som oppstår i kjølvannet av hemmelig overvåkning.

For det første vil oppgaven i kapittel 3 se på statenes mulighet til å drive hemmelig overvåkning av kommunikasjon på tvers av landegrenser. Denne situasjonen vil for eksempel kunne oppstå der den norske e-tjenesten overvåker svenske statsborgere i Sverige gjennom å innhente informasjon fra fiberoptiske kabler som krysser grensen. Da vil det oppstå et spørsmål om norske myndigheter gjennom ekstraterritoriell anvendelse av EMK er ansvarlige for informasjonsinnhentingen. Denne delen av oppgaven vil handle om hvorvidt en medlemsstats overvåkning av utenlandske statsborgere i utlandet er underlagt EMK gjennom dens ekstraterritoriale virkning. Analysen vil bestå av en presentasjon av flere ulike tilnærminger til ekstraterritorialitet, samt hvordan disse harmonerer med EMDs tolkningsprinsipper og tidligere praksis.

Det andre tilfellet oppgaven vil ta for seg er situasjoner der informasjon er oppnådd gjennom hemmelig overvåkning utført av en stat, og en annen stat ønsker å bruke informasjonen. Dette vil være temaet i kapittel 4. Et slikt tilfelle vil for eksempel kunne oppstå der Storbritannia benytter en overvåkingspraksis som er i strid med EMK, og Norge ønsker å bruke den innsamlede informasjonen. Her vil oppgaven, med utgangspunkt i EMDs praksis, drøfte hvorvidt Norge blir ansvarlige for konvensjonskrenkelsen som skjedde ved innsamlingen på grunnlag av ekstraterritoriell anvendelse av EMK, og om konvensjonskrenkelsen på annen måte er til hinder for Norges bruk av informasjonen. Kapittel 4 vil også se på EMDs behandling av såkalte informasjonsdelingsregimer, med særlig vekt på EMDs avgjørelse Big Brother Watch og andre mot Storbritannia.

Avslutningsvis, i kapittel 5, vil det vies plass til en redegjørelse for betydningen av at EMD avgjør spørsmålet om jurisdiksjon, og om individets rett til privatliv er svekket ved at EMD ikke har tatt stilling til jurisdiksjonsspørsmålet. Kapittelet vil også gi en kortfattet presentasjon av FNs arbeid på området.

2 Rettslige utgangspunkt

2.1 EMKs virkeområde

2.1.1 Jurisdiksjon

I følge EMK artikkel 1 skal medlemsstatene sikre gjennomføringen av konvensjonens rettigheter og friheter for ”enhver innen sitt myndighetsområde” (”within their jurisdiction”).⁴¹ Dette betyr at staten kun er ansvarlige for handlinger som fører til konvensjonskrenkelser når disse er begått innenfor dens jurisdiksjon. At handlingen faller innenfor statens jurisdiksjon er altså inngangsvilkåret for at EMK i det hele tatt skal kunne komme til anvendelse.⁴²

Det er viktig å merke seg at jurisdiksjonsbegrepet i EMK er autonomt, og løsrevet fra andre prinsipper om jurisdiksjon i folkeretten. I teorien er det fremholdt at ”jurisdiksjon” i EMKs forstand ikke har noe å gjøre med staters kompetanse, fordeling av kompetanse mellom stater eller en handlings legitimitet.⁴³ Når det kommer til menneskerettighetstraktater betyr ”jurisdiksjon” at en stat har menneskerettslige forpliktelser overfor et individ.⁴⁴

Hvorvidt en stat har jurisdiksjon etter EMK beror derfor ikke på for eksempel folkerettslige eller nasjonale regler om myndighet eller statsansvar, men heller på faktum i saken.⁴⁵

2.1.2 Ekstraterritoriell jurisdiksjon

Jurisdiksjon er i første omgang knyttet til statens territorium, og adgangen til å utøve myndighet utenfor statens territorium er begrenset av andre staters suverenitet.⁴⁶ Utgangspunktet om territoriell jurisdiksjon gjelder likevel ikke uten begrensninger. EMD har tillatt at EMK kan ha ekstraterritoriell virkning i ”eksepsjonelle omstendigheter” (”exceptional cases”).⁴⁷ Hvorvidt slike omstendigheter er til stede må avgjøres konkret for den enkelte saken, se overfor om begrepet ”jurisdiksjon”.⁴⁸

2.1.2.1 Bakgrunn

EMKs ekstraterritoriale virkning ble etablert tidlig. Allerede i Kypros mot Tyrkia fra 1975 uttalte kommisjonen at EMDs virkeområde ikke er begrenset til medlemsstatenes territorium. EMK måtte forstås slik at medlemsstatene er forpliktet til å sikre rettigheter og friheter for

⁴¹ EMK art. 1.

⁴² *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, avsnitt 311.

⁴³ Larsen (2012) s. 170-171.

⁴⁴ Lubell (2010) s. 209.

⁴⁵ Larsen (2012) s. 171.

⁴⁶ *Banković and others v. Belgium and others*, avsnitt 59.

⁴⁷ *Ibid.*, avsnitt 67.

⁴⁸ *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*, avsnitt 132.

alle personer ”under their actual authority and responsibility, whether that authority is exercised within their own territory or abroad”.⁴⁹ Dette grunnleggende prinsippet om ekstraterritorialitet har blitt fulgt opp av EMD i senere saker, og dekker nå både handlinger en medlemsstat har foretatt utenfor sitt territorium og handlinger som er foretatt innenfor medlemsstatens grenser, men som har ekstraterritorielle virkninger.⁵⁰

En av de mest sentrale avgjørelsene om ekstraterritorialitet er Banković og andre mot Belgia og andre fra 2001. Klagen gjaldt NATOs angrep på hovedkvarteret til den statlige serbiske kringkasteren i Beograd, der 16 personer ble drept og 16 personer alvorlig skadet. Klagerne, som alle var pårørende til de drepte eller selv blant de sårede, anførte at angrepet var et brudd på retten til liv i EMK artikkel 2, retten til ytringsfrihet i EMK artikkel 10 og retten til et effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 13. Klagen var rettet mot 17 stater som både var medlemmer av NATO og part til EMK. Før de påståtte konvensjonskrenkelsene kunne prøves måtte EMD ta stilling til hvorvidt ofrene for bombeangrepet var innenfor medlemsstatenes jurisdiksjon. Dette ble derfor hovedspørsmålet i saken. EMD uttalte at folkeretten ikke stenger for ekstraterritoriell jurisdiksjon, men at jurisdiksjonen er begrenset av andre staters territorielle suverenitet.⁵¹ Jurisdiksjonsbegrepet i EMK artikkel 1 måtte forstås på denne måten, slik at ”other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case”.⁵² I denne saken fant EMD at det ikke forelå noen jurisdiksjonsmessig kobling (”jurisdictional link”) mellom klagerne og medlemsstatene, og klagen ble avvist.⁵³ Det hjalp ikke at klagerne anførte at det ville oppstå et ”rettighetsvakuum” dersom EMK ikke kom til anvendelse på deres sak. EMD fremhevet at EMK er gjeldende innenfor medlemsstatenes ”legal space” (”espace juridique”). EMD uttaler videre at konvensjonen var ikke ment å være verdensomspennende, og at domstolens praksis har vært å kun etablere jurisdiksjon for å motvirke ”rettighetsvakuum” i situasjoner der individene vanligvis ville vært dekket av EMK.⁵⁴

Banković-saken var den ledende EMD-avgjørelsen om ekstraterritorialitet frem til storkammeret avgjorde Al-Skeini og andre mot Storbritannia.⁵⁵ I Al-Skeini var klagerne pårørende til seks personer som var blitt drept i Basra i Irak mens Storbritannia okkuperte området. EMD fulgte opp linjen fra Banković, altså at ekstraterritoriell jurisdiksjon kun kan etableres under

⁴⁹ Cyprus v. Turkey (a), s. 136.

⁵⁰ Se bla. Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 131.

⁵¹ Banković and others v. Belgium and others, avsnitt 59.

⁵² Ibid., avsnitt 61.

⁵³ Ibid., avsnitt 82 og 84 flg.

⁵⁴ Ibid., avsnitt 80.

⁵⁵ Milanovic (2012), s. 121.

ekstraordinære omstendigheter.⁵⁶ Domstolen oppstiller videre to hovedgrunnlag for jurisdiksjon; effektiv kontroll over et område og kontroll over personer ("state agent authority and control").⁵⁷ Som i Banković vurderer EMD om medlemsstaten utøver "public powers", men i motsetning til i Banković-saken knytter EMD vurderingen opp kontroll på personer, ikke område.⁵⁸ Fordi Storbritannia utøvet myndighet ("public powers") som vanligvis ble utøvet av irakiske myndigheter ved å ivareta sikkerheten i området forelå "exceptional circumstances" som tilsa at britiske soldater hadde myndighet og kontroll ("authority and control") over de drepte individene. Det forelå dermed en jurisdiksjonsmessig kobling mellom klagerne og Storbritannia.⁵⁹

Med Al-Skeini-dommen forlater, eller i det minste modifierer, også EMD to synspunkter om jurisdiksjon som ble anvendt i Banković. Den første er teorien om "legal space" eller "espace juridique". I Banković fremholdt EMD at et rettighetsvakuum bare kan begrunne ekstraterritorialitet i saker der individet vanligvis ville ha vært innenfor en medlemsstats territorielle jurisdiksjon, for eksempel der en medlemsstat har okkupert territoriet til en annen. I Al-Skeini uttaler EMD at selv om det i slike saker er viktig å etablere jurisdiksjon for å beskytte individet, betyr ikke dette at man motsetningsvis aldri kan tillate at individer er beskyttet av EMK utenfor medlemslandenes territorium.⁶⁰

Det andre synspunktet som blir forlatt eller modifisert, er "alt eller ingenting"-tilnærmingen til menneskerettighetsvern. I Banković fremholdt EMD at rettighetene i EMK ikke kan bli "divided and tailored" avhengig av den ekstraterritoriale handlingen som er foretatt i saken. Dette betyr at medlemsstatens ansvar ikke kan tilpasses omstendighetene og konsekvensene av handlingen.⁶¹ I Al-Skeini gjentar EMD utgangspunktet fra Banković, men fremholder EMK at artikkel 1 inneholder en forpliktelse for medlemsstatene til å sikre de rettigheter og friheter som er relevante for individets situasjon. I denne betydningen kan EMKs rettigheter bli "divided and tailored".⁶²

Nedenfor vil de to hovedgrunnlagene for ekstraterritoriell jurisdiksjon EMD oppstilte i Al-Skeini, samt to alternative grunnlag for jurisdiksjon behandles.

⁵⁶ Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 131.

⁵⁷ Ibid., avsnitt 133 til 140.

⁵⁸ Ibid., avsnitt 135

⁵⁹ Ibid., avsnitt 149 og 150.

⁶⁰ Ibid., avsnitt 142.

⁶¹ Banković and others v. Belgium and others, avsnitt 75.

⁶² Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 137.

2.1.2.2 Effektiv kontroll over et område – den spatiale modellen

Et unntak fra hovedregelen om territoriell anvendelse er der en medlemsstat utøver effektiv kontroll over et område utenfor sitt territorium.⁶³ Kontrollen kan bli utøvd direkte, gjennom medlemsstatens militære styrker eller gjennom en lokal administrasjon som er underlagt medlemsstaten.⁶⁴

Hvorvidt en stat kan sies å ha effektiv kontroll over et område beror på faktum i den aktuelle saken. Relevante momenter er hvor sterk medlemsstatens militære tilstedeværelsen er i området, eller i hvilken grad militær, økonomisk og politisk støtte gjør den underordnede, lokale administrasjonen i stand til å øve innflytelse eller ha kontroll over området.⁶⁵

EMD har ikke fastlagt noen klar terskel for når effektiv kontroll kan sies å være etablert, og domstolen har brukt ulik terminologi i sakene som har vært oppe til avgjørelse.⁶⁶ Domstolens praksis kan tyde på at det både militær kontroll, og kontroll over lokale myndigheter kan danne grunnlag for jurisdiksjon. I Ilaşcu-saken kom EMD til at Russland hadde jurisdiksjon over et område i Moldova fordi området var under ”effective authority, or at the very least under the decisive influence” av Russland.⁶⁷

I Al-Skeini fremholdt EMD at dersom medlemsstaten gjennom militær tilstedeværelse har ”domination over the territory” er det unødvendig å vurdere hvorvidt den også utøver slik myndighet som vanligvis utøves av myndigheten på territoriet. Så lenge den lokale administrasjonen overlever som følge av medlemsstatens støtte, enten den er militær eller av annen type, er medlemsstaten ansvarlig for administrasjonens handlinger.⁶⁸

Medlemsstaten er ansvarlig for å sikre alle konvensjonens rettigheter innenfor det området den har kontroll.⁶⁹ Det er ikke noe vilkår om at kontrollen over området må ha vart en viss periode. Jurisdiksjonen oppstår samtidig med at den effektive kontrollen blir etablert.⁷⁰

⁶³ Ibid., avsnitt 138.

⁶⁴ Ibid., avsnitt 60, med henvisninger til tidligere praksis.

⁶⁵ Ibid., avsnitt 139.

⁶⁶ Larsen (2012) s. 185.

⁶⁷ Ilaşcu and others v. Moldova and Russia, avsnitt 392 til 394.

⁶⁸ Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 138.

⁶⁹ Cyprus v. Turkey (b) 2001, avsnitt 77.

⁷⁰ Larsen (2012) s. 189.

2.1.2.3 *Kontroll over personer ("State agent authority and control") – Den personelle modellen*

For det andre kan statene bli ansvarlige for brudd på EMK der medlemsstatene utøver kontroll over personer.⁷¹ Dette prinsippet er bredt utformet, og i *Al-Skeini mot Storbritannia* oppstiller EMD noen situasjoner der slik jurisdiksjon vil oppstå.

Den første situasjonen der det kan bli snakk om ekstraterritoriell jurisdiksjon er der diplomater og konsulære tjenestemenn befinner seg på en fremmed stats territorium i samsvar med folkeretten, og utøver myndighet og kontroll over andre.⁷² Denne formen for ekstraterritoriell jurisdiksjon får støtte også hos dem som mener det ekstraterritoriale ansvaret bør begrenses.⁷³ Det er likevel ikke sikkert om saker der handlingene til diplomater og konsulære tjenestemenn resulterte i påståtte krenkelser av EMK bør stå i noen særstilling sammenliknet med andre tilfeller der det blir snakk om ekstraterritoriell anvendelse av EMK. For det første er ambassader og andre diplomatiske lokaler del av vertsstatens territorium og underlagt vertsstatens suverenitet, slik handlingene til diplomatisk personell er ekstraterritoriale handlinger.⁷⁴ Det er heller ikke avgjørende at diplomater utøver sin myndighet med vertsstatens samtykke, eller at diplomatvirksomhet er underlagt egne folkerettslige regler.⁷⁵ Det avgjørende for om det er skjedd en menneskerettighetskrenkelse er forholdet mellom medlemsstaten og individet.⁷⁶ Videre er det ikke avgjørende om personene som handlet hadde tittelen "diplomatisk personell" eller liknende. Det er utøvelsen av myndighet og makt ("authority and power") over individet som bringer forholdet inn under medlemsstatens jurisdiksjon, se ovenfor 2.1.1.⁷⁷

Videre vil EMK få ekstraterritoriell anvendelse der en medlemsstat utøver myndighet ("public powers") på et fremmed territorium som vanligvis blir utøvet av myndigheten på territoriet. Myndighetsutøvelsen kan skje på bakgrunn av avtale, invitasjon eller passivitet ("acquiescence") fra de fremmede myndighetene.⁷⁸ Medlemsstaten kan i slike tilfeller bli ansvarlig for menneskerettighetskrenkelser så lenge handlingene kan tilskrives den, og ikke vertsstaten.⁷⁹ Dette var, som nevnt overfor i 2.1.2.1, grunnlaget for at individene i *Al-Skeini* saken ble ansett å være under britisk jurisdiksjon.

⁷¹ *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*, avsnitt 133 flg.

⁷² *Ibid.*, avsnitt 134.

⁷³ Lubell (2010) s. 213. Lubell bygger dette resonnementet på behandlingen av *Al-Skeini*-saken i britiske domstoler.

⁷⁴ Lubell (2010) s. 214.

⁷⁵ Diplomati er for eksempel underlagt Wien-konvensjonen om diplomatisk samkvem (VCDR).

⁷⁶ Lubell (2010) s. 214.

⁷⁷ *Ibid.* s. 216.

⁷⁸ *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*, avsnitt 135.

⁷⁹ *Ibid.*

Til slutt kan bruk av makt på fremmed territorium utløse ekstraterritorialitet.⁸⁰ Dette vil for eksempel være tilfelle der representanter for medlemsstaten anholder et individ.⁸¹ Også her er det elementet av myndighet og kontroll som gir opphav til jurisdiksjon.⁸² Som det ble fremhevet av Storbritannia under høringen i Banković-saken er innsatte i fengsel det typiske eksempel på individer under medlemsstatens jurisdiksjon, fordi denne utøver ”the most extreme type of control over him”.⁸³ EMD har også bekreftet at fengsling kan gi grunnlag for jurisdiksjon. Blant annet ble et britisk-kontrollert militærfengsel i Irak ansett å være under britisk jurisdiksjon fordi Storbritannia utøvet total og eksklusiv kontroll over fengselet og de innsatte.⁸⁴

En medlemsstat trenger imidlertid ikke ha hatt kontroll over bygninger eller fartøy for at jurisdiksjon skal oppstå. Det avgjørende er at myndighetene har utøvet fysisk makt og kontroll over individet.⁸⁵ I senere praksis har EMD utvidet dette grunnlaget, slik at det etter omstendighetene kan være tilstrekkelig at medlemsstaten har lagt til rette for slik fysisk makt og kontroll. Dette kan illustreres med Jaloud mot Nederland, der klagers sønn ble drept da han og klager skulle passere en veisperring i Irak. EMD fremholdt at individene var bragt under nederlandsk jurisdiksjon, selv om de nederlandske soldatene som bemannet veisperringen ikke hadde utøvet fysisk makt og kontroll over individene. Det var likevel tilstrekkelig for å etablere jurisdiksjon at individene hadde passert gjennom en veisperring som var satt opp nettopp for å utøve myndighet og kontroll over passerende individer.⁸⁶

2.1.2.4 Handlinger som har effekt utenfor statens territorium

En stat vil ha jurisdiksjon der en handling har effekt utenfor statens territorium eller myndighetsområde, men bare når det er en nær faktisk sammenheng mellom årsak og virkning.⁸⁷ Dette illustreres gjennom Andreou mot Tyrkia der klager ble skutt mens hun oppholdt seg i en FN-kontrollert buffersone på Kypros. EMD fremholdt at siden skuddet ble avfyrt fra et område der Tyrkia hadde kontroll, og skuddet var en direkte og umiddelbar årsak (”direct and immediate cause”) til klagers skader, var saken innenfor Tyrkias jurisdiksjon.⁸⁸ Videre må det

⁸⁰ Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 136.

⁸¹ Ibid.

⁸² Lubell (2010) s. 216.

⁸³ Innlegget til Storbritannias advokat i Banković-saken, Christopher Greenwood. Sitert fra O’Boyle (2004) s. 138.

⁸⁴ Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, avsnitt 88.

⁸⁵ Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 136.

⁸⁶ Jaloud v. the Netherlands, avsnitt 152.

⁸⁷ Larsen (2012) s. 217.

⁸⁸ Andreou v. Turkey, avsnitt 25.

påståtte konvensjonsbruddet knytte seg til et identifiserbart individ.⁸⁹ I Ben El Mahi-saken mente klagerne, en marokkansk statsborger og to marokkanske organisasjoner, at Danmark hadde diskriminert dem som muslimer ved at karikaturtegninger av Mohammed var blitt publisert i en dansk avis. EMD tok ikke stilling til spørsmålet om diskriminering da den fant at det ikke var noen jurisdiksjonsmessig kobling mellom klagerne og Danmark.⁹⁰

2.1.2.5 Ansvar for handlinger begått av fremmede myndigheter utenfor territoriet

Et viktig spørsmål er om en medlemsstat kan bli ansvarlig for konvensjonskrenkelser som ble utført av fremmede myndigheter utenfor statens territorium, for eksempel ved å bruke informasjon som en annen stat har oppnådd i strid med EMK. Praksis fra EMD trekker i retning av at hvorvidt krenkelsen lar seg overføre fra en jurisdiksjon til en annen beror på hvilken rettighet som er krenket. I Jalloh mot Tyskland hadde tysk politi gitt klager en behandling som falt under definisjonen av tortur i EMK artikkel 3. EMD fant at også artikkel 6 var brutt fordi bruk av informasjon oppnådd gjennom tortur for å fastslå skyld i en straffesak medførte at rettssaken ikke ble "fair".⁹¹ I teorien er det antatt at resultatet ville blitt det samme dersom det var en annen stat som utførte torturen.⁹² Problemstillingen vil bli nærmere behandlet i 4.2.

2.2 EMK og hemmelig overvåkning

2.2.1 Retten til privatliv

Retten til privatliv er vernet av både Grunnloven § 102, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8. I tillegg finnes bestemmelser som har til formål å verne om privatlivet en rekke steder i lovgivningen utenfor menneskerettighetene.⁹³ EU-retten inneholder også rettsregler om personvern. Blant annet er data knyttet til individer beskyttet av EUs generelle personvernforordning (GDPR), som i Norge er gjennomført gjennom personopplysningsloven.⁹⁴ Fokuset for denne oppgaven vil være retten til privatliv etter EMK, og andre bestemmelser som ivaretar individenes personvern ikke bli omtalt.

2.2.2 Retten til privatliv i EMK artikkel 8

2.2.2.1 Hvem og hva er beskyttet av EMK artikkel 8?

EMK artikkel 8 nr. 1 slår fast at "alle har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse".⁹⁵ I tillegg til post, inngår kommunikasjon gjennom telefon og e-

⁸⁹ Larsen (2012) s. 218.

⁹⁰ Ben El Mahi and others v. Denmark (under "The law").

⁹¹ Jalloh v. Germany, avsnitt 105.

⁹² Larsen (2012) s. 219.

⁹³ Se for eksempel Helseregisterloven § 1.

⁹⁴ GDPR og personopplysningsloven § 1.

⁹⁵ EMK art. 8 nr. 1

post i begrepene ”privatliv” og ”korrespondanse”.⁹⁶ I Big Brother Watch og andre mot Storbritannia uttalte EMD at innsamling av data som inneholder informasjon om kommunikasjonen, metadata (”related communications data”), ikke nødvendigvis er mindre inngripende enn innsamling av data om innholdet i kommunikasjon (”content data”). Innsamlingen av slike data må også skje i samsvar med EMK.⁹⁷ Dommen ble imidlertid besluttet overført til behandling av EMDs storkammer 4. februar 2019, og er ikke rettskraftig.⁹⁸

Retten til privatliv beskytter individene mot både overvåkning som er rettet direkte mot dem, og overvåkning som retter seg mot befolkningen generelt.⁹⁹ Av dette følger det at klagerne ikke nødvendigvis trenger å bevise at de har blitt overvåket for at det skal bli tale om en konvensjonskrenkelse. I Weber og Saravia mot Tyskland tilhørte klagerne en krets av individer som det var sannsynlig at kunne ha blitt overvåket, men de kunne ikke bevise at overvåkingen faktisk hadde funnet sted. EMD uttalte at selve eksistensen av lovgivning som hjemlet hemmelig overvåkning av telekommunikasjon utgjorde en trussel mot alle som kommuniserte. Trusselen utgjorde et inngrep i individenes rett til privatliv, uavhengig av om kommunikasjonen faktisk hadde blitt overvåket.¹⁰⁰

Juridiske personer er også vernet mot overvåkning gjennom EMK artikkel 8. EMD har uttalt at det er tvilsomt hvorvidt juridiske personer kan sies å ha et ”privatliv”, men begrepet ”korrespondanse” er ikke begrenset til individers kommunikasjon.¹⁰¹

Retten til privatliv i EMK artikkel 8 gjelder ikke uten begrensninger. I følge artikkel 8 nr. 2 kan inngrep i denne rettigheten skje dersom tre vilkår er oppfylt.¹⁰² For det første må inngrepet i retten til privatliv være ”i samsvar med loven”, for det andre må inngrepet ha et legitimt formål og for det tredje må inngrepet være forholdsmessig.¹⁰³

⁹⁶ Klass and others v. Germany, avsnitt 41 og Liberty v, the United Kingdom, avsnitt 56.

⁹⁷ Big Brother Watch and others v. the United Kingdom, avsnitt 356 og 357.

⁹⁸ Jf. EMK art. 44 nr. 2.

⁹⁹ Se for eksempel Malone v. the United Kingdom der klagerens telefon var blitt avlyttet i forbindelse med en straffesak, og Klass and others v. Germany der fem tyske advokater gikk til sak for å få kjent tysk lovgivning hjemlet overvåkning av post og telefonsamtaler konvensjonsstridig.

¹⁰⁰ Weber and Saravia v. Germany, avsnitt 78.

¹⁰¹ Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, avsnitt 60.

¹⁰² EMK art. 8.

¹⁰³ Ibid. nr. 2.

2.2.2.2 *Legalitetskravet*

Legalitetskravet innebærer at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal lovgivning.¹⁰⁴ Inngrepet må heller ikke skje i strid med nasjonal lovgivning.¹⁰⁵ Der tillatelse til inngrepet er gitt på visse vilkår, vil inngrepet være konvensjonsstridig der vilkårene ikke blir overholdt. I *Foxley mot Storbritannia* hadde en konkursbobestyrer fått tillatelse til å gjennomgå konkursskyldnerens post for en begrenset periode. EMD uttalte at inngrepet i utgangspunktet var i samsvar med EMK. At bobestyreren fortsatte å åpne og ta kopier av skyldnerens post etter at tillatelsen var løpt ut utgjorde imidlertid en krenkelse av artikkel 8. Inngrepet var ikke lenger ”i samsvar med lov”.¹⁰⁶

Videre stilles det kvalitetsmessige krav til hjemmelen. Det er altså ikke tilstrekkelig at hjemmelen finnes i lovgivningen, den må også være forenlig med rettsstatlige prinsipper (”the rule of law”).¹⁰⁷ EMD har uttalt at dette betyr at lovhjemmelen må være tilgjengelig for individene, og være utformet på en slik måte at individet kan forutsi sin rettstilstand.¹⁰⁸ At rettstilstanden skal være forutsigbar betyr at lovgivningen må være tilstrekkelig presist utformet til at individet skal kunne forstå, om nødvendig ved hjelp av rådgivning, hvilke konsekvenser atferden hennes vil kunne medføre.¹⁰⁹ Det kreves imidlertid ikke at konsekvensene skal kunne forutsies med absolutt sikkerhet. Dette ville føre til detaljerte lover som måtte ville endres ofte for å være i tråd med de faktiske forhold.¹¹⁰

2.2.2.3 *Legalitetskravet i saker om hemmelig overvåkning*

Kravet om hvor tilgjengelig og forutsigbar lovgivningen må være avhenger av hva slags inngrep lovgivningen hjemler.¹¹¹ Spørsmålet om hvor presis lovgivningen må være kommer på spissen i saker der individet mener å ha blitt utsatt for hemmelig overvåkning. I *Malone mot Storbritannia*, som handlet om telefonavlytting, uttalte EMD at kravet om forutsigbarhet vil være et annet for lovgivning som hjemler hemmelig kommunikasjonsovervåkning enn for lovgivning som har som formål å styre individets atferd.¹¹² EMD uttaler:

”In particular, the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications

¹⁰⁴ Kjølbro (2017) s. 755.

¹⁰⁵ For eksempel *Halford v. the United Kingdom*, avsnitt 49.

¹⁰⁶ *Foxley v. the United Kingdom*, avsnitt 32 til 35.

¹⁰⁷ *Malone v. the United Kingdom*, avsnitt 67.

¹⁰⁸ For eksempel *The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1)*, avsnitt 49.

¹⁰⁹ *The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1)*, avsnitt 49.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, avsnitt 68.

¹¹² *Malone v. the United Kingdom*, avsnitt 67.

so that he can adapt his conduct accordingly. Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence.”¹¹³

Det kreves altså ikke at hjemmelen for kommunikasjonsovervåkning er så presist utformet at de som avlyttes får et varsel om dette på forhånd. På den annen side må loven være så presist utformet av individene får en viss idé om hvilke situasjoner som kan begrunne overvåkning, og vilkårene overvåkningen kan skje på.¹¹⁴ EMD har også lagt til grunn at legalitetskravet er skjermet for lovgivning som hjemler hemmelig overvåkning fordi risikoen for misbruk er stor.¹¹⁵ Kravene til forutsigbarhet lempes der inngrepet i privatlivet er lite.¹¹⁶ I *P. G. og J. H. mot Storbritannia* var inngrepet i privatlivet skjedd ved at politiet innhentet opplysninger om hvilke telefonnumre det hadde blitt ringt til fra klagers leilighet i en gitt periode. Det var ikke blitt innhentet noe informasjon om hvem som hadde ringt, hvem som hadde mottatt telefonsamtalene eller innholdet i samtalene. EMD uttalte at informasjonen politiet kunne få ut av opplysningene var svært begrenset. At det ikke var lagt inn detaljerte bestemmelser om vilkårene for slik overvåkning utgjorde i dette tilfellet ingen risiko for vilkårlig bruk eller misbruk av hjemmelen. EMD fant heller ikke at informasjonsinnhenting ikke var forutsigbar for klageren.¹¹⁷

I *Liberty og andre mot Storbritannia* uttaler EMD at kravet til tilgjengelig og forutsigbar lov-hjemmel gjelder både der overvåkningen retter seg direkte mot en eller flere personer, og der overvåkningen inngår i et mer omfattende overvåkningsregime.¹¹⁸ Også slike generelle hjemler for overvåkning må oppfylle legalitetskravet.

I *Weber og Saravia mot Tyskland* oppstiller EMD på bakgrunn av sin tidligere praksis om overvåkning seks minimumskrav lovgivningen må oppfylle: 1) Den må gi en beskrivelse av de lovbruddene som kan gi grunnlag for overvåkning. 2) Den må definere kretsen av personer som risikerer å få kommunikasjonen sin overvåket. 3) Den må begrense tidsrommet overvåkningen kan pågå. 4) Den må inneholde prosedyrer for hvordan de innsamlede dataene skal undersøkes, brukes og lagres. 5) Den må inneholde en beskrivelse av hvilke forholdsregler

¹¹³ *Malone v. the United Kingdom*, avsnitt 67.

¹¹⁴ *Leander v. Sweden*, avsnitt 51.

¹¹⁵ *Malone v. the United Kingdom*, avsnitt 67.

¹¹⁶ Kjølbros (2017) s. 764.

¹¹⁷ *P. G. and J. H. v. the United Kingdom*, avsnitt 46 og 47.

¹¹⁸ *Liberty and others v. the United Kingdom*, avsnitt 63.

som skal tas ved deling av data med tredjepart. 6) Den må inneholde en beskrivelse av hvilke omstendigheter som vil lede til sletting eller ødeleggelse av de innsamlede dataene.¹¹⁹

2.2.2.4 *Formålskravet*

For at inngrepet i privatlivet skal være tillatt må det være begrunnet med at det skal oppnå minst et av de særlige formålene som er listet opp i EMK artikkel 8 nr. 2. Opplistingen av formål er i uttømmende, og skal i utgangspunktet tolkes innskrenkende.¹²⁰

EMD har vurdert formålskravet i flere saker om hemmelig overvåkning. Utgangspunktet er at medlemsstatene har en viss adgang til å velge det middelet de selv mener er best egnet til å ivareta hensynet til nasjonal sikkerhet, herunder hemmelig overvåkning.¹²¹ I *Klass og andre mot Tyskland* ble det godtatt at hemmelig overvåkning av post og telekommunikasjon var begrunnet i hensynet til nasjonal sikkerhet og for å forebygge uorden og kriminalitet.¹²² I *Centrum för Rättvisa mot Sverige* ble masseovervåkning av elektronisk kommunikasjon som krysset landegrensene begrunnet med hensynet til nasjonal sikkerhet, noe som ble godtatt av EMD.¹²³

Det er tilstrekkelig at et av formålene i artikkel 8 nr. 2 søkes oppnådd. I *Weber og Saravia mot Tyskland* argumenterte medlemsstaten med at hemmelig overvåkning av telekommunikasjon var begrunnet i nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet, landets økonomiske velferd og forebygging av kriminalitet. EMK fant at overvåkningen kunne begrunnes i hensynet til nasjonal sikkerhet og kriminalitetsforebygging, og gikk ikke nærmere inn på om de andre anførte hensynene også kunne begrunne inngrepet.¹²⁴

Som vist overfor har EMD flere ganger godtatt eksistensen av overvåkningsregimer begrunnet i hensynet til nasjonal sikkerhet. Formålskravet virker å være mindre problematisk i saker om hemmelig overvåkning, og blir ikke behandlet nærmere.

2.2.2.5 *Forholdsmessighetskravet*

Muligheten statene har til å gripe inn i privatlivet til individene er begrenset av at inngrepet må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.¹²⁵ Med dette menes det at inngrepet skal skje

¹¹⁹ Minimumskravene blir ofte omtalt som ”Weber-kriteriene”, *Weber and Saravia v. Germany*, avsnitt 95.

¹²⁰ *Kjølbro* (2017) s. 765.

¹²¹ *Roman Zakharov v. Russia*, avsnitt 232.

¹²² *Klass and others v. Germany*, avsnitt 46.

¹²³ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, avsnitt 111.

¹²⁴ *Weber and Saravia v. Germany*, avsnitt 103 og 104.

¹²⁵ EMK art. 8 nr. 2.

i møte med et tvingende sosial behov ("pressing social need"), og at inngrepet skal være proporsjonalt med det formålet inngrepet søker å oppnå ("proportionate to the legitimate aim pursued").¹²⁶ I følge Jørgen Aall innebærer disse vilkårene en forholdsmessighetsvurdering med to sider: For det første må inngrepet være forholdsmessig i seg selv, og for det andre må inngrepet være forholdsmessig i akkurat dette tilfellet.¹²⁷ I forholdsmessighetsvurderingen inngår også prinsippet om at artikkel 8 nr. 2 utgjør et unntak fra en konvensjonsmessig rettighet, og derfor må tolkes innskrenkende.¹²⁸

I teorien skilles det mellom forholdsmessighet i vid, ordinær og snever forstand. Forholdsmessighet i *vid forstand* betyr at ethvert inngrep i privatlivet må oppfylle et legalitetskrav (også kalt lovlighetskrav) og et legitimitetskrav.¹²⁹ Legalitetskravet er beskrevet i 2.2.2.2. Legitimitetskravet innebærer at inngrep i rettighetene må være forholdsmessig og begrunnet med et legitimt formål.¹³⁰ Dette kravet tilsvarer forholdsmessighet i *ordinær forstand*. Ordinær forholdsmessighet krever videre at det er en klar sammenheng mellom inngrepet og formålet, at formålet ikke kan oppnås gjennom mindre inngripende tiltak og at inngrepet er proporsjonalt i forhold til formålet.¹³¹ Forholdsmessighet i *snever forstand* tilsvarer det siste elementet; at inngrepet er proporsjonalt.¹³²

2.2.2.6 Forholdsmessighetskravet i saker om hemmelig overvåkning

I *Klass og andre mot Tyskland* uttalte EMD at hemmelig overvåkning av innbyggerne bare vil være tillatt dersom det er strengt nødvendig for å beskytte de demokratiske institusjonene.¹³³ Denne varsomheten med å godta vide overvåkningshjemler er fulgt opp i *Roman Zakharov mot Russland* der EMD uttaler at medlemsstatene har en viss adgang til å velge hvilke midler de vil bruke for å oppnå det legitime målet om nasjonal sikkerhet. Men fordi hemmelig overvåkning i seg selv kan utgjøre en trussel mot demokratiet stiller EMD krav om at det finnes tilfredsstillende og effektive garantier mot misbruk ("adequate and effective guarantees against abuse").¹³⁴ Vurderingen av om slike garantier finnes vil bero på en vurdering av alle omstendighetene i saken, herunder hva slags overvåkningsmetode det er snakk om, overvåkningens omfang og varighet, på hvilket grunnlag overvåkning kan iverksettes, hvilke myndig-

¹²⁶ Se for eksempel *Leander v. Sweden*, avsnitt 58.

¹²⁷ Aall (2015) s. 156

¹²⁸ *Klass and others v. Germany*, avsnitt 42.

¹²⁹ Strand og Larsen (2015) s. 79.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Klass and others v. Germany*, avsnitt 42.

¹³⁴ *Roman Zakharov v. Russia*, avsnitt 232.

heter som kan beslutte, gjennomføre og føre tilsyn med overvåkingen og hvilken prøvingsrett ("remedy") som finnes i nasjonal lovgivning.¹³⁵

EMDs vektlegging av eksistensen av garantier mot misbruk er et utslag av forholdsmessighet i ordinær forstand. Videre henger kravet til forholdsmessighet nøye sammen med kravet til forutsigbar lovgivning i saker om hemmelig overvåking henger, se ovenfor. De seks minstekravene EMD har oppstilt for lovgivningen legger bånd på myndighetenes adgang til å gi ubegrensede overvåkningshjemler. Dette tyder på at EMD benytter seg av forholdsmessighet i vid forstand i slike saker.

Videre har EMD fremhevet at medlemsstatenes frihet til å benytte seg av hemmelig overvåking avhenger av både inngrepets karakter og alvorlighetsgrad.¹³⁶ Dette betyr at et overvåkningsregime som i utgangspunktet søkte å oppnå en legitim interesse kan bli ansett som uforholdsmessig fordi det for eksempel er for inngripende.

2.2.3 Retten til et effektiv rettsmiddel ved konvensjonskrenkelse, EMK artikkel 13

Dersom rettighetene i EMK blir brutt har offeret for konvensjonskrenkelsen rett til en effektiv prøving av saken sin ved en nasjonal myndighet.¹³⁷ Klageren trenger vise at konvensjonen faktisk er krenket, men han må ha en prosedabel påstand ("arguable claim") om dette.¹³⁸ I følge Aall er en prosedabel påstand "noe mer enn den blanke påstand, noe mindre enn visshet om at krenkelse har funnet sted".¹³⁹

Også andre organer enn domstolene kan oppfylle kravet til at prøvingen skal skje ved "en nasjonal myndighet". Det avgjørende er at organet kan foreta en effektiv prøving av saken.¹⁴⁰ I kravet til effektiv prøving inngår et krav om at prøvingsorganet skal være uavhengig av det organ som påstås å ha krenket rettighetene.¹⁴¹ Kravet til uavhengighet er ikke så strengt som etter EMK artikkel 6.¹⁴² Et prøvingsorgan mister ikke nødvendigvis sin uavhengighet fordi det er underlagt organet som står bak den påståtte krenkelsen.¹⁴³ En viss uavhengighet må prøvingsorganet likevel ha. I Khan mot Storbritannia og P. G. og J. H. mot Storbritannia ble prøvingen av klager mot politiet ansett å stride mot artikkel 13. Med mindre klagene var av en

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Peck v. the United Kingdom, avsnitt 77 og Leander v. Sweden, avsnitt 59.

¹³⁷ EMK art. 13.

¹³⁸ Silver and others v. the United Kingdom, avsnitt 113 bokstav a.

¹³⁹ Aall (2015) s. 83.

¹⁴⁰ Silver and others v. the United Kingdom, avsnitt 113 bokstav b.

¹⁴¹ Se Silver and others v. the United Kingdom, avsnitt 116 og Leander v. Sweden, avsnitt 81.

¹⁴² Aall (2015) s. 85.

¹⁴³ M. and E. F. v. Switzerland, s. 290 (engelsk oversettelse).

slik art og alvor at de måtte behandles av klagemyndigheten for politiet, var det politimesteren som enten selv behandlet klagen eller delegerte dem til en av sine egne tjenestemenn. Denne behandlingen tilfredsstilte ikke kravet til uavhengighet.¹⁴⁴

Prøvingsorganet må videre ha tilstrekkelig prøvingskompetanse. Det kreves ikke at organet må ha kompetanse til å prøve om EMK er brutt, så lenge spørsmålet kan prøves på grunnlag av nasjonale rettskilder.¹⁴⁵ Prøvingsorganet må likevel ha adgang til å foreta en reell prøving av faktum i saken. I *Chahal mot Storbritannia* var klageren besluttet utvist av hensyn til nasjonal sikkerhet. Ved prøvingen av vedtaket hadde prøvingsorganet ikke adgang til den graderte informasjonen om hvorfor klageren utgjorde en sikkerhetsrisiko. Da kunne de heller ikke foreta en reell prøving.¹⁴⁶ Prøvingsorganet må også ha kompetanse til å avgjøre saken med bindende virkning, men dette betyr ikke at avgjørelsene må være formelt bindende. I *Leander mot Sverige* la EMD vekt på at uttalelser fra den svenske sivilombudsmannen nøytrale stor respekt i det svenske samfunnet og at de vanligvis ble fulgt i praksis.¹⁴⁷ Selv om et av de nasjonale rettsmidlene ikke oppfyller kravet til ”effektiv prøvingsrett” kan artikkel 13 likevel være oppfylt dersom de nasjonale rettsmidlene til sammen utgjør en ”effektiv prøvingsrett”.¹⁴⁸

2.2.3.1 Retten til et effektiv rettsmiddel i saker om hemmelig overvåkning

I saker som handler om hemmelig overvåkning kan inngrepene i privatlivet bli store, og prøvingsadgang for et uavhengig organ blir viktig. Adgang til effektive rettsmidler er et av momentene som inngår i vurderingen av om inngrepet i privatlivet var forholdsmessig, se ovenfor. I praksis har EMD, i saker som dreier seg om hemmelig overvåkning, vurdert adgangen til effektive rettsmidler som en del av forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8, og sløffet en særskilt vurdering av EMK artikkel 13.¹⁴⁹

EMD har også fremhevet at rettssubjekter som har blitt overvåket kan ha rett til å bli varslet om dette etter at overvåkingen er avsluttet. Hvis ikke rettssubjektene får slik varsling vil de i praksis ha liten mulighet til å få prøvd om det har funnet sted en konvensjonskrenkelse.¹⁵⁰

¹⁴⁴ *Khan v. the United Kingdom*, avsnitt 45 til 47 og *P. G and J. H v. the United Kingdom*, avsnitt 87 og 88.

¹⁴⁵ Aall (2015) s. 85.

¹⁴⁶ *Chahal v. the United Kingdom*, særlig avsnitt 153.

¹⁴⁷ *Leander v. Sweden*, avsnitt 82.

¹⁴⁸ *Silver and others v. the United Kingdom*, avsnitt 133 bokstav c.

¹⁴⁹ Se for eksempel *Roman Zakharov v. Russia* avsnitt 286.

¹⁵⁰ *Roman Zakharov v. Russia*, avsnitt 234.

3 Hemmelig overvåkning av grenseoverskridende kommunikasjon

3.1 Innledning

Dette kapittelet undersøker en situasjon der betydningen av ekstraterritoriell jurisdiksjon kommer på spissen, nemlig der kommunikasjonen til et individ i utlandet blir overvåket av en medlemsstats myndigheter. Situasjonen kan illustreres med følgende scenario: En svensk statsborger kommuniserer med en britisk statsborger via e-post. Individene befinner seg i henholdsvis Sverige og Storbritannia, men kommunikasjonen går gjennom fiberoptiske kabler i Norge. Dette gjør det mulig for norske myndigheter å overvåke kommunikasjonen uten at individene får beskjed om dette. Vil denne overvåkningen ha skjedd under norsk jurisdiksjon etter EMK artikkel 1? Formulert på en annen måte; finnes det en "jurisdictional link" mellom individene og Norge?¹⁵¹

Hemmelig overvåkning av kommunikasjon over landegrensener er ikke et nytt tema for EMD, men hittil har ikke domstolen behandlet spørsmålet om jurisdiksjon i slike tilfeller. I Weber og Saravia mot Tyskland hadde tyske myndigheter overvåket kommunikasjonen en tysk og en uruguayansk statsborger som begge var bosatt i Uruguay. Tyskland anførte at overvåkning av telekommunikasjon fra utlandet var en ekstraterritoriell handling ("extraterritorial act"), som i tråd med EMDs avgjørelse i Banković-saken falt utenfor EMKs jurisdiksjon.¹⁵² EMD konkluderte imidlertid med at klagen var "åpenbart grunnløs", og behandlet ikke spørsmålet om jurisdiksjon.¹⁵³

I Liberty og andre mot Storbritannia var to av klagerne irske organisasjoner som hadde kommunisert med en britisk organisasjon. Klagerne mente kommunikasjonen deres var blitt overvåket av britiske myndigheter. I denne saken anførte ikke Storbritannia at tilfellet var utenfor EMKs jurisdiksjon, og EMD tok heller ikke opp spørsmålet av eget tiltak.¹⁵⁴ Spørsmålet om jurisdiksjon blir heller ikke behandlet i de to sakene fra 2018 om overvåkning av grenseoverskridende kommunikasjon, Big Brother Watch og andre mot Storbritannia og Centrum för Rättvisa mot Sverige. I den førstnevnte saken hadde Storbritannia ikke argumentert med at forholdet falt utenfor EMKs jurisdiksjon. EMD forutsatte derfor at EMK kom til anvendelse, og behandlet ikke spørsmålet om jurisdiksjon nærmere.¹⁵⁵

¹⁵¹ Jf. Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 150.

¹⁵² Weber and Saravia v. Germany, avsnitt 66.

¹⁵³ Ibid., avsnitt 156.

¹⁵⁴ Liberty and others v. the United Kingdom.

¹⁵⁵ Big Brother Watch and others v. the United Kingdom, avsnitt 271.

Den videre analysen må derfor bygge på analogier fra den eksisterende rettspraksisen om jurisdiksjon, samt juridisk teori. Det er særlig to problemer knyttet til at den eksisterende rettspraksisen om jurisdiksjon ikke handler om overvåkning. For det første vil anvendelsen av rettsreglene måtte bygge på en analogi, noe som byr på metodiske utfordringer. Det andre problemet ved at rettspraksisen omhandler en helt annen faktisk situasjon er at de rettsregler som oppstilles ikke er så enkle å anvende i saker om hemmelig overvåkning. Problemene vil bli drøftet i det følgende.

3.1.1 Analogislutninger fra eksisterende praksis

Som nevnt i punkt 1.2 ovenfor handlet den sentrale EMD-dommen om jurisdiksjon, *Al-Skeini* og andre mot Storbritannia om retten til liv i EMK artikkel 2. Den andre sentrale dommen, *Banković* og andre mot Belgia og andre, handlet også om denne rettigheten.

I juridisk metode brukes ”analogi” om tilfeller der man anvender en rettsregel på et annet forhold enn den er ment for, men som likevel er beslektet.¹⁵⁶ Utfordringen ved å bruke analogier i rettsanvendelsen er at rettsregelen rent faktisk henvender seg til et annet forhold, og det kan være betenkelig å utvide dens anvendelsesområde. Det vil for eksempel være et argument mot å bruke analogier fra *Banković*- og *Al-Skeini*-avgjørelsene at disse dreier seg om en helt annen rettighet enn retten til privatliv. Dette viser seg i hvordan disse to rettighetene er formulert i EMK. Mens retten til privatliv i EMK artikkel 8 kan begrenses i ganske mange tilfeller på grunn av den vide formuleringen i unntaket i artikkel 8 nr. 2, kan retten til liv i artikkel 2 kun begrenses i de tre spesifikt formulerte tilfellene opplistet i artikkel 2 nr. 2.¹⁵⁷ Retten til liv står også i en særstilling da det uten denne rettigheten er vanskelig å nyte noen av de andre rettighetene i konvensjonen.

Argumentene mot å tillate analogier gjør seg særlig gjeldende der det er snakk om å gjøre inngrep overfor individet.¹⁵⁸ Å bruke analogier til å utvide medlemsstaters ansvar for menneskerettighetskrenkelser vil være mindre betenkelig. Men å tillate vidtgående analogier kan også svekke rettighetene i EMK. I en sak for det britiske Investigatory Powers Tribunal (IPT), som behandler saker der individer og andre mener de er blitt utsatt for hemmelig overvåkning¹⁵⁹, begrunnet tribunalet tilsynelatende sin avgjørelse på en analogi fra *Banković*.¹⁶⁰ Saken, *Hu-*

¹⁵⁶ Falkanger (2018).

¹⁵⁷ EMK art. 2 og 8.

¹⁵⁸ Eckhoff (2001) s. 127 og legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113.

¹⁵⁹ The Investigatory Powers Tribunal (udatert).

¹⁶⁰ *Human Rights Watch Inc. and others v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and others*.

man Rights Watch og andre, hadde sitt utspring i en nettside lansert av Privacy International der individer kunne henvende seg til IPT for å finne ut om de hadde blitt ulovlig overvåket.¹⁶¹ Gjennom denne kampanjen mottok IPT totalt 663 klager fra både individer og organisasjoner både innen og utenfor Storbritannia.¹⁶² For å avgjøre enkelte prinsipielle spørsmål før de behandlet alle klagen samlet IPT ti av klagen til felles behandling.¹⁶³ Et av spørsmålene som skulle avgjøres var hvorvidt EMK fikk anvendelse også for de to klagerne som befant seg utenfor Storbritannia. Tribunalet uttalte, med en henvisning til Banković, at EMK ikke beskyttet privatlivet for disse klagerne, siden de i utgangspunktet ikke hadde hatt noe privatliv i Storbritannia.¹⁶⁴ Bruken av Banković, samt avgjørelsen i sin helhet, er kritisert i teorien blant annet fordi IPT ikke spesifiserer hvorfor forholdene i saken var så like Banković at det var naturlig med en analogi.¹⁶⁵ Milanovic antar at Banković-analogien er brukt i kombinasjon med en ”fra-mer-til-mindre”-tankegang: Dersom du ikke har rett til liv når NATO slipper bomber over deg, kan du vanskelig ha rett til privatliv.¹⁶⁶ Saken fra IPT viser at analogier kan bære galt av sted hvis de ikke er tilstrekkelig begrunnet. I verste fall kan de uthule rettighetene i EMK.

Et av argumentene for å tillate analogier er tanken om at like tilfeller bør behandles likt.¹⁶⁷ Dette kan begrunne analogier fra EMD-saker der jurisdiksjonen sprang ut i fra fysisk makt og kontroll i saker om hemmelig overvåkning. Margulies, nedenfor, argumenterer med at en medlemsstat kan ha ”kontroll” i cyberspace uten å bruke fysisk makt.¹⁶⁸ Det er videre slik at inngrepene overfor individet ikke nødvendigvis er mindre bare fordi det finner sted utenfor et territorium der staten har kontroll. At en medlemsstat kan lese e-postkorrespondansen til et individ i utlandet er neppe mindre inngripende enn om det hadde skjedd innenfor medlemsstatens grenser. Det kan også være minst like inngripende for individet med slike ”digitale” undersøkelser som om hun skulle blitt ransaket av politiet.

3.1.2 Eksisterende teorier om jurisdiksjon passer ikke på overvåkning

I tillegg til de metodologiske utfordringene ved å bruke analogier fra rettspraksis som Banković og Al-Skeini, kommer en praktisk utfordring. Rettsreglene som blir oppstilt av EMD i disse sakene passer rett og slett ikke like godt på faktum i en sak om hemmelig overvåkning.

¹⁶¹ Ibid., avsnitt 7 og 8.

¹⁶² Ibid., avsnitt 9-11.

¹⁶³ Ibid., avsnitt 9.

¹⁶⁴ Ibid., avsnitt 58.

¹⁶⁵ Raible (2017) s. 519.

¹⁶⁶ Milanovic (2016).

¹⁶⁷ Falkanger (2018).

¹⁶⁸ Margulies (2014) s. 2151-2152.

Scenarioet skissert i innledningen til dette kapittelet kan brukes til å illustrere dette. Har medlemsstaten jurisdiksjon der individet verken befinner seg i et område der staten har kontroll, eller er underlagt statens myndighet og kontroll?

Den spatiale modellen for jurisdiksjon gir i tilfeller som dette begrenset veiledning. Selve overvåkningsaktiviteten fant sted på et territorium som Norge har kontroll over, men individene befinner seg utenfor dette området. Den personelle modellen gir heller ikke noe umiddelbart svar, siden norske myndigheter ikke utøver myndighet eller kontroll over individene på en slik måte som EMD la til grunn for å konstatere jurisdiksjon i Al-Skeini eller Jaloud.¹⁶⁹

Scenarioet viser at enkelte former for kommunikasjon, og dermed enkelte former for overvåkning, utfordrer EMDs rettspraksis om jurisdiksjon. Det er ikke lenger noen automatikk i at individet befinner seg på samme sted som rettighetsinngrepet fant sted. Samtidig er det ingen tvil om at statens handlinger faktisk kan påvirke individet og potensielt hindre dem i å nyte godt av sin konvensjonsfestede rett til privatliv.

Spørsmålet blir da om det finnes noen alternative grunnlag for å etablere jurisdiksjon der den spatiale eller personelle modellen kommer til kort. Nedenfor vil det gjøres rede for alternative grunnlag oppstilt i teorien, herunder Margulies' teori om faktisk kontroll som basis for jurisdiksjon og Milanovics "third theory of jurisdiction" som skiller mellom positive og negative konvensjonsforpliktelser. Videre vil det drøftes hvorvidt statsborgerskap eller bosted, eller selve inngrepet i individets rettigheter kan begrunne jurisdiksjon. Kapitelet avsluttes med en redegjørelse for den funksjonelle jurisdiksjonsmodellen som Judge Bonello oppstilte i sin dissens i Al-Skeini-dommen.

3.2 Jurisdiksjon gjennom faktisk kontroll ("virtual control standard")

Teorien om at jurisdiksjon kan oppstå gjennom faktisk kontroll ("virtual control standard") er formulert av Peter Margulies i et forsøk på å sammenkoble EMDs vilkår om kontroll som betingelse for jurisdiksjon og teknologiske fremskritt som gjør det mulig å drive hemmelig overvåkning uten fysisk tilstedeværelse.¹⁷⁰ Margulies fremhever at begrepet "kontroll" slik det er brukt i situasjoner der stater gjennom sine agenter foretar faktiske handlinger utenlands, er utilstrekkelig når det er snakk om handlinger statene foretar i cyberspace.¹⁷¹ Det er ikke nødvendig å ha kontroll over et område eller individer for å utføre utenlandsovervåkning. På tidspunktet da Margulies skrev artikkelen kunne det amerikanske overvåkningsorganet Na-

¹⁶⁹ Al-Skeini and others v. the United Kingdom, særlig avsnitt 150 og Jaloud v. the Netherlands, særlig avsnitt 152.

¹⁷⁰ Margulies (2014) s. 2150-51.

¹⁷¹ Ibid. s. 2150.

tional Security Agency (NSA), i stedet for å sende agenter utenlands for å plante mikrofoner i utenlandske borgeres telefoner, overvåke utlendinger i utlandet uten å forlate bygningen. Det ble for eksempel antatt at NSA kunne knekke krypteringer ved bruk av tilsiktede svakheter i programvare ("back doors"), og kontrollere datamaskiner selv uten at de er koblet til internett gjennom innebygde radiosendere.¹⁷² I tillegg kommer muligheten NSA gjennom sitt samarbeid med mobiloperatører hadde til å hente ut informasjon fra elektronisk kommunikasjon som blir sendt gjennom amerikansk territorium via undersjøiske kabler.¹⁷³ Til sammen utgjorde dette overvåkningsregimet "an on-going state presence that is in some ways more pervasive than state's dominance within their physical territory."¹⁷⁴ Margulies fremholder derfor at "[a] narrow standard requiring physical control does not do justice to the challenge of rapidly evolving technology in a changing world".¹⁷⁵

Når stater har denne graden av faktisk kontroll, men uten å være fysisk tilstede, blir rettsreglene om kontroll over et område eller individ utilstrekkelige. Margulies mener derfor det må legges til grunn en bredere standard, der også andre typer kontroll enn det rent fysiske kan gi grunnlag for jurisdiksjon.¹⁷⁶

Georgieva peker på særlig to fordeler ved Margulies teori om faktisk jurisdiksjon. For det første representerer teorien ikke et helt nytt grunnlag for jurisdiksjon. Det er snarere slik at den videreutvikler "kontroll"-begrepet som allerede er utviklet i EMDs rettspraksis. For det andre tar teorien om faktisk jurisdiksjon hensyn til teknologisk utvikling og bidrar til å forene denne utviklingen med eksisterende rettspraksis. Til sammen bidrar derfor teorien om faktisk jurisdiksjon til at inngrep i retten til privatliv adresseres og menneskelige prinsipper opprettholdes.¹⁷⁷ Dette samsvarer godt med Backers første begrunnelse for dynamisk tolkning av EMD, samt effektivitetsprinsippet, se 1.3.2. Når man anvender Margulies' modell på faktum (for eksempel situasjonen skissert i innledningen til dette kapitlet) oppstår imidlertid et nytt spørsmål; i hvilken grad må medlemsstaten drive overvåkning før den kan sies å ha kontroll på cyberspace? Det er usikkert om muligheten til å overvåke kommunikasjonen er nok til å ha "kontroll". Dermed vil andre modeller, som for eksempel Milanovics skille mellom positive og negative forpliktelser, være enklere å anvende.

¹⁷² Shane (2013) og Sanger og Shanker (2014).

¹⁷³ Angwin mfl. (2015).

¹⁷⁴ Margulies (2014) s. 2151-52

¹⁷⁵ Ibid. s. 2151-52.

¹⁷⁶ Ibid. s. 2150-52.

¹⁷⁷ Georgieva (2015) s. 113.

3.3 Skillet mellom negative og positive forpliktelser

Mens Margulies argumenterer for en utvidelse av ”kontroll”-begrepet, oppstiller Marko Milanovic en alternativ modell, der ansvar etter EMK ikke bestemmes ut ifra kontroll på område eller individ, men etter typen forpliktelse for medlemsstaten. Milanovic skiller mellom de positive og de negative forpliktelsene etter EMK. Medlemsstatens negative plikt etter EMK er å ikke selv gjøre inngrep i individets konvensjonsfestede rettigheter. Den positive forpliktelsen er å i tillegg sørge for at heller ingen andre aktører gjør slike inngrep.¹⁷⁸

Milanovic opererer med et jurisdiksjonsbegrep som til dels skiller seg fra EMDs praksis. ”Jurisdiksjon” betyr i Milanovics modell som utgangspunkt effektiv, samlet kontroll over områder (”effective overall control over areas”). Innenfor jurisdiksjonen har medlemsstaten plikt til å respektere de positive plikter som følger av EMK.¹⁷⁹ På dette punktet skiller ikke Milanovic seg fra det som allerede følger av EMK artikkel 1.

Milanovic argumenterer imidlertid for at medlemsstatenes ansvar utvides ved at deres negative forpliktelse til å respektere EMK skal være ”territorielt ubegrenset”. For negative forpliktelser skal det heller ikke være noe jurisdiksjonsbegrep som utgjør en terskel for at EMK skal kunne komme til anvendelse. Dette er fordi det, etter Milanovic syn, er vanskelig å finne en terskel som ikke virker vilkårlig, samt ikke kollapser når man forsøker å anvende den.¹⁸⁰

Milanovic viser dette ved å gjennomgå de etablerte hovedformene for jurisdiksjon, og peke ut hvorfor det er så vanskelig å finne en fornuftig avgrensning av medlemsstatenes ansvar i saker om utenlandsovervåkning. Teknologisk utvikling fører til at det ikke lenger behøver å være slik at individet befinner seg på samme geografiske sted som rettighetsinngrepet. Scenarioet skissert i innledningen til dette kapittelet kan brukes til å illustrere Milanovics poeng. Her skjedde overvåkningsaktiviteten i regi av norske myndigheter i Norge, men individene som ble overvåket befant seg i utlandet.

I følge Milanovic passer den spatiale modellen etter sin utforming dårlig på slike tilfeller. Vurderingstemaet etter denne modellen er hvorvidt individet befant seg innenfor et område som medlemsstaten har kontroll over. Da bør stedet for inngrepet ikke ha noe å si.¹⁸¹ En slik tankegang vil imidlertid lede til vilkårlige resultater. Hvis vilkåret for at EMK skal komme til anvendelse er at individet er innenfor statens jurisdiksjon vil for myndighetene være bundet av konvensjonen dersom de ransaker individets leilighet mens de befinner seg i landet. Reiser

¹⁷⁸ Milanovic (2015) s. 118-119.

¹⁷⁹ Ibid. s. 119.

¹⁸⁰ Ibid. s. 119.

¹⁸¹ Ibid. s. 124-125.

individet til utlandet vil hun være utenfor medlemsstatens jurisdiksjon, og ransakelsen kan skje uten hinder av EMK. Milanovic konkluderer derfor med at det neppe kan være slik at EMK ikke kommer til anvendelse der individet og rettighetsinngrepet skjer på to forskjellige steder, men at jurisdiksjon i disse tilfellene må bygge på noe annet enn den spatiale modellen.¹⁸²

Den personelle modellen fører etter Milanovics syn heller ikke til et rimelig resultat. Hvis det avgjørende for om EMK kommer til anvendelse på situasjonen er om individet er under medlemsstatens myndighet og kontroll, er det uten betydning om inngrepet skjer på statens territorium eller ikke.¹⁸³ Et individ vil for eksempel være like mye under medlemsstatens kontroll når de blir ransaket av medlemsstatens agenter innenfor statens territorium som i utlandet.¹⁸⁴

En tredje mulighet er at jurisdiksjonen stammer fra at medlemsstaten har foretatt en handling på sitt territorium, og at denne handlingen har ekstraterritoriell virkning. Milanovic påpeker imidlertid at man kan finne slike kausale sammenhenger i alle saker om ekstraterritoriell jurisdiksjon. Skulle man fulgt denne modellen ville bombingene i Banković-saken skjedd innenfor medlemslandenes jurisdiksjon fordi det var en kausal sammenheng mellom beslutningen om å gjennomføre bombingene (handling) og utføringen av bombingene (ekstraterritoriell virkning).¹⁸⁵

Løsningen blir altså at medlemsstatene har ansvar for å overholde de negative forpliktelsene etter EMK utenfor sitt territorium. Fordelene med denne modellen er at medlemsstatene alltid er i stand til å overholde de negative forpliktelsene, fordi de kan kontrollere sine egne organer og agenter. Som Henry Shue uttrykker det: "Universal negative duties (...) are no problem (...). I can easily leave alone at least five billion people, and as many more as you like".¹⁸⁶

Milanovic mener selv at modellen er "clear, predictable, precludes the vast majority of arbitrary outcomes, and provides a relatively stable balance between considerations of universality and effectiveness".¹⁸⁷ Dette harmonerer godt med effektivitetsprinsippet i EMDs konvensjonstolkning som er presentert overfor i 1.3.2. I eksempelet fra innledningen til dette kapitlet ville modellen gitt en klar løsning. Norge ville i dette tilfellet vært ansvarlig for å overholde

¹⁸² Ibid. s. 124-25.

¹⁸³ Ibid. s. 125-26.

¹⁸⁴ Ibid. s. 126.

¹⁸⁵ Ibid. s. 126.

¹⁸⁶ Shue (1988) s. 690.

¹⁸⁷ Milanovic (2015) s. 119.

den negative plikten til å ikke gripe inn i individenes privatliv når disse befinner seg utenfor norsk territorium.

Et argument mot å skille mellom positive og negative forpliktelser er at de fleste menneskerettigheter inneholder både negative og positive sider som alle må respekteres for at individet skal nyte menneskerettighetsvern. Staten har med andre ord en forpliktelse til å respektere, beskytte og oppfylle menneskerettighetene.¹⁸⁸ Dersom en medlemsstat kun er forpliktet til å overholde den negative forpliktelsen til å ikke selv gripe inn i utenlandske individers privatliv, har ikke nødvendigvis individet noen fullverdig beskyttelse mot slike inngrep. Også andre medlemsstater, eller ikke-statlige aktører, kan overvåke individet på en måte som er i strid med artikkel 8. Det er imidlertid usikkert om dette argumentet kan begrunne at også de positive forpliktelsene skal gis ekstraterritoriell anvendelse. Positive forpliktelser er territorielt begrenset gjennom at en medlemsstat i utgangspunktet er avskåret fra å handle på en annen medlemsstats territorium uten vertsstatens samtykke.¹⁸⁹ Videre vil det verken være juridisk eller praktisk gjennomførbart for én medlemsstat å sikre alle menneskerettighetene for alle mennesker overalt. Menneskerettighetene må derfor sikres ved at hver medlemsstat har ansvar for etterlevelsen av dem innenfor sitt territorium.¹⁹⁰ Det er heller ikke slik at de positive forpliktelsene innebærer bedre praktisk beskyttelse mot menneskerettighetskrenkelses enn de negative. Det vil for eksempel kunne være like krenkende for individet å bli drept eller overvåket av en stat enn av ikke-statlige aktører.

3.4 Statsborgerskap eller bosted som grunnlag for jurisdiksjon

En annen måte å klargjøre hvem som faller innenfor medlemsstatens jurisdiksjon er å knytte ansvaret til statsborgerskap eller bosted. Er medlemsstaten ansvarlig for å respektere privatlivet til bare egne statsborgere, bare egne innbyggere eller alle andre? Situasjonen kan illustreres med eksempelet fra innledningen: Vil Norge i dette tilfellet stå fritt til å ikke følge EMK fordi de overvåkede individene ikke er norske statsborgere eller bosatt i Norge? Spørsmålet er ikke avklart av EMD, som slik det er nevnt tidligere i dette kapitlet, ikke hittil har avgjort noen saker om ekstraterritoriell virkning av EMK i saker om hemmelig overvåkning. Temaet er behandlet i teori, samt i nasjonal rettspraksis. Et sterkt argument mot å skille mellom statsborgere og ikke-statsborgere når det gjelder sikring av individets rettigheter etter EMK er at dette ville stride med prinsippet om menneskerettighetenes universalitet. I det følgende grunnlaget for å knytte jurisdiksjon til statsborgerskap eller bosted, samt de juridiske og moralske vanskelighetene ved å avgrense retten til privatliv gjennom statsborgerskap.

¹⁸⁸ Lubell (2010), s. 228.

¹⁸⁹ Roxstrom (2005), s.73.

¹⁹⁰ Ibid. s. 73.

3.4.1 Skillet mellom statsborgere og innbyggere

Medlemsstatene er som et minimum forpliktet til å beskytte egne innbyggere.¹⁹¹ At medlemsstaten skal sikre rettighetene innenfor sitt ”myndighetsområde” innebærer at rettighetene i utgangspunktet skal sikres for alle, uavhengig av om de er statsborgere eller ikke.¹⁹² EMK artikkel 14 krever videre at rettighetene i konvensjonen skal sikres uten diskriminering. Det er likevel ikke slik at absolutt alle rettigheter statsborgere har også skal gis til ikke-statsborgere. Forskjellsbehandling tillates dersom den har en objektiv og rimelig forklaring.¹⁹³ Stemmerett og tillatelse til å oppholde seg i medlemsstaten er eksempler på rettigheter som er knyttet til statsborgerskap.¹⁹⁴ EMD har likevel fastslått at det skal svært tungtveiende grunner til for at forskjellsbehandling som bare er begrunnet i statsborgerskap skal være forenlig med EMK.¹⁹⁵

Å sikre retten til privatliv for statsborgere bosatt i medlemslandet, men ikke for andre innbyggere vil derfor bare være tillatt dersom medlemsstaten kan bevise at det finnes slike svært tungtveiende grunner. Det kan tenkes at medlemsland vil begrunne mer inngripende overvåkning overfor ikke-statsborgere med hensynet til nasjonal sikkerhet. Milanovic påpeker imidlertid at det er vanskelig å finne empirisk bevis for at ikke-statsborgere er farligere for nasjonens sikkerhet enn statsborgere. Tvert i mot har flere av de største terroraksjonene siden 2000 blitt utført av egne statsborgere.¹⁹⁶

I tillegg til diskrimineringsvernet kan også moralske hensyn gjøre seg gjeldende ved en eventuell avgrensning på grunnlag av statsborgerskap. Milanovic formulerer dette som et spørsmål om hvem som ”fortjener” retten til privatliv.¹⁹⁷ En mulig begrunnelse for å skille mellom statsborgere og ikke-statsborgere er i følge Milanovic ideen om samfunnskontrakten.¹⁹⁸ Ideen om samfunnskontrakten betyr at sentralmakten har legitimitet fordi individene som er underlagt den har samtykket. Dette samtykket fører med seg rettigheter og plikter for statsborgere og de som befinner seg innenfor statens grenser.¹⁹⁹ Milanovic har flere innvendinger mot å bruke samfunnskontrakten som begrunnelse for å avskjære menneskerettighetsvernet. For det første er det stor avstand mellom en ”postulated, fictional social contract in Western political

¹⁹¹ EMK art.1.

¹⁹² Bjørge (2017) note 3.

¹⁹³ I tillegg til at forskjellsbehandlingen må ha et legitimt formål, må den være forholdsmessig i relasjon til det formål som skal realiseres, jf. *Belgian Linguistic case (II) v. Belgium*, under ”Law”, B ”Interpretation adopted by the Court”, avsnitt 10.

¹⁹⁴ Milanovic (2011) s. 81.

¹⁹⁵ *Gaygusuz v. Austria*, avsnitt 42.

¹⁹⁶ Milanovic nevner bla. bombene på t-banen i London 7. juni 2005, Milanovic (2015) s. 99.

¹⁹⁷ Milanovic (2015) s. 87.

¹⁹⁸ *Ibid.* s. 89.

¹⁹⁹ Kerr (2013).

philosophy” og bindende juridiske instrumenter, som menneskerettighetstraktater.²⁰⁰ For det andre er det ikke slik at ideen om samfunnskontrakten og universelle menneskerettigheter er gjensidig utelukkende. Det lar seg gjøre å forsvare både at staten har forpliktelser ovenfor dem som har gitt den samtykke til å styre, og at også andre enn statsborgere må ha rett på enkelte grunnleggende rettigheter.²⁰¹

Hvorvidt også ikke-statsborgere skal ha rett til privatliv blir dermed et moralsk spørsmål. Et skille mellom statsborgere og ikke-statsborgere ved anvendelsen av menneskerettighetene vil også kunne lede til resultater som virker moralsk vilkårlige. Eksempelet overfor i 3.4.2 illustrerer dette.

Det er også et viktig poeng at skillet mellom statsborgere og ikke statsborgere er vilkårlig i seg selv. Statsborgerskap tildeles ikke etter meritter som militærtjeneste, eller noe annet bidrag til samfunnet, men på mer tilfeldig grunnlag som for eksempel foreldrenes statsborgerskap.²⁰² Dessuten vil et slikt skille stride med menneskerettighetenes universelle natur: ”Human rights treaties are not social compacts, nor can their applicability depend on morally arbitrary criteria such as the mere accident of birth; they are grounded in the idea that all human beings possess inherent dignity deserving of protection.”²⁰³ Milanovic konkluderer etter dette med at statsborgerskap ikke kan være inngangsvilkåret for om menneskerettigheter kommer til anvendelse, også i saker om utenlandsovervåkning.²⁰⁴

Det må kort bemerkes at stater rent faktisk bruker statsborgerskap som argument i saker som handler om menneskerettighetskrenkelser. Et eksempel fra norsk rettspraksis er dommen inn tatt i Rt. 2015 s. 93, der en kenyansk kvinne hadde fått avslag på søknaden om familiegjening med sin datter som var norsk statsborger. Førstvoterende la stort vekt på statsborgerskapet, og kom med en rekke uttalelser om hva det betyr å være norsk statsborger, herunder hvilke rettigheter og muligheter det medfører.²⁰⁵ Utvisningsvedtaket mot moren ville gjøre det umulig for datteren å nyte godt av rettighetene hun hadde gjennom sitt statsborgerskap og samtidig være sammen med moren. Vedtaket utgjorde derfor en krenkelse av datterens rettigheter etter EMK artikkel 8.²⁰⁶ Utfallet ville neppe blitt det samme om datteren ikke hadde vært norsk statsborger, fordi hun da ville manglet rettighetene førstvoterende viser til.

²⁰⁰ Milanovic (2015) s. 89.

²⁰¹ Ibid. s. 90.

²⁰² Milanovic (2015) s. 91 og statsborgerloven § 4.

²⁰³ Milanovic (2015) s. 97-98.

²⁰⁴ Ibid. s. 99.

²⁰⁵ Rt. 2015 s. 93, avsnitt 75 til 77.

²⁰⁶ Ibid. , avsnitt 84.

3.4.2 Statsborgerskap som grunnlag for jurisdiksjon

I teorien er det diskutert hvorvidt statsborgerskap kan danne grunnlag for jurisdiksjon. Dette kan illustreres med følgende eksempel: Dersom en norsk statsborger befinner seg i Sverige, og kommunikasjonen hun har med en person i Norge blir overvåket, er den norske statsborgeren innenfor Norges jurisdiksjon i kraft av sitt statsborgerskap?

I følge Milanovic kan ikke statsborgerskap alene danne grunnlag for ekstraterritoriell anvendelse av EMK. Dersom man godtok dette ville en britisk statsborger i britiske soldaters varetekt være beskyttet av EMK, mens en irakisk statsborger ikke ville være det.²⁰⁷ Dermed ville Storbritannia være forpliktet etter EMK til å blant annet ikke torturere den britiske statsborgeren, mens stått fritt til å torturere den irakiske statsborgeren. Milanovics tankegang kan overføres til saker om hemmelig overvåkning. Kan det forsvares å la EMK få anvendelse bare når det er statens egne borgere som rammes av utenlandsovervåkning? Foruten at det kan virke vilkårlig og urimelig vil det også kunne utvanne rettighetene i EMK. Hvis statsborgerskap alene skal være grunnlaget for jurisdiksjon vil jo hvert enkelt medlemsland kunne overvåke de øvrige medlemslandenes statsborgere uten hinder av EMK, bytte den innsamlede informasjonen mot informasjon om egne statsborgere, og i praksis gjøre retten til privatliv illusorisk.

Som nevnt i punkt 2.1.2.1 i kapittel 2 har EMK et autonomt jurisdiksjonsbegrep, som ikke må forveksles med begrepet ”jurisdiksjon” slik det brukes i nasjonal lovgivning eller i folkeretten. Diskusjonen om statsborgerskap som grunnlag for jurisdiksjon må derfor holdes adskilt fra andre rettsregler som på grunnlag av statsborgerskap gis anvendelse i utlandet, for eksempel de strafferettslige reglene om jurisdiksjon.²⁰⁸ Dette er fordi jurisdiksjon etter EMK etableres på grunnlag av faktum i den aktuelle saken, ikke på grunnlag av at EMK som nasjonal lovgivning gis et videre geografisk virkeområde.²⁰⁹

I følge Milanovic vil heller ikke statsborgerskapet til den eller de personene som utfører rettighetsinngrepet danne grunnlag for jurisdiksjon. Det spiller ingen rolle hvilket statsborgerskap disse personene har. Det avgjørende for å etablere jurisdiksjon i slike tilfeller er om personene har handlet som agenter for medlemsstaten.²¹⁰

²⁰⁷ Milanovic (2011) s. 81.

²⁰⁸ Se straffeloven § 5 første ledd.

²⁰⁹ Milanovic (2011) s. 81.

²¹⁰ Ibid. s. 83.

3.4.3 Skille mellom innbyggere og individer som er bosatt i utlandet

Et annet alternativ er å helt se bort i fra statsborgerskap, og heller basere jursdiksjonsavgjørelsen på hvor individet er bosatt. I Human Rights Watch-saken, som ble presentert overfor, konkluderte IPT med at klagerne som var bosatt utenfor Storbritannia ikke hadde hatt noe privatliv i denne medlemsstaten, og dermed falt utenfor EMKs jurisdiksjon.²¹¹ IPT mente altså at individer måtte være fysisk tilstede i Storbritannia for at de skulle være innenfor britisk jurisdiksjon. Det avgjørende for om individet var fysisk tilstede var hvilket bosted hun hadde.²¹² Fordi tribunalet baserte avgjørelsen sin på klagerens bosted, ikke hvor de rent faktisk oppholdt seg, er det uklart om resultatet ville blitt noe annet om de to klagerne som ikke bodde i Storbritannia hadde oppholdt seg der da inngrepet skjedde. I et slikt tilfelle har Storbritannia i utgangspunktet jurisdiksjon på grunnlag av territorialitet, og en eventuell begrensnings av ansvaret måtte i så fall bygge på et skille mellom statsborgere og ikke-statsborgere, se overfor i 3.4.2. Det er også usikkert om resultatet hadde blitt et annet dersom klagerne hadde vært britiske statsborgere, men bosatt i utlandet. Statsborgerskap som grunnlag for jurisdiksjon er drøftet overfor i 3.4.2, og overvåkning av utenlandske statsborgere som befinner seg utenfor statens territorium er drøftet i 3.2 og 3.3, samt nedenfor i 3.5 og 3.6.

Også i Norge opereres det med et skille mellom innbyggere og individer som er bosatt i utlandet. EOS-utvalget fører kontroll med de hemmelige tjenestene i Norge, og skal blant annet sikre at denne virksomheten skjer innenfor menneskerettighetenes rammer.²¹³ EOS-utvalget tar enhver klage fra personer bosatt i Norge til behandling, så lenge klagen er rettet mot en av tjenestene EOS-utvalget fører kontroll med.²¹⁴ Av EOS-kontrolloven § 5 femte ledd går det frem at utvalget ikke har noen plikt til å utøve kontroll der individet som har fremmet klagen er bosatt i utlandet. Utvalget kan likevel utøve kontroll i slike tilfeller når ”særlig grunner tilsier det”.²¹⁵ EOS-utvalget har tolket dette slik at klager fra personer som er bosatt i utlandet må begrunnes, mens klager fra norske innbyggere ikke trenger slik begrunnelse.²¹⁶ Det er usikkert hvor stor betydning skillet mellom individer bosatt i og utenfor Norge har i praksis, i det utvalget uttaler at de ”praktiserer en lav terskel for å ta klager til behandling”.²¹⁷

²¹¹ Human Rights Watch Inc. and others v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and others, avsnitt 58.

²¹² Ibid., avsnitt 49 jf. 58.

²¹³ EOS-kontrolloven § 2.

²¹⁴ EOS-utvalget (2019) punkt 12.2 på s. 14, jf. EOS-kontrolloven § 5.

²¹⁵ EOS-kontrolloven § 5 femte ledd.

²¹⁶ EOS-utvalget (2019) punkt 12.2 på s. 14.

²¹⁷ Ibid. punkt 12.2, fotnote 47 på s. 14.

3.5 Myndighet og kontroll over individets rettigheter

Som drøftet overfor i 3.1 er det betydelige praktiske vanskeligheter med å knytte jurisdiksjon til fysisk kontroll over et område eller et individ i saker om hemmelig overvåkning av grenseoverskridende informasjon. For å løse dette problemet, og unngå at det oppstår et rettighetsvakuum, kan man i stedet knytte jurisdiksjon til individets rettigheter. Med dette menes at selv om medlemsstaten ikke utøver fysisk myndighet og kontroll over individet, kan den likevel utøve myndighet og kontroll med individets rett til privatliv. Dette vil gjøre det enkelt å vurdere jurisdiksjonsspørsmålet i saker der individet som blir overvåket befinner seg i utlandet, slik som i innledningen til dette kapitlet.

Denne formen for etablering av jurisdiksjon er fremholdt av Den internasjonale juristkommissjonen (ICJ) i deres skriv til EMD i forbindelse med domstolens behandling av Big Brother Watch-saken.²¹⁸ ICJ argumenterer med at gjennom overvåkning utøver medlemsstaten ”myndighet og kontroll over informasjonen, og dermed over en viktig del av individets private sfære”.²¹⁹ Dette er ”tilstrekkelig til å etablere jurisdiksjon, uavhengig av hvor individet måtte befinne seg”.²²⁰ ICJ bygger denne argumentasjonen på rettsreglene som ble oppstilt i Al-Skeini, nemlig at jurisdiksjon kan oppstå dersom medlemsstatens handlinger får konsekvenser utenfor territoriet, særlig der medlemsstaten utøver ”control and authority” over individet.²²¹ ICJs argumentasjon innebærer derfor en utvidelse av den personelle modellen til å ikke bare gjelde ”authority and control” over individets rett til liv, slik som i Al-Skeini, men også individets rett til privatliv.

At den fysiske avstanden mellom medlemsstatens agenter og individ er større enn i Al-Skeini bør ikke ha noe å si for at det skal kunne etableres jurisdiksjon gjennom inngrep i individets rettigheter. EMD-sakene om retten til liv skiller seg riktignok fra saker om hemmelig overvåkning av elektronisk kommunikasjon ved at myndighetenes agenter i disse tilfellene ikke trenger å befinne seg i nærheten av individet. Som vist overfor i 3.2 kan overvåkningsorganer innhente store mengder informasjon og potensielt gjøre store inngrep i privatlivet til individer som befinner seg i utlandet. Avstanden kan i seg selv ikke tilsi at retten til privatliv skal få snevrere ekstraterritorielt virkeområde enn retten til liv. Dette ville i så fall by på problemer hvis EMD skulle måtte avgjøre om ofre for droneangrep har rett til liv under EMK når angrepene er iverksatt av medlemsstatens agenter innenfor medlemsstatens grenser, men utføres i utlandet. Det avgjørende er, i følge Noam Lubell som undersøker jurisdiksjon i tilfeller der en

²¹⁸ Gjengitt i Big Brother Watch and others v. the United Kingdom avsnitt 299.

²¹⁹ ICJ (2016) s. 8, min oversettelse.

²²⁰ Ibid.

²²¹ ICJ (2016) s. 8 og Al-Skeini and others v. the United Kingdom, avsnitt 133 og 137.

stat har kontroll over et individs rett til liv, ”not the physical distance between the agents and the individual, but rather the power of the individual that is exercised by the agents”.²²²

Lubells synspunkt harmonerer godt med EMDs avgjørelse i Andreou-saken, se overfor under 2.4. Der utøvde Tyrkia et inngrep i individets rett til liv, selv om det var fysisk avstand mellom partene. Carly Nyst mener også at EMDs eksisterende praksis kan begrunne at jurisdiksjon oppstår når medlemsstaten griper inn i individets rettigheter.²²³ EMD har allerede fastslått at EMK kan få anvendelse selv om individet rettighetene relaterer seg til befinner seg utenfor medlemsstaten. Dette betyr blant annet at en rettssak må oppfylle kravene til en ”fair trial” i EMK artikkel 6 selv om individet befinner seg i utlandet.²²⁴ Videre er individets rett til eiendom beskyttet av EMK, selv om individet og eiendommen befinner seg i to forskjellige medlemsstater. EMD har for eksempel godtatt at et tyrkisk flyselskap kunne påberope seg vernet om eiendom i EMKs tilleggsprotokoll overfor Irland. Irske myndigheter hadde tatt arrest i et fly, og dermed var selskapet brakt under irsk jurisdiksjon.²²⁵ Nysts tankegang leder dermed til den konklusjon at dersom individet har rett til en rettferdig rettergang og eiendom selv om hun befinner seg utenfor medlemsstaten, bør hun også ha rett til privatliv. Noe annet ville virke vilkårlig og vanskelig å forsvare.

Spørsmålet blir dermed hva som skal til før en medlemsstat anses å ha utøvet myndighet og kontroll over individets rett til privatliv. EMD har ikke lagt terskelen for *hva som skal ansees som et inngrep* i retten til privatliv veldig høyt. For eksempel fant EMD i Copland mot Storbritannia at innsamling og lagring av informasjon om tidspunkt og lengde for telefonsamtaler og hvilket nummer det var blitt ringt til kunne utgjøre et inngrep i retten til privatliv. Det var uten betydning at informasjonen kunne ha blitt samlet inn på lovlig vis, eller at informasjonen ikke var delt med andre eller brukt som bevis mot klageren.²²⁶ Innsamling av kommunikasjonsdata kan altså i seg selv utgjøre et inngrep i retten til privatliv, selv om denne informasjonen ikke brukes til noe i ettertid.

Mye taler for at det i alle fall må ha skjedd noe som etter omstendighetene kan bli regnet som et inngrep, slik at ren passivitet fra medlemsstatens side ikke er nok. I Human Rights Watch var det ikke er nok for å etablere jurisdiksjon at informasjonen er blitt sendt gjennom med-

²²² Lubell (2010) s. 224.

²²³ Nyst (2013).

²²⁴ Se Sejdovic v. Italy.

²²⁵ Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, avsnitt 137.

²²⁶ Copland v. the United Kingdom avsnitt 43 og 44.

lemsstaten.²²⁷ Måten internetbasert kommunikasjon fungerer på kan tilsi at dette er en god løsning. I mange tilfeller tar kommunikasjonen nemlig den billigste, ikke den korteste veien, fra avsender til mottaker.²²⁸ Dette betyr at kommunikasjon mellom to individer i Norge kan sendes via en server som befinner seg i Sverige. Hvis ikke svenske myndigheter gjør inngrep i denne kommunikasjonen, kun lar den passere gjennom territoriet kan det vanskelig sies at de gjør et inngrep i nordmennesenes rett til privatliv og dermed har jurisdiksjon på dette grunnlaget. Dersom svenske myndigheter derimot for eksempel lagrer informasjonen, vil dette kunne utgjøre et inngrep i retten til privatliv, selv om informasjonen ikke brukes til noe i ettertid.²²⁹

At jurisdiksjon kan oppstå ved at medlemsstaten utøver myndighet og kontroll over individets rettigheter løser derfor jurisdiksjonsspørsmålet der individet befinner seg i utlandet og medlemsstaten ikke utøver fysisk kontroll over henne. Denne løsningen er også med på å sikre at menneskerettighetene får anvendelse på situasjoner der medlemsstaten kan ha gjort et inngrep i dem. Hvis jurisdiksjon først skulle ha oppstått når staten utøver myndighet og kontroll over individet ville medlemsstaten aldri blitt ansvarlig for inngrep i retten til privatliv der de overvåkede individene befant seg i utlandet, og utenfor medlemsstatens spatiale eller personelle jurisdiksjon. I praksis betyr dette at medlemsstatene kunne overvåket personer i utlandet uten begrensning av EMK. Retten til privatliv ville dessuten lett bli illusorisk da stater kunne ha ”byttet” informasjon om egne innbyggere mot informasjonen de selv har samlet inn om personer bosatt i utlandet. Som vist overfor under 1.3.2 innebærer effektivitetsprinsippet at EMD vil forsøke å unngå tolkningsresultater der menneskerettighetene blir illusoriske og lite effektive.

Også FN virker å gå inn for en modell der det er inngrepet som er styrende for om jurisdiksjon har oppstått. I en rapport som FNs høykommissær for menneskerettigheter publiserte i 2014, om ”the right to privacy in the digital age”, presenteres en løsning av jurisdiksjonsspørsmålet ved anvendelsen av SP artikkel 17. Høykommissæren tar utgangspunkt i FNs menneskerettighetskomité’s prinsipp om at en medlemsstat ikke kan unndra seg sine menneskerettighetsforpliktelser ved å foreta seg noe utenfor sitt territorium som den ikke kunne foretatt innenfor sine egne grenser. Dette ville ikke bare undergrave menneskerettighetenes universalitet, men det ville også kunne føre til et system der stater ”outsourcer” overvåkning til hverandre.²³⁰ Derfor mener høykommissæren at jurisdiksjon i menneskerettslig forstand opp-

²²⁷ Human Rights Watch Inc. and others v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and others, avsnitt 60.

²²⁸ Nyst (2013).

²²⁹ Copland v. the United Kingdom, avsnitt 43 og 44.

²³⁰ FNs høykommissær for menneskerettigheter, A/HRC/27/37 (2014), avsnitt 33.

står når stater utøver ”power or effective control” over infrastruktur knyttet til digital overvåkning.²³¹ Jurisdiksjon vil derfor oppstå gjennom blant annet ”tapping” av infrastrukturen.²³²

3.6 Funksjonell jurisdiksjon

Den siste modellen for etablering av jurisdiksjon som blir presentert er kalt den funksjonelle jurisdiksjonstesten (”functional jurisdiction test”).²³³ Denne er formulert av en av dommerne i Al-Skeini, Judge Bonello, som var uenig med flertallet i synet på hvordan jurisdiksjon skulle etableres i saken. Dommeren var imidlertid enig i resultatet; at individene i saken kom under Storbritannias jurisdiksjon.²³⁴ Judge Bonello begynner sitt resonnement med å kalle den eksisterende rettspraksisen fra EMD avgjørelser tatt på ”a need-to-decide basis” og ”patchwork case-law at best”.²³⁵ Tidligere praksis har, i følge Bonello, tatt sikte på å forene EMDs ulike tilnærminger til jurisdiksjon i stedet for å oppstille regler som er mer universelle. Han ser det derfor som sin oppgave å ”gå tilbake til tegnebrettet” og finne en modell for etablering av jurisdiksjon som sikrer menneskerettighetenes universalitet.²³⁶ Resultatet er den funksjonelle jurisdiksjonstesten. Denne bygger på at medlemsstatene skal sikre menneskerettighetene på fem sentrale måter. For det første skal de ikke krenke menneskerettighetene selv, og for det andre skal de ha på plass systemer som skal hindre krenkelser. For det tredje skal de sørge for at påstander om menneskerettighetskrenkelser blir etterforsket, og for det fjerde straffe sine representanter dersom de krenker menneskerettighetene. Til slutt skal medlemsstatene kompensere dem som blir utsatt for menneskerettighetskrenkelser.²³⁷

Etter den funksjonelle testen vil en stat ha jurisdiksjon der den har evne til å utøve, eller ikke utøve, en av disse funksjonene.²³⁸ Jurisdiksjon blir her frikoblet fra territorialitet og fysisk kontroll over individer. Det avgjørende for om en stat har jurisdiksjon er ikke hvilket territorium den utøver sin myndighet og kontroll på, men hvilke funksjoner den utøver slik myndighet og kontroll over. Judge Bonello formulerer testen slik; ”var statens representanter nødvendige for at den påståtte krenkelsen skulle finne sted?”²³⁹

Fordelen med funksjonell jurisdiksjon er, som Judge Bonello selv fremhever, at den vil hindre vilkårlige resultater som kan oppstå dersom man holder seg til personell eller spatial jurisdik-

²³¹ FNs høykommissær for menneskerettigheter, A/HRC/27/37 (2014), avsnitt 34.

²³² Ibid.

²³³ Al-Skeini and others v. the United Kingdom, Concurring Opinion of Judge Bonello, avsnitt 3.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid., avsnitt 5.

²³⁶ Ibid., avsnitt 7-9.

²³⁷ Ibid., avsnitt 10.

²³⁸ Ibid., avsnitt 11.

²³⁹ Ibid., avsnitt 13, min oversettelse.

sjon. Judge Bonello illustrerer dette med et eksempel som likner på faktum i Al-Skeini; To irakiske sivile befinner seg på en gate i Basra når britiske soldater dreper den ene av dem, og anholder den andre. Den andre sivile blir senere drept i fengsel. I dette tilfellet vil bare den som blir anholdt før han blir drept være under personell kontroll, og nyte menneskerettslig vern i kraft av Storbritannias jurisdiksjon etter EMK. Dette til tross for at det er den samme rettigheten som er krenket for begge, og at faktum har store likheter.²⁴⁰ Ved den funksjonelle modellen ville begge individene hatt menneskerettighetsvern, fordi Storbritannia hadde evne til å utøve flere av funksjonene beskrevet overfor.

Ved å anvende modellen på eksempelet fra innledningen til dette kapitlet, ser man at den lettere kan brukes i slike tilfeller enn den personelle eller spatiale modellen for jurisdiksjon. Der som det avgjørende ikke er kontroll på territorium eller individer, men funksjonene som Judge Bonello oppstiller, vil Norge ha jurisdiksjon dersom de ikke sikrer menneskerettighetene for individene. Resultatet vil altså bli det samme som i Milanovics modell; medlemsstaten har ansvar for å sikre de negative forpliktelsene ekstraterritorielt. Judge Bonellos modell favner imidlertid videre, siden den inkluderer noen positive forpliktelser. En innvendig mot å anvende den funksjonelle modellen er at denne i større grad bryter med eksisterende praksis enn for eksempel teorien om faktisk kontroll (se 3.2) eller teorien om kontroll over individets rettigheter (se 3.5). Begge disse modellene bygger på en utvidelse av ”kontroll”-begrepet.

4 Bruk av informasjon innsamlet av andre stater gjennom ulovlig hemmelig overvåkning

4.1 Innledning

Dette kapitlet handler om situasjoner der overvåkning verken har skjedd innenfor medlemsstatens jurisdiksjon, eller er iverksatt av medlemsstaten selv. Har medlemsstaten likevel ansvar for å sikre retten til privatliv i EMK? Situasjonen kan illustreres med følgende eksempel: En britisk statsborger bosatt i Storbritannia har fått sin mail-korrespondanse overvåket av britiske myndigheter. Fordi det britiske overvåkningssystemet mangler uavhengighet i utvelgelsen av hvilken kommunikasjon som skal undersøkes nærmere er systemet i strid med EMK.²⁴¹ La oss anta at britiske myndigheter gjennom denne overvåkningen innhentet informasjon som de ønsker å dele med norske myndigheter. Her er altså både individet og inngrepet utenfor norsk territorium, og Norge har overholdt sin negative plikt til å beskytte privatlivet. Kan Norge bruke denne informasjonen uten å bryte EMK? I dette kapitlet gjøres det rede for tankegangen om at et konvensjonsbrudd kan hefte ved informasjonen også ved overføring til

²⁴⁰ Ibid., avsnitt 15.

²⁴¹ Dette var tilfellet i Big Brother Watch og andre mot Storbritannia.

andre stater. Det vil også vies plass til jurisdiksjonsspørsmålet ved informasjonsdelingsregimer.

4.2 Konvensjonsbruddet følger informasjonen

Ved overføring av informasjon som er oppnådd i strid med EMK fra en medlemsstat til en annen kan man tenke at konvensjonsbruddet følger informasjonen, slik at den aldri kan brukes uten å krenke EMK.

En mulighet er, i følge Milanovic, å etablere en negativ plikt for medlemsstatene til å avstå fra atferd som kan medvirke til at tredjeparter gjør inngrep i retten til privatliv. Denne plikten ville i så fall være begrunnet med en analogi til non-refoulement regelen oppstilt i for eksempel *Soering mot Storbritannia*.²⁴² *Soering-saken* dreide seg imidlertid om EMKs forbud mot tortur. Torturforbudet ble av EMD ansett å rekke så langt at det også stengte for utlevering av individer til stater der de ville møte en ”reell risiko” for å bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling.²⁴³ Non-refoulement-regelen er et eksempel på at individet kan falle innenfor medlemsstatens jurisdiksjon, selv om selve rettighetskrenkelsen ikke gjør det.²⁴⁴ Ovenfor, i 3.1.1, er det gjort rede for utfordringene ved å analogisere mellom saker som dreier seg om retten til liv og retten til privatliv. Mange av de samme innvendingene vil kunne gjøre seg gjeldende i en eventuell analogi mellom torturforbudet og retten til privatliv. Det er for eksempel ikke grunnlag i EMKs ordlyd²⁴⁵ for å gjøre unntak fra forbudet mot tortur, og bestemmelsens absolutte natur var med på å begrunne non-refoulement regelen.²⁴⁶

Der informasjon har blitt oppnådd gjennom tortur har EMD latt bruddet på EMK artikkel 3 stenge for videre bruk av informasjonen. Dette var tilfelle i *Jalloh-saken*, som er nevnt overfor i 2.1.2.5. I denne saken hadde tyske myndigheter selv stått for krenkelsen av artikkel 3. I teorien er det imidlertid antatt at resultatet ville blitt det samme dersom det var en annen medlemsstat som hadde krenket artikkel 3. Det ville være vanskelig å finne gode argumenter for å tillate bruk av informasjon oppnådd gjennom tortur så lenge medlemsstaten ikke selv sto for torturen.²⁴⁷ Dette gjelder særlig i lys av non-refoulement forpliktelsen som etablerer en plikt for medlemsstatene til å ikke legge til rette for at torturforbudet brytes.

²⁴² Milanovic (2015) s. 124 og note 176.

²⁴³ *Soering v. the United Kingdom*, avsnitt 88.

²⁴⁴ Larsen (2012) s. 216.

²⁴⁵ Se EMK art. 3.

²⁴⁶ *Soering v. the United Kingdom*, avsnitt 88.

²⁴⁷ Larsen (2012) s. 218-219.

Larsen har vurdert hvor langt staters ansvar rekker der informasjonen er innsamlet gjennom tortur, og landet på at det neppe kan legges til grunn at det finnes et generelt forbud mot å la en stat dra nytte av andre staters menneskerettighetskrenkelser. Dette ville for eksempel ført til at en medlemsstat ikke ville kunne benytte seg av informasjon om konkrete sikkerhetstrusler når informasjonen var oppnådd gjennom tortur. Selv om det vil svekke menneskerettighetenes effektivitet dersom en stat skal kunne dra nytte av andre staters menneskerettighetskrenkelser, ville praktiseringen av et slikt forbud være både upraktisk og urealistisk.²⁴⁸ Scenarioet som Larsen skisserer skiller seg imidlertid fra situasjonen i Jalloh-saken ved at det her ikke er snakk om å benytte informasjon oppnådd gjennom tortur *mot* torturofferet i en rettssak, men for å beskytte nasjonal sikkerhet. Dette viser at aksepten for å bruke slik informasjon vil kunne avhenge av hvilket formål som søkes oppnådd.

4.2.1 Bruk av informasjon innhentet i strid med EMK artikkel 8

EMD har også vurdert om informasjon innhentet i strid med artikkel 8 kan brukes som bevis i en straffesak. I Khan mot Storbritannia hadde politiet avlyttet hjemmet til et individ som var under etterforskning for salg av narkotika. EMD kom til at overvåkingen var konvensjonsstridig da den kun var regulert i retningslinjer som verken var tilgjengelige eller juridisk bindende. Lovkravet i artikkel 8 var derfor ikke oppfylt.²⁴⁹ Spørsmålet for EMD var ikke hvorvidt bevis innsamlet i strid med artikkel 8 alltid må utelates for at rettssaken skal være rettferdig etter EMK artikkel 6. Klager anførte i stedet at tre vilkår måtte være oppfylt for at slikt bevis skulle kunne tillates. For det første måtte det finnes en effektiv prosess der den tiltalte kan klage på fremleggelsen av beviset. For det andre måtte domstolen ta måten beviset er innsamlet på i betraktning, og for det tredje måtte ikke domstolens avgjørelse kun bygge på bevis som var samlet inn i strid med EMK.²⁵⁰ EMD uttalte at selv om artikkel 6 garanterer retten til en rettferdig rettssak, inneholder denne ingen regler om hvilke bevis som kan legges frem. Regler om bevisfremleggelse må, i følge EMD, fastsettes i nasjonal lovgivning. Domstolen kunne derfor ikke uttale seg om avskjæring av bevis, kun om rettssaken sett under ett var rettferdig. EMD uttalte imidlertid at krenkelsen av en annen rettighet i konvensjonen, og "the nature of the violation" kunne tas med i vurderingen av hvorvidt rettssaken var rettferdig.²⁵¹ EMD kom til at rettssaken sett under ett hadde vært rettferdig, slik at EMK artikkel 6 ikke var krenket.²⁵² Riktignok var informasjonen fra den konvensjonsstridige overvåkingen det eneste beviset mot klageren, men klageren hadde fått anledning til å bestride fremleggelsen av bevi-

²⁴⁸ Ibid. s. 219.

²⁴⁹ Khan v. the United Kingdom, avsnitt 27 og 28.

²⁵⁰ Ibid., avsnitt 30.

²⁵¹ Ibid., avsnitt 34.

²⁵² Ibid., avsnitt 40.

set, og alle de nasjonale rettsinstansene hadde vurdert om beviset kunne legges frem.²⁵³ Videre var ikke overvåkningen skjedd i strid med engelsk rett, det fantes bare ikke lovgivning som kunne hjemle den.²⁵⁴

Én av dommerne, Loucaides, tok dissens i spørsmålet om krenkelse av artikkel 6. Loucaides fremholdt at en rettssak vanskelig kan være rettferdig dersom den ikke respekterer rettighetene i EMK. At den konvensjonskrenkende overvåkningen ikke var ulovlig etter engelsk rett kunne ikke ha noe å si, da dette kun betydde at Storbritannia ikke oppfylte sin plikt etter EMK artikkel 1. Overvåkningen innebar en krenkelse av EMK uavhengig av hvordan den stilte seg etter engelsk rett. Heller ikke hensynet til kriminalitetsbekjempelse kunne etter Loucaides syn begrunne at konvensjonsstridig materiale ble fremmet: "Breaking the law, in order to enforce it, is a contradiction in terms and an absurd proposition."²⁵⁵ Resultatet i Khan ble derfor at hvorvidt informasjon fra ulovlig overvåkning skal kunne brukes som bevis avhenger av nasjonale regler for bevis, samt om rettssaken som helhet forblir rettferdig.

Begge sakene som nevnes her, Jalloh- og Khan-avgjørelsene, dreide seg imidlertid om bruken av konvensjonsstridig innsamlet informasjon i en konkret situasjon, nemlig en etterfølgende rettssak. EMD uttalte seg dermed ikke om bruk av informasjon innsamlet i strid med EMK generelt, kun om en rettssak fortsatt ville være rettferdig etter EMK artikkel 6 om slik informasjon brukes som bevis. Dette er en mye snevrere situasjon enn den generelle retten til privatliv. Dette kan illustreres med eksempelet fra innledningen til dette kapitlet. Etter omstendighetene kan det hende at Norge ville vært forhindret fra å bruke informasjonen fra Storbritannia i en straffesak fordi fremleggelsen av informasjonen som bevis ville føre til at rettssaken ikke er rettferdig. Men dette er ikke den eneste måten Norge kan tenkes å gjøre bruk av informasjonen på. Neste delkapittel vil derfor se på om jurisdiksjonen i stedet kan knyttes til den etterfølgende bruken av den innsamlede informasjonen.

4.3 Informasjonsdelingsregimer

Snowden-avsløringene i 2013 avslørte omfattende samarbeid mellom amerikansk etterretning og etterretningstjenestene i flere europeiske land i form av informasjonsdeling.²⁵⁶ Informasjonsdelingsregimer kan ta mange former, fra ad hoc-samarbeid som krever anmodning og godkjenning til regimer der informasjonsutvekslingen skjer mer eller mindre automatisk, for eksempel gjennom bruk av felles databaser.²⁵⁷ Et eksempel på et regime for informasjonsde-

²⁵³ Ibid., avsnitt 38.

²⁵⁴ Ibid., avsnitt 36.

²⁵⁵ Khan v. the United Kingdom, partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Loucaides.

²⁵⁶ Snowden avslørte også overvåkningsregimer i Norge, se Blindheim mfl. (2013).

²⁵⁷ Privacy International (2017), s. 3

ling er "Five Eyes"-alliansen, der USA, Storbritannia, Canada, Australia og New Zealand deltar.²⁵⁸ Regimer som muliggjør deling av data innsamlet over hele verden, og knyttet til individer av mange forskjellige nasjonaliteter, reiser spørsmål om hvilket ansvar hvert enkelt land som deltar i samarbeidet har for dataene som samles inn. EMD har behandlet denne problemstillingen i Big Brother Watch og andre mot Storbritannia.

4.3.1 EMDs avgjørelse i Big Brother Watch og andre mot Storbritannia

I tillegg til å omhandle Storbritannias eget overvåkningsregime handlet Big Brother Watch-saken om de såkalte PRISM- og Upstream-programmene der britiske GCHQ mottok informasjon innsamlet av NSA. Gjennom PRISM-programmet kunne NSA samle inn informasjon, herunder kommunikasjon, fra internettilbydere.²⁵⁹ Dokumenter lekket av Edward Snowden viste at GCHQ hadde adgang til den innsamlede informasjonen, og brukte denne i etterretning.²⁶⁰ Upstream-programmet tillot innsamling, lagring og gjennom søkning av innholds- og kommunikasjonsdata fra fiberoptiske kabler eid av tilbydere av kommunikasjonstjenester.²⁶¹ Big Brother Watch-saken var første gang EMD vurderte informasjonsdelingsregimer.²⁶² EMD vurderte kun Storbritannias ansvar for etterretning deres myndigheter etterspurte og mottok, ikke for etterretning britiske myndigheter eventuelt delte med andre stater.²⁶³

I vurderingen av om informasjonsdelingsregimene utgjorde brudd på EMK artikkel 8, klargjorde EMD hvilke omstendigheter som gjorde at Storbritannia kunne holdes ansvarlige. EMD uttaler at inngrepet i retten til privatliv ikke skjedde ved selve innsamlingen av informasjonen. Innsamlingen fant sted utenfor Storbritannias jurisdiksjon, og Storbritannia kunne bare bli ansvarlig for denne dersom de hadde utøvet "myndighet og kontroll" over etterretningsorganene. Selv dersom Storbritannia kunne be om at det ble foretatt innsamling av informasjon ville innsamlingen skjedde "under full control of the foreign intelligence agencies", og dermed utenfor Storbritannias jurisdiksjon.²⁶⁴ EMD fant likevel at det å motta, lagre, undersøke og bruke det innsamlede materialet kunne utgjøre et inngrep.²⁶⁵ Denne etterfølgende behandlingen av materialet hadde funnet sted i Storbritannia, og det er dermed ikke snakk om ekstraterritoriell jurisdiksjon i streng forstand.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Big Brother Watch and others v. the United Kingdom, avsnitt 16.

²⁶⁰ Ibid., avsnitt 17.

²⁶¹ Ibid., avsnitt 18.

²⁶² Ibid., avsnitt 416.

²⁶³ Ibid., avsnitt 416.

²⁶⁴ Ibid., avsnitt 420.

²⁶⁵ Ibid., avsnitt 421.

Under forholdsmessighetsvurderingen i EMK artikkel 8 kom EMD frem til at fremveksten av internasjonal terrorisme utgjorde en ”alvorlig trussel” mot menneskerettighetene og at det var legitimt for medlemsstatene å innta et ”hardt standpunkt” (”firm stand”). Bekjempelsen av terrorisme nødvendiggjorde ”a flow of information between the security services of many countries in all parts of the world”.²⁶⁶ De andre vilkårene etter EMK artikkel 8 var også oppfylt, slik at informasjonsdelingsregimet ikke var konvensjonsstridig.²⁶⁷ Dette betyr at informasjonsdelingsregimer etter omstendighetene kan være tillatt innenfor EMK. Konklusjonen må etter Big Brother Watch-dommen bli at også den etterfølgende behandlingen av dataene, ikke bare selve innsamlingen, kan føre til at EMK kommer til anvendelse for informasjonsdelingsregimer. I eksempelet som ble skissert i innledningen til dette kapittelet ville denne linjen betydd at dersom Norge tok i mot, lagret eller brukte dataene Storbritannia hadde innsamlet ville dette kunne utgjøre brudd på EMK, men det avgjørende er den etterfølgende behandlingen og ikke måten dataene er innsamlet på. Selve innsamlingen av dataene er skjedd utenfor norsk jurisdiksjon og EMD vil derfor, om de holder seg til linjen i Big Brother Watch, ikke vurdere om Norge har menneskerettslig ansvar for denne.²⁶⁸ Som nevnt i 1.3.2 er imidlertid ikke avgjørelsen i Big Brother Watch endelig.

5 Avslutning

Denne oppgaven har presentert ulike grunnlag for jurisdiksjon som kan tenkes å få anvendelse i saker der EMK artikkel 8 påstås krenket i form av hemmelig overvåkning rettet mot utlandet eller der medlemsstater benytter seg av informasjon innsamlet i strid med EMK, se kapittel 3 og 4. Grunnlagene som ble presentert der er løpende blitt vurdert etter EMDs særlige metodeprinsipper, nemlig dynamisk tolkning og effektivitetsprinsippet. Det er blitt lagt særlig vekt på om grunnlaget er enkelt å anvende, og om det leder til ikke-vilkårlige resultater. Jurisdiksjonsbestemmelser, slik som EMK artikkel 1, innebærer en begrensning av menneskerettighetenes universalitet.²⁶⁹ De må derfor brukes med forsiktighet for at ikke menneskerettighetsvernet skal bli illusorisk. I saker om hemmelig overvåkning av elektronisk, internettbasert kommunikasjon er det særlig viktig at ikke internett blir en sone der menneskerettighetene ikke får anvendelse. Med andre ord kan mangelen på passende jurisdiksjonsmodeller føre til at vi får et ”legal black hole”.²⁷⁰

²⁶⁶ Ibid., avsnitt 446.

²⁶⁷ Ibid., avsnitt 447 og 448.

²⁶⁸ Jf. Big Brother Watch and others v. the United Kingdom, avsnitt 419-421.

²⁶⁹ Menneskerettighetenes universalitet betyr at de gjelder overalt og til enhver tid, se Andenæs og Bjørge (2012), s. 15.

²⁷⁰ Begrepet ”legal black hole” er hentet fra den britiske høyesterettsdommeren Lord Johan Steyns beskrivelse av Guantanamo-basen, Steyn (2004) s. 1.

Selv om EMKs ekstraterritoriale rekkevidde foreløpig er uavklart, er det slett ikke sikkert at retten til privatliv har forsvunnet ned i et ”legal black hole”. For det første er det mulig problemstillingen for denne oppgaven vil bli klarlagt gjennom EMDs fremtidige praksis. Det er imidlertid usikkert hvilken tilnærming til jurisdiksjon EMD kommer til å velge. Som denne oppgaven har vist, finnes det både modeller som videreutvikler EMDs etablerte rettsregler (for eksempel Margulies’ teori om faktisk kontroll) og modeller som representerer en ny måte å tenke om jurisdiksjon på (for eksempel Milanovics skille mellom negative og positive forpliktelser eller Judge Bonellos funksjonelle jurisdiksjonstest). At EMD ikke har avklart problemstillingen betyr ikke at stater kan bli nødt til å finne en løsning i forbindelse med behandlingen av saker om hemmelig overvåkning for nasjonale domstoler. Som ICJ-Norge fremhever i sitt høringssvar til forslag om ny lov om etterretningstjenesten innebærer subsidiaritetsprinsippet at nasjonale rettsanvendere selv skal anvende EMK og komme frem til et tolkningsresultat.²⁷¹ Dette betyr at individene ikke står uten EMKs beskyttelse fordi EMD ikke har tatt stilling til jurisdiksjonsspørsmålet.

For det andre er ikke EMD alene ansvarlig for å utvikle en stadig mer geografisk omfattende rett til privatliv. I 2013 vedtok FNs generalforsamling resolusjon 68/167, som blant annet uttrykker dypt bekymring for ”the negative impact of surveillance and/or interception of communications, including extraterritorial surveillance and/or interception of communications, (...) may have on the exercise and enjoyment of human rights”.²⁷² Generalforsamlingen minnet om at ethvert inngrep i privatlivet må være i samsvar med retten til privatliv i SP artikkel 17, og ba statene om å respektere denne rettigheten i sammenheng med digital kommunikasjon.²⁷³ Gjennom resolusjonen ba generalforsamlingen også høykommissæren for menneskerettigheter om å levere en rapport om blant annet retten til privatliv ved ekstraterritoriell overvåkning.²⁷⁴ Dette var den første detaljerte redegjørelsen for de menneskerettslige implikasjonene av overvåkningsregimene som ble avslørt i 2013, og utgjør derfor et viktig bidrag til debatten om retten til privatliv.²⁷⁵ Rapporten inneholder en rekke kraftige uttalelser, inkludert om jurisdiksjon, se overfor i 3.5.²⁷⁶ I kjølvannet av høykommissærens rapport ba FNs menneskerettighetsråd om at det ble utarbeidet en ny rapport om retten til privatliv i den digitale tidsalder. Oppdraget var å identifisere og klargjøre prinsipper, standarder og ”best-practises” angående promoteringen og beskyttelsen av retten til privatliv.²⁷⁷ Denne rapporten ble levert

²⁷¹ ICJ-Norge (2019) s. 5.

²⁷² FNs generalforsamling, resolusjon 68/167 (2013) s. 2.

²⁷³ Ibid. punkt 1 og 4.

²⁷⁴ Ibid. punkt 5.

²⁷⁵ Nyst og Falchetta (2017) s. 108.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ FNs menneskerettighetsråd, resolusjon 34/7 (2017) punkt 10.

av høykommissæren i august 2018.²⁷⁸ I 2015 vedtok menneskerettighetsrådet å utpeke en spesialrapportør for retten til privatliv²⁷⁹, som skal levere årlige rapporter til menneskerettighetsrådet og generalforsamlingen.²⁸⁰ I tillegg planlegger spesialrapportøren å levere flere tema-rapporter frem til 2021.²⁸¹ Retten til privatliv blir også behandlet når medlemslandene skal høres i sin oppfølging av FNs menneskerettighetstraktater. For eksempel skal Norge høres i sin gjennomføring av alle menneskerettighetstraktatene i år under Universal Periodic Review (UPR). I rapporten som forberedes av blant annet de nasjonale menneskerettighetsinstitusjonene og NGOs tas retten til privatliv særskilt opp.²⁸² Menneskerettighetskomiteen har også tatt opp retten til privatliv i sin høring av Norge, spesielt viktigheten av å ha tilgjengelig og presis lovhjemmel og en effektivt og uavhengig kontroll med overvåkingen.²⁸³ Selv om oppfølgingen av FN-traktater er uavhengig fra medlemsstatenes ansvar etter EMK kan forpliktelser etter FN-systemet gjøre det vanskelig for medlemsstater å opprettholde praksiser som utgjør et inngrep i retten til privatliv. For individene vil det antakeligvis være det samme om retten til privatliv følger av SP eller EMK så lenge traktaten og tilhørende organer kan sikre rettigheten på en effektiv måte.

Avslutningsvis skal det nevnes at FNs engasjement ikke er alene om å sette privatliv på dagsordenen. Nyst og Falchetta fremhever særlig to faktorer som sentrale for den raske oppløftingen av retten til privatliv. Den første er fremvekst av politisk vilje, som et resultat av Snowden-avsløringene. Den andre er et sterkt sivilsamfunn med ekspertise innen personvern.²⁸⁴ Sistnevntes innflytelse kan illustreres med utarbeidelsen av De internasjonale prinsippene for anvendelse av menneskerettigheter på kommunikasjonsovervåking (også kjent som "Necessary and Proportionate Principles").²⁸⁵

Det er dermed grunn til å være optimistisk med tanke på retten til privatliv, selv om EMKs ekstraterritoriale rekkevidde foreløpig er uavklart.

²⁷⁸ FNs høykommissær for menneskerettigheter, rapport A/HRC/39/29 (2018).

²⁷⁹ FNs menneskerettighetsråd, resolusjon 28/16 (2015), punkt 4.

²⁸⁰ FNs høykommissær for menneskerettigheter (udatert) b

²⁸¹ FNs høykommissær for menneskerettigheter (udatert) c.

²⁸² FNs menneskerettighetsråd, rapport A/HRC/WG.6/33/NOR/3 (2019), avsnitt 12

²⁸³ FNs menneskerettighetskomité, rapport CCPR/C/NOR/CO/7 (2018), avsnitt 21.

²⁸⁴ Nyst og Falchetta (2017) s. 105.

²⁸⁵ Necessary and Proportionate (udatert).

Litteraturliste

Litteratur

Artikler, bøker, kommentarer m.m.

- Aall (2015) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2015.
- Andenæs og Bjørge (2012) Andenæs, Mads og Erik Bjørge. *Menneskerettighetene og oss*, Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Backer (2005) Backer, Inge Lorange. ”Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon”, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, Vol. 23 nr. 4 (2005), s. 425-432.
- Bjørge (2017) Bjørge, Erik. (2017) ”Kommentar til menneskerettsloven” i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata [21.04.2019].
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utg. Ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Falkanger (2018) Falkanger, Thor. ”Analogi – jus” (2018), *Store norske leksikon*, https://snl.no/analogi_-_jus [21.04.2019].
- Georgieva (2015) Georgieva, Ilina. ”The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compability with Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 31 Utgave nr. 80 (2015), s. 104-130.
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- ICJ (2016) International Commission of Jurists (2016) *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom. Written submissions on behalf of the International Commission of Jurists (ICJ) Intervener*, 09.02.2016. [<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/02/UK-ICJ-AmicusBrief-BBWOthers-ECtHR-legalsubmission-2016.pdf>] [21.04.2019].

- Kerr (2013) Kerr, Orin. "A Reply to David Cole on Rights of Foreigners Abroad" (2013), *Lawfare*, <https://www.lawfareblog.com/reply-david-cole-rights-foreigners-abroad> [21.04.2019].
- Kjølbrot (2017) Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. utg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.
- Larsen (2012) Larsen, Kjetil Mujezinović. *The Human Rights Treaty Obligations of Peacekeepers*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Lubell (2010) Lubell, Noam. *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Løkke (2018) Løkke, Eirik. *Hva er overvåkning?* (2018), *Civita politisk ordbok*, <https://www.civita.no/politisk-ordbok/hva-er-overvakning> [21.04.2019].
- Margulies (2014) Margulies, Peter. "The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism", *Fordham Law Review*, Vol. 82 nr. 5 (2014), s. 2137-2167.
- Milanovic (2011) Milanovic, Marko. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Milanovic (2012) Milanovic, Marko. "Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg", *The European Journal of International Law*, Vol. 23 nr. 1 (2012), s. 121-139.
- Milanovic (2015) Milanovic, Marko. "Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age", *Harvard International Law Journal*, Vol. 56 nr. 1 (2015), s. 81-146.
- Milanovic (2016) Milanovic, Marko. "UK Investigatory Powers Tribunal Rules that Non-UK Residents Have No Right to Privacy under the ECHR" (2016), *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/uk-investigatory-powers-tribunal-rules-that-non-uk-residents-have-no-right-to-privacy-under-the-echr/> [21.04.2019].
- Nyst (2013) Nyst, Carly. "Interference-Based Jurisdiction Over Violations of the Right to Privacy", *EJIL: Talk!*, (2013) <https://www.ejiltalk.org/interference-based-jurisdiction-over-violations-of-the-right-to-privacy/> [21.04.2019].

- Nyst og Falchetta (2017) Nyst, Carly og Tomaso Falchetta. ”The Right to Privacy in the Digital Age”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 9 nr. 1 (2017), s. 104-118.
- O’Boyle (2004) O’Boyle. Michael. ”The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on ”Life after Bankovic”, i *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Fons Coomans og Menno T. Kamminga (red.), Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2004, s. 125-139.
- Pillay (2014) Pillay, Navi. *Opening Remarks by Ms. Navi Pillay United Nations High Commissioner for Human Rights to the Expert Seminar: The right to privacy in the digital age* (2014)
<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14276&LangID=E> [21.04.2019].
- Privacy International (2017) Privacy International *Briefing to National Intelligence Oversight Bodies – Human Rights Implications of Intelligence Sharing*, September 2017
https://privacyinternational.org/sites/default/files/2017-12/PI%20Briefing%20to%20National%20Intelligence%20Oversight%20Bodies_12_Sept.pdf [21.04.2019].
- Raible (2017) Raible, Lea. ”Human Rights Watch v Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office: Victim Status, Extraterritoriality and the Search for Principled Reasoning”, *The Modern Law Review*, Vol. 80 nr. 3 (2017), s. 510-524.
- Roxstrom (2005) Roxstrom, Erik, Mark Gibney og Terje Einarsen. ”The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 23 nr. 1(2005), s. 55-136.
- Shue (1988) Shue, Henry. ”Mediating Duties”, *Ethics*, Vol. 98 nr. 4 (1988), s. 687-704.
- Steyn (2004) Steyn, Johan. ”Guantanamo Bay: The Legal Black Hole”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53 nr. 1 (2004), s. 1-15.
- Strand og Larsen Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinović Larsen. *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, 1. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2015.

Avisartikler

- Angwin mfl. (2015) Angwin, Julia, Charlie Savage, Jeff Larson, Henrik Moltke, Laura Poitras og James Risen. "AT&T Helped U.S. Spy on Internet on a Vast Scale", *The New York Times*, 15.08.2015. (<https://www.nytimes.com/2015/08/16/us/politics/att-helped-nsa-spy-on-an-array-of-internet-traffic.html>) [21.04.2019].
- Blindheim mfl. (2013) Blindheim, Anne Marte, Harald S. Klungtveit, Gunnar Hultgreen, Kjetil Magne Sørenes, Tore Bergsaker og Arne Halvorsen. "Nytt Snowden-dokument avslører: Norsk overvåkning av russisk politikk rapporteres til NSA", *Dagbladet*, 17.12.2013 (<https://www.dagbladet.no/nyheter/nytt-snowden-dokument-avslorer-norsk-overvakning-av-russisk-politikk-rapporteres-til-nsa/61922900>) [21.04.2019].
- Gundersen (2019) Gundersen, Martin. "Slik kan den nye etterretningsloven påvirke deg", *NRK beta*, 14.02.2019. (<https://nrkbeta.no/2019/02/14/slik-kan-den-nye-etterretningsloven-pavirke-deg/>) [21.04.2019].
- MacAskill mfl. (2013) MacAskill, Ewen, Julian Borger, Nick Hopkins, Nick Davies and James Ball. "GCHQ taps fibre-optic cables for secret access to world's communications", *The Guardian*, 21.06.2013. (<https://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>) [21.04.2019].
- Sanger og Shanker (2014) Sanger, David E. og Thom Shanker. "N. S. A. Devises Radio Pathway Into Computers", *The New York Times*, 14.01.2014 (<https://www.nytimes.com/2014/01/15/us/nsa-effort-pries-open-computers-not-connected-to-internet.html>) [21.04.2019].
- Shane (2013) Shane, Scott. "No Morsel Too Miniscule for All-Consuming N. S .A.", *The New York Times*, 02.11.2013 (<https://www.nytimes.com/2013/11/03/world/no-morsel-too-minuscule-for-all-consuming-nsa.html>) [21.04.2019].

Nettsider

- Den europeiske menneskerettsdomstol (udatert) The European Court of Human Rights. "Calendar of hearings", (udatert) <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=hearings/calendar> [21.04.2019].
- FNs høykommissær for menneskerettigheter (udatert) a FNs høykommissær for menneskerettigheter. "The Right to Privacy in the Digital Age", (udatert) <https://www.ohchr.org/en/issues/digitalage/pages/digitalageindex.aspx> [21.04.2019].
- FNs høykommissær for menneskerettigheter (udatert) b FNs høykommissær for menneskerettigheter. "Annual Reports", (udatert) <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/AnnualReports.aspx> [21.04.2019]
- FNs høykommissær for menneskerettigheter (udatert) c FNs høykommissær for menneskerettigheter. "Planned Thematic Reports and call for consultations", (udatert) <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/ThematicReports.aspx> [21.04.2019].
- Investigatory Powers Tribunal (udatert) The Investigatory Powers Tribunal. "Welcome to the Investigatory Powers Tribunal website", (udatert) <https://www.ipt-uk.com/default.asp> [21.04.2019].
- Necessary and Proportionate (udatert) Necessary and Proportionate. "About the Principles", (udatert) <https://necessaryandproportionate.org/about> [21.04.2019].

Høringsnotat og –uttalelser

- EOS-utvalget (2019) *Hørings svar fra EOS-utvalget – høring om forslag til ny lov om Etterretningstjenesten*, 12.02.2019
[\[https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-lov-om-etterretningstjenesten/id2618620/?uid=7fb7c142-e17d-4ca4-bf49-3f7afb1ee1fc\]](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-lov-om-etterretningstjenesten/id2618620/?uid=7fb7c142-e17d-4ca4-bf49-3f7afb1ee1fc) [16.04.2019].

- Forsvarsdepar- Forsvarsdepartementet (2018) *Høringsnotat – Forslag til ny lov om Etter-*
 tementet (2018) *retningstjenesten*, 12.11.2018
<https://www.regjeringen.no/contentassets/556459ec77bd448f828af034dd573e11/horingsnotat---forslag-til-ny-lov-om-etterretningstjenesten.pdf>
 [21.04.2019].
- ICJ-Norge (2019) Den internasjonale juristkommisjon – norsk avdeling (ICJ-Norge) (2019)
Høringsuttalelse – ny lov om etterretningstjenesten, 12.02.2019.
[\[https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-lov-om-etterretningstjenesten/id2618620/?uid=362e4e3c-b570-4dea-bac3-b99348898862\]](https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-lov-om-etterretningstjenesten/id2618620/?uid=362e4e3c-b570-4dea-bac3-b99348898862)
 [21.04.2019].

Lover, traktater, forordninger m.m.

Lover

- | | |
|------|--|
| 1814 | Kongeriket Norges Grunnlov, 17.05.1814. |
| 1995 | Lov 03.02.1995 om kontroll med etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjeneste (EOS-kontrolloven). |
| 2005 | Lov 20.05.2005 om straff (straffeloven). |
| 2005 | Lov 10.06.2005 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven). |
| 2014 | Lov 20.06.2014 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven). |
| 2018 | Lov 15.06.2018 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven). |

Traktater og forordninger

EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma, 04.11.1950.
SP	Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter, New York, 12.12.1966.
VCDR	The Vienna Convention on Diplomatic Relations, Wien 14.04.1961.
VCLT	The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23.05.1969.
GDPR	Europa-parlamentets og rådets forordning (EU) 2016/679 av 27.04.2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse).

Rettspraksis

Den Europeiske menneskerettighetsdomstol/EMD

Belgian Linguistic case (II)	Case ”relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium (Belgian Linguistic case (II)), Applications nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 and 2126/64, 23.07.1968.
Golder v. the United Kingdom	Case of Golder v. the United Kingdom, Application no. 4451/70, 21.02.1975.
Cyprus v. Turkey (a)	Cyprus v. Turkey, Applications nos. 6780/74 and 6950/75, 26.05.1975.
Klass and others v. Germany	Case of Klass and others v. Germany, Application no. 5029/71, 06.09.1978.

The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1)	Case of The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1), Application no. 6538/74, 26.04.1979.
Airey v. Ireland	Case of Airey v. Ireland, Application no. 6289/73, 09.10.1979.
Dudgeon v. the United Kingdom	Case of Dudgeon v. the United Kingdom, Application no. 7525/76, 22.10.1981.
Silver and others v. the United Kingdom	Case of Silver and others v. the United Kingdom, Applications nos. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 and 7136/75, 25.03.1983.
Malone v. the United Kingdom	Case of Malone v. the United Kingdom, Application no. 8691/79, 02.08.1984.
Leander v. Sweden	Case of Leander v. Sweden, Application no. 9248/81, 26.03.1987.
M. and E. F. v. Switzerland	Case of M. and E. F. v. Switzerland, Application no. 12573/86, 06.03.1987.
Soering v. the United Kingdom	Case of Soering v. the United Kingdom, Application no. 14038/88, 07.07.1989.
Groppera Radio AG and others v. Switzerland	Case of Groppera Radio AG and others v. Switzerland, Application no. 10890/84, 28.03.1990.
Gaygusuz v. Austria	Case of Gaygusuz v. Austria, Application no. 17371/90, 16.09.1996.
Chahal v. the United Kingdom	Case of Chahal v. the United Kingdom, Application no. 22414/93, 15.11.1996.
Halford v. the United Kingdom	Case of Halford v. the United Kingdom, Application no. 20605/92, 25.06.1997.
Matthews v. the United Kingdom	Case of Matthews v. the United Kingdom, Application no. 24833/94, 18.02.1999

Khan v. the United Kingdom	Case of Khan v. the United Kingdom, Application no. 35394/97, 12.05.2000.
Foxley v. the United Kingdom	Case of Foxley v. the United Kingdom, Application no. 33274/96, 20.06.2000.
Cyprus v. Turkey (b)	Case of Cyprus v. Turkey, Application no. 25781/94, 10.05.2001.
P. G. and J. H. v. the United Kingdom	Case of P. G. and J. H. v. the United Kingdom, Application no. 44787/98, 25.09.2001.
Banković and others v. Belgium and others	Banković and others v. Belgium and others, Application no. 52207/99, 12.12.2001.
Peck v. the United Kingdom	Case of Peck v. the United Kingdom, Application no. 44647/98, 28.01.2003.
von Hannover v. Germany	Case of von Hannover v. Germany, Application no. 59320/00, 24.06.2004.
Ilaşcu and others v. Moldova and Russia	Case of Ilaşcu and others v. Moldova and Russia, Application no. 48787/99, 08.07.2004.
Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland	Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Application no. 45036/98, 30.06.2005.
Sejdovic v. Italy	Case of Sejdovic v. Italy, Application no. 56581/00, 01.03.2006.
Weber and Saravia v. Germany	Weber and Saravia v. Germany, Application no. 54934/00, 29.06.2006.
Jalloh v. Germany	Case of Jalloh v. Germany, Application no. 54810/00, 11.07.2006.
Ben El Mahi and others v. Denmark	Ben El Mahi and others v. Denmark, Application no. 5853/06, 11.12.2006.

Copland v. the United Kingdom	Case of Copland v. the United Kingdom, Application no. 62617/00, 03.04.2007.
Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria	Case of Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, Application no. 62540/00, 28.06.2007.
Liberty and others v. the United Kingdom	Case of Liberty and others v. the United Kingdom, Application no. 58243/00, 01.07.2008.
Andreou v. Turkey	Case of Andreou v. Turkey, Application no. 16094/90, 22.09.2009.
Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom	Case of Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, Application no. 61498/08, 02.03.2010.
Al-Skeini and others v. the United Kingdom	Case of Al-Skeini and others v. the United Kingdom, Application no. 55721/07, 07.07.2011.
von Hannover v. Germany (No. 2)	Case of von Hannover v. Germany (No. 2), Applications nos. 40660/08 and 60641/08, 07.02.2012.
Jaloud v. the Netherlands	Case of Jaloud v. the Netherlands, Application no. 47708/08, 20.11.2014.
Roman Zakharov v. Russia	Case of Roman Zakharov v. Russia, Application no. 47143/06, 04.12.2015.
Centrum för Rättvisa v. Sweden	Case of Centrum för Rättvisa v. Sweden, Application no. 35252/08, 19.06.2018.
Big Brother Watch and others v. the United Kingdom	Case of Big Brother Watch and others v. the United Kingdom, Application nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 13.09.2018.
X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia	Case of X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, Application no. 29683/16, 17.01.2019.

Annen rettspraksis

Rt. 2015 s. 93

Norges Høyesterett, 29.01.2015, inntatt i Rt. 2015 s. 93.

Human Rights Watch Inc. and others v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and others.

Investigatory Powers Tribunal, Human Rights Watch Inc. and others v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and others, Case nos. IPT/15/165/CH, IPT/15/166 CH, IPT/15/167/CH, IPT/15/168/CH, IPT/15/169/CH, IPT/15/172/CH, IPT/15/173/CH, IPT/15/174/CH, IPT/15/175/CH and IPT/15/176/CH, 16.05.2016.

Resolusjoner, vedtak og rapporter

FNs generalforsamling,
resolusjon 68/167 (2013)

FNs generalforsamling. General Assembly Resolution A/RES/68/167, "The right to privacy in the digital age", 18.12.2013.

FNs høykommissær for
menneskerettigheter,
rapport A/HRC/27/37 (2014)

FNs høykommissær for menneskerettigheter. Rapport A/HRC/27/37, "The right to privacy in the digital age", 30.06.2014.

FNs høykommissær for
menneskerettigheter,
rapport A/HRC/39/29 (2018)

FNs høykommissær for menneskerettigheter. Rapport A/HRC/39/29, "The right to privacy in the digital age", 31. 08.2018.

FNs menneskerettighetskomité,
rapport CCPR/C/NOR/CO/7 (2018)

FNs menneskerettighetskomité. Rapport CCPR/C/NOR/CO/7, "Concluding observations on the seventh periodic report of Norway", 29.03.2018.

FNs menneskerettighetsråd,
resolusjon 28/16 (2015)

FNs menneskerettighetsråd. Human Rights Council Resolution A/HRC/RES/28/16, "The right to privacy in the digital age", 26.03.2015.

FNs menneskerettighetsråd,
resolusjon 34/7 (2017)

FNs menneskerettighetsråd. Human Rights
Council Resolution A/HRC/RES/34/7, "The
right to privacy in the digital age", 23.03.2017.

FNs menneskerettighetsråd,
rapport A/HRC/WG.6/33/NOR/3 (2019)

FNs menneskerettighetsråd. Rapport
A/HRC/WG.6/33/NOR/3, "Summary of Stake-
holder's submissions on Norway", 18.02.2019.