

UiO : Det juridiske fakultet

En analyse av hvorvidt stater har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8 ved overvåking av elektronisk kommunikasjon utenfor eget territorium.

Kandidatnummer: 647

Leveringsfrist: 25. april 2019 kl. 12:00

Antall ord: 17 453



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling og aktualitet	1
1.2	Metode	3
1.3	Videre fremstilling	5
2	OM E-TJENESTENS VIRKSOMHET OG EMK ARTIKKEL 8.....	6
2.1	Noen grunnleggende utgangspunkter.....	6
2.1.1	Om den norske E-tjenesten.....	6
2.1.2	Om EMK artikkel 8	6
2.2	Hvilke aspekter av E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon vil gripe inn i EMK artikkel 8 (1)?	7
2.2.1	Informasjonsinnhenting	8
2.2.2	Lagring, søk og senere bruk	9
2.2.3	Bulkinnsamling.....	9
2.2.4	Selve lovverket	10
2.2.5	Oppsummering	11
2.3	Kort om betydningen av inngrepsadgangen i EMK artikkel 8 (2).....	11
3	OM JURISDIKSJON OG NÅR STATER HAR FORPLIKTELSER ETTER EMK ARTIKKEL 1.....	13
3.1	Folkerettslig utgangspunkter om jurisdiksjon.....	13
3.1.1	Hva menes med <i>jurisdiksjon</i> og <i>jurisdiksjonsutøvelse</i> ?	13
3.1.2	Utfordringer knyttet til jurisdiksjon i den digitale tidsalderen	15
3.2	Når er stater forpliktet til å sikre rettighetene og frihetene i EMK?	16
3.2.1	Utgangspunkt: Innenfor statens jurisdiksjon, jf. EMK artikkel 1.....	16
3.2.2	Handlinger på et område hvor staten utøver effektiv kontroll.....	17
3.2.3	Handlinger overfor personer som er innenfor statens effektive kontroll.....	18
3.2.4	Handlinger med <i>virksomheter</i> utenfor statens territorium	20
3.2.5	Tilstrekkelig for ansvar etter EMK at en handling kan <i>attribueres</i> til staten? ..	22
3.3	Oppsummering: Jurisdiksjonsvurderingen i EMK artikkel 1 som en «jurisdiksjonsskala»	25
4	PLIKTER E-TJENESTEN Å RESPEKTERE RETTEN TIL PRIVATLIV UTENFOR NORSK TERRITORIUM ETTER EMK ARTIKKEL 8 JF. ARTIKKEL 1?	27
4.1	Forsøk på å plassere E-tjenestens overvåking på «jurisdiksjonsskalaen»	27

4.1.1	Inngrepene kan attribueres til Norge, men er virkningene tilstrekkelige for å utløse ansvar etter EMK artikkel 1?	27
4.1.2	Utøver Norge jurisdiksjon over etterretningsmålene?	30
4.1.3	Konklusjon: Vil variere fra sak til sak	32
4.2	Noen generelle omstendigheter ved statlig overvåking av elektronisk kommunikasjon	33
4.2.1	Muligheten for et rettighetsvakuum	34
4.2.2	Konsekvenser for privatlivet til personer <i>i Norge</i>	35
4.2.3	Forholdet til andre staters rettigheter	36
4.2.4	Forholdet til andre staters plikter	38
4.2.5	Utvikling i konvensjonsstatenes egen oppfatning av spørsmålet	39
4.2.6	Tolkningsresultat i tråd med konvensjonens demokratiske ånd	41
5	NOEN AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	43
5.1	Oppsummering av den generelle analysen	43
5.2	EMD bør klargjøre jurisdiksjonsvurderingen	43
5.3	Om attribusjon som et tilstrekkelig vilkår for ansvar etter EMK	44
5.4	Muligheter for å styrke vernet om privatliv og kommunikasjonsfrihet	46

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

I denne oppgaven skal jeg undersøke om stater har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 ved overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom personer utenfor territoriet. Jeg tar utgangspunkt i virksomheten til norske etterretningstjenesten (E-tjenesten).

EMKs geografiske virkeområde reguleres av artikkel 1, som har denne ordlyden i konvensjonens autentiske engelske språkversjon:

«The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention.» (min understreking)

EMKs traktatfestede utgangspunkt er dermed at statenes forpliktelser er begrenset til å sikre rettighetene og frihetene til de personene som befinner seg innenfor statens myndighetsområde.¹ I noen ekstraordinære tilfeller har Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) imidlertid kommet til at stater har utøvd jurisdiksjon også utenfor egne landegrenser på en måte som har utløst statens ansvar etter konvensjonen. Dette følger blant annet av storkammeravgjørelsen *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* (2011):

«[A]cts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 only in exceptional cases.»²

Etter denne generelle uttalelsen kan en stats *handlinger* utenfor eget territorium, eller handlinger som får *virksomheter* utenfor territoriet, utløse konvensjonsstatens ansvar etter EMK. Det at en stat har blitt ansvarlig for menneskerettighetene til personer på andres territorium er ikke et nytt fenomen for EMD. Den digitale tidsalderen har imidlertid økt mulighetene for at stater kan handle på, eller at en stats handlinger får *virksomheter*, på andre staters territorium. Denne utviklingen har gjort spørsmålet om konvensjonens virkeområde mer aktuelt.

Jeg går nærmere inn på E-tjenestens relevante virksomhet i punkt 2.2. Innledningsvis er det tilstrekkelig å slå fast at E-tjenesten overvåker elektronisk kommunikasjon mellom personer som befinner seg utenfor Norge, og at flere av disse metodene ville utgjort et inngrep av retten til privatliv i EMK artikkel 8 hvis de ble utført overfor personer i Norge. Spørsmålet denne

¹ *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* (2011) (heretter «*Al-Skeini v. UK*») avsnitt 130.

² *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 131.

oppgaven skal belyse er om E-tjenesten må respektere retten til privatliv etter EMK artikkel 8 også ved overvåking av elektronisk kommunikasjon tilhørende personer *utenfor* Norge fordi *virkningene* av overvåkingen, eller overvåkingen *i seg selv*, innebærer utøvelse av jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand.

EMDs rettspraksis gir ikke grunnlag for et klart svar på oppgavens problemstilling, men domstolen har tatt stilling til lignende spørsmål i to tidligere saker. *Weber and Saravia v. Germany* (2006) og *Liberty and Others v. the United Kingdom* (2008) gjaldt begge systemer for statlig overvåking av kommunikasjonen til personer som befant seg i en annen stat.³ EMD vurderte imidlertid ikke jurisdiksjonsspørsmålet i noen av sakene og avgjørelsene gir dermed begrenset veiledning for analysen i denne oppgaven. Interessant er det imidlertid å merke seg at EMD realitetsbehandlet saken i *Liberty v. UK* uten å kommentere at to av de tre klagerne befant seg i Irland (utenfor britisk jurisdiksjon) under overvåkingen.⁴

Rekkevidden av staters plikt til å respektere retten til privatliv ble blant annet aktualisert av Edward Snowdens avsløringer om metodene og omfanget av den amerikanske etterretnings-tjenestens masseovervåking.⁵ Den digitale tidsalderen har muliggjort overvåking på tvers av landegrenser i en helt annen skala enn det som har vært mulig tidligere.⁶ I tillegg har stater generelt trappet opp sin overvåking som et ledd av kampen mot internasjonal terrorisme.⁷ Denne realitetsendringen har som konsekvens at personers privatliv og kommunikasjonsfrihet er mer utsatt for statlig overvåking enn tidligere.

Oppgavens problemstilling er også aktuell i lys av det pågående arbeidet med ny lov om etterretningstjenestens virksomhet.⁸ Bakgrunnen for lovarbeidet er EOS-utvalgets melding til Stortinget i 2016, som belyste behovet for å oppdatere lovgivningen i takt med den teknologiske utviklingen.⁹ Ved høringsbrev av 12. november 2018 sendte Forsvarsdepartementet ut på høring et forslag til ny lovtekst med høringsfrist 12. februar 2019.¹⁰ Departementet skal nå vurdere innspillene nærmere for å utarbeide et revidert utkast, men det er enda ikke klart når et nytt utkast kan forventes.¹¹

³ Heretter "*Weber and Saravia*" og "*Liberty v. UK*".

⁴ *Liberty v. UK*, avsnitt 1 og 55.

⁵ Se for eksempel Brown (2015) side 2-3.

⁶ Judge Turkovic [Concurring Opinion] *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, avsnitt 11-13.

⁷ Muizniecks (2015). *Europe is Spying on You*.

⁸ Heretter «Forslag til ny E-tjenestelov».

⁹ Dokument 7:2 (2015–2016) side 13.

¹⁰ Forsvarsdepartementet [Høringsbrev] (2018), side 1.

¹¹ Regjeringen. *Høringen om ny E-lov er avsluttet* (2019).

I høringsnotatet skriver Forsvarsdepartementet at det må kunne konstateres at det foreligger «rettslig usikkerhet» knyttet til rekkevidden av EMKs anvendelsesområde for elektronisk informasjonsinnhenting «rettet mot personer i utlandet».¹² Departementet skriver videre at loverket uansett er utformet slik at E-tjenesten i praksis vil respektere menneskerettighetene overfor alle, uavhengig av geografisk oppholdssted eller nasjonalitet, men presiserer at dette «ikke er et utslag av en rettslig forpliktelse, men gjøres av policy- og praktiske hensyn».¹³

1.2 Metode

Oppgaven bygger først og fremst på tolkningen og anvendelsen av de relevante bestemmelsene i EMK og den omfangsrrike praksis fra EMD på området. I tillegg vil oppgaven bygge på noen øvrige internasjonale kilder, juridisk teori og relevante hensyn.

Som Forsvarsdepartementet skriver, er det vanskelig å forutsi hvordan EMD vil forholde seg til spørsmålet i oppgaven all den tid EMD «ikke har behandlet spørsmålet direkte».¹⁴ I tilfeller der EMD ikke har avklart spørsmålet direkte, må likevel nasjonale rettsanvendere foreta selvstendige tolkninger av konvensjonen og anvende de prinsippene utviklet av EMD i lignende saker som det saksforholdet en står overfor.¹⁵

Reglene for tolkning av traktater fremgår av Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969 (Wien-konvensjonen). Disse regnes for å ha kodifisert allerede eksisterende sedvanerett og er dermed bindende for alle stater og gyldige for tolkningen av traktater inngått også før 1969.¹⁶ Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 er det den alminnelige forståelsen av ordlyden som skal legges til grunn, men det skal også tas hensyn til hva formålet med konvensjonen er og den sammenhengen ordene opptre i.¹⁷

Det som har kjennetegnet tolkningen av EMK i forhold til andre folkerettslige traktater, er den særlige dynamiske tolkningsstilen EMD har anlagt.¹⁸ EMD fremhever at konvensjonen er et

¹² Forsvarsdepartementet. *Høringsnotat: Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten* (2018), side 33. Heretter «Høringsnotatet».

¹³ Høringsnotatet, side 34.

¹⁴ Ibid, side 32.

¹⁵ Andenæs (2015) side 273.

¹⁶ *Golder v. UK* (1975), avsnitt 29.

¹⁷ Wien-konvensjonen artikkel 31.

¹⁸ Høstmælingen (2012) side 95.

levende instrument som må tolkes i lys av dagens omstendigheter.¹⁹ Tolkningen av konvensjonen som levende instrument gjelder både de materielle og prosessuelle bestemmelsene.²⁰

Jeg har også sett hen til internasjonale kilder som ikke direkte gjelder tolkningen av EMK. Dette innebærer særlig FNs generalforsamlings resolusjon 73/179 (2018) om «*The Right to Privacy in the Digital Age*» og rapporter fra FNs spesialrapportører og høykommissærer. På tross av manglende formell rettskildestatus etter ICJ-statuttene artikkel 38, er resolusjonene og rapportene relevante fordi de er egnet til å kaste lys over staters oppfatning om rekkevidden av plikten til å respektere retten til privatliv. EMD selv har vist til generalforsamlingsresolusjonen 73/179 (2018) under sin oversikt over «*Relevant International Law*» i enkelte av sine avgjørelser.²¹

Selv om det er skrevet mye om oppgavens tema, har det vært begrenset å finne av rettsdogmatisk litteratur. Det aller meste av den relevante litteraturen gjelder argumentasjon om hvordan etterretningstjenester *burde*, eller *ikke* burde, begrenses av menneskerettighetene. Kun et fåtall har fokusert på å utforske rettskildesituasjonen under EMK artikkel 1 nærmere. Mine slutninger fra rettskildematerialet, særlig i punkt 3.3, er derfor i stor grad et resultat av min egen analyse av rettspraksis. Jeg har likevel funnet stor verdi i det som er skrevet om temaet for å identifisere relevante hensyn og utfordringer.

Hva gjelder anvendelse av reelle hensyn er det ofte hensynet til personvernet som skal avveies mot hensynet til rikets sikkerhet ved spørsmål om statlige overvåkingssystemer.²² I spørsmål om konvensjonens anvendelse i rom gjør også avveiningen mellom effektivitetshensynet og suverenitetsprinsippet seg gjeldende. På den ene siden må en sikre at konvensjonens rettigheter forblir effektive og reelle, men samtidig kan en ikke tolke konvensjonen lenger enn det statene bandt seg til ved signering.²³

En metodisk utfordring for min oppgave har vært at den aktuelle praksisen fra EMD er svært omfangsrik og fragmentert. Denne rettskildesituasjonen har gjort det nødvendig å gå igjennom og redegjøre for flere saker enn det som umiddelbart fremstår å ha overføringsverdi til det konkrete spørsmålet i denne oppgaven. Det har også vært en utfordring at de sakene jeg nevner under punkt 3.2 gjelder *ex post* vurderinger av krenkelser som allerede er begått. Den

¹⁹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (2002), avsnitt 74-75.

²⁰ *Banković and Others v. Belgium and Others* (2001) avsnitt 64; *Loizidou v. Turkey* (1995) [Preliminary Objections], avsnitt 71.

²¹ *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (2018), avsnitt 202.

²² Se for eksempel Schartum (2010) side 38-39 og Van der Hilst (2013).

²³ EMD [Årsrapport] (2001) side 23-24.

øvelsen jeg skal gjøre i punkt 4 minner mer om *ex ante* vurdering av et generisk tilfelle for å vurdere om det er grunnlag for en generell norm – uten å ha en bestemt krenkelse eller krenket individ å vurdere situasjonen ut ifra. Dette har vært en krevende metodisk oppgave.

Jeg har valgt å skille ut plikten til å respektere EMK artikkel 8 fordi det gjør det lettere å knytte jurisdiksjonsvurderingen opp til en konkret rettighet, som gjennomgangen i punkt 3.2 vil vise at EMD gjør. Valget om å fokusere på EMK artikkel 8 kan ikke tolkes dithen at dette er den eneste relevante friheten eller rettigheten knyttet til statlig overvåking av elektronisk kommunikasjon. For eksempel er det nærliggende at også retten til ytringsfrihet eller informasjon i EMK artikkel 10 kan bli berørt av E-tjenestens virksomhet.

En annen utfordring har vært å få tilstrekkelig innsikt i E-tjenestens virksomhet fordi de detaljerte arbeidsmetodene ikke er kjent for det offentlige.²⁴ Redegjørelsen og vurderingen av E-tjenestens virksomhet bygger i all hovedsak på informasjonen i høringsnotatet hvor innhenningsmetodene er utførlig omtalt av Forsvarsdepartementet. Det vil fremdeles kunne være forhold ved innsamlingen som er gradert og som denne oppgaven ikke vil fange opp. Den tilgjengelige informasjon gir likevel grunnlag for å sammenligne den faktiske situasjonen med situasjonene i tidligere saker fra EMD og vurdere om EMK kommer til anvendelse.

Enkelte av argumentene i analysedelen i punkt 4 åpner til dels for store og vanskelige diskusjoner. Oppgavens rammer gir ikke anledning til å gå nærmere inn på alle og det er heller ikke oppgavens formål. Formålet med oppgaven er å identifisere noen hovedpunkter som generelt kan kaste lys over om E-tjenesten har en plikt under EMK til å respektere retten til privatliv i sin overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom mennesker i andre stater.

1.3 Videre fremstilling

I hovedpunkt 2 redegjør jeg for E-tjenestens relevante virksomhet og forholdet til retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8. I hovedpunkt 3 redegjør jeg for vilkåret for konvensjonens anvendelse – når utløses konvensjonsstatenes plikter overfor personer utenfor statenes eget territorium? På bakgrunn av hovedpunkt 2 og 3, vurderer jeg i hovedpunkt 4 om E-tjenesten har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8 ved overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom personer utenfor Norge. Punkt 5 inneholder noen avsluttende betraktninger oppgaven har gitt opphav til.

²⁴ Schartum (2010) side 303.

2 Om E-tjenestens virksomhet og EMK artikkel 8

Jeg starter med å klargjøre noen helt grunnleggende utgangspunkter om E-tjenesten og EMK artikkel 8 (punkt 2.1). Deretter vurderer jeg på hvilken måte de foreslåtte metodene for overvåking av elektronisk kommunikasjon kan utgjøre inngrep i retten til privatliv i EMK artikkel 8 første ledd (punkt 2.2). Til sist kommenterer jeg kort hvilken betydning det har for analysen i denne oppgaven om E-tjenestens overvåking utgjør en krenkelse etter EMK artikkel 8 andre ledd (punkt 2.3).

2.1 Noen grunnleggende utgangspunkter

2.1.1 Om den norske E-tjenesten

Den norske E-tjenesten er Norges militære og sivile utenlandsetterretningstjeneste. Formålet er å understøtte norske myndigheter med informasjon og vurderinger om utenriks-, sikkerhets- og forsvarspolitiske forhold.²⁵

Det finnes ingen universell definisjon av «etterretning» eller «utenlandsetterretning». Verken etterretningstjenesteloven fra 1998 eller forslaget til ny E-tjenestelov gir en legaldefinisjon av begrepene. Den norske forsvarssjefen legger følgende definisjon til grunn:

«Etterretning er systematisk innhenting og bearbeiding av informasjon som angår utenlandske forhold ervervet med åpne og fordekte metoder i en statlig legal ramme. Begrepet brukes om produktet, aktiviteten og organisasjonen som utøver aktiviteten.»²⁶

Legaldefinisjonen av «etterretningsmål» er «objekt, person, virksomhet eller annet som informasjonsinnhenting retter seg mot», jf. Forslag til ny E-tjenestelov § 1-4 nr. 4. Jeg vil benytte meg av begrepet etterretningsmål i oppgaven og sikter da til personer i utlandet som er gjenstand for E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon. Med «overvåking» av elektronisk kommunikasjon sikter jeg til innsamling, lagring, søk i, og eventuell annen senere bruk av den innsamlede informasjonen. Jeg går nærmere inn på dette i punkt 2.2.

2.1.2 Om EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 har følgende ordlyd i konvensjonens autentiske engelske versjon:

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

²⁵ Forsvaret, *Etterretningstjenesten* (udatert).

²⁶ Høringsnotatet, side 23.

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

Bestemmelsen følger det alminnelige mønsteret for rettighetene og frihetene i konvensjonen. Rettigheten og friheten fremgår av artikkelens første ledd, mens vilkårene for at staten gjør rettmessige inngrep følger av andre ledd.²⁷

Begrepet «private life» (heretter referert til som «privatliv») er et abstrakt begrep som defineres bedre gjennom konkrete eksempler enn forsøk på en uttømmende begrepsavklaring.²⁸ EMD viser ofte til at ordet privatliv er et sekkebegrep som også omfatter begrepene familieliv, hjem og korrespondanse²⁹. Domstolen opererer dermed ikke med et strengt skille mellom privatliv og kommunikasjonsfrihet.³⁰

Ordet «correspondance» bærer preg av at konvensjonen stammer fra en analog tid og begrepet ble tidligere forstått som i hovedsak å romme brev og annen fysisk post.³¹ Konvensjonen har imidlertid blitt tolket dynamisk i tråd med den digitale samfunnsutvikling og omfatter nå et bredt spekter av kommunikasjonsmetoder.³²

2.2 Hvilke aspekter av E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon vil gripe inn i EMK artikkel 8 (1)?

Ikke all etterretning eller overvåking av kommunikasjon vil medføre et inngrep i personers rettigheter. E-tjenesten foretar sin trusselvurdering på bakgrunn av flere kilder for informasjon, herunder åpne kilder.³³ I dette underpunktet skal jeg se på hvilke forskjellige metoder i E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon som kan utgjøre inngrep i EMK artikkel 8 første ledd.

²⁷ Høstmølingen (2012) side 222.

²⁸ *Niemietz v. Germany* (1992) avsnitt 29; *Uzun v. Germany* (2010) avsnitt 43.

²⁹ Se for eksempel *Klass and Others v. Germany* (1978) avsnitt 41; *Kopp v. Switzerland* (1998) avsnitt 91.

³⁰ Høstmølingen (2012) side 223.

³¹ Aall (2018) side 252.

³² Høgberg (2010) side 100.

³³ Høringsnotatet, side 41-42. Se også Forslag til ny E-tjenestelov § 6-2.

Som nevnt i punkt 1.2 er det en metodisk utfordring at E-tjenestens virksomhet til et visst punkt er gradert. De nærmere metodene for innsamling er ikke tilgjengelig for offentligheten. Min vurdering bygger på metodene slik de fremgår av det nye forslaget til E-tjenestelov.

2.2.1 Informasjonsinnhenting

Det foreslås i § 6-7 at E-tjenesten skal kunne innhente elektronisk kommunikasjon og kartlegge kommunikasjonsstrukturer (midtpunktinnhenting). Med elektronisk kommunikasjon menes overføring av «lyd, tekst, bilder eller andre data», jf. § 6-7 andre ledd. E-tjenesten vil med grunnlag i denne bestemmelsen kunne overvåke for eksempel tekst eller bildemeldinger. Meldingene kan være sms'er eller meldinger sendt gjennom tjenester som Snapchat eller WhatsApp.

I § 6-8 foreslås det videre at E-tjenesten skal kunne gjennomføre endepunktinnhenting av informasjon i systemer og tjenester som etterretningmål besitter eller antas å ville benytte. Med endepunktinnhenting menes teknisk observasjon av, og innhenting av, ikke-åpent tilgjengelig elektronisk kommunikasjon i datasystem eller lignende systemer eller tjenester, når innhenting ikke er å anse som midtpunktinnhenting.³⁴

Midtpunktinnhenting og endepunktinnhenting speiler et skille som en ofte kan finne omtalt som skille mellom *innholdsdata* og *metadata*. Med *metadata* sikter en til informasjon om kommunikasjonens rammer, for eksempel hvem som er avsender, mottaker, og når og hvor kommunikasjonen ble utført.³⁵ *Innholdsdata* er data som ikke er metadata³⁶, og inneholder selve det materielle informasjonen i kommunikasjonen. Det er en pågående debatt om innsamling av metadata er *like* inngripende som innsamling av innholdsdata.³⁷ Denne problemstillingen faller utenfor denne oppgaven og vil følgelig ikke bli vurdert nærmere. Det relevante i denne sammenhengen er at EMD har slått fast at også innsamling av metadata, etter omstendighetene, kan utgjøre inngrep i privatlivet.³⁸

Midtpunktinnhenting og endepunktinnhenting som foreslått her vil innebære et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 (1) i henhold til tidligere saker for EMD. For eksempel har EMD kommet frem til at kommunikasjon via telefon, e-post, videosamtaler eller chatting via internettjenester er vernet av EMK artikkel 8 (1).³⁹

³⁴ Forslag til ny E-tjenestelov § 6-8 (2).

³⁵ Datatilsynet (2019) [Høringsuttalelse] side 30.

³⁶ Forslag til ny E-tjenestelov § 7-9 (2).

³⁷ Se for eksempel Tallinn Manual 2.0, side 190-191.

³⁸ *Malone v. the United Kingdom* (1984), avsnitt 84.

³⁹ *Kennedy v. the United Kingdom* (2010) avsnitt 20 og 33; *Liberty v. UK*, avsnitt 56.

2.2.2 Lagring, søk og senere bruk

Det foreslås at E-tjenesten skal ha adgang til å lagre metadata i opptil 18 måneder, jf. § 7-7. Lagring av innholdsdata skal også være mulig, men etter rettens kjennelse, jf. §§ 7-9 (1) og 8-1. E-tjenesten kan også foreta søk i den lagrede metadataen jf. § 5-3.

Lagring og etterfølgende behandling av den innsamlede informasjonen kan anses som et selvstendig inngrep i privatlivet og kommunikasjonsfriheten etter EMK artikkel 8 (1). Dette følger av en naturlig tolkning av EMDs vurdering i *Leander v. Sweden* (1987). EMD uttalte at både lagringen og den etterfølgende delingen av personopplysninger i et politiregister utgjorde et inngrep i klagerens privatliv.⁴⁰

Et annet spørsmål er om *deling* av informasjonen med andre myndigheter utgjør et inngrep i EMK artikkel 8. Forslaget til ny E-tjenestelov inneholder detaljerte regler om på hvilke vilkår E-tjenesten kan utlevere informasjon som ledd i internasjonalt samarbeid, se §§ 10-4, 10-5, 10-6 jf. § 3-4. Det går utover oppgavens rammer å vurdere hvorvidt deling av informasjon på disse vilkårene i seg selv vil utgjøre et inngrep i, eller krenkelse av, EMK artikkel 8 overfor personene som informasjonen gjelder. Diskusjonen om deling av informasjon mellom stater byr på en vanskelig og stor diskusjon.⁴¹ Jeg begrenser meg til å kommentere at innsamling av kommunikasjon fra en fremmed stats etterretningstjeneste vil oppleves som desto mer inngripende dersom det også er en mulighet for at informasjonen deles med personens egne nasjonale myndigheter.⁴²

2.2.3 Bulkinnsamling

En annen aktuell problemstilling er om statlige etterretningstjenesters *bulkinnsamling* av informasjon krenker retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet etter EMK artikkel 8 (1). Bulkinnsamling innebærer en ufiltrert innsamling av både innholds- og metadata fra det som er omtalt som generelle datastrømmer, blant annet overvåking av satellittkommunikasjon.⁴³ Forslaget til E-tjenestelov § 5-3 foreslår at også den norske E-tjenesten skal innhente rådata i bulk.

Problemstillingen ble vurdert av EMD i avdelingsbehandlingen av de to sakene *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (2018) og *Centrum för Rättvisa v. Sweden* (2018).⁴⁴

⁴⁰ *Leander v. Sweden* (1987) avsnitt 48.

⁴¹ Se for eksempel *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (2018) avsnitt 416-448.

⁴² Altwicker (2018) side 587.

⁴³ Datatilsynet (2019) [Høringsuttalelse] side 12.

⁴⁴ Heretter «*Big Brother Watch*» og «*Centrum för Rättvisa*».

EMD uttalte at inngrepet i privatlivet ved innsamling i bulk ikke nødvendigvis er begrenset til selve tappingen av informasjonen, men også lagringen, behandling og annen bruk i etterkant.⁴⁵ Begge sakene ble i februar 2019 henvist til ny behandling i EMDs storkammer.⁴⁶ Kjernen i uenigheten blant partene er ikke knyttet til om bulkinnsamlingen i seg selv utgjør et inngrep i privatlivet, men om det er tilstrekkelig kontrollmekanismer som gjør at inngrepet er rettmessig etter vilkårene i EMK artikkel (2).⁴⁷ Selv om sakene skal behandles på nytt, fremstår det likevel trygt å legge til grunn at bulkinnsamling i seg selv utgjør et *inngrep* i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 (1).

2.2.4 Selve lovverket

EMD har også vurdert det slik at bare selve eksistensen at et lovverk som tillater hemmelig overvåking av kommunikasjon, etter omstendighetene, kan gripe inn i privatlivet fordi det innebærer en *risiko* for overvåking.⁴⁸ Vil eksistensen av den nye E-tjenesteloven (når vedtatt), og den hemmelige overvåking loven gir adgang til, *i seg selv* utgjøre et inngrep også overfor personer som befinner seg i andre stater enn Norge?

I *Weber and Saravia* og *Liberty*, som begge gjaldt statlig overvåking av kommunikasjonen til personer utenfor eget territorium, uttalte EMD at eksistensen av slik overvåking ville være et inngrep «to whom the legislation may be applied».⁴⁹ Teoretisk sett kan E-tjenesten, med hjemmel i den nye loven, overvåke kommunikasjonen til personer som befinner seg hvor som helst i verden. Hvis en tar domstolen på ordet i denne sammenhengen vil den norske E-tjenesteloven være et inngrep i privatlivet til alle mennesker uansett hvor de oppholder seg. Avgjørelsens faktiske omstendigheter gjør imidlertid at en slik slutning er usikker. I *Weber and Saravia* var den ene klageren, Weber, en tysk statsborger.⁵⁰ I *Liberty* hadde en av de tre saksøkerne hovedsete i London.⁵¹ Det er usikkert om EMD ville uttalt seg med samme brede formulering hvis klagerne ikke hadde noen nærmere tilknytning til de aktuelle staten.

Etter min mening er det usikkert om selve eksistensen av ny E-tjenestelov, hvis og når den blir vedtatt, vil utgjøre et inngrep i retten til privatliv til personer som befinner seg utenfor Norge. Dette vil innebære en svært lav terskel for at staters handling utgjør et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 (1).

⁴⁵ *Big Brother Watch*, avsnitt 419-421.

⁴⁶ EMD [Pressemelding] (2019), side 1-2.

⁴⁷ *Big Brother Watch*, avsnitt 419-421; *Centrum för Rättvisa*, avsnitt 108-112.

⁴⁸ *Klass and Others v. Germany* (1978) avsnitt 41; *Malone v. the United Kingdom* (1984) avsnitt 64; *Weber and Saravia*, avsnitt 78;

⁴⁹ *Weber and Saravia*, avsnitt 78; *Liberty v. UK*, avsnitt 56.

⁵⁰ *Weber and Saravia*, avsnitt 69.

⁵¹ *Liberty v. UK*, avsnitt 1.

2.2.5 Oppsummering

Gjennomgangen i punkt 2.2.1 – 2.2.4 viser at E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon innebærer flere metoder som kan utgjøre inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 (1). Noen av tilfellene er klare inngrep, som innhenting av informasjon, mens bulkinnsamling og selve eksistensen av et lovverk er mer usikre. Inngrep i privatlivet som følge av E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon kan derfor variere i både omfang og intensitet. Hovedpoenget i denne sammenhengen er at E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon *kan* utgjøre et inngrep personers rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet etter EMK artikkel 8 første ledd.

2.3 Kort om betydningen av inngrepsadgangen i EMK artikkel 8 (2)

Til nå har jeg redegjort for når elektronisk kommunikasjon kan utgjøre et inngrep etter EMK artikkel 8 (1). I dette underpunktet skal jeg redegjøre kort for statenes adgang til å gjøre rettmessige inngrep i medhold av EMK artikkel 8 (2). Jeg gjør dette kort da oppgavens spørsmål ikke er om eller når E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon utgjør en *krenkelse* av personers rettigheter etter EMK artikkel 8. Fokuset mitt er på om E-tjenesten i det hele tatt har en plikt til å respektere privatlivet til personer utenfor norsk territorium.

Inngrepsadgangen etter EMK artikkel 8 (2) forutsetter at tre vilkår er oppfylt: Inngrepet må ha hjemmel i lov, være forholdsmessig og forfølge et legitimt formål.⁵²

E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon som har vil nok i de fleste tilfeller tilfredsstillende kravene om lovhjemmel og at inngrepet forfølger et legitimt formål. Inngrep som foretas «in the interests of national security» nevnes spesifikt som et legitimt formål i EMK artikkel 8 (2). Vurderingen av om overvåkingen er forholdsmessig byr på noen mer utfordrende avveininger.

Forholdsmessighetsvurderingen i EMK artikkel 8 (2) kan generelt forklares med at det må være en forholdsmessighet mellom inngrepets omfang og intensitet og den nytten eller verdien som oppnås ved inngrepet.⁵³ I tilfeller der personer klager på at en stats generelle lovgivning eller systemer utgjør et inngrep, kan forholdsmessighetsvurderingen bero på en vurdering av de politiske hensynene som ligger bak.⁵⁴

⁵² Aall (2018) side 214.

⁵³ Aall (2018) side 151.

⁵⁴ *Weber and Saravia*, avsnitt 106-108; *Liberty v. UK*, avsnitt 69.

Noen argumenterer for at det er vanskelig å foreta en forholdsmessighetsvurdering av de inngrepene som foretas i etterretningstjenesters virksomhet fordi EMD har gitt konvensjonsstatene en vid skjønnsmargin i saker som angår nasjonal sikkerhet.⁵⁵ Det stemmer at EMD har gitt konvensjonsstatene en vid skjønnsmargin i hvordan statene ønsker å organisere sine etterretningstjenester.⁵⁶ Dette innebærer for eksempel at E-tjenesten vil ha større spillerom til å gripe inn i privatlivet til personer som befinner seg utenfor norsk territorium, enn personer som befinner seg i Norge.

En kan spørre om det har noen verdi i å belyse spørsmålet om stater har en plikt til å respektere en kjerne av retten til privatliv overfor personer i andre stater hvis det reelle vernet uansett er begrenset som følge av den vide skjønnsmarginen. En forholdsmessighetsvurdering av inngrepene vil i det minste gjøre at tjenestene må foreta en vurdering av inngrepets forholdsmessighet. I noen tilfeller vil de kanskje komme til at tiltaket ikke er forholdsmessig. Alternativet er at det ikke gjelder noen begrensninger under EMK i det hele tatt. Uten at jeg kan vurdere tiltakets forholdsmessighet nærmere i denne oppgaven, fremstår avsløringen om at National Security Agency (NSA) overvåket personers internettsurfing med særlig fokus på pornografivaner, som et eksempel på et inngrep som kun i unntakstilfeller kan anses som forholdsmessig.⁵⁷

Det er verdt å nevne at det nye forslaget til E-tjenestelov legger opp til at de fleste av metodene for innhenting kun kan utføres etter en forholdsmessighetsvurdering etter § 5-4. Oppgavens problemstilling kan derfor fremstå uten praktisk betydning. Men Forsvarsdepartementet presiserer at utformingen av loven i tråd med menneskerettighetsforpliktelsene er et utslag av praktiske valg og policy hensyn, og ikke et utslag av en rettslig forpliktelse.⁵⁸ Hvis konklusjonen er at E-tjenesten er rettslig forpliktet til å respektere retten til privatliv i EMK artikkel 8 også overfor personer utenfor norsk territorium, er forholdsmessighetsvurderingen i forslaget til ny E-tjenestelov et vilkår noe E-tjenesten er rettslig forpliktet av etter EMK. Vedtaket av § 5-4 vil dermed ikke være et policyvalg hos lovgiver.

Gjennomgangen i dette punktet viser at E-tjenesten har stor skjønnsmargin til å foreta inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 (2). Likevel er det grunn til å tro at ikke selv en vid skjønnsmargin kan gjøre retten til privatliv i EMK artikkel 8 (1) fullstendig illusorisk. Det jeg vil vurdere i punkt 4 har derfor betydning for om hvorvidt E-tjenesten i det hele tatt er pliktig

⁵⁵ Se for eksempel Cong (2017).

⁵⁶ Weber and Saravia, avsnitt 106.

⁵⁷ Greenwald, *Top-Secret Document Reveals NSA Spied on Porn Habits As Part of Plan to Discredit 'Radicalizers'* (2017).

⁵⁸ Høringsnotatet, side 34.

til å foreta en forholdsmessighetsvurdering av inngrep etter EMK artikkel 8 (2) eller om EMK ikke setter noen begrensninger i det hele tatt på E-tjenestens overvåking av kommunikasjonen til personer utenfor norsk territorium.

3 Om jurisdiksjon og når stater har forpliktelser etter EMK artikkel 1

Til nå har jeg gjennomgått hvordan E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon kan utgjøre et inngrep i retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet etter EMK artikkel 8. Hvorvidt E-tjenestens overvåking utgjør et inngrep i EMK artikkel 8 forutsetter at EMK i det hele tatt kommer til anvendelse. I dette punktet skal jeg se nærmere på tolkningen og forståelse av EMK artikkel 1 og når en stat plikter å respektere EMK utenfor sitt eget territorium. Redegjørelsen i dette punktet danner bakgrunnen for analysen i punkt 4 – om E-tjenesten har en plikt til respektere EMK artikkel 8 ved overvåking av personer utenfor eget territorium.

Jeg ser først på folkerettslige utgangspunkter og forståelser av begrepet jurisdiksjon (punkt 3.1). Deretter går jeg gjennom tolkningen av EMK artikkel 1 og redegjør for saker der stater har blitt ansvarlige etter EMK utenfor sitt eget territorium (punkt 3.2). Til slutt oppsummerer jeg staters ansvar etter EMK artikkel 1 (punkt 3.3).

3.1 Folkerettslig utgangspunkter om jurisdiksjon

Før jeg går nærmere inn på jurisdiksjonsvurderingen i EMK vil jeg redegjøre for de generelle folkerettslige utgangspunktene om jurisdiksjon. Det er fordi EMD har uttalt at jurisdiksjon i EMK artikkel 1 «must be considered to reflect the term's meaning in public international law».⁵⁹

3.1.1 Hva menes med *jurisdiksjon* og *jurisdiksjonsutøvelse*?

En stats *jurisdiksjon* sikter først og fremst til et geografisk område der staten har kompetanse til å foreta forskjellige type handlinger. På norsk brukes også ordet *myndighetsområde* om det samme. Statens jurisdiksjon innebærer først og fremst statens landterritorium, de indre farvann eller andre områder hvor staten utøver full jurisdiksjon. Jurisdiksjonsutøvelse på statens myndighetsområdet er i utgangspunktet en eksklusiv kompetanse og jurisdiksjonsutøvelse av andre stater på dette området vil kunne utgjøre en suverenitetskrenkelse.⁶⁰ Norges myndighetsområdet er i utgangspunktet det norske hovedlandet og andre områder som er underlagt norsk suverenitet, som for eksempel Svalbard.⁶¹

⁵⁹ *Ben El Mahi and Others v. Denmark* (2006), avsnitt 8; *Banković and Others v. Belgium and Others*, avsnitt 57.

⁶⁰ Fleischer (2005) side 97.

⁶¹ Etter Svalbardtraktaten artikkel 1 er Svalbard undergitt Norge totale og uinnskrenkede suverenitet.

Med *utøvelse av jurisdiksjon* siktes det til adgangen til å gi sin lovgivning anvendelse på et bestemt forhold (lovgivningskompetanse), muligheten til å håndheve lovverket overfor en bestemt person (tvangsmakt/håndhevelseskompetanse), og adgangen til å avsi dom (doms-kompetanse). Som hovedregel vil en stats kompetanse til å utøve elementer av disse kompetansene overlape med statens territorium.⁶² Som jeg kommer inn på, finnes det unntak fra dette utgangspunktet.

En stat kan utøve ulike grader av jurisdiksjon utenfor sitt eget landområde. Norge utøver for eksempel ulike former for myndighet på sine landområder, sjø- og havområder.⁶³ På det indre farvannet har Norge full suverenitet, på samme måte som på landterritoriet. I den *tilstøtende sonen*, lenger ut fra den norske kysten, utøver Norge kun en viss del av den myndigheten som finnes på sjøterritoriet. Beveger en seg enda lenger ut mot det åpne hav, hvor ingen stater har full jurisdiksjon, finner en også Norges økonomiske sone. I denne sonen har Norge ingen av de tradisjonelle jurisdiksjonskompetansene, men har særegne økonomiske rettigheter.⁶⁴

Et annet eksempel av norsk jurisdiksjonsutøvelse utover norsk territorium er den utvidede anvendelsen av straffeloven. Etter straffeloven § 5 får loven anvendelse på visse handlinger begått i utlandet. Norge har imidlertid ikke kompetanse til å *håndheve* loven utenfor norsk territorium.⁶⁵

Staters jurisdiksjonsutøvelse i folkeretten kan dermed sies å ha en kjerne med noen mer uklare ytterpunkter. I kjernen finner en statens myndighetsutøvelse på eget territorium hvor det er klart at staten utøver total jurisdiksjon. I ytterpunktene finner en områder der staten kun utøver visse aspekter av jurisdiksjon. Grensen for én stats jurisdiksjon defineres i utgangspunktet av der en annen stats jurisdiksjon begynner eller der ingen stater har jurisdiksjon (for eksempel på det åpne hav).

I alle disse tilfellene må en skille mellom handlinger som staten utøver i kraft av sin kompetanse som stat og *rent faktiske* handlinger som statens representanter utøver.⁶⁶ Akkurat hva som utgjør den nærmere grensdragningen i dette skillet er, kan være vanskelig å få tak på. Et utgangspunkt for vurderingen er om handlingen er et resultat av statens *kompetanser* eller om handlingene kan begås uavhengige av de eksklusive statskompetansene.

⁶² Ibid, side 99-100.

⁶³ Andenæs (2017) side 133.

⁶⁴ Se Havrettskonvensjonen (1982), særlig artiklene 2, 8, 55. Jf. også Fleischer (2005) side 98.

⁶⁵ Andenæs (2017) side 134.

⁶⁶ Fleischer (2005) side 99-100.

3.1.2 Utfordringer knyttet til jurisdiksjon i den digitale tidsalderen

Den teknologiske utviklingen har medført at stater i større grad foretar handlinger på, og med virkninger, utover egne landegrenser.⁶⁷ Utviklingen medfører noen utfordringer ved anvendelsen av de tradisjonelle folkerettslige utgangspunktene for jurisdiksjon.

En avgjørelse fra Høyesterett i mars 2019 illustrerer en slik utfordring. Høyesterett vurderte politiets mulighet til å laste ned elektronisk materiale fra en server i utlandet etter straffeprosessloven § 192 tredje ledd nr. 3. Et sentralt spørsmål var om slik tvangsbruk falt utenfor norsk jurisdiksjon fordi serveren var i utlandet.⁶⁸ Saken skiller seg fra E-tjenestens overvåking av personer i utlandet, men er likevel interessant for å belyse hvordan Høyesterett vurderer noen av utfordringene knyttet til utøvelse av jurisdiksjon i den digitale tidsalderen.

Høyesterett viste først til det klare folkerettslige utgangspunktet om at statene bare kan utøve tvangsmyndighet på eget territorium, men at de rettslige spørsmålene som den teknologiske utviklingen aktualiserer ved bruk av tvangsmidler rettet mot lagringssteder «i skyen» er lite avklart både internasjonalt og i norsk rett.⁶⁹ Problemstillingen førstvoterende stilte opp ble etter dette om den aktuelle ransakingen grep inn i den andre statens eksklusive tvangsjurisdiksjon på en slik måte at denne statens suverenitet ble krenket.⁷⁰ Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at ransakingen ikke berørte den andre staten på en slik måte at det innebar en krenkelse av suverenitetsprinsippet.⁷¹

Avgjørelsen fra Høyesterett illustrerer at en stat i den digitale tidsalderen kan utøve handlinger på en annen stats territorium uten at dette innebærer en krenkelse av den andre statens suverenitet. Teknologien har åpnet for at stater kan utøve jurisdiksjon på flere områder enn før. Den historiske forutsetningen om at det kun er én myndighetsutøver på hvert område er ikke lenger like dekkende for dagens faktiske situasjon. Den digitale tidsalderen har strukket de ytre rammene for statenes jurisdiksjonsutøvelse og gjort grensene mot andre staters jurisdiksjon mer flytende.

Punkt 3.1 klargjorde noen folkerettslige utgangspunkter om jurisdiksjon: En stat utøver total jurisdiksjon over sitt eget område (sin jurisdiksjon). Visse aspekter av jurisdiksjon utøver staten imidlertid utover egne landegrenser, som for eksempel jurisdiksjon over havområder eller

⁶⁷ Altwicker (2018) side 584; Johnson (2016) side 246 og 249.

⁶⁸ HR-2019-610-A, avsnitt 1.

⁶⁹ Ibid, avsnitt 40 og 42.

⁷⁰ Ibid, avsnitt 61.

⁷¹ Ibid, avsnitt 71.

anvendelse av straffelovgivning utover egne grenser. Det digitale rom har muliggjort at stater i større grad enn før kan utøve tvangsmyndighet på andres territorium uten at det innebærer en krenkelse av den andre statens jurisdiksjon.

3.2 Når er stater forpliktet til å sikre rettighetene og frihetene i EMK?

I dette punktet skal jeg redegjøre for når stater er ansvarlig for å sikre og respektere rettighetene i EMK. Jeg ser først på utgangspunktet i EMK artikkel 1 (punkt 3.2.1). Deretter ser jeg på de sakene der en stat har blitt holdt ansvarlig for handlinger begått *på* en annen stats territorium (punkt 3.2.2-3.2.3). I punkt 3.2.4 ser jeg på saker der *virkningene* av en stats handlinger har blitt ansett som tilstrekkelig til å utløse ansvar under konvensjonen. I punkt 3.2.5 analyserer jeg om det er tilstrekkelig for ansvar etter EMK artikkel 1 at handlingene kan *attribueres* til den aktuelle staten.

3.2.1 Utgangspunkt: Innenfor statens jurisdiksjon, jf. EMK artikkel 1

Som nevnt innledningsvis er det traktatfestede utgangspunktet etter EMK artikkel 1 at konvensjonsstatenes forpliktelser er begrenset til å sikre rettighetene og frihetene på statens eget territorium. Resultatet av dette er at statenes plikter i utgangspunktet *ikke* utløses overfor personer som befinner seg innenfor andre staters jurisdiksjoner. Da ligger ansvaret for å sikre rettighetene og frihetene i konvensjonen i utgangspunktet hos den andre staten.

Al-Skeini v. UK gjaldt spørsmålet om Storbritannia hadde krenket EMK artikkel 2 som følge av unnlåtelsen om å etterforske drap begått av britiske soldater i Nord-Irak. Saken handlet ikke om statlig overvåking av personer i andre land. Saken er likevel godt egnet som utgangspunkt for å forstå det nærmere grunnlaget for jurisdiksjonsvurderingen siden EMD gjennomgikk og oppsummerte rettspraksis om rekkevidden av konvensjonsstatenes menneskerettighetsansvar overfor personer i andre stater. EMD startet med å tolke ordlyden i EMK artikkel 1 på følgende måte:

«“Jurisdiction” under Article 1 is a threshold criterion. The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention.»⁷²

EMD anser med andre ord EMK artikkel 1 som et inngangsvilkår for konvensjonens anvendelse. EMD kommenterte deretter at en stats kompetanse til å utøve jurisdiksjon hovedsakelig er begrenset til statens eget territorium. Handlinger som en stat foretar utenfor statens eget

⁷² *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 130.

territorium eller som får virkninger utenfor territoriet, kan derfor bare i unntakstilfeller utgjøre utøvelse av jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand.⁷³ Om jurisdiksjonsvilkåret er oppfylt er et materielt spørsmål som domstolen kan prøve i forbindelse med det øvrige krenkesssspørsmålet.⁷⁴

Deretter viste domstolen til at EMD opp til 2011 hadde anerkjent en rekke unntakstilfeller der stater hadde blitt ansett å utøve jurisdiksjon utenfor egne landegrenser. Sakene bygget på konkrete vurderinger ut fra de særlige omstendighetene i sakene. EMD fant imidlertid grunnlag for å kategorisere rettspraksis som to typetilfeller: 1) «State agent authority and control» og 2) «Effective control over an area». Jeg gjennomgår noen av sakene under disse typetilfellene i punkt 3.2.2 og 3.2.4.

Sakene under disse to typetilfellene gjelder alle handlinger begått på en annen stats myndighetsområde. EMD uttaler ikke noe mer generelt i *Al-Skeini v. UK* om når handlinger som har *virksomheter* utenfor statens territorium kan utløse ansvar etter konvensjonen. Med tanke på at E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon hovedsakelig foretas fra norsk territorium, men med virkning for personer i utlandet, er det særlig de nærmere vurderingslinjene i de sistnevnte tilfellene som er relevante for denne oppgaven.

Jeg går likevel gjennom rettspraksis som gjelder handlinger begått på andres territorium fordi EMDs vurderinger i disse sakene likevel kan være egnet til å kaste lys over jurisdiksjonsvurderingen generelt. Rettspraksis om *virksomheter* av en stats handlinger er dessuten mindre omfattende og gir lite grunnlag for å utkrystallisere generelle retningslinjer og momenter.

3.2.2 Handlinger på et område hvor staten utøver effektiv kontroll

Det første typetilfelle er tilfeller der en stat utøver effektiv kontroll over en fremmed stats territorium som følge av en lovlig eller ulovlig militær tilstedeværelse.⁷⁵ Det avgjørende for om staten utøver en slik effektiv kontroll er først og fremst omfanget av statens militære styrker på området.⁷⁶ Andre momenter kan også være relevante, blant annet i hvilken grad staten bidrar med militær, økonomisk eller politisk støtte til lokale myndigheter.⁷⁷

⁷³ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 131.

⁷⁴ *Issa and Others v. Turkey* (2004), avsnitt 55.

⁷⁵ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 138.

⁷⁶ *Loizidou v. Turkey* (1996) [merits], avsnitt 16 og 56; *Ilascu and Others v. Moldova and Russia* (2004), avsnitt 387.

⁷⁷ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 138-139.

Dette typetilfellet kan illustreres ved saken *Louizidou v. Turkey* (1996).⁷⁸ Klageren var en gresk kypriot som anførte at hennes rett til eiendom i Tilleggsprotokoll (TP) 1 var krenket som følge av at hun ikke hadde adgang til Nord-Kypros. Området var under kontroll av «The Turkish Republic of Northern Cyprus» (TRNC). Det var på det rene at klagerens rett til eiendom var krenket – spørsmålet var hvilken stat som skulle holdes ansvarlig. På grunnlag av den store mengden tyrkiske militære styrker på området, kom EMD til at Tyrkia utøvde jurisdiksjon på det aktuelle området.⁷⁹

EMD har i sakene som gjelder dette typetilfelle uttalt at den aktive staten må sikre *hele* spekteret av rettigheter og plikter når den utøver slik effektiv kontroll som nevnt.⁸⁰ Men domstolen har også åpnet for at den passive staten samtidig kan ha ansvar for sine positive forpliktelser. Dette gjelder i den grad den passive staten fremdeles har mulighet til å sikre dem.⁸¹

Ilascu and Others v. Moldova and Russia (2004) illustrerer hvordan EMD vurderer at to stater utøver jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand samtidig. Domstolen kom til at Moldova ikke kunne gå ansvarsfri fra sine forpliktelser etter konvensjonen selv om Russland utøvde effektiv kontroll over det aktuelle området i Transdnestria. Den moldovske staten kunne ha påvirket situasjonen til de innsatte i fengselet i Transdnestria selv om fengselet var under russiske separatiststyrkers kontroll. EMD holdt dermed Moldova og Russland ansvarlig for brudd på, henholdsvis, sine negative og positive forpliktelser overfor *samme* persongruppe på *samme* område – samtidig. Jurisdiksjon under EMK artikkel 1 er dermed ikke et like eksklusivt konsept som jurisdiksjon i folkeretten for øvrig.

3.2.3 Handlinger overfor personer som er innenfor statens effektive kontroll

Det andre typetilfelle kategoriseres av EMD under fanen «State agent authority and control».⁸² Denne hovedkategorien omfatter en mer variert rettspraksis enn det førstnevnte typetilfellet.

Den første type saker i denne kategorien er handlinger begått av statens diplomatiske og konsulære agenter.⁸³ I *X. v. Germany* (1965) anførte klageren at Tyskland måtte holdes ansvarlig for en krenkelse av hans rett til familieliv da ansatte på den tyske ambassaden i Marokko hadde bistått marokkanske myndigheter med et utvisningsvedtak mot ham. Saken ble avvist fra

⁷⁸ *Louizidou v. Turkey* (1996) [merits].

⁷⁹ *Ibid.*, avsnitt 52-57.

⁸⁰ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 138.

⁸¹ *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, avsnitt 312-313; *Sargsyan v. Azerbaijan* (2015) avsnitt 137-19.

⁸² *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 133-137.

⁸³ *Ibid.*, avsnitt 134.

behandling, men kommisjonen uttalte på generelt grunnlag at en stat kan holdes ansvarlig for krenkelser begått av sine konsulære og diplomatiske agenter i utlandet.⁸⁴

Den andre type saker er tilfellene der en stat har tatt over visse alminnelige funksjoner i en annen stat.⁸⁵ Klagerne i *Drozd and Janousek v. France and Spain* (1992) bygget på dette grunnlaget da de anførte at Frankrike og Spania måtte holdes ansvarlig for krenkelser ved Andorranske domstoler fordi dommerne var spanske og franske. EMD avviste saken fordi de ikke fant at verken den franske eller den spanske stat hadde den tilstrekkelig kontrollen over domstolene.⁸⁶

En tredje type saker gjelder statens fysiske kontroll eller tvangsbruk over personer.⁸⁷ Dette gjelder hovedsakelig saker der en person er blitt arrestert i utlandet.⁸⁸ I *Öcalan v. Turkey* (2005) kom EMD til at Tyrkia utøvde jurisdiksjon overfor Öcalan idet tyrkiske myndigheter overtok ansvaret for ham på flyplassen i Nairobi.⁸⁹ Det samme skjæringspunktet ble lagt til grunn i *Freda v. Italy* (1980).⁹⁰ I *Medvedyev and Others v. France* (2010) ble Frankrike ansett å utøve jurisdiksjon over et skip under Kambodsjansk flagg så snart det franske skipet utøvde effektiv kontroll over skipet og dets mannskap.⁹¹

EMD selv klassifiserte ikke *Al-Skeini v. UK* under ett av de nevnte typetilfellene. Etter å ha vist til at Storbritannia både hadde hatt ansvar for FNs operasjoner i det aktuelle området, og at de hadde overtatt sentrale myndighetsfunksjoner fra Ba'ath regimet, begrunnet EMD britisk jurisdiksjon istedenfor på følgende måte:

«... the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basra during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention.»⁹² (min utheving)

⁸⁴ *X. v. Germany* (1965), side 166-167.

⁸⁵ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 135.

⁸⁶ *Drozd and Janousek v. France and Spain*, avsnitt 96.

⁸⁷ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 136.

⁸⁸ Abdel-Monem (2005) side 196.

⁸⁹ *Öcalan v. Turkey*, avsnitt 91.

⁹⁰ *Freda v. Italy*, side 256, avsnitt 3.

⁹¹ *Medvedyev and Others v. France*, avsnitt 67.

⁹² *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 149.

EMD la dermed ikke avgjørende vekt på tradisjonelle sider av jurisdiksjonsutøvelse, som kontroll over territorium eller styrelsen av sentrale myndighetsfunksjoner, men at Storbritannia var den staten det var mest naturlig å holde ansvarlig for krenkelsene på grunn av den spesielle koblingen mellom de britiske soldatene og drapene i saken. Saken illustrerer at EMD ikke anser seg bundet av typetilfellene i sin vurdering av om vilkåret i EMK artikkel 1 er oppfylt og at attribusjon (hvilken *stat* som er nærmest til å holdes ansvarlig) veier tungt i vurderingen.

Ved utøvelse av jurisdiksjon overfor personer som befinner seg på et område som staten ikke har effektiv kontroll over, er staten ikke nødvendigvis forpliktet til å sikre hele spekteret av rettigheter og friheter i konvensjonen. Staten vil i stedet ha en forpliktelse til å sikre de rettighetene og frihetene «that are relevant to the situation of that individual». EMD viste til at konvensjonen kan bli «divided and tailored».⁹³ Uttalelsen, om at en stat kan holdes ansvarlig for *deler* av rettighetene og frihetene i konvensjonen, innebar en kursendring fra tidligere saker.⁹⁴

3.2.4 Handlinger med *virksomheter* utenfor statens territorium

Hittil har rettspraksisen omhandlet tilfeller der en stat har utøvd handlinger på en annen stats territorium ved å være fysisk tilstede på området. Som nevnt innledningsvis, uttalte EMD på generelt grunnlag i *Al-Skeini v. UK* at også *virksomheter* av en stats handlinger utenfor eget territorium vil kunne oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1. Domstolen ga ikke noen nærmere forklaring på når dette vil være tilfelle. I dette underpunktet ser jeg nærmere på noen saker hvor *virksomhetene* av staters handlinger fremstår som det sentrale i jurisdiksjonsvurderingen.

I *X. and Y. v. Switzerland* (1977) påsto klagerne at innreiseforbudet rettet mot X fra sveitsisk politi var en krenkelse av deres rett til familieliv etter EMK artikkel 8. X var av tysk nasjonalitet og bosatt i München, men dro på jevnlig besøk til sine tre barn og Y som var bosatt i Liechtenstein. Et spørsmål for kommisjonen var om klagerne var innenfor sveitsisk jurisdiksjon etter EMK artikkel 1 slik at Sveits' ansvar for å respektere konvensjonsrettighetene ble utløst.

Kommisjonen viste til tidligere rettspraksis om ekstraterritoriell anvendelse av konvensjonen og *avkreftet* at Sveits' ansvar under konvensjonen var utelukket kun fordi virksomhetene av innreiseforbudet først manifesterte seg på liechtensteinsk territorium. Men Sveits' ansvar under EMK kunne bare bli utløst «if the measures of which the applicants complain [were] *imputa-*

⁹³ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 137.

⁹⁴ *Banković and Others v. Belgium and Others*, avsnitt 75.

ble to Switzerland rather than to Liechtenstein».⁹⁵ Spørsmålet var med andre ord hvilken stat som var nærmest å holde ansvarlig for tiltakenes virkning.

Innreiseforbudet var gitt i medhold av en bilateral avtale mellom de to statene som ga Sveits myndighet til å gi forbud som hadde virkning også på liechtensteinsk territorium. Derfor var innreiseforbudet i realiteten gitt gjennom en utvidet lovgivningskompetanse for sveitsiske myndigheter. Personene som ble påvirket av innreiseforbudet havnet under Sveits jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand.⁹⁶ Konklusjonen var et resultat av at Sveits, og ikke Liechtenstein, etter en konkret vurdering var den mest naturlige staten å holde ansvarlig for de påståtte krenkelsene av klagernes rettigheter.

En spesiell omstendighet å merke seg er at Liechtenstein, som følge av avtalen, ikke hadde noen myndighet til å påvirke innreiseforbudet etter sveitsiske myndigheter først hadde vedtatt det. Liechtenstein hadde derfor ingen mulighet til å sikre klagernes rettigheter etter konvensjonen, selv om personene befant seg innenfor Liechtensteins eget myndighetsområde. Håndhevelsesmyndigheten i dette tilfelle var dermed eksklusivt hos sveitsiske myndigheter. Denne situasjonen av eksklusiv håndhevelsesmyndighet skiller seg fra statlig overvåking av elektronisk kommunikasjon, som ikke nødvendigvis forutsetter at en myndighet har tatt over en annens stats eksklusive kompetanser. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 4.2.3.

En annen relevant sak i denne sammenhengen er *Pad and Others v. Turkey* (2007). Klagerne i saken gjaldt slektninger av personer som var blitt drept av skudd fra et helikopter tilhørende tyrkiske myndigheter. Personene ble drept på den iranske siden av grensen mellom Tyrkia og Iran. Ingen av partene i saken adresserte jurisdiksjonsspørsmålet, men domstolen kommenterte det kort likevel. EMD viste først til at konvensjonsstatenes handlinger «which are performed outside their territory or which produce effects there» kunne utgjøre utøvelse av jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand.⁹⁷ Deretter uttalte EMD følgende:

«[T]he Court considers that it is not required to determine the exact location of the impugned events, given that the Government had already admitted that the fire discharged from the helicopters had caused the killing of the applicants' relatives».⁹⁸

Det oppsiktsvekkende med denne uttalelsen er at det fremstår som om EMD legger til grunn at jurisdiksjonsvurderingen var overflødig fordi krenkelsen så klart kunne *attribueres* til den

⁹⁵ *X. and Y. v. Switzerland* (1977), side 71 (min kursivering).

⁹⁶ *X. and Y. v. Switzerland* (1977), side 72.

⁹⁷ *Pad and Others v. Turkey* (2007), avsnitt 53.

⁹⁸ *Ibid*, avsnitt 54 (min understreking).

Tyrkiske stat.⁹⁹ Saken illustrerer en retning der ansvar etter EMK artikkel 1 kun blir vurdert som et attribusjonsspørsmål.

En annen helt spesiell sak er *Andreou v. Turkey* (2010). Klagerne i saken var slektninger av en britisk statsborger (Andreou) som hadde blitt skutt av tyrkiske militære offiserer i forbindelse med deltakelse på en demonstrasjon i Nord-Kypros i 1996. På dette tidspunktet utøvde ikke Tyrkia noen effektiv kontroll over område og Andreou var ikke under tyrkisk militærs fysiske kontroll før hun ble skutt. Saken falt dermed ikke innenfor noen av de typetilfellene gjennomgått i punkt 2.2.2 og 2.2.3. EMD kommenterte følgende om jurisdiksjonsspørsmålet:

“...even though the applicant had sustained her injuries in territory over which Turkey exercised no control, the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, had been such that the applicant should be regarded as “within [the] jurisdiction” of Turkey within the meaning of Article 1 of the Convention.”¹⁰⁰

På linje med de andre sakene nevnt i dette underpunktet, fremstår det avgjørende for EMD også i denne saken å være at krenkelsene kunne *attribueres* til Tyrkia uavhengig av hvor krenkelsen fant sted for øvrig.

3.2.5 Tilstrekkelig for ansvar etter EMK at en handling kan *attribueres* til staten?

Som vist det forrige underpunktet, er det flere saker om EMK artikkel 1 som fremstår å bli avgjort utelukkende på en vurdering om handlingene kan attribueres til den aktuelle staten. En slik vurdering strider umiddelbart mot den tradisjonelle folkerettslige forståelsen av jurisdiksjon, som forutsetter at staten har utøvd handlinger i form av statsrettslige kompetanser.

Tradisjonelt har forståelsen av EMK vært at jurisdiksjonsspørsmålet og attribusjonsspørsmålet er to forskjellige vurderinger og at anvendelse av EMK er en toleddet vurdering. Først må en vurdere om konvensjonen kommer til anvendelse, om personene befinner seg innenfor statens jurisdiksjon, og deretter må en vurdere om de aktuelle krenkelsene kan attribueres til staten etter de folkerettslige sedvanereglene om statsansvar.¹⁰¹

Problemstillingen min i dette underpunktet er hva som utgjør det saklige avgrensningskriteriet i saker der en stats handlinger har virkninger utenfor egne landegrensener og handlingene klart kan attribueres til staten. Hvilket omfang og type virkninger utløser ansvar etter EMK? Eller

⁹⁹ Da Costa (2013) side 214.

¹⁰⁰ *Andreou v. Turkey*, avsnitt 25 (min understreking).

¹⁰¹ Se Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts.

har EMDs rettspraksis uthullet vurderingen av jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1 til et rent attribusjonsspørsmål?

Jurisdiksjon og attribusjon var sentrale spørsmål i storkammeravgjørelsen *Banković and Others v. Belgium and Others* (2001) (heretter *Banković*). Saken gjaldt seks jugoslaviske statsborgere som anførte at NATOs bombing i Beograd innebar en krenkelse av deres avdøde slektningers konvensjonsrettigheter. Klagerne viste til at NATO-statenes handlinger, som enten kunne bli ansett å bli utøvd på jugoslavisk territorium eller få virkninger der, førte klagerne under NATO-statenes jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand.¹⁰² Statene avviste anførselen om jurisdiksjon og viste til at dette i realiteten ville omgjøre jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1 til et spørsmål om «cause-and-effect».¹⁰³ EMD var enig med statene med følgende begrunnelse:

“The Court considers that the applicants’ submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention.”

Denne uttalelsen ser ut til å spenne ben på tolkningen av jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1 som et rent attribusjonsspørsmål. Avgjørelsen er imidlertid fra 2001, gjaldt en politisk betent sak og er blitt kritisert av akademikere i ettertid for å avvike fra tidligere rettspraksis.¹⁰⁴ Et viktig poeng er også EMDs storkammer i 2011, i *Al-Skeini v. UK*, åpnet for at konvensjonen kunne bli «divided and tailored» til den spesifikke situasjonen. Dette til motsetning fra det EMD la til grunn i *Banković*. Når jurisdiksjon etter EMK artikkel 1 ikke lenger er et enten-eller konsept kan resultatet være begrensede plikter for den aktuelle staten. Det bøter på noen av betenkelighetene ved å la EMK artikkel 1 være et spørsmål om attribusjon når oppfyllelsen av vilkåret resulterer i et begrenset omfang forpliktelser for statene.

De nevnte sakene *Pad and Others v. Turkey* og *Andreou v. Turkey* er dessuten avgjort etter *Banković* og ser ut til å legge nettopp en ren attribusjonsvurdering til grunn. På grunn av den etterfølgende rettspraksisen, og endringen i *Al-Skeini v. UK*, er det usikkert hvilken verdi EMDs avvisning av «cause-and-effect» argumentet har under dagens forståelse av EMKs rekkevidde.

¹⁰² *Banković*, avsnitt 30.

¹⁰³ *Ibid*, avsnitt 75.

¹⁰⁴ Se for eksempel Roxstrom (2005).

En nyere sak fra 2010, *Medvedyev and Others v. France*,¹⁰⁵ gir muligens noe veiledning om hvordan EMD selv vurderer *Banković* i ettertid. Klagerne i *Medvedyev* tilhørte mannskapet på et skip som seilte under kambodsjansk flagg. Skipet ble avskåret utenfor Kapp Verde av franske myndigheter og ført hele veien til Frankrike da skipet ble mistenkt for å frakte narkotika. I jurisdiksjonsvurderingen viste domstolen til sin egen avgjørelse i *Banković* som et tilfelle av «an instantaneous extraterritorial act». Denne type ekstraterritorielle handlinger kunne ikke oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1.¹⁰⁶

Kan en slutte fra EMDs uttalelse i *Medvedyev* at skjæringspunktet for en stats ansvar, for handlinger som har *virksomheter* utenfor eget territorium, går ved om handlingene var momentane («instantaneous») eller ikke? Etter mitt skjønn er det usikkert om det er mulig å trekke en så generell slutning fra EMDs bemerkning i *Medvedyev*-saken. Det er også uklart hva et slikt avgrensningskriterium i så fall innebærer. Sakene i *Pad and Others v. Turkey* og *Andreou v. Turkey* kan også anses som momentane handlinger da begge gjaldt personer som ble drept i enkeltstående skuddvekslinger med myndighetene.

En annen sak om konvensjonens rekkevidde er *Ben El Mahi and Others v. Denmark* (2006).¹⁰⁷ Saken hadde sin opprinnelse i den danske avisen Politiken som, i september 2005, publiserte karikaturer av profeten Muhammeds liv. Publikasjonen møtte stor motstand fra ledere av muslimske land verden over. En marokkaner klaget saken inn for EMD. Han anførte at trykkingen var en krenkelse av hans religionsfrihet i EMK artikkel 9 og at Danmark diskriminerte muslimer i strid med EMK artikkel 14. EMD avviste saken fra behandling og henviste til at klageren var utenfor dansk jurisdiksjon. Klageren var en marokkansk statsborger som bodde i Marokko og det var ingen «jurisdictional link» mellom klageren og Danmark.¹⁰⁸

Hvorfor var ikke virkningene i *Ben El Mahi* tilstrekkelig for ansvar? For det første var attribusjonsspørsmålet mindre klart enn i de øvrige sakene. Anførselen var i realiteten en anførsel om brudd på Danmarks positive forpliktelser til å hindre at private aktører, avisen Politiken, begikk handlinger som krenket andre privates rettigheter. Dette skiller seg fra de andre sakene om ekstraterritorielt ansvar hvor handlingene har vært begått av statens egne representanter. For det andre gjaldt saken en mer vag og abstrakt påstand om krenkelse enn de tidligere sakene om krenkelser av fysisk integritet. Saken viser også hvordan det materielle spørsmålet i saken kan ha betydning for jurisdiksjonsspørsmålet og hvor tett koblet disse vurderingene er.

¹⁰⁵ Heretter «*Medvedyev*».

¹⁰⁶ *Medvedyev*, avsnitt 64.

¹⁰⁷ Heretter «*Ben El Mahi*».

¹⁰⁸ *Ben El Mahi*, avsnitt 15.

På grunn av EMDs uttalelser i *Bankovic* er det uklart om det er tilstrekkelig for ansvar etter EMK artikkel 1 at en handling kan attribueres til staten. Jeg kommer tilbake til betydningen av denne uklare rettsstilstanden i punkt 5.

3.3 Oppsummering: Jurisdiksjonsvurderingen i EMK artikkel 1 som en «jurisdiksjonsskala»

I punkt 3.2 har jeg redegjort for når statene er forpliktet til å respektere rettighetene og frihetene som følger av EMK artikkel 1. I dette punktet vil jeg se på hvilke generelle slutninger den fragmenterte rettspraksisen gir grunnlag for.

Det som er klart er at statene må sikre og respektere rettighetene og frihetene i EMK overfor de personene som befinner seg på statens eget territorium. EMDs rettspraksis viser at det klart at statene har en tilsvarende plikt etter EMK artikkel 1 når statene utøver effektiv kontroll over et område på en annen stats territorium. Dette er naturlig da staten utgjør den egentlige myndigheten på området.

Tilsvarende fremstår det klart at utøvelse av fysisk tvangsmakt overfor en person i en annen stat er tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret. I disse sakene utløses imidlertid ikke statens ansvar for å sikre hele spekteret av rettigheter og friheter i konvensjonen, men kun de rettighetene og frihetene som er aktuelle i den konkrete situasjonen.

Mer uklart er EMDs vurdering i sakene der statene ikke har utøvd handlinger på en annen stats territorium, men handlingene likevel har hatt *virknings* for personene som oppholder seg der. Her er det uklart om det er tilstrekkelig handlingene kan attribueres til staten eller om det er nødvendig at virkningene av handlingene er av et visst omfang eller art. Forutsatt at det kreves virkninger av et visst omfang, er det videre uklart hva det saklige avgrensningskriteriet er. Det er med andre ord uklart om det kreves en viss type virkninger og hva disse virkningene i så fall må bestå av. Det som er imidlertid er gjennomgående i EMDs rettspraksis, er at EMD i disse grensetilfellene legger vekt på hvilken stat det er mest naturlig å holde ansvarlig for de eventuelle krenkelsene i situasjonen.

EMDs vurdering i *Bankovic* skiller seg fra det øvrige rettskildet bildet og er vanskelig å tilpasse EMDs øvrige begrunnelser i de andre sakene. Avgjørelsen utgjør et usikkerhetsmoment i jurisdiksjonsvurderingen.

Til hjelp for tanken kan en se på jurisdiksjonsspørsmålet under EMK artikkel 1 som det jeg vil kalle en «*jurisdiksjonsskala*». I den ene enden av skalaen finner en statens egen jurisdiksjon (territorium), hvor vilkåret klart er oppfylt. Tett etterfulgt av statens eget territorium finner en naturlige utvidelser av statens myndighetsområde ved områder hvor staten utøver ef-

fektiv kontroll eller tilfellene når en stat utøver jurisdiksjon i form av håndhevelsesmyndighet over en konkret person. Helt på enden av skalaen finner en *virksomheter* av en stats handlinger. Yttergrensen på denne siden av skalaen er uklar da det er usikkert om det er tilstrekkelig for ansvar etter EMK artikkel 1 at en virkningene av en handling kan tilskrives til den aktuelle staten eller ikke.

Jurisdiksjonsskalaen er ikke bare retningsgivende for når en stat har ansvar etter konvensjonen, men også hvilket omfang av ansvar som utløses. I den ene enden av skalaen får statene ansvar for å sikre hele spekteret av rettigheter og friheter. På den andre siden av skalaen, i de mer uklare tilfellene av jurisdiksjonsutøvelse, er ansvaret begrenset til de spesifikke rettighetene og frihetene som er aktuelle i den konkrete situasjonen.

Skalaen kan også anses som retningsgivende for omfanget av konkrete omstendigheter som skal til for en stat blir ansvarlig etter EMK. Desto lenger ut en stats handlinger befinner seg på skalaen, desto mer ekstraordinære eller konkrete omstendigheter skal til.

For øvrig kan følgende generelle slutninger gjøres fra rettskildebildet:

Det er ingen europeisk yttergrense på konvensjonens anvendelse. Stater har blitt holdt ansvarlig også for handlinger i stater som ikke er parter til EMK.¹⁰⁹

EMD har i flere saker konkludert med at en stat har utøvd jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand selv om statene folkerettslig sett ikke har hatt jurisdiksjonsmyndighet på området. Begrepet jurisdiksjon i EMK artikkel 1 og det folkerettslige begrepet jurisdiksjon, er dermed ikke fullstendig overlappende på tross av at de i utgangspunktet er ment å gjenspeile hverandre.¹¹⁰

EMD ser ut til å vurdere jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1 oppfylt i saker hvor det er et sterkt *behov* for at en stat holdes ansvarlig. Dette illustreres av at de fleste sakene hvor jurisdiksjonsspørsmålet er uklart, men EMD likevel har holdt en stat ansvarlig, gjelder drap og dermed krenkelse av den fundamentale retten til liv. Hvor alvorlig inngrep en stats handlinger utgjør, fremstår derfor som et generelt moment i vurderingen.

¹⁰⁹ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 139.

¹¹⁰ Da Costa (2013) side 248.

EMD stor vekt på at personer ikke bør kunne i et rettighetsvakuum bare fordi en stat utøver jurisdiksjon utover sine egne landegrenser.¹¹¹

En siste observasjon er at ingen av de foreliggende sakene fra rettspraksis passer så godt på krenkelser av retten til privatliv som følger av EMK artikkel 8. Retten til privatliv er, som jeg straks skal gå inn på, en av de mer abstrakte rettighetene i EMK. Saker om drap av sivile eller manglende tilgang på rett til eiendom er lettere å vurdere siden rettighetene er mer håndterlig og konkrete. Dette utgjør en utfordring i min vurdering i punkt 4.

4 Plikter E-tjenesten å respektere retten til privatliv utenfor norsk territorium etter EMK artikkel 8 jf. artikkel 1?

Hittil i oppgaven har jeg redegjort for hvordan E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon kan utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 (punkt 2) og i hvilke tilfeller stater har blitt ansett å ha hatt plikter etter EMK overfor personer utenfor sitt eget territorium (punkt 3). På denne bakgrunnen skal jeg nå analysere E-tjenestens overvåking opp mot jurisdiksjonsskalaen under EMK artikkel 1.

Jeg ser først på hvor den norske E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom personer i utlandet kan plasseres på jurisdiksjonsskalaen (punkt 4.1). I punkt 4.2 peker jeg på noen momenter og hensyn som generelt vil gjøre seg gjeldende i vurderingen av om statlige etterretningstjenester har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8 ved overvåking av elektronisk kommunikasjon utenfor eget territorium.

4.1 Forsøk på å plassere E-tjenestens overvåking på «jurisdiksjonsskalaen»

Det er klart at Norge ikke utøver total jurisdiksjon over etterretningsmålene i form av militær okkupasjon på fremmed territorium. Det som er interessant er hvorvidt *virkningene* av E-tjenestens overvåking er tilstrekkelig til å utløse ansvar etter EMK (punkt 4.1.1) eller om E-tjenesten kan sies å utøve jurisdiksjon over etterretningsmålene (punkt 4.1.2). I punkt 4.1.3 forsøker jeg å plassere E-tjenestens overvåking på jurisdiksjonsskalaen.

4.1.1 Inngrepene kan attribueres til Norge, men er virkningene tilstrekkelige for å utløse ansvar etter EMK artikkel 1?

Som jeg diskuterte i punkt 3.2.4 og 3.2.5, er det uklart hvor den gjeldende grensen går for når statens plikter utløses som en følge av handlinger som har hatt *virkinger* utenfor eget territorium. I noen saker vurderer EMD utelukkende om handlingene kan attribueres til den aktuelle

¹¹¹ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 142.

staten og ser ikke nærmere på hvor handlingen fant sted. I andre saker viser EMD til at attribusjon ikke er tilstrekkelig for at pliktene etter EMK artikkel 1 utløses. Grensen er uklar. Analysen i dette punktet bygger derfor på en konkret sammenligning av de faktiske omstendighetene i de sakene som lå på en lignende grense av jurisdiksjonsskalaen.

Det er klart at E-tjenestens inngrep i etterretningmålenes privatliv og kommunikasjonsfrihet kan tilskrives til den norske stat. Forutsatt at attribusjon er tilstrekkelig, vil Norge ha en plikt til å respektere de relevante rettighetene i situasjonen, herunder retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8. Etersom det er uklart om attribusjon er tilstrekkelig under gjeldende rett, vurderer jeg i det videre om *virkningene* av overvåkingen er tilstrekkelig til å utløse ansvar etter EMK.

I følge *Medvedyev v. France* kan ikke «instantaneous» ekstraterritoriale handlinger oppfylle jurisdiksjonsvilkåret under EMK artikkel 1. Det er uklart om dette bidrar til klargjøre grensen noe nærmere. I den grad dette utgjør avgrensningen for statenes ansvar, så er det lite som tyder på at E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon kan kategoriseres som momentane handlinger. Redegjørelsen av E-tjenestens relevante aktiviteter i punkt 2.2 bærer heller preg av å være en systematisk og godt organisert aktivitet. For eksempel vil E-tjenesten ha adgang til å lagre metadata opp til 18 måneder, jf. Forslag til ny E-tjenestelov § 7-7 (3).

Mange av de gjennomgåtte sakene har handlet om krenkelser av den fysiske integritet. For eksempel gjaldt både *Pad and Others v. Turkey* og *Andreou v. Turkey* drap og krenkelse av EMK artikkel 2. Det er vanskelig å gjøre sammenligninger av virkningene disse inngrepene hadde med inngrep i den abstrakte retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8.

Ben El Mahi er mer nærliggende å sammenligne den foreliggende situasjonen med. Saken gjaldt, som nevnt, påstanden om at publiseringen av karikaturer av profeten Muhammed var en krenkelse av rettighetene i EMK artikkel 9 jf. 14 til en marokkansk statsborger bosatt i Marokko. Krenkelsen i denne saken er av en mer abstrakt karakter i forhold til krenkelser av den fysiske integritet. Virkningene i *Ben El Mahi* ble ikke ansett tilstrekkelig for å utløse Danmarks ansvar under EMK artikkel 1.¹¹² Sammenligningen med denne avgjørelsen tilsier at heller ikke de mer abstrakte virkningene av E-tjenestens overvåking av personer i utlandet heller vil være tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1.

Men *Ben El Mahi* skiller seg vesentlig fra situasjonen som denne oppgaven vurderer. I *Ben El Mahi* var det tale om den danske stats *positive* forpliktelse til å gripe inn overfor den danske

¹¹² *Ben El Mahi*, avsnitt 8.

avisen og forhindre at avisen krenket en annens privatpersoners rettigheter. Inngrepene i privatlivet og kommunikasjonsfriheten ved E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon er tydeligere aktive handlinger utført av den norske staten selv. Eventuelle krenkelser i denne forbindelse er mer naturlig å kategorisere som brudd på statens *negative* plikter.

Som jeg beskrev i redegjørelsen av jurisdiksjonsskalaen under punkt 3.3, er omfanget av en stats plikter et resultat av graden av jurisdiksjon som utøves. Selv om virkningene av den danske stats unnlater i *Ben El Mahi* ikke ble ansett tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1, gjør forskjellene i omfanget av statenes forpliktelse at konklusjonen ikke nødvendigvis blir det samme i spørsmålet om E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon. En negativ plikt til ikke å krenke privatpersoners rett til privatliv er mindre omfattende enn en positiv forpliktelse til å sørge for at en avis ikke krenker en annens privatpersoners religionsfrihet. Dette er et argument for at virkningene av E-tjenestens overvåking er tilstrekkelig til å utløse Norges ansvar etter EMK artikkel 1 til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8.

Det er øvrige virkninger av E-tjenestens overvåking som er relevante å vurdere. Som nevnt i punkt 2.2.2, kan E-tjenesten dele innsamlet informasjon med andre staters myndigheter. Disse har større mulighet til å misbruke informasjonen til forskjellige formål. Overvåkingen kan også ha direkte og konkrete konsekvenser for etterretningsmålene selv uten at E-tjenesten deler informasjonen med andre myndigheter. Det fremgår ikke av forslaget til ny E-tjenestelov hva den norske stat kan bruke informasjonen til, men teoretisk sett kan informasjonen brukes til å lage reiseforbud eller restriksjoner for svartelistede personer.¹¹³ Sett hen til EMDs avgjørelse i *X. and Y. v. Switzerland* (1977), hvor Sveits ble ansvarlig for krenkelsene et reiseforbud til Liechtenstein medførte, er det sannsynlig at virkninger i form av reiserestriksjoner vil oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1.

Delingen av informasjon med andre myndigheter og muligheten for å vedta reiserestriksjoner eller lignende, illustrere at E-tjenestens inngrep kan ha konkrete og alvorlige virkninger overfor etterretningsmålene. Virkningene av E-tjenestens virksomhet er ikke begrenset til inngrep i den abstrakte retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet.

EMD uttalte i *Weber and Saravia* og *Liberty* at bare eksistensen av et lovverk som tillater hemmelig overvåking kan være tilstrekkelig til å utgjøre et inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 (se punkt 2.2.4). En sentral konsekvens av et lovverk som tillater hemmelige overvåking er den såkalte *nedkjølingseffekten*. Med nedkjølingseffekten menes at personer som

¹¹³ Altwickler (2018) side 587.

vet, eller tror de blir, overvåket kan bli mindre villige til å ytre seg kritiske mot regimet – som er et viktig premiss i ethvert demokratisk samfunn.

Ut fra de generelle uttalelsene i *Weber and Saravia* og *Liberty*, kan det virke som om de potensielle nedkjølende effektene selve vedtakelsen av den nye E-tjenesteloven vil være tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1. *Weber and Saravia* og *Liberty* gjaldt også overvåking av personer utenfor eget territorium. Men det kan være grunn til å være forsiktig med å trekke generelle slutninger fra *Weber and Saravia* og *Liberty* siden minst én av klagerne hadde en nærmere tilknytning til den saksøkte staten, i form av statsborgerskap eller hovedkontorer.

Virkningene av E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon vil kunne variere med omfanget av overvåkingen. Det er for eksempel uklart om virkningene av en ny E-tjenestelov i seg selv vil være tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret. Det fremstår klarere at overvåking som resulterer i reiserestriksjoner, eller som deles med etterretningmålenes nasjonale myndigheter, befinner seg lengre inn på jurisdiksjonsskalaen. I alle tilfeller er jurisdiksjonsspørsmålet oppfylt dersom gjeldende rett er at attribusjon er et tilstrekkelig vilkår.

4.1.2 Utøver Norge jurisdiksjon over etterretningsmålene?

I forrige underpunkt vurderte jeg om E-tjenestens faktiske virksomhet førte til virkninger som var tilstrekkelige til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1. Som forklart i punkt 3.3 er *virkninger* av en stats jurisdiksjonsutøvelse helt i grensen av jurisdiksjonsskalaen. I dette punktet vil jeg vurdere i hvilken grad Norge kan sies å *utøve jurisdiksjon* over etterretningsmålene ved overvåkingen. Utøvelse av jurisdiksjon sikter i utgangspunkt til lovgivningskompetanse, håndhevelsesmyndighet og domsjurisdiksjon, jf. punkt 3.1.1.

Jeg ser først på utøvelsen av håndhevelsesmyndighet. Det som kjennetegnet de fleste sakene i punkt 3.2 var statenes bruk av tvangsmakt over personene. Eksempelene inkluderte *Öcalan v. Turkey*, hvor klageren ble arrestert av tyrkiske offiserer i Nairobi, og *Medvedyev v. France*, hvor franske representanter tok over styringen av et kambodsjansk skip. Den norske E-tjenesten utøver derimot ingen *fysisk* tvangsmakt over etterretningsmålene når de overvåker deres elektroniske kommunikasjon.

Noen argumenterer for at den kontrollen E-tjenesten oppnår, ved innsyn i og lagring av personopplysninger og kommunikasjon, kan være like inngripende som fysisk kontroll.¹¹⁴ Argu-

¹¹⁴ Se blant annet Den internasjonale juristkommisjon (2016) side 9, Watt (2017) side 778, Milanovic (2015) side 120, FNs spesialrapportør A/69/397 (2014) avsnitt 41.

mentet bygger på at fysisk tvangsmakt i den digitale tidsalderen ikke er avgjørende for en stats effektive kontroll over personer. Virtuell kontroll må derfor likestilles med fysisk kontroll i vurderingen av jurisdiksjon under EMK artikkel 1.¹¹⁵ Argumentasjonen bærer preg av å være forfatterens ønsker om hvordan rettstilstanden *burde* være, og ikke hva som er mulig å trekke ut av rettskildebildet under EMK artikkel 1. Dette er en interessant synsvinkel, men jeg lar spørsmålet ligge for noen andre til å forske nærmere på ettersom mitt analyse bygger på en vurdering av gjeldende rett.

Til nå har de fleste sakene for EMD omhandlet tilfeller av krenkelser som har vært mulig på grunn av statens fysiske tilstedeværelse i den andre staten. EMD har til gode å vurdere utøvelse av jurisdiksjon gjennom det digitale rom, hvor krenkelsene handlingene innebærer ikke forutsetter at statens er fysisk tilstede. Dette er tilfellet for den norske E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon. Inngrepet foretas fra Norge via digitale og teknologiske virkemidler. Det blir interessant å se om EMD går bort fra at fysisk kontroll over personer er et nødvendig vilkår for å si at en stat utøver jurisdiksjon over personene og om det kan være tilstrekkelig med en form for virtuell kontroll. Det er vanskelig å forutsi hvordan EMD vil vurdere dette og med mangel på holdepunkter i gjeldende rettspraksis blir denne oppgavens analyse begrenset til å flagge spørsmålet.

I *Drozd and Janousek v. France and Spain* uttalte EMD på generelt grunnlag at utøvelse av domsmyndighet i en annen stat vil kunne utgjøre utøvelse av jurisdiksjon i EMK artikkel 1s forstand. Spørsmålet i denne sammenhengen er om Norge kan sies å utøve en form for domskompetanse over personene som er gjenstand for E-tjenestens overvåking.

Forslaget til ny E-tjenestelov krever blant annet kjennelse fra en norsk domstol for å gjøre søk i innsamlet metadata, jf. § 7-8 (1). Selv om denne type involveringen ikke minner om de faktiske forholdene i *Drozd and Janousek v. France and Spain*, er det likevel en utøvelse av jurisdiksjon av norske domstoler med virkning for personer i andre land. Kjennelsen fra en norsk domstol kan med andre ord ha betydning for rettighetene til en person på andre siden av verden. Dette kan tale for at Norge utøver jurisdiksjon ved E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon.

Hva gjelder lovgivningskompetanse, viser jeg til diskusjonen i forrige punkt (4.1.1) om virkningene av ny E-tjenestelov vil være tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1. Etter mitt skjønn er det noe usikkert om eksistensen av lovverket i seg selv vil være

¹¹⁵ ICJ-Norge (2019) [Høringsuttalelse] side 4.

tilstrekkelig, men flere av virkningene, som er en konsekvens av lovgivningens rammer, vil kunne være tilstrekkelige.

Virkningene av lovgivningen og de norske domstolenes involvering i beslutningsprosessene er argumenter for at Norge kan sies å utøve jurisdiksjon. Mangelen på utøvelse av fysisk tvangsmakt utgjør et usikkerhetsmoment under dagens rettstilstand. Sammenligningen med tidligere saker er vanskelig, men etter mitt skjønn er det tvilsomt om E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon i seg selv vil innebære utøvelse av jurisdiksjon overfor etterretningsmålene etter gjeldende rett.

4.1.3 Konklusjon: Vil variere fra sak til sak

Som en oppsummering på jurisdiksjonsvurderingen forsøker jeg i dette underpunktet å plassere E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon på «jurisdiksjonsskalaen» jeg stilte opp i punkt 3.3. Plasseringen på jurisdiksjonsskalaen har betydning for hvor mye som kreves av øvrige ekstraordinære omstendigheter for at staten skal være forpliktet etter EMK og hvilke plikter som utløses.

Det er i det hele tatt vanskelig å gjøre en generell plassering av E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon på jurisdiksjonsskalaen. Dette er både fordi inngrepets intensitet og omfang varierer (punkt 2.2) og fordi virkningene av overvåkingen også varierer (punkt 4.1.1). Det er også vanskelig å gjøre en direkte sammenligning med tidligere saker som har laget grunnlaget for jurisdiksjonsskalaen i punkt 3.3 fordi ingen av sakene gjaldt inngrep muliggjort over landegrenser via det digitale rom.

Det som er klart er at E-tjenestens relevante virksomhet ikke innebærer total jurisdiksjon som i tilfellene av militær okkupasjon av fremmed territorium eller fysisk anholdelse av personer. Samtidig er det klart at inngrepene som følge av E-tjenestens overvåking kan *attribueres* til den norske stat. Forutsatt at attribusjon er tilstrekkelig for ansvar etter EMK artikkel 1, er resultatet at Norge må respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet ved overvåking av elektronisk kommunikasjon utover egne landegrenser. Forutsatt at det er et vilkår at virkningene er av et visst omfang, viser jeg til at virkningene av overvåkingen vil variere beroende på omfanget og intensiteten av overvåkingen. Etter omstendighetene fremstår det som om virkningene i flere tilfeller kan være tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1.

En generell plassering på jurisdiksjonsskalaen er vanskelig fordi det vil variere fra sak til sak, men generelt kan en si at E-tjenestens virksomhet befinne seg mot den ene yttergrensen av skalaen der det skal lite til for at vilkåret *ikke* er oppfylt. Resultatet av denne plasseringen på skalaen er at Norge ikke vil ha en plikt til sikre *hele* spekteret av konvensjonens rettigheter og

plikter for etterretningsmålene. Norges plikter overfor etterretningsmålene er begrenset til å sikre de rettighetene som er relevante i den aktuelle situasjonen, jf. uttalelsen i *Al-Skeini* om at konvensjonen kan bli «divided and tailored».¹¹⁶

Som nevnt innledningsvis, er det flere rettigheter og friheter som kan være aktuelle ved E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon. Jeg har valgt å fokusere på retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8. Dette er ikke en spesielt omfattende plikt og fremstår som en passende plikt forholdsmessig til plasseringen på jurisdiksjonsskalaen.

Oppsummeringsvis er det vanskelig å konkludere generelt på om E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom mennesker utenfor norsk territorium vil oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1. Samtidig fremstår det som om overvåkingen i mange tilfeller vil være tilstrekkelig til å utløse i alle fall en plikt for Norge til å respektere den mest intime sfæren av privatlivet, kjernen i EMK artikkel 8.

Fokuset i punkt 4.1 har vært spesifikt på den norske E-tjenestens virksomhet. I neste punkt vil jeg se hen til momenter og hensyn som kan gjøre seg gjeldende generelt for staters etterretningstjenester, herunder den norske E-tjenesten.

4.2 Noen generelle omstendigheter ved statlig overvåking av elektronisk kommunikasjon

Konklusjonen i punkt 4.1 var at jurisdiksjonsspørsmålet vil variere med omfanget og intensiteten i E-tjenestens overvåking. Andre statlige etterretningstjenester kan være organisert på en annen måte, men det er sannsynlig at mye av vurderingen vil være overlappende. I dette punktet har jeg identifisert noen momenter og hensyn som generelt vil gjøre seg gjeldende i vurderingen av om stater har en plikt til å respektere retten til privatliv i EMK artikkel 8 ved overvåking av elektronisk kommunikasjon utenfor egne landegrenser.

Jeg ser hen til mulighetene for et rettighetsvakuum (punkt 4.2.1), konsekvenser for privatlivet til personer i den overvåkende staten (4.2.2), og forholdet til andre staters rettigheter og plikter (punkt 4.2.3-4.2.4). Til slutt ser jeg på betydningen av tolkningsprinsippene om at konvensjonen skal tolkes som et levende instrument (punkt 4.2.5) og at hvert tolkningsresultat skal være i tråd med konvensjonens ånd om å fremme demokratiske idealer og verdier (punkt 4.2.6).

¹¹⁶ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 137.

4.2.1 Muligheten for et rettighetsvakuum

En av hensynene EMD legger stor vekt på er å unngå at personer havner i et rettighetsvakuum bare fordi stater utøver jurisdiksjon utover egne landegrenser. Har dagens digitale revolusjon og statenes økte mulighet for overvåking av elektronisk kommunikasjon ført til et rettighetsvakuum for menneskers rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet etter EMK artikkel 8?

Grenseoverskridende korrespondanse eksisterte også før den digitale tidsalderen. Mennesker har for eksempel sendt brev og ringt hverandre på tvers av landegrenser. Statlig overvåking av slik korrespondanse er heller ikke et nytt fenomen. Den digitale revolusjonen har imidlertid medført en vesentlig realitetsendring i omfanget av kommunikasjon og staters mulighet for å overvåke den.¹¹⁷

Kommunikasjon mellom mennesker foregår i økende grad ved hjelp av teknologiske virkemidler som sms, e-post, eller applikasjoner som Snapchat og Whatsapp. Sammenholdt med at kommunikasjonen og mengden informasjon tilgjengelig i det digitale rom har økt, har også den teknologiske og digitale infrastrukturen blitt mer og mer globalisert. Informasjon som reiser via internett velger de raskeste fiberoptiske kablene, og ikke nødvendigvis den veien som avsender eller mottaker bestemmer.¹¹⁸ For eksempel vil det meste av elektronisk kommunikasjon mellom nordmenn i Norge passere utenlandske grenser.¹¹⁹ Informasjon om kommunikasjon lagres ikke lenger nødvendigvis på servere tilhørende spesifikke stater, men i økende grad «i skyen», ved hjelp av tjenester som iCloud eller Dropbox.¹²⁰

Parallelt med individers økte bruk av kommunikasjonsteknologi og globaliserte digitale infrastrukturer, har statlige etterretningstjenester utarbeidet mer avanserte systemer for innhenting, søk og lagring av elektronisk kommunikasjon. Forslaget om innsamling av metadata i bulk innebærer for eksempel at E-tjenesten får et automatisert system med en «nærmest ubegrenset adgang til å innhente kommunikasjonsdata».¹²¹ Digital kommunikasjonskontroll muliggjør kort og godt lagring av nye og mer data enn før.

Samlet sett er menneskers privatliv og kommunikasjon mer eksponert for statlige etterretningstjenesters overvåking enn tidligere. Denne situasjonen innebærer en risiko for et rettighetsvakuum med mindre det legges noen begrensninger på staters utøvelse av jurisdiksjon i det digitale rom. Denne omstendigheten taler for at staters plikt til å respektere retten til pri-

¹¹⁷ Donohue (2016) side 3-4.

¹¹⁸ Privacy International, *How Bulk Interception Works* (2016).

¹¹⁹ NRK, *Hevder Sverige overvåker norsk mobiltrafikk* (2013).

¹²⁰ Forbrukerrådet, *Tåkete vilkår i skyen* (2014).

¹²¹ Datatilsynet (2019) [Høringsuttalelse] side 15.

vatliv og kommunikasjonsfrihet utvides til å gjelde også overfor personer utenfor deres egen jurisdiksjon.

4.2.2 Konsekvenser for privatlivet til personer i Norge

En annen omstendighet er hvilke konsekvenser innhenting av kommunikasjon mellom personer i utlandet kan ha for rettighetene til personer i statens eget myndighetsområde.

Det er ingen tvil om at Norge er forpliktet til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet fullt ut overfor de personene som befinner seg i Norge, jf. EMK artikkel 1 og 8. Spørsmålet i er om denne plikten, til å sikre at personene i Norge har reelle og effektive rettigheter under EMK artikkel 8, kan ha ringvirkninger for E-tjenestens plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet til personer *utenfor* Norge.

Den norske organisasjonen Elektronisk Forpost Norge (EFN) har henvendt seg til EMD med forespørsel om å få inngi skriftlig innlegg i EMDs storkammerbehandling av *Centrum för Rättvisa v. Sweden*. I brevet, datert 10.april 2019, viser EFN til ringvirkningene det svenske overvåkingssystemet har for norske personers rett til privatliv. EFN ønsker å belyse måten det svenske bulkinnsamlingssystemet påvirker norske borgeres rett til privatliv.¹²² Hvis innsamlingssystemene ikke kan gjøre noen fornuftig avgrensning mellom utenlandsk og innenlandsk kommunikasjon blir territoriale grenser et lite meningsfullt avgrensningskriterium for staters plikter til å respektere EMK.

Ved statlig etterretningstjenester overvåking av elektronisk kommunikasjon vil det være vanskelig å vite hvor personen som er gjenstand for informasjonsinnhenting befinner seg.¹²³ Som EFN peker på i sitt brev, er kommunikasjonstilbydere blitt mer og mer globaliserte og internasjonale.¹²⁴ Tilbyderne skiller i mindre grad mellom innenlands- og utenlandskommunikasjon. Innhentingssystemene er blitt mer automatiserte og bygger på intrikate matematiske formler som det, ifølge EFN, ikke engang er sikkert at den statlige E-tjenesten selv har fullt ut oversikt over hvordan fungerer. Konsekvensen av denne digitale infrastrukturen er at E-tjenestens innhenting av informasjon om kommunikasjon nesten unngåelig vil inneholde både kommunikasjon om personer som befinner seg på norsk territorium og utenfor – uavhengig av hva som er E-tjenestens formål.¹²⁵

¹²² Elektronisk Forpost Norge (2019) [Brev], side 2.

¹²³ Johnson (2016) side 249.

¹²⁴ Elektronisk Forpost Norge (2019) [Brev], side 2.

¹²⁵ Elektronisk Forpost Norge (2019) [Brev], side 2.

En kunne tenke seg at bruken av IP-adresser og nasjonale telefonnummer lett vil kunne identifisere hvor brukerne av kommunikasjonsenhetene befinner seg. Telefonnummer er koblet til en landkode og vil gi et utgangspunkt for hvor personen befinner seg. En IP-adresse vil tilsvarende kunne gi informasjon om til hvilken server en enhet er koblet til og dermed gi informasjon om personens sannsynlige oppholdssted.¹²⁶

Nøyaktigheten i bruken av IP-nummer og telefonnummer påvirkes naturlig av at folk reiser og oppholder seg andre steder enn der de kjøpte sin mobiltelefon eller datamaskinen. Unøyaktigheten øker også av tilgjengeligheten av tjenester som Virtual Private Networks (VPN). VPN skaper en kryptert kobling mellom brukernes enhet og servicetilbyderen som gjør at brukeren kan benytte seg av et internett som tilhører en annen stat enn der personen selv befinner seg. Hvis to nordmenn i Norge kommuniserer elektronisk og bruker VPN, vil det være vanskelig å vite at de faktisk befinner seg i Norge. En studie fra 2015 viste at rundt 20% av europeere benytter seg av VPN.¹²⁷

Utfordringene ved å slå fast hvor en person befinner seg (som kommuniserer via elektroniske hjelpemidler) skaper noen betenkeligheter mot at territorielle landegrensler skal være avgjørende for E-tjenestens plikt til å respektere personers privatliv og kommunikasjonsfrihet. Hvis E-tjenesten ikke respekterer retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet overfor personer i utlandet, vil det kunne ha som konsekvens at personer i Norge sin rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet blir mindre effektiv og reell. Ringvirkningene statlig overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom personer i utlandet kan ha for statens egne borgeres privatliv og kommunikasjonsfrihet, er en konkret omstendighet som taler for at Norge har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet også overfor personer som befinner seg utenfor Norge.

4.2.3 Forholdet til andre staters rettigheter

Et annet spørsmål er om overvåking av elektronisk kommunikasjon i andre stater utgjør en krenkelse av disse statenes territorielle suverenitet, og hvilken betydning dette eventuelt har for vurderingen av den overvåkende statens plikter etter EMK.

I *Weber and Saravia* kom problemstillingen opp. Spørsmålet var om det tyske overvåkings-systemet innebar en krenkelse av uruguayansk territoriell suverenitet fordi det tillot overvå-

¹²⁶ Johnson (2016) side 248.

¹²⁷ Queen Mary, University of London (2015).

king av kommunikasjon mellom personer i Uruguay. EMD konkluderte med at det *ikke* var tilfelle.¹²⁸ Saken gjaldt imidlertid kun innhenting av informasjon via satellitt- og radiosignaler. Satellitt- og radiosignaler har egentlig ikke noen nærmere tilknytning til Uruguay utover at de plukker opp signaler om kommunikasjonen til menneskene som befinner seg på uruguayansk territorium. Dette skiller seg fra noen av innhentingsmetodene som brukes i forbindelse med overvåking av elektronisk kommunikasjon i dag, hvor informasjonen blant annet innhentes gjennom tapping fra fiberoptiske kabler eller servere. Disse kan faktisk befinne seg i en annen stat, og det er mulig EMD ville vurdert denne situasjonen annerledes.

Saken fra Høyesterett i mars i år, som jeg nevnte i punkt 3.1.2, gir innsikt i hvordan norske domstoler ser på spørsmålet. Høyesterett konkluderte med at informasjonsinnhenting fra utenlandske servere ikke innebærer en krenkelse av den andre statens suverenitet.

Selv om slutningen fra *Weber and Saravia* er noe usikker, taler resonneringen i Høyesteretts-saken for at overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom personer i en annen stat ikke vil utgjøre en krenkelse av den territorielle suvereniteten til denne staten.

Hvilken betydning har suverenitetsspørsmålet for vurderingen av om E-tjenesten har en plikt til å respektere den individuelle retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet som følger av EMK artikkel 8 (1)?

I gjennomgangen av sakene i punkt 3.2 kan en spore at EMD legger vekt på om det finnes noen måte individene kan adressere den påståtte krenkelsen på. For eksempel ser dette ut til å være et hensyn i *Al-Skeini v. UK*. Slektningene til de drepte irakerne fikk medhold i at Storbritannia måtte holdes ansvarlig for den manglende etterforskningen av drapene. Uten ansvar etter EMK ville slektningene stått uten effektive muligheter for å adressere krenkelsene drapene utgjorde.

Langs samme argumentasjonsmønster ville behovet for at den norske E-tjenesten må respektere individers rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8 vært mindre hvis overvåkingen kunne adresseres gjennom mellom-statlige mekanismer. Men som *Weber and Saravia* og den norske dommen fra Høyesterett i mars 2019 illustrerer, vil ikke overvåking av elektronisk kommunikasjon utgjøre en suverenitetskrenkelse. Behovet for at individer skal kunne adressere potensielle krenkelser av deres rett til privatliv gjør seg fremdeles gjeldende. E-tjenestens plikt til å respektere EMK artikkel 8 ved overvåking av personer i andre stater

¹²⁸ *Weber and Saravia*, avsnitt 88.

kan dermed ikke avskjæres med henvisning til at eventuelle krenkelser istedenfor må adresseres mellomstatlig som en suverenitetskrenkelse.

4.2.4 Forholdet til andre staters plikter

En annen relevant omstendighet er avgrensningen mot andre staters plikter. Utgangspunktet etter EMK artikkel 1 er, som nevnt, at hver stat har ansvar for å sikre rettighetene og frihetene til de personene som befinner seg på statens eget territorium. Dette betyr at den staten som et etterretningmål oppholder seg i vil ha positive plikter til å sikre personens rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8. En forutsetning er at denne staten også er part til EMK.

Det går utenfor denne oppgavens rammer å utforske det nærmere innholdet av en stats *positive* plikter til å sikre borgernes privatliv mot fremmede makters overvåking. Jeg begrenser meg til å vise til at relevante tiltak for eksempel kan være å stille krav til servicetilbydere om informasjonssikkerhet eller sørge for at kommunikasjon i statlige informasjonsstrukturer sikres med ende-til-ende kryptering.¹²⁹ Et eksempel fra det norske samfunnet er bruken av MinID eller BankID for å logge inn og kommunisere med skatteetaten eller andre statlige institusjoner.

Problemstillingen her er om statenes positive plikt til å sikre personer innenfor sin jurisdiksjon en effektiv rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet *ekskluderer* at den norske E-tjenesten samtidig kan ha en negativ plikt til ikke å krenke personens rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet.

Utgangspunktet i folkeretten er at jurisdiksjon er et eksklusivt konsept. Imidlertid viste redegjørelsen i punkt 3.1 at den digitale tidsalderen har endret på disse forutsetningene. Som Høyesterett påpekte i kjennelsen fra mars 2019, kan stater i det digitale rom utøve jurisdiksjon utover egne landegrenser uten å gripe inn i andres suverenitet eller eksklusive håndhevelsesmyndighet.

Rettspraksis fra EMD viser at forståelsen av begrepet jurisdiksjon i EMK artikkel 1 heller ikke er et eksklusivt konsept. Et illustrerende eksempel er *Ilascu and Others v. Moldova and Russia* (2004). EMD fant at både Moldova og Russland hadde krenket de aktuelle klagernes rettigheter. Domstolen har med andre ord åpnet for at to stater kan ha forpliktelser under EMK overfor samme personkrets på samme området – samtidig.

¹²⁹ Kris (2016) side 406; Johnson (2016) side 257; Milanovic (2015) side 123.

En annen viktig observasjon fra sakene gjennomgått i punkt 3.2, er at EMD har lagt ansvaret på den staten det er mest naturlig at holdes ansvarlig for de aktuelle krenkelsene. Et eksempel er *Loizidou v. Turkey*. Tyrkia ble ansett ansvarlig for krenkelsene av klagerens rett til eiendom etter TP artikkel 1 fordi det var den tyrkiske okkupasjonen av Nord-Kypros som førte til at klageren ikke fikk tilgang til eiendommen sin. Samtidig måtte klagerens regnes for å være innenfor kypriotisk jurisdiksjon hva gjaldt de øvrige rettighetene og frihetene i konvensjonen.

Overført til analysen i denne oppgaven, betyr dette at staters positive plikter til å sikre rettighetene i EMK artikkel 8 på sitt myndighetsområde ikke ekskluderer at andre stater samtidig kan ha en negativ plikt til ikke å krenke den samme retten. I norsk kontekst vil det være mest naturlig å holde den norske stat ansvarlig for E-tjenestens inngrep i privatlivet og kommunikasjonsfriheten, ikke den passive staten hvor etterretningsmålet befinner seg. Det er den norske staten som har kontroll over inngrepene.

Det vil være opp til den andre staten å sikre de øvrige rettighetene og frihetene som etterretningsmålene nyter under EMK. Den norske stat vil bare ha en plikt til å respektere de rettighetene som er relevante i situasjonen, jf. uttalelsen i *Al-Skeini v. UK* om at konvensjonen kan bli «divided and tailored».¹³⁰

4.2.5 Utvikling i konvensjonsstatenes egen oppfatning av spørsmålet

En annen omstendighet i vurderingen er om det har vært en utviklingen i konvensjonsstatenes eget syn på forholdet mellom statlig overvåking og menneskers rett til privatliv.

EMD har lagt stor vekt på tolkningen av EMK som et levende instrument. Tolkning og anvendelse av konvensjonen må ta i betraktning «any changing conditions» i konvensjonsstatene og respondere på «any evolving convergence as to the standards to be achieved».¹³¹ EMD vurderer den aktuelle situasjonen i og utenfor konvensjonsstatene «in light of the present day conditions» og avgjør deretter hva som vil være en passende tolkning og anvendelse av konvensjonen i dag.¹³² Ved å vektlegge utvikling i konvensjonsstatenes egne endrede oppfatninger på rettslige spørsmål kan EMD unngå misnøye fra konvensjonsstater om at en dynamisk tolkning av konvensjonen griper inn i statenes suverenitet.

Sitatene er hentet fra *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (2002). I den saken var endringene i statenes oppfatninger klare fordi det hadde ført til en endring i nasjonale lovgivning,

¹³⁰ *Al-Skeini v. UK*, avsnitt 137.

¹³¹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, avsnitt 74.

¹³² *Ibid.*, avsnitt 75.

både i Europa og utenfor.¹³³ Vernet i EMK artikkel 8 ble tolket i tråd med denne utviklingen.¹³⁴

Den relevante problemstillingen for denne oppgaven er om det har vært en utvikling i konvensjonsstatenes syn på plikten til å respektere retten til privatliv ved overvåking av personer utenfor eget territorium.

Denne oppgavens rammer tillater ikke en bred analyse av nasjonale etterretningstjenestelover og deres syn på retten til privatliv. Jeg vil derfor se hen til mer overordnede, internasjonale kilder for å vurdere spørsmålet. Jeg nevner likevel at Forslaget til ny E-tjenestelov, på tross av at det presiseres som et policy-valg, er utformet for å respektere menneskerettighetene til alle personer uansett hvor de befinner seg.¹³⁵

Ekspertgruppen bak Tallinn-manualen diskuterte spørsmålet. De startet med å vise til at det er lite bevis globalt for at stater anser seg forpliktet til å respektere retten til privatliv ved sin masseovervåking av personer utenfor eget territorium.¹³⁶ Samtidig slår manualen fast at det er ikke er noen folkerettslig *opinio juris* som tilsier at stater anser at etterretningsvirksomhet per se faller utenfor staters menneskerettighetsforpliktelser. Ekspertgruppen konkluderte dermed med at etterretning fremdeles må anses regulert av internasjonale menneskerettighetsinstrumenter, selv om anvendelsen av de forskjellige regionale menneskerettighetsinstrumentene er usikker.¹³⁷ Ekspertgruppens uttalelser må forstås i lys av oppgaven deres – et forsøk på å beskrive folkerettslig sedvanerett om cyberoperasjoner. Rekkevidden av EMK er et mer avgrenset spørsmål hvor EMD har lagt stor vekt på en dynamisk tolkningsstil.

En annen relevant kilde for å opplyse om staters oppfatning om spørsmålet finnes i FNs høykommissær for menneskerettigheter rapport fra 2018. Rapporten, «The right to privacy in the digital age», konkluderte blant annet med at:

«A State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State party, even if not situated within its territory. Human rights law applies to digital communications infrastructure, wherever

¹³³ Ibid, avsnitt 84.

¹³⁴ Ibid, avsnitt 85.

¹³⁵ Høringsnotatet, side 33.

¹³⁶ Tallinn Manual 2.0, side 185.

¹³⁷ Ibid, side 193.

located, for example through direct tapping or penetration of communications infrastructure located outside the territory of that State»¹³⁸ (min understreking)

Rapporten bygger på innspill fra stater (inkludert Norge), interesseorganisasjoner og andre eksperter.¹³⁹ Dette gjør at rapporten er nyttig for å klargjøre tendensene i statenes egen oppfatning av spørsmålet. Anvendt på denne måten har det liten betydning at rapporten i seg selv ikke har noen rettskildeverdi.

FNs generalforsamling vedtok i desember 2018 en resolusjon om «The right to privacy in the digital age». Samtlige konvensjonsstater til EMK stilte seg da bak følgende formulering:

«Emphasizing that unlawful or arbitrary surveillance and/or interception of communications (...) violate the right to privacy [and] can interfere with the right to freedom of expression and may contradict the tenets of a democratic society, including when undertaken extraterritorially».¹⁴⁰ (min understreking)

I denne uttalelsen gir samtlige konvensjonsstater uttrykk for at statlig overvåking av kommunikasjon mellom personer i andre stater kan innebære en krenkelse av retten til privatliv. Selv om resolusjonen ikke har noen formell rettskildeverdi og ikke konkret gjelder tolkningen av EMK, er resolusjonen i denne sammenhengen relevant for å kaste lys over statenes egen oppfatning av rekkevidden av deres forpliktelser.¹⁴¹

Gjennomgangen har vist at det er en økende global konsensus om at stater må respektere retten til privatliv også ved overvåking av personer utenfor eget territorium. Dette taler for at også EMK skal tolkes slik at stater har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8 ved overvåking av elektronisk kommunikasjon mellom personer i utlandet.

4.2.6 Tolkningsresultat i tråd med konvensjonens demokratiske ånd

Et annet hensyn er hvilken tolkning som best vil fremme konvensjonens ånd om å fremme demokratiske idealer og verdier. EMD vektla dette tolkningsprinsippet i *Soering v. the United Kingdom* (1989) og uttalte at:

¹³⁸ FNs høykommissær A/HRC/39/29 (2018) side 3, avsnitt 9.

¹³⁹ Ibid, side 2, avsnitt 4; FNs høykommissær for menneskerettigheter, *Contributions from stakeholders: Right to privacy in the digital age* (udatert).

¹⁴⁰ Generalforsamlingsresolusjon 73/179 (2018) side 3.

¹⁴¹ Høstmølingen (2012) side 101.

«any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with ‘the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society’»¹⁴² (min understreking)

Spørsmålet blir etter dette om tolkningsresultatet der stater har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8 ved overvåking av personer utenfor eget territorium vil være i tråd med konvensjons ånd om å fremme demokratiske idealer og verdier.

EMD viser i *Centrum för Rättvisa* til at overvåkingsregimer utgjør en risiko i demokratiske samfunn. EMD viser til at overvåkingssystemene «may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it». ¹⁴³ Som vist i punkt 4.2.1 og 4.2.2, kan resultatet bli et rettighetsvakuum (både for personer innenfor og utenfor Norge) dersom E-tjenesten ikke har en plikt til å respektere EMK artikkel 8 ved overvåking av personer i utlandet. Privatliv og kommunikasjonsfrihet utgjør grunnleggende rettigheter og friheter som er nødvendige forutsetninger i et demokratisk samfunn.¹⁴⁴

Soering-saken gjaldt hvorvidt Storbritannia kunne utlevere en person til USA med viten om at han risikerte dødsstraff.¹⁴⁵ På tidspunktet for avgjørelsen, 1989, var dødsstraff ansett som et brudd på EMK artikkel 2 og 3, på tross av at ordlyden i artikkel 2 (1) uttrykkelig åpner for det. EMDs uttalelse om at *ethvert* tolkningsresultat må være i tråd med EMKs demokratiske ånd, må nok leses i lys av at det i denne saken dreide seg om svært alvorlige menneskerettsbrudd. Retten til respekt for privatliv i EMK artikkel 8 er mer abstrakt og relativ. På tross av forskjellene mellom EMK artikkel 8 og artiklene 2 og 3, kan tolkningsprinsippet tillegges vekt i denne oppgavens analyse fordi rettighetene i EMK artikkel 8 også utgjør viktige premisser for dagens demokratiske samfunn.

EMK artikkel 1 bør tolkes dithen at statlige etterretningstjenester har en plikt til å respektere retten til privatliv og kommunikasjonsfrihet i EMK artikkel 8 ved overvåking av elektronisk kommunikasjon utenfor egne landegrenser fordi dette tolkningsresultatet vil være best i tråd med konvensjonens formål om å sikre demokratiske idealer og verdier.

¹⁴² *Soering v. the United Kingdom*, avsnitt 87.

¹⁴³ *Centrum för Rättvisa*, avsnitt 104.

¹⁴⁴ Generalforsamlingsresolusjon 73/179 (2018), side 2 avsnitt 9.

¹⁴⁵ *Soering v. the United Kingdom*, avsnitt 11.

5 Noen avsluttende betraktninger

Jeg avslutter med noen avsluttende betraktninger som oppgaven har gitt opphav til. Jeg starter med en oppsummering av den generelle analysen i oppgaven (punkt 5.1). Deretter diskuterer jeg den uklare rettstilstanden under EMK artikkel 1 og hvorvidt en funksjonell tilnærming til jurisdiksjonsspørsmålet er hensiktsmessig (punkt 5.2-5.3). Til slutt peker jeg på noen alternative muligheter for å styrke vernet for menneskers privatliv og kommunikasjonsfrihet fra statlige etterretningstjenesters uforholdsmessige inngrep (punkt 5.4).

5.1 Oppsummering av den generelle analysen

Denne oppgaven har analysert hvorvidt stater har en plikt til å respektere retten til privatliv ved overvåking av elektronisk kommunikasjon utenfor eget territorium. Analysen har vist at EMD tidligere har bygget på konkrete omstendigheter og det har vært vanskelig å utlede noen generelle prinsipper eller retningslinjer om konvensjonens ekstraterritoriale anvendelse. På denne bakgrunnen fremstår det vanskelig å utlede en *generell norm* fra EMK artikkel 8 jf. 1 om at stater har en plikt til respektere retten til privatliv ved overvåking av elektronisk kommunikasjon utenfor egne landegrenser.

Likevel er vurderingen av norske E-tjenestens virksomhet egnet til å illustrere at det vil være tilfeller der konvensjonsstater er forpliktet til å respektere EMK artikkel 8 også utenfor egne landegrenser. Vurderingen er nært knyttet opp til de konkrete omstendighetene for den norske E-tjenestens overvåking av elektronisk kommunikasjon og beror i stor grad på omfanget og intensiteten av overvåkingen. Selv om statlige etterretningstjenester er organisert forskjellig, vil vurderingen i denne oppgaven kunne ha overføringsverdi til andre staters overvåking av elektronisk kommunikasjon ettersom de samme underliggende hensynene gjør seg gjeldende.

Analysen har videre pekt på noen omstendigheter (punkt 4.2) som vil kunne gjøre seg gjeldende generelt i en vurdering av statlige etterretningstjenesters plikt til å respektere retten til privatliv utenfor egne landegrenser. Potensialet for et rettighetsvakuum, samt konvensjonens formål om å sikre effektive og reelle rettigheter, utpeker seg som sentrale omstendigheter. Det vil også være naturlig å se hen til tolkningsprinsippene om at konvensjonen skal tolkes som et levende instrument og på en måte som fremmer demokratiske idealer og verdier.

5.2 EMD bør klargjøre jurisdiksjonsvurderingen

Som gjennomgangen i punkt 3.2 viste, er rettskildebildet under EMK artikkel 1 uklart. Det er vanskelig å utlede noen generelle utgangspunkter og momenter i når en stats handlinger utløses plikter under EMK uten at staten er militært tilstede i en annen stat eller utøver fysisk kontroll over en person.

I behandlingen av *Al-Skeini v. UK* (2011) kommenterte EMD-dommer Bonello den fragmenterte rettskildesituasjonen i EMDs tolkning av EMK artikkel 1 i en «concurring opinion».¹⁴⁶ Etter Bonellos syn hadde domstolen til nå avgjort en rekke saker på en «need-to-decide basis, patchwork case-law at best». Denne fragmenterte og inkonsistente holdningen fra domstolen strider ikke bare mot prinsipper som forutberegnelighet og likebehandling, men har også gjort det vanskelig for nasjonale domstoler å tolke og anvende EMK artikkel 1 i sine saker.¹⁴⁷

Rettskildebildet i tolkningen av EMK artikkel 1 er uklart og det hadde vært nyttig om EMD klargjorde vurderingen.

5.3 Om attribusjon som et tilstrekkelig vilkår for ansvar etter EMK

I sin dissens i *Al-Skeini v. UK* foreslår Bonello at domstolen burde endre sin inngangsvinkel til jurisdiksjonsspørsmålet. I stedet for å konstruere tolkningsdoktriner tilpasset de konkrete omstendighetene i hver sak burde domstolen se hen til de grunnleggende prinsippene konvensjonen bygger på. Med vekt på at EMK var ment å være et effektivt instrument for å fremme menneskerettighetenes universalitet, gir det lite mening at ansvaret for å respektere dem skal være avgrenset av geografiske eller territorielle grenser. Det avgjørende for å vurdere om jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1 er oppfylt, burde være om staten er i en posisjon til å krenke noens rettigheter – uavhengig av hvor personene befinner seg. Dette kaller Bonello «a functional test».¹⁴⁸

Den funksjonelle testen, som Bonello foreslår, innebærer i praksis at attribusjon skal være et tilstrekkelig vilkår for ansvar etter EMK artikkel 1. Som jeg diskuterte i punkt 3.2.5, fremstår det uklart om EMD i dag anser attribusjon tilstrekkelig til å oppfylle jurisdiksjonsvilkåret i EMK artikkel 1. Hvilke hensyn taler for og imot en funksjonell test som Bonello foreslår?

EMK artikkel 1 gir anvisning på en ansvarsfordeling mellom konvensjonsstatene der statene har ansvaret for å sikre og respektere konvensjonsrettighetene til alle som befinner seg i statens myndighetsområde. Fordelingen av ansvar ved hjelp av territorielle grenser bidrar til klare ansvarsforhold mellom konvensjonsstatene. Klare ansvarsforhold er positivt for å sikre at personer vet hvilken stat de kan holde ansvarlig ved eventuelle krenkelser. En funksjonell tilnærming vil kunne gjøre ansvarsforholdene mellom statene mer uklare, som igjen kan være negativt for den effektive etterlevelsen av konvensjonen.

¹⁴⁶ *Al-Skeini v. UK* [Separate Opinions] side 78-86.

¹⁴⁷ Bonello [Separate Opinion], avsnitt 7.

¹⁴⁸ Bonello [Separate Opinion], avsnitt 7-13.

Samtidig vil ikke en funksjonell vurdering nødvendigvis undergrave ansvarsfordelingen etter EMK artikkel 1. Den funksjonelle vurderingen vil angå statenes negative forpliktelser til ikke å foreta krenkelser utenfor sitt eget territorium, ikke statenes positive plikter til å sikre og respektere menneskerettighetene innenfor sin egen jurisdiksjon.¹⁴⁹

Den digitale tidsalderen har muliggjort inngrep i menneskerettighetene på tvers av landegrenser i et økt omfang enn tidligere. Statenes muligheter til å gjøre inngrep i personers rettigheter er ikke lenger avgrenset til statenes myndighetsområde. En funksjonell tilnærming vil kunne ta innover seg denne premissendringen og bidra til å fremme konvensjonens formål om å sikre menneskerettens universalitet.

Det går imidlertid an å være skeptisk til at EMK artikkel 1 skal underlegges en funksjonell vurdering uten at det betyr at man mener det skal være fritt frem for konvensjonsstater utenfor eget territorium. Man kan for eksempel argumentere for at det er bedre at andre instrumenter enn EMK regulerer staters ekstraterritoriale handlinger. Det finnes andre rettslige rammeverk som regulerer statlig opptreden utover egne landegrenser og som anerkjenner menneskerettighetenes universalitet, for eksempel FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. EMK skal ikke nødvendigvis være et instrument for å løse alle verdens konflikter. Dette støttes av at konvensjonens unike håndhevingsmekanismer er et utslag av konvensjonens regionale karakter. Det kan by på noen utfordringer for konvensjonens rolle som et effektivt instrument hvis en skal strekke anvendelsesområdet ytterligere. Utfordringen vil ikke bare ligge i en økt prosessbyrde for EMD, men også i avgjørelsen av hvem som skal ha rett på effektive prøvingsmidler etter artikkel 13 og erstatning etter artikkel 41.

De som er imot at EMK artikkel 1 skal underlegges en funksjonell vurdering, mener ikke nødvendigvis at det skal være fritt fram for konvensjonsstatene utenfor deres eget territorium. EMK trenger ikke nødvendigvis å være det instrumentet som regulerer alle mulige konflikter blant stater og mennesker – det finnes også flere andre menneskerettighetsinstrumenter som regulerer dette. En av kjerneegenskapene til EMK som et effektivt menneskerettighetsinstrument er imidlertid at den er regional og gir konkrete rettigheter til personer i konvensjonsstatene. Hvis EMK skal adressere krenkelser overfor hele verdens befolkning vil dette kunne føre til en prosessbyrde for EMD, vanskelige grensedragninger med tanke på hvem som har rett til effektive prøvingsmidler for krenkelser etter artikkel 13, og hvem som har rett på erstatning etter artikkel 41.

¹⁴⁹ Bonello [Separate Opinion], avsnitt 18-20.

5.4 Muligheter for å styrke vernet om privatliv og kommunikasjonsfrihet

Jeg nevner til slutt noen muligheter for å styrke vernet om menneskers rett til privatliv og kommunikasjonsfrihet fra inngrep som følge av statlige etterretningstjenesters overvåking av elektronisk kommunikasjon.

Et alternativ er å lage en ny konvensjon om rammene for statlig etterretningsvirksomhet.¹⁵⁰ Europarådets parlament har foreslått en «Intelligence Codex».¹⁵¹ Ved å utarbeide en helt ny konvensjonen slipper en å «presse» tolkningen av EMK artikkel 1 og ivaretar hensynet til statenes suverenitetsprinsipp. En ny konvensjon gir også muligheter for å fastsette detaljerte regler om det nærmere innholdet av statenes plikter, sammenlignet med en generell tolkingsuttalelse fra EMD. Ulempen ved en ny konvensjon er at omfanget av individers rettigheter muligens vil kunne bli nedprioritert i avveiningen mot statenes sikkerhetsinteresser. En annen ulempe er at det kan ta lang tid før en eventuell konvensjon signeres og ratifiseres.

Et annet alternativ er å intensivere bruken av «soft law», som politiske dokumenter og resolusjoner. Den nevnte resolusjonen fra FNs generalforsamling (Privacy in the Digital Age) er et eksempel. Politiske dokumenter med normative reguleringer kan være like effektive for å regulere statlig oppførsel som rettslige rammeverk. Effekten ligger i at statene selv ønsker å underlegge seg noen begrensninger. Resolusjoner fra FNs generalforsamling ivaretar også hensynet til staters suverenitet ved at statene kan delta i forhandlingene. I forhold til en konvensjon utarbeidet av Europaparlamentet, har FN den fordelen at nesten alle verdens land er medlemmer. En resolusjon fra FN kan derfor regulere flere staters opptreden. Ulempen ved «soft law» er mangelen på rettslig håndhevingsmekanismer og individuelle klagemuligheter.

Andre argumenterer for at rettighetsvakuumet kan adresseres ved FNs menneskerettskomiteen avgir en ny tolkningsuttalelse om retten til privatliv i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17.¹⁵² SP artikkel 17 er antatt å ha et tilsvarende meningsinnhold som EMK artikkel 8.¹⁵³ Menneskerettskomiteen avga sist en tolkningsuttalelse om SP artikkel 17 i 1988.¹⁵⁴ Uttalelsen tok, naturlig nok, ikke i betraktning den digitale revolusjonen verden har

¹⁵⁰ Watt (2017) side 774.

¹⁵¹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 2045 (2015), avsnitt 13.

¹⁵² FNs spesialrapportør A/HRC/23/40 (2013), avsnitt 98; Generalforsamlingsresolusjon 73/179 (2018) side 2, avsnitt 10.

¹⁵³ Milanovic (2015) side 101.

¹⁵⁴ Menneskerettskomiteen No. 16 (1988).

gjennomgått siden den gang.¹⁵⁵ I et utkast til en slik uttalelse foreslås det at enhver som er innenfor statens virtuelle kontroll er innenfor statens jurisdiksjon.¹⁵⁶

En fordel med en tolkningsuttalelse fra Menneskerettskomiteen er at det vil være en effektiv måte å adressere rettighetsvakuemet på. Uttalelsen kan produseres relativt raskt. En tolkningsuttalelse forutsetter ikke at alle statene er enige om innholdet, til sammenligning med utarbeidelsen av en ny konvensjon. Ulempen ved en tolkningsuttalelse fra menneskerettskomiteen er at den ikke utgjør noen autoritativ kilde for statenes folkerettslige forpliktelser. Uttalelsens effekt vil være avhengig av statenes vilje til å følge retningslinjene den angir. Det er usikkert hvor villige stater vil være til å underlegge seg menneskerettslige begrensninger, fra Menneskerettskomiteen, på et såpass politisk betent område som etterretning.

¹⁵⁵ American Civil Liberties Union (2014) side 3.

¹⁵⁶ American Civil Liberties Union (2014) side 28.

Litteraturliste

Lover og forarbeider

- Etterretningstjenesteloven Lov om Etterretningstjenesten nr 11 av 20 mars 1998 (etterretningstjenesteloven).
- Straffeloven Lov om Straff nr. 28 av 20. mai 2005 (straffeloven).
- Dokument 7:2 (2015–2016) Særskilt melding til Stortinget fra Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget).
- Forslag til ny E-tjenestelov Forslag til lov om Etterretningstjenesten (2018).
- Forsvarsdepartementet [Høringsnotat] (2018) Forsvarsdepartementet (2018). *Høringsnotat: Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten*, 12.november 2018
<https://www.regjeringen.no/contentassets/556459ec77bd448f828af034dd573e11/horingsnotat---forslag-til-ny-lov-om-etterretningstjenesten.pdf> [Sitert 10.01.2019].
- Forsvarsdepartementet [Høringsbrev] (2018) Forsvarsdepartementet (2018). *Forslag til ny lov om Etterretningstjenesten på offentlig høring*. 12. november 2018.
<https://www.regjeringen.no/contentassets/556459ec77bd448f828af034dd573e11/horingsbrev.pdf> [Sitert 02.04.2019].
- Datatilsynet (2019) [Høringsuttalelse] Datatilsynet. *Høringsuttalelse fra Datatilsynet – Forslag til ny lov om etterretningstjenesten*. 6. februar 2019.
<https://www.datatilsynet.no/globalassets/documents/horingsuttalelse--datatilsynet---ny-lov-om-etterretningstjenesten.pdf> [Sitert 25.03.2019].
- ICJ-Norge (2019) [Høringsuttalelse] Den internasjonale juristkommisjon avdeling Nor-

se]

ge. *Høringsuttalelse – ny lov om etterretningstjenesten.* 12. februar 2019. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--forslag-til-ny-lov-om-etterretningstjenesten/id2618620/?uid=362e4e3c-b570-4dea-bac3-b99348898862> [Sisert 28.02.19].

Internasjonale rettskilder

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950.
FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)	International Covenant on Civil and Political rights of 16 December 1966.
Havrettskonvensjonen (1982)	United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982.
ICJ-statuttene	Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26 June 1945.
Svalbardtraktaten	Traktat mellom Norge, Amerikas Forente Stater, Danmark, Frankrike, Italia, Japan, Nederlandene, Storbritannia og Irland og de britiske oversjøiske besiddelser og Sverige angående Spitsbergen (Svalbardtraktaten), Paris 9. februar 1920.
Wien-konvensjonen	The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969.
Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts (2001)	International Law Commission. Draft Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts (2001), 2001.
Menneskerettskomiteen No. 16 (1988)	UN Human Rights Committee. General Comment No. 16: <i>Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and</i>

Protection of Honour and Reputation, 8 April 1988.
<https://www.refworld.org/docid/453883f922.html> .

- FNs spesialrapportør A/HRC/23/40 (2013) Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank la Rue (2013). Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression A/HRC/23/40 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf
- FNs spesialrapportør A/69/397 (2014) Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while counter- ing terrorism, Ben Emmerson (2014). Report of the Special Rapporteur on the Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while counter- ing terrorism A/69/397 <https://undocs.org/A/69/397>
- FNs høvkommissær A/HRC/27/37 (2014) United Nations High Commissioner for Human Rights. Annual report of the UN High Commissioner for Human Rights – The Right to privacy in the digital age. A/HRC/27/37 <https://undocs.org/A/HRC/27/37>
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 2045 (2015) Parliamentary Assembly of the Council of Europe. *Mass surveillance*. Resolution 2045 (2015). <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21692>
- Tallinn Manual 2.0 Schmitt, Michael. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. The NATO Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence. Cambridge University Press. 2017.
- FNs høvkommissær A/HRC/39/29 (2018) United Nations High Commissioner for Human Rights. The Right to privacy in the digital age. A/HRC/39/29. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/DigitalAge/Pages/ReportDigitalAge.aspx>
- Generalforsamlingsresolusjon Generalforsamlingsresolusjon. General Assembly Reso-

73/179 (2018)

lution A RES/73/179 17 December 2018, The Right to Privacy. <https://undocs.org/A/RES/73/179>

Domsregister

Al-Skeini and Others v. The United Kingdom (2011) Case of Al-Skeini and others v. The United Kingdom, ECHR, Application Number 55721/07, 07 August 2011.

Banković and Others v. Belgium and Others (2001) Case of Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States, ECHR, Decision on the Admissibility of the Application, Application Number 52207/99, 19 December 2001.

Ben El Mahi and Others v. Denmark (2006) Case of Ben El Mahi and Others v. Denmark, ECHR, Decision, Application Number 5853/06, 11 December 2006.

Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom (2018) Case of Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, ECHR, Application Number 58170/13, 62322/14, 24960/15, 13 September 2018.

Centrum för Rättvisa v. Sweden (2018) Case of Centrum för Rättvisa v. Sweden, ECHR, Application Number 35252/08, 19 June 2018.

Christine Goodwin v. the United Kingdom (2002) Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom, ECHR, Application Number 28957/95, 11 July 2002.

Drozd and Janousek v. France and Spain (2004) Case of Drozd and Janousek v. France and Spain, ECHR, Application Number 12747/87, 26 June 1992.

Freda v. Italy (1980) Freda v. Italy, ECHR, Commission Decision on the Admissibility of the Application, Application Number 8916/80, 07 October 1980.

Golder v. UK (1975) Case of Golder v. UK (1975), ECHR, Application Number 4451/70, 21 February 1975.

Ilascu and Others v. Moldova and Russia (2004)	Case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia, ECHR, Application Number 48787/99, 8 July 2004.
Issa and Others v. Turkey (2004)	Case of Issa and Others v. Turkey, ECHR, Application Number 31821/96, 16 November 2004.
Kennedy v. The United Kingdom (2010)	Case of Kennedy v. The United Kingdom, ECHR, Application Number 26839/05, 18 May 2010.
Klass and Others v. Germany (1978)	Case of Klass and Others v. Germany, ECHR, Application Number 5029/71, 6 September 1978.
Kopp v. Switzerland (1998)	Case of Kopp v. Switzerland, ECHR, Application Number 13/1997/797/1000), 25 March 1998.
Leander v. Sweden (1987)	Case of Leander v. Sweden, ECHR, Application Number 9248/81, 26 March 1987.
Liberty and Others v. the United Kingdom (2008)	Case of Liberty and Others v. the United Kingdom, ECHR, Application Number 58243/00, 1 July 2008.
Loizidou v. Turkey [merits] (1996)	Case of Loizidou v. Turkey. ECHR, Application Number 15318/89, 18 December 1996.
Loizidou v. Turkey [preliminary objections] (1995)	Case of Loizidou v. Turkey. ECHR, Application Number 15318/89, 23 March 1995.
Malone v. the United Kingdom (2006)	Case of Malone v. the United Kingdom, ECHR, Application Number 8691/79, 2 August 1984.
Medvedyev and Others v. France (2010)	Case of Medvedyev and Others v. France, ECHR, Application Number 3394/03, 29 March 2010.
Niemietz v. Germany (1992)	Case of Niemietz v. Germany, ECHR, Application Number 13710/88, 16 December 1992.
Öcalan v. Turkey (2005)	Case of Öcalan v. Turkey, ECHR, Application Number 46221/99, 12 May 2005.

Pad and Others v. Turkey (2007)	Case of Pad and Others v. Turkey, ECHR, Decision as to the Admissibility of Application Number 60167/00, 28 June 2007.
Sargsyan v. Azerbaijan (2015)	Case of Sargsyan v. Azerbaijan, ECHR, Application Number 40167/06, 16 June 2015.
Soering v. the United Kingdom (1989)	Case of Soering v. The United Kingdom, ECHR, Application Number 14038/88, 7 July 1989.
Uzun v. Germany (2010)	Case of Uzun v. Germany, ECHR; Application Number 35623/05, 2 September 2010.
Weber and Saravia v. Germany (2006)	Weber and Saravia v. Germany, ECHR, Decision on the Admissibility of the Application, Application Number 54934/00, 29 June 2006.
X and Y v. Switzerland (1977)	Case of X and Y v. Switzerland, European Commission of Human Rights, Decision on the Admissibility of the Application, Application Number 7289/75 and 7349/76, 14 July 1977.
X v. Germany (1965)	Case of X v. the Federal Republic of Germany, European Commission of Human Rights, Application Number 1611/62, 8, 25 September 1965.
HR-2019-610-A.	HR-2019-610-A (Lovdata).

Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 5. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Abdel-Monem (2005) Abdel-Monem, Tarek. «How far do the lawless Areas of Europe extend? Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights», i *Journal of*

- Transnational Law & Policy*, 2005.
<http://ppc.unl.edu/wp-content/uploads/2005/05/abdelmonem.pdf> [Sitert 15.02.2019].
- Altwicker (2018) Altwicker, Tilmann. «Transnationalizing Rights: International Human Rights Law in Cross-Border Contexts» i *The European Journal of International Law*, Volum 29/2 (2018) side 581-606.
- American Civil Liberties Union (2014) American Civil Liberties Union. Privacy Right in the Digital Age – A Proposal for a New General Comment on the Right to Privacy under Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights. University of Oxford (2014)
<https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/jus14-report-iccpr-web-rell.pdf> [Sitert 30.03.2019].
- Andenæs (2015) Andenæs, Mads, Kravik, Andreas Motzfeldt, og Bjørge, Eirik. ”Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin”, *Lov og Rett*, Volum 54 (2015), side 261 - 278 (Sitert fra Idunn.no).
- Andenæs (2017) Andenæs, Johs, Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo: Universitetsforlaget, 11. utgave, 2017.
- Besson (2012) Besson, Samantha. «The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to», i *Leiden Journal of International Law*, Volum 25, (2012), side 857-884.
<https://core.ac.uk/download/pdf/20660691.pdf> [Sitert 04.03.19].
- Bonello (2011) Concurring Opinion of Judge Bonello, Separate Opinions, *Case of Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, ECHR, Application Number 55721/07, 07 August 2011.

- Brown (2015) Brown, Ian; Halperin, Morton H; Hayes, Ben; Scott, Ben and Vermeulen, Mathias. "Towards Multilateral Standards for Surveillance Reform" *Oxford Internet Institute Discussion Paper*, (2015).
<https://ssrn.com/abstract=2551164> [Sitert 02.02.2019].
- Cong (2017) Cong, Wanshu. "A Critical Assessment on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties to Transnational Cyber Surveillance" i *Canadian Journal of Law and Technology*, Volum 15, 2017.
[file:///C:/Users/104180tr01/Downloads/8499-14636-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/104180tr01/Downloads/8499-14636-1-SM%20(1).pdf) [Sitert 23.03.2019].
- Da Costa (2013) Da Costa, Karen. *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Donohue (2016) Donohue, Laura. *The Future of Foreign Intelligence: Privacy and Surveillance in a Digital Age*, New York: Oxford University Press, 2016.
- Elektronisk Forpost Norge (2019) Elektronisk Forpost Norge. "Application for leave to intervene in Centrum för Rättvisa v. Sweden", 10 April 2019 [Brev].
<https://div.efn.no/nextcloud/index.php/s/Cc6tti5YmzUNN92#pdfviewer> [Sitert 12.04.2019]
- EMD [Pressemelding] (2019) EMD. *Press Release: Grand Chamber Panel's Decisions*. 05.02.2019.
<file:///C:/Users/104180tr01/Downloads/Grand%20Chamber%20Panel's%20decisions%20-%20February%202019.pdf> [Sitert 04.04.2019].
- EMD [Årsrapport] (2001). European Court of Human Rights. *Annual Report 2001*.
https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2001_ENG.pdf [Sitert 27.03.2019].
- Fleischer (2005) Fleischer, Carl August. *Folkerett*. 8. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2005.

- FNs høykommissær for flyktninger (udatert) FNs høykommissær for menneskerettigheter. «Contributions from stakeholders: Right to privacy in the digital age» [Nettside]. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/DigitalAge/Pages/Contributions.aspx#states> [Sisert 16.04.2019]
- Forbrukerrådet (2014) Forbrukerrådet. «Tåkete vilkår i skyen». 31.januar 2014. <https://www.forbrukerradet.no/pressemelding/takete-vilkar-i-skyen/> [Sisert 05.04.2019].
- Forbrukerrådet (2018) Forbrukerrådet. «Dette betyr de nye personvernreglene for deg». 25.mai 2018. <https://www.forbrukerradet.no/siste-nytt/dette-betyr-de-nye-personvernreglene-for-deg/> [Sisert 05.04.2019].
- Forsvaret.no. Forsvaret.no. *Etterretningstjenesten*. <https://forsvaret.no/organisasjon/etterretningstjenesten> [Sisert 11.04.2019].
- Greenwald (2017) Greenwald, Glenn; Grim, Ryan; and Gallagher, Ryan. “Top-Secret Document Reveals NSA Spied on Porn Habits As Part of Plan to Discredit ‘Radicalizers’” , *HuffPost.com*, 6 December 2017. https://www.huffpost.com/entry/nsa-porn-muslims_n_4346128 [Sisert 09.04.2019].
- Høgberg (2010) Høgberg, Alf og Høstmælingen, Njål. ”Grunnlovsfesting av retten til privatliv?”, *Jussens Venner*, vol. 45, (2010), side 98 – 146.
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale Menneskerettigheter*. 2.utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Den internasjonale juristkommission (2016) The International Commission of Jurists (ICJ). Written submissions. Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom Application Number 58170/13. 9 February 2016. <https://www.icj.org/wp->

- <content/uploads/2016/02/UK-ICJ-AmicusBrief-BBWothers-ECtHR-legalsubmission-2016.pdf> [Sitert 09.04.2019].
- Johnson (2016) Johnson, May Brittany. "Foreign Nationals' Privacy Interests under U.S. Foreign Intelligence Law", *Texas International Law Journal*, Volum 51, nr. 2 (2016), side 229 – 256 (Sitert fra HeinOnline.com).
- Kris (2016) Kris, David S. "Trends and Predictions in Foreign Intelligence Surveillance: The FAA and beyond", *Journal of National Security Law & Policy*, Volum 8 (2016), side 377 – 420 (Sitert fra HeinOnline.com).
- Milanovic (2015) Milanovic, Marko. (2015) "Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age" i *Harvard International Law Journal*, Volume 56, Nr 1, Winter 2015, side 81-146.
- Muiznieks (2015) Muiznieks, Nils. (2015) "Europe is Spying on You", *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2015/10/28/opinion/europe-is-spying-on-you-mass-surveillance.html> [Sitert 10.01.2019].
- NRK (2013) NRK. «Hevder Sverige overvåker norsk mobiltrafikk» 2. desember 2013 https://www.nrk.no/norge/_overvaker-norsk-mobiltrafikk-1.11390596 [Sitert 28.03.2019].
- Privacy International (2016) Privacy International. «How Bulk Interception Works», (2016) <https://medium.com/privacy-international/how-bulk-interception-works-d645440ff6bd> [Sitert 14.03.2019].
- Queen Mary, University of London (2015) Queen Mary, University of London. "Most internet anonymity software leaks users' details: Report reveals IPv6 weaknesses in VPN services." Science Daily. 19 juni 2015.

www.sciencedaily.com/releases/2015/06/150629210621.htm [Sisert 17.02.2019].

- Regjeringen (2019) Regjeringen “Høringen om ny E-lov er avsluttet.” Regjeringen.no 14.02.2019. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/horingen-om-ny-e-lov-er-avsluttet/id2629305/> [Sisert 02.04.2019].
- Roxstrom (2005) Roxstrom, Gibney and Einarsen. “The NATO Bombing Case and the Limits of Western Human Rights Protection”, *Boston University International Law Journal* Volume 23 (2005) side 55-136.
- Schartum (2010) Schartum, Dag. *Overvåking i en rettsstat*. Oslo: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2010.
- Turkovic (2018) Concurring Opinion of Judge Turkovic, *Separate Opinions, Case of Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, ECHR, Application Number 58170/13, 62322/14, 24960/15, 13 September 2018.
- Van der Hilst (2013) Van der Hilst, Rozemarijn. *Putting Privacy to the Test: How Counter-Terrorism Technology is Challenging Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, No. 64, 2013.
- Watt (2017) Watt, Eliza. «The Right to privacy and the future of mass surveillance», i *The International Journal of Human Rights*, Volum 21, 7 (2017), side 773-799. <https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1298091> [Sisert 01.03.2019].