

**EMK ARTIKKEL 8 I NORSK
STRAFFEPROSESS**

**Belyst ved
kommunikasjonskontroll og romavlytting**

Kandidatnummer: 519

Veileder: Ragnhild Helene Hennum

Leveringsfrist: 30.11.06

Til sammen 17996 ord

30.11.2006

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Oppbygging – videre fremstilling.....	3
2	<u>METODE OG RETTSKILDER</u>	4
2.1	Innledning	4
2.2	Kort om EMDs rettskilder	4
2.3	EMKs stilling i norsk rett	6
3	<u>GENERELT OM EMK ARTIKKEL 8</u>	9
3.1	Innledning	9
3.2	Artikkel 8, første ledd.....	11
3.2.1	Privatliv	11
3.2.1.1	Forholdet til andre artikler i EMK.....	12
3.2.1.2	EMDs avgrensning av ”privatliv”.....	13
3.2.2	Familieliv.....	15
3.2.3	Hjem	18
3.2.4	Korrespondanse	20
3.3	Artikkel 8 annet ledd.....	20
3.3.1	Innledning.....	20
3.3.2	Inngrepet må være "i samsvar med lov"	21
3.3.3	Interesser som inngrepet må være begrunnet i.....	25
3.3.4	Inngrepet må være "nødvendig i et demokratisk samfunn"	27
3.3.5	Avsluttende kommentar til fremstillingens generelle del	28

<u>4</u>	<u>TO UTVALGTE TVANGSMIDLER OVERFOR SIKTEDE</u>	<u>29</u>
4.1	Innledning	29
4.2	Kommunikasjonskontroll og romavlytting etter EMK artikkel 8	30
4.2.1	Lovskravet	32
4.2.2	Inngrepets begrunnelse	37
4.2.3	Inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn	37
4.2.4	Oppsummering av krav etter EMK artikkel 8 annet ledd	39
4.3	Norsk rett og kommunikasjonskontroll, herunder forholdet til EMK	41
4.3.1	Innledning	41
4.3.2	Kommunikasjonskontrollen må være "i samsvar med lov"	42
4.3.3	Inngrepets begrunnelse	47
4.3.4	"Nødvendig i et demokratisk samfunn"	47
4.3.5	Norsk rettspraksis	50
4.3.5.1	Avsluttende kommentar	52
4.4	Norsk retts regler om romavlytting, herunder forholdet til EMK	53
4.4.1	Lovskravet	53
4.4.1.1	En særskilt problemstilling	54
4.4.2	Begrunnelse i et av de hensyn som er nevnt i EMK artikkel 8 annet ledd	56
4.4.3	Nødvendig i et demokratisk samfunn	56
<u>5</u>	<u>KONKLUSJONER</u>	<u>57</u>
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>60</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATUR</u>	<u>62</u>
<u>8</u>	<u>REGISTER</u>	<u>64</u>
8.1	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol og kommisjon	64
8.2	Avgjørelser fra Høyesterett	67

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Denne fremstillingen handler om hvilke krav Den europeiske menneskerettskonvensjonen¹ (heretter "EMK" eller "Konvensjonen") artikkel 8 stiller til norsk straffeprosess. For å illustrere artikkel 8s betydning for norsk straffeprosess har jeg valgt ut to tvangsmidler der artikkelen er særlig aktuell. Dette er kommunikasjonskontroll og romavlytting. Med "tvangsmidler" menes etterforskningsmetoder som politiet kan bruke overfor siktede, uten at siktede selv samtykker. Problemstillingene i forhold til tvangsmidlene vil være å klargjøre hvilke krav EMK stiller, og i hvilken grad norsk rett oppfyller disse kravene.

I de senere år har internasjonale menneskerettskonvensjoner, i første rekke EMK, påvirket norsk rett på stadig nye områder. Denne påvirkningen har medført til dels betydelige rettsendringer i vår straffeprosess. De siste årene har det i norsk rett vært fokus på EMK artikkel 6, som omhandler retten til en rettfærdig rettergang. Tidligere var man ikke klar over den fullstendige betydning av denne bestemmelsen, men etter at Norge flere ganger ble klaget inn for Menneskerettsdomstolen (heretter EMD eller Domstolen) for brudd på artikkel 6, er de fleste jurister i dag oppmerksomme på denne artikkelen.

Både EMD og Høyesterett har behandlet saker om artikkel 8. Artikkel 8 har vært påberopt i norsk rett på straffeprosessens område noen få ganger, men det har aldri blitt konstatert krenkelse. Norge har av EMD blitt dømt for brudd på artikkel 8 kun én gang, men det var ikke på straffeprosessens område.²

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 04.11.1950.

Konvensjonen trådte i kraft 03.09.1953 i samsvar med artikkel 66 og ble ratifisert av Norge 15.januar 1952.

² Saken Johansen mot Norge, 07.08.1996 omhandlet overtagelse av omsorg for barn.

Tvangstiltak overfor siktede i straffesaker har i de senere år vært under stadig utvikling. Blant annet har den teknologiske utvikling ført til at det er tatt i bruk mer avanserte metoder innen kommunikasjonsavlytting. Romavlytting ble tillatt i Norge for bare ett år siden. Ny teknologi muliggjør avanserte funksjoner for overvåking og kontroll. I hvilken grad moderne teknologi skal kunne benyttes som tvangsmidler må være underlagt kontinuerlig oppsyn og evaluering. Nettopp derfor er det viktig å være oppmerksom på hva denne artikkelen innebærer og om norsk rett oppfyller de menneskerettslige krav artikkelen stiller.

1.2 Avgrensning

Bortsett fra den generelle drøftingen av artikkel 8 i kapittel 3, dreier oppgaven seg kun om straffeprosessuelle problemstillinger. Fremstillingen avgrenses også til å gjelde forholdet til siktede³. Mange av tvangstiltakene vil også kunne berøre andre enn siktede. Både frihetsberøvede, fornærmede, andre vitner og tredjepersoner kan rammes av tiltakene. Dette reiser mange interessante spørsmål, men omfanget av denne oppgaven gjør at jeg velger å avgrense mot disse persongruppene. Det vil rekke altfor vidt å gjøre rede for samtlige tvangsmidler som kan anvendes etter norsk rett, jeg har derfor valgt å ta for meg to utvalgte tvangsmidler; kommunikasjonskontroll og romavlytting. Disse er særlig aktuelle i forhold til artikkel 8.

Det vil være nødvendig å foreta avgrensingen av artikkel 8 i forhold til flere andre konvensjonsbestemmelser, men det gjør jeg underveis i oppgaven. Det blir lettere å forstå sammenhengen på den måten.

³ Den som straffeforfølgningen er rettet mot, blir omtalt som "mistenkte", "siktete" og "tiltalte", avhengig av hvilket stadium i prosessen man befinner seg på. Jeg bruker begrepet "siktete" for enkelhets skyld. I forhold til min fremstilling har dette skillet ingen betydning. De fleste av tvangsmidlene kan brukes både mot mistenkte og siktede. Der vilkårene ikke er de samme, omtaler jeg dette.

Grunnen til at jeg har valgt å behandle tvangsmidlene med forankring i EMK, er blant annet at EMK anses som et mer effektivt instrument enn andre konvensjoner når det gjelder kontrollen med statens overholdelse av menneskerettighetene. Dette skyldes ikke bare at EMD avsier bindende dommer angående spørsmål om konvensjonsbrudd, men også at EMD ved bruk av tolkingsprinsipper til dels har gitt rettighetene et videre innhold enn ordlyden gir grunnlag for.⁴ Av andre konvensjoner som verner noe av det samme som EMK artikkel 8, er Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter⁵ (SP) av 1966 verdt å nevne. SP artikkel 17 fastslår at ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep på ære eller omdømme. Kort sagt beskytter denne bestemmelsen bare mot vilkårlige eller ulovlige inngrep, og vernet etter EMK artikkel 8 rekker derfor mye lenger. Jeg kommer av den grunn ikke til å omtale SP artikkel 17 noe nærmere i denne oppgaven.

1.3 Oppbygging – videre fremstilling

Jeg vil i kapittel 2 redegjøre for bruk av metode og rettskilder i oppgaven, herunder om EMKs rettskilder og tolkingsprinsipper, samt EMKs stilling i norsk rett. Deretter vil jeg i kapittel 3 gi en kort oversikt over anvendelsesområdet for artikkel 8 generelt, herunder en generell tolking av begrepene i bestemmelsen. Denne generelle fremstillingen av artikkel 8 er en nødvendig forutsetning for å forstå oppgavens spesielle del i kapittel 4. I kapittel 4 har jeg valgt ut to praktisk viktige tvangsmidler som er særlig aktuelle i forhold til EMK artikkel 8; kommunikasjonskontroll og romavlytting. Jeg vil her først gjøre rede for reglene etter EMK artikkel 8. Deretter vil jeg drøfte hvorvidt norske regler oppfyller de krav EMK artikkel 8 stiller på området. Kapittel 5 inneholder oppsummeringer av fremstillingen, samt konklusjoner.

⁴ EMDs kompetanse til å avsi bindende dommer om hvorvidt det har skjedd krenkelse av konvensjonen, skiller EMK både fra FNs verdenserklæring og fra senere FN-konvensjoner.

⁵ Innkorporert i norsk rett ved Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21.05.1999, nr.30 § 2

2 Metode og rettskilder

2.1 Innledning

Her blir det kun plass til en kort oversikt når det gjelder bruk av metode og rettskilder. Jeg vil selvfølgelig omtale aktuelle tolkingsspørsmål nærmere der det er av betydning for de spesielle problemstillinger oppgaven omhandler. Når det gjelder norsk rett, vil jeg følge vanlig rettskildelære. Jeg gjør ikke nærmere rede for generell norsk rettskildelære i denne oppgaven.

2.2 Kort om EMDs rettskilder

Denne oppgaven tar blant annet sikte på å klarlegge hvilke krav EMK artikkel 8 stiller til norsk rett på visse straffeprosessuelle områder. Siden oppgaven reiser problemstillinger vedrørende EMK, ser jeg det som nødvendig å kommentere noe om metoden en anvender når EMK fortolkes. Menneskerettsdomstolens praksis er den viktigste rettskilden når det gjelder innholdet i EMK. Flere av prinsippene som EMD anvender ved tolkingen av EMK er etablert og utviklet av Domstolen og den tidligere Kommisjonen⁶ i forbindelse med

⁶ Før reformen trådte i kraft 1.november 1998, førte tre organer tilsyn med at statene overholdt EMK. I tillegg til Domstolen var dette: Den europeiske menneskerettighetskommisjon ("Kommisjonen") og Europarådets ministerkomité (Ministerkomitéen). Klagene skulle først behandles av Kommisjonen, mens bindende avgjørelse skulle treffes av Ministerkomitéen eller av Den europeiske menneskerettighetsdomstol hvis staten hadde godtatt dens kompetanse. Etter reformen har det kun vært ett organ som har ført tilsyn med statens forpliktelser - nemlig Domstolen. Systemet ble med den permanente Domstolen mer oversiktlig og enkelt, og med mindre dobbeltbehandling. Formålet med reformen var å øke effektiviteten og redusere saksbehandlingstiden. Avgjørelser fra Kommisjonen har fortsatt stor rettskildemessig betydning. (Møse 2002, s.106-110.)

avgjørelse av klagesaker. At EMDs tidligere tolking har stor betydning ved klarleggingen av innholdet i EMKs bestemmelser, fremgår direkte av avgjørelsene. Dersom klagen gjelder et tolkingsspørsmål som tidligere har vært forelagt EMD, vil eldre konvensjonspraksis som oftest være avgjørende når det gjelder forståelsen av bestemmelsen. Metoden i denne oppgaven knytter seg derfor tett opp mot den metode Domstolen legger til grunn når den tolker Konvensjonen. Rettspraksis fra EMD vil stå sentralt når det gjelder de deler av problemstillingen som omhandler går ut på å klarlegge rettstilstanden etter EMK.

Utgangspunktet for tolkingen av EMK er likevel – som i norsk rett - bestemmelsens ordlyd. Dette følger av Wien-konvensjonen⁷ artikkel 31, § 1. Ordlyden setter en grense for Domstolens tolking av Konvensjonen. I EMK gjelder i tillegg noen spesielle tolkingsprinsipper som er fastslått av EMD. Domstolen vektlegger Konvensjonens formål når de konkrete rettigheter og plikter skal fastlegges. Særlig viktig er også at EMK inneholder mange autonome begreper. Uttrykk som "lov" og "privatliv" står på egne ben og har ikke nødvendigvis samme betydning som når de finnes i nasjonale rettssystemer. Dette innebærer at konvensjonsorganenes tolking av uttrykk i EMK skjer uavhengig av nasjonale definisjoner. Et annet viktig tolkingsprinsipp i EMK, er prinsippet om dynamisk tolking; Domstolen har fremhevet at rettighetene må tolkes i lys av samfunnsutviklingen.⁸ Tolkingsprinsippene foran følger av rettspraksis. I tillegg inneholder EMK uttrykkelige bestemmelser om tolking.⁹

Forarbeidene til EMK har begrenset betydning av to grunner; de gir liten veiledning når det gjelder innholdet i rettighetene og dessuten har rettighetene utviklet seg i takt med samfunnet, mens forarbeidene har vært de samme. Rettighetene har blitt avklart av EMD,

⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, i kraft 27.01.1980.

⁸ Synspunktet kom første gang klart til uttrykk i Tyrer mot Storbritannia, 25.04.1978 . Her fant Domstolen at avstraffelse med bjerkeris krenket artikkel 3 (om forbud mot tortur og umenneskelig behandling og straff).

⁹ Se artiklene 17 og 53

slik at tiden ofte har løpt fra forarbeidene.¹⁰ Det har hendt at EMD har tillagt forarbeidene stor vekt, men det er bare på helt spesielle områder.¹¹ Forarbeidene til EMK får ikke betydning på de områder jeg skal drøfte i denne oppgaven.

2.3 EMKs stilling i norsk rett

Siden oppgaven tar sikte på å drøfte hvorvidt norsk rett oppfyller krav etter EMK artikkel 8 stiller på de aktuelle områder, ser jeg det som nødvendig å si litt om hvilken rettskildemessig betydning EMK har i norsk rett.

Grunnloven¹² § 110c pålegger myndighetene å respektere og sikre menneskerettighetene. Straffeprosessloven¹³ § 4 gir menneskerettighetene forrang i forhold til formell norsk lov på straffeprosessens område. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er også gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven.¹⁴ Ved lovens § 3 gis EMK forrang i forhold til annen norsk lovgivning ved eventuell motstrid.

Klageretten etter EMK gjelder både for stater og individer, jf. EMK artikkelene 33 og 34. De viktigste prosessuelle vilkårene er at nasjonale rettsmidler må være uttømt, og at klagen må være fremsatt innen seks måneder etter at den siste nasjonale avgjørelsen ble truffet, jf. EMK artikkel 35 nr.1.

EMD har ikke myndighet til å omgjøre nasjonale avgjørelser, så kontrollen kan derfor bare munne ut i anbefalinger, konstateringer av eventuelle krenkelser og tilkjenning av erstatning. Likevel har det vist seg at disse anbefalinger blir fulgt. Ofte har dommer fra EMD ført til at norsk rett har blitt forandret slik at retten skal være i samsvar med

¹⁰ Jebens 2004, s.52

¹¹ Se Bankovic m.fl. mot Beliga, 12.12.2001; Her ble forarbeidene tillagt stor vekt ved tolking av artikkel 1, fordi de klargjorde partenes mening med bestemmelsen.

¹² Kongeriget Norges Grundlov, 17.mai 1814

¹³ Lov om rettergangsmåten i straffesaker, av 22.mai 1981 nr.25

¹⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21.mai 1999 nr.30

Konvensjonen. Selv om overnasjonal kontroll indirekte styrker menneskerettighetene på det nasjonale plan, beror altså virkningen av menneskerettighetene i første rekke på hvordan statene praktiserer dem. Menneskerettighetene må derfor gjennomføres i statenes interne rett, slik som Norge har gjort via menneskerettsloven.¹⁵ EMK artikkel 13 gir individene effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet. Denne bestemmelsen innebærer at konvensjonskrenkelser skal repareres nasjonalt. Det avgjørende er at det skal finnes et prøvingsorgan – enten en domstol eller et forvaltningsorgan – som skal foreta en effektiv overprøving i saken.¹⁶

Kort sagt forplikter EMDs praksis Europarådets medlemsstater på to måter, i juridisk litteratur omtalt som; avgjørelsens rettskraftsvirkning og avgjørelsens rettskildemessige betydning.¹⁷ Rettskraftsvirkningen inntreffer for stater som har vært part i den aktuelle sak, og følger av EMK artikkel 46 nr.1, hvoretter statene plikter å rette seg etter "Domstolens endelige dom i enhver sak de er parter i ". Den rettskildemessige betydningen av EMD-praksis er aktuell for stater som ikke har vært part i saken, og følger av sikringsplikten i EMK artikkel 1:

"De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon".

Dette innebærer at hver enkelt medlemsstat skal sørge for å gjennomføre menneskerettighetene i sin nasjonale rett, ved lovgivning, rettshåndhevelse, undervisning og opplæring, bevilgninger og andre positive tiltak. Særlig effektiv lovgivning og rettshåndhevelse er sentrale virkemidler ved sikringen.¹⁸

Det er først og fremst EMDs oppgave å utvikle innholdet i EMK. De nasjonale domstoler bør som utgangspunkt nøye seg med å forhindre brudd på EMKs bestemmelser, slik disse

¹⁵ Lov 21.mai 1999 nr.30

¹⁶ Aall 2004, s.69

¹⁷ Jebens 2004, s.66

¹⁸ Aall 2004, s.51

tradisjonelt har vært tolket av EMD. Dette betyr at de nasjonale domstoler bør være forsiktige med å tolke EMK på områder der EMD ikke har klargjort innholdet, og heller ikke på egen hånd tolke EMK dynamisk. Derimot bør de nasjonale domstoler sørge for å holde seg oppdatert når det gjelder EMDs tolking av EMK, gjennom EMDs dommer mot andre medlemsland, slik at brudd på Konvensjonen ikke oppstår.

3 Generelt om EMK artikkel 8

3.1 Innledning

I originaltekst lyder EMK artikkel 8:

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

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

Artikkel 8 er bygget opp slik at det i første ledd¹⁹ beskrives hvilke generelle interesser som vernes; enhver persons privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. Annet ledd bestemmer at det som utgangspunkt ikke skal skje inngrep i disse rettighetene, men oppstiller også en mulighet for unntak; dersom noe anses for å være et inngrep i en av rettighetene som er vernet av første ledd, kan inngrepet likevel være konvensjonsmessig dersom vilkårene i annet ledd er oppfylt.

Først og fremst er formålet med artikkel 8 å beskytte individer mot inngrep fra staten. Dette følger av ordlyden; "public authority". I utgangspunktet innebærer altså artikkelen en plikt for offentlige myndigheter til å *avstå fra å foreta inngrep* i de enkelte individers vernede rettigheter. Det følger av ordlyden i annet ledd "There shall be no interference....". Dette innebærer en negativ plikt – en plikt til ikke å utøve myndighet i den grad det vil komme i konflikt med de rettigheter artikkelen verner om.

¹⁹ Leddene i artikkel 8 er nummerert, så jeg kunne like godt valgt å omtale dem som "nr 1" og "nr 2". Jeg har imidlertid valgt å bruke "først ledd" og "annet ledd".

Ordet "respect" i første ledd kan forstås dit hen at bestemmelsen også gir staten en *positiv* plikt – en plikt til å gripe inn og bistå den enkelte i å få realisert sine rettigheter. EMD har også tolket inn slike positive forpliktelser i artikkel 8. Prejudikatet for at artikkel 8 kan innebære positive plikter, var dommen *Airley mot Irland*.²⁰ Med positive forpliktelser menes her at myndighetene har plikt til å gripe inn dersom et individ ikke får realisert sine rettigheter etter artikkel 8. Slik får individet en effektiv beskyttelse av disse rettighetene. I denne sammenheng har Domstolen også åpnet for at statens positive plikter kan omfatte mellomprivate forhold, altså der den krenkende handlingen foretas av en privatperson overfor en annen privatperson.²¹ Begrepet positive plikter favner ulike typer plikter. Begrepet kan gjelde statens plikt til å gjennomføre nasjonal lovgivning og offentlig etterforskning, og plikt til å iverksette ulike beskyttelsestiltak. Pieter van Djik, en fremstående autoritet på Konvensjonens rettslige innhold, har argumentert for at alle Konvensjonens rettigheter i utgangspunktet kan kreve positive tiltak fra statens side for å oppfylle konvensjonens krav.²² EMD har flere ganger uttalt at det ikke er noe skarpt skille mellom positive og negative plikter: I *Keegan mot Irland*²³, som omhandlet en fars rettigheter til barn født utenfor ekteskap, uttalte Domstolen:

"..the boundaries between the State`s positive and negative obligations under this provision (artikkel 8) do not lend themselves to precise definition".

Når det gjelder *innngrep*, må vilkårene i annet ledd være oppfylt. Når det gjelder *positive plikter*, vil ikke annet ledd komme direkte til anvendelse, og man kan da hente begrunnelser i andre forhold enn de som uttrykkelig er nevnt i annet ledd.²⁴ Det finnes en rikholdig praksis om statens positive plikter. Domstolen har utledet positive plikter i

²⁰ *Airley mot Irland*, 09.10.1979

²¹ Kaasin 2005, s.7

²² van Djik, Pieter, "Positive Obligations " Implied in the European Convention of Human Rights: Are the States Still the "Masters" of the Convention? I: *The Role of the Nation-State in the 21st Century*. Haag, 1998, s. 17-33, på s. 32, jf. Kaasin 2005, s.7.

²³ *Keegan mot Irland*, 26.05.1990, avsnitt 49

²⁴ Kjølbro 2005, s.446

tilfeller hvor det er en direkte og umiddelbar forbindelse mellom de ønskede foranstaltninger og vedkommendes privat - og/eller familieliv.

Jeg vil i det følgende klargjøre artikkel 8s generelle anvendelsesområde, samt gjøre rede for de ulike begreper i artikkelen.

3.2 Artikkel 8, første ledd

EMK artikkel 8 første ledd konstaterer et generelt vern om privat- og familieliv, hjem og korrespondanse.

3.2.1 Privatliv

Ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden, kan ordet "privatliv" oppfattes som et vidt begrep. Begrepet kan tenkes å kunne innbefatte både familieliv, hjem og korrespondanse – som er egne beskyttede interesser i artikkel 8. Begrepet "privatliv" oppfattes da også som bestemmelsens hovedbegrep – det er vidt nok til å konsumere de øvrige.²⁵

EMD har ikke forsøkt å definere begrepet, og har i avgjørelsen *Niemitz mot Tyskland*²⁶ uttalt at det verken er mulig eller nødvendig å gi noen uttømmende definisjon:

"The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings."

Vi ser her at Domstolen anser begrepet "privatliv" for å kunne omfatte også mellommenneskelige forhold. I juridisk litteratur, har begrepet vært beskrevet som en "en

²⁵ Aall 2004, s.169

²⁶ *Niemitz mot Tyskland*, 16.12.1992

kjerne med utgangspunkt i den personlige – fysiske og psykiske – integritet, herunder personlig identitet, kjønnslig identitet, seksuell legning og seksualliv, personlig utvikling og selvbestemmelse."²⁷

3.2.1.1 Forholdet til andre artikler i EMK

I kjernen av privatlivet oppstår det flere avgrensningsspørsmål i forhold til andre konvensjonsbestemmelser. Artikkel 3 innebærer et forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Som et utgangspunkt dekkes de mest intense eller ydmykende inngrep av artikkel 3, slik at artikkel 8 konsumeres.²⁸ Terskelen for at et inngrep skal falle inn under artikkel 3 er således høyere enn for artikkel 8.

Når det gjelder artiklene 9, 11 og 12, som henholdsvis regulerer religionsfrihet, forsamlings- og foreningsfrihet, og retten til å inngå ekteskap, må disse rettigheter oppfattes som *lex specialis* i forhold til retten til privatliv etter artikkel 8.²⁹ I kjernen – det vi kan kalle den uspesifiserte retten til privatliv – er det aktuelt å harmonisere i forhold til artikkel 5 (retten til frihet og sikkerhet) og artikkel 6 (retten til rettfærdig rettergang). Frihetsberøvelse er utvilsomt et inngrep i privatsfæren. Men de innskrenkninger i privatlivet som nødvendigvis følger frihetsberøvelsen, aktiverer ikke artikkel 8. Betingelsene for inngrepet er uttømmende regulert av artikkel 5. Dersom artikkel 8 hadde vært ansett anvendelig i tillegg, ville dette åpne for en aktiv forholdsmessighetskontroll av straffen. Resonnementet må bli tilsvarende i forhold til artikkel 6. Det gir derimot full mening å anvende andre mer spesifikke sider ved privatlivet, som korrespondansefriheten, ved siden av artiklene 5 og 6: inngrep i disse friheter følger ikke med nødvendighet av selve frihetsberøvelsen.³⁰ I denne fremstillingen drøfter jeg imidlertid kun forholdet til artikkel 8.

²⁷ Aall 2004, s.170

²⁸ Aall 2004, s.171

²⁹ Aall 2004, s.171

³⁰ Aall 2004, s.172

3.2.1.2 EMDs avgrensning av "privatliv"

Artikkel 8 har vært påberopt en rekke ganger for Domstolen på grunnlag av påståtte inngrep i personers "privatliv". Jeg vil gjøre rede for noen av disse avgjørelsene her. Det vil gi en forståelse av hva Domstolen har ansett begrepet "privatliv" for å omfatte.

Det som blir tilbake i kjernen av begrepet "privatliv" etter avgrensingen mot de andre artiklene ovenfor, er forhold som griper inn i den fysiske integritet og ikke konsumeres av andre bestemmelser. Et eksempel på en avgjørelse fra EMD hvor inngrep i den fysiske integritet (i denne saken seksuelt misbruk) ble ansett å omfattes av begrepet "privatliv" i artikkel 8, var X og Y mot Nederland.³¹

Fra vernet om den fysiske integritet er det en flytende overgang til respekt for seksualliv og seksuell legning. Praksis slo tidlig fast at seksuallivet er en sentral del av privatlivet. Et viktig område har vist seg å være trussel om straff for homofili. I den prinsipielt viktige Dudgeon³² ble det slått fast at klageren var offer for en krenkelse av privatlivet ved selve eksistensen av straffebestemmelser rettet mot homofili.

Senere er statene også pålagt positive handleplikter for å sikre respekt for folks privatliv ved krav om anerkjennelse av kjønnslig status etter kjønnsskifteoperasjon. I Rees³³ ble Storbritannia under dissens hørt med nødvendigheten av å opprettholde registreringsordninger, blant annet fødselsattest, som ikke viste at det hadde funnet sted et kjønnsskifte. I Goodwin³⁴ la EMD til grunn at den vitenskapelige og samfunnsmessige utvikling var så vesentlig endret at en full rettslig aksept av den nye kjønnsstatus var påkrevd.

³¹ X og Y mot Nederland, 26.03.1985.

³² Se Dudgeon mot Storbritannia, 22.10.1981

³³ Rees mot Storbritannia, 17.10.1986

³⁴ Goodwin mot Storbritannia, 11.07.2002

Domstolen har omtalt rekkevidden av retten til selvbestemmelse, for eksempel individets rett til å avslutte livet. I *Pretty*³⁵ ble en døddssyk syk kvinne hindret av de nasjonale rettsregler i å motta hjelp til selvmord. Domstolen anså dette for å innebære et inngrep i hennes privatliv, men inngrepet ble ansett konvensjonsmessig, jf. artikkel 8 annet ledd.

Artikkel 8 har også vært aktuell når det gjelder spørsmålet om tilgang til og misbruk av opplysninger. I *Guerra m.fl.*³⁶ var klagerne naboer til en kjemisk fabrikk som slapp ut giftige stoffer. Klagerne måtte kunne kreve at staten traff positive tiltak for å ivareta respekten for deres privatliv ved å sikre dem informasjon om risikoen ved utslippene. Tilgang til registrerte opplysninger som direkte angår en selv, for eksempel opplysninger om egen helse, har også vært ansett for å være vernet av artikkel 8 første ledds begrep "privatliv".³⁷

*Z mot Finland*³⁸ gjaldt krav på hemmelighold av ømtålige personlige opplysninger. En mann var straffedømt for drapsforsøk i form av voldtekt med kunnskap om egen hiv-smitte. I dommen fremkom det også opplysninger om ektefellens identitet og tilsvarende smitte. Dommen ble offentliggjort etter ti år. Dette ble av EMD ansett for å være et inngrep i ektefellens privatliv.

*Peck mot Storbritannia*³⁹ belyser en annen side ved beskyttelsen av privatlivet: klageren var filmet av et offentlig overvåkingskamera da han forsøkte å begå selvmord med kniv. Politiet kom til og avverget forsøket. I ettertid ble bilder fra filmen vist offentlig, både i aviser og på TV, for å vise overvåkingssystemets effektivitet. EMD kom til at dette var et inngrep i privatlivet.

³⁵ Se *Pretty mot Storbritannia*, 29.04.2002

³⁶ Se *Guerra m.fl. mot Italia*, 19.02.1998

³⁷ Se *Gaskin mot Storbritannia*, 24.09.2002

³⁸ *Z mot Finland*, 25.02.1997

³⁹ *Peck mot Storbritannia*, 28.01.2003

Dette er bare et lite utvalg av dommer som viser områder EMD har ansett artikkel 8s begrep "privatliv" for å omfatte. Vi kan imidlertid se av disse dommene at begrepet "privatliv" har et vidt anvendelsesområde; begrepet har både omfattet fysisk integritet, seksualitet og kjønnslig identitet, selvbestemmelse, og tilgang til og misbruk av opplysninger.

3.2.2 Familieliv

Begrepet familieliv i artikkel 8 forutsetter en eksisterende (familie)enhet.⁴⁰ EMD har fremhevet at familielivet etableres ved ekteskap.⁴¹ Når det gjelder retten til å inngå ekteskap, må artiklene 8 og 12 ses i sammenheng. Mens artikkel 8 primært omhandler beskyttelsen av et etablert familieliv, gir artikkel 12 rett til å etablere familie i form av ekteskap mellom mann og kvinne. Artikkel 12 uttrykker ikke at ekteskapet skal være frivillig. En statlig vigsel eller anerkjennelse av ekteskap med kunnskap om at det foreligger tvang, vil kunne være å anse som et inngrep i privatlivet etter artikkel 8. Artikkel 8 verner også mot tvang til fortsettelse av ekteskap.⁴² I saken *Johnston m.fl. mot Irland*⁴³ forkastet imidlertid EMD klagerens standpunkt om at rett til skillsmisse kunne bygges på artikkel 8. Fanger kan ikke nektes å inngå ekteskap. Likevel kan ikke ektefeller med konvensjonen i hånd kreve normalt ekteskapelig samliv under et konvensjonsmessig fangenskap.⁴⁴ Også andre familieforhold må tåle begrensninger i slike tilfeller, men begrensningene kan være inngrep i retten til familieliv etter artikkel 8; som utgangspunkt må den frihetsberøvede ha krav på uforstyrret kontakt med rimelige mellomrom.⁴⁵

⁴⁰ All 2004, s.180

⁴¹ *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia*, 28.05.1985

⁴² Aall 2004, s. 179

⁴³ *Johnston m.fl. mot Irland*, 18.12.1986

⁴⁴ *Jf. Aliev mot Ukraina*, 29.04.2003

⁴⁵ *Se Nowicka mot Polen*, 03.12.2002

Ekteskapet er ikke den eneste enhet som beskyttes av artikkel 8. Når det er det faktiske heller enn det formelle som vektlegges, medfører det at også samboerskap med en viss varighet omfattes.⁴⁶ "Blodets bånd" er, uavhengig av formell overbygning, sentralt i familiebegrepet. Båndene mellom den ugifte mor og hennes biologiske "uekte" datter, er utvilsomt et familieliv.⁴⁷ Den faktiske tilknytningen mellom adoptant og adoptivbarn er i utgangspunktet svakere; artikkel 8 gir da heller ingen rett til å adoptere, og slik etablere et familieliv.⁴⁸ Men dersom et barn *er* adoptert vil selvfølgelig barnet og foreldrene utgjøre en familie i EMKs forstand.⁴⁹ Ved stebarnsadoptsjon slår argumentet om svak tilknytning ikke til i samme grad. Det kan her eksistere en sterk sosial tilknytning mellom adoptanten og barnet på forhånd. Gode grunner taler da for en plikt for staten til rettslig anerkjennelse av de faktiske familiære bånd, ved å tillate adopsjon.⁵⁰ Det følger videre av praksis at også forholdet mellom besteforeldre og barnebarn kan omfattes av familiebegrepet. Går man lenger ut, til onkler, tanter og søskenbarn, kan det stadig være nok bånd til at artikkel 8 er anvendelig.⁵¹

Retten til navn er beskyttet ved artikkel 8.⁵² Burghartz gjaldt sveitsiske statsborgere som hadde giftet seg i Tyskland. Mannen hadde tatt hustruens etternavn og beholdt sitt eget som mellomnavn. Etter sveitsisk rett hadde bare hustruen rett til slik å benytte ektefellens og eget navn i kombinasjon. Dette ble ansett av EMD for å være et inngrep i familielivet. Ikke bare familienavn, men også fornavn er vernet.⁵³ Myndighetene må kunne nekte bruk av navn som av religiøse eller tungtveiende følelsesmessige grunner er støtende. I Guillot⁵⁴

⁴⁶ Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia, 28.05.1985, jf. Aall 2004, s.180

⁴⁷ Jf. Marckx mot Belgia, 13.06.1979

⁴⁸ Fretté mot Frankrike, 26.02.2002, avsnitt 32

⁴⁹ Van Dijk og van Hoof 1998, s.504

⁵⁰ Aall 2004, s. 181

⁵¹ Se Boyle mot Storbritannia, 28.02.1994

⁵² Se Burghartz mot Sveits, 22.02.1994

⁵³ Se Guillot mot Frankrike, 24.10.1996

⁵⁴ Guillot mot Frankrike, 24.10.1996

innebar det ingen mangel på respekt for familielivet at myndighetene hadde registrert "Fleur-Marie", ikke "Fleur de Marie" slik foreldrene ønsket.

Uenighet om hvem som skal ha foreldreansvaret og omsorgen for felles barn ved samlivsbrudd er ikke uvanlig. Domsavgjørelse eller annen myndighetsavgjørelse av slike spørsmål er utvilsomt inngrep i privat – og familielivet.⁵⁵ Praksis viser en streng linje i forhold til statens vurdering av ulike hensyn som relevante og tilstrekkelige til å avgjøre saken mot den ene av foreldrene. I Hoffmann⁵⁶ var det diskriminerende å gi faren foreldreansvaret alene fordi moren var medlem av Jehovas Vitner og blant annet motstander av blodoverføring. I Salgueiro da Silva Mouta⁵⁷ ble det faktum at moren fikk foreldreansvaret fordi faren var homoseksuell og levde sammen med sin partner ansett for å være et inngrep i familielivet. Også retten til samvær med barnet omfattes av artikkel 8.⁵⁸

Begrepene privatliv og familieliv i artikkel 8 omfatter også tilfeller av omsorgsovertakelse og andre inngrep i forholdet mellom barn og foreldre. Unnlater staten å gripe inn, kan dette etter omstendighetene bli å anse som svikt i statens positive plikt til å sikre barnets privatliv.⁵⁹ Det er selvfølgelig også et inngrep i familielivet dersom myndighetene griper inn på uriktig grunnlag.

Retten til respekt for familielivet i artikkel 8s forstand kan også gi utlendinger rett til opphold og adgang i riket. En nektet adgang, eller en utvisning eller utlevering, kan krenke vedkommendes rett til familieliv. I Ahmut⁶⁰ forelå det ikke noe inngrep i familielivet ved at sønnen var nektet innreise til Nederland. Begrunnelsen var at faren, som var bosatt i Nederland og hadde både nederlandsk og marokkansk statsborgerskap, kunne gjenoppta

⁵⁵ Se Hoffmann mot Østerrike, 23.06.1993

⁵⁶ Hoffmann mot Østerrike, 23.06.2993

⁵⁷ Salgueiro da Silva Mouta mot Portugal, 21.12.1999.

⁵⁸ Se Elsholz mot Tyskland, 13.07.2000

⁵⁹ Se Kutzner mot Tyskland, 26.02.2002

⁶⁰ Ahmut mot Nederland, 28.11.1996

familielivet med sønnen i Marokko. Den som har hatt lovlig opphold i riket i lang tid vil kunne ha rett til statsborgerskap.⁶¹ I Berrehab⁶² hadde en marokkaner fått oppholdstillatelse i Nederland etter ekteskap med en nederlandsk kvinne. Etter skilsmissen ble oppholdstillatelsen tilbakekalt og han ble deportert til Marokko. Domstolen anså dette for å krenke hans rett til familieliv med datteren.

Adgang til territoriet kan også være omfattet av retten til familieliv, selv om et krav om adgang vanskeligere vinner fram enn et krav om fortsatt opphold.⁶³ Det typiske vil være at den personen det søkes om opphold for ikke har tilknytning til riket, mens en eller flere av hans familiemedlemmer har det. Når dette er utgangspunktet, vil det ofte være mer realistisk å gjenoppta familielivet i det land søkeren befinner seg. I Sen⁶⁴ var avslag på søknaden fra en tyrkisk familie bosatt i Nederland om opphold for en datter som var igjen i Tyrkia ansett for å være et inngrep i deres familieliv.

Disse avgjørelsene viser at også begrepet "familieliv" er forholdsvis vidt. Det er et *relativt* begrep i den forstand at det er den faktiske tilknytning mellom personer som er avgjørende for om de skal anses for å være en "familie" i artikkel 8s betydning. Begrepet har av Domstolen vært ansett for å beskytte blant annet familienavn og fornavn, omsorgsovertakelse og andre inngrep overfor foreldre og barn og utlendingers rett til opphold og adgang til riket.

3.2.3 Hjem

Typiske inngrep i hjemmet består i husransakelse eller romavlytting ved mistanke om straffbare handlinger.⁶⁵ Også mer indirekte forhold kan bli å anse som inngrep i – eller

⁶¹ Mostaquim mot Frankrike, 18.02.1991

⁶² Berrehab mot Nederland, 21.06.1988

⁶³ Se Gül mot Sveits, 19.02.1996

⁶⁴ Sen mot Nederland, 21.12.2001

⁶⁵ Se for eksempel Funke mot Frankrike, 25.02.1993

mangelfull positiv sikring av- respekten for hjemmet. For eksempel kan flystøy eller lignende sjenerende forhold i nabolaget tilsi at staten skal gripe inn. I Hatton m.fl.⁶⁶ hadde staten gjort nok for å begrense den sjenanse som nattlig flystøy medførte for naboer til Heathrow flyplass. Også annen forurensning kan aktualisere spørsmål i forhold til artikkel 8. I Lopez Ostra⁶⁷ dreide det seg om forurensende utslipp av så alvorlig karakter at naboer en periode måtte flytte fra sine hjem. Den forurensende fabrikken var privat, slik at det også her dreide seg om statens positive sikre-plikt. Den var i dette tilfellet ikke overholdt.

Et særskilt spørsmål er om "hjem" skal tolkes snevert til bare å omfatte bolig.⁶⁸ Praksis besvarte tidlig dette spørsmålet negativt. I dommen Chappell mot Storbritannia⁶⁹ ble en ransakelse av lokalene til en forhandler av videokassetter vurdert etter artikkel 8. I Niemietz mot Tyskland⁷⁰ var ransaking av et advokatkontor omfattet. EMD uttalte at grensen mellom privatliv/ hjem, og yrkesliv ikke er skarp. Mens hjemmet kan være base for ervervsvirksomhet, kan privatliv utøves på kontoret. Det finnes flere andre avgjørelser fra EMD som dreier seg om tolkingen av hva som omfattes av "hjem". I Buckley-dommen⁷¹ ble en husvogn ansett som "hjem". Staten har ikke noen plikt etter konvensjonen til å la noen bygge i et område man har tilknytning til,⁷² eller til å skaffe den enkelte et hjem.⁷³ Artikkel 8 står heller ikke i veien for at nasjonal rett i betydelig grad verner leiere mot at eier får disposisjonsretten tilbake.⁷⁴ Praksis har lagt til grunn at også en juridisk person kan ha et hjem.⁷⁵

⁶⁶ Se Hatton m.fl. mot Storbritannia, 08.07.2003

⁶⁷ Se Lopez Ostra mot Spania, 09.12.1994.

⁶⁸ Iflg. Aall 2004, s. 192

⁶⁹ Chappell mot Storbritannia, 30.03.1989

⁷⁰ Niemietz mot Tyskland, 16.12.1992

⁷¹ Buckley mot Storbritannia, 25.09.1996

⁷² Loizidou mot Tyrkia, 18.12.1996

⁷³ Chapman mot Storbritannia, 18.01.2001

⁷⁴ Velosa Baretto mot Portugal, 21.11.1995

⁷⁵ Colas Est SA mot Frankrike, 16.04.2002

Dommene viser at også begrepet "hjem" i artikkel 8 er gitt en svært vid tolking i praksis. Både bolig, arbeidslokaler/kontorer og husvogn har vært ansett for å være "hjem" i artikkel 8s forstand. Husransakelse, romavlytting, forurensning av nabolaget er eksempler på tiltak som av Domstolen har vært ansett som inngrep i hjemmet.

3.2.4 Korrespondanse

Korrespondanse dreier seg om kommunikasjon, typisk ved hjelp av telefon, brev eller e-post. Det kan gripes mer eller mindre drastisk inn i disse korrespondansemedier; for eksempel forbud, sensur, stenging, avlytting eller opptak i bevisøyemed. Gjennomlysning eller røntgenfotografering av post er klart nok et mindre inngrep som kan være tilstrekkelig der formålet er å forhindre innførsel av forbudte varer (typisk våpen eller narkotika). Det samme gjelder adgang til å åpne, men ikke lese brev.⁷⁶

Området for korrespondansefriheten etter artikkel 8, er private meddelelser med en bestemt adressat. Man må derfor avgrense mot meddelelser og informasjon av mer generell karakter som omfattes av artikkel 10 om ytringsfrihet. Eksempelvis må ytringer fremsatt og mottatt via internett, med ubestemt adressatgruppe vurderes etter artikkel 10.

Telefon- og romavlytting er tiltak som av EMD har vært ansett som inngrep i korrespondansefriheten. Disse tiltakene kommer jeg nærmere tilbake til i delen om tvangsmidlene, kapittel 3 i oppgaven. Postkontroll, særlig til og fra frihetsberøvede personer, har også vært omfattet av retten til korrespondanse.⁷⁷

3.3 Artikkel 8 annet ledd

3.3.1 Innledning

Oversatt til norsk lyder EMK artikkel 8 annet ledd som følger:

⁷⁶ Aall 2004, s.193

⁷⁷ Se Silver m.fl. mot Storbritannia, 25.03.1983

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

Hovedregelen i artikkel 8 annet ledd er at det ikke skal skje noe inngrep i rettighetene som er vernet av første ledd. Men annet ledd oppstiller også mulighet for unntak. Inngrep i rettighetene etter første ledd er i samsvar med konvensjonen dersom tre kumulative vilkår er oppfylt: For det første må inngrepet være "i samsvar med loven". For det andre må begrunnelsen for inngrepet finnes i et av de hensyn artikkel 8 annet ledd nevner. For det tredje må inngrepet være "nødvendig i et demokratisk samfunn". Domstolen har uttalt at denne bestemmelsen må tolkes strengt ("narrowly"), siden den gir adgang til unntak fra rettigheter som er vernet av Konvensjonen.⁷⁸

3.3.2 Inngrepet må være "i samsvar med lov"

Første vilkår i annet ledd er at inngrepet må være "i samsvar med lov" ("in accordance with the law") (fra nå av omtalt som "lovskravet").

Kravet om at inngrepet skal være "i samsvar med lov", innebærer at det må ha basis i nasjonal lovgivning. Dette følger av Domstolens uttalelser i saken *Sunday Times mot Storbritannia*.⁷⁹ Selv om denne saken dreide seg om ytringsfriheten etter artikkel 10, skal uttrykket "in accordance with the law", tolkes på samme måte etter artikkel 8.⁸⁰ At inngrepet må ha basis i nasjonal lovgivning innebærer igjen, at det må finnes nasjonale regler som gir myndighetene rett til å foreta det aktuelle inngrep. De nasjonale regler, materielle og prosessuelle, skal konkret være overholdt i forbindelse med inngrepet. Ved vurderingen av om et inngrep har hjemmel i nasjonal rett, lar Domstolen det i første

⁷⁸ Klass m.fl. mot Tyskland, 06.09.78, avsnitt 42

⁷⁹ *Sunday Times mot Storbritannia*, 26.04.79

⁸⁰ Silver m.fl. mot Storbritannia, 25.03.1983, avsnitt 32-33, jf. Trechsel 2005, s.539

omgang være opp til de nasjonale myndigheter å fortolke og anvende nasjonal rett, og Domstolen vil som utgangspunkt ikke tilsidesette denne vurderingen.⁸¹ Men uttrykket "law" er likevel autonomt, og EMD kan prøve om kravet i den enkelte sak er innfridd. Dette innebærer blant annet en prøving av om det i det hele tatt foreligger en hjemmel.⁸²

Selv om legalitetsprinsippet i norsk rett og lovprinsippet i EMK er utslag av det samme rettsstatsprinsipp, er det betydelige ulikheter. Mens det internrettslige legalitetsprinsipp som hovedregel krever at inngrepet er forankret i formell lov, er dette ikke noe krav etter EMK.

Formuleringen "in accordance with the law" omfatter, i samsvar med den engelske common law- tradisjonen, ikke bare formell lov, men også hjemler som har sitt fundament i trinnlavere regler, sedvane, rettspraksis og til og med administrativ praksis. Både skreven og uskreven rett kan omfattes. Dette har blitt presisert av Domstolen i en rekke saker. Prejudikatet var Sunday Times mot Storbritannia.⁸³

EMD har ikke godtatt "den alminnelige handlefrihet" som hjemmel for inngrep i beskyttede rettigheter. I dommen Malone mot Storbritannia⁸⁴ uttalte EMD at selv om metoden ikke uttrykkelig var forbudt, måtte det kreves annet hjemmelsgrunnlag for at det engelske politiet kunne kreve innsyn i postverkets og televerkets kunderegistre. Den alminnelige handlefrihet kunne ikke begrunne inngrepet.

I Sunday Times-saken presiserte Domstolen at det ikke er regelens demokratiske legitimitet som er det sentrale. Kravet til regelen er innholdsmessig, ikke formelt. Det sentrale er i følge Domstolen om regelen er fast etablert, tilgjengelig, tilstrekkelig presis og forutsigbar:

⁸¹ Se for eksempel Kruslin mot Frankrike, 24.04.1990.

⁸² Se for eksempel A mot Frankrike, 23.11.1993, hvor lovhjemmel for telefonavlytting ikke var påvist, og artikkel 8 derfor krenket.

⁸³ Sunday Times mot Storbritannia, 26.04.1979, avsnitt 47

⁸⁴ Malone mot Storbritannia, 02.08.1984

"Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need to be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep up with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent are vague and whose interpretation and application are questions of practice."⁸⁵

Kravet til at hjemmelen skal være tilgjengelig, innebærer at individene må få en tilfredsstillende angivelse av hvilke regler som gjelder i den konkrete sak. I følge EMD er det et krav at den rettsregel som hjemler inngrepet, må være offentliggjort. Det må således ses bort ifra interne instruksjoner som er hemmeligholdt, for eksempel for å holde politiets fremgangsmåte skjult. I saken *Malone mot Storbritannia*⁸⁶ kunne Domstolen ikke legge vekt på interne retningslinjer for bruken av romavlytting, ettersom disse ikke var tilgjengelige for klageren.

At loven skal være forutsigbar, innebærer at den må være tilstrekkelig presis slik at individene skal kunne, om nødvendig ved hjelp av egnet rådgivning (for eksempel advokatbistand), forutse i rimelig grad hvilke konsekvenser en gitt handling vil få.⁸⁷ Erfaring viser likevel at absolutt presisjon er uopnåelig. Mange lover må nødvendigvis formuleres mer eller mindre vagt.⁸⁸

Selv om lovskravet i følge Domstolens praksis ikke innebærer et krav om formell lov, har det i konvensjonspraksis vist seg at andre hjemler enn formell lov har vanskeligere for å oppfylle de øvrige deler av konvensjonens lovskrav; for eksempel kravet til at regelen skal

⁸⁵ *Sunday Times mot Storbritannia*, 26.04.1979, avsnitt 49

⁸⁶ *Malone mot Storbritannia*, 02.08.1984

⁸⁷ *Sunday Times*

⁸⁸ Møse. 2002, s.100

være tilgjengelig. Det gjenspeiles i at de sentrale dommer, hvor innholdet i lovskravet har blitt utviklet, gjelder saker der engelske rettsregler ikke er godtatt, for eksempel i *Sunday Times*⁸⁹, *Malone*⁹⁰ og *Khan mot Storbritannia*⁹¹. Dette har ført til at England har fått et detaljert lovverk om politimetoder. Samme utvikling kan spores i andre land.⁹² Selv om EMD har akseptert common law som "lov" i saker mot Storbritannia, betyr ikke det at de ville akseptert uskreven rett som tilstrekkelig inngrepsgrunnlag i for eksempel Norge. Som følge av at norsk rettstradisjon bygger på et formelt legalitetsprinsipp, vil muligens kravet til lov bli tolket noe strengere i norsk rett.⁹³ I forhold til Sverige, som også bygger på et formelt lovskrav, har EMD godtatt instruksjer og lignende som relevante kilder for dannelsen av en "law".⁹⁴ Hvis domfellelsen bygger på en hjemmel som etter den nasjonale rett er atypisk, vil dette lett gå ut over forutberegneligheten. Individet vil i et slikt tilfelle ha mindre mulighet til å forutse og regulere sin atferd i forhold til normen. Straff på grunnlag av uskreven rett må derfor stille seg forskjellig etter den nasjonale rett. I Norge er slik straff ikke bare ulovlig, men grunnlovsstridig, jf. Grunnloven § 96. Når den nasjonale rett gir klar anvisning på hvilken rettskilde som er relevant, kan det innebære at andre kilder ikke er forutberegnelige i Konvensjonens forstand.

I tillegg til kravet om at inngrepet skal ha hjemmel i nasjonal lovgivning, som må være tilgjengelig og forutsigbar, stilles det krav om at de nasjonale rettsregler som utgjør hjemmelsgrunnlaget skal være forenlige med rettsstatsprinsippet ("the rule of law"). Dette ble fastslått av Domstolen i dommen *Malone mot Storbritannia*,⁹⁵ som det også refereres fra i *Kruslin-dommen*.⁹⁶ Domstolen sa her at artikkel 8 annet ledd;

⁸⁹ *Sunday Times mot Storbritannia*, 26.04.1979

⁹⁰ *Malone mot Storbritannia*, 02.08.1984

⁹¹ *Khan mot Storbritannia*, 12.05.2000

⁹² NOU 2004:6, s. 38

⁹³ Harris m. fl., 1995. s. 17 og 286.

⁹⁴ Se *Leander mot Sverige*, 27.03.1987

⁹⁵ *Malone mot Storbritannia*, 02.08.1984

⁹⁶ *Kruslin mot Frankrike*, avsnitt 30

"..does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law". ... "thus implies... that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1..."

Det kreves altså at det eksisterer tiltak mot mulig misbruk av de reglene som hjemler inngrep i de rettigheter som er vernet av artikkel 8 første ledd. Særlig på bakgrunn av det relativt vide skjønn som overlates til nasjonale myndigheter, anses det som viktig å ivareta rettsikkerheten. Et eksempel på et slikt sikringstiltak, er at det finnes mulighet for judisiell prøving av hvorvidt inngrepet hadde hjemmel.

Når det gjelder rekkevidden av de nasjonale myndigheters skjønn, er ikke lenger reglene av generell natur;

"The degree of precision required of the "law" in this connection will depend upon the particular subject matter."⁹⁷

Skjønnen vil variere etter de konkrete omstendighetene ved den enkelte sak. Domstolen uttalte i saken Silver m.fl. mot Storbritannia⁹⁸ at en regel som gir anvisning på skjønn også må angi rekkevidden av dette skjønnet.

3.3.3 Interesser som inngrepet må være begrunnet i

I tillegg til lovskravet oppstiller artikkel 8 et krav om at inngrepet må være begrunnet i et av de hensyn som er opplistet i annet ledd, for eksempel å forebygge uorden og kriminalitet. EMD har ved flere anledninger uttalt at oppstillingen av hensynene i artikkel 8 annet ledd er uttømmende.⁹⁹ Når det er sagt, er det relativt lett for den nasjonale stat å få sortert det aktuelle inngrepet under et av disse hensyn, og Domstolen bruker sjelden tid på materiell drøftelse her. I det følgende vil jeg vise til ulike saker hvor Domstolen har begrunnet tiltakene i de forskjellige hensyn som er nevnt i artikkel 8 annet ledd.

⁹⁷ Malone mot Storbritannia, avsnitt 68.

⁹⁸ Silver m.fl. mot Storbritannia, avsnitt 88

⁹⁹ Jf. Lorenzen m.fl. 2003. s.432

Det mest påberopte hensyn i saker som angår kommunikasjonskontroll og romavlytting, har vært hensynet til "å forebygge uorden og kriminalitet". Dette er også det hensyn som oftest påberopes overfor Domstolen.¹⁰⁰ De ulike hensynene utgjør til sammen et vidt spekter av hensyn. I de saker EMD har avgjort, som har omhandlet artikkel 8, har det derfor ikke vært noe problem for den aktuelle stat å påberope seg et av disse hensynene som begrunnelse for eventuelle inngrep i rettighetene.

Hensynet til "den offentlige trygghet" har blant annet vært påberopt i saker om utvisning på grunn av kriminalitet.¹⁰¹ I saken *Klass mot Tyskland*¹⁰² var det hensynet til "nasjonal sikkerhet" som begrunnet tiltakene (hemmelig overvåking). Hensynet til "landets økonomiske velferd" har også vært påberopt i saker om utvisning av utlendinger.¹⁰³ Å "beskytte helse" omfatter både den mentale og fysiske helse. Dette hensynet har blant annet blitt påberopt i en sak som gjaldt spørsmålet om overføring av foreldreretten. Innehaveren av foreldrerettens holdning til blodoverføring var her ansett som et relevant kriterium ved avgjørelsen av spørsmålet.¹⁰⁴ Hensynet til "moral" har vært behandlet i forbindelse med saker vedrørende intimsfæren, for eksempel spørsmål om homoseksualitet.¹⁰⁵

Saker som angår statens positive plikter etter artikkel 8, vurderes ikke etter annet ledd, og derfor er ikke hensynet (til moral) uttrykkelig påberopt i saker om transseksuelles rettigheter.¹⁰⁶ Beskyttelsen av "andres rettigheter og friheter" påberopes ofte som supplement til andre mer presise hensyn.¹⁰⁷ Hensynet utgjør fundamentet i saker om

¹⁰⁰ Jf. Jacobs & White 2002, s.206

¹⁰¹ Se for eksempel *Moustaquim mot Frankrik*, 18.02.1991

¹⁰² *Klass mot Tyskland*, 06.09.1978

¹⁰³ *Berrehab mot Nederland*, 21.06.1988

¹⁰⁴ Se *Hoffmann mot Østerrike*, 23.06.1993

¹⁰⁵ Se *Dudgeon mot Storbritannia*, 22.10.1981

¹⁰⁶ Se for eksempel *Cossey mot Storbritannia*, 27.09.1990

¹⁰⁷ *Andersson mot Sverige*, 25.02.1992

tvangsfjernelse av barn.¹⁰⁸ Fordi det sjelden er noen diskusjon rundt artikkel 8s krav om at inngrepet må være begrunnet i disse hensynene går jeg ikke nærmere inn på dette vilkåret.

3.3.4 Inngrepet må være "nødvendig i et demokratisk samfunn"

Neste vilkår etter artikkel 8 er at inngrepet må være "nødvendig i et demokratisk samfunn". Dette er en generell formulering.

Avgjørelsen av om et tiltak er "nødvendig i et demokratisk samfunn", innebærer å vise at det aktuelle inngrep er i samsvar med "et tvingende samfunnsmessig behov" ("a pressing social need").¹⁰⁹ Inngrepet i de beskyttede rettigheter skal ikke være større enn hva som er nødvendig for å ivareta dette behovet. Vilåret innebærer en forholdsmessighetsvurdering; det må foreligge forholdsmessighet mellom mål og middel, det vil si mellom inngrepet og det forhold som begrunner det. Denne delen av kravet er referert til som "proporsjonalitetstesten". Denne testen går kort sagt ut på at Domstolen vurderer det samfunnsmessige behov i forholdt til hvor alvorlig inngrepet er.¹¹⁰ I Silver-dommen uttalte Domstole at adjektivet "nødvendig" ikke er synonymt med uunnværlig ("indispensable"), men det betyr mer enn nyttig, beundringsverdig eller ønskelig. Konvensjonsstatene har et visst, men ikke ubegrenset skjønn med hensyn til påleggelsen av restriksjoner, men Domstolen skal vurdere om restriksjonene er i samsvar med Konvensjonen. I forhold til den nasjonale myndighets skjønnsmargin uttalte Domstolen i saken Handyside mot Storbritannia:¹¹¹

"By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them".

¹⁰⁸ Olsson II mot Sverige, 27.11.1992

¹⁰⁹ Silver m.fl. mot Storbritannia, 25.03.1983

¹¹⁰ Silver m.fl. mot Storbritannia, 25.03.1983.

¹¹¹ Handyside mot Storbritannia, 07.12.1976, avsnitt 48

Rekkevidden av skjønnsmarginen vil avhenge av hva slags rettighet det er snakk om. I Dudgeon-dommen¹¹² uttalte Domstolen at:

"...the scope of the margin of appreciation is not identical in respect of each of the aims justifying restrictions on a right".

Ved avgjørelsen av om den aktuelle stat har gått lenger enn hva situasjonen krever, skal Domstolen legge hovedvekt på prinsippene som karakteriserer et demokratisk samfunn.¹¹³ Domstolen har ikke drøftet kvalitetene til et demokratisk samfunn i detalj, men det er klart at Domstolen ser på kvaliteter som pluralisme, toleranse, frisinnethet, likhet, frihet og oppmuntring til selvrealisering som viktige ingredienser i et hvert demokrati.¹¹⁴

3.3.5 Avsluttende kommentar til fremstillingens generelle del

Jeg har nå skissert hvilke områder Domstolen har ansett de fire rettigheter i EMK artikkel 8 første ledd (retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse) for å beskytte. I tillegg har jeg foretatt en generell tolking av de tre vilkårene i annet ledd; lovskravet, kravet til begrunnelse i de nevnte hensyn og kravet til at inngrepet skal være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Jeg vil nå gå over til å drøfte artikkelen i forhold til norske regler om tvangsmidler. Jeg vil, som nevnt i punkt 1.2, bare behandle to praktisk viktige tvangsmidler i forhold til artikkel 8, og bare overfor siktede i straffesaker.

¹¹² Dudgeon mot Storbritannia, 22.10.1981

¹¹³ Handyside mot Storbritannia, 07.12.1976, avsnitt 26.

¹¹⁴ Jacobs & White 2002, s.210.

4 To utvalgte tvangsmidler overfor siktede

4.1 Innledning

Problemstillingen i det følgende vil være hvilke krav EMK artikkel 8 stiller til bruk av kommunikasjonskontroll og romavlytting overfor siktede, og hvorvidt norsk rett oppfyller disse menneskerettslige krav.

I praksis anvendes kommunikasjonskontroll og romavlytting av politiet som ledd i etterforskningen av lovbrudd. Tiltakets formål er typisk å innhente bevis. Dette formålet står i veien for å forhåndsvarsle den tiltaket retter seg mot. Dersom for eksempel en siktet i en straffesak vet at telefonen hans blir avlyttet, vil han ha mulighet til å innrette seg deretter. Alminnelige prosessprinsipper som varsel, dokumentinnsyn og kontradiksjon før vedtak treffes, kan ikke gjennomføres. I forbindelse med etterforskning er det hemmelig avlytting som blir brukt i praksis, og det er følgelig det jeg kommer til å drøfte her.

Kontroll av kommunikasjon er et tiltak som innebærer et betydelig inngrep i en persons integritet. Dette er lett å forstå, ved å tenke seg at fremmede mennesker skal kunne høre alt det en sier av personlig art.

Romavlytting må også regnes som meget inngripende. Ved å avlytte et rom, kan en høre både hva alle i rommet sier til hverandre og i tillegg hva de foretar seg. Romavlytting er spesielt inngripende også fordi det er stor sannsynlighet for at tiltaket kan ramme andre enn den man ønsker å avlytte. Dette tilsier at romavlytting bare bør bli akseptert i alvorlige saker hvor andre etterforskningsmetoder må antas utilstrekkelige.¹¹⁵

¹¹⁵ NOU 2004:6

EMD har behandlet kommunikasjonskontroll og romavlytting felles i flere dommer. Som jeg vil belyse senere, viser det seg at vilkårene er like. Jeg ser det derfor som mest hensiktsmessig å behandle de to tiltakene felles i forhold til EMK artikkel 8. I norsk rett derimot, er vilkårene for de to tvangstiltakene noe ulike. Jeg vil derfor behandle kommunikasjonskontroll og romavlytting hver for seg etter norsk rett.

4.2 Kommunikasjonskontroll og romavlytting etter EMK artikkel 8

Hvilket begrep i artikkel 8 første ledd kommunikasjonskontroll og romavlytting eventuelt skal sorteres under, er avhengig av inngrepets art. Det kan ofte dreie seg om inngrep i flere av de vernede interesser i artikkel 8 første ledd. Blir telefonen på arbeidsplassen avlyttet, er dette etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden å regne som et inngrep i korrespondansen, mens avlytting av privattelefonen eller av rom i privatboligen, muligens kan regnes som inngrep både i privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse, alt ettersom hvordan de konkrete omstendigheter i saken er. Som tidligere omtalt betyr ikke denne grensen så mye, så lenge det er klart nok at man har å gjøre med et inngrep i en av disse rettigheter, som alle er vernet av artikkel 8.

Romavlytting regnes i seg selv som et inngrep i "privatliv" og "korrespondanse" i EMK artikkel 8s forstand. Det samme gjelder kontroll av kommunikasjon. Dette har Domstolen slått fast i flere dommer, blant annet i *Klass m.fl. mot Tyskland*.¹¹⁶ I følge dommen *Halford mot Storbritannia*¹¹⁷ vil både avlytting av telefoner i hjemmet og i forretningslokaler utgjøre et inngrep. I dommen *Amann mot Sveits*¹¹⁸ ble det slått fast at både avlytting og opptak av samtaler vil utgjøre inngrep i rettighetene vernet av artikkel 8. Videre har EMD uttalt at det ikke har betydning om myndighetene rent faktisk benytter opptakene eller ikke¹¹⁹. Det er altså avlyttingen i seg selv som utgjør inngrepet. Offentlige myndigheters

¹¹⁶ *Klass m.fl. mot Tyskland*, 06.09.1978

¹¹⁷ *Halford mot Storbritannia*, 25.06.1997

¹¹⁸ *Amann mot Sveits*, 16.02.2000

¹¹⁹ *Kopp mot Sveits*, 25.03.1998

innhenting av teleopplysninger fra teleoperatører angående personers bruk av telekommunikasjon, vil utgjøre et inngrep i privatliv og korrespondanse¹²⁰. Opplysningene kan gjelde hvilke telefonnumre det er blitt ringt til og fra og hvor lenge det har vært forbindelse. Selv om myndighetene ikke dermed gjøres kjent med innholdet i kommunikasjonen, vil det å innhente teleopplysninger i seg selv utgjøre et inngrep.

I følge Domstolens uttalelser i Lambert mot Frankrike¹²¹ er det uten betydning for beskyttelsen av deltakerne i samtalen at avlyttingen skjer via et telefonnummer som tilhører en tredjeperson. I denne saken hadde klagerens telefonsamtaler blitt avlyttet via en tredjemanns telefon. Avlyttingen hadde flere ganger blitt forlenget av dommeren, og klageren ønsket å anke avgjørelsen, via sin advokat, fordi forlengelsen ikke hadde hatt noen begrunnelse. Den franske retten hadde da nektet han å bringe saken inn for domstolen av den grunn at dette ikke gjaldt hans telefon, men en telefon tilhørende tredjemann. EMD uttalte at ettersom telefonsamtaler faller inn under begrepene "privatliv" og "korrespondanse" i artikkel 8, var avlyttingen av klagers telefonsamtaler et "inngrep av offentlig myndighet" i klagers rettigheter. Det spilte i denne sammenheng liten rolle at avlyttingen skjedde på en tredjeparts telefonlinje. Domstolen kom til at klageren ikke hadde hatt mulighet for effektiv kontroll gjennom å bestride avlyttingen han ble utsatt for. Slik telefonavlytting her ble praktisert i fransk rett, ville det kunne medføre avgjørelser hvor et stort antall personer ble berøvet lovbeskyttelse, nemlig alle som hadde samtaler over en telefonlinje som ikke var deres. Klageren hadde altså ikke hatt tilgang til "effektiv kontroll" slik en statsborger har rett til i følge rettsstatsprinsippet ("the rule of law") og som kunne begrenset inngrepet til det som var "nødvendig i et demokratisk samfunn". Resultatet i dommen ble altså at artikkel 8 var krenket.

I tråd med ovennevnte dommer kan det oppsummeres at både kommunikasjonskontroll og romavlytting i seg selv er inngrep i rettighetene som er vernet av EMK artikkel 8 første ledd. Både avlytting av telefoner i hjemmet og i forretningslokaler vil utgjøre et inngrep.

¹²⁰ Se P.G og J.H mot Storbritannia, 25.09.2001

¹²¹ Lambert mot Frankrike, 24.08.1998

Avlytting er et inngrep selv om ikke myndighetene benytter seg av opptakene. Det er uten betydning om avlyttingen skjer via tredjemanns telefon. Også innhenting av opplysninger fra teleoperatør vil utgjøre et inngrep.

For at et inngrep skal være konvensjonsmessig, må det oppfylle de tre vilkår i artikkel 8 annet ledd; inngrepet må være "i samsvar med lov", det må være begrunnet i et av hensynene som er nevnt i bestemmelsen og det må være "nødvendig i et demokratisk samfunn". I forhold til kommunikasjonskontroll og romavlytting må det derfor vurderes hvorvidt disse vilkårene er oppfylt. Jeg vil nå gjøre rede for hva Domstolen har sagt om de tre vilkårene i forhold til de to inngrepene kommunikasjonskontroll og romavlytting.

4.2.1 Lovskravet

For den generelle forståelsen av dette vilkåret viser jeg til kapittel 3.3.2, men kort oppsummert; "in accordance with the law" skal tolkes i lys av de samme generelle prinsipper som i artikkel 10 annet ledd. Dette innebærer at både formell lov, trinnlavere regler, sedvane, rettspraksis og administrativ praksis kan godtas. Både skrevne og uskrevne regler kan godtas, forutsatt at de er tilgjengelige, forutsigbare og at det finnes tiltak mot mulige misbruk av reglene. Reglene som hjemler inngrep skal ha basis i nasjonal rett, og den nasjonale lovgivning må være overholdt i det konkrete tilfellet. Denne generelle forståelsen av kravet gjelder også her, men i det følgende vil jeg gjøre rede for innholdet i lovskravet spesielt i forhold til kommunikasjonskontroll og romavlytting.

I dommen *Malone mot Storbritannia*¹²² var det foretatt avlytting og registrering av telefonsamtaler i forbindelse med at en antikvitetshandler var blitt etterforsket for heleri. I tillegg til de generelle kravene om at inngrepet måtte være i samsvar med lov, uttalte Domstolen at kravene til tilgjengelighet og forutsigbarhet ikke kan være nøyaktig de samme ved avlytting av samtaler i forbindelse med etterforskning, som når formålet med lovgivningen er å sette rammer for individers handlefrihet. Blant annet kan ikke kravet til

¹²² *Malone mot Storbritannia*, 02.08.1984

forutsigbarhet innebære at individet skal kunne forutse når myndighetene vil avlytte samtalene hans, slik at han kan innrette sin atferd etter dette. Lovgivningen må likevel være tilstrekkelig klart formulert slik at borgerne kan ha en tilfredsstillende indikasjon på når det kan bli tale om et slikt inngrep i privatlivet. Skrevne regler som gir anvisning på skjønn, må sette rammer for skjønnet for å unngå vilkårlige inngrep, selv om de detaljerte vilkårene ikke nødvendigvis må fremgå av dem.¹²³ Kravet er ikke oppfylt når loven er "somewhat obscure and open to differing interpretation".¹²⁴

På grunnlag av disse prinsippene fant Domstolen at rettsstillingen i England og Wales ikke var klar nok. Den engelske retten indikerte ikke med rimelig klarhet;

"the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred of the public authorities".¹²⁵

Retten åpnet også for ulike tolkinger. Dermed var artikkel 8 krenket.

I dommen *Kruslin mot Frankrike*¹²⁶ hadde klageren ved noen anledninger benyttet en telefon som var avlyttet i forbindelse med etterforskningen av en annen sak. En av disse telefonsamtalene ble imidlertid benyttet som bevis på at klageren hadde begått en forbrytelse i en annen sammenheng enn den som hadde blitt etterforsket ved avlyttingen av telefonen. Klageren mente at dette måtte være brudd på artikkel 8. Domstolen anså inngrepet for å ha basis i fransk rett. Når det gjaldt den kvalitative delen av lovskravet, ble kravet til forutsigbarhet problematisert. Domstolen uttalte:

"Tapping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a "law" that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject,

¹²³ Se *Malone mot Storbritannia*, 02.08.1984, avsnitt 67

¹²⁴ *Malone*, avsnitt 79

¹²⁵ *Malone*, avsnitt 79

¹²⁶ *Kruslin mot Frankrike*, 24.04.1990

especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated".¹²⁷

Domstolen stilte her krav om at rettsregelen inngrepet er hjemlet i, må være særlig presis. Det må være klare, detaljerte regler på området.

I denne konkrete saken anså Domstolen den franske lovgivningen for ikke å være i samsvar med konvensjonen. Den franske lovgivningen hadde ikke tilstrekkelige sikkerhetstiltak mot mulige misbruk. Lovgivningen ga ikke anvisning på inneholdt ingenting om hvilke personer som kunne risikere å bli avlyttet, og heller ikke hva slags type lovbrudd som kunne føre til at et slikt tiltak ble tillatt. Det var heller ingen regler om at det måtte settes grenser for telefonavlyttingen, verken i forhold til hvor lenge avlyttingen kunne foregå eller hvorvidt materialet måtte slettes, for eksempel der den mistenkte var frifunnet. Den praksis som fantes manglet nødvendig kontroll. Den var altså tilfeldig og uforutsigbar. Kort sagt; fransk rett, skreven og uskreven, var ikke forutsigbar nok når det gjaldt rekkevidden og fremgangsmåten av det skjønn som var tildelt de offentlige myndigheter.¹²⁸

Kopp mot Sveits¹²⁹ handlet om avlytting av en advokats kontortelefon. Klageren hevdet at artikkel 8 var krenket ved overvåkingen av telefonlinjene hans. Ved vurderingen av om lovskravet var oppfylt, kom Domstolen til at inngrepet hadde juridisk grunnlag i sveitsisk rett. Domstolen konkluderte også med at lovgivningen i sin helhet, sammen med rettspraksis fra den føderale domstolen, oppfylte kravene til forutsigbarhet og tilgjengelighet slik disse har blitt formulert av EMD. Domstolen vurderte videre lovgivningens kvalitet. Ut fra lovteksten var det tilsynelatende klart at det forelå et forbud mot avlytting av advokaters telefonlinjer dersom advokaten ikke var mistenkt eller tiltalt. Domstolen lot seg ikke overbevise av regjeringens argumentasjon om at telefonene ikke

¹²⁷ Kruslin mot Frankrike, 24.04.1990, avsnitt 33

¹²⁸ Kruslin mot Frankrike, 24.04.1990, avsnitt 35-36. Samme dag som dommen Kruslin mot Frankrike ble avsagt, ble det også avsagt en annen dom mot Frankrike, Huvig mot Frankrike, 24.04.1990, som gjaldt et tilsvarende forhold og som fikk tilsvarende resultat.

¹²⁹ Kopp mot Sveits, 25.03.1998

var blitt avlyttet i klagers egenskap som advokat og at avlyttingsordren uttrykkelig sa at ingen av "advokatsamtalene" skulle tas i betraktning. For det første mente Domstolen at det ikke var opp til den å avgjøre i hvilken egenskap klager ble avlyttet, ettersom klageren var advokat og alle telefonlinjene var avlyttet. For det andre vektla Domstolen at avlytting av telefonsamtaler utgjør et alvorlig inngrep i privatliv og korrespondanse, og må derfor ha grunnlag i en lov som er særlig presist formulert. Domstolen anerkjente at loven hadde visse innebygde beskyttelsestiltak, men viste til motsigelsen mellom den klare lovteksten og rettspraksis i dette tilfellet når det gjaldt hva det juridiske profesjonelle privilegiet dekket. Domstolen var dessuten forbløffet over at en person fra postkontorets juridiske avdeling, uten veiledning fra en uavhengig dommer, ble satt til å lytte til opptakene av telefonsamtalene og til å bestemme hvilke samtaler som var konfidensielle på bakgrunn av det juridiske profesjonelle privilegiet. Etter Domstolens syn viste sveitsisk lov, skreven eller uskreven, ikke med tilstrekkelig klarhet rekkevidden og fremgangsmåten av myndighetenes skjønnsutøvelse i saken. Klager, som advokat, hadde derfor ikke fått den minimumsbeskyttelsen som er påkrevd av rettsstatsprinsippet i et demokratisk samfunn. Lovskravet var dermed ikke oppfylt, og det forelå brudd på artikkel 8.

Dommen Khan mot Storbritannia¹³⁰ gjaldt romavlytting. Politiet hadde koblet opp avlyttingsutstyr hjemme hos en mistenkt i forbindelse med smugling av narkotika. Klageren besøkte denne mistenkte, og i den forbindelse kom politiet i besittelse av et båndopptak av en samtale hvor klageren innrømmet å være medskyldig i et helt annet lovbrudd enn det denne etterforskningen dreide seg om. Det var ikke omstridt at overvåkingen utgjorde et inngrep i klagerens rettigheter etter artikkel 8 første ledd. Spørsmålet var hvorvidt inngrepet kunne rettferdiggjøres etter annet ledd. Retten uttalte at når det gjelder hemmelig overvåking av offentlige myndigheter må nasjonal rett gi beskyttelse mot vilkårlige inngrep i et individs rettigheter etter artikkel 8. Loven må være tilstrekkelig klar til å gi individene en indikasjon på de omstendigheter og situasjoner som gir offentlige myndigheter adgang til å gripe til slike hemmelige midler. Retten fastslo at

¹³⁰ Khan mot Storbritannia, 12.05.2000

det på det aktuelle tidspunkt ikke eksisterte noe lovsystem i Storbritannia for å regulere bruken av skjult avlyttingsutstyr. De eksisterende retningslinjene var verken juridisk bindende eller direkte offentlig tilgjengelige. Da det ikke fantes nasjonale lover som regulerte bruken, kunne ikke inngrepet i privatlivet anses å være "i samsvar med lov" slik artikkel 8 annet ledd krever. Retten fant derfor at konvensjonens artikkel 8 var krenket.

I dommen *Valenzuela Contreras mot Spania*¹³¹ var skrevne og uskrevne regler, som utgjorde grunnlaget for telefonkontroll, ikke tilfredsstillende i forhold til lovskravet på grunn av manglende presisjon. Den spanske lovgivningen gikk ut på at kommunikasjon, herunder telekommunikasjon, skulle være konfidensiell "med mindre retten bestemte noe annet." Domstolen viste til tidligere avsagte dommer mot Frankrike.¹³² Kravet til forutsigbarhet innebar i forbindelse med telefonavlytting at myndighetenes skjønn, og hvordan dette skulle utøves, måtte være detaljregulert. Klageren hadde her ikke engang et minimum av den rettslige beskyttelse innbyggerne har krav på i et demokratisk samfunn.¹³³ Hjemmelen for inngrepet bygde på delegert lovgivning samt utfyllende rettspraksis. Når verken loven, forskriften eller rettspraksis hver for seg eller samlet anga området for avlytting, var lovskravet krenket.

I dommen beskrev Domstolen kravene til telefonavlytting innenfor strafferettspleien som følger, og dette kan benyttes som en oppsummering av rettstilstanden etter EMK hva gjelder lovskravet: For det første skal de relevante rettsregler inneholde en avgrensning av de personer som kan risikere å bli utsatt for avlytting. For det andre skal det være en angivelse av karakteren av den kriminalitet som kan begrunne et inngrep. For det tredje skal det være en tidsmessig begrensning for inngrepet. For det fjerde skal det være en prosedyre, hvor det skal foretas optegnelser over inngrepene, og hvor innholdet av resultatet gjengis i et visst omfang slik at dette kan undergis kontroll av domstol og

¹³¹ *Valenzuela Contreras mot Spania*, 30.07.1998

¹³² Se *Huvig mot Frankrike*, 24.04.1990 og *Kruslin mot Frankrike*, 24.04.1990

¹³³ *Valenzuela Contreras*, avsnitt 61

forsvarer. Og for det femte skal det være regler om destruksjon – særlig i de tilfeller hvor den mistenkte frifinnes i ettertid.

4.2.2 Inngrepets begrunnelse

I tillegg til kravet om at kommunikasjonskontroll og romavlytting må være i samsvar med lov, stiller artikkel 8 annet ledd vilkår om at disse inngrepene må være begrunnet i et eller flere av de hensyn som er nevnt i bestemmelsen, som for eksempel rikets sikkerhet og forebygging av uorden og kriminalitet. Et gjennomgående inntrykk er at Domstolen ikke foretar noen streng materiell prøving av disse hensynene, men stiller betydelige krav til den nasjonale hjemmelen og garantier mot misbruk. Jeg går derfor ikke nærmere inn på disse hensynene her, men viser til drøftingen av de legitime hensyn generelt – i punkt 3.3.3 ovenfor. Å finne begrunnelse i et av disse hensynene byr vanligvis ikke på noe problem. Men vilkåret må ses i sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen. Man spør for eksempel; "er denne romavlyttingen nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til å forebygge uorden og kriminalitet?" Innholdet i forholdsmessighetsvurderingen er nettopp å veie hensynet tiltaket er begrunnet i, opp imot hensynet til de individuelle rettighetene vernet av artikkel 8 første ledd. Det er ofte denne vurderingen som blir underlagt streng prøving av EMD - ikke hvorvidt nasjonalstaten faktisk har begrunnet tiltaket i et av de nevnte hensyn.

4.2.3 Inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn

Det tredje vilkåret i artikkel 8 annet ledd er at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, herunder at det ikke må være et uforholdsmessig inngrep. Jeg vil nå presentere en dom avsagt av EMD hvor dette vilkåret har vært drøftet i forbindelse med kommunikasjonskontroll og romavlytting.

I Klass–dommen¹³⁴ var temaet overvåking i forbindelse med etterforskning av straffbare handlinger. Fem tyske advokater hadde klaget til EMD fordi de mente at den tyske loven i seg selv var et brudd på artikkel 8. For det første hadde ikke myndighetene etter tysk rett plikt til å informere dem som hadde blitt utsatt for hemmelig kommunikasjonskontroll når tiltaket var opphørt. For det andre var det ikke domstolskontroll med vedtak om iverksettelse av slike inngrep. Vedrørende spørsmålet om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn uttalte Domstolen;

"The Court must be satisfied that, whatever system of surveillance is adopted, there exist adequate guarantees against abuse. This assessment has only a relative character: it depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy by the national law".¹³⁵

Domstolen foretok en avveining mellom samfunnets og individets interesser. Domstolen uttalte at demokratiske samfunn måtte ha anledning til å beskytte seg mot terrorisme og spionasje (det var dette den tyske lovgivningen gjaldt), som i de senere år var blitt mer og mer avansert. Derfor kom Domstolen til at et land måtte kunne ha regler som tillot hemmelig overvåking i slike ekstreme unntakstilfeller hvor det var nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til nasjonal sikkerhet og/eller av hensyn til å forebygge uorden og kriminalitet.¹³⁶ Domstolen uttalte også at de nasjonale myndigheter gis et visst spillerom når det gjelder å avgjøre hva slags forhold overvåkingen skal foregå under. Likevel må Domstolen vurdere om det finnes effektive og tilstrekkelige garantier mot misbruk¹³⁷. Vurderingen vil bero på de konkrete omstendigheter i den enkelte sak, slik som inngrepets art, rekkevidde, varighet, begrunnelsen for å sette i gang inngrepet, hvilke myndigheter som er kompetente til å tillate, sette i verk og kontrollere inngrepene og hvilke nasjonale prøvingsinstanser som finnes.

¹³⁴ Klass m.fl. mot Tyskland, 06.09.1978

¹³⁵ Klass, avsnitt 50

¹³⁶ Se Klass, avsnitt 48

¹³⁷ Se Klass, avsnitt 50

Domstolen uttalte at hemmelig overvåking av statsborgerne kun tolereres dersom det er "strengt nødvendig" i et demokratisk samfunn.¹³⁸ Når et individ blir utsatt for hemmelig overvåking er det viktig at det finnes prosedyrer som ivaretar individets rettssikkerhet, ettersom individet selv er forhindret fra det. Rettssikkerhet er et viktig prinsipp i demokratiske samfunn, og det er uttrykkelig referert til rettsstatsprinsippet ("the rule of law") i fortalen til Konvensjonen.¹³⁹ Domstolen understreket at hemmelig overvåking er et område hvor det lett kan oppstå misbruk i det individuelle tilfellet og hvor misbruk kan ha skadelige konsekvenser for demokratiet som helhet. Derfor er det i prinsippet ønskelig med domstolskontroll i tilfeller av hemmelig overvåking.¹⁴⁰

Klagernes primære anførsel var imidlertid at den berørte person ikke ble informert i ettertid dersom han var blitt utsatt for hemmelig overvåking. Dersom det er tale om inngrep uten etterfølgende underretning skjerpes kravene. Inngrepet skal være "strengt nødvendig".¹⁴¹ Den tyske loven oppstilte uttømmende vilkår for å kunne beslutte overvåking, og fastsatte også saksbehandlingsregler for beslutningen. Iverksettelsen var undergitt strenge vilkår. Selv om judisiell prøving i prinsippet var å foretrekke, var administrativ kontroll ikke i strid med artikkel 8. Det utgjorde heller ikke krenkelse at personer som hadde vært gjenstand for overvåking ikke ble informert om dette senere. Slik informasjon kunne avsløre de hemmelige tjenesters arbeidsmetoder og kanskje også identifisere deres kilder. Inngrepet ble ansett som nødvendig i et demokratisk samfunn.

4.2.4 Oppsummering av krav etter EMK artikkel 8 annet ledd

Før jeg drøfter om norsk rett oppfyller de krav som EMK artikkel 8 stiller i forbindelse med kommunikasjonskontroll, ønsker jeg å gi en kort oppsummering av de krav som kan utledes av EMDs praksis.

¹³⁸ Klass m.fl. mot Tyskland 06.09.1978, avsnitt 42

¹³⁹ Klass, avsnitt 55

¹⁴⁰ Klass, avsnitt 56

¹⁴¹ Kjølbro 2005, s.480

Det er, etter EMDs praksis, klart at både kommunikasjonskontroll og romavlytting er å anse som inngrep etter artikkel 8 første ledd. Vilkårene for å foreta disse inngrepene fremgår dermed av artikkel 8 annet ledd.

Det første vilkåret er at inngrepet må være i samsvar med lov. Med det menes at inngrepet må ha basis i nasjonal rett. Det er ikke nødvendig at inngrepet har hjemmel i formell lov, så lenge reglene er tilgjengelige og forutsigbare. Ved alvorlige inngrep som kommunikasjonskontroll og romavlytting er det et skjerpet krav om å ha presise og detaljerte regler. Reglene må angi hvilke personer som kan risikere å bli utsatt for inngrep, og karakteren av den kriminalitet man må være mistenkt for å ha begått. Den nasjonale stat må ha tilstrekkelige rettslige sikkerhetstiltak mot mulig misbruk av reglene som tillater inngrep. Reglene skal si noe om hvor lenge tiltakene kan vare, og hvem som kan beslutte slike tiltak.

Annet vilkår er at inngrepet må være begrunnet i et av de hensyn som er nevnt i annet ledd. Det er ofte opp til den nasjonale stat å begrunne tiltaket i et eller flere av disse hensyn.

Det tredje vilkåret er at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Med det menes at det må foreligge et "tvingende samfunnsmessig behov", og at det må foretas en avveining mellom individets og samfunnets interesser. Her legger Domstolen særlig vekt på at det finnes effektive og tilstrekkelige garantier mot misbruk. Vurderingen vil bero på omstendigheter som inngrepets art, rekkevidde, varighet, hvilke myndigheter som er kompetente til å sette i verk og kontrollere inngrepene og hvilke nasjonale prøvingsinstanser som finnes. Jo mer alvorlig inngrepet er, jo strengere krav stilles til sikkerhetstiltak mot misbruk. Dersom ikke den som har vært utsatt for inngrep blir informert i ettertid, skjerpes kravet til begrunnelse for inngrepet; det må være "strengt nødvendig". Dersom det ikke er domstolskontroll med inngrepet, skjerpes kravet til garantier mot misbruk.

Hvert enkelt land har en forholdsvis vid skjønnsmargin når det gjelder å bruke kommunikasjonskontroll som ledd i etterforskningen. Skjønnnet gjelder også hva slags forhold overvåkingen skal foregå under. Skrevne regler som gir anvisning på skjønn må sette en grense for skjønnet.

Jeg har med dette redegjort for de krav EMK artikkel 8 stiller til norsk rett i forhold til inngrepene kommunikasjonskontroll og romavlytting. Jeg vil i det følgende gjøre rede for hva som finnes av norske rettsregler på området, og så langt det lar seg gjøre vurdere om disse reglene tilfredsstillende etter EMK artikkel 8.

4.3 Norsk rett og kommunikasjonskontroll, herunder forholdet til EMK

4.3.1 Innledning

Norsk grunnlov har ingen regler som uttrykkelig verner om retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse.¹⁴² Legalitetsprinsippet, som følger av konstitusjonell sedvanerett, gir i norsk rett et viktig vern. Lovhjemmel er nødvendig for inngrep i borgernes rettssfære. I Norge må derfor den vesentlige del av beskyttelsen for de fire rettighetene søkes i lovgivning.

Reglene om kommunikasjonskontroll finnes i straffeprosessloven¹⁴³ kapittel 16a. Kommunikasjonskontroll omfatter i norsk rett både kommunikasjonsavlytting og annen kommunikasjonskontroll, se straffeprosessloven § 216a og § 216b. I følge § 216b annet ledd bokstav a og b omfattes det å innstille eller avbryte overføring av samtaler og å stenge kommunikasjonsanlegg. Foruten å lytte på samtaler, omfattes tapping av signaler i form av tekst, bilder og film. Media for forsendelsen av signaler kan være telefaks, teleks, videooverføringer med lyd, personsøkere, epost og SMS-meldinger.

¹⁴² En viss beskyttelse følger av § 102 som sier at husundersøkelser ikke må finne sted unntatt i kriminelle tilfelle.

¹⁴³ Lov av 22. mai 1981 nr. 25

Kommunikasjonskontroll har i norsk straffeprosess vært et vanlig tvangsmiddel som ledd i etterforskningen. Frem til 1999 ga straffeprosessloven kap.16a hjemmel for telefonkontroll i narkotikasaker. Men fra 1999 ble reglenes anvendelsesområde utvidet til å gjelde andre former for kommunikasjon enn telefonsamtaler og til å gjelde andre straffbare forhold enn narkotika. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

4.3.2 Kommunikasjonskontrollen må være "i samsvar med lov"

Første vilkår for at kommunikasjonskontroll skal være i samsvar med EMK artikkel 8, er at kommunikasjonskontrollen er "i samsvar med lov". I den generelle drøftingen av dette vilkåret (kap.3.3.2) gikk det frem at inngrepet for det første må ha basis i nasjonal lovgivning. Det er ikke noe krav til at inngrepet skal være hjemlet i formell lov; både trinnlavere regler, sedvane, rettspraksis, administrativ praksis og uskreven rett kan etter forholdene være tilstrekkelig. I Norge gjelder legalitetsprinsippet, og dette fører til at det for regler om kommunikasjonskontroll kreves hjemmel i formell lov. Reglene om kommunikasjonskontroll finnes i straffeprosessloven kap.16a, og dette vil tilfredsstillende kravet om at reglene må ha basis i nasjonal rett.

EMK artikkel 8 stiller også krav til lovens utforming. Reglene må være tilgjengelige og forutsigbare. Ved kommunikasjonsavlytting er det et skjerpet krav til reglenes presisjon. Reglene må angi hvilke personer som kan risikere å bli utsatt for inngrep. I tillegg stilles det krav om at det må finnes tilstrekkelige sikkerhetstiltak mot misbruk. Reglene bør si noe om hvor lenge inngrepene kan vare, hvem som kan beslutte å sette i verk inngrep, og hvem som skal føre kontroll med inngrepene.

For at det skal gis tillatelse til kommunikasjonsavlytting etter norsk rett må det i følge straffeprosessloven § 216a foreligge skjellig grunn til mistanke om at vedkommende er skyldig. I dette vilkåret ligger det at det må være mer sannsynlig at siktede har begått

handlingen enn at han ikke har det – et krav om sannsynlighetsovervekt.¹⁴⁴ Mistanken må gjelde en straffbar handling av en viss alvorlighetsgrad, som utgangspunkt en handling som etter loven kan medføre fengsel i 10 år eller mer. I tillegg kan kommunikasjonskontroll anvendes ved forbrytelser mot statens selvstendighet i straffeloven¹⁴⁵ kap.8, forbrytelser mot statsforfatningen og statsoverhodet i straffeloven kapittel 9, overtredelse av lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m.v. § 5 og straffeloven § 162 første ledd og § 317, jf. § 162.

Kravet til hjemmelens utforming innebærer også at det skal være mulig å forutse hvilke handlinger som kan føre til at en blir utsatt for kommunikasjonskontroll. Etter de nevnte bestemmelser i straffeprosessloven er det mulig å se at ved å bryte et straffebud med strafferamme inntil 10 år, kan man risikere å bli utsatt for kommunikasjonskontroll.

EMK artikkel 8 annet ledds krav til lovens utforming, innebærer også at det skal foreligge tilstrekkelige sikkerhetstiltak mot misbruk. Dersom tvangsmidler iverksettes mot en som er mistenkt, får vedkommende etter norsk rett vanligvis formell status som siktet. Dette gjelder imidlertid ikke hvis det dreier seg om tvangsmidler som kan iverksettes uten at mistenkte underrettes, i følge straffeprosessloven § 82 tredje ledd. Vedkommende får da heller ikke de rettigheter en vil ha som siktet. For at rettssikkerheten skal ivaretas skal det oppnevnes en advokat for den mistenkte uten at den mistenkte får vite om det, jf. straffeprosessloven § 100a. Denne advokaten skal ivareta den mistenktes interesser i forbindelse med rettens behandling av begjæringen, jf. annet ledd. Advokaten skal gjøres kjent med begjæringen og grunnlaget for den. Han har krav på varsel til rettsmøte til behandling av begjæringen, og han har rett til å uttale seg før retten treffer avgjørelse.¹⁴⁶ Ved at den som bli utsatt for inngrep får oppnevnt en advokat til å ivareta sine interesser, har vi i norsk rett et sikkerhetstiltak for mulige misbruk. Forsvarerens oppgave er etter lovtæksten å ivareta mistenktes interesser i forbindelse med "rettens behandling av

¹⁴⁴ Rt.1993 s.1302

¹⁴⁵ Lov av 22.mai 1902 nr.10

¹⁴⁶ Haugen 2004, s.394

begjæringen" (straffeprosessloven § 100a annet ledd). Ut fra ordlyden, kunne man tenke seg at forsvarerens befatning med saken avsluttes dersom begjæringen tas til følge. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene at forsvareren skal kunne "begjære opphør" av inngrepet.¹⁴⁷ Dette innebærer at den mistenkte har rett på forsvarer hele den tiden kontrolltiltakene pågår. Dette er rimelig. Mistenktes behov for en som kan ivareta hans interesser overfor påtalemyndigheten kan være minst like stort etter at kontrolltiltakene er satt i verk.¹⁴⁸

Hvilke telefoner som kan avlyttes, er regulert i straffeprosessloven § 216a tredje ledd. Det kan gis tillatelse til å avlytte telefon, datamaskin eller andre anlegg som den mistenkte besitter eller antas å ville bruke. Med "bruke" menes direkte bruk av selve det apparat som det er gitt tillatelse til å avlytte.¹⁴⁹ Telefonsentraler, servere eller lignende anlegg som signalene passerer gjennom, faller dermed utenfor bestemmelsen.¹⁵⁰ Telefoner på den mistenktes bolig (fasttelefoner) er omfattet selv om det er andre som er innehaver av abonnementet. Vanskelige grensetilfelle kan oppstå dersom den mistenkte bruker telefoner på andre steder enn der han har sin bolig. Slike telefoner omfattes, men en løs formodning om at mistenkte kommer til å bruke telefonen er ikke tilstrekkelig. Det kreves at det ut fra objektive kriterier kan konstanteres en viss sannsynlighet for at den mistenkte skal bruke telefonen. Telefoner som den mistenkte ikke bruker, men som han antas å ville ringe til, kan derimot ikke avlyttes. Kravene etter EMK artikkel 8 er at loven skal være tilgjengelig og forutsigbar. Hovedreglene står her i loven, mens forarbeidene utfyller. Loven er mer tilgjengelig enn forarbeidene. For å oppfylle EMKs krav om tilgjengelighet, er det viktig at ikke selve hjemmelen for inngrep plasseres i forarbeidene. Dette er imidlertid ikke tilfelle for straffeprosessloven § 216a tredje ledd.

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.64 (1998-99), pkt. 23

¹⁴⁸ Hov 1999, s.217

¹⁴⁹ I følge NOU 2004:6

¹⁵⁰ Hjemmelen for avlytting av anlegg følger av § 216b. Denne behandler jeg nedenfor.

Det kan bare gis tillatelse til å kontrollere "bestemte" kommunikasjonsanlegg, se straffeprosessloven § 216a fjerde ledd. Avlyttingstillatelsen må altså identifisere det apparatet som kan avlyttes, eksempelvis ved å knytte tillatelsen til telefonens nummer.

I § 216c oppstilles ytterligere materielle vilkår for kommunikasjonskontroll:

"Tillatelse til kommunikasjonskontroll kan bare gis dersom det må antas at slik avlytting eller kontroll vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort."

I dette ligger at kontrollen på en kvalifisert måte må antas å ville være til hjelp for å avdekke det straffbare forhold eller sikre bevis. Formuleringen "oppklaringen ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort" forutsetter at avlytting bare kan benyttes når det antas at mindre inngripende metoder vil komme til kort.¹⁵¹ Det kreves ikke at andre mindre inngripende metoder faktisk har vært forsøkt uten resultat, men de må ha vært vurdert og funnet uegnede.¹⁵² Vilkåret "må antas" krever ikke sannsynlighetsovervekt, men mer enn en ren formodning.¹⁵³ Det må være en realistisk mulighet for at kontrollen vil gi et slikt bidrag. Også telefoner som er tilgjengelige for et stort antall personer omfattes. Men i slike tilfelle er vilkårene for å gi tillatelse skjerpet. Etter annet ledd kreves det "særlige grunner" for å tillate kommunikasjonskontroll av en telefon som er tilgjengelig for et større antall personer. Det kan for eksempel være en telefonboks i nærheten av mistenktes bolig, eller på en institusjon eller lignende der mistenkte oppholder seg. Det samme gjelder for telefoner som tilhører advokat, lege, prest eller andre som erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art over telefon, se straffeprosessloven § 216c annet ledd annet punktum.

Straffeprosessloven § 216f regulerer rekkevidden av inngrepet i tid. Det finnes regler om både hvor lenge tiltaket kan vare og om at det skal avbrytes dersom ikke vilkårene for kontroll lenger antas å være til stede eller dersom slik kontroll ikke lenger anses

¹⁵¹ Ot.prp.nr.10 (1976-1977) s.6

¹⁵² NOU 2004:6 s.78

¹⁵³ Bjerke/Keiserud 2001, s.748

hensiktsmessig. Her er loven forutsigbar, jf. EMKs krav, i form av at det finnes en tidsbegrensning for hvor lenge inngrepet kan pågå.

I § 216f får vi ikke vite hvem som skal avgjøre om rettens frist skal avbrytes. Den som er utsatt for hemmelig avlytting har ingen mulighet til å få retten til å prøve om vilkårene for kontroll fortsatt er til stede. Her kan imidlertid vedkommendes advokat, jf. § 100a, passe på at vilkårene for å opprettholde avlyttingen til en hver tid er til stede. Denne ordningen sørger for sikkerhetstiltak mot misbruk, jf. EMKs krav.

Maksimumstiden for den enkelte kontrollperiode er 4 uker, jf. § 216f. Fristen må regnes fra kontrollens faktiske start.¹⁵⁴ I følge § 216g skal påtalemyndigheten sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontrollen, og som ikke er av betydning for forebygging eller etterforskning av straffbare forhold, snarest mulig blir tilintetgjort.

Dersom politiet gjennom kontrollen får opplysninger om andre straffbare handlinger enn den kontrollen gjelder, kan opplysningene benyttes under etterforskningen av disse lovbrudd. Slik bruk av "overskuddsinformasjon" var politiet tidligere avskåret fra å bruke.¹⁵⁵

Slik jeg ser det innebærer de norske reglene at EMKs krav til hjemmelens utforming er tilfredsstilt. Selv om reglene er utdypet i forarbeidene, finnes detaljerte regler i selve loven. Loven er her både tilgjengelig og forutsigbar, og oppstiller sikkerhetstiltak mot misbruk.

¹⁵⁴ Bjerke/Keiserud 2001. s.753

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 40 (1991-92) s. 22-26

4.3.3 Inngrepets begrunnelse

Det er et vilkår etter EMK artikkel 8 at kommunikasjonskontrollen må være begrunnet i et av hensynene nevnt i bestemmelsens annet ledd. Her nøyer jeg meg med å vise til drøftingene av dette ovenfor i kapitlene 3.3.3 og 4.2.2.

4.3.4 "Nødvendig i et demokratisk samfunn"

Det er et krav etter EMK artikkel 8 annet ledd om at kommunikasjonskontrollen må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette innebærer en konkret helhetsvurdering av det enkelte tiltak der det foretas en avveining mellom individets og samfunnets interesser – altså mellom inngrepet og de hensyn som begrunner det. Her legges det særlig vekt på at det finnes tilstrekkelige garantier mot misbruk. Vurderingen vil bero på inngrepets art, rekkevidde, varighet, hvilke myndigheter som er kompetente til å sette i verk og kontrollere inngrepene og hvilke nasjonale prøvingsinstanser som finnes. Dess mer alvorlig et inngrep er, dess strengere krav stilles til rettssikkerheten.

I og med at dette er en konkret vurdering er det, etter min mening, svært vanskelig å vurdere om norsk rett generelt tilfredsstillende dette kravet. Det vil imidlertid være interessant å drøfte norske rettsregler i forhold til de konkrete momenter EMD har lagt vekt på i vurderingen av om en kommunikasjonsavlytting er nødvendig i et demokratisk samfunn. Selv om man ikke ved denne drøftingen kan komme til noen konkret konklusjon, kan man få en indikasjon på hvilke vurderinger som må foretas i forhold til ulike tilfeller av kommunikasjonskontroll for ikke å krenke våre menneskerettslige forpliktelser.

Det alminnelige forholdsmessighetskravet i straffeprosessloven § 170a gjelder også ved kommunikasjonsavlytting. Denne regelen innebærer at tiltaket ikke kan iverksettes dersom det innebærer et "uforholdsmessig inngrep". Denne vurderingen vil bero på en rekke faktorer slik som den straffbare handlingens art, hva en kan oppnå ved å iverksette tiltaket og hva siktede har å tape på at inngrepet settes i verk.¹⁵⁶ Forholdsmessighetskravet er altså

¹⁵⁶ Hov 1999, s. 76-77

ikke ulikt vurderingen av om inngrepet er "nødvendig i et demokratisk samfunn" etter EMK artikkel 8 annet ledd. Straffeprosessloven § 170a vil dermed kunne bidra til at de konkrete inngrep er "nødvendige i et demokratisk samfunn" slik EMK krever.

Kommunikasjonskontroll hører med til de politimetoder som EMD har stilt strenge krav til i forhold til garantier mot misbruk. I følge straffeprosessloven § 216a må kommunikasjonskontroll avgjøres av retten ved kjennelse. Dette er ikke et krav etter EMK, men ofte en nødvendighet for å oppfylle vilkåret om at det konkrete inngrep må ha vært "nødvendig i et demokratisk samfunn". Dersom iverksettelse av kommunikasjonskontroll ikke avgjøres av retten, stilles det strengere krav til lovens utforming og til sikkerhetstiltak mot mulige misbruk.

"Dersom det ved opphold er stor fare for at etterforskningen vil lide", kan ordre fra påtalemyndigheten tre i stedet for rettens kjennelse, se straffeprosessloven § 216d. I så fall skal saken snarest mulig og innen 24 timer forelegges retten. Hvilke personer innen påtalemyndigheten som har kompetanse til å gi ordre eller begjære rettens samtykke til kontroll, er regulert i § 216d annet ledd; politimesteren, hans eller hennes faste stedfortreder eller visepolitimesteren kan avgjøre spørsmålet. Men politimesteren kan, med skriftlig samtykke fra førstestatsadvokaten, bestemme at også andre av påtalemyndighetens tjenestemenn i ledende stillinger skal ha samme kompetanse som politimesterens faste stedfortreder. Jo mer delegering som foretas her, jo strengere er vilkårene til lovens utforming og sikkerhetstiltak mot misbruk etter EMD artikkel 8. Dette må vurderes konkret i hver enkelt sak.

Dersom den som har vært utsatt for inngrep ikke blir informert i ettertid, skjerpes kravet til begrunnelse for inngrepet; det må være "strengt nødvendig". I saker som gjelder overtredelse av straffelovens kapittel 8 og 9 skal det ikke gis underretning. I andre saker kan den mistenkte ifølge straffeprosessloven § 216j, på begjæring gis opplysning om at han har vært underlagt kommunikasjonsavlytting. Underretning kan tidligst gis ett år etter at avlyttingen er avsluttet. Forhørsretten kan også bestemme at underretning skal utsettes eller

unnlates dersom det vil være til skade for etterforskningen eller dersom andre forhold taler for det. Bare den som har vært utsatt for kommunikasjonskontroll som mistenkt i saken har krav på underretning. Innehaveren av telefonen, datamaskinen mv., for eksempel husverten eller arbeidsgiveren, har ikke krav på å få vite at det er foretatt kontroll dersom vedkommende ikke samtidig har vært mistenkt. Etterforskningen vil ofte pågå også etter at kontrollen er avsluttet. Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med § 216 j annet ledd. Dersom etterforskningen fortsatt pågår ut over ettårsfristen, vil underretning om foretatt kontroll kunne skade etterforskningen, noe som gjør at underretningen utsettes. Her siktes det i følge forarbeidene først og fremst til tidligere domfelte narkotikaforbrytere som man antar fremdeles er aktive i narkotikamiljøet. Overfor disse kan underretning unnlates eller utsettes til tross for at etterforskningen i den konkrete saken som førte til kontroll, er avsluttet.¹⁵⁷

Svaret på spørsmål om en har vært underlagt kommunikasjonskontroll er imidlertid lite opplysende, se Kommunikasjonskontrollforskriften¹⁵⁸ § 24. Svaret på begjæring om opplysning om man har vært utsatt for kommunikasjonskontroll skal enten være at vedkommende har vært undergitt kommunikasjonskontroll i året x, eller at det ikke er foretatt noen kommunikasjonskontroll som det etter gjeldende regler er adgang til å opplyse om. Det kan derfor gis bekreftende, men ikke avkreftende svar. Kan det ikke gis bekreftende svar, vil det ikke fremgå av svaret om det ikke har foregått avlytting eller om det av hensyn til etterforskningen ikke kan gis bekreftende svar.¹⁵⁹

Det er ikke noe vilkår i EMK artikkel 8 at den som har vært utsatt for inngrep skal bli informert om dette i ettertid. Det er likevel et vilkår at hjemmelen som tillater inngrep skal være i samsvar med rettssikkerhetsprinsippet. I Klass-dommen¹⁶⁰ la Domstolen særlig vekt på om det fantes tilstrekkelige garantier mot misbruk. Selv om den norske loven, etter min

¹⁵⁷ Jf. Ot.prp. nr.40 (1991-92) s. 43

¹⁵⁸ Forskrift om kommunikasjonskontroll, 31.03.1995 nr.281b

¹⁵⁹ Se Bjerke/Keiserud 2001 s.761-762

¹⁶⁰ Klass m.fl. mot Tyskland, 06.09.1978

mening, i stor grad tilfredsstillende kravene til forutsigbarhet og tilgjengelighet, vil det i tilfeller uten underretning i ettertid være et skjerpet krav til begrunnelse av det konkrete inngrepet.

I tillegg til den rettssikkerhetsgaranti som ligger i at tillatelse til kommunikasjonsavlytting forutsetter rettslig kjennelse, følger det av Kommunikasjonskontrollforskriften § 3 at politimesteren uten opphold skal sende kopi av enhver begjæring og ordre om kommunikasjonskontroll sammen med rettens kjennelse og sakens underlagsdokumenter, direkte til Riksadvokaten. På grunnlag av innberetningen fører Riksadvokaten kontroll med politiets bruk av kommunikasjonsavlytting. Det er også ifølge straffeprosessloven § 216h opprettet et eget utvalg, som har til oppgave å kontrollere politiets og påtalemyndighetens saksbehandling; Kontrollutvalget mottar fra Riksadvokaten politimesterens straksinnberetninger og kvartalsinnberetninger, og fører på dette grunnlag kontroll med politiets begjæringer. Kontrollutvalget mottar også Riksadvokatens årsberetning. På dette grunnlag utarbeides en årsmelding til Justisdepartementet om bruken av kommunikasjonsavlytting. For saker etter straffelovens kapittel 8 og 9 er det et stortingsoppnevnt utvalg som står for kontrollen (EOS-utvalget). Utvalget skal føre kontroll med metodebruken til Politiets sikkerhetstjeneste og utarbeide rapporter som legges frem for Stortinget.

Vi ser at norsk rett her har sikkerhetstiltak mot mulige misbruk, slik som EMK krever på området.

4.3.5 Norsk rettspraksis

Jeg vil nå gjøre rede for noen Høyesterettsavgjørelser som omhandler kommunikasjonskontroll. Dette for å belyse hvordan de norske reglene fungerer i praksis og hvor det i praksis kan oppstå problemer. I og med at to av vilkårene i artikkel 8 annet ledd, at inngrepet skal være begrunnet i et av de nevnte hensyn og "nødvendig i et demokratisk samfunn", må vurderes konkret i forhold til hver enkelt sak, er det interessant å illustrere disse vilkår ved noen konkrete saker.

Rt.2006 s.648 gjaldt spørsmål om det var hjemmel for å beslutte kommunikasjonskontroll dersom siktemålet var å avdekke andre mistenkte. Her hadde mistenkte fått oppnevnt advokat etter straffeprosessloven § 100a, og det var altså denne advokaten som begjærte opphøring. Den mistenkte visste ikke om at han var utsatt for kommunikasjonskontroll, og vi ser her at advokaten ivaretar hans interesser – som et sikkerhetstiltak mot misbruk.

Etter straffeprosessloven § 216c første ledd kan tillatelse til kommunikasjonskontroll bare gis dersom det må antas at slik avlytting eller kontroll vil være av vesentlig betydning for å oppklare "saken". Spørsmålet i dette tilfellet var hvordan man skulle tolke ordet "saken"; skulle ordet forstås slik at det utelukkende var tale om mistenktes eget forhold, eller tok det sikte på det saksforhold som siktedes forhold var en del av? Høyesteretts kjæremålsutvalg var enig med lagmannsretten i at "det ved nettverkskriminalitet må være adgang til å vurdere etterforskningen som en helhet i forhold til vilkårene for kommunikasjonskontroll." I avgjørelsen ble det lagt vekt på flere momenter: oppklaringsbehovet, hensyn til å lette etterforskningen, og at sterke reelle hensyn talte for en slik forståelse av ordlyden. Om kravet til forholdsmessighet, jf. straffeprosessloven § 170a, uttalte kjæremålsutvalget at det ikke var noe i begrunnelsen "som tydet på en uriktig lovtolking".

EMK artikkel 8 ble ikke nevnt i denne kjennelsen. Kjæremålsutvalget tolket ordet "saken" slik at det i tillegg til å gjelde siktedes forhold, også tar sikte på det saksforhold som siktedes forhold er en del av. Det kan stilles spørsmål om loven her er tilstrekkelig presis og forutsigbar. Domstolen har flere ganger vektlagt at dersom loven gir mulighet for ulike tolkinger, er dette et moment som taler for at loven ikke er tilstrekkelig presis. Det er derfor uvisst om en slik tolking av § 216c er i samsvar med konvensjonen.

I Rt.1987 s. 612 klaget en mann til kontrollutvalget for overvåkings- og sikkerhetstjenesten fordi han mente at hans private telefon hadde vært avlyttet av politiet. Etter at utvalget hadde foretatt sine undersøkelser svarte det klageren at Kontrollutvalget var avskåret fra å

gjøre offentlig rede for de konkrete omstendigheter undersøkelsen hadde klarlagt. Kontrollutvalget hadde ikke funnet noe som ga anledning til kritikk av Overvåkingspolitiet. Klageren saksøkte staten og krevde fastslått at han ulovlig hadde vært avlyttet. Staten ble frifunnet både i byrett, lagmannsrett og Høyesterett. Fra Høyesteretts premisser kan siteres:

"Det som særkjenner denne saken, slik den står for domstolene, er at det grunnlagsmateriale som foreligger i tilfelle Lysestøl (klageren) har vært gjenstand for telefonkontroll fra overvåkingspolitiet, ikke gjøres kjent for domstolene. Domstolene kan således ikke få bekreftet eller avkreftet om Lysestøl faktisk er blitt telefonavlyttet. I tilfelle telefonkontroll skulle ha skjedd, legges ikke frem de omstendigheter som har begrunnet denne, således ikke forhørsrettens beslutning. Heller ikke opplyses hvilket materiale eller hvilke vurderinger som for øvrig er lagt til grunn for kontrollutvalgets uttalelse om at forholdet ikke gir anledning til kritikk av overvåkingstjenesten."

Lysestøl henviste ikke til EMK. Høyesterett hadde imidlertid hatt Konvensjonen for øye og bemerket følgende:

"Jeg tilføyer at liknende ordninger ikke er ukjent i andre land som det er naturlig for Norge å sammenligne seg med. Jeg nevner således den ordning som er etablert i Forbundsrepublikken Tyskland og som Den europeiske menneskerettighetsdomstol ikke har funnet å være i strid med Menneskerettighetskonvensjonen. Jeg viser til "Case of Klass and others", avgjort 6. september 1978."

Klass-saken gjaldt klage over den tyske loven som ikke ga hjemmel for underretning i ettertid til dem som hadde vært utsatt for overvåking. Domstolen fant ikke at dette innebar noen krenkelse av artikkel 8. Se omtale ovenfor, kap.4.2.3.

4.3.5.1 Avsluttende kommentar

Avgjørelsene jeg har presentert ovenfor illustrerer inntrykket av at EMK artikkel 8 sjelden påberopes i norsk rett på straffeprosessens område. Likevel mener jeg at disse dommene kan være interessante i forhold til artikkelen. Selv om norsk rett om kommunikasjonskontroll, etter min mening, alt overveiende oppfyller lovskravet etter EMK artikkel 8, vil vurderingen av hvorvidt inngrepet er "nødvendig i et demokratisk samfunn" være konkret for hver enkelt sak.

4.4 Norsk retts regler om romavlytting, herunder forholdet til EMK

Ved romavlytting fanger politiet opp samtaler som foregår inne i det "private rom", altså i en svært privat sammenheng. Romavlytting vil først og fremst foregå ved hjelp av tekniske hjelpemidler; enten ved opptaksutstyr som plasseres i det rom samtalen skal foregå, eller ved at det utenfra rettes mikrofoner mot rommet.

Romavlytting er av EMD ansett som et betydelig inngrep i rettighetene vernet av EMK artikkel 8 første ledd. Vilkårene for at romavlytting skal være konvensjonsmessig fremgår dermed av artikkel 8 annet ledd. Jeg vil nå drøfte hvorvidt norsk rett oppfyller disse vilkårene.

4.4.1 Lovskravet

Romavlytting er i dag i visse tilfelle tillatt med hjemmel i straffeprosessloven § 216m. Denne bestemmelsen om romavlytting ble innført ved lov 17.juni 2005 nr. 87. I følge § 216m kan retten ved kjennelse gi politiet tillatelse til å foreta "annen hemmelig avlytting enn kommunikasjonsavlytting ved tekniske midler". Typisk vil det dreie seg om plassering av mikrofoner, sendere eller opptaksutstyr på et sted hvor siktede antas å ville oppholde seg, enten i lukkede rom eller i friluft. Det åpnes ikke i § 216m for andre former for romkontroll (for eksempel plassering av videokamera i et privat hjem¹⁶¹) enn avlytting.

Lovskravet etter EMK artikkel 8 annet ledd innebærer for det første at regelen må ha basis i nasjonal rett, og at den må være tilgjengelig og forutsigbar. For romavlytting er det etter EMK artikkel 8 et skjerpet krav til hjemmelens presisjon, siden metoden er ansett for å være et betydelig inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 første ledd.

Det er i følge EMD krav om at regelen som tillater inngrepet skal være tilstrekkelig forutsigbar. Dette innebærer at individene, om nødvendig ved hjelp av advokat, har

¹⁶¹ I Rt.1991 s.616 hadde en arbeidsgiver plassert et videokamera i et arbeidslokale. Høyesterett karakteriserte fremgangsmåten som uakseptabel ut fra alminnelige personvern hensyn.

mulighet til å forutse hva slags konsekvenser bestemte handlinger vil få. I følge straffeprosessloven § 216m første ledd, kreves skjellig grunn til mistanke om at vedkommende har gjort seg skyldig i overtredelse av et av de straffebud som er nevnt i paragrafen. Dette dreier seg blant annet om såkalte "almenfarlige forbrydelser" (for eksempel terrorhandlinger), samt alvorlige forbrytelser mot liv, legeme og helbred.

Det finnes flere begrensninger for inngrepet i § 216m i forhold til når inngrepet kan foretas, hvor det kan foretas, og hvordan det kan foretas. For det første må det kunne antas at avlytting vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad ville bli vanskeliggjort. For det andre kan tillatelse bare gis for sted hvor det må antas at den mistenkte vil oppholde seg. For det tredje kan tillatelse til avlytting av offentlig sted eller annet sted som er tilgjengelig for et større antall personer, bare gis når det foreligger særlige grunner. Det samme gjelder ved avlytting av sted hvor advokat, lege, prest eller andre erfaringsmessig fører samtaler av svært fortrolig art, såfremt vedkommende ikke selv er mistenkt i saken. For det fjerde må avlyttingen innrettes slik at den i minst mulig grad fanger opp samtaler hvor den mistenkte ikke er part.

I følge EMD innebærer lovskravet også at inngrepet må være i samsvar med rettsstatsprinsippet. Dette betyr at det må finnes tilstrekkelige og effektive tiltak mot misbruk. Romavlytting skal ifølge § 216m i utgangspunktet avgjøres av retten ved kjennelse. De samme sikkerhetstiltak gjelder for romavlytting som for kommunikasjonskontroll i §§ 216d – 216k, jf. 216m siste ledd. Jeg viser til drøftingen ovenfor i kapittel 4.3.2.

4.4.1.1 En særskilt problemstilling

I følge straffeprosessloven § 216m tillates romavlytting "ved tekniske midler". En problemstilling kan oppstå i forhold til avlytting av den private sfære *uten* tekniske hjelpemidler, eksempelvis dersom politiet lytter gjennom veggen i naborommet eller gjennom et åpent vindu. Slik avlytting omfattes åpenbart ikke av lovens ordlyd. Det har vært hevdet at politiet i kraft av den alminnelige handlefrihet kan lytte ved dørene eller

gjennom veggen uten tekniske hjelpemidler.¹⁶² I følge NOU 2004:6 er denne metoden så inngripende at den i medhold av legalitetsprinsippet krever lovhjemmel.¹⁶³ Utvalget omtaler også forholdet til EMK artikkel 8:

"Metodeutvalget (i NOU 1997:15) legger etter utvalgets syn også for liten vekt på samtalepartners rett til respekt for sin korrespondanse etter EMK art 8 (1). Dersom politiet aktivt innretter seg slik at de kan høre hva to personer forteller i det lukkede rom, vil dette være et inngrep etter EMK artikkel 8 (1). En slik fremgangsmåte krever hjemmel i lov, noe som ikke foreligger per i dag."

Det finnes ikke noen avgjørelser fra EMD som avklarer denne problemstillingen. EMD har ikke sondret mellom romavlytting *med* teknisk utstyr og *uten*. Spørsmålet blir om slik lytting vil blitt ansett av EMD for å utgjøre et inngrep i en av de vernede rettigheter etter EMK artikkel 8 første ledd. På bakgrunn av de dommer som er avsagt av EMD er det, etter min mening, stor sannsynlighet for at for eksempel lytting gjennom veggen i naborommet vil bli ansett for å være et inngrep i privatliv og korrespondanse, også i hjem og familieliv etter omstendighetene. Utvalget i NOU 2004:6 er også av den oppfatning at slik lytting vil være et inngrep i de vernede rettigheter etter artikkel 8 første ledd.¹⁶⁴ Blir slik lytting ansett som et inngrep i en av rettighetene er det, etter min mening, tvilsomt at EMD vil anse det norske politiets praksis for å være tilstrekkelig lovgrunnlag. EMD har i hvert fall ikke godtatt "den alminnelige handlefrihet" som hjemmel for inngrep i de beskyttede rettigheter.¹⁶⁵ EMD har innfortolket krav til lovens kvalitet; loven skal være forutsigbar og tilgjengelig. Den skal være særlig presis når det gjelder romavlytting, og det må finnes tilstrekkelige tiltak mot misbruk. Det er rimelig klart at disse krav ikke er oppfylt når det gjelder den aktuelle metode. Denne praksis er et eksempel på at det kan være tvil om norske regler om romavlytting oppfyller kravene EMK artikkel 8 stiller.

¹⁶² NOU 1997:15 s.78

¹⁶³ NOU 2004:6 s.66

¹⁶⁴ Se sitatet ovenfor.

¹⁶⁵ Malone mot Storbritannia, 02.08.1984

4.4.2 Begrunnelse i et av de hensyn som er nevnt i EMK artikkel 8 annet ledd

Det er et vilkår at romavlyttingen må være begrunnet i et av de hensyn som er nevnt i artikkel 8 annet ledd. Jeg viser her til drøftingene ovenfor i kapittel 3.3.3 og 4.2.2.

4.4.3 Nødvendig i et demokratisk samfunn

Tredje vilkår etter EMK artikkel 8 annet ledd, er at romavlyttingen må være "nødvendig i et demokratisk samfunn". Dette innebærer en avveining av det konkrete inngrepet i forhold til hensynene som begrunner det. Her foretar Domstolen en konkret helhetsvurdering, hvor det spesielt blir lagt vekt på om det finnes tilstrekkelige sikkerhetstiltak mot mulige misbruk av reglene som hjemler inngrep.

Her gjelder de samme sikkerhetstiltak som for kommunikasjonsavlytting.

Straffeprosessloven §§ 216d – 216k gjelder også for romavlytting, jf. § 216m. Tillatelse til å foreta romavlytting kan imidlertid bare gis for 2 uker av gangen, jf. § 216m siste ledd.

Det finnes ingen eksempler på norsk rettspraksis der det har oppstått problemer eller spørsmål i forhold til romavlytting. Dette kan skyldes at reglene er klare, og ikke minst at reglene om romavlytting ved hjelp av tekniske midler har vært i kraft forholdsvis kort tid.

5 Konklusjoner

Jeg har i denne fremstillingen drøftet hvilke krav EMK artikkel 8 stiller til norsk straffeprosess – sett i lys av to utvalgte tvangsmidler; kommunikasjonskontroll og romavlytting.

Jeg har skissert anvendelsesområder for artikkelen ved å vise hvilke områder Domstolen har ansett begrepene "privatliv", "familieliv", "hjem" og "korrespondanse" i artikkel 8 første ledd for å omfatte.

Jeg har gitt en generell fremstilling av unntaksbestemmelsen i annet ledd, som krever at tre vilkår er oppfylt for at et inngrep i rettighetene etter første ledd skal være konvensjonsmessig.

Disse tre vilkårene har jeg gjort rede for generelt, deretter spesifikt i forhold til kommunikasjonskontroll og romavlytting.

Til slutt har jeg drøftet hvorvidt norske regler om kommunikasjonskontroll og romavlytting tilfredsstiller de kravene EMK stiller.

De dommene EMD har avsagt på området viser at disse tvangstiltakene regnes for å være "inngrep" i en eller flere av de vernede rettigheter etter artikkel 8 første ledd. Metodene er likevel akseptert, dersom de tre vilkår i annet ledd er oppfylt; inngrepet må være "i samsvar med lov", begrunnet i et av de nevnte hensyn og inngrepet må være "nødvendig i et demokratisk samfunn".

Det mest konkrete å drøfte i forhold til problemstillingen om hvorvidt norsk rett oppfyller de krav artikkel 8 stiller, har vært vilkåret om at inngrepet må være "i samsvar med lov". I og med at legalitetsprinsippet gjelder for inngrep i borgernes rettssfære, har reglene først og fremst vært å finne i formell norsk lov; straffeprosessloven. Ved å se på en del dommer fra EMD, har jeg vist hva vilkåret om at inngrepet må være "i samsvar med lov" innebærer: Det stilles krav om at inngrepet må ha basis i nasjonal rett. I tillegg må reglene være tilgjengelige og forutsigbare. Denne vurderingen gjøres konkret, blant annet i forhold til hva slags hjemmelsgrunnlag inngrepet har. Dersom inngrepet "bare" har grunnlag i praksis, stilles et skjerpet krav til reglenes forutsigbarhet og tilgjengelighet. Lovskravet innebærer også et vilkår om at reglene må være i samsvar med rettsstatsprinsippet ("the rule of law"). Dette betyr at den nasjonale stat må ha tilstrekkelige rettslige sikkerhetstiltak mot mulige misbruk av reglene som tillater inngrep. Domstolskontroll er å foretrekke.

I og med at de norske reglene som tillater kommunikasjonskontroll og romavlytting er forankret i formell norsk lov, er vi stort sett godt innenfor EMKs krav om at inngrepet må ha "basis i nasjonal rett". Det kan imidlertid oppstå tvil, for eksempel i forhold til romavlytting uten tekniske hjelpemidler.¹⁶⁶ Reglene skal i tillegg være tilgjengelige for hver enkelt person som kan risikere å bli utsatt for inngrep. Det er da viktig å være oppmerksom på at forarbeidene som utfyller lovteksten, ikke er like tilgjengelige som loven. Når det gjelder kommunikasjonskontroll og romavlytting, er det ifølge EMD, et skjerpet krav til at reglene skal være presise og detaljerte. Jeg viste ovenfor at de norske reglene er presise og detaljerte, men at det kan oppstå problemer omkring tolkingen av dem; for eksempel i Rt.2006 s.648 der spørsmålet var hvordan ordet "saken" skulle tolkes.¹⁶⁷

Det neste vilkåret; at inngrepet må være begrunnet i et av hensynene nevnt i artikkel 8 annet ledd, har i følge EMDs praksis vist seg å lede til materiell drøftelse. Selv om hensynene inngrepet kan begrunnes i er uttømmende, er det et meget vidt spekter av

¹⁶⁶ Se drøftingen ovenfor i kap. 4.4.1.1

¹⁶⁷ Se kap.4.3.5 ovenfor

hensyn. EMD har uttalt at staten har en vid skjønnsmargin her. Inngrep i form av kommunikasjonskontroll og romavlytting har oftest vært begrunnet i hensynet til å forebygge uorden og kriminalitet. Hvorvidt inngrepet har vært begrunnet i et av hensynene i artikkel 8 annet ledd må vurderes fra sak til sak. Selv om det i praksis har vært forholdsvis uproblematisk å få konstatert at inngrepet har vært begrunnet i et av hensynene, må dette hensynet vurderes i forhold til selve inngrepet. Dette gjøres i forbindelse med vurderingen av om inngrepet er "nødvendig i et demokratisk samfunn".

Tredje vilkår i EMK artikkel 8 annet ledd er at inngrepet må være "nødvendig i et demokratisk samfunn". Denne drøftingen har vært vanskelig å foreta på generell basis. Her viser EMDs praksis at det foretas en konkret helhetsvurdering av om inngrepet er proporsjonalt med de hensyn som begrunner det. Det foretas en avveining mellom samfunnets og individets interesser, og Domstolen har særlig lagt vekt på om det finnes effektive og tilstrekkelige garantier mot misbruk. Jo mer alvorlig inngrepet er, jo strengere krav stilles til sikkerhetstiltak mot misbruk. EMD har slått fast at kommunikasjonskontroll og romavlytting er alvorlige inngrep i seg selv. Dette fører til at det kreves effektive sikkerhetstiltak mot misbruk av reglene som tillater slike inngrep. Domstolskontroll er å foretrekke. I Norge kreves i de fleste tilfeller rettens kjennelse for å iverksette kommunikasjonskontroll eller romavlytting.

Selv om vurderingen av om kommunikasjonskontrollen eller romavlyttingen er "nødvendig i et demokratisk samfunn" må foretas konkret for hvert enkelt tilfelle, er det viktig å være klar over hvilke momenter som vektlegges av EMD. Det er ikke nok at den norske loven er tilstrekkelig forutsigbar og tilgjengelig. Kommunikasjonskontroll og romavlytting som tvangsmidler i norsk straffeprosess, er betydelige inngrep i borgernes rettigheter etter EMK artikkel 8. Hvert konkrete tilfelle hvor slike tvangstiltak vurderes å iverksettes, skal derfor vurderes i forhold til EMK artikkel 8. Man kan ikke ta for gitt at de krav artikkelen stiller, automatisk er oppfylt ved straffeprosesslovens regler. Selv om Norge ikke er blitt dømt for krenkelse av artikkel 8 i forhold til kommunikasjonskontroll og romavlytting, er det viktig å være oppmerksom på artikkelens betydning for å unngå slik krenkelse.

6 Avslutning

Antallet klager mot Norge til Domstolen har til nå vært få, og det har vært få domfellelser av Norge for brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjonen totalt, ingen når det gjelder artikkel 8. Siden Menneskerettsdomstolen ble opprettet i 1959, har den avsagt totalt 15 dommer i saker mot Norge, hvorav den i 12 dommer konkluderte med krenkelse.¹⁶⁸ Antallet klager relatert til Norge har imidlertid økt i de senere år, og flere av sakene der det er blitt konstatert konvensjonsbrudd har handlet om sentrale samfunns- eller rettsspørsmål. Som eksempel på dette kan nevnes de saker mot Norge i 2003 der det ble konstatert krenkelse av EMK artikkel 6 i forbindelse med uskyldspresumpsjonen.

Selv om Norge har fått få dommer mot seg av Menneskerettsdomstolen sammenlignet med andre konvensjonsstater, er det etter min mening et kontinuerlig behov for å sette fokus på de menneskerettslige forpliktelser vi har påtatt oss, herunder de forpliktelser som følger av artikkel 8 på straffeprosessens område. Kommunikasjonskontroll og romavlytting er områder der det stadig utvikles nye metoder som følge av ny teknologi. Jeg mener det derfor er særlig viktig å foreta en regelmessig vurdering om Norge overholder sine menneskerettslige forpliktelser i forhold til disse tvangstiltakene. Når staten stadig får nye muligheter til å ivareta sine interesser - ofte på bekostning av enkeltindivider, er det viktig å sette fokus også på individenes rettigheter. EMK artikkel 8s vilkår om at inngrepet må være "nødvendig i et demokratisk samfunn" er i denne forbindelse en særlig viktig vurdering. Inngrepet må vurderes i forhold til de samfunnsmessige hensyn som begrunner det. Det er også viktig å sette fokus på rettssikkerheten; det må i følge EMK artikkel 8 finnes tilstrekkelige effektive sikkerhetstiltak mot misbruk av reglene som tillater inngrep.

¹⁶⁸ Tallene er hentet fra HUDOC, Database of the case-law of the European Convention on Human Rights

EMK artikkel 6 var tema i fire klager mot Norge som ble avgjort i 2003, og nå senest 09.11.06.¹⁶⁹ Betydningen av EMK artikkel 6 i norsk rettspraksis før og etter dommene fra 2003 ble avsagt, kan illustrere hvorfor jeg mener det er viktig å sette fokus på artikkel 8: Selv om det til nå ikke foreligger dommer mot Norge for brudd på artikkel 8, viser domfellelsene av Norge i Strasbourg for brudd på artikkel 6 at det kan være behov for korreksjoner også overfor stater som i utgangspunktet har et godt utviklet rettssystem. I denne forbindelse kan det nevnes at flere domfellelser som gjelder andre stater, har ført til endring i norsk lovgivning, og i ennå større grad i norsk rettspraksis, for å bringe norsk rett i samsvar med Konvensjonen. Det er ingen grunn til å tro at de typetilfellende hvor det har blitt konstatert krenkelse mot Norge er uttømmende. Tvert imot må en anta at utviklingen vil stille norske domstoler, og eventuelt også EMD, overfor utfordringer på stadig nye områder. Mer enn noen gang tidligere er det derfor behov for en løpende vurdering både av nasjonal lovgivning og praksis – for å sikre at menneskerettighetene respekteres.

¹⁶⁹ Kaste og Mathisen mot Norge, 09.11.2006

7 Litteratur

Aall, Jørgen (2004): *Rettsstat og menneskerettigheter*. Bergen: Fagbokforlaget.

Bjerke/Keiserud (2001): *Kommentar til Straffeprosessloven*. Oslo: Universitetsforlaget.

Harris, O'Boyle og Warbrick (1995): *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths.

Haugen, Finn (2004): *Strafferett-håndbok*. Oslo: Juristforeningens forlag.

Hov, Jo (1999): *Rettergang II, Straffeprosess*. Oslo: Papinian.

Jacobs/White (2002): *European convention on human rights*. Oxford: Oxford university press

Jebens, Sverre Erik (2004): *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag

Kaasin, Janne (2005): *Statens forpliktelser etter EMK artikkel 3 og 8 når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner*. Oslo. (Juridisk spesialavhandling.)

Kjølbro, Jon Fridrik (2005): *Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*. København: Jurist – og Økonomforbundets Forlag.

Møse, Erik (2002): *Menneskerettigheter*. Oslo: Cappelen Akademiske Forlag.

Trechsel, Stefan (2005): *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford university press.

van Dijk, Pieter og van Hoof, G.J.H. (1998): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Haag: Kluwer Law International.

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet Delutredning II

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed

Ot.prp.nr.10 (1976-1977) Om midlertidig lov om adgang til telefonkontroll ved etterforskning av overtredelser av narkotikalovgivningen

Ot.prp.nr.40 (1991-1992) (endringslov) Straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

Ot.prp.nr.64 (1998-1999) (endringslov) Straffeprosessloven og straffeloven mv (etterforskningsmetoder mv)

Forskrift om kommunikasjonskontroll, 31.03.1995 nr. 281b

8 Register

8.1 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol og kommisjon

Series A – Judgements and decisions, European Court of Human Rights Publications (1961 – 1995).

RJD - Reports of Judgements and Decisions, European Court of Human Rights (fra 1996)

DR - Decisions and Reports, European Commission of Human Rights (1975 – oktober 1998)

EHR- European Human Rights Reports

A mot Frankrike, 23.11.1993. A 277-B (1994)

Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia, 28.05.1985. A 94 (1985)

Ahmut mot Nederland, 28.11.1996. RJD 1996

Airley mot Irland, 09.10.1979. A 32 (1979)

Aliev mot Ukraina, 29.04.2003

Amann mot Sveits, 16.02.2000. 30 EHR

Andersson mot Sverige, 25.02.1992. A 212-B (1991)

Bankovic m.fl. mot Beliga m.fl., 12.12.2001. RJD 2001-XII

Berrehab mot Nederland, 21.06.1988. A 138 (1988)

Boyle mot Storbritannia, 28.02.1994. A 282-B (1994)

Buckley mot Storbritannia, 25.09.1996. RJD 1996

Burghartz mot Sveits, 22.02.1994. A 280-B (1994)

Chapman mot Storbritannia, 18.01.2001. RJD 2001-I

Chappell mot Storbritannia, 30.03.1989. A 152-A (1989)

Colas Est SA mot Frankrike, 16.04.2002

Cossey mot Storbritannia, 27.09.1990. A 184 (1990)

Dudgeon mot Storbritannia, 22.10.1981. A 45 (1982)

Elsholz mot Tyskland, 13.07.2000. RJD 2000-VIII

Fretté mot Frankrike, 26.06.2002. RJD 2000-I

Funke mot Frankrike, 25.02.1993. A 256-A (1993)

Gaskin mot Storbritannia, 24.09.2002. A 160 (1990)

Goodwin mot Storbritannia, 11.07.2002. RJD 1996-II

Guerra m.fl. mot Italia, 19.02.1998. RJD 1998-I

Guillot mot Frankrike, 24.10.1996. RJD 1996

Gül mot Sveits, 19.02.1996. RJD 1996-I

Halford mot Storbritannia, 25.06.1997.

Handyside mot Storbritannia, 07.12.1976. A 24 (1976)

Hatton m.fl. mot Storbritannia, 08.03.2003. 34 EHRR

Hoffmann mot Østerrike, 23.06.1993. A 255-C (1993)

Huvig mot Frankrike, 24.04.1990. A 176-B (1990)

Johansen mot Norge, 07.08.1996. RJD 1996

Johnston m.fl. mot Irland, 18.12.1986. A 112 (1987)

Kaste og Mathisen mot Norge, 09.11.2006

Keegan mot Irland, 26.05.1990. A 290 (1994)

Khan mot Storbritannia, 12.05.2000. RJD 2000-V

Klass m.fl. mot Tyskland, 06.09.1978. A 28 (1979)

Kopp mot Sveits, 25.03.1998. RJD 1998
Kruslin mot Frankrike, 24.04.1990. A 176-A (1990)
Kutzner mot Tyskland, 26.02.2002. RJD 2002-I

Lambert mot Frankrike, 24.08.1998. RJD 1998
Leander mot Sverige, 27.03.1987. A 116 (1987)
Loizidou mot Tyrkia, 18.12.1996. RJD 1996
López Ostra mot Spania, 09.12.1994. A 303-C (1995)

Malone mot Storbritannia, 02.08.1984. A 82 (1984)
Marckx mot Beliga, 13.06.1979. A 31 (1979)
Mostaquim mot Frankrike, 18.02.1991. A 193 (1991)

Niemitz mot Tyskland, 16.12.1992. A 251-B (1993)
Nowica mot Polen, 03.12.2002

Olsson II mot Sverige, 27.11.1992. A 250 (1994)

Peck mot Storbritannia, 28.01.2003. 36 EHRR
P.G og J.H mot Storbritannia, 25.09.2001. RJD 2001-IX
Pretty mot Storbritannia, 29.04.2002. RJD 2002-III

Rees mot Storbritannia, 17.10.1986. A 106 (1987)

Salgueira da Silva Mouta mot Portugal, 21.12.1999. RJD 1999-IX
Silver m.fl. mot Storbritannia, 25.03.1983. A 61 (1983)
Sunday Times mot Storbritannia, 26.04.1979. A 30 (1979)

Tyrer mot Storbritannia, 25.04.1978.

Valenzuela Contreras mot Spania, 30.07.1998. RJD 1998

Velosa Baretto mot Portugal, 21.11.1995. A 334 (1996)

X og Y mot Nederland, 26.03.1985. A 91 (1985)

Z mot Finland, 25.02.1997. RJD 1997

8.2 Avgjørelser fra Høyesterett

Rt.1987 s. 612

Rt.1991 s. 616

Rt.1993 s. 1302

Rt.2006 s.648

