

# Mønsterbesvarelse JUS135 Rettsstat og menneskerettigheter

Eksamen våren 2017

Kandidat: Anonym

*Ikke kommentert*

## **DEL 1:**

### **Domstolskontroll med lovers grunnlovsmessighet og skjønnsmarginen ved prøving av inngrep i EMD**

#### **1. Innledning**

Rettslig prøving av lover og inngrep er en sentral rettsstatsgaranti. Formålet er å utelukke vilkårlighet og sikre at rettssystemene bygger på rammene som er oppstilt. Når det gjelder EMD sin prøving av konvensjonsmessigheten av inngrep utgjør det en elementær funksjon for å imøtekomme ambisjonene i fortalen om en "felles forståelse og etterlevelse" av rettighetene og pliktene som er fastlagt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Domstolskontroll med lovers grunnlovsmessighet er utslag av lex superior prinsippet og har til formål å sikre at lovgiveren ikke går utenfor sin forfatningsbestemte kompetanse.

Både EMK og Grunnloven bygger på forutsetninger om ivaretagelse av rettsstatsprinsipper i en samtidig utvikling med demokratiet. Disse hensynene kan bli stående i en spenning mot hverandre. Oppgaven søker å belyse momenter som danner grunnlaget for å avveie disse fra et overordnet perspektiv. Før de konkrete faktorene som påvirker prøvingsintensiteten presenteres, vil det først bli redegjort kort for det rettslige grunnlaget og innholdet i kontrollen med lover og inngrep.

#### **2. Hoveddel**

##### *2.1 Rettslig grunnlag og innledende avklaringer*

###### 2.1.1 Grunnloven

Det rettslige grunnlaget for Høyesteretts prøving av lovers grunnlovsmessighet følger av Grunnloven § 89.

Bestemmelsen ble inntatt i 2015 som en kodifisering av tidligere konstitusjonell sedvanerett som først kom til uttrykk ved Wedel Jarlsberg-dommen i 1866 og siden er fulgt opp i praksis som "en rett og plikt". Vedtakelsen av § 89 mente ikke å forandre rettstilstanden, snarere hadde det et pedagogisk formål i form av å synliggjøre grensene for statsmaktene i Grunnloven.

Innholdet i domstolskontrollen er at lover som er i strid med Grunnloven skal settes til side i den enkelte sak. Hvorvidt den siden skal oppheves, endres eller om Grunnloven skal endres er opp til lovgiver.

Rekkevidden i domstolskontrollen ble kraftig utvidet ved vedtakelsen av menneskerettighetskatalogen i Grunnloven kapittel E i 2014. Med vedtakelsen av § 92 fulgte spørsmålet om ordlyden "sikre ... og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter" innebar at samtlige traktater om menneskerettigheter ble gitt Grunnlovs rang, med den virkning at lover som står i strid med det innholdet må settes til side som Grunnlovsstridige. Høyesterett kom i Holship-dommen (2016) til at en slik tolkning ikke kunne være korrekt til

tross for motstridende og uklare uttalelser i forarbeidene.

Følgelig er det Grunnloven alene som utgjør prøvingsgrunnlaget for kontroll med lovers grunnlovsmessighet. Likevel med den følge som er forutsatt i Rt-2015-93 (Maria) og Lønning-utvalget om at grunnlovsrettigheter som har en internasjonal tvillingbestemmelse i EMK skal tolkes i lys av denne og tilhørende praksis. Høyesterett har imidlertid av suverenitetsbetraktninger for å ivareta muligheten til å i fremtiden avstå fra uønsket rettsutvikling, inntatt en reservasjon mot å binde seg til fremtidig praksis for EMD. Det er et likevel et sentralt siktemål å unngå domfellelser i internasjonale håndhevingsorgan som EMD slik at det er grunn til å holde norsk rett innenfor rammene som trekkes opp der.

### 2.1.2 EMK

Skjønnsmarginen er etablert og utviklet gjennom praksis i EMD, se blant annet Sunday Times-dommen og Handyside-dommen. Det er vedtatt (men ikke ikrafttrådt) en 15 tilleggsprotokoll hvor skjønnsmarginen skal inngå i konvensjonens fortale. Teoretikere hevder at dette vil være en kodifisering av praksis uten en tilsiktet realitetsendring. Det heter i teksten at statene skal ha en skjønnsmargin med hensyn til gjennomføring av konvensjonen og at EMD skal spille en rolle som overvåkende kontrollorgan.

Hvorvidt et inngrep er i samsvar med EMK beror på en konkret vurdering av om det er i samsvar med lov, er formålsbestemt og oppfyller kravet til forholdsmessighet. Det er særlig ved vurderingen av om inngrepet forfølger et legitimt formål og står i en rimelig balanse til forholdet at skjønnsmarginen aktualiseres, jf. Olsson mot Sverige. Befinner en seg på et område med en vid skjønnsmargin må ikke staten påvise like overbevisende grunner for inngrep som når gjelder inngrep på rettighetsområder med en snever skjønnsmargin.

Det sentrale innholdet i skjønnsmarginen er at statene tilstås et handlingsrom med hensyn til hvordan inngrep kan foretas og hvilke formål som i tilstrekkelig grad kan begrunne inngrep i konvensjonsbeskyttede rettigheter. Dette handlingsrommet påvirker i hvilken grad EMD foretar en selvstendig kontroll av inngrepets konvensjonsmessighet eller om det foretas en kontroll med om fremgangsmåten i nasjonal rett har vært tilstrekkelig betryggende.

## 2.2 Rettighetsområde

Praksis fra både Høyesterett og EMD viser at hvilket rettighetsområde tvisten knytter seg til har betydning for hvor inngående den etterfølgende prøvingen av rettsanvendelsen er. På dette feltet kommer særlig spenningen som kan oppstå mellom demokrati og rettssikkerhet til syne.

### 2.2.1 Høyesterett

Kløfta-dommen (Rt-1976-1) markerer en tredeling; rettigheter som angår den personlige integritet, økonomiske rettigheter og regler som angår forholdet mellom statsmaktene med tilhørende kompetanseregler. I den ene enden står de personlige rettighetene som kan ha så stor betydning for den enkelte at rettssikkerheten må gå foran den demokratiske legitimiteten lover har. I motsatt ende befinner reglene som bestemmer forholdet mellom statsmaktene seg. Mellom disse står økonomiske rettigheter.

En inngående prøving fant sted i Krigsforbryterdommen (Rt-2010-1445) hvor Høyesterett kom til at på strafferettens område var en så nær den enkeltes integritet at det var viktigere å prioritere rettssikkerhet fremfor demokratihensynet. Saken gjaldt pådømmelse av en krigsforbrytelse fra Bosnia-krigen. Norsk strafferett var endret etter at handlingene fant sted slik at handlingene samlet kunne dømmes som ett forhold. Høyesterett kom likevel til at dette

var i strid med tilbakevirkningsforbudet i § 97 selv om strafferammen var lik. Det måtte nemlig være mer inngripende å bli dømt for krigsforbrytelser enn enkeltstående tilfeller av mord, frihetsberøvelser mv. Dommen viser at Høyesterett foretar en inngående prøving av en lovs grunnlovsmessighet når den gjelder den personlige frihet og integritet.

Grunnloven § 94 bestemmer at frihetsberøvelse ikke skal utgjøre et "uforholdsmessig" inngrep. Sammenholdt med norsk lovgivningstradisjon hvor det angis strafferamme med nedre og øvre grense, kan det reises spørsmål om det i en konkret sak hvor det gjør seg gjeldende kvalifisert formildende omstendigheter, fører til at anvendelse av nedre strafferamme likevel er et uforholdsmessig inngrep. Etter ordlyden har Høyesterett helt klart denne kompetansen i lys av Grunnloven § 89. Når det i tillegg er tale om en rettighet som er så vidt sentral som den personlige frihet kan det tilsi en prøving av straffelovens grunnlovsmessighet i konkrete saker. En slik adgang er likevel kontroversiell og spørsmålet er så langt ikke reist for domstolene. De lege ferenda kan en tenke seg en inngående kontroll på dette punkt for å unngå frifinnelser begrunnet i at strafferammen er for høy.

De økonomiske rettighetene er ansett for å ha en slags mellomposisjon. Typen rettighet gir dermed ikke i seg selv opphav til særlig veiledning med hensyn til prøvingsintensiteten. Carl I. Hagen-dommen (HR-2016) viser imidlertid at det ved spørsmål om tilbakevirkning av regulering som griper inn i pensjonsrettigheter utsettes for en inngående domstolskontroll. Dette kan imidlertid ha stor sammenheng med at saken gjaldt § 97 som skranke for lovgivningen som har voldt stor tvil og usikkerhet i norsk rettspraksis.

Gjelder det imidlertid regler som er bestemmende for forholdet mellom statsorganene utviser Høyesterett tilbakeholdenhet i prøvingen, jf. Hvalavgiftsaken (1952). Saken dreide seg om delegasjon av lovgivningskompetanse og Høyesterett kom til at delegasjonen var forsvarlig i lys av kontrollmuligheter og vek således tilbake fra en inngående prøving.

### 2.2.2 EMD

I likhet med Høyesterett tar EMD utgangspunkt i typen rettighet når den skal fastlegge statens skjønnsmargin ved inngrep. Sondringen mellom ulike rettighetsområder materialiserer seg i et spørsmål om hvor inngripende og betydningsfulle inngrep det er tale om.

Spørsmål om moral utvises det tilbakeholdenhet mot å overprøve, jf. A, B, C mot Irland. Saken gjaldt spørsmålet om nektelse av abort utgjorde et inngrep i kvinnenens rett til privatliv vernet i art. 8. Spørsmålet var politisk betent i Irland, men en folkeavstemning sto bak gjeldende lovgivning. I mangel på europeisk konsensus på området utviste EMD en tilbakeholden rolle i prøvingen.

Helse er et rettighetsområde hvor EMD normalt tilstår statene en vid skjønnsmargin. Et grensetilfelle kom opp i Hristozov-dommen. Klagen gjaldt nektelse av en terminal kreftpasient fra å delta i et forskningsprosjekt med testing av ny medisin. Deltakelsen ble avvist av staten under hensyn til at legemiddelet enda ikke var autorisert. Flertallet i EMD kom til at det lå innenfor statens skjønnsmargin å avvise klageren uten at det var et inngrep i hans rett til liv. Mindretallet på sin side fant at de ressursmessige hensyn som er hovedårsaken til at helserettigheter normalt ligger innenfor skjønnsmarginen ikke gjorde seg gjeldende når tilbudet for klageren ikke utløste en plikt for staten til å gå inn med ressurser. Dommen markerer at det kan anlegges et nyansert perspektiv selv om et rettighetsområde normalt fører til lav prøvingsintensitet.

En rekke dommer viser til at når en befinner seg på området for art. 3 som er et absolutt forbud tilstås statene ingen skjønnsmargin. Det uttales blant annet i A m.fl. mot Storbritannia at selv om det er tale om å gripe inn overfor personer som utgjør en stor trussel mot den nasjonale sikkerhet i form av terrorisme, kan det ikke under noen omstendighet berettige inngrep i det reservasjonsløse forbudet mot tortur. Inngrep er dermed helt utelukket på dette området.

## **2.3 Lovgivers vurderinger**

### *2.3.1 Høyesterett*

At lovgivers vilje tillegges vekt i vurderingen av om en lov er i samsvar med Grunnloven følger av sentrale demokratibetraktninger. Det er den folkevalgte nasjonalforsamling som er ansvarlig for å utpensle lovverket.

Praksis fra Høyesterett viser at lovgivers vurdering av om en lov går klar Grunnloven i utgangspunktet spiller en stor rolle, jf. Kløfta. Imidlertid må det kunne stilles kvalitetskrav til disse vurderingene. Er ikke konsekvenser av loven vurdert eller bygger vurderingene på en misforståelse om hvem som forulempes av lovreguleringen, kan lovgivers vurdering ikke spille en stor rolle i vurderingen av grunnlovsmessigheten, jf. Rt-2007 (Tomtefeste).

Videre har det betydning om lovgiver i vurderingen av grunnlovsmessigheten har tatt utgangspunkt i korrekt rettslig vurdering, jf. Rt-2010-143 (Rederiskatt). I et spørsmål om tilbakevirkning hadde lovgiver vurdert saken i henhold til normen om uegentlig tilbakevirkning mens Høyesterett etter en konkret vurdering fant at tilbakevirkningselementet var så sterkt at det var tale om egentlig tilbakevirkning. Grunnlovsmessigheten bygde dermed på en annen vurdering enn den lovgiver hadde tatt utgangspunkt i som etterlatte lovgivers vurderingen uten noe vekt.

Flere lover har til hensikt å regulere ressursbruk og herunder Stortingets bevilgende myndighet. Ved vurderingen av om slike lover er i strid med Grunnloven er det særlig grunn til å legge vekt på lovgivers vilje for å ikke rokke ved maktfordelingen. I Borthen-dommen fremgår det at på trykderettens område er det grunn til å vektlegge lovgivers vurderinger fordi det i stor grad setter føringer for deres bevilgende myndighet.

### *2.3.2 EMD*

Gjennom menneskerettighetsloven § 3 har Norge en plikt til å sørge for at lover som vedtas ikke står i strid med våre folkerettslige forpliktelser, jf. forrangsregelen. Lovgiverviljen bak denne regelen er så klar at lover som strider med menneskerettstraktater må settes til side, jf. Rt-2005-833. Saken gjaldt spørsmålet om uskyldspresumsjonen med hensyn til en regel om objektivt straffansvar for seksuell omgang med mindreårige. Det gikk frem av lovens forarbeider at forholdet til EMK art. 6 (2) var grundig overveiet. Likevel ble loven satt til siden på grunn av mrl. § 3. Et avvik mellom norsk rett og EMD ved opprettholdelse av loven i så henseende ville ikke vært akseptert av EMD på grunn av uskyldspresumsjonens sentrale betydning.

EMD går ikke konkret inn på en vurdering av om lovgiveren i nasjonal rett har intendert samsvar med EMK. Det legges likevel stor vekt på statenes gjennomføring og fremgangsmåte ved inngrep dersom de har foretatt en vurdering av konvensjonsmessigheten i samsvar med vilkårene som er fastlagt gjennom praksis i EMD, jf. Lillo- Stenberg og Sæther.

## **2.4 Andre faktorer som påvirker prøvingsintensiteten i EMD**

EMD har anlagt en bred vurdering når det gjelder å vurdere skjønnsmarginen i den konkrete saken. Disse momentene kan ikke gjenfinnes i Høyesteretts praksis når det gjelder vurderingen av lovers grunnlovsmessighet.

### *2.4.1 Europeisk konsensus*

EMD har i sin praksis lagt betydelig vekt på om det kan vises til europeisk konsensus. I en dom om korporlig avstraffelse mot barn la EMD betydelig vekt på at tiden var løpt i fra slik utvikling. Når handlingene dertil kom i strid med barnas rettigheter etter EMK kunne ikke slike inngrep tillates å være hjemlet i nasjonal rett under henvisning til skjønnsmarginen. Dommen gir uttrykk for at europeiske utviklingstendenser kan være bestemmende for skjønnsmarginen og prøvingsintensiteten med den følge at det må vises til sterke grunner for å tillate inngrep som utviklingen har gått i motsatt retning av.

### *2.4.3 Nærhet til begivenheten*

Hvorvidt det er behov for nærhet til inngrepet som står til vurdering kan være bestemmende for om skjønnsmarginen er vid eller snever. Det finnes utstrakt praksis om omsorgsovertakelse og barnevernsaker i EMD. En rekke kryssende hensyn gjør seg gjeldende når det gjelder fastleggelse av prøvingsintensiteten. På den ene siden er det tale om saker som er preget av hastverk og dermed krever nærhet til saken, slik at argumentet om at statene er "better placed" i stor grad gjør seg gjeldende, jf. Handyside. Mot dette står hensynet til at det kan gjelde inngrep i barnas integritet og foreldrenes rett til familieliv. Rettighetene en står overfor er så fundamentale at det til tross for raske avgjørelser foreligger et behov for intensiv prøving.

## **3. Avslutning**

De to prøvingsformene har det felles formålet om å sikre at rettsanvendelsen skjer innenfor på forhånd fastlagte rammer i henholdsvis forfatningen og EMK. Fremstillingen viser at særlig hvilket rettighetsområde tvisten knytter seg til har stor betydning for intensiteten i prøvingen med lov og inngrep. EMD anlegger imidlertid et bredere perspektiv for å vurdere hvor intensivt den konkrete sak skal prøves. Dette kan ses som et utslag av at EMK skal fungere som en overordnet rettferdighetsnorm som gjelder på et stort geografisk område mens Høyesteretts kontroll med lovers grunnlovsmessighet kun handler om maktutøvelsen i nasjonal rett.

Der domstolen kommer til kort i sin posisjon til å foreta inngående prøvinger av henholdsvis loven og inngrepet, foretas det både i Høyesterett og EMD kontroll med rammene for myndighetsutøvelsen, jf. Hvalavgift-saken smh. Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge.

## **DEL 2:**

Saken står mellom Muhammed og den norske stat og dreier seg om utsendelse fra Norge.

Nasjonale rettsmidler er uttømt og klagen står nå for behandling i EMD, jf. EMK art. 35, jf. art. 34. Klagen reiser en rekke rettslige spørsmål som vil bli behandlet i det følgende.

Muhammed anfører at det var i strid med konvensjonen å holde ham fengslet i så lang tid i forbindelse med en eventuell utsendelse.

"Enhver" har rett til "personlig frihet", jf. art. 5 (1). Det utledes av ordlyden et vern mot å bli sperret inne med tvang. Det må trekkes en grense nedad mot bevegelsesfriheten som er regulert i 4 TP art. 2.

Rettigheten tilkommer "enhver" som oppholder seg på riket, jf. art. 1. I og med at Muhammed befinner seg på norsk territorium har han denne retten i behold. Han er innelåst i fengsel og det er ikke tvilsomt at dette utgjør en frihetsberøvelse, jf. Novotka.

En frihetsberøvelse er lovlig dersom den er i samsvar med fremgangsmåte foreskrevet ved lov og faller innenfor et tilfelle som er bestemt i art. 5 (1) bokstav a-f. Partene er enige om at myndighetene har gått frem i samsvar med loven.

Art. 5 (1) bokstav f åpner for frihetsberøvelse "med sikte på" utsendelse eller utlevering.

Det er truffet vedtak om utvisning av Muhammed og Norge har mottatt utleveringsbegjæring fra en annen stat. Følgelig er det ikke tvilsomt at det er grunnlag for utsendelse.

Spørsmålet er om frihetsberøvelsen skjer "med sikte på" gjennomføring av dette formålet. Etter ordlyden må det være en reell mulighet for at utsendelse på et tidspunkt kan gjennomføres.

Her er det ikke tvilsomt at det herjer en usikker situasjon med hensyn til risiko for tortur i mottakerlandet som ved eksterritoriell virkning av art. 3 står i veien for utsendelse, jf. Soering-dommen.

Likevel ser norske eksperter en viss bedring i forholdene. Videre viser staten tidlig handlingsevne ved at menneskerettskonvensjoner blir ratifisert.

Samlet er det klart at utsendelse vil kunne være mulig gjennom diplomatisk samarbeid.

Spørsmålet er likevel om Muhammed ved frihetsberøvelse i halvannet år ble holdt frihetsberøvet for lenge.

EMD har i sin praksis innfortolket et krav til forholdsmessighet, jf. A mfl. mot Storbritannia.

Saken gjaldt utlevering av en gruppe mennesker som var anklaget for å være tilknyttet terroristnettverket Al-Qaida. EMD kom til at praksis for tortur i mottakerstaten var så utbredt samtidig som det ikke ble utvist noen vilje til å endre på dette. Da måtte det tidlig ha vært klart for Storbritannia at utsendelse ikke ville skje og fortsatt frihetsberøvelse var da uforholdsmessig.

EMD tillot likevel frihetsberøvelse på nærmere to år i Chahal-saken fordi staten til enhver tid aktivt handlet med sikte på å få gjennomført utsendelsen.

En frihetsberøvelse utgjør et stadig større inngrep overfor den enkelte. Forholdsmessighetsbetraktninger tilsier da at det ligger på staten å hele tiden påvise et grunnlag for å holde ham frihetsberøvet. Reguleringen av frihetsberøvelse i art. 5 skal dessuten verne den enkelte mot å bli utsatt for vilkårlig maktutøvelse. Dette tilsier at når det ikke lenger er grunnlag eller behov for frihetsberøvelsen, skal den opphøre. Formålet bak bokstav f er å ha kontroll på de som ikke lenger har gyldig opphold i riket og at utsendelsen

kan gjennomføres effektivt så snart det muligheter for det.

Det springende punkt er om det var nødvendig å holde Muhammed fengslet i halvannet år hensett til den samfunnsmessige interessen i utsendelse og mulighetene for fullbyrdelse.

I forholdsmessighetsvurderingen er det relevant å se hen til sannsynligheten for at vedkommende kan sendes ut, hvorvidt staten aktivt handler for å få gjennomført utsendelse og om lempeligere midler kan ivareta hensikten med inngrepet i friheten. Skjønnsmarginen på området for inngrep i den personlige frihet er snever slik at EMD foretar en fullstendig prøving av konvensjonsmessigheten.

Jf. ovenfor ser norske eksperter en viss bedring i forholdene. Dette tyder på at en bør avvente ytterligere bedring fordi utviklingen går i retning av at det er trygt med utsendelse.

Videre må det ha betydning at norske myndigheter umiddelbart etter at Muhammed hadde sonet ferdig dommen våre 2013 tok kontakt med mottakerstaten med sikte på å få garantier for at han ikke ville bli utsatt for umenneskelig behandling ved utsendelse. Denne kontakten ble gjentatt ved to anledninger høsten 2013. Dette viser at staten var aktpågivende og utviste gjennomføringsvilje som taler mot at fengslingen var uforholdsmessig, sml. Chahal.

Mot dette kan det vises til at Norge har forholdt seg passiv fra de mottok første forsikring i april 2014 og frem til de fikk et nytt frem i november 2014 med utleveringsbegjæringen. Denne gangen kom initiativet fra hjemlandet og Norge har således ikke foretatt aktive skritt i denne perioden overhodet.

Passiviteten er imidlertid begrunnet i at uavhengige eksperter og observatører følger situasjonen tett, generelt og i forbindelse med avgjørelsen av straffesiktelsen mot Muhammed. All den tid det handler om realitetene i forholdene ved utsendelse snarere enn formalitetene som bygges på forsikringer fra styresmaktene, må norske myndigheter anses for å ha opptrådt aktivt i hele denne perioden.

Det kan stilles spørsmål ved om lempeligere midler, i form av meldeplikt eller lignende, på tilsvarende måte kunne ha vært tilstrekkelig til å sikre formålet. Det er ikke holdepunkter i faktum for å si at så var tilfelle.

Myndighetenes pågående aktivitet for å innhente adekvate forsikringer kan i dette tilfellet veie opp for inngrepet i Muhammeds rett til frihet, jf. art. 5 (1) f.

Det konkluderes med at frihetsberøvelsen av Muhammed med sikte på utsendelse var i samsvar med EMK art. 5 (1) bokstav f.

Spørsmålet i det følgende er om utsendelsen av Muhammed var i strid med konvensjonen. EMK art. 3 oppstiller en skranke mot å sende ut personer til land hvor det er "substantial grounds" for at han løper en risiko for å bli utsatt for konvensjonsstridig mishandling, jf. Chahal. Dersom utsenderstaten kan motta tilstrekkelig betryggende forsikringer om at en slik risiko ikke er til stede, vil utsendelse likevel være i samsvar med konvensjonen.

Muhammed hevder at myndighetene ikke hadde hatt tilstrekkelig grunn til å stole på forsikringene som var avgitt fra mottakerstaten.

Det følger av Tharakhel-dommen at forsikringer om at vedkommende ikke vil bli utsatt for handlinger som er i strid med konvensjonen må ettergås av utsenderstaten. Hvorvidt forsikringene kan danne grunnlag for å vurdere en utsendelse som konvensjonsmessig beror på kvaliteten av dem, hvem som er avgiver og omstendighetene ellers.

Forsikringen som kom i april 2014 hvor det ble vist til at internasjonale menneskerettighetskonvensjoner var ratifisert ikke kan være tilstrekkelig kan det raskt konstateres at ikke var tilstrekkelig. Forsikringen er generell og gir ikke grunnlag for å si at den behandlingen Muhammed ble utsatt for før han kom til Norge ikke lenger vil finne sted.

Det følger av Vilvarajah-dommen at når en utsendelse er effektivt er det de objektive holdepunktene som forelå ved utsendelse som danner grunnlaget for vurderingen av forholdene og forsikringene, det er ikke et spørsmål om det senere viste seg at forsikringene ikke holdt. Saken gjaldt utsendelse til Sri Lanka hvor klagerne hadde vist til en forfølgelsesfare. Ved utsendelse hadde ikke staten funnet holdepunkter for at slik fare forelå og ellers mottatt betryggende forsikringer fra mottakerstaten. Det kunne ikke spille inn i vurderingen at vurderingene viste seg å slå feil når de bygget på objektive grunnlag - og overført til foreliggende sak kan det ikke direkte ha betydning at Muhammed ikke enda er utsatt for tortur.

Spørsmålet er om forsikringene Norge mottok i november 2014 og som ble anvendt som grunnlag for utsendelse var tilstrekkelig betryggende.

På dette tidspunktet hadde de tidligere forsikringene blitt gjentatt. Det følger likevel klart av faktum at selv etter de første forsikringene var ikke tilstanden slik at utsendelse ikke ville lede til krenkelse av art. 3. Norske eksperter så en viss bedring, men på enkelte punkter var forholdene ikke i samsvar med torturforbudet. Dette tilsier at det heller ikke på et senere tidspunkt er grunn til å feste lit til forsikringene som springer ut av ratifikasjonen i mottakerstaten.

Mottakerstaten viser videre til at når domfellelse har funnet sted vil han ikke utsettes for mishandling. Sammenholdt med at rettssaken mot en av hans medtaltale er utsatt som følge av behov for avhør av Muhammed, kan det stilles spørsmål ved om det er realitet i forsikringene.

Som norske eksperter peker på er det særlig i forbindelse med avhør av terrormistenkte at brudd på torturforbudet forekommer. Når Muhammed fremdeles kan være gjenstand for avhør når han sendes ut kan det stilles spørsmål ved om han er sikret fra slik mishandling.

Forsikringene som gis er likevel mer spesifiserte i sin art. De angår direkte Muhammed og hans situasjon når han ankommer landet. Dette kan tas til inntekt for at myndighetene kan feste tillit til dem.

På den annen side fremsettes de i sammenheng med at Muhammed skal fullbyrde straffen sin. Utleveringsinstituttet er sentralt for global håndhevelse av strafferettspleien slik at fanger ikke unndrar seg straff eller straffefølgelse. Imidlertid kan det bli for effektivt ved at staten har et sterkt ønske om å straffe vedkommende og dermed gir uttrykk for forsikringer som ikke er holdbare.

I og med at Amnesty og andre uavhengige organer hele tiden har fulgt situasjonen og sett bedring kan det ha gitt grunn for Norge til å stole på forsikringene som nå er gitt. Imidlertid er



de ikke kjent med forholdene Muhammed vil sendes til i fengsel. Til dette har imidlertid mottakerstaten avgitt selvstendige erklæringer om at han ikke vil bli utsatt for noen form for mishandling.

En helhetsvurdering gir uttrykk for at omstendighetene fører til at Muhammed ikke lenger løper en reell fare for å bli utsatt for mishandling i strid med art. 3. Dommen er avsagt og han er gitt individuelle garantier mot mishandling i fengsel.

Konklusjonen er at myndighetene hadde tilstrekkelig grunn til å stole på forsikringene med den følge at Norge ikke har krenket art. 3 på dette punktet.

Muhammed anfører videre at straffen han var idømt i mottakerstaten var umenneskelig.

Norge kan bli dømt for brudd på art. 3 gjennom dens eksterritorielle virkning dersom forholdene i mottakerstaten er så graverende at klageren står i fare for å bli utsatt for mishandling som kvalifiserer under art. 3, jf. Soering- dommen.

Det følger av EMK art. 32 at domstolens jurisdiksjon begrenser seg til "tolkning og anvendelse" av konvensjonen med tilhørende protokoller.

I dette ligger en avgrensning mot å foreta en direkte innholdskontroll med nasjonal rett. Særlig på strafferettens område har EMD vært tilbakeholden mot å prøve innholdet i straffen fordi konvensjonsstatene har ulike tradisjoner og ulik historisk bakgrunn som grunnlag for strafferetten.

Etter Jabari-dommen er det klart at art. 3 også hindrer utsendelse til gjennomføring av en straff som kan kategoriseres som umenneskelig. Saken gjaldt en kvinne som i Irak var dømt til steining for utroskap. EMD foretok her en direkte innholdskontroll av straffen og dens forholdsmessighet holdt opp mot handlingen som lå til grunn for den.

Muhammed er idømt er livsvarig med mulighet for behåding av "helsemessige eller lignende grunner".

I Vinter-dommen foretok EMD en innholdskontroll av straff som var pålagt i en konvensjonsstat. Spørsmålet som forelå til behandling var om livsvarig fengsel uten noen mulighet for løslatelse lå innenfor rammene av forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende straff i art. 3.

Den preventive effekten straff har, og som er nødvendig for effektiv håndhevelse, kunne tilsi at det ved helt spesielle omstendigheter kunne være mulig å idømme en slik straff.

Mot dette innvendte EMD at rehabiliteringshensyn, som det i europisk sammenheng er konsensus om at er et hensyn bak straff, ble undergravet når motivasjonsgrunnlaget for endring var borte. På denne bakgrunn fant EMD at det måtte være en mulighet til å, på et senere tidspunkt, få prøvd om vilkårene for fengsling fremdeles var til stede, selv om dette ikke skal være en garanti for løslatelse på noe tidspunkt. Fravær av en slik mulighet til håp utgjorde "umenneskelig ... straff" i strid med art. 3.

Det springende punkt er om straffen Muhammed er idømt er "umenneskelig" og følgelig i strid med art. 3.

Det følger av ordlyden "umenneskelig" at det må være tale om en straff som overstiger en terskel av alvorlig og lidelse. Etter Kudla-dommen må grensen trekkes ut fra varigheten av straffen, intensiteten samt den fysiske og psykiske påkjennelsen. I samsvar med Vinter-dommen verner art. 3 også om en rett til håp.

Straffen er satt til å vare livet ut for Muhammed. Faktum gir ingen opplysninger om alder men det kan utledes fra faktum at han er i arbeidsfør alder og dermed har mange gjenstående år igjen. Dette tilsier at inngrepet får langvarig virkning.

Intensiteten er også betydelig ettersom straffen skal gjennomføres i et fengsel. Isolert sett leder ikke dette til umenneskelig behandling under den erkjennelse av at det er behov for straff i en rettsstat og frihetsberøvelse er en viktig gjennomføringsmetode.

Det daglige arbeidstilbudet tyder på at det er mulig å etablere en meningsfylt og rehabiliterende hverdag under soningen. Dette taler for at straffen ikke er umenneskelig.

På den annen side må dette ses i sammenheng med at intensiteten i frihetsberøvelsen tiltar med styrke når det aldri vil lede til løslatelse enda hvor mye Muhammed endrer seg.

Ukentlige besøk kan videre gjøre soningsforholdene mindre umenneskelige fordi det tillater kontakt med omverdenen. Dette trekker i retning av at straffen ikke er umenneskelig.

Benådingsmuligheten Muhammed har knytter seg til hans fysiske tilstand og påvirkes ikke av hans endring og forbedring hva gjelder mulighet til å utføre straffbare handlinger. Dette tilsier at den rehabiliterende funksjon undergraves i likhet med i Vinter-dommen, til tross for at det er mulig å etablere en i noen grad meningsfylt hverdag under soningen.

Det avgjørende må være at straffen Muhammed er dømt til har klare likhetstrekk med Vinter-dommen. Det sentrale der var at enhver må ha en rett til håp som motivasjon for endring. Uten mulighet for prøveløslatelse forsvinner den rehabiliterende effekten straff har. Dette står seg likt til tross for benådingsadgangen som ikke påvirkes av Muhammeds subjektive sider eller oppførsel under straffegjennomføringen.

Straffen kan følgelig karakteriseres som "umenneskelig" i strid med det absolutte forbudet i art. 3.

Konklusjonen er at Norge må holdes ansvarlig for å ha bidratt til at Muhammed er utsatt for en umenneskelig straff i strid med art. 3, jf. Chahal-dommen.

Muhammed anfører endelig at myndighetene ved utsendelsen medvirket til at han nå måtte sone på grunnlag av en rettsprosess som var "unfair".

Etter EMK art. 5 (1) bokstav a kan en person frihetsberøves når det er en følge av domfellelse i en kompetent domstol. I og med at en frihetsberøvelse som bygger på dom ikke innholdsmessig overprøves av EMD på grunn av skjønnsmarginen som i alminnelighet gjelder for straffutmåling, stilles det krav til at domfellelsen har skjedd i samsvar med de

kvalitetskrav som stilles til den i art. 6.

EMK art. 6 bestemmer at en straffesiktelse skal avgjøres etter en rettferdig rettergang.

Sammenholdt med art. 1 gjelder garantien kun på "myndighetsområde" til den enkelte stat. Norge har således ikke adgang til å stille konvensjonskrav til stater som ikke er part til EMK. I rettspraksis er det imidlertid åpnet for at enkelte rettigheter kan utgjøre skranker mot utsendelse dersom en står i fare for at disse krenkes, jf. Soering-dommen. Saken gjaldt en engelsk statsborger som var dømt for drap i USA. Ved utsendelse ville han bli sittende på "death row" i påvente av fullbyrdelse av dødsstraffen. EMK kom til at det nevnte fenomen var så fryktelig at det kvalifiserte under art. 3 og Storbritannia ville bli dømt for brudd på art. 3 ved utsendelse.

Othman-dommen utvider dette vernet og peker på at en "flagrant denial of justice" i mottakerstaten kan gjøre staten utsenderstaten ansvarlig for brudd på rettergangskravene i art. 6. Etter ordlyden er det et vilkår at det er tale om en åpnebar underminering av rettferdighet, sett i et helhetsperspektiv.

Det kan følgelig konkluderes med at art. 6 i tilfeller av åpenbart mislighold av rettferdighetsnormen kan utgjøre en skranke mot utsendelse og således ha eksterritoriell virkning.

Muhammed står overfor en straffesiktelse og art. 6 (1) kommer dermed til anvendelse. Etter art. 6 (1) stilles det krav om at domstolene er "uavhengige". Uavhengighetskravet skal særlig ivareta at domstolen i den konkrete sak dømmer uten instruksjoner eller påvirkning fra de andre statsmaktene.

Etter EMD sin praksis benyttes en objektiv norm for å vurdere uavhengighet, jf. Hauschildt. Det avgjørende er om dommerne gir et tilstrekkelig betryggende uttrykk utad for at de ikke står i noe avhengighetsforhold eller tilknytningsforhold til andre statsorganer.

Spørsmålet er om spesialdomstolen som benyttes for å avgjøre straffesiktelsen mot Muhammed utad fremstår som uavhengig, jf. art. 6 (1).

Fire embetsdommere er utpekt av justisministeren. Dommere som utpekes til enkeltsaker kan føle et press om å dømme i en på forhånd avgjort retning for å ivareta et godt forhold til den som utpeker. Dette fører til at det kan trekkes i tvil om dommerne utad fremstår som uavhengige og objektive.

Gjennom denne ordningen får dessuten justisministeren anledning til å påvirke utfallet i saken ved å utpeke dommere som i særlig grad sympatiserer med påtalemyndigheten.

Hvorvidt offiserer (med militærbakgrunn) kan utøve en uavhengig funksjon som dommere kan det reises spørsmål ved. Militæret er tilknyttet den utøvende makt og kan ha interesser i saken som påvirker en objektiv vurdering av saken og dens parter.

Statene må imidlertid tilstås en viss skjønnsmargin med hensyn til gjennomføring av rettsaker som i særlig grad truer den nasjonale sikkerheten til landet. Dette tilsier at det i noen grad er adgang til å lempe på kravene som normalt stilles til en domstols uavhengighet i form av at det velges blant et utvalg som er kvalifisert til å håndtere denne typen saker, typisk

sikkerhetsklarerte.

Hensynet kan likevel ikke få gjennomslag her som følge av at tilfældighetsprinsippet ikke er ivaretatt. Særlig når saken gjelder domstolenes autoritet og rettergangskrav har EMD kompetanse til å prøve statenes inngrep og fremgangsmåte slik at skjønsmarginen er snever til tross for formålet om å verne nasjonal sikkerhet, jf. Sunday Times-dommen og Airey-dommen.

Alle dommerne i saken har følgelig tilknytning til den utøvende makt. I en rettsstat stilles det strenge krav til maktfordelingen og varsomhet mot å tre inn på andres myndighetsområder slik at organene kan utøve kontrollfunksjoner mot hverandre og på den måten forhindre maktkonsentrasjon. Dette må sies å være det grunnleggende kravet bak uavhengige domstoler.

Når denne grunnleggende balansen er rokket ved gjennom at dommerne har tilknytning til den utøvende makt, kan ikke uavhengighetskravet her være oppfylt. Dersom det i realiteten er samme organ som håndhever loven overfor den enkelte for senere å kontrollere denne håndhevingen i rettssystemet forsvinner domstolens rolle som en objektiv etterprøvingsinstans.

Det kan følgelig konstateres å foreligge et brudd på kravet til uavhengige domstoler i art. 6 (1).

Videre er Muhammed pådømt in absentia.

Spørsmålet er om art. 6 oppstiller en rett for den siktede til å være tilstede under hovedforhandling. Da ordlyden er taus på dette punkt er spørsmålet om det kan innfortolkes en slik rett i kravet om at rettergangen skal være "rettferdig".

Ordlyden av rettferdig favner vidt men markerer et krav om likhet.

En grunnleggende del av likhetsprinsippet slik det er utledet av rettferdighetsnormen er at siktede har en rett til å imøtegå påstander, jf. kontradiksjonsprinsippet. Dette prinsippet kommer videre til uttrykk gjennom minsterettighetene som er fastlagt i art. 6 (3) og gjelder for straffesaker. Ivaretagelse av disse rettighetene forutsetter tilstedeværelse. Tolkningen har støtte i praksis fra EMD.

Det kan følgelig konkluderes med at det gjennom rettferdighetsnormen i art. 6 kan utledes en rett til å være tilstede ved avgjørelsen av en straffesiktelse mot seg.

Spørsmålet er om denne retten er tilsidesatt av myndighetene i hjemlandet til Muhammed.

I utleveringsbegjæringen påpeker hjemlandet til Muhammed at det var viktig at han var til stede i egen rettssak. På den ene side er det klart at det gir uttrykk for at mottakerstaten ønsker å handle i samsvar med grunnleggende rettferdighetsprinsipper.

Faktum forstås likevel slik at det var mulig å føre saken om Muhammed på et senere tidspunkt da dette ble gjort i en sak mot en fjerde tiltalt ble utsatt på grunn av at Muhammed ikke hadde bli avhørt om denne personens rolle enda.

Manglende velvillighet til å ivareta Muhammeds tilstedeværelse utsletter betydningen det kunne ha at det ble påpekt av staten selv at det var viktig at han var der.

Det kan ikke anlegges et perspektiv om at Muhammed har gitt avkall på sin rett til tilstedeværelse fordi det ikke vil være i samsvar med offentlige interesser, jf. Hermi og Idalov. Retten har en selvstendig plikt til å sørge for at rettsprosessen som helhet fremstår som rettferdig og når den grunnleggende retten til å delta er tatt vekk utgjør det en krenkelse av art. 6 som ikke kan korrigeres.

Delkonklusjon er at avholdelsen av hovedforhandling uten Muhammed til stede er i strid med "fairness"-normen i art. 6.

Videre anføres det av Muhammed at domfellelsen er bygget på forklaringer fra medtiltalte som hadde vært utsatt for tortur.

Observatører under rettssaken mente å ha klare holdepunkter for å si at flere av de tiltalte under hovedforhandlingen så ut til å ha vært utsatt for tortur. Faktum gir her uttrykk for en forutsetning om at Muhammeds medtiltalte er utsatt for tortur. Som følge av rapporter fra landet om at tortur er utbredt måte å fremskaffe bevis legges dette til grunn.

Art. 6 stiller ingen eksplisitte krav til hvilke bevis som kan danne grunnlag for domfellelse. Spørsmålet er om det leder til en rettferdig rettergang å bygge en domfellelse på torturbevis.

En kontekstuell tolkning av rettferdighetskravet i art. 6 tilsier at konvensjonen utgjør en ramme for hvilke bevis som er lovlige. Art. 3 forbyr tortur og det kan utledes av formålet bak den om å nekte mishandling i den hensikt å få vedkommende til å avgi opplysninger og lignende, at slik bevis ikke kan tillates. En slik tolkning har støtte i Othman-dommen.

Dommen fremholder at det kan stilles både etiske og rettslige spørsmål ved anvendelse av tortur fremskaffet ved bevis. På den etiske siden kan det pekes på at dersom slike bevis benyttes, anerkjennes også bruken av tortur. Hensett til den formelle universelle enigheten om at tortur er uønsket, jf. FN-konvensjonen om tortur, er det helt klart grunn til å være prinsipielle og på den måte fullstendig avskjære muligheten til å anvende slikt bevis.

Rettslig kan det pekes på at tortur innebærer så uutholdelig smerte at det kan tenkes at den som utsettes for slik mishandling vil si det meste for å unnsnippe. Hvorvidt opplysninger som fremkommer som en følge av tortur er korrekt kan dermed trekkes i tvil. Dette taler sterkt for at slikt bevis ikke kan underbygge en domfellelse.

Anvendelse av bevis fremskaffet ved tortur underminerer kravet om rettferdighet.

Delkonklusjon er at å bygge domfellelsen på bevis fremskaffet ved tortur er i strid med art. 6.

Spørsmålet er om manglende uavhengighet i domstolen, domfellelse in absentia og en domfellelse som bygger på bevis fremskaffet ved tortur kvalifiserer som en "flagrant denial of justice", jf. Othman-dommen.

Ordlyden peker på et markert avvik fra den en kan forvente etter art. 6. Det må således avgrenses mot de mer bagatellmessige overskridelsene. Synspunktet har mye for seg ettersom det er tale om å gi en bestemmelse eksteritoriell virkning og således påvirke

konvensjonsstatenes ansvar utover eget jurisdiksjonsområde.

De fortløpende vurderingene av de ulike krenkelsene av art. 6 gir alle uttrykk for alvorlige overtredelser som røkker ved det grunnleggende kravet til rettferdighet. Når disse ses kumulativt er det klart at straffen Muhammed nå soner er basert på en rettsprosess som var "unfair".

Når rettsprosessen utgjør en "flagrant denial of justice" stiller det seg likt med grunnlaget for frihetsberøvelsen.

Konklusjonen er at Norge har bidratt til at Muhammed soner en straff på grunnlag av en rettsprosess som var "unfair", i strid med EMK art. 6.