

Eksamen 2011

Praktikum følger først. Deretter teori.

Praktikum.

Saken står mellom Peder og den norske stat.

Peder krever fastsettelsesdom for at hans rettigheter etter EMK er krenket, som følge av overvåkingen, pågripelsen, frihetsberøvelse og fengslingen.

Innledningsvis påpekes at staten er objektivt ansvarlig for alle tjenestemenn, jf. bl.a. Olsson. I første rekke vurderes om overvåkingen medfører konvensjonsbrudd overfor Peder.

Dette kan vurderes både i lys av EMK art.10 og 11. Det følger av praksis fra EMD at art.11 er ansett som en effektivisering og lex specialis av art.10, jf. bl.a. E mot Frankrike.

I det følgende vurderes saken etter art.11.

Det følger av EMK art.11 at ”Enhver har rett til fritt å delta i fredelige forsamlinger...”. Ordlyden ”Enhver” tilsier at rettighetene i art.11 tilkommer alle, uavhengig alder, kjønn m.v. Rettighetene i art.11 tilkommer Peder.

Spørsmålet blir da om overvåkingen av Peder utgjorde et inngrep i Peders ”...rett til fritt å delta i fredelige forsamlinger...”.

Etter ordlyden har man et rettslig vern til fritt å delta i demonstrasjoner m.v. uten at myndighetene griper inn. Ordlyden ”fredelige forsamlinger” avskjærer artikkelens virkeområde mot demonstrasjoner med ethvert tilsnitt av uroligheter og vold.

I vår sak framgår at under demonstrasjonen hadde det blitt framsatt trusler, samt enkelte voldelige episoder. Peder hadde også kastet flere råtne tomater på en ambassadebil. Dermed har demonstrasjonen et voldelig, samt ikke fredelig budskap. Etter ordlyden i art.11, synes dermed ikke demonstrasjonen å være vernet.

Imidlertid må vi ha for øye at vi står overfor en demonstrasjon med et politisk budskap. Politiske ytringer nyter et særlig sterkt vern etter EMK art.10, jf. bl.a. Lingens. Sett i lys av at art.11 er å anse som effektivisering og lex specialis av art.10, tilsier dette at politiske ytringer nyter et tilsvarende vern etter art.11. Dette tilsier således at terskelen for hva som er ”fredelig forsamling” etter art.11 må lempes.

I vår sak kan ikke Peders handling – kaste råtne tomater på en ambassadebil – sees på som særlig voldelig e.l. I lys av at terskelen for hva som er ”fredelig forsamling” må lempes, taler dette i retning av at demonstrasjonen var vernet etter art.11.

På den annen side er det sentralt at Peder hadde en baner det stod ”Straff Israel nå”. Dette slagord oppfordrer til sanksjoner med tilsnitt av vold mot Israel, det israelske folk m.v. I denne sammenheng påpekes at ingen av konvensjonsrettighetene skal kunne bli tolket slik at de ”tar sikte på å ødelegge noen av de friheter og rettigheter...” som er i EMK, jf. EMK art.17. Videre er det sentralt at et bærende hensyn bak EMK er likhet og toleranse, jf. bl.a.

EMK's fortale. Vi ser dermed at den baneren Peder har, direkte undergraver fundamentale rettigheter og friheter bak EMK. Momentet trekker i retning av at demonstrasjonen ikke er vernet etter EMK art.11.

Etter en konkret vurdering sluttes at demonstrasjonen ikke er vernet etter EMK art.11. Konklusjonen blir da at den norske stat ikke har krenket Peders rettigheter etter EMK art.11, ved å overvåke demonstrasjonen.

Videre vurderes om pågripelsen utgjør et inngrep i Peders rettigheter etter EMK. Det følger av EMK art.5 at "Enhver har rett til personlig frihet...". Det kan kort legges til grunn at rettighetene i art.5 tilkommer Peder, jf. "Enhver". Den rettslige problemstillingen blir om pågripelsen av Peder utgjør et inngrep i Peders "rett til personlig frihet".

Etter ordlyden har man et rettslig vern til å bevege seg fritt, uten at myndighetene griper inn. Denne forståelsen av ordlyden støttes imidlertid ikke helt av praksis fra EMD, jf. særlig Engel. EMD la her til grunn at man må foreta en konkret helhetsvurdering ut fra inngrepets art, varighet, virkning og gjennomføringsmåte.

I tråd med omfattende og entydig praksis fra EMD er fysisk innesperring ansett som kjerneområdet til art.5, jf. bl.a. Engel, Vasileva, Witold Litwa med flere. Dette gjelder også kortvarig innesperring, jf. særlig Witold Litwa og Vasileva. I Witold Litwa ble 6 timer fysisk innesperring ansett som frihetsberøvelse. I Vasileva ble 13 og ½ time ansett som frihetsberøvelse.

Overført på vår sak får dette betydning ved at Peder ble varetektsfengslet i et døgn. Dermed ser vi at Peder ble fysisk innesperret i om lag 24 timer. I lys av EMD's standpunkt i Witold Litwa og Vasileva, ligger dermed varetektsfengslingen – tross det korte tidsrom – i kjernen av EMK art.5.

Dermed sluttes at pågripelsen av Peder utgjør et inngrep i Peders "rett til personlig frihet". Pågripelsen kan imidlertid være konvensjonsmessig. Den må da være gjennomført i samsvar med en "framgangsmåte foreskrevet ved lov", samt falle innunder et av alternativene i art.5(1)a-f.

Av faktum framgår at Peder erkjente at inngrepet var gjennomført i tråd med nasjonal rett. Dette forhold er ikke nærmere bestridt mellom partene. Dermed legges til grunn at inngrepet er gjennomført i samsvar med en "framgangsmåte foreskrevet ved lov". Videre må inngrepet falle innunder et av alternativene i art.5(1)a-f. I vår sak aktualiseres alternativ c.

Etter dette alternativet kan myndighetene gjennomføre "pågripelse...av en person for å stille ham for den kompetente rettslige myndighet på grunn av rimelig mistanke om at han har begått en straffbar handling...".

Det kan kort legges til grunn at Peder ble pågrepet for å bli stilt for "kompetente rettslige myndigheter".

Videre har kameraene filmet at det var Peder som kastet tomatene på bilen. Det kan dermed legges til grunn at det er "rimelig mistanke om at" Peder kastet tomater på en ambassadebil.

Spørsmålet blir om det at Peder kastet tomatene på ambassadebilen kvalifiserer som ”straffbar handling”.

Etter ordlyden må det foreligge mistanke om at vedkommende har begått en handling som kvalifiserer som straffbart. Her må vi imidlertid rette blikket mot den engelske konvensjonstekst, som taler om ”offence”. Etter denne ordlyden må det foreligge en kriminell handling av et kvalifisert omfang, med hensyn til handlingens grovhet og alvorlighet. Praksis fra EMD har ikke kommet med konkrete uttalelser om det skal innfortolkes et slikt nedre krav i begrepet ”offence”. I teorien er spørsmålet omtvistet. Hensynet til effektivt individvern mot statsmakten – som er et bærende hensyn bak EMK – tilsier likevel at det må innfortolkes en nedre terskel av grovhet knyttet den aktuelle handling, for at myndighetene skal kunne frihetsberøve personer.

I vår sak kastet Peder tomater på en ambassadebil. I seg selv synes dette ikke å være en handling av særlig grovhet eller voldelighet. Det vises i denne sammenheng til at en tomat ikke kan gjøre nevneverdige skader på en alminnelig bil. Dette trekker i retning av at vi ikke står overfor en ”straffbar handling”.

Videre vises til at Peder er dømt for en lovovertrødelse som retter seg mot ”lite skadeverk”. Etter ordlyden retter denne bestemmelse seg mot milde skader. Dette understrekes også av bestemmelsens strafferamme på maksimalt tre måneder. Selv om denne bestemmelsen ikke sier noe direkte om Peders handling eller evt. skader på bilen, synliggjør denne bestemmelse etter sin ordlyd at det er tale om et mildt forhold. Momentet tas til inntekt for at terskelen for ”straffbar handling” ikke er overskredet.

Etter en konkret vurdering sluttet at det at Peder kastet tomatene på ambassadebilen ikke kvalifiserer som ”straffbar handling”.

Alternativt hjemlet myndighetene pågripelsen av Peder, for å hindre at han begikk en alvorlig straffbar handling.

Det følger av EMK art.5(1)c at myndighetene også kan pågripe personer der det er ”...nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling...”. Spørsmålet blir om pågripelsen av Peder var ”...nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling...”.

Etter ordlyden kan myndighetene pågripe personer der dette er påkrevd for å hindre at vedkommende begår en straffbar handling. Etter ordlyden kan det synes som om det åpnes for en viss adgang til preventiv arrest. Isolert trekker dette i retning av at pågripelsen av Peder var ”...nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling...”.

Her må vi imidlertid ha for øye at pågripelsen må være ”nødvendig” for å ”hindre” Peder i å begå en straffbar handling. Etter ordlyden oppstilles en streng kvalifisert terskel om at det må foreligge årsakssammenheng mellom pågripelsen og avverging av et straffbart forhold. Denne forståelsen støttes av praksis fra EMD. I forlengelse av dette framgår av entydig praksis fra EMD at preventiv arrest kun faller innunder art.5(1)c, dersom det er konkrete forhold som tilsier at en pågripelse er nødvendig for å hindre en straffbar handling. Dette er typisk der politiet har innsikt i konkrete planer.

I vår sak er det på det rene at det ikke foreligger noen konkrete planer fra Peder om å begå en straffbar handling. Rett nok bar han en baner med slagordet ”Straff Israel nå”. Imidlertid kan

dette ikke sies å være en konkret plan om at Peder skal begå en straffbar handling. Synspunktet støttes av at Peder ble sluppet ut av fengselet allerede dagen etter pågripelsen. I lys av omfattende og entydig praksis fra EMD trekkes dette i retning av at pågripelsen av Peder ikke var "...nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling...". Etter dette sluttes at pågripelsen av Peder ikke var "...nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling...".

Dermed faller ikke pågripelsen av Peder inn under EMK art.5(1)c. Øvrige alternativer i art.5(1)a-f aktualiseres ikke.

Konklusjonen blir at den norske stat har krenket Peders rettigheter etter EMK art.5, ved å pågripe ham.

Videre vurderes om frihetsinnskrenkningen utgjør et inngrep i Peders rettigheter etter EMK. Den rettslige problemstilling blir om frihetsinnskrenkningen overfor Peder utgjør et inngrep i Peders "rett til personlig frihet", jf. art.5.

Som nevnt viser ordlyden til et rettslig vern til å bevege seg fritt, uten myndighetenes inngripen. Imidlertid må det foretas en konkret helhetsvurdering ut fra tiltakets art, virkning, varighet og gjennomføringsmåte, jf. Engel. Vi må imidlertid trekke en grense nedad til 4TP art.2, om bevegelsesfriheten. Grensen mellom EMK art.5 og 4TP art.2 ligger i tiltakets grad og intensitet, og ikke i tiltakets art eller type, saml. flertallet og mindretallet i Guzzardi. I forhold til tiltakets art må man her se hen til hvilke bevegelsesrestriksjoner man er underlagt. I Aygün ble forbud mot å forlate kommunen Stockholm i en måned ansett som en innskrenkning i bevegelsesfriheten etter 4 TP art.2. Det vises også til Guzzardi, hvor opphold på en 2,5 kvadratkilometer stor øy i 16 mnd ble ansett som frihetsberøvelse etter EMK art.5 etter EMD's flertall.

I vår sak framgår at Peder ble pålagt å ikke forlate Oslo by. Slik sett er bevegelsesrestriksjonene pålagt overfor Peder strengere, tilsvarende i Aygün. Vi ser dermed at de frihetsinnskrenkninger Peder er pålagt, har betydelige likhetstrekk med Guzzardi. I lys av standpunktet til flertallet av EMD i Guzzardi, trekkes dette i retning av at vi står overfor en frihetsberøvelse etter EMK art.5.

Videre må tiltakets virkning vektas. Her er Guzzardi illustrerende. Flertallet vektla særlig at Guzzardi var under kontinuerlig politioppsyn, pålagt portforbud, og hadde begrenset kontakt med sine venner og familie. Som nevnt kom flertallet til at det forelå en frihetsberøvelse etter art.5.

Overført på vår sak får dette betydning ved at Peder var pålagt å ha mobiltelefonen på, samt å besvare alle henvendelser fra politiet. Hensikten med dette var å enkelt kunne oppspore Peder. Videre framgår at Peder ble pålagt å møte personlig på politistasjonen hver tirsdag og fredag. Ut fra dette ser vi at Peder er under kontinuerlig oppsyn fra politiet. Videre framgår også at forbudet mot å forlate Oslo by, satte stopper for hans muligheter til å besøke sine foreldre. Ut fra dette ser vi at det er betydelige likheter med vår sak, og Guzzardi. Momentet tas til inntekt for at vi står overfor en frihetsberøvelse etter EMK art.5.

Videre må tiltakets varighet vektas. I vår sak framgår ikke hvor lenge påbudene pålagt Peder skal vare. Dette må sies å innebære en psykisk belastning for Peder. Momentet trekkes i retning av at vi står overfor en frihetsberøvelse overfor Peder etter EMK art.5.

Endelig må tiltakets gjennomføringsmåte vektes. Med dette siktes til hvordan myndighetene har gått fram, se bl.a. Witold Litwa hvor det ble utøvd makt for å gjennomføre tiltaket. I vår sak framgår ikke at myndighetene har gått fram på en særlig tyngende eller hardhendt måte. Tiltakets gjennomføringsmåte bidrar dermed ikke til den foreliggende sak.

Etter en konkret helhetsvurdering er spørsmålet noe tvilsomt. Likevel synes påbudene – særlig etter sin art og virkning – å tilsi at vi står overfor en frihetsberøvelse i EMK art.5's forstand. Dermed sluttes at frihetsinnskrenkningene overfor Peder utgjør et inngrep i Peders "rett til personlig frihet", jf. art.5.

Inngrepet kan imidlertid være konvensjonsmessig. Det må da være gjennomført i samsvar med en "framgangsmåte foreskrevet ved lov", samt falle innunder et av alternativene i art.5(1)a-f.

Det er ikke omstridt mellom partene at inngrepet var gjennomført i samsvar med nasjonal lov. Dermed legges til grunn at inngrepet var gjennomført i samsvar med en "framgangsmåte foreskrevet ved lov".

Videre er påbudene ilagt av tingretten. Dermed faller frihetsberøvelsen av Peder innunder alternativ a, jf. "frihetsberøvelse av en person som er domfelt av en kompetent domstol". Som utgangspunkt er da frihetsberøvelsen konvensjonsmessig. EMD har imidlertid innfortolket en forholdsmessighetsvurdering etter alternativene etter EMK art.5(1). EMD har imidlertid tatt avstand fra å innfortolke en forholdsmessighetsvurdering etter art.5(1)a. Dette av hensyn til statenes suverenitet som vil bli tråkket for nær ved en

forholdsmessighetsoverprøving av domstolenes ilagte straffer/frihetsberøvelser m.v. Konklusjonen blir da at selve frihetsinnskrenkingen overfor Peder ikke utgjorde en krenkelse av Peders rettigheter etter EMK art.5.

Endelig vurderes om fengslingen av Peder utgjorde et konvensjonsbrudd. I vår sak er det tale om varetektsfengsling av Peder. Spørsmålet gjelder ikke selve hovedforhandlingen. Dermed aktualiseres EMK art.5.

I første rekke vurderes om det at Peder ikke var til stede under rettsmøtet, utgjorde en krenkelse av Peders rettigheter etter EMK art.5.

Det følger av EMK art.5(2) at "Enhver som blir pågrepet, skal straks bli underrettet...om grunnene for pågripelsen og om eventuell siktelse mot ham".

Etter ordlyden skal den pågrepne gis innsikt i de grunner som gjør at han er pågrepet. Ordlyden gir ikke anvisning på om den pågrepne har rett til å være tilstede under selve fengslingsmøtet. Det følger imidlertid av praksis fra EMD at man her må underforstå en slik rett. Videre inneholder art.5(2) de samme hovedkriterier som etter EMK art.6, om "rettferdig rettergang", med noen tilpasninger.

Spørsmålet blir da om det at Peder ikke var tilstede under fengslingsmøtet medførte en krenkelse av de rettigheter Peder har etter art.5(2), i lys av praksis fra EMD.

Innledningsvis påpekes at en ubetinget rett til å være tilstede under fengslingsmøtet har ikke den pågrepne. Man må her avveie hensynet til kontradiksjon og rettssikkerhet generelt, mot

hensynet til effektivitet. Hensynet til effektivitet står sentralt under art.5, jf. omfattende praksis fra EMD. Dette fordi man befinner seg på et tidlig stadium av saken.

I vår sak er det nærliggende at det at Peder ikke var tilstede under fengslingsmøtet vil svekke hensynet til hans kontradiksjon og rettssikkerhet generelt. Dette understrekes særlig av at Peders advokat ikke hadde kunnskap om Peders reise.

På den annen side er det sentralt at politiet har søkt å få tak i Peder i en uke. Dermed har politiet søkt å oppfylle Peders mulighet til å være tilstede under fengslingsmøtet. Videre er det sentralt at Peder faktisk har en advokat ved fengslingsmøtet, som ivaretar hans rettssikkerhet som sådan. Dette tilsier at Peders rettssikkerhet er tilfredsstillende ivaretatt, sett i lys av myndighetenes behov for effektivitet av saken på dette tidlige stadium.

Etter dette slutes at det at Peder ikke var tilstede under fengslingsmøtet ikke medførte en krenkelse av de rettigheter Peder har etter art.5(2), i lys av praksis fra EMD. Videre vurderes om det at Peder – en måned etter fengslingsmøtet – ble pågrepet uten nytt rettsmøte, utgjør et konvensjonsbrudd.

Det følger av EMK art.5(4) at den frihetsberøvede "...skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt blir avgjort av en domstol...".

Etter ordlyden har den frihetsberøvede rett til en hurtig behandling av frihetsberøvelsens lovlighet. Etter ordlyden kan det dermed synes som om det ikke er noe konvensjonsstridig ved å sette Peder rett i fengsel, uten nytt rettsmøte.

EMD har imidlertid – av hensyn til et effektivt individvern – innfortolket en rett til den frihetsberøvede til å få prøvet saken med jevne mellomrom.

Den rettslige problemstilling blir om det at Peder ble satt rett i fengsel, innebærer en krenkelse av den rett Peder har til jevnlig prøving etter art.5(4), jf. omfattende praksis fra EMD. Av praksis fra EMD framgår at siktede har krav på å få prøvet saken jevnlig, om lag en gang i måneden. Hyppigere prøvelse kan tenkes der det har vært en endring av sakens faktiske og/eller rettslige grunnlag, jf. praksis fra EMD.

I vår sak hadde det gått akkurat en måned fra Peder ble ilagt dommen om varetektsfengsling, til han reelt ble fengslet. I lys av praksis fra EMD, tilsier dette således at Peder har krav på et nytt rettsmøte.

Videre må det forhold at fengslingen av Peder går fra å være en ren formalitet, til å bli en realitet, sies å være en faktisk endring av saken. Momentet trekker i retning av at Peder har krav på ny behandling av saken for tingretten.

Etter en konkret vurdering slutes at det at Peder ble satt rett i fengsel, innebærer en krenkelse av den rett Peder har til jevnlig prøving etter art.5(4), jf. omfattende praksis fra EMD. Konklusjonen blir da at den norske stat har krenket Peders rettigheter etter EMK art.5(4).

Teori:

Statens positive sikringsplikt.

Staten skal ikke bare avstå fra å gjøre inngrep. Staten er også pålagt en positiv plikt til å sikre de rettigheter og friheter konvensjonen oppstiller.

I det følgende vil det gis en oversikt over de ulike positive sikringsplikter staten er pålagt. Framstillingen vil belyse generelle aspekter ved den positive sikringsplikten, samt spesielle faktorer som påvirker rekkevidden av den positive sikringsplikten.

Hvorfor en positiv sikringsplikt.

Ved at staten er pålagt ikke bare å avstå fra å gjøre inngrep i konvensjonsrettighetene, men også å aktivt sikre konvensjonsrettighetene, effektiviseres konvensjonsvernet betydelig. Dette har stor betydning da det ikke bare er myndighetene selv som kan gjøre inngrep i konvensjonsrettighetene, men også private, jf. bl.a. Osman. Videre er det heller ikke upraktisk at naturskapte trusler kan utgjøre en risiko som kan medføre inngrep i konvensjonsrettigheter, se bl.a. Budayeva.

Grunnlaget for den positive sikringsplikten.

Den positive sikringsplikt framgår av EMK art.1, jf. ”skal sikre”. Etter denne ordlyden skal staten ikke bare avstå fra å gjøre inngrep i konvensjonsrettigheter, men staten er også pålagt en positiv plikt av konvensjonsrettighetene. Dette er klassifisert som den dobbelte gjennomføringsforpliktelse. Denne tolkning av ordlyden var lenge noe uvisst, men må sies å være en sikker tolkning i dag, jf. bl.a. Osman, Budayeva m.fl.

Retter vil blikket mot norsk rett, står GrL.§110c sentralt. Etter denne bestemmelse skal norske myndigheter ”respekttere og sikre” menneskerettighetene. Denne bestemmelse slår etter sin ordlyd direkte fast både den negative og den positive sikringsplikt. Det er likevel noe uvisst hvilken rekkevidde denne bestemmelse i seg selv har. Av mer direkte betydning for den positive sikringsforpliktelse for norske myndigheter er imidlertid mensrkl.§§3, jf. 2. Her slås fast at EMK skal gjelde som norsk lov, samt gå foran ved motstrid. Dette har stor betydning de denne bestemmelse – mensrkl.§3 – medfører en betydelig effektivisering av EMK, jf. bl.a. Rt-2005-833.

Ulike typer av statens positive sikringsplikt.

Grovt sett kan man sortere dette i fire kategorier. Dette er preventive tiltak, avveining mellom motstridende interesser, effektiv lovgiving og effektiv etterforskning.

Preventive tiltak:

Her er Osman prejudikatet. Dermed anvendes denne som illustrasjon i det følgende. Osmansaken gjaldt en lærer som hadde et psykotisk forhold til en elev. Det hele endte med at læreren skjøt og drepte elevens far. Spørsmålet for EMD var om myndighetene hadde sviktet sin positive sikringsplikt av farens rett til liv etter EMK art.2. EMD oppstilte da en to-leddet vurdering. For det første om det forelå en reell og overhengende risiko om konvensjonsbrudd, som staten viste eller burde vist om. Og for det andre, om staten hadde iverksatt adekvate tiltak som med rimelig utsikt ville forhindret risikoen i å materialisere seg. Første spørsmål blir når det foreligger en reell og overhengende risiko.

I Osman kom EMD til at det ikke forelå en reell og overhengende risiko. Dette fordi læreren var undersøkt av en psykolog hele tre ganger. Psykologens konklusjon var at læreren var frisk.

Videre hadde læreren utført en rekke hærverk mot den avdødes hage. Dette utgjorde imidlertid ingen reell og overhengende risiko for drap mot avdøde.

Av dette kan vi slutte at det må foreligge en kvalifisert nedre terskel av omstendigheter som konkret tilsier at vedkommende vil begå et konkret konvensjonsbrudd.

Neste spørsmål blir hva som skal til for at myndighetene viste eller burde vist om den aktuelle risiko.

Hva myndighetene viste om beror på hva myndighetene hadde positiv kjennskap til. I Budayeva hadde myndighetene mottatt en rapport som konkluderte med en stor rasfare, som kunne ta liv. Myndighetene viste da om risikoen for ras som kunne ta liv.

Hva myndighetene burde vist om beror på en konkret aktsomhetsvurdering. I tråd med praksis fra EMD må man her ikke spørre seg om hva en tjenestemann eller offentlig organ burde vist om. Det avgjørende er en kumulering av all den kunnskap alle i staten som sådan satt inne med.

EMD har i en rekke saker både lempet og skjerpet terskelen for hva myndighetene burde vist om.

I Keenan tok en person selvmord. Da risikoen kom fra avdøde selv, vanskeliggjorde dette myndighetenes oppgave om å verne om avdødes liv. EMD lempet dermed myndighetenes aktsomhetsplikt.

I en annen sak var A plassert på samme celle som B. B var voldsdømt. Det hele endte med at B drepte A. Ved spørsmål om myndighetene hadde brutt sin positive sikringsplikt av A's rett til liv, vektla EMD at myndighetene hadde plassert A i samme celle som en farlig person. Dette skjerpet myndighetenes aktsomhetsplikt.

Neste spørsmål blir hva som skal til for at myndighetene har iverksatt adekvate tiltak som med rimelig utsikt ville forhindret den konkrete risiko.

I tråd med EMD's vurderinger i *Ärtze für das Leben* er det avgjørende ved denne vurdering ikke om myndighetene har nådd det tilsiktede mål – verne den aktuelle rettighet. Avgjørende er om myndigheten har iverksatt adekvate tiltak som med rimelig utsikt ville forhindret den aktuelle risiko. Myndighetene er m.a.o. pålagt en innsatsforpliktelse.

EMD har generelt slått ned på total passivitet fra myndighetenes side, som brudd på den positive sikringsplikt, se bl.a. Lopez Ostra og Önerydiz.

Imidlertid framgår av Budayeva og Osman at det avgjørende er om myndighetene er pålagt en umulig eller disproporsjonal byrde.

Ved denne vurdering må man avveie tre forhold. Dette er for det første hvilken rettighet det er tale om å gripe inn i, og sannsynligheten for at risikoen materialiserer seg i skade. For det andre myndighetenes tilgjengelige resurser og øvrige prioriteringsbehov. Og endelig hvilke suksess en alternativ handling ville hatt til å avverge den aktuelle risiko. For å illustrere denne avveining.

Dersom man står overfor en risiko mot personers liv, tilsier rettighetens art at myndighetene må strekke seg langt for å verne om denne rettighet. Imidlertid er det svært liten sannsynlighet for at risikoen materialiserer seg i skade. Videre er det meget liten utsikt for at en alternativ handling kan avverge skaden. Den alternative handling vil også være kostbar i en ellers presset statlig økonomi. Dersom myndighetene forholder seg passiv i en slik situasjon, er det nærliggende at dette ikke vil lede til et konvensjonsbrudd.

Avveining mellom motstridende interesser.

Denne vurdering kommer på spissen der man står overfor to interesser, begge er lovlige, men de kan ikke realiseres samtidig. Videre er det en betingelse for at denne vurdering aktualiseres, at staten er tilkjent en vid skjønnsmargin. Hvis ikke har ikke staten et valg i konvensjonens forstand, og vi faller da tilbake på en av de andre positive sikringspliktene. Som nevnt omfatter denne vurdering en avveining mellom to motstridende interesser (A) og (B). Av denne grunn har det vært noe usikkert om man skal sette som statens positive plikt til å sikre interesse A, eller om staten har foretatt et forholdsmessig inngrep i interesse B. I Hatton la EMD til grunn at uansett hvordan man så dette, var det avgjørende om myndighetene hadde trukket en rimelig og balansert avveining mellom de motstridende interesser. Spørsmålet blir da hva som skal til for at myndighetene har trukket en rimelig og balansert avveining mellom de motstridende interesser.

For å illustrere dette vises til Hatton. Saken gjaldt vedtak om natteflyging. Dette vedtaket medførte at naboene til flyplassen ikke fikk sove, og m.a.o. et inngrep i naboenes rett til "hjem", jf. art.8. Spørsmålet for EMD var om myndighetene hadde foretatt en rimelig og balansert avveining mellom naboenes rett til "hjem" etter EMK art.8, og behovet for natteflyging. EMD besvarte dette bekreftende. En rekke forhold var framme i EMD's vurdering.

For det første var det uvisst om natteflygingen i det hele medførte en forvansking av naboenes nattesøvn.

For det andre hadde ikke husene rundt flyplassen sunket i pris. Naboene kunne m.a.o. selge sine hus uten økonomisk tap.

For det tredje var vedtaket om natteflyging fattet av hensyn til landets økonomi som sådan. Dette fordi flyplassen var svært viktig for engelsk handel m.v.

Endelig – og avgjørende – var det at myndighetene hadde gått flyplasseierne etter i sømmene. Myndighetene hadde m.a.o. ikke bare fattet et vedtak, men også sørget for at de rammer som var satt i vedtaket faktisk ble fulgt.

Effektiv lovgivning.

Kravet om effektiv lovgivning gjør seg utslag på to måter. For det første at prosessuelle lovregler må være utformet i overensstemmelse med EMK. Og for det andre i forhold til straffelovgivningen.

Prosessuelle lovregler.

For at det ikke skal foreligge konvensjonsbrudd, må de nasjonale prosessuelle lovregler være utformet i tråd med EMK's tilsvarende regulering.

For å illustrere dette:

Etter EMK art.5(3) har frihetsberøvede etter art.5(1)c krav på å bli stilt for en dommer "straks". I tråd med praksis fra EMD bryter alt som er over fire dager med dette kriterium, jf. dommen om de terrormistenkte v. UK.

Dersom nasjonale lovregler utformes slik at framstilling etter 7 dager er lovlig, vil dette være konvensjonsstridig. For norsk retts vedkommende er slike problemer avhjulpet gjennom Menneskerettsloven §3, jf. §2, se bl.a. Rt-2005-833.

Straffelovgivningen.

I forhold til straffelovgivning, er det bærende poeng at den nasjonale strafferett må være utformet på en måte som ivaretar og fremmer konvensjonens rettigheter.

For å illustrere dette vises til M.C. v. Bulgaria.

Saken gjaldt en 14 år gammel jente som var voldtatt av to menn. Imidlertid ble ikke voldtektsforbryterne dømt. Dette fordi den bulgarske strafferett krevde at det forelå objektive bevis på at offeret hadde gjort motstand mot voldtekten. Dette forelå ikke. EMD tok her tak i en internasjonal rapport om voldtektsbegrepet. Denne rapport konkluderte med at det avgjørende var om offeret hadde samtykket til samleiet. Ut fra dette la EMD til grunn at den bulgarske strafferett ikke oppstilte et effektivt og praktisk vern om jentens rettigheter. Det forelå brudd på jentens rettigheter etter EMK art.3 og 8.

Tilsvarende sak finner vi i X og Y v. Nederland. Også denne saken gjaldt seksuell omgang. Sakens forhold var at hendelsen ikke kunne anmeldes strafferettslig, men kun sivilt. EMD la da til grunn at voldtekt er et slikt dypt inngrep i individets rettigheter etter art.8 og 3, at straffelovgivning er påkrevd. Dette av hensyn til den avskrekkende effekt ved denne lovgivning. Det ble konstatert konvensjonsbrudd av art.8 og 3.

Av disse dommene kan vi slutte at man må spørre se om strafferett i det konkrete forhold er påkrevd. Dette beror på om forholdet er av slik karakter at preventiv effekt er nødvendig. Deretter må man vurdere om det foreligger strafferettslig regulering. Besvares dette bekreftende, må det vurderes om den strafferettslige regulering oppstiller et effektivt og praktisk vern.

Effektiv etterforskning.

Kravet om etterforskning aktualiseres først etter et konvensjonsbrudd. For å illustrere dette vises til Assenov.

Saken gjaldt en ung gutt som ble banket opp av politiet. EMD la til grunn at det avgjørende var om myndighetene hadde gjennomført en effektiv og offisiell etterforskning. Dette ble besvart benektende. Dette fordi politiet etterforsket forholdet selv. EMD la til grunn at dette ikke oppfylte kravet. Forholdet skulle vært etterforsket av et uavhengig organ.

Kravet om at etterforskningen skal være offisiell innebærer at myndighetene skal holde så mye som mulig av etterforskningen åpen for offentligheten. Uten et slikt krav kunne myndighetene prinsipielt foretatt etterforskninger som kun var formelle.

Man kan reise spørsmål om hvorfor det er et slikt krav. Konvensjonsbruddet er jo alt skjedd. Formålet med å pålegge staten en positiv sikringsplikt er – som antydnet ovenfor – å forhindre konvensjonsbrudd. Likevel er det nettopp dette som er siktemålet med kravet om en etterfølgende effektiv etterforskning.

Dette fordi kravet om effektiv etterforskning medfører at myndighetene setter inn resurser på å oppklare konvensjonsbrudd, og pålegge sanksjoner for de skyldige. Kravet om effektiv etterforskning har m.a.o. en preventiv effekt.

For å sette dette på spissen:

Dersom myndighetene ikke hadde trengt og etterforsket konvensjonsbrudd, kunne myndighetene brutt konvensjonens rettigheter etter eget forgo