

Rettsstat og menneskerettigheter JUS135 – Våren 2012

*Besvarelsen er kommentert av: Michael Reiertsen - Stipendiat, Institutt for offentlig rett (UiO)
LL.M. Europa-Institut Saarbrücken (2005) Cand.jur. UiT (2004)*

(Den norske versjonen av EMK legges til grunn i denne oppgaven, selv om den franske og den engelske versjon er de offisielle språkene.)

PRAKTIKUM

Peder har klaget den norske stat inn for EMD med påstand om krenkelser av hans rettigheter etter EMK.

For så vidt OK med en slik innledning, men den kan etter min mening utelates. Start heller rett på det første spørsmålet. Merk også at «krenkelser av hans rettigheter etter EMK» er upresist. Anfører han at alle hans rettigheter etter EMK er krenket, eller bare noen? Og hvilken betydning har i så fall det?

Det første spørsmålet er, slik Peder også fremholder, hvorvidt den intime og unødvendige undersøkelsen av ham i parken var en krenkelse av hans rett til privatliv etter EMK art. 8.

Da kan drøftelsen starte her, jf. forrige kommentar. Bisetningen «slik Peder også fremholder» kan utelates. I norske juridiske eksamensbesvarelser belønnes normalt den knappe og presise. Unødvendig ordbruk, setninger og drøftelser uten betydning for det oppgaven spør etter, bør normalt utelates. Merk også at den «unødvendige» undersøkelsen antyder en forhåndskonklusjon: Har kand allerede konkludert med at undersøkelsen er unødvendig? Det er jo et sentralt vurderingstema under art. 8(2).

Av EMK art. 8 følger det at ”enhver” har rett til å respekt for sitt ”privatliv”.

Ordlyden av ”enhver” omfatter klart fysiske personer, og Peder er dermed et rettighetssubjekt etter bestemmelsen i art. 8.

Og det er så klart at det etter min mening kan utelates. Det er den interessante jus som skal drøftes.

Videre tilsier en naturlig språklig forståelse av ”privatliv” at vernet omfatter en sfære hos den enkelte der det ikke kan forventes at myndighetene blander seg inn eller gjør inngrep. Utover dette er ordlyden vid og gir lite veiledning i forhold til hvilke forhold som omfattes.

Kand tar utgangspunkt i ordlyden og tolker den. Det er bra og riktig. Tolkningen av privatliv i første setning er også OK, men med enkelte upresise momenter. Hva legger kand for eksempel i «det ikke kan forventes»? Er det forventningen som er det avgjørende? En bedre formulering ville vært: En naturlig språklig forståelse av «privatliv» tilsier en privat sfære hos den enkelte som myndighetene ikke kan gripe inn i. Annen setning er også upresis og unødvendig. Dersom ordlyden ikke gir mer, er det ikke nødvendig å si det. På den annen side gir ordlyden etter min mening mer. Det ville for eksempel vært naturlig å si noe om hva som kan forstås med privat, at det kan være delte meninger om det, osv. Da får man en naturlig overgang til neste punkt ved

oppstilling av rettsregelen: praksis fra EMD, evt også formålsbetraktninger og kontekstuell tolkning (som her har mindre betydning).

EMD forholdt seg til innholdet av begrepet ”privatliv” i S og Marper mot Storbritannia. Her ble det satt opp en ikke uttømmende liste over tilfeller som var omfattet, herunder blant annet den fysiske og psykiske integritet.

Fint at kand så, etter å ha tatt utgangspunkt i ordlyden, presiserer rettsregelen med praksis fra EMD.

Da kroppsvisitasjoner og kroppsundersøkelse klart vil kunne ha innvirkning på den enkeltes fysiske og psykiske integritet er dette således forhold som nyter vern etter EMK art. 8 om retten til privatliv.

Ja. Det er ikke nødvendig å bruke veldig mye tid på dette. Fint.

Spørsmålet er imidlertid hvorvidt de undersøkelsene som politiet utførte må anses som et inngrep i retten til privatliv.

Ja. Undersøkelsene er her det sentrale. Det kunne imidlertid også kort vært sagt noe om observasjonene i forkant og det at han ble stoppet.

Hvilke tiltak som må anses som inngrep vil ofte variere fra sak til sak. Det må likevel trekkes en nedre grense mot tiltak som er så lite følbare at man ikke kan anses å ha behov for det vernet mot vilkårlighet som følger av EMK art. 8.

Nettopp. Fin presisering av at det vil være en nedre grense som må overskrides før det kan være tale om et inngrep. Merk: Igjen blir det slengt på noen ekstra ord som er upresise: «det vernet mot vilkårlighet som ...». Artikkel 8 verner ikke bare mot vilkårlighet.

Staten anfører at undersøkelsen som ble foretatt var så lite følbare for Peder at den ikke måtte regnes som et inngrep. Denne påstanden ble videre begrunnet i at undersøkelsen ikke skilte seg fra den flypassasjerer opplever i forbindelse med innsjekking.

Ja. Anførlene og begrunnelsene for anførlene må alltid drøftes, evt klareres kort ut. Det er imidlertid ikke alltid nødvendig å si staten anfører ... begrunnet i ... og så deretter vurdere disse anførlene. Det går an å ta mer direkte stilling til det aktuelle forholdet uten å presentere det først. Da sparer man plass og drøftelsen blir normalt mer stringent.

Det at undersøkelsen i utgangspunktet var ment å omfatte klær og lommer tyder på at det var en ganske overfladisk undersøkelse som skulle finne sted, og at denne i utgangspunktet ikke skulle være særlig inngripende for Peder.

Intensjonene er ikke avgjørende i denne sammenhengen. Kand har heller ikke sagt noe om hvorfor intensjonene skulle være avgjørende. Denne setningen blir da uansett «hengende i luften» uten å kunne knyttes opp mot et rettslig vurderingstema.

Av faktum fremgår det imidlertid at Holm var i berøring med Peders hud da han foretok undersøkelsen, samt at det ble oppdaget hull i Peders bukselomme. At undersøkelsen har vært av en nokså inngående karakter er dermed klart, og denne må anses å ligge over den nedre terskelen for inngrep.

Dette er det sentrale. Burde vært knyttet opp mot det følbare, jf. at det er det rettslige vurderingstemaet som er stillet opp. «Nokså inngripende» blir derfor noe upresist. Enig i konklusjonen. Det kan gjøres ganske kort ift undersøkelsene. Enda bedre om dette helt kort hadde blitt holdt opp mot observasjonene i forkant og det at han ble stoppet, som sannsynligvis ikke er følbart nok.

Det faktum at flypassasjerer går gjennom lignende undersøkelser ved innsjekk vil ikke kunne ha betydning her, da dette er noe den enkelte passasjer samtykker til ved å kjøpe en flybillett. At man derimot behøver sterkere vern mot vilkårlige inngrep i sin fysiske integritet på vei gjennom en park er klart.

Enig, og det må klareres ut ettersom staten har anført det.

Statens anførsel fører ikke frem og kroppsundersøkelsen av Peder må anses som et inngrep i privatlivet, jf. art. 8.

Peders vern mot slike inngrep i privatlivet er imidlertid ikke absolutt, da staten har adgang til å gjøre inngrep når dette er ”i samsvar med loven” og er ”nødvendig i et demokratisk samfunn” for å ”forebygge (...) kriminalitet”, jf. art. 8 nr. 2.

Ja. Merk at dette kan gjøres kortere, for eksempel ved å si: «Spørsmålet blir så om inngrepet kan rettfærdiggjøres etter EMK artikkel 8 nr. 2?». Det er ikke nødvendig å presentere alle vilkårene etter sin ordlyd.

Partene bestrides ikke om at de nasjonale myndighetene hadde gått frem i samsvar med nasjonal rett.

Det kan diskuteres. Peder erkjenner at staten har gått frem i samsvar med nasjonal rett, men det betyr ikke at han erkjenner at lovkravet etter EMK artikkel 8 nr. 2 er oppfylt. Her burde lovkravet etter EMK artikkel 8 nr. 2 vært drøftet. Oppgaven legger opp til det. Den nasjonale hjemmelen angis i sin helhet. Den er svært vagt utformet, uten for eksempel en formålsbegrensning eller andre sikkerhetsmekanismer. Den kan derfor innby til vilkårlighet. Se sensorveiledningen for nyanser og elementer til oppstillingen av rettsregelen.

Det er videre på det rene at kroppslige undersøkelser av folk som mistenkes for narkotikakjøp kan være med å avdekke og bekjempe store deler av handelen med narkotiske stoffer. Dette er følgelig med på å ”forebygge (...) kriminalitet”, og inngrepet er formålstjenlig etter EMK art. 8 nr. 2.

Ja. Kort og greit. Noen helt korte ord om egnethet hadde også vært fint.

Spørsmålet er hvorvidt den kroppslige undersøkelsen av Peder var ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, jf. EMK art. 8 nr. 2.

For å? Det er en avveining mellom mål og middel. Da må også målet med her. Nødvendig i et demokratisk samfunn sier lite i seg selv.

Etter en naturlig språklig forståelse tilsier ”nødvendig i et demokratisk samfunn” at det aktuelle inngrepet må være mer enn ønskelig, men at det likevel ikke trenger å være uomgjengelig.

Ja. Fint utgangspunkt i ordlyden. Det samme er også sagt i praksis til EMD. En helt kort henvisning til det hadde da også vært fint.

EMD forholdt seg til dette begrepet i Olsson-dommen der de uttalte at for at et inngrep skal være nødvendig i et demokratisk samfunn må det representere ”a pressing social need” og samtidig må være ”proportionate to the legitimate aim pursued”.

Og så presiseres ordlyden gjennom rettspraksis. Fin metode igjen. Merk at det samme er sagt i en rekke andre dommer, ikke bare Olsson.

Videre påpekte EMD i samme dom at for at et inngrep skal anses å representere ”a pressing social need” så må det være ”relevant” og ”sufficient”. Inngrep må således være begrunnet i et legitimt formål og fungere som et realiseringsbidrag til dette.

Ja. Men ikke nødvendigvis bare knyttet opp mot et «pressing social need». Poenget her er at staten må presentere grunner som er relevante og tilstrekkelige for inngrepet. Det knytter seg ikke bare opp mot «pressing social need».

Når det gjaldt proporsjonalitetskravet ble det uttalt at det må foretas en vurdering av behovet for gjennomføringen av inngrepet holdt opp mot viktigheten av å ivareta klagerens menneskerettigheter. Det kan ikke ha vært mulig å ivareta klagerens interesser med lempeligere midler.

Her presenteres proporsjonalitetskravet i en bisetning. Det bør presenteres med mer aktiv språkbruk, og gjerne slik at sammenhengen til et pressing social need forklares, se for eksempel Aall, Rettsstat og menneskerettigheter (2011) på s. 142-143.

At undersøkelse av personer som man mistenker for narkohandel representerer ”a pressing social need” må anses klart da dette begrunnes i hensynet til å forebygge kriminalitet samt fungerer som et realiseringsbidrag for dette.

Ok. Se forrige kommentar for en alternativ tilnærming. Ikke alltid nødvendig å behandle dette som et separat vilkår.

Spørsmålet er imidlertid hvorvidt det var nødvendig å gå frem på denne måten, eller om man kunne oppnådd samme resultat ved hjelp av lempeligere midler.

Ja. En mer isolert proporsjonalitetsvurdering, men den er ikke bare knyttet opp mot lempeligere middel. Dersom lempeligere middel kunne vært anvendt, innenfor rimelighetens grenser, vil inngrepet normalt ikke være proporsjonalt (nødvendig). Etter min mening kunne også andre momenter av betydning for rettsregelen vært oppstilt her, før man går over i subsumsjonen. Det kunne for eksempel vært sagt noe om statens skjønnsmargin i en situasjon som denne.

Av faktum følger det at Holm under undersøkelsen kom i kontakt med Peders hud og at flere skuelystne stod og så på. For politiet hadde det vært mulig å holdt folk på avstand, samt undersøke Peder på en mindre inngående måte. Dette taler for at undersøkelsen var uforholdsmessig.

Tja. Her stilles det ganske strenge krav til politiet. Hvordan skulle det vært gjort mindre inngripende? Hvor mange folk må politiet ha på jobb i slike forbindelser hvis skuelystne i enhver sammenheng skal holdes unna?

At undersøkelsen medførte berøring av hud var imidlertid en følge av at Peder hadde hull i bukselommen, noe Holm vanskelig kunne ha forutsett. Det følger ingenting av faktum om at Holm ellers var uforsiktig i sin undersøkelse.

Ja. Trekker i motsatt retning.

Når det gjelder at det var flere skuelystne som så på må det påpekes at for dem så det ut som om politiet undersøkte Peders bukselommer og klær. Peders klær og lommer er noe de ville ha sett uansett om de ble undersøkt av politiet ellers ikke da Peder selv har valgt å bære dem på offentlig sted. Det er ingenting som tilsier at Peder var særlig eksponert eller ydmyket foran de skuelystne, noe som igjen taler for at undersøkelsen var forholdsmessig.

Ja.

Til slutt må det påpekes at det ikke ville vært mulig å funnet ut om Peder faktisk hadde kjøpt narkotika på andre måter enn å undersøke de vanlige oppbevaringsplassene – lommene.

Ja.

Undersøkelsen av Peder må således anses som et forholdsmessig inngrep og er dermed ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, jf. EMK art. 8 nr. 2.

Men hva med fluktforsøket? Det kunne også vært bakt inn i denne drøftelsen.

Undersøkelsen som Holm foretok av Peder i parken er således ikke en krenkelse av Peders rett til privatliv etter EMK art. 8.

Til tross for en del kritiske merknader, flyter dette bra. Utgangspunktene er riktige, selv om det mangler noe presisjon og dybde. Subsumsjonen er også bra, med momenter både pro/contra, avveid på en fornuftig måte.

Videre er problemstillingen, som anført av Peder, hvorvidt pågripelsen og frihetsberøvelsen krenker hans rett til personlig frihet og sikkerhet etter EMK art. 5.

Som anført av Peder er ikke nødvendig her.

Av EMK art. 5 fremgår det at ”enhver” har rett til personlig frihet og sikkerhet. Da fysiske personer klart omfattes av ordlyden må Peder klart være et rettighetssubjekt etter konvensjonen, jf. ”enhver”.

Og det er så klart at det emm ikke er nødvendig å si.

Da innesperring er kjerneområdet til EMK art. 5 er det videre på det rene at det har funnet sted en frihetsberøvelse i denne saken, da Peder har blitt plassert i arresten helgen over, jf. art. 5, jf. Engel-dommen.

Ja. Det kan gjøres kort. Henvisningen kunne vært mer presis, jf. artikkel 5 nr. 1 første setning. Det kunne også, for oversiktens skyld, vært skillett mellom selve pågripelsen og den etterfølgende fengslingen.

Det må imidlertid vurderes hvorvidt denne aktuelle frihetsberøvelsen var konvensjonsmessig etter de nærmere opplistede vilkårene i EMK art. 5. I en slik vurdering tas det først stilling til pågripelsesspørsmålet før det vurderes hvorvidt selve arrestasjonen var konvensjonsmessig.

Ja. Fint. Forrige kommentar trekkes (kanskje) delvis tilbake. Foreløpig uklart for meg hva kand legger i et skille mellom pågripelse og arrestasjon.

Det første spørsmålet er om pågripelsen pga. mistanke om narkotikalovbrudd krenker Peders rettigheter etter art. 5.

Av EMK art. 5.1.c følger det at frihetsberøvelse kan finne sted dersom det skjer "i samsvar med en prosedyre foreskrevet ved lov" og dreier seg om en "lovlig" pågrepelse 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.

At pågripelsen må være "i samsvar med en prosedyre foreskrevet ved lov" og "lovlig" er et dobbelt lovkrav som EMD har benyttet slik at pågrepelse må skje i samsvar med materielle og prosessuelle regler i nasjonal lovgivning.

Partene bestrides ikke om at påtalemyndighetene har gått frem i samsvar med nasjonal lovgivning og lovkravet er således oppfylt.

Det er uproblematisk her og kan derfor slås kort fast, sml. tidligere kommentar ifb med artikkel 8.

Videre følger det av faktum at Peder innbringes for at politijuristen skal ta stilling til fengslingsspørsmålet og det videre hendelsesforløp, og det legges dermed til grunn at hensikten var å stille ham for den kompetente rettslige myndighet.

Ja. Kan gjøres kort.

Spørsmålet er hvorvidt det forelå "rimelig mistanke" om at Peder hadde begått en straffbar handling, jf. art. 5.1.c.

Ja. Kand kommer kort og greit hit, som er det sentrale. Fint.

En naturlig forståelse av "rimelig mistanke" tilsier at det må foreligge en viss sannsynlighet for at Peder har begått lovbruddet. Utover dette er ordlyden vag og gir lite holdepunkter for hvor mye fakta som kreves for å konstatere rimelig mistanke.

Kand tar igjen utgangspunkt i ordlyden. Fint.

I Fox, Campbell og Hartley forholdt EMD seg til hva som regnes som "rimelig mistanke". I denne dommen hadde tre personer blitt pågrepet pga. mistanke om at de var terrorister. I dommen uttales det at for å konstatere at det foreligger "rimelig mistanke" må det foreligge noe mer enn subjektive forhold, man må kunne vise til objektivt konstaterbare fakta for at vedkommende faktisk har begått lovbruddet.

Og presiserer med rettspraksis. Perfekt.

I denne saken har Holm selv observert at Peder tok narkotikaen fra de to damene i hende for å se på den. Dette kunne tyde på at Peder hadde tenkt å kjøpe narkotika og dermed at han kanskje også hadde gjort det før.

Hadde tenkt, hadde gjort det før? Hva er det sentrale i vår sammenheng? Begått et straffbart forhold...

Holm observerte imidlertid også at Peder leverte narkotikaen tilbake til damene i tillegg til at det ikke ble funnet noe narkotika under undersøkelsen av Peder. Peders respons var i tillegg at han ikke var interessert i narkotika, og det foreligger ingen holdepunkter for at sa noe som skulle føre til mistanke for politiet.

Det kan således ikke sies å foreligge objektive konstaterbare fakta som tilsier at Peder faktisk har begått lovbruddet, og det kan dermed ikke sies å foreligge "rimelig mistanke" etter art. 5.1.c.

Enig. En god drøftelse. Rettsregelen blir presist og ryddig stillet opp. Da blir normalt også den påfølgende subsumsjonen bra.

Pågripelsen pga. mistanke om narkotikahandel var således ikke i samsvar med de nærmere opplistede betingelser i art. 5 og må dermed anses konvensjonsstridig.

Presisjon: Konkluder heller med ingen av de andre alternativene i artikkel 5 nr. 1 første ledd bokstav a til f er oppfylt. Den generelle henvisningen til artikkel 5 er også upresis.

Spørsmålet er videre hvorvidt pågripelsen likevel må være konvensjonsmessig da denne i henhold til Holm var nødvendig for å få klarhet rundt de sedelighetssakene som var under etterforskning.

Ja. Fint at det skilles tydelig mellom disse to forholdene.

Av art. 5.1.c åpnes det for ”lovlig” pågrepelse der det er rimelig grunn til å anse dette ”nødvendig for å hindre han i å begå en straffbar handling”.

Nok en gang må det legges til grunn at lovkravet er oppfylt da dette ikke bestrides av partene.

Ok også her.

Videre tilsier en naturlig forståelse av ”nødvendig for å hindre han i å begå et straffbart forhold” at det i enkelte tilfeller vil være adgang til pågrepelse av personer der det er fare for at lovbrudd vil begås – såkalt preventiv arrest.

Tja. Hva sier egentlig «enkelte tilfeller»?

Da det i dette tilfellet er en sedelighetssak under etterforskning der det blir arbeidet ut fra en hypotese om at forbryteren ber andre stikke hendene i lommen hans, og Peder tilfeldigvis hadde hull i lommene er det klart at det kunne synes sannsynlig for politiet at dette var sedelighetsforbryteren og at ytterligere kriminelle handlinger ville bli begått av ham dersom han fikk gå på frifot.

EMD har imidlertid lagt til grunn i både Lawless-dommen og Jessuis-dommen at slik preventiv arrest kun kan forekomme i rene unntakstilfeller.

Ja. Det kunne kommet rett etter ordlyden. Hva gir forrige avsnitt isolert sett?

I dette tilfellet er det ikke sterke nok holdepunkter da hvem som helst kan ha hull i bukselommene sine og det ville medføre stor fare for vilkårlighet dersom det skulle kunne pågripes for så lite holdbar mistanke. Dette ville stride mot konvensjonens formål. Det er således ikke rom for preventiv arrest i denne saken og pågrepelse for mistanke om å være sedelighetsforbryter kan dermed heller ikke hjemles i art. 5.1.c.

Enig. Men selv om konklusjonen her er ganske klar, kunne rettsregelen før subsumsjonen vært utdypet noe mer. Nå sies kun at preventiv kun kan anvendes i rene unntakstilfeller, men ikke noe om hva som skal til for at et slikt unntakstilfelle foreligger. Det er det som må vurderes her: Om vi står overfor et slikt unntakstilfelle.

Pågripelsen er således en krenkelse av Peders retter etter EMK art. 5

Uppreis konklusjon: «retter etter EMK artikkel 5».

Subsidiært, forutsatt at pågripelsen var i samsvar med art. 5 må det vurderes hvorvidt selve fengslingen var konvensjonsmessig.

Dette er ikke en subsidiær drøftelse, men evt en selvstendig krenkelse! Ellers uklart hva kand legger i «selve fengslingen».

Av EMK art. 5.3 følger det at enhver som blir fengslet ”i samsvar med art. 5.1.c” skal ”straks” bli stilt for en dommer eller annen embetsmann med domsmyndighet.

En naturlig forståelse av ”straks” tilsier at man med en gang man kommer i påtalemyndighetenes varetekt skal bli stilt for dommer. EMD har ansett 3-4 dager som for lang tid.

I dette tilfellet har Peder satt i arresten over helgen og det kan således legges til grunn at han har ventet i hvert fall tre dager på politijuristen. Da helg ikke suspenderer fremstillingsfristen vil også denne ventetiden medføre en krenkelse av Peders retter etter EMK art. 5.

Denne drøftelsen blir for knapp. Emm er også konklusjonen uriktig. Rettspraksis viser for eksempel at 4 dager og 6 timer «nesten» har blitt akseptert, jf. Brogan. Her er vi nok i et grenseområde. Da må hensynene for og i mot en kortere tidsfrist vurderes nærmere. Hva skiller for eksempel Brogan fra vår sak? Merk også ellers at konklusjonen igjen er upresis: «retter etter EMK artikkel 5».

Pågripelsen og ventetiden medfører således en krenkelse av Peders retter etter art. 5.

Retter etter art. 5...

Det siste spørsmålet i oppgaven er, som anført av Peder, hvorvidt det støtende avslaget på jobb medfører en krenkelse av hans rett til rettferdig rettergang etter EMK art. 6.

Som anført av Peder...

Av EMK art. 6 nr. 2 følger det at ”enhver” som blir siktet for en straffbar handling skal antas ”uskyldig inntil skyld er bevist etter loven”.

Etter en naturlig forståelse gjelder denne bestemmelsen direkte som en bevisbyrderregel slik at all rimelig tvil i en straffesak skal komme tiltalte til gode.

EMD har imidlertid lagt mer i denne såkalte uskyldighetspresumsjonen og påpekt at denne også må innebære at ingen skyld må konstateres av offentlige myndigheter før dom. Fint.

Ordlyden presiseres gjennom praksis fra EMD. Det går rett på sak for det som er relevant i vår sak.

Dette tilfellet skiller seg litt fra dette da det foreligger henleggelse av saken slik at det ikke vil foreligge dom. EMD forholdt seg til dette spørsmålet i Sekanina-dommen der en mann med urett var blitt tiltalt for drap på sin kone og senere frifunnet i saken. Da han senere hadde søkt om kompensasjon for den urettmessige tiltalen fikk han avslag med en begrunnelse som inneholdt mistankeytringer i forhold til det straffbare forholdet han var frifunnet for. EMD fant dermed krenkelse av uskyldspresumsjonen i art. 6 og la til grunn at enhver mistankeytring som sår tvil om den frifinnende dom må anses som konvensjonsstridig.

Og fint at kand ser at dette kan være et spørsmål. Det gjorde ikke mange på eksamen. Litt pirk på presisjonen: Enhver mistankeytring blir upresist. Må presiseres, for eksempel hvilke ytringer, fra hvem osv.

Spørsmålet i denne saken blir således hvorvidt avslaget på jobben i politiet sår tvil over henleggelsen av Peders sak på en slik måte at det må være i strid med uskyldspresumsjonen.

Nettopp – «på en slik måte at det kan være i strid med». Altså ikke nødvendigvis slik at enhver mistankeytring er i strid med uskyldspresumsjonen, jf. forrige kommentar.

I dette avslaget følger det at en som har vært etterforsket for narkotikalovbrudd ”er etter alt å dømme skyldig”. Utsagnet er reservasjonsløst og tyder på at ansettelsesfolkene i politiet konstaterer Peder skyldig i straffbare forhold. Dette sår uttrykkelig tvil om henleggelsen og taler for krenkelse.

Nettopp. Det er relevant. Hadde blitt enda bedre om kand hadde fått det inn i rettsregelen før subsumsjonen, men, jeg ser at kand vet at det er av betydning. Det gjorde ikke mange på eksamen.

Staten på sin side anfører at det under ingen omstendigheter kan være en menneskerett å jobbe i politiet og at det dermed ikke kan foreligge krenkelse.

I lys av den rollen politiet gjør for samfunnet er det klart at man må opprettholde en viss tillit blant allmennheten blant annet ved at tidligere straffedømte ikke kan kreve jobb innenfor politiet.

Det ville imidlertid være urimelig og harmonere dårlig med hensynet til å hindre vilkårlighet dersom enhver som påtalemyndighetene med urette tok under etterforskning skulle bli fratatt denne muligheten for å ha en offentlig rolle.

Ja. Hvorfor er det relevant i denne sammenhengen?

Det at avslaget bygger på en mistankeytring er således med på å så tvil over Peders uskyld og er i strid med uskyldspresumsjonen.

Enig. Kand får mer ut av denne drøftelsen enn de fleste andre gjorde på eksamen. Det er likevel en del å hente på stringens i oppstillingen av rettsregelen. Da hadde også den påfølgende subsumsjonen blitt bedre. Se for eksempel sensorveiledningen for mer dybde til rettsregelen.

Avslaget medfører en krenkelse av Peders rettigheter etter EMK art. 6.2. Hovedkonklusjonen er således at Peders rettigheter etter EMK art. 5 og 6 er krenket pga. konvensjonsstridig pågrep og fengsel, samt brudd på uskyldspresumsjonen.

Rettigheter etter...

Oppsummering praktikum:

Til tross for en del kritiske merknader flyter dette godt. Metoden er god: Utgangspunkt i ordlyd og påfyll med formålsbetraktninger og praksis fra EMD. Kand har også gjennomgående forsvarlige betraktninger pro/contra i subsumsjonen.

TEORI

Forholdsmessighet som vilkår for inngrep utenfor området for artiklene 8-11. Forholdsmessighetsvurderingen er tatt inn som ett av tre vilkår for inngrep i menneskerettigheter i artiklene 8-11. Her uttrykkes denne vurderingen som at inngrepet må

være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, og dersom både denne vurderingen, lovkravet og formålskravet er oppfylt vil han kunne gjøre inngrep i ellers fundamentale menneskerettigheter.

Hvem er han?

At forfatterne av konvensjonen har valgt å ikke mutere forholdsmessighetsprinsipp i de øvrige artiklene med samme ordlyd kunne tyde på at dette er rettigheter der forholdsmessighet ikke vil ha betydning ved vurderingen av om det kan gjøres inngrep.

Samme ordlyd som hva?

Praksis fra EMD viser imidlertid at dette ikke er tilfelle da også andre bestemmelser henspiller forholdsmessighetsvurderinger. Det er disse det skal redegjøres for i denne oppgaven.

Kand angir rammene for oppgaven på en fin måte. Kunne også sagt noe om hva en forholdsmessighetsvurdering i grove trekk innebærer: En eller annen avveining av mål mot middel.

Artikkel 2 – retten til liv

Den fundamentale retten til liv er forankret i konvensjonens art. 2, og det åpnes kun for inngrep i denne dersom dette er ”absolutt nødvendig” ut av hensyn til nærmere presist angitte formål.

En naturlig forståelse av ”absolutt nødvendig” tilsier at det aktuelle inngrepet må være uomgjengelig for at det skal anses konvensjonsmessig.

I praksis ser man imidlertid at EMD ser hen til myndighetenes betraktning av situasjonens farlighet og situasjonen rundt og foretar en viss nyansering ift. dette om hvorvidt et inngrep i retten til liv er absolutt nødvendig.

Riktignok må det påpekes at retten til liv er fundamental og at det skal mye til for at inngrep anses absolutt nødvendig.

Ja. Kand kunne også fremhevet at de uttrykkelige angitte unntakene i realiteten innebærer at «lovgiverne» har foretatt en forholdsmessighetsvurdering.

Artikkel 3 – Forbud mot umenneskelig behandling

Av art. 3 følger det et absolutt forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

Det er viktig å presisere innledningsvis at dette er et absolutt forbud slik at det dermed ikke åpnes for inngrep og heller ingen forholdsmessighetsvurdering i den forstand som de andre artiklene.

Likevel ser man en antydning i praksis til at man inntar en form for forholdsmessighetsvurdering når man skal se om et tiltak må regnes som umenneskelig behandling.

Hvem er man? Innsiktsfullt at kand ser dette!

I Wainwright-dommen kom man for eksempel til at omstendighetene ikke var alvorlige nok til å krenke forbudet mot umenneskelig behandling. Slike forhold som faller utenfor forbudet mot umenneskelig behandling i art. 3 vil riktignok regnes som inngrep i privatlivet som neppe vil stå seg i den forholdsmessighetsvurderingen som inngår der.

Slike forhold? Alltid? Her skorter det på presisjonen. Men, OK eksempel.

Artikkel 5 – Vern mot personlig frihet og sikkerhet

Av art. 5 følger det at frihetsberøvelse kun kan finnes sted dersom det er lovlig og i samsvar med konkret angitte formål i bokstav a-f. Selv om denne bestemmelsen virker uttømmende har EMD i noen tilfeller gitt rom for forholdsmessighetsvurderinger.

Bokstav a omhandler frihetsberøvelse med grunnlag i dom og her vil det ikke være rom for forholdsmessighetsvurderinger.

Kanskje noe absolutt, men rommet for «forholdsmessighetsvurderinger» vil i alle fall være smalest her.

Bokstav b omhandler imidlertid frihetsberøvelse for å få en person til å etterkomme lovlig pålegg av en domstol eller for å sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov blir oppfylt. EMD forholdt seg til denne bestemmelsen i Vasileva vs. Danmark der en kvinne ble frihetsberøvet i 13,5 timer for å ikke ha oppfylt sin lovpålagte plikt til å oppgi personalia til politiet da hun ble pågrepet for å lage trøbbel da hun snek på trikken. I denne saken ble det konstatert krenkelse av art. 5 da frihetsberøvelsen i seg selv var lovlig, mens inngrepet var uforholdsmessig.

Fint eksempel.

Dommen kan følgelig tas til inntekt for at frihetsberøvelse etter art. 5.1.b må stå i rimelig forhold til viktigheten av den plikten som forsøkes overholdt.

I bokstav c dreier det seg om pågrepelse som følge av mistanke om ”straffbar handling” eller for å hindre at slik straffbar handling begås.

EMD sin praksis på området viser at det skal litt til for at en handling anses straffbar i den forstand at pågrepelse blir nødvendig. Bestemmelsen innebærer således en forholdsmessighetsvurdering i den forstand at helt bagatellmessige straffbare forhold antagelig ikke gir grunnlag for pågrepelse.

Ja.

Videre i bokstav e omtales frihetsberøvelse på grunnlag av sosiale omstendigheter. At det i denne bestemmelsen er tatt inn en viss forholdsmessighetsvurdering er Litwa-dommen et godt eksempel på. Her var det en beruset mann som var blitt arrestert pga. at han laget trøbbel på et

postkontor som følge av at de ikke ville godta hans legitimasjon. På grunn av dette kom politiet, pågrep han og kjørte ham til en avrusningsklinikk.

Selv om EMD valgte å tolke "alcoholics" utvidende slik at også denne berusede mannen var omfattet, ble det konstatert krenkelse av art. 5 som følge av at inngrepet var uforholdsmessig. Samme mål kunne vært nådd dersom politiet hadde kjørt mannen hjem, og dette ville vært langt mindre inngripende for ham.

Igjen, fint eksempel.

Forholdsmessighetsvurderingen i bokstav f kommer til uttrykk ved at det kun er pågående utsendelsessak som kan begrunne frihetsberøvelse av person som skal utsendes eller utleveres. Dette medfører at dersom myndighetene har brukt for lang tid eller somlet i sin saksbehandling vil frihetsberøvelsen kunne anses uforholdsmessig.

Blant annet. Ikke én forholdsmessighetsvurdering.

Til slutt i artikkel 5 følger det også en forholdsmessighetsvurdering av art. 5.3 som omhandler fengslings spørsmålet. Her er det lagt til grunn blant annet i Clooth-dommen at det kreves sterkere mistanke for å fortsatt fengsle ift. å pågripe. Dette er til tross for at det etter ordlyden kan synes som om det er den samme mistanken som kreves for pågrepelse etter 5.1.c som for fortsatt fengsling etter 5.3.

Også dette er et greit eksempel.

Artikkel 6 – Rettferdig rettergang

I forhold til rettighetene i art. 6 bygger alle på rettferdighetsstandarden som fremgår av første ledd.

Med grunnlag i denne standarden har EMD lagt til grunn, blant annet i Golder-dommen og Ashingdane-saken, at det kan legges visse begrensninger på retten til rettferdig rettergang dersom saksgangen som helhet likevel som helhet fremstår rettferdig. Dette har resultert i at EMD har godtatt visse begrensninger i rettergangskravene dersom disse er i samsvar med lov, formål og forholdsmessighet.

Ja. Fint eksempel også dette.

Forholdsmessighetsvurderingenes betydning

At det inntas forholdsmessighetsvurderinger også i disse bestemmelsene som i art. 8-11 medfører at prøvingsmaterialet for EMD blir mye større.

Mens alt er lettere og egnet for EMD å prøve om prosessuelle og personelle rettigheter er innfridd, vil subsumsjonen ift. nasjonal lovgivning og forholdsmessighetsvurderingene være av langt vanskeligere karakter å prøve slik at statene har blitt tillagt vid skjønnsmargin på området. I Sunday Times har likevel EMD uttalt at de har siste ordet også på disse områdene slik at prøving kan inntreffe.

Her blir det uklart for meg hva kand mener.

Når EMD vurderer om de ønsker å prøve forholdsmessigheten ser de hen til ulike faktorer. Det enkelte saksområdets nærhet til staten er et av disse slik at EMD ofte vil være forsiktige med prøving av moralske og politiske områder, mens de er mer åpne for å prøve for eksempel det økonomiske området.

Ja. Det kunne også vært illustrert gjennom TP 1 artikkel 1.

Slik nyansering av EMDs prøving illustreres blant annet i Handyside der en skolebok var blitt inndratt pga. seksuelt innhold. EMD var forsiktige med prøvingen av om dette inngrepet i forfatterens yringsfrihet var uforholdsmessig da dette var et spørsmål om landets seksualmoral, noe de ikke anså seg selv egnet til å prøve. Ikke konstatert krenkelse. Der det foreligger en europeisk konsensus på området prøver imidlertid EMD normalt tilfellet etter denne da formålet med EMK er et europeisk samarbeid mot vilkårlighet og forholdsmessighetsvurderingene bør dermed helle i samme retning der det er stor enighet på området.

Ja. Disse betraktningene kunne også vært knyttet mer direkte opp mot de konkrete eksemplene som kand har gjennomgått tidligere. Da hadde dette blitt virkelig fabelaktig!

Kand viser god oversikt over mye stoff og svarer på det oppgaven spør etter. Bra! Dette er totalt sett en god besvarelse. Jeg er enig i at den forsvarer A.