

Mønsterbesvarelse JUS135 Rettsstat og menneskerettigheter

Eksamen våren 2018

Kandidat: Julia Gerhardsen

Ikke kommentert

Praktikum

1.

Problemstillingen er om staten har brutt sine konvensjonsforpliktelser etter EMK, som følge av Peders stadige brudd på besøkforbudene.

Det følger av Grunnloven (heretter GrL.) §92 at statens myndigheter skal "sikre" menneskerettigheter nedfelt i grunnloven og i "bindende traktater". Ettersom Kari har gått til sak med påstand om at staten har brutt sine konvensjonsforpliktelser, vil det kun tas stilling til menneskerettene i "bindende traktater".

Ordlyden av "bindende traktater" peker her på alle traktater staten har forpliktet seg til. Kari kan dermed påberope seg menneskerettighetene etter EMK.

Først må det vurderes om det foreligger en krenkelse av menneskerettighetene til Kari. Av EMK artikkel (heretter art.) 8 fremgår det at enhver har rett til "privatliv".

Ordlyden av "privatliv" er vid og kan innbefatte mye. Det omfatter personlig integritet, både fysisk og psykisk. I tillegg omfatter den ikke bare den private sfære, men også retten til kontakt med andre jf. Pretty-saken.

Ettersom Peder har brutt flere av besøksforbudene, som har medført at Kari har utviklet alvorlig angslidelse, er det følgelig tale om en krenkelse av hennes rett til "privatliv".

Videre følger det av art. 3 at ingen skal utsettes for "umenneskelig behandling".

Ordlyden av "umenneskelig behandling" peker på alvorlige tilfeller av behandling, og gir anvisning på at det må foreligge en lidelse som følge av behandlingen jf. Kulda-saken.

I vår sak medførte den stadige oppsøkingen til at Kari følte seg truet, over en lengre periode. Som følge av dette er hun blitt ufør. Følgelig er det tale om at Peder har utført en "umenneskelig behandling" ovenfor Kari jf. art. 3.

Det er dermed utvilsomt at bruddene av besøksforbudet medfører krenkelse av Karis rett til "privatliv" i art. 8 og krenkelse av forbudet mot "umenneskelig behandling" i art. 3.

Ettersom staten ikke direkte har grepet inn i Kari sine menneskerettigheter, blir spørsmålet om staten passivt har krenket hennes rettigheter etter EMK.

Det er ikke tvilsomt at staten hefter for handlinger gjort av privatpersoner, jf. Olsson-saken. Av art. 1 følger det at staten skal "sikre" menneskerettighetene i konvensjonen.

Ordlyden av "sikre" gir anvisning på at staten skal opprettholde sine positive forpliktelser til EMK, og forebygge krenkelser av den. Det følger av *Ärtze für de Leben* at det er tale om en innstatsforpliktelse, ikke en resultatforpliktelse.

I Rt. 2013 s. 588 kom Høyesterett til at politiet ikke hadde opprettholdt sine forpliktelser til å sikre vedkommendes menneskerettigheter. I saken hadde en mann blitt ilagt besøksforbud etter flere voldelige episoder mot hans samboer. Samboeren utviklet alvorlig angstlidelse som følge av mannens stadige brudd på besøksforbudene. Politiet hadde grepet inn ved noen anledninger, men Høyesterett kom til at dette ikke var tilstrekkelig nok, da politiet ikke hadde reagert på flere av episodene.

I vurderingen av om staten hadde aktivt sikret samboerens menneskerettigheter, benyttet Høyesterett i Rt. 2013 s.588 en tilsvarende metode som EMD i Osman-saken, der vurderingen var om staten "knew or ought to

know" at det forelå en "real and immediate risk", og videre om staten handlet "within the scope of their powers". Overført til vår sak vil ikke Osman-testen benyttes direkte, da det tvisten står for norsk rett, men momentene vil allikevel benyttes, som et utgangspunkt for vurderingen av om staten kunne og burde handlet annerledes.

Spørsmålet blir dermed om staten kunne og burde handlet annerledes, og om det forelå en umiddelbar og reell risiko.

I vår sak hadde Peder ved flere anledninger oppsøkt Kari, både hjemme og hos moren. Sett i sammenheng med hans tidligere voldshistorikk og sjalusi, må dette tilsi at det forelå en umiddelbar og reell risiko for at Kari kom til å bli påvirket av hendelsene, og at menneskerettighetene kunne krenkes.

Videre er det klart at politiet ikke visste at Peders handlinger ville medføre at Kari utviklet en angstlidelse og ble ufør, da dette skjedde etter Peders brudd på besøksforbudene.

Første spørsmål blir dermed om politiet brude ha kjent til risikoen Peder utgjorde, da han gjentatte ganger brøt besøksforbudet til Kari.

På den ene siden har ikke Peder oppsøkt Kari på flere måneder, noe som taler mot at staten burde visst hvilken risiko overtredelsene av besøksforbudene ville medføre.

På den annen side har Peder tidligere blitt dømt til seks måneders fengsel som følge av kroppsskade. I tillegg ble han ytterligere dømt for kroppsskade mot Kari, med en strafferamme på ett år. Politiet var på grunnlag av dette kjent med Peders voldelige historikk, noe som trekker sterkt i retning av at de burde kjent til at en jevnlig overtredelse av besøksforbudene ville gi sterke ringvirkninger på Kari.

Videre har Kari anmeldt bruddene på besøkforbudene. Dette burde gitt politiet en oppfordring til å bli kjent med risikoen, spesielt sett i forhold til Peders voldelige historikk. Annerledes kunne det stilt seg om Kari forholdt seg passiv.

Samlet sett må det gis avgjørende vekt at politiet var klar over Peders voldelige historikk både mot Kari og mot Lars, og at de fikk kunnskap om overtredelsene av besøksforbudet.

Følgelig forelå det en reell og umiddelbar risiko, som politiet burde ha kjent til da Peder gjentatte ganger brøt besøksforbudet til Kari.

Videre må det vurderes om politiet har handlet adekvat i forhold til hva som rimeligvis kan forventes av dem.

I vurderingen blir det avgjørende hva politiet har gjort, alternative handlingsmåter, om disse ville avverget risikoen og om den alternative handlingen rimeligvis kan forventes jf. Rt. 2013 s.588.

Først tas det stilling til hva politiet har gjort, og hvilken alternativ handlingsmåte som forelå.

I vår sak har politiet innkalt Peder til avhør, hvor han lovet å avstå fra å oppsøke Kari. Videre har politiet henlagt saken som følge av en positiv utvikling.

Hva gjelder alternativ handlingsmåte kunne politiet innkalt Peder til avhør ved et tidligere tidspunkt, og ikke først når Peder truer med å drepe Kari.

Videre må det vurderes om den alternative handlingsmåten ville avverget risikoen for at Kari utviklet en alvorlig angstlidelse.

Det må anses sannsynlig at et tidligere avhør av Peder ville avverget risikoen for at Kari opplevde umenneskelig behandling, og avverget krenkelsen av privatlivet. Dette fordi Peder har avstått fra å oppsøke Kari som følge av ett avhør hos politiet.

Det springende punkt blir dermed om det kan rimeligvis forventes at politiet skulle avhørt Peder på et tidligere tidspunkt.

På den ene siden må politiet må ha en viss skjønnsmargin til å selv vurdere på hvilket tidspunkt en sak er alvorlig nok til å gripe inn i. Dessuten grep politiet faktisk inn da Peder truet med å drepe Kari, hvilket tilsier at de har handlet når saken nådde et alvorlig punkt.

Argumentet over må underbygges med at byen er preget av tungt narkotikamiljø, og politiet må ha et visst rom til å bestemme hvilke saker som skal prioriteres. Bydelen har knappe ressurser, som trekker i retning av at politiet ikke med rimelighet kunne forventes å gripe inn på et tidligere tidspunkt.

På den annen side følger det av Rt. 2013 s.588 at selv om staten har grepet inn ved noen anledninger, er overtredelser av besøksforbud så alvorlig at det må forventes at politiet griper aktivt inn. I saken hadde politiet flere ganger avhørt vedkommende, men også unnlatt å avhøre han ved enkelte besøksovertredelser. Dette hadde medført at samboeren ikke følte seg trygg, og at hun blant annet måtte bo på sted med skjult adresse.

Overført til vår sak tilsier dette at besøksovertredelser er så alvorlige at det gir politiet en skjerpet plikt til å reagere tidligere. Dette trekker i retning av at politiet med rimelighet burde avhørt Peder tidligere.

Dessuten er det et poeng at når saken ble alvorlig nok hadde politiet kapasitet til å avhøre han. Det bør tilsi at de kunne avhørt Peder på et tidligere tidspunkt, da det ikke har brukt for store ressurser.

I tillegg må det få betydning at avhøret var svært effektivt, ved at Peder har lovet å avstå fra å oppsøke Kari. Det kunne dermed hatt stor betydning for Karis psyke om politiet iverksatte tiltak tidligere.

På tross av at politiet må ha et visst rom til å prioritere viktige saker, må det gis avgjørende vekt at det er tale om et alvorlig tilfelle med store konsekvenser for Kari. Dette må intensivere politiets plikt til å gripe inn, spesielt sett i forhold til effekten av avhøret.

Følgelig kunne det rimeligvis forventes at politiet skulle avhørt Peder på et tidligere tidspunkt. Staten har dermed passivt krenket Karis rettigheter etter EMK jf. art. 1 jf. Grl. §92.

Konklusjonen blir at staten har brutt sine konvensjonsforpliktelser etter EMK, som følge av Peders stadige brudd på besøkforbudene.

2.

Twistens parter er Peder mot Norge som stat.

Ettersom alle nasjonale rettsmidler er uttømt, har EMD kompetanse til å behandle saken jf. art. 35 jf. art. 34. Oppgaven reiser flere problemstillinger. Disse blir behandlet i den rekkefølgen faktum oppstiller.

Første spørsmål blir om pågripelsen og varetektsfengslingen er konvensjonsstridig.

Av EMK art. 5 fremgår det at "enhver" har rett til "personlig frihet og sikkerhet". Ordlyden gir anvisning på at enhver skal beskyttes mot vilkårlige inngrep fra myndighetene. Ettersom Peder klart er "enhver" kan han påberope seg art. 5.

Det følger videre av 5,1 at ingen må bli "berøvet sin frihet".

Første spørsmål blir om Peder har blitt "berøvet sin frihet" ved både pågripelsen og varetektsfengslingen.

Ordlyden peker på en vesentlig begrensning i tid og rom. Det må imidlertid settes en grense nedad mot bevegelsesfriheten i 4 TP art. 2.

Ved innlåsing eller pågripelse er hovedregelen at det foreligger en frihetsberøvelse, jf. Withold Liva-saken. Pågripelsen og varetektsfengslingen er dermed utvilsomt en frihetsberøvelse jf. art. 5.

Av art 5,3 følger det at enhver som blir pågrepet i samsvar med 5,1 bokstav c "skal straks" bli stilt for en dommer.

Det fremgår av 5,1 bokstav c at frihetsberøvelse med formål om å fremstille personen for rettslig myndighet er "lovlig" dersom det foreligger "rimelig mistanke" om "straffbar handling".

Det fremgår av faktum at pågripelsen var i samsvar med nasjonal rett. Det legges dermed til grunn at den i tillegg oppfyller kvalitetskravene til en tilstrekkelig presis og tilgjengelig lovhjemmel.

Det er klart at narkotikabesittelse er å anse som en "straffbar handling".

Neste spørsmål blir om det forelå en "rimelig mistanke" om at Peder begikk en straffbar handling.

Ordlyden er vag, men uttrykker at det må foreligge noe mer enn en antakelse. I Fox mfl.-saken uttaler EMD at det må foreligge objektive forhold som vil "satisfy an objective observer".

Peder ble tatt på fersk gjerning da han gravde frem et halvt kilo hars. Dette oppfylder følgelig det objektive kravet til at det foreligger det en "rimelig mistanke" om straffbar handling.

Utgangspunktet er således at Peder "skal" bli stilt for en dommer "straks" jf. 5,3. Imidlertid motsatte ikke Peder seg fengsling, og det ble ikke funnet nødvendig å holde rettsmøte.

Spørsmålet blir dermed om Peders aksept av fengsling kan godtas som en legitim grunn til å ikke holde rettsmøte.

Ordlyden av "skal" forstås som et krav, og åpner isolert sett ikke for at den frihetsberøvede kan frasi seg muligheten til rettsmøte.

Dette underbygges av EMD i De Wilde-saken, der EMD understreker at en person ikke kan samtykke til en frihetsberøvelse i relasjon til fengsling. Samtykke har kun betydning som tilleggsmoment ved vurderingen om fortsatt fengsling jf. Buzardji-saken, eller ved innleggelse ved psykisk helsevern jf. Winterverp-saken.

Følgelig er kan ikke Peders aksept av fengsling godtas som grunn til å ikke holde et rettsmøte. Første konklusjon blir dermed at unnlåtelsen av å stille Peder for en dommer er konvensjonsstridig. Neste spørsmål om Advokat Reiner har fått rimelig tid til å forberede rettsmøte om varetektsfengslingen.

Av art 5,3 fremgår det ikke et eksplisitt krav til tiden for å forberede sitt forsvar ved varetektsfengsler. EMD- praksis legger imidlertid til grunn at jo nærmere varetektsfengslingen er hovedforhandling, desto mer nærliggende er det å innfortolke minsterrettighetene i art 6,3.

I vårt tilfelle er det over en måned til hovedforhandling, hvilket er god tid til å forberede sitt forsvar frem til hovedforhandling.

Videre har EMD i en dom uttalt at arbeidstiden må stå i forhold til arbeidsmengden. Sett i forhold til at det gis fire dager på å forberede sitt forsvar til første varetektsfengsling, må dette anses som god nok tid. Annerledes kunne det stilt seg dersom det var tale om fire dager til hovedforhandling.

Følgelig har Advokat Reiner fått rimelig tid til å forberede rettsmøte om varetektsfengslingen.

Videre blir spørsmålet om å opprettholde fengslingsmøtet tross advokatstreik er konvensjonsmessig.

Av 5,3 fremgår det ikke eksplisitt krav om advokatbistand ved fengslingsmøter. Imidlertid har EMD-praksis lagt til grunn at advokatbistand skal innfortolkes i 5,3, men kravet vil ikke gjøre seg tilsvarende sterkt som i art. 6,3.

Vurderingen blir dermed om det var forsvarlig å opprettholde fengslingsmøtet. Behovet for advokatbistand må vurderes opp mot hensynet til effektivitet i rettsystemet.

På den ene siden har Peder fått gode instruksjoner fra advokaten, og har argumentert så godt han kunne i disse linjer. Dette kan tilsi at utfallet ville blitt det samme selv om advokat Reiner hadde vært til stede, og trekker i retning av at opprettholdelsen av fengslingsmøtet var forsvarlig.

På den annen side medførte advokat Reiners innlegg i et senere fengslingsmøte at Peder ble løslatt. Dette kan tilsi at Peder ikke forstod innholdet i uttalelsen om at saken var "kurant og antagelig nærmest var oppriktig". Dette trekker i retning av at Peder ikke fikk ivaretatt sin rettsikkerhet tilstrekkelig ved instruksene, og at en utsettelse ikke var forsvarlig.

I tillegg har muligheten for advokatstreik vært omtalt i media. Dette tilsier at det burde blitt satt en senere beramningstid, slik at Peders rettsikkerhet ivaretas.

Allikevel kan medieomtalen tilsi at Peder burde hatt forventning om at han måtte være selvprosederende under fengslingsmøtet. Dette svekker argumentet over.

Dessuten vil en utsettelse av varetektsfengslingen medføre 11 dagers forsinkelse av rettsmøtet. I 5,3 kreves det at vedkommende "straks" skal fremstilles for en domstol. I relasjon til "straks" har EMD kun akseptert 4 dager som akseptabel tid jf. Brogan. 11 dager vil således stride mot ordlyden i 5,3 og medføre en dårlig ivaretagelse av klagerens rettsikkerhet.

Det må i tillegg vektlegges at det er tale om et fengslingsmøte, og ikke hovedforhandling. Hensynet til effektivitet må tilsi at rettsystemet ikke bør ha forsinkelser, da det kan få ringvirkninger for andre saker som skal opp til høring.

Oppsummert må det få avgjørende betydning at Peder fikk instruksjoner fra advokaten, og hensynet til effektivitet må få avgjørende vekt. Dessuten må domstolene overholde kravet til å "straks" fremstille klageren for en domstol jf. 5,3.

Følgelig er det forsvarlig å opprettholde fengslingsmøtet, tross fraværet av advokat Reiner.

Andre konklusjon er at opprettholdelse av fengslingsmøtet tross advokatstreik, er konvensjonsmessig.

Neste spørsmål blir om hovedforhandlingen 29. oktober er konvensjonsmessig gjennomført av norske myndigheter.

Først tas det stilling til om rettens oppnevning av advokat Graff som forsvarer, var konvensjonsmessig.

Av art. 6,3 bokstav c fremgår det at klageren kan forsvare seg personlig "eller" rettslig bistand "etter eget valg".

Peder har fremmet ønske om å være selvprosederende, noe han i utgangspunktet har adgang til sett i forhold til ordlyden av "personlig".

Imidlertid må retten til å forsvare seg personlig ses opp mot kravet til "rettferdig ... rettergang". Ordlyden gir peker på det kontradiktoriske prinsipp, ved at klageren skal ha en reell mulighet til å tale sin sak uten inngripen fra myndighetene.

I vårt tilfelle er kontradiksjon mulig for Peder, ettersom han ønsker å selv forsvare sin sak.

Allikevel har EMD i flere saker uttalt at retten til å forsvare seg selv ikke gjelder i alle tilfeller. Dersom domstolene anser det uforsvarlig at klageren er selvprosederende, har retten plikt til å oppnevne bistand for å ivareta hensynet til rettferdig rettergang.

Det må dermed tas stilling til om det er uforsvarlig å la Peder forsvare seg "personlig", slik at han må ha forsvarer oppnevnt.

Sett i forhold til at Peder ikke forstod innholdet i advokat Reiner sine instruksjer, er det nærliggende å forstå at det vil være uforsvarlig at Peder forsvarer seg selv i en alvorlig straffesak som i den aktuelle saken. Hensynet til Peders rettsikkerhet, herunder å ivareta en rettferdig rettergang står dermed sterkt.

Følgelig er det uforsvarlig å la Peder forsvare seg "personlig", og han må dermed ha forsvarer oppnevnt. Konklusjonen blir at rettens oppnevning av advokat Graff, var konvensjonsmessig. Neste spørsmål blir om retten opptrådte konvensjonsmessig, ved å utvise Peder fra hovedforhandlingen.. Av art. 6 fremgår det at ved en "straffesiktelse" har "enhver" rett til "rettferdig ... rettergang".

Det er klart at det er tale om en "straffesiktelse" og at Peder er "enhver". Vurderingen blir således om utvisningen av Peder er å anse som en "rettferdig ... rettergang".

Ordlyden peker på at rettergangen ikke skal være urettmessig eller urettferdig for klageren, men ivareta hans rettsikkerhet.

På den ene siden har Peders advokat vært til stede, og kan ivareta hans rettsikkerhetsbehov. Han har dessuten vært til stede under bevisførselen.

I tillegg har Peder forstyrret gjentatte ganger, og ikke sluttet tross advarsel om å "slutte med forstyrrelsene". Argumentene trekker i retning av at utvisningen er "rettferdig" ovenfor Peder.

Imidlertid fremgår det av Idalov-saken, der klageren ble utvist av hovedforhandlingen grunnet upassende oppførsel, at utvisningen var i strid med "rettferdig ... rettergang". EMD uttalte at klageren ikke hadde fått tilstrekkelig advarsel til å forutse en utvisning. I saken understreker EMD at retten til å være tilstede er et minstekrav i ordlyden av "rettferdig rettergang", og at klageren oppførsel ikke kunne anses som et implisitt samtykke til å ikke delta i rettsmøtet.

Overført til vår sak har Peder fått advarsel om å "slutte med forstyrrelsen". Allikevel gir dette ingen klare holdepunkter eller mulighet til å forutse utvisning fra saken. Annerledes ville det stilt seg om dommeren uttrykket eksplisitt at han måtte fjernes dersom han avbrøt igjen.

I tillegg kan ikke Peders pågående forstyrrelse anses som et implisitt samtykke til å ikke delta, sett opp mot Idalov-saken. Dette trekker i retning av at Peder ikke har fått en "rettferdig ... rettergang".

I samme retning trekker det at Peder ikke fikk delta i verken forsvarets prosedyrer, eller gitt mulighet til egen sluttreplikk, som svekker kontradiksjonsprinsippet og dermed muligheten til å forsvare sin sak.

Oppsummert må det få avgjørende vekt at hensynet til kontradiksjon tilsidesettes når Peder blir utvist fra saken, ved at han ikke får gitt sluttreplikker. I tillegg gis det stor vekt at advarselen ikke ga Peder en berettiget forventning om at oppførselen vil medføre utvisning fra saken, jf. Idalov-saken.

Følgelig er utvisningen av Peder i strid med kravet om "rettferdig ... rettergang" jf. art. 6. Siste konklusjon er at retten opptrådte konvensjonsstridig, ved å utvise Peder fra hovedforhandlingen.

Teori

1. Innledning

Før grunnlovsrevisjonen i 2014 stod det i Grunnloven §99 at "fængsling anholdes". Bestemmelsen hadde et snevert virkeområde, ved at den kun gjaldt frihetsberøvelser ved fengsling. Dette satte spørsmål til frihetsberøvelser innenfor andre områder, som for eksempel psykisk helsevern. Gjennom stor inspirasjon fra EMK, kom Lønningsutvalget med et forslag om en revidert grunnlovsbestemmelse. Forslaget var at §99 skulle få et utvidet virkeområde, til å omfatte alle typer frihetsberøvelser. Stortinget endret som følge av Grunnlovens 200års jubileum, noen av grunnlovsbestemmelsene, og blant disse bestemmelsene ble §99 omgjort til dagens §94, som uttaler at ingen må "berøves friheten" på annen måte uten lovbestemte tilfeller.

Denne besvarelsen skal redegjøre for hva som ligger i begrepet "berøves friheten" i Grl. §94 første ledd. For å sette betydningen av begrepet i en større kontekst, vil det trekkes linjer til EMK og EMD-praksis.

2. "Berøves friheten" §94 første ledd

Ordlyden peker på en vesentlig begrensning i tid eller rom, og antyder at enhver skal vernes mot vilkårlige inngrep fra myndighetene.

Bestemmelsen setter ikke begrensninger for hva som kan anses som frihetsberøvelse. Det må imidlertid settes en grense nedad mot bevegelsesfriheten i Grl. §106, som setter begrensninger for vedkommendes mulighet til å bevege seg fritt i riket. Allikevel vil frihetsberøvelser som for eksempel innleggelse på psykiske institusjoner, falle innenfor.

2.2 Tolkning av "berøves friheten".

For å forstå innholdet i §94 første ledd, må den tolkes. Som nevnt innledningsvis, ble ordlyden endret som følge av grunnlovsrevisjonen i 2014. I Lønningsutvalget uttales det at

bestemmelsen skal tolkes i lys av EMK art. 5 og tilhørende EMD-praksis. EMK art 5 uttrykker tilsvarende som §94, at ingen skal "berøves sin frihet".

For en nærmere vurdering av hva som ligger i kriteriet "berøves sin frihet", er det derfor nærliggende å se hen til EMD-praksis ved fortolkningen av art. 5. I Engell-saken var det tale om å plassere vernepliktige i arresten var å anse som en frihetsberøvelse. I saken oppstiller EMD fire momenter for vurderingen av om klagerne ble "berøvet sin frihet". Hovedregelen er at det må tas utgangspunkt i den konkrete saken, og videre arten av inngrepet, virkningen og varigheten av inngrepet og til slutt gjennomføringen av inngrepet. I saken ble det ikke konstatert krenkelse, fordi klagerne var vernepliktige og derfor avgitt en del av sin frihet fra før, sett opp mot at frihetsberøvelsen kun strakk seg over noen dager.

Et annet eksempel hvor EMD vurderer om klagerne ble "berøvet sin frihet" er i Austin-saken. I saken var politiet forberedt på sammenstøt under en demonstrasjon i relasjon til et G8-møte. Når sammenstøtene oppstod, inngjerdet politiet alle demonstrantene, som de hadde forberedt på forhånd. Planen var at demonstrantene skulle være inngjerdet i en kort periode, men grunnet voldelige hendelser ble de innesperret i 7 timer. Også andre som var intetanende om demonstrasjonen ble fanget i inngjerdingen. EMD uttaler i saken at det ikke var intensivt nok til at det kunne være tale om en frihetsberøvelse, og at det var fjernt fra en typisk celle-situasjon. Selv om virkningen av inngrepet var angstfremkallende for noen, kunne ikke EMD likestille det med angsten og engstelsen ved å sitte innesperret på en celle. Det ble også vektlagt at det var ute i det fri, og ikke innenfor fire vegger. Således var det ikke tale om at klagerne var "berøvet sin frihet".

Ytterligere eksempel er Guzzardi-saken. Klageren var siktet for å ha relasjon til mafiaen i Italia. Han ble plassert på en 2,5 kvadratkilometer stor øy, noe som talte for at det ikke var en frihetsberøvelse. Det ble også vektlagt at det var et bedre alternativ enn innlåsing. Imidlertid ble klageren sterkt overvåket på øyen, og han fikk ikke ha kontakt med verken andre eller familie. Gjennomføringsmåten var derfor så intens at det måtte være tale om en frihetsberøvelse. Denne saken ble allikevel avgjort under dissens, der EMKs mindretall mente at det ble omfattet av bevegelsesfriheten.

Selv om EMK og EMD-praksis får betydning for tolkningen av innholdet i Grl. §934, må det allikevel påpekes at det er Høyesterett som avgjør tolkningen av menneskerettighetene i Grunnloven, og EMD som står for utviklingen av konvensjonsrettighetene jf. Mariadommen. Allikevel er EMD-praksis fra grunnlovsrevisjonen av betydning for fortolkningen av grunnloven.

2.3 Nødvendighetskravet

I begrepet "berøves sin frihet" ligger det også et krav til at frihetsberøvelsen skal være "nødvendig" og "ikke uforholdsmessig". Linken mellom begrepene i første ledd tilsier at dersom et inngrep ikke er forholdsmessig, skal heller ikke vedkommende berøves sin frihet. På den måten åpnes det allikevel for frihetsberøvelse, dersom det kan begrunnes tilstrekkelig.

Her skiller §94 seg fra EMK art 5, ved at EMK art 5,1 bokstav a-b oppstiller ulike minstevilkår for frihetsberøvelse. Oppramsingen er oppstilt uttømmende og skal tolkes snevert, jf. Winterverp-saken. I tillegg skal en forholdsmessighetsvurdering innfortolkes i EMK art 5 jf. Vasileva-saken, og skiller seg dermed fra §94 der kravet til forholdsmessighet står eksplisitt.

2.3.3 utfordringer ved forskjellig utforming

Det kan stilles spørsmål om ikke forskjellen mellom utformingen av §94 og EMK art 5 medfører utfordringer, ved at EMK art 5,3 oppstiller minstevilkår for frihetsberøvelse, mens Grl. §94 oppstiller krav om forholdsmessighet og nødvendighet. Isolert sett kan Grl. §94 både gi et bedre og et dårligere vern mot frihetsberøvelse enn EMK. Bestemmelsen kan gi et bedre vern ved at §94 ikke oppstiller en uttømmende liste, og at flere komplekse saker kan omfattes som forholdsmessig. Imidlertid kan §94 også gi et dårligere vern ved at det kan åpne opp for myndighetsmisbruk, fordi bestemmelsen ikke har presise og tydelige minstevilkår.

Imidlertid har Høyesterett i Rt. 2014 s.1105 knesatt at §94 skal tolkes i lys av konvensjonsforpliktelsene, herunder av EMK art 5. Ved grunnlovsrevisjonen var formålet med en kort og presis grunnlovstekst nemlig at konvensjonsbestemmelsene skulle utfylle grunnlovsbestemmelsene jf. Lønningsutvalget. Derfor er det nærliggende å tro at tilfellene som faller utenfor minsterettighetene i EMK art 5, også vil være unødvendig eller uforholdsmessig frihetsberøvelse etter Grl. §94.

3. Avsluttende bemerkninger

Problemet ved å anvende EMD-praksis og EMK som en tolkningsfaktor for innholdet av bl.a. Grl. §94, er dersom EMD-praksis legger seg på et lavere eller høyere nivå enn høyesterett ved fortolkningen av menneskerettighetene. Dette spørsmålet er ikke avklart i verken praksis eller teorien. Det må allikevel påpekes at grunnlovsrevisjonen medførte at menneskerettighetene fikk en fundamental betydning i Grunnloven, på den måten at uavhengig rettsutvikling internasjonalt, vil rettighetene stå sterkt i det norske samfunn.