

Mønsterbesvarelse JUS135 Rettsstat og menneskerettigheter

Eksamen våren 2018

Kandidat: anonym

Ikke kommentert

Praktikum

Sakens parter er Peder mot den norske stat.

Ettersom alle nasjonale rettsmidler er uttømt, har EMD kompetanse til å behandle klagesaken, jf. art. 34, jf. art. 35.

Overordnet problemstilling er om staten har krenket Peders menneskerettigheter etter EMK.

Peder anfører at han har vært utsatt for flere krenkende forhold. De ulike krenkelsene vil behandles fortløpende.

Første problemstilling er om telefonavlyttingen av onkelen til Peder sin fasttelefon var en krenkelse av EMK art. 8.

EMK art. 8 første ledd slår fast at enhver har rett til "respekt" for sin "korrespondanse".

En naturlig forståelse av ordlyden "korrespondanse" er enhver form for kommunikasjon som den enkelte har med andre. Det omfatter naturligvis også kommunikasjon gjennom telefonsamtaler. Dermed er det klart at telefonavlytting utgjør et inngrep i retten til "korrespondansen".

Hovedregelen etter art. 8.2 er at det ikke skal skje noe "inngrep" av offentlig myndighet i utøvelsen av retten til "korrespondanse". Imidlertid kan det gjøres inngrep dersom det er "i samsvar med loven" og "nødvendig i et demokratis samfunn" av "hensyn til" nærmere angitte formål. Ordlyden gir uttrykk for en generelt krav om at inngrep i rettighetene etter EMK må oppfylle et lovskrav, være formålstjenelig og forholdsmessig.

For det første må det vurderes om avlyttingen er "i samsvar med loven".

EMD stiller krav om at den nasjonale basisen for inngrepet innfrir nærmere angitte klarhetskrav. Kravene kommer eksplisitt til uttrykk i Sunday-Times dommen. Av hensyn til forutberegnelighet stilles det for det første krav om at hjemmelen er tilgjengelig for borgeren. Det antas at sikkerhetsloven, som tillatelsen til telefonavlytting er fattet etter, var tilgjengelig. For det andre kreves det at hjemmelen er tilstrekkelig presis. Presisjonskravet innebærer at den nasjonale lovhomelelen eller rettstilstanden må være såpass klar at enhver skal kunne forutse sitt rettsstilling og innrette seg deretter. Samtidig er utgangspunktet at jo sterkere inngrepet er, jo strengere krav stilles til en klar basis i nasjonal rett.

Spørsmålet er om ordlyden i sikkerhetsloven § 1 er tilstrekkelig presis til at en alminnelig borger kan forutse at politiet vil kunne gjennomføre telefonavlytting dersom de anser det nødvendig for "å bekrefte mistanke om straffbart forhold".

Ordlyden sikkerhetsloven § 1 gir adgang til "romavlytting" og "brevkontroll". Telefonavlytting faller ikke under noen av disse begrepene. Det tilsier at lovligheten av telefonavlytting faller inn under ordlyden "andre etterforskningskritt".

En isolert fortolkning av ordlyden "andre etterforskningskritt" gir lite. Ordlyden er vag og rommer vidt.

Imidlertid har EMD tatt til ordet for at vage lovhjemler i visse tilfeller må passere som presise nok. Det kommer av at staten må gis en viss skjønnsmargin ved utformingen av lovhjemler, særlig der det er behov for hurtige avgjørelser og lokale vurderinger.

Samtidig slår loven fast at formålet med tiltaket være at det er "egnet til å bekrefte en mistanke om et straffbart forhold". I dagens samfunn foregår store deler av kommunikasjonen gjennom moderne samhandlingsverktøy som telefon. Avlytting av telefoner som et ledd i en etterforskning er et virkemiddel som er egnet til å oppfylle dette formålet. En formålsrettet tolkning av ordlyden tilsier at telefonavlytting anses som "andre etterforskningskritt".

Følgelig er det klart at myndighetene har tilstrekkelig presis lovhjemmel for tiltaket.

For det andre må det vurderes om avlyttingen er egnet til å ivareta et beskyttelsesverdig formål.

EMK art. 8.2 krav om at inngrepet er nødvendig "av hensyn" til blant annet "den nasjonale sikkerhet", "offentlige trygghet" eller "for å forebygge (...) kriminalitet". Formålet med telefonavlyttingen er å bekrefte eller avkrefte mistanken om at Peder har planer om å gjennomføre en terroraksjon. I tråd med de gjennomgåtte formålene i art. 8.2 bygger inngrepet på et legitim formål.

For det tredje stilles det krav om at inngrepet er forholdsmessig. Det kommer til uttrykk gjennom ordlyden "nødvendig i et demokratisk samfunn" i art. 8.2.

EMD-praksis viser at forholdsmessighetsvurderingen er todelt. For det første må tiltaket bygge på et "pressing social need", jf. Sunday Times. Videre må det være "proportional to a legitimate aim", jf. Olssondommen.

Det er klart at etterforskning av terrormistenkte er "nødvendig i et demokratisk samfunn".

Det springende punkt er om avlyttingen går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet om å få bekreftet eller avkrefte mistanken mot Peder. Det beror på en avveining av den samfunnsmessig behovet for avlyttingen, vurdert i lys av hvor inngripende inngrepet er for det enkeltindivid som rammes.

I dette tilfellet knytter avlyttingen seg til fasttelefonen til onkelen til Peder. Det opplyses om at avlyttingen hovedsakelig rammet onkelen. Det kan vurderes om avlyttingen dermed utgjør et uforholdsmessig inngrep i onkelens rett til "privatliv" og "korrespondanse" etter art. 8. Imidlertid må det vektlegges at politiet ikke hadde noen annen mulighet for å avlytte Peder, ettersom han ikke har egen mobil. Samtidig er det klart at avlyttingen ga resultater, ettersom Peder av og til brukte fasttelefonen til samtaler.

Samlet sett må det legges avgjørende vekt på at det er et stort samfunnsmessig behov for å etterforske aktivt dersom det er mistanke om terrorhandlinger. Behovet for avlyttingen veier tyngre enn de mindre ulempene onkelen påføres som følge av avlyttingen. Det legges til grunn at avlyttingen var forholdsmessig.

Konklusjonen på første problemstilling er at avlyttingen ikke innebar en krenkelse av retten til "korrespondanse" etter art. 8.

Neste problemstilling er om pågrep av Peder var en krenkelse av EMK.

Hovedregelen etter EMK art. 5.1 er at "ingen skal berøves friheten".

Det er klart at pågripelsen medfører at Peder "berøves friheten".

Spørsmålet er om pågripelsen var konvensjonsmessig.

Art. 5.1 åpner for at det kan gjøres inngrep i retten til "personlig frihet". Det forutsetter at inngrepet er i samsvar med "lov" og faller inn under et av formålene i bokstav a-f, jf. ordlyden "i følgende tilfeller".

Lovskravet er oppfylt ettersom det rene at pågripelsen skjedde i samsvar med nasjonal rett.

Den aktuelle hjemmelen er art. 5.1 c, som slår fast at "lovlig pågrep" forutsetter at det foreligger "rimelig mistanke" om at den pågripne "har begått en straffbar handling". Ettersom Peder ikke har begått en straffbar handling ved tidspunktet for pågrep er ikke dette alternativet anvendelig.

Gjenstående alternativ var at det var "rimelig grunn" til å anse pågrep "nødvendig" for å "hindre han i å begå en straffbar handling".

Ordlyden "hindre han i å begå en straffbar handling" tilsier at myndighetene kan pågripe en person før vedkommende i det hele tatt har begått en straffbar handling. En slik løsning er noe betenkelig.

For det første må formålet med pågripelsen være å "stille" den pågripne "for den kompetente rettslige myndighet". Det kan vanskelig argumenteres for at formålet med pågripelsen var å fremstille vedkommende for domstolene, når han i realiteten ikke enda har begått en straffbar handling. En formålsrettet tolkning tilsier at andre alternativ i art. 5.1 c) dermed ikke kan hjemle pågrep. Det underbygges av rettspraksis fra EMD, der det er slått fast at preventiv pågrep i utgangspunktet ikke kan skje i samsvar med konvensjonen. Hovedregelen er altså at preventiv arrest ikke kan finne sted.

På den annen side må det påpekes at det her er snakk om en alvorlig mistanke om en fremtidig terroraksjon som potensielt kan ramme uskyldige borgere hardt. Etter EMK art. 1 har myndighetene en plikt til å "sikre" "enhver" de rettigheter som følger av konvensjonen. Retten til liv etter art. 2 er en slik rettighet. En kontekstuell tolkning av art 5.1 c i lys av art. 2 tilsier at myndighetene plikter å iverksette tiltak som er egnet til å "sikre" andres rett til liv.

Det er et tungtveiende behov for at politiet i slike tilfeller kan pågripe terrormistenkte for å gjennomføre avhør. Hvis det ikke er mulig, vil politiet være frahindret for å treffe viktige etterforskningskritt med siktemål å avdekke potensiell kriminalitet. De beste grunner taler for at pågrep for å "hindre en straffbar handling" er i tråd med konvensjonen.

Lovlig pågrep forutsetter imidlertid at politiet har "rimelig mistanke" om at vedkommende har begått en straffbar handling.

Ordlyden "rimelig mistanke" tilsier at mistanken bygger på objektive vurderinger. Det må ta utgangspunkt i om omstendighetene på tidspunktet for pågripelsen er egnet til å gi en slik mistanke.

Spørsmålet er om politiet ved pågripelsen hadde "rimelig mistanke" om at Peder har planer om å gjennomføre en terrorhandling.

Myndighetene mottok informasjon om at Peder ble observert i nærheten av et beryktet treningssenter for terrorister i Afghanistan. Isolert sett gir ikke det tilstrekkelig holdepunkter for å mistenke han for terrorisme, men i lys av hans tidligere holdninger og uttalelser på nett stiller saken

seg annerledes. Peder har tidligere oppfordret til å "bekjempe USA (..) over alt". Peder har tidligere vært i politiets søkelys for uttalelsene, noe som tydeliggjør at politiet allerede fattet mistanke før innreise til Afghanistan. Når Peder observeres i mistenkelige områder, er det egnet til å styrke den allerede velbegrunnede mistanken.

Samtidig fikk politiet en etterrettningsrapport om at Peder var observert på flyplassen i det han fikk overlevert en pakke med ledninger, noe som kunne ligne på en bombe. Imidlertid var bildene fra overvåkningskameraet uklare og da Peder ble kontrollert på flyplassen, ble det ikke funnet noen bombe, men en mobiltelefon med ledninger. På den ene siden tyder det på at det var mobiltelefonen som ble overlevert. På den annen side var overvåkningsbildene uklare og det var en mulighet for at Peder ikke lenger bar på tingen han fikk overlevert.

Det konkluderes med at politiet, basert på Peders tidligere uttalelser og etterretningsinformasjonen både om hans bevegelser i Afghanistan og hendelsen på flyplassen, har grunn til å fatte "rimelig mistanke".

Avslutningsvis stilles det krav om at pågripelsen er forholdsmessig. Forholdsmessighetskravet kommer ikke eksplisitt til uttrykk i ordlyden, men må innfortolkes i samsvar med etablert praksis fra EMD. Pågripelsen er en nødvendig forutsetning for å gjennomføre avhøret. Samtidig finnes det ikke holdepunkter for at den går lenger enn nødvendig. Dermed må det konkluderes med at pågripelsen er forholdsmessig.

Konklusjonen er at pågripelsen ikke utgjorde en krenkelse av art 5.1 c.

Neste problemstilling er om avhøret utgjorde en krenkelse av art. 3.

Art. 3 slår fast at "ingen" må utsettes for "tortur" eller "umenneskelig" eller "nedverdiggende behandling".

En naturlig forståelse av ordlyden "tortur" tilsier smertefulle handlinger som er påført med den hensikt å fremskaffe informasjon eller en tilståelse.

Ordlyden "umenneskelig" eller "nedverdiggende" behandling tilsier at vedkommende er utsatt for en behandling som ikke er forsvarlig og som. I motsetning til torturbegrepet er det ikke nødvendig at behandlingen er utøvd med sikte på å skaffe informasjon. Ettersom formålet med avhøret av Peder er å skaffe informasjon som kan avkrefte eller bekrefte om han har planer om terrorisme, er det særlig aktuelt å vurdere om det er "tortur".

I El Masri uttalte EMD at forbudet mot tortur er absolutt og at det ikke kan forsvares selv der det brukes under avhør av terrorister.

I Nord-Irland dommen var spørsmålet om avhør av IRA-fanger var gjennomført på en måte som krenket art. 3. Avhørsmetodene innebar blant annet at fangene ble stående i flere timer inntill veggen, at avhørene ble gjennomført idet fangene skulle sove og kalldusjer. EMD kom frem til at behandlingen ikke nådde opp til terskelen "tortur", men mente den utgjorde en krenkelse av vernet mot "umenneskelig" behandling. Senere rettspraksis gir uttrykk for at slike metoder i dag hadde blitt ansett som tortur.

I Opuz ga EMD uttrykk for at terskelen for "tortur" er relativ. Hvorvidt noe anses som "tortur" beror på en samlet vurdering av "the duration and context of the treatment, its physical and mental effects, and in some cases, sex, age and health of the victim".

Med utgangspunkt i vurderingsmomentene fra dommen må det vurderes om avhøres anses som "tortur".

For det første er "the duration" av behandlingen relevant. Avhøret varte kortvarig og kan samlet sett ikke ha oversteget et kvarter. Sammenlignet med der fangene i Nord-Irland ble utsatt for langvarig smertefull behandling, taler den korte tiden for at det ikke når opp til terskelen for "tortur".

Imidlertid er ikke varigheten i seg selv avgjørende. Det avgjørende må være hvilke "physical and mental effects" behandlingen har påført den enkelte. Peder er ikke utsatt for fysisk mishandling eller smerte.

Spørsmålet er om truslene om tortur er egnet til å påføre Peder alvorlige "mental effects". Vurderingen må ta utgangspunkt i at staten plikter å drive effektiv etterforskning. For å innfri denne forpliktelsen kan det i de mest alvorlige tilfellene være nødvendig å gi politiet handlingsrom til å ta i bruk utradisjonelle avhørsmetoder for å få fortgang i etterforskningen. Det gjelder særlig der det er fare for andres liv eller helse. Likevel må det bemerkes at tortur i alle tilfeller er forbud. I dette tilfellet er det klart at

Basert på avhørslederens svar om at Peder "ikke ville oppleve" hva som lå i "ekstraordinære avhørsmetoder", kombinert med at han umiddelbart framla bilder som viste fanger som ble torturert, hadde Peder rimelig grunn til å tro at han ville bli utsatt for tilsvarende handlinger. Samtidig tilsier "the context" av avhøret at Peder hadde grunn til å frykte tortur. Avhørslederen gikk inn på et rom merket "spesialavhør" og ble der inne i ti minutter. Etersom Peder så at rommet inneholdt ulike verktøy som man naturligvis forbinder med torturmetoder, tilsier det at han naturlig nok fryktet at de ville bli brukt på han. Frykten underbygges når avhørslederen senere kommer Avhørslederens atferd og omgivelsene rundt avhøret ha gitt Peder en reell grunn til å frykte for torturlignende behandling.

Selv om Peder ikke ble utsatt for smertefull fysisk mishandling, må det legges avgjørende vekt på at truslene om hva som ville vente han dersom han ikke besvarte spørsmålene, frembragte en enorm frykt og redsel hos Peder. Uavhengig om fysisk tortur faktisk var ment å bli gjennomført, må det slås ned på slike umenneskelige avhørsmetoder. Mye tyder på at politiet arrangerte en situasjon der Peder skulle få en inntrykk av at han ville komme til å bli torturert. Samlet sett må det legges til grunn at omstendighetene rundt avhøret skaper en reell frykt hos Peder som når opp til terskelen for hva som anses som "tortur".

Konklusjonen er at avhøret utgjør en krenkelse av Peders rett til vern mot tortur etter art. 3.

Subsidiært, forutsatt at avhøret ikke krenket konvensjonen, blir spørsmålet om varetektsfengslingen av Peder var i tråd med konvensjonen.

Art. 5.1 regulerer tilfeller der noen "berøves sin frihet".

Peder ble holdt i varetekt en dag. Det er på det rene at varetektsfengslingen av Peder er en frihetsberøvelse. Vernet i art. 5 kommer til anvendelse.

Inngrep i "retten til frihet" forutsetter i tråd med art. 5.1 forutsetter fengsling at det skjer i samsvar med "lov" og at det faller inn under en av kategoriene i bokstav a-f.

Det er på det rene at fengslingen har hjemmel i nasjonal lov.

Vilkårene for varetektsfengsling reguleres i art 5.1 bokstav c.

Det er klart at det foreligger en "rimelig mistanke" om at Peder potensielt har planer om terrorhandlinger og at det er tilstrekkelig grunnlag for "lovlig pågripelse", jf. tidligere drøftelser.

Imidlertid viser praksis at det i motsetning til pågripelse, er nødvendig med noe mer enn bare "rimelig mistanke" for fortsatt varetektsfengsling, jf. Buzadji. I sistnevnte dom fremheves det at bevisforspillelsesfare, fare for gjentakelse eller fluktforsøk kan gi grunnlag for fortsatt fengsling.

I foreliggende tilfelle er ingen av disse tilleggsgrunnene anvendelige. Det er ikke holdepukter for at Peder vil flykte. Samtidig er gjentakelsesfare uaktuelt, ettersom Peder enda ikke har begått et lovbrudd. Videre er det ikke fare for bevisforspillelse, da politiet ikke har noen bevis enda.

Spørsmålet er om slik rettshåndhevelsesarrest er tilstrekkelig grunnlag for fortsatt fengsling.

Formålet med rettshåndhevelsesarrest er å forhindre at samfunnets borgere tar loven i egne hender. Det bygger på en utbredt rettsfølelse i samfunnet hvor det strider mot rettferdighetsfølelsen om vedkommende blir sluppet løs. Det er klart at terrorisme er egnet til å skape frykt i samfunnet. EMD har uttalt at rettshåndhevelsesarrest er betinget av at det er "tvingende nødvendig" av hensyn til "den offentlige orden. Det er klart at det vil være støtende for den alminnelig rettsfølelse og offentlig orden om Peder blir løslatt. Det gjelder særlig i lys av at han har gitt uttrykk for sine kontroversielle holdninger på nettet og at det er egnet til å skape ekstra frykt i befolkningen.

Når situasjonen er så ekstraordinær som det foreliggende, taler de beste grunner for at rettshåndhevelsen er et tilstrekkelig grunnlag for varetektsfengsling.

Fengslingen bygger på et legitimt formål, jf. art. 5.1 c.

Videre må det vurderes om fengslingen er forholdsmessig.

Kravet om forholdsmessighet fremkommer ikke eksplisitt frem av ordlyden, men må innfortolkes i samsvar med rettspraksis, jf. Vasileva.

I kravet om forholdsmessighet ligger for det første at fengslingen må imøtekomme et "pressing social need", jf. Sunday Times. Det vil være samfunnsmessig nødvendig å holde mistenkte terrorister under varetekt inntill situasjonen er avklart.

Likevel stilles det krav om at fengslingen ikke går lenger enn det som er "proportional to the legitimate aim", jf. Olsson. I det ligger at fengslingen ikke skal overskride det som er nødvendig. I foreliggende tilfelle holdes Peder kun i varetekt i ett døgn, før han deretter fremstilles for domstolen. Den hurtige domstolsbehandlingen og den relativt korte varigheten av fengslingen tilsier at inngrepet ikke går lenger enn det som strengt tatt er nødvendig. Samlet sett er fengslingen forholdsmessig.

Konklusjonen er at varetektsfengslingen ikke utgjør en krenkelse av art. 5.1 c).

Atter subsidiært blir spørsmålet om frihetsinnskrenkningen av Peder utgjorde en krenkelse av EMK.

Art. 5.1 gir vern for den som "berøves sin frihet".

Hvorvidt Peder er beskyttet etter art. 5.1 beror på om han er "berøves sin frihet".

Ordlyden "berøves sin frihet" tilsier at vedkommende frarøves retten til å bevege seg fritt. Den klassiske situasjonen, som helt klart anses som frihetsberøvelse, er der vedkommende settes i fengsel. Bortsett fra fengselsstraff kan det i noen tilfeller være uklart hvorvidt en innskrenkning i bevegelsesfriheten anses som frihetsberøvelse.

For å utpensle nærmere hvilke tilfeller som anses som frihetsberøvelse, er det nødvendig å se hen til hvordan EMD tidligere har tatt stilling til spørsmålet. I Engel-dommen utarbeidet EMD visse vurderingsmomenter som er gjenntatt i senere rettspraksis. Spørsmålet om et inngrep er å anse som en frihetsberøvelse beror på inngrepets art, varighet, gjennomføringsmåte og virkning.

Med utgangspunkt i vurderingskriteriene i Engel-dommen, må det vurderes om frihetsinnskrenkningene Peder pålegges er en frihetsberøvelse etter art. 5.1.

For det første må "varigheten" vurderes. Frihetsinnskrenkningen varer inntill fire uker. Den korte varigheten taler for at det ikke er en frihetsberøvelse.

Imidlertid må varighet må sees i lys av intensitet og inngrepets "art". Det illustreres i en dom fra EMD der isolasjon i en time ble ansett som frihetsberøvelse. Vilåårene for Peder er på langt nær like inngripende som isolasjon. Det mest inngripende vilååret må være at han pålegges å holde seg hjemme mellom kl 20 og 8. Likevel er heller ikke dette vilååret særlig inngripende, ettersom han står fritt til å bevege seg hvor han vil på dagtid. På kveld og natteetid er det uansett normalt å oppholde seg hjemme. Det taler for at innskrenkningen ikke har uforholdsmessig negativ "virkning" for Peder.

Samtidig må "gjennomføringsmåte" vurderes. I Guzzardi dommen kom EMD til at plasseringen av en mafiamistenkt på en 2 1/2 kvadratkilometer stor øy var frihetsberøvelse. Det ble lagt avgjørende vekt på at han ble konstant overvåket av politiet og hadde begrenset kontakt med omverden. I motsetning til dommen er ikke Peder under konstant overvåkning bortsett fra fotlenken. Samtidig kan han kommunisere med hvem han ønsker, bortsett fra A og B. Det kan ikke anses som særlig inngripende, ettersom Peder har uttrykt at han ønsker å ta avstand fra det miljøet. Det taler for at det ikke har en særlig negativ "virkning" for Peder.

Etter en samlet vurdering av innskrenkningens art, må det legges til grunn at begrensningene ikke rammer særlig tungt, samtidig som det legges avgjørende vekt på det bare gjelder i fire uker.

Konklusjonen er at det ikke er en frihetsberøvelse.

Dermed kommer ikke vernet etter art. 5 til anvendelse.

Lovligheten av frihetsinnskrenkningen må dermed vurderes etter TP nr. 4 art 2 om "bevegelsesfrihet".

Utgangspunktet er at "enhver" skal ha "rett til bevegelsesfrihet", jf. første ledd.

Det kan gjøres innskrenkninger i retten til bevegelsesfrihet dersom det er "i samsvar med lov" og "nødvendig i et demokratisk samfunn" av nærmere angitte "hensyn".

Første spørsmål er om inngrepet har hjemmel i lov.

EMD oppstiller et klarhetskrav, jf. tidligere drøftelser.

Spørsmålet er om Sikkerhetsloven § 3 tilfredstiller presisjonskravet.

Aktuelt vilkår for tiltaket er ordlyden "lignende restriksjoner". Ordlyden tilsier at det må være en "lignende" restriksjon som "fengsling". De vilåårene som er satt overfor Peder er mindre inngripende enn fengsling. En fra-det-mer-til-det-mindre tolkning tilsier at det dermed også kan pålegges vilkår i form av fotlenke og påbud om å oppholde seg hjemme i visse tidspunkter. Lovskravet er oppfylt.

Samtidig er tiltakene truffet av hensyn til å "forbygge forbrytelser" og "av hensyn til nasjonal sikkerhet" og "offentlig trygghet". Inngrepet er formålstjenelig.

Avslutningsvis må det vurderes om innskrenkningen er forholdsmessig. For nærmere utpenslig av forholdsmessighetsvurderingen, se tidligere drøftelser.

Det er klart at det er "nødvendig i et demokratisk samfunn" å begrense bevegelsesfriheten til en person for å forhindre at vedkommende begår kriminelle handlinger.

Det springende punkt er om frihetsinnskrenkningene overfor Peder går lenger enn nødvendig.

Frihetsinnskrenkningen innebærer at han ikke lenger får holde kontakt med A og B. Ettersom Peder i avhøret ga uttrykk for at han ikke lenger ønsket kontakt med islamist-gruppen, taler det for at dette vilkåret ikke vil være tyngende for han.

Samtidig gjelder bevegelsesinnskrenkningen bare mellom kl 20-08. Peder står fritt til å gå på jobb og bevege seg fritt på dagtid. Det taler for at det ikke er uforholdsmessig tyngende.

Imidlertid varer innskrenkningen bare i to uker og restriksjonen ble opphevet umiddelbart etter at påtalemyndighetene fant at det ikke lenger var grunnlag for å tiltale Peder. Det taler sterkt for at innskrenkningen ikke gikk lenger enn det som var nødvendig.

Samtidig finnes det ikke holdepunkter for at mynighetene kunne kontrollert Peder på en mindre inngripende måte.

Delkonklusjonen er at frihetsinnskrenkningen var forholdsmessig.

Den subsidiaire konklusjonen er at frihetsinnskrenkningen ikke utgjør en krenkelse av retten til bevegelsesfrihet etter TP nr. 4 art 2.

Teori

Innledning

Maktfordelingsprinsippet innebærer at makten fordeles mellom den lovgivende, utøvende og dømmende makt. Formålet er å hindre at all makt konsentreres hos en myndighetsgren slik at ingen misbruker makten. For å innfri dette formålet er det nødvendig at de ulike maktapparatene fører kontroll med hverandre. Som et ledd i denne prosessen er det nødvendig at domstolen fører kontroll med at forvaltningen treffer lover som er i samsvar med Grunnloven.

Domstolens rett og plikt til å prøve om nasjonale lover strider mot Grunnloven har lenge vært ansett som konstitusjonell sedvanerett. Først gjennom grunnlovsreformen i 2014 ble domstolens prøvingskompetanse fastslått i Grunnlovsteksten. I dag kommer den til uttrykk i Grl. § 89. Bestemmelsen slår fast at domstolene har en "rett" og "plikt" til å "prøve" om lover truffet av statens myndigheter "strider" mot Grunnloven. I denne oppgaven vil det redegjøres nærmere for hva som er innholdet av domstolens prøvingskompetanse og hvor langt denne strekker seg. Samtidig vil det sees nærmere på hvilke faktorer som påvirker domstolens prøvingsintensitet av lovers grunnlovsmessighet.

Prinsipper for grunnlovstolkning

Før vi går inn på den nærmere tolkningen av Grl. § 89, er det nødvendig å si noe kort om hvordan grunnlovsbestemmelser skal tolkes. I tråd med alminnelige tolkningsprinsipper er ordlyden et naturlig utgangspunkt. Her må det tas i betraktning at Grunnloven ble utformet i 1814 og at mange av bestemmelsene er nokså vage. Selv for de nyere bestemmelsene som ble vedtatt eller endret i 2014, er til en viss grad preget av vaghet ettersom lovgiveren ønsket å utforme knappe og presise

bestemmelser, for å bevare Grunnlovens tradisjon. I begge tilfeller kan det være nødvendig å se hen til andre tolkningsmomenter som kan kaste lys over ordlyden.

For det først kan det være relevant å se hen til forarbeidsuttalelser som sier noe om hvordan ordlyden skal forstås. Det gjelder hovedsakelig for de bestemmelsene som ble vedtatt i 2014, der Lønningsutvalgets uttalelser er utfyllende. Videre kan det være relevant å se hen til formålet til bestemmelsen og de overordnede formålet Grunnloven skal ivareta. Samtidig må det fremheves at Grunnlovens alder i visse tilfeller nødvendiggjør en dynamisk tolkning, ettersom samfunnsforholdene endrer seg med tiden. Videre må det søkes å oppnå en harmoniserende og kontekstuell tolkning. Samtidig må det fremheves at især de nye grunnlovsbestemmelsene er inspirert av EMK, noe som tilsier at Grunnloven kan tolkes i lys av konvensjonsbestemmelsene. Det er uttrykkelig lagt til grunn i forarbeidene til Lønningsutvalget og også uttalte i Høyesterettspraksis, bl.a. Maria-dommen fra 2015.

Domstolens "rett" etter Grl. § 89 til å prøve om lover strider mot Grunnloven

Ordlyden "domstolene" tilsier at prøvingskompetansen ikke bare tilfaller Høyesterett. Det er ingenting i veien for at tingretter og lagmannsretter rundt om i landet kan sette til side en nasjonal lov som grunnlovsstridig. En isolert fortolkning av ordlyden "rett" gir uttrykk for at domstolen har en valgfrihet til å prøve enhver nasjonal lovtekst opp mot grunnloven. Imidlertid forutsetter prøving at saken "reises" for domstolene. Det tilsier at saken må ha blitt klagt inn til domstolene. Likevel vil domstolene ha "rett" til å prøve saker som er bragt inn til de. Spørsmålet er hvor langt denne retten strekker seg. I det følgende vil det sees nærmere på hvilke faktorer som spiller en rolle på hvor inngående prøving domstolene foretar av om lover er i tråd med Grunnloven.

Faktorer som påvirker domstolens prøvingsintensitet

Hvor inngående domstolen vil prøve om en lov strider mot Grunnloven avhenger av en rekke omstendigheter og faktorer. For det første er det av betydning om lovgiver har vurdert om loven er i strid med Grunnloven. Dersom lovgiver, etter en grundig og veloverveid vurdering, har kommet frem til at lovforslaget er i tråd med Grunnloven, vil det ikke være like stort behov for at domstolen i etterkant går inn og vurderer grunnlovsmessigheten. Motsatt, dersom lovgiver ikke har vurdert forholdet til Grunnloven, vil domstolen i større grad gå inn og vurdere lovligheten. Det samme gjelder der lovgiver har tatt stilling til forholdet, men vurderingen bygger på misforståelser eller er overfladisk. I slike tilfeller vil behovet for domstolsprøving øke.

For det andre vil domstolens prøvingsintensitet variere ut i fra hvilket område lovhjemmelen regulerer. Det kom til uttrykk i Kløftadommen (Rt-1979-1), der Høyesterett uttalte at domstolens prøvingsrett må deles inn i en tredeling. På den ene siden viser domstolen en tilbakeholdenhet med å overprøve lovhjemler som regulerer kompetansenormer mellom statsmakten. På motsatt side viser Høyesterett en inngående overprøving av lovhjemler som griper inn i den enkelte borgers privatliv og personlige integritet. Det kommer av at Lovhjemler som regulerer økonomiske rettigheter befinner seg i en mellomstilling.

Det finnes flere eksempler på at Høyesterett har vurdert nasjonale lovhjemler på området for økonomiske rettigheter. I Tomtefestedommen var spørsmålet om tomtefesteloven § 33 var i strid med Grunnloven. Loven begrenset tomteeieren fra å øke tomteavgiften. På den annen side kunne tomtefesteren nyte godt av en eventuell prisøkning. Det førte i realiteten til at de som eide tomten ikke fikk økonomisk utbytte av at eiendommen økte i verdi, ettersom de var frahindret fra å øke tomteleien etter tomtefesteloven § 33. Høyesterett anså løsningen som urettferdig overfor tomtefesteren og satt loven til side som grunnlovsstridig. En annen sak som har vært oppe til behandling hos Høyesterett for behandling av lovers grunnlovsmessighet er Konvensjonsdommen. I

medhold av en 200 år gammel bestemmelse, var eieren av et fossefall bundet til å selge fossefallet til staten. Høyesterett anså bestemmelsen for å være i strid med Grunnloven og satt den til side.

Domstolens "plikt" til å prøve lovers grunnlovsmessighet

Etter Grl. § 89 har domstolen en "plikt" til å prøve om lover er i strid med Grunnloven. Lønningsutvalget har uttalt at de nye grunnlovbestemmelsene må tolkes i lys av EMK. Den underbygges av en kontekstuell tolkning i lys av Grl. § 92. Etter Grl. § 92 skal staten "respektere" og "sikre" menneskerettighetene slik de er nedfelt i "grunnloven" og i EMK. Ordlyden "sikre" viser til en positiv sikringsplikt for myndighetene til å iverksette aktive tiltak for å forbygge og hindre krenkelser av menneskerettighetene. I det ligger at myndigheten, gjennom domstolen, har en positiv plikt til å prøve at lovgivningen ikke strider mot grunnloven og EMK.

Den nye bestemmelsene i Grunnloven, særlig kapittel E, er i det vesentlige inspirert av EMK. Dermed vil domstolene, ved å prøve om lover er i samsvar med Grunnloven, indirekte "sikre" at lovene også er i samsvar med EMK. Det vil være i myndighetenes interesse å slå ned på nasjonale lover som strider mot menneskerettighetene. På den måten kan staten unngå å bli klagd inn til EMD for brudd på konvensjonen. Samtidig er en slik ordning i nasjonal rett med på å avlaste EMD, som årlig mottar langt flere saker enn de har kapasitet til å behandle. Det illustrerer at staten kan sikre menneskerettighetene ved domstolsprøving av lovers grunnlovsmessighet.