

# Mønsterbesvarelse JUS135 – Rettsstat og menneskerettigheter

Eksamen vår 2020

Kandidat: anonym

*Ikke kommentert*

## Teori

### 1. Innledning

Menneskerettighetene er typisk nasjonale i sitt innhold. Det gjelder forholdet mellom stat og individ. Det er tale om visse rettigheter som ethvert menneske har i kraft av å være menneske. Disse rettighetene forplikter og setter grenser for statens maktutøvelse. Den senere tid har også menneskerettighetene fått et internasjonalt aspekt. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) trådte i kraft i 1953 for å skape et felles samarbeid rundt å sikre menneske-rettighetene. Det er likevel klart at den nasjonale gjennomføringen er alfa og omega. EMK artikkel 1 gjør det derfor klart at statene har en plikt til å «sikre» konvensjonens rettighetene overfor enhver innenfor sitt myndighetsområde. Dette innebærer både en plikt til å respektere menneskerettighetene og til å forebygge at det skjer krenkelser, se Osman.

De fleste menneskerettigheter kan imidlertid ikke gjennomføres uavkortet i alle situasjoner. Det kan være tyngre lodd i den ene vektskålen som gjør inngrep nødvendig. Av den grunn åpner de fleste bestemmelsene for at det kan gjøres inngrep på nærmere vilkår, se artikkel 8 til 11. Det kreves gjennomgående at inngrepet er lov, formåls- og forholdsmessig.

Den Europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har fått mandat til å sikre at de forpliktelser som følger av EMK blir overholdt i praksis, se EMK artikkel 19. EMD har anlagt en dynamisk tolkningsstil, jf. Tyrer. Dette har ført til at enkelte rettigheter er tolket videre med tiden. En naturlig følge av dette er at spenningen i relasjon til nasjonale myndigheters behov for inngrep blir større. Dette har gjort at EMD har utviklet en lære om statenes skjønnsmargin. Denne oppgaven vil redegjøre for læren om statenes skjønnsmargin ved prøving av inngrep i EMK-rettigheter. Det vil innledningsvis sies noe generelt om hvordan læren om statenes skjønnsmargin er forstått av EMD. Deretter vil det i lys av praksis fra EMD foretas en gjennomgang av noen variabler som påvirker skjønnsmarginen.

### 2. Skjønnsmargin - domstolsskapt

Læren om statenes skjønnsmargin er utviklet gjennom EMDs praksis. Den er inntatt i 15 tilleggsprotokoll, men protokollen har enda ikke trådt i kraft. Læren kan sies å være et kompromiss mellom nasjonal suverenitet og internasjonal kontroll. EMD skal sørge for at statene overholder sine forpliktelser etter konvensjonene, men det er gjerne tale om vanskelige avveininger. Dette har gjort at EMD har gitt statene et viss handlingsrom når det gjelder nødvendigheten av inngrep, samt hvilke tiltak som er påkrevd for å sikre menneskerettighetene. EMD er imidlertid i bla. Handside, klar på at læren ikke gir statene en frihet til selv å definere innholdet og rekkevidden av rettigheten. Læren innebærer at EMD vil tillegge statenes egne vurderinger større eller mindre vekt, alt etter en rekke variabler. I det følgende vil det pekes på noen relevante variabler som påvirker statenes skjønnsmargin ved prøving av inngrep i EMK-rettigheter.

### 3. Variabler i prøvingsintensiteten

#### 3.1 Rettighetsområde

Menneskerettighetene knytter seg til fundamentale verdier som et hvert menneske har rett på. Dette gjør at inngrep i menneskerettigheter generelt vil være belastende for den som berøres. Det er likevel mulig å skille noe ut fra hvilket rettighetsområde man befinner seg på. Rettighetsområde vil

ha betydning for hvor inngripende tiltaket oppleves for den som rammes, og følgelig hvor stort handlingsrom statene kan ha ved ivaretagelsen av rettigheten.

Praksis viser at statenes skjønnsmargin ved inngrep i den personlige integritet og frihet er svært liten, om i det hele tatt eksisterende. I A mfl. mot Storbritannia uttalte EMD at tidsubestemt fengselsstraff, selv ikke for en alvorlig terrorist, kunne aksepteres etter bokstav f. Ingen formål er så tungtveiende at en person kan utsettes for en slik umenneskelig behandling. Det vil krenke artikkel 3. Tilsvarende kom EMD i Gafgen til at trusler om tortur ikke kunne aksepteres, selv ved alvorlig mistanke om kidnapning av et uskyldig barn.

I Budayeva hadde russiske myndigheter en konkret kunnskap om en risiko for leirskred. Det var da ansvarsbetingende at de ikke hadde iverksatt ytterligere tiltak for å sikre retten til liv for dem som bodde i område. Derimot fant EMD ikke at sikrepplikten var brutt i relasjon til eiendommene som var berørt. Skjønnsmarginen på dette området var videre. Dommen viser hvordan skjønnsmarginen er snevrere når det gjelder positive tiltak i forbindelse med sikring av liv etter artikkel 2, sammenlignet med sikring av økonomiske verdier i form av eiendom etter 1 tilleggsprotokoll (TP) artikkel 1.

På enkelte områder har EMD gitt statene en vid skjønnsmargin. I A, B og C mot Irland kom EMD til at det nasjonale abortforbudet lå innenfor det handlingsrom statene hadde. Det ble lagt vekt på at en nasjonal folkeavstemning sto bak lovvedtaket og at det ikke kunne påvises en fast praksis i medlemslandene. Dette gjorde spørsmålet mindre egnet for overprøving fra EMDs side, noe som utvidet statenes skjønnsmargin.

Når det gjelder helseområde, viser praksis at statene også har en vid skjønnsmargin, se Hirtzhov. Hvor EMD akseptere at en person var nektet en livsforlengende medisin, som ikke enda var autorisert. Begrunnelser er at det gjerne krever medisinskfaglige vurderinger ved avveiningene som foretas. Videre vil gjerne tiltak som iverksettes føre til positive plikter for staten, i form av økonomiske utgifter. Dette gjør at statene naturlig må tilkjennes et større handlingsrom.

### 3.2 Formålet

De fleste rettighetene åpner som nevnt opp for inngrep, hvor et av vilkårene er at inngrepet er formålmessig. Praksis viser at skjønnsmarginen varierer ut fra hvilket formål som begrunner det konkrete inngrepet. Dette har en side til hvor kompetente EMD anser seg til å prøve formålet som begrunner inngrepet.

Når det gjelder inngrep som er begrunnet i hensynet til nasjonal sikkerhet, gis statene en vid skjønnsmargin. Dette er naturlig da det griper inn i kjernen av statlig suverenitet. Det er videre inngrep som gjerne er gjort ved stor grad av hemmelighet. Dette kan også gjøre det vanskeligere for EMD å overprøve de nasjonale vurderingene som er foretatt. Klass er et eksempel på at EMD ga myndighetene en vid skjønnsmargin ved behov for inngrep i privatlivet gjennom telefonavlytting av hensyn til rikets sikkerhet.

Også ved inngrep begrunnet i moral, vil EMD vise tilbakeholdenhet ved overprøvingen. I Handyside var det tale om en nasjonal beslutning om inndragning av en skolebok med seksuelle skildringer. EMD påpekte at dette var et politisk preget spørsmål. I mangel av europeisk konsensus, kom EMD til at staten måtte gis en vid skjønnsmargin og akseptere inndragningen. Det var ingen krenkelse av artikkel 10.

Derimot mente EMD i Sunday Times at myndighetenes beslutning om å forby avisen å omtale en pågående rettssak, var et uforholdsmessig inngrep i ytringsfriheten. Myndighetene hadde begrunnet inngrepet med hensynet til «domstolenes autoritet og upartiskhet», se artikkel 10 andre ledd. Dette

var en formål som domstolen EMD anså seg kompetent til å overprøve. Det samme viser praksis at er tilfelle ved inngrep som har elementer av vilkårlighet og diskriminering, se Konstatin Markel om lengden av omsorgspermisjon for russiske menn.

### 3.3 Avveining av motstridende menneskerettigheter

Myndighetene står ofte overfor vanskelige avveininger av motstridende menneskerettigheter. Praksis viser da at EMD foretar en mer indirekte kontroll, gjennom å påse at beslutningsgrunnlaget og de nasjonale vurderingene er forsvarlig. I Lillo Stenberg og Sæther nøyde EMD seg med å påse at Norge hadde foretatt en betryggende avveining mellom kjendisparets vern om privatlivet etter EMK artikkel 8 og Se og Hør sin ytringsfrihet etter artikkel 10. Domstolen gir uttrykk for at utfallet ikke er avgjørende, så lenge myndighetene har vurdert relevante momenter utledet fra EMDs praksis. Slik som sannheten i ytingen, måten informasjonen er innhentet og formidlet, den offentlige interessen i ytringen, hvor kjente de omtalte personer er osv., jf. Axel Springer. Det mente EMD at norske myndigheter hadde, og aksepterte beslutningen om å frifinne avisen for ærekrenkninger.

Også på rettighetsområder for vern om livet, vil myndighetene kunne stå overfor vanskelige avveininger. Dette var tilfelle i Massematheo. En tidligere drapsdømt mann hadde under prøveløslatelsen begått et nytt drap. Her la EMD vekt på at det er en vanskelig avveining mellom vernet om andres liv og retten til å løslates når hensynene for frihetsberøvelse ikke lenger er til stede. I etterhåndsperspektiv burde personen klart ikke vært løslatt, men de nasjonale vurderingene i forkant var betryggende. Den vanskelige avveiningen og betryggende vurderingen gjorde at EMD ikke overprøve den nasjonale beslutning.

### 3.4 Nærhet til begivenhetene

Videre viser praksis at avveininger som gjerne må fattes raskt og krever nærhet til begivenhetene naturlig fører til en utvidet skjønnsmargin. EMD uttaler gjerne at myndighetene var «better placed» til å foreta den konkrete vurderingen av nødvendigheten av inngrepet. Dette gjelder typisk inngrep foretatt ute i felt og under press. Derimot vil slike inngrep gjerne true retten til liv, noe som vil innsnevrer skjønnsmarginen.

Et annet eksempel er akuttvedtak om omsorgsovertagelse av barn. Slike vanskelige vurderinger knytter seg utelukkende til de konkrete omstendighetene rundt omsorgen barnet får i hjemmet. Dette tilsier at myndighetene bør gis en vid skjønnsmargin. Ettersom slike inngrep vil oppleves svært tyngende for de familier som berøres, foretar EMD likevel en indirekte kontroll. Barnevernsakene den senere tid mot Norge, bla Strand-Lobben, viser hvordan EMD foretar en selvstendig kontroll av om beslutningsgrunnlaget var forsvarlig og balansert. Særlig viser EMD en inngående kontroll når det gjelder den konkrete samværsretten som er gitt. Manglende samvær vil vanskeliggjør det EMD mener skal være siktemålet ved enhver omsorgsovertagelse, tilbakeføring til hjemmet. Dette viser hvordan EMD gir statene en vid skjønnsmargin ved nødvendigheten av inngrepet, men foretar en indirekte kontroll ved å se på om prosessene frem mot beslutningen har vært betryggende.

### 3.5 De nasjonale myndighetens vurdering

Et forhold som kan redusere behovet for overprøving, og følgelig utvide skjønnsmarginen til statene, er der myndighetene har foretatt en grundig vurdering i forkant av inngrepet. Det var tilfelle i Animal Defenders International, som gjaldt et forbud mot politisk reklame. De må imidlertid kreves en viss kvalitet på den nasjonale vurderingen. Myndighetene må vise at de har sett de spørsmål som oppstår i relasjon til vernet om menneskerettighetene og begrunne hvorfor inngrepet likevel må aksepteres. Først da er det rimelig å legge vekt på vurderingen.

## 4. Avsluttende betraktninger

Det er en vanskelig oppgave å finne balansen mellom behovet for internasjonal kontroll og statelig

suverenitet. Individet vil gjennomgående få et styrket vern ved en mer inngående kontroll fra EMD sin side. En vid skjønnsmargin vil også lette kunne motvirke siktemålet om at EMK skal være et dynamisk instrument, med et reelt og praktisk vern, se Tyrer og Airey. Det er likevel viktig at EMD ikke blir for progressiv i sin tolkning av rettighetene. Deres oppgave er å føre kontroll og sette en minstestandard blant medlemslandene. De skal ikke sørge for en felles europeisk standard på ethvert område. For at et slik internasjonal samarbeid skal kunne fungere, er det viktig at statene gis et visst handlingsrom. Det vil lett kunne skape misnøye dersom et organ i Strasbourg, langt unna begivenhetene, skal overprøve krevende avveininger eller politisk omstridte spørsmål. En risikerer da at statene trekker seg ut av samarbeidet, noe som iallfall ikke vil være til individets fordel.

### **Praktikum**

Det er bragt inn klage for EMD fra to forskjellige personer, Kari og Peder, med flere påstander om krenkelser av EMK. Det vil foretas en separat behandling av de to klagene i kronologisk rekkefølge. De nasjonale rettsmidler er uttømt for begge klagene. EMD har derfor kompetanse til å behandle saken, jf. EMK artikkel 35, jf. artikkel 34.

#### Klagen fra Kari

Den overordnede problemstillingen er om Kari har fått sine rettigheter etter EMK krenket, som følge av forholdet rundt volden, truslene, innbruddet og bruddene på kontakforbudet fra sin eksamboer Peder.

EMK artikkel 8 gir enhver rett til respekt for sitt «privatliv». Ordlyden tilsier en sfære hvor individet kan motsette seg at andre griper inn. Kjernen vil være den psykiske og fysiske integritet. Kari er utsatt for vold, uønsket oppmerksomhet, forfølgning og trusler. Dette griper utvilsomt inn i hennes rett til respekt for privatlivet etter artikkel 8.

Det oppstår her et spørsmål om behandlingen Kari er utsatt for er så graverende at man er over i vernet etter artikkel 3. Praksis viser at grensen mellom artikkel 8 og artikkel 3, ikke alltid er enkelt å trekke, se bla. forskjellen på flertallet og mindretallets argumentasjon i Jalloh. EMK artikkel 3 gir et vern mot «nedverdiggende behandling». Dette er omfatter behandling som er særlig ydmykende. Det presiseres at et minimumsnivå av alvor må overskrides. Behandlingen må være egnet til å skape sterkt frykt, engstelse eller underlegenhet, som bryter den individets fysiske eller psykiske motstandskraft, se Hellas og Labilita.

Det fremgår at Kari er utsatt for trusler og brudd på besøksforbud. Dette har resultert i usikkerhet og nervøst sammenbrudd for Kari. Dette tilsier at hun er utsatt for en «nedverdiggende behandling». Derimot viser praksis at artikkel 3 gjerne reserveres for mishandling i hjemmet med elementer av utpreget fysisk vold. Det er i vår sak noe uklart hvor stort omfanget av vold mot Kari har vært. I tilsvarende saker har EMD holdt selve subsumsjonsspørsmålet åpent. Det påpekes gjerne at det uansett må foretas en konkret avveining av karakteren av inngrepet, opp mot de hensyn som begrunner et inngrep eller som ligger til grunn for de positive tiltak man må kunne kreve. Da det ikke kan påvises en helt klart linje i praksis, holdes subsumsjonsspørsmålet i relasjon til artikkel 3 tilsvarende åpent.

Det har klart skjedd et inngrep i artikkel 8. Det er derimot ikke myndighetene som har foretatt det konkrete inngrepet, men privatpersonen Peder. Staten kan likevel være ansvarlig for krenkelsen. Det følger nemlig av EMK artikkel 1 at staten har en plikt til å «sikre» konvensjonsrettighetene. Ordlyden viser at staten ikke bare skal avstå fra inngrep, men også har en positiv plikt til å sørge for at konvensjonskrenkelser ikke skjer. Dette kan etter omstendighetene innebære en plikt til å aktivt

iverksette tiltak for å hindre krenkelser i det horisontale plan. En slik forståelse er klart lagt til grunn av EMD, se bla. Osman.

I Osman var det spørsmål om myndighetene var ansvarlig for drap og drapforsøk utført av en sjalu privatskolelærer. EMD foretar her en vurdering i to ledd. For det første må myndighetene ha eller burde hatt kunnskap om reell og umiddelbar risiko for konvensjonskrenkelser. Der slik kunnskap foreligger, blir det spørsmål om myndighetene har iverksatt adekvate tiltak, innenfor sitt mandat, for å forhindre at risikoen realiserte seg i krenkelse. Etersom myndighetene ikke kan ha full kontroll over privates handlinger, er det ikke tale om noen resultatgaranti. Det er innsatsen som er avgjørende, se *Artze fur das Leben*.

I vår sak strekker episoden seg fra sommeren 2018 og til slutten av januar 2019. Det må dermed foretas en kronologisk vurdering av hvilken kunnskap myndighetene hadde og de tiltak som ble iverksatt i lys av denne kunnskapen. Den overordnede problemstillingen er om staten kan bebreides for ikke å ha gjort mer for å forebygge at Kari ble utsatt for en behandling i strid med artikkel 8, jf. artikkel 1.

Den første kunnskapen myndighetene fikk var gjennom Karis to anmeldelser rundt sommertider i 2018. I lys av denne kunnskapen iverksatte politiet etterforskning av forholdet. Dette er en adekvat reaksjon på en anmeldelse om vold i nære relasjoner. Det kan ikke kreves at myndighetene gjorde mer på dette stadiet i saken.

Det neste som skjer er at Peder oppsøker Kari i midten av januar. Politiet blir tilkalt til stedet, som følge av at han har brutt seg inn og truet Kari. Det fremgår at politiet var raskt på stedet, foretok undersøkelser, pågrep og siktet Peder for drapstrusler, vold og innbrudd. Peder ble også forbudt å kontakte Kari. Disse tiltakene er egnet til å forebygge ytterligere krenkelser av Karis rettigheter. Myndighetene foretok seg følgelig adekvate tiltak for å sikre Karis rettigheter.

Derimot fremgår det at det ikke ble satt opp vakter til å kontrollere etterlevelsen av vilkårene. Kari rapporterte flere brudd på kontaktforbudet til politiet. Disse ble registrert av politiet i deres databaser. Myndighetene hadde dermed kunnskap om at Peder kom med trusler mot Kari via telefon, oppsøkte henne på jobb og ved en anledning fulgt etter henne på vei hjem. Det var ingen konkret kunnskap om voldsepisoder. Derimot var bruddene klart egnet til å skape en stor frykt for fortsatt krenkelse. Det hjelper ikke å iverksette adekvate tiltak, dersom de ikke samtidig overholdes i praksis. Skjønnsmarginen er snever ved krenkelser av den personlige integritet. Myndighetene kan ikke høres med at det var unødvendig med ytterligere tiltak som følge av at etterforskningen snart var ferdig. Myndighetene burde her tatt Peder inn til avhør, undersøkt de nærmere påstandene om brudd på vilkårene og iverksatt ytterligere tiltak for å verne Karis rettigheter. Staten kan bebreides for ikke å ha gjort mer for å forebygge at Kari ble utsatt for en behandling i strid med artikkel 8.

Konklusjonen blir at staten er ansvarlig for manglende sikring av Karis rett til privatliv etter EMK artikkel 8, jf. EMK artikkel 1.

#### Klagen fra Peder

Klagen fra Peder gjelder påstander om flere krenkelser av EMK. Disse vil i det følgende behandles separat og i kronologisk rekkefølge.

-----

Det første som vurderes er om omstendighetene rundt pågripelsen av Peder i forbindelse med episoden i midten av januar er i strid med EMK.

EMK artikkel 5 gjør det klart at «ingen må bli berøvet sin frihet». Ordlyden tilsier en fysisk innskrenkning i en allerede eksisterende frihet. Hovedtyngden av praksis fra EMD knytter seg til innlåsing på celle, se Novotka. Det er dermed ikke tvilsomt at Peder ble berøvet sin frihet da han ble pågrepet fredag formiddag og holdt i politiarresten til tirsdag morgen.

Frihetsberøvelsen kan imidlertid være lovlig dersom den har skjedd «i samsvar med fremgangsmåte foreskrevet ved lov» og faller innunder en av de alternative kategoriene av lovlig frihetsberøvelse i første ledd bokstav a til f. Det fremgår at pågripelsen og oppholdet i politiarresten skjedde i samsvar med loven. Det forutsettes at den aktuelle lovhjemmelen dekker forholdet og oppfyller de kvalitetskrav som er stilt av EMD, se Sunday Times.

Etter bokstav c kan pågrepelse skje med det formål å stille vedkommende for en «kompetent rettslig myndighet» på grunn av «rimelig mistanke» om at han «har begått en straffbar handling». Ordlyden «rimelig mistanke» tilsier at myndighetene må ha grunn til å tro at vedkommende er skyldig i forholdet som kan resultere i straff. Praksis viser at ren subjektiv mistanke ikke er nok. Det må kunne vises til objektive kriterier som utpeker vedkommende, se Fox, Campbell og Hartley. I vår sak er det klart at formålet er å stille Peder for en domstol, som følge av drapstruslene, volden og innbruddet. De har videre konkrete vitneutsagn og observasjoner fra stedet, som utpeker Peder. Frihetsberøvelsen var dermed i tråd med bokstav c.

Den som er pågrepet i samsvar med bokstav c «skal straks bli stilt for en dommer» for å få prøvd lovligheten av frihetsberøvelsen. Ordlyden «skal» viser at domstolskontrollen er obligatorisk. Formuleringen «straks» gir videre anvisning på en stram frist. Tatt på ordet stiller bestemmelsen krav om domstolskontroll med en gang. Praksis har imidlertid presisert at det må tas i betraktning hva som er praktisk gjennomførbart. I Medeyeva hadde pågripelsen skjedd på åpent hav, noe som gjorde at EMD aksepterte en domstolskontroll etter 13 dager. Mens i Brogan gjorde de konkrete omstendighetene at fire dager utgjorde for lang tid. Ut fra dette kan det utledes at straks-kravet beror på en konkret vurdering av omstendighetene i den enkelte sak.

I vår sak ble Peder pågrepet fredag formiddag og først fremstilt for retten tirsdag morgen kl. 09. Ut fra rettspraksis er fire dager i grenseland lenge for hva som kan aksepteres. Myndighetene må kunne påvise relevante grunner for ventetiden. Det fremgår at påtaleansvarlig jurist ville fremsette Peder for retten så raskt som mulig. Det er noe uklart hvorvidt det hadde vært mulig å gjennomføre kontrollen fredag ettermiddag eller lørdag. Sett i lys av at politiet visste at de fem dommerne skulle på etterutdanningskurs om voldt i nære relasjoner på mandagen, burde det var gjort konkrete forsøk på å fremstille Peder før den tid. I mangel av gode grunner for at Peder ikke ble fremstilt for retten fredag eller lørdag, medfører de fire dagene at «straks»-fristen ikke overholdt.

Konklusjonen blir at det foreligger en krenkelse av Peders rett til domstolskontroll straks etter EMK artikkel 5 nr. 3.

-----

Det neste som vurderes er om restriksjonene som ble pålagt Peder i fire uker er i strid med EMK.

EMK artikkel 5 gjør det som nevnt klart at «ingen må bli berøvet sin frihet». Ordlyden gir et vidt anvendelsesområde. Enhver innskrenkning i den fysiske frihet omfattes i utgangspunktet av bestemmelsen. Av hensyn til konsekvens-betraktninger må det imidlertid trekkes en grense nedad, mot den lempeligere reguleringen av innskrenkninger i bevegelsesfriheten etter 4 tilleggsprotokoll (TP) artikkel 2. Anvendelsesområdet til artikkel 5 kan ikke forstås så vidt at 4 TP artikkel 2 blir

overflødig. Hvorvidt man stå overfor en frihetsberøvelse beror på en totalvurdering av inngrepets art, varighet, virkning og gjennomføringsmåte, jf. Engel.

Vi er i vår sak utenfor det kjerneområde for artikkel 5-vernet, nemlig innlåsing på celle. Guzzardi dommen viser at det da må foretas en helhetsvurdering av de restriksjoner som er pålagt vedkommende. I dommen kom EMD til at en mafia-mistenkt som var plassert på en 2 1/2 kvadratkilometer stor øy utenfor Sardinia, under konstant overvåkning av politiet, med begrensede kontaktmuligheter, i over 16 måneder, var å anse som frihetsberøvet i artikkel 5s forstand.

Peder er pålagt tre restriksjoner. Den første gjelder et forbud mot enhver form for kontakt med Kari. Dette innebærer en begrensning i hans kontaktmuligheter, men er langt mindre inngripende enn den i Guzzardidommen. Peder kan fortsatt oppsøke andre venner og bekjente. Det at han ikke kan kontakte Kari er en naturlig konsekvens av hans tidligere oppførsel. Denne restriksjonen trekker i retning av at Peder ikke er frihetsberøvet etter artikkel 5.

For det andre er Peder pålagt å holde seg på sin egen hybel mellom kl. 16 og 8 neste dag. EMD har lagt til grunn at sivil husarrest er å anse som frihetsberøvelse. Dommene gjelder imidlertid 24-timers husarrest. I vårt tilfelle er Peder gitt 8 timer i løpet av dagen hvor han kan oppholde seg utenfor hjemme. Dette kan tilsi at han ikke er å anse som frihetsberøvet. Det er likevel slik at han må holde seg hjemme i 16 timer i løpet av døgnet 24 timer. Dette er en stor del av dagen. Særlig perioden mellom kl. 16.00 og midnatt innebærer en betydelig innskrenkning i Peders frihet. Han er kun fri når flertallet er på jobb. De fleste aktiviteter og sammenkomster skjer i den aktuelle perioden Peder må holde seg hjemme. Dette taler for at Peder er frihetsberøvet etter artikkel 5.

Videre er Peder pålagt å bære elektronisk sender. Faktum forstås slik at lenken kun kan registrere hans passering inn og ut av hybelen, ikke hvor han til enhver tid befinner seg. Dette gjør at Peder er under mindre konstant overvåkning enn den mistenkte i Guzzardi-dommen. Det vil likevel oppleves som kontrollerende at politiet kan følge med på Peders bevegelser inn og ut av hybelen. Det er en viktig del av den personlige friheten å kunne komme og gå uten at andre til enhver tid har oversikt over bevegelsesmønsteret. Dette trekker i retning av at Peder er frihetsberøvet.

Det er derimot tale om en relativt kort periode. De fire ukene Peder er pålagt restriksjonene er mye kortere enn tidsperioden i f.eks. Guzzardi, hvor restriksjonene varte i 16 måneder. Myndighetene har imidlertid Peder under betydelig overvåkning. De kan følge med på hans bevegelsesmønster og han er bare gitt 8 timer utenfor hybelen. Det aktuelle tidsrommet gjør det vanskelig for Peder å leve et tilnærmet normalt liv. Ser man pålegget om å holde seg hjemme i 16 timer om dagen og fotlenken i sammenheng, taler de beste grunner for at Peder totalt sett er å anse som frihetsberøvet etter artikkel 5.

De fire ukene med restriksjoner medfører dermed slike begrensninger i bevegelsesfriheten at vernet etter artikkel 5 aktualiseres. Skal frihetsberøvelsen være konvensjonsmessig må den være «i samsvar med fremgangsmåte foreskrevet ved lov» og falle innunder en av de alternative kategoriene av lovlig frihetsberøvelse i første ledd bokstav a til f. Det fremgår at restriksjonene ble pålagt i medhold av «sikkerhetsloven» § 2. Også her forutsettes det at hjemmelen dekker forholdet og oppfyller de kvalitetskrav som er stilt av EMD, se Sunday Times.

Det vises i den forbindelse til den tidligere gjennomgangen av artikkel 5 nr. 1 bokstav c. Det er klart at Peder er frihetsberøvet for å fremstille han for en kompetent rettslig myndighet som følge av den rimelige mistanken om det straffbare forholdet. Etter ordlyden er «rimelig mistanke» tilstrekkelig både for pågrepelse og frihetsberøvelse. Det er derimot klart at fengsling frem mot hovedforhandling vil oppleves mer inngripende enn den første pågripelsen. Av den grunn har EMD i bla. Clooth sett

formuleringen i tredje ledd i lys av bokstav c. Skal det være rimelig å holde den mistenkte fengslet frem til hovedforhandling, må retten samtidig begrunne dette med tilstrekkelig og relevante grunner i tillegg til den rimelige mistanke. Dette kan være forhold knyttet til gjentakelsesfare, bevisforspillelsesfare, fluktfare eller av hensyn til samfunnets tillit til rettshåndhevelsen. Foreligger ikke slike grunner har domstolen en plikt til å løslate den mistenkte frem til hovedforhandlingen.

Peder i vår sak mistenkt for vold og trusler mot sin eksamboer. Det er ingen holdepunkter for at Peder vil unndra seg straffeforfølgning ved å f.eks. forlate landet. Politiet etterforsker fortsatt saken, men det er ingen konkrete holdepunkter for at det er fare for forspillelse av bevis. Derimot har Peder etter bruddet oppsøkt Kari gjentatte ganger til tross for at hun har gjort det klart at hun ikke ønsker dette. Hans manglende respekt for Karis ønske og hans voldelige oppførsel, gjør at det er en konkret fare for gjentatte krenkelser av Karis rettigheter. Dette gjør at det forholdsmessig å holde Peder fengslet frem til hovedforhandlingen.

Konklusjonen blir at restriksjonene som ble pålagt Peder i fire uker er i samsvar med EMK artikkel 5.

-----

Subsidiært, forutsatt at restriksjonene ikke medføre en frihetsberøvelse etter artikkel 5, blir det spørsmål om restriksjonene er i tråd med EMK 4 TP artikkel 2.

Det fremgår av bestemmelsen at enhver som lovlig befinner seg i landet skal ha «rett til bevegelsesfrihet». Ordlyden tilsier en rett til å fritt kunne bevege seg rundt, med de begrensninger som følger av blant annet privat eiendomsrett. Det er i vår sak klart at de vilkår som er pålagt Peder medfører at han ikke har «bevegelsesfrihet». Det har følgelig skjedd et inngrep i hans rettigheter etter 4 TP artikkel 2.

Skal en slik begrensning være i tråd med konvensjonen, må den være pålagt «i samsvar med lov» og være «nødvendig i et demokratisk samfunn» blant annet av hensyn til «andres rettigheter og friheter. Det kan kort slås fast at inngrepet skjedde i medhold av «sikkerhetsloven» § 2, som det forutsettes at dekker forholdet og oppfyller de kvalitetskrav som er stilt av EMD, se Sunday Times. Formålet med restriksjonene er videre å beskytte Karis «rettigheter og friheter» etter artikkel 8. Inngrepet er dermed formålsmessig.

Avgjørende blir da om restriksjonene i bevegelsesfriheten var «nødvendig i et demokratisk samfunn». Ordlyden «nødvendig» er i praksis forstått å ligge mellom ytterpunktene «uomgjengelig» og «ønskelig» eller «nyttig», jf. Handyside. I Olsson presiserer EMD at det må foreligge et presserende samfunnsmessig behov for inngrep og at det må stå i et proporsjonalt forhold til de interesser som skal ivaretas. Det er med andre ord tale om en forholdsmessighetsvurdering.

Peder har utsatt Kari for vold, trusler og innbrudd i hennes private hjem. Det er klart et presserende behov å iverksette tiltak som begrenser Peders mulighet til å ytterligere krenke Karis rettigheter etter EMK. De tre restriksjonene har klart følbare konsekvenser for Peder. Han er imidlertid ikke pålagt full husarrest og kan oppsøke andre enn Kari. Sett i lys av de grove krenkelser Peder har påført Kari tidligere, er restriksjonene «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Subsidiært blir konklusjonen at restriksjonene er i samsvar med EMK 4 TP artikkel 2.

-----

Det neste som vurderes er om rettens tillatelse til å avlytte telefonen som er registrert på adressen til Peder, krenker hans rettigheter etter EMK.



EMK artikkel 8 gir enhver rett til respekt for sin «korrespondanse». Ordlyden omfatter naturlig enhver form for kommunikasjon, uavhengig av form og innhold. Lest i sammenheng med artikkel 8 sitt overordnede vern om privatlivet, er det naturlig å lese «korrespondanse» som privat kommunikasjon. Myndighetene har avlyttet kommunikasjon til og fra den private telefonen på adressen til Peder. Dette innebærer utvilsomt et inngrep i hans rett til respekt for sin «korrespondanse».

Skal inngrepet være i tråd med konvensjonen må det være skjedd «i samsvar med loven» og være «nødvendig i et demokratisk samfunn» blant annet av hensyn til å «beskytte andres rettigheter og friheter».

Myndighetene viser til at inngrepet skjedde i medhold av «sikkerhetsloven» § 3. Ordlyden «i samsvar med loven» knytter seg til anvendelsen av nasjonal rett. All den tid det er et konvensjonskrav, har imidlertid EMD kompetanse til å prøve om den påviste hjemmelen dekker det konkrete forholdet, se artikkel 32.

Det er i vår sak klart at «retten» har gitt tillatelsen. Telefonavlyttingen faller ikke innunder «brevkontroll» eller «romavlytting». Derimot åpner bestemmelsen også opp for «lignende etterforskningsskritt». Ordlyden må naturlig leses i lys av de to nevnte eksemplene. Telefonavlytting vil tilsvarende kunne benyttes for å skaffe informasjon gjennom kommunikasjon mellom private personer. Generelt vil telefonavlytting være mindre inngripende enn romavlytting, ettersom sistnevnte innebærer en større risiko for avlytting av flere personer. Telefonavlyttingen faller dermed innenfor «lignende etterforskningsskritt». Videre skjer ikke avlyttingen lengere enn «fire uker». Det er også klart at Peder «mistenkes for en straffbar handling som kan medføre fengsel i mer enn 6 måneder», som følge av siktelsen om drapstrusler, vold og innbrudd. Kravet om at den avlyttede «skal underrettes» i etterkant, er også oppfylt. Forholdet faller dermed innenfor den aktuelle hjemmelen.

Praksis viser imidlertid at EMD også har stilt visse kvalitetskrav til hjemmelen. I Sunday Times sier EMD at hjemmelen må være tilstrekkelig presis til at individet med rimelig grad av sikkerhet kan forutse konsekvensen av sine handlinger. Dette er av hensyn til forutberegnelighet for individet. Når det gjelder telefonavlytting vil derimot formålet med tiltaket forspilles dersom den berørte underrettes om tiltaket på forhånd. Dette gjør at kontrollhensyn trer i forkant. Lovhjemmelen må inneholde garantier mot vilkårlighet og myndighetsmisbruk. I Roman Zakurov kommer EMD med noen generelle krav til lovhjemmelen ved telefonavlytting. Det må være klart hvilke straffbare forhold som kan føre til avlytting, hvem som kan avlyttes (typisk mistenkte), hvor lenge, samt prosedyrer for oppbevaring og sletting av informasjon. Det uttales videre at det gjennomgående er mer betryggende at slike tiltak krever rettslig kjennelse.

Sett opp mot vår sak er det en rettsikkerhetsgaranti at telefonavlytting forutsetter tillatelse fra retten. Det er videre satt en tidsbegrensning på fire uker og regler om underretting i etterkant. Det er bare straffbare handlinger som kan medføre fengsel i «mer enn seks måneder» som omfattes. En slik begrensning er bra, men åpner samtidig for at også mindre straffbare forhold kan berettige et såpass inngripende tiltak som telefonavlytting er. I et rettsikkerhetsperspektiv er dette betenkelig. Videre kan det stilles spørsmål ved grensene for hvem som kan avlyttes. Ordlyden «når noen mistenkes for» kan tolkes som at enhver kan avlyttes så lenge det finnes en som er mistenkt. Dette åpner opp for å avlytte personer som ikke har gjort noe straffbart. Det stilles heller ikke noe krav om at en slik avlytting er egnet til å styrke en allerede eksisterende mistanke. Uten en slik formålsbegrensning, gis myndighetene en svært vid kompetanse til å beslutte telefonavlytting. Ser man dette i lys av at praksis skjerper lovskravet i takt med inngrepets styrke, tilfredstiller ikke «sikkerhetsloven» § 3 de

kvalitetskrav som må kunne stilles til en lovhjemmel for et såpass inngripende tiltak. Inngrepet skjedde ikke «i samsvar med loven».

Konklusjonen blir at rettens tillatelse til å avlytte telefonen som er registrert på adressen til Peder, krenker hans rettigheter etter EMK artikkel 8.

Subsidiært, forutsatt at inngrepet skjedde i samsvar med loven, blir spørsmålet om telefonavlyttingen var «nødvendig i et demokratisk samfunn» blant annet av hensyn til å «beskytte andres rettigheter og friheter».

Telefonavlyttingen er besluttet som ledd i etterforskningen av drapstruslene og volden mot Kari. Det er følgelig tale om et inngrep av hensyn til å «beskytte andres rettigheter og friheter». Inngrepet er formålmessig.

Avgjørende blir da om det var «nødvendig i et demokratisk samfunn» å avlytte telefonen som var registrert på adressen til Peder. Som nevnt er ordlyden «nødvendig» i praksis forstått å ligge mellom ytterpunktene «uomgjengelig» og «ønskelig» eller «nyttig», jf. Handyside. Olsson viser at det må foreligge et presserende samfunnsmessig behov for telefonavlyttingen og at konsekvensene står i et proporsjonalt forhold til de interesser avlyttingen skal ivareta.

Politiet har konkret mistanke om at Peder tidligere har kommet med trusler av alvorlig karakter mot Kari. Det er et presserende samfunnsmessig behov for at slike forhold avdekkes og påtales. Som ledd i etterforskning av forholdet, er det derfor behov for å avlytte telefonen med sikte på å avdekke ytterligere trusler.

Truslene Peder tidligere har kommet med er av svært alvorlig karakter. De gjelder trusler om vold og drap. Det er viktig at myndighetene slår hardt ned på slik uakseptabel oppførsel. Hva som videre er nødvendig av hensyn til etterforskningen er noe som staten selv er nærmere til å vurdere. De må derfor naturlig tilkjennes en viss skjønnsmargin ved avveiningen av behovet for telefonavlytting ved etterforskningen mot Peder.

Derimot fremgår det at telefonavlyttingen hovedsakelig avdekket morens samtaler. Moren er ikke mistenkt i etterforskningen og rammes tilfeldig av tiltaket. Det å få sine private samtaler overhørt av politiet utgjør et sterk inngrep i hennes rett til privatliv. Dette skjerper de krav som naturlig må stilles til nødvendighet av telefonavlyttingen.

Det fremgår at Peder av og til benyttet telefonen. Tiltaket var derfor ikke direkte uegnet for å oppnå formålet med avlyttingen. Det ble også registrert et stor antall oppringinger til Kari, som avdekket nye trusler. Sett i lys av det alvorlige forhold Peder mistenkes for tilsier dette at avlyttingen var forholdsmessig. Dette til tross for at moren også rammes av tiltaket. Staten må gis en viss skjønnsmargin ved avgjørelsen av nødvendige etterforskningsskritt. Vurderingen krever en nærhet til begivenhetene, som nasjonale myndigheter er «better placed» til å foreta enn EMD. Det var dermed «nødvendig i et demokratisk samfunn» å avlytte telefonen som var registrert på adressen til Peder.

Subsidiært blir konklusjonen at rettens tillatelse til å avlytte telefonen som er registrert på adressen til Peder, ikke krenker hans rettigheter etter EMK artikkel 8.

-----

Det siste som kort behandles er om rettsmøte er i samsvar med EMK artikkel 6.

Bestemmelsen stiller visse prosessuelle garantier for den som skal få avgjort en «straffesiktelse» mot seg. Det forhold Peder er siktet for kan resultere i straff, noe som gjør at han har krav på de

prosessuelle garantiene etter artikkel 6. Det stilles blant annet krav om rettergang «innen rimelig tid». Ordlyden gir anvisning på en konkret vurdering. I vår sak holdes rettsmøte fire uker etter pågripelsen. Dette er klart innen rimelig tid. Det er videre ingen informasjon som tilsier at rettergangen for øvrig ikke har vært rettferdig.

Konklusjonen blir at rettsmøte var i samsvar med EMK artikkel 6.