



KANDIDAT

**653**

PRØVE

**JUS2008 1 Menneskerettigheter**

---

Emnekode	JUS2008
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	08.03.2021 08:00
Sluttid	08.03.2021 14:00
Sensurfrist	29.03.2021 21:59
PDF opprettet	08.04.2021 13:16

---

## Seksjon 1

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
i	Informasjon	Dokument
1	EMK artikkel 5 og EMK artikkel 8	Langsvar

## 1 EMK artikkel 5 og EMK artikkel 8

Gi en sammenlignende fremstilling av vilkårene for at et inngrep i rettigheter som er beskyttet av henholdsvis EMK artikkel 5 og EMK artikkel 8 (begrenset til privatliv og familieliv) ikke skal bli ansett som en krenkelse. I hvilken grad er det riktig å hevde at en avveining mellom samfunnets og individets interesser vil bestemme utfallet av saker hvor henholdsvis artikkel 5 og artikkel 8 påberopes?

## Skriv ditt svar her

## 1.0 Innledning:

I mange tilfeller kan det foreligge konkurrerende interesser som kan gjøre det nødvendig med inngrep i individets rettssfære. Et slikt inngrep på EMK-rettighetenes område må likevel oppfylle visse vilkår for at det ikke skal bli ansett som en krenkelse. De sentrale vilkårene som ofte går igjen i de fleste av menneskerettighetsbestemmelsene - herunder EMK art. 8 og art. 5 - er lovkravet, formålkravet og til slutt forholdsmessighetskravet.

I EMK art. 5 fremkommer det et lovkrav, samt seks uttømmende formål som kan begrunne enn inngrep i friheten. Det oppstilles imidlertid ikke noe eksplisitt krav til forholdsmessighet, men dette kan synes å ligge implisitt i de seks vilkårene bestemmelsen oppstiller, samt innfortolket etter EMDs rettspraksis. EMK art. 8 på sin side er en relativ rettighet som oppstiller et generelt vern, hvor bestemmelsens andre ledd åpner opp for at det kan gjøres inngrep så lenge dette skjer i samsvar med kravet til lov, formål og ivaretar forholdsmessighetsprinsippet.

I det følgende vil det i punkt 2 gis en sammenlignende fremstilling av vilkårene for at et inngrep i rettigheter som er beskyttet av henholdsvis EMK art. 5 og art. 8 ikke skal bli ansett som en krenkelse. Fremstillingen av art. 8 vil videre være begrenset til privatliv og familieliv for å gi en mest mulig presis fremstilling. I punkt 3 vil jeg komme nærmere inn på i hvilken grad er det riktig å hevde at en avveining mellom samfunnets og individets interesser vil kunne virke bestemme på utfallet av saker hvor henholdsvis artikkel 5 og artikkel 8 påberopes. Avslutningsvis vil jeg komme med noen bemerkninger knyttet til punkt 2 og 3.

## 1.1 Hensyn som gjør seg gjeldende:

Menneskerettighetene som følger av EMK har forskjellige og viktige funksjoner i både vårt og andre samfunn. Vilråene nedfelt art. 5 og art. 8 bidrar til å at de statlige myndighetene er både forpliktet til å iverksette tiltak som ivaretar disse rettighetene, samt at de er forpliktet til å ikke gripe inn i personers privatliv eller på noen måte berøve noens frihet uten medhold i lov, et legitimt formål eller ved fravær av forholdsmessighet.

At det kreves visse betingelser for inngrep bidrar også til ivaretagelsen av maktfordelingsprinsippet ved at institusjonene motiveres av å forholde seg til spillereglene når andre institusjoner har midler til å begrense den andre makt. Menneskerettighetene, eksempelvis art. 5, kan ses på som et middel for å begrense urettmessige inngrep i form av frihetsberøvelse ved at lovgiver ikke har gitt klare nok hjemler, ettersom domstolene kan begrense deres makt i kraft av sin prøvingsrett. Maktfordelingsprinsippet kan dermed bidra til å hindre at inngrep fra en myndighet rammer hardere enn nødvendig, ettersom det stilles krav til en særlig vurdering av inngrepets forholdsmessighet.

Et annet hensyn som gjøres gjeldende er demokratihensynet. Det kan stilles spørsmål ved hvor demokratisk det er at myndighetene kan gjøre inngrep i rettigheter som knytter seg til frihet, privatliv og familieliv, samt at vi må forholde oss til avgjørelser som bygger på praksis fra institusjoner som f.eks. EMD, utenfor Norges grenser? Et kort svar på dette kan være at det er Stortinget som har vedtatt

menneskerettighetsloven, samt inntatt noen av rettighetene i Grunnloven. Selv om vi må avstå fra noe suverenitet er grunnleggende sett det demokratiske godt forankret i Grunnloven.

De sentrale bestemmelsene i art. 5 og art. 8 ivaretar også hensynet til rettsikkerheten. Dette innebærer forholdet mellom myndighetene og den enkelte, som videre skal være mest mulig rettferdig og forutsigbart. Ved at både art. 5 og 8 krever at et inngrep må ha hjemmel i «law», sikrer de et visst nivå av forutsigbarhet blant konvensjonens rettighetssubjekter.

## 2.0 Vilkår som berettiger inngrep i EMK art. 5 og 8 – en sammenligning:

### 2.1 Hjemmelskravet:

Det fremgår av art. 5 (1) 2. pkt at ingen må få sin frihet berøvet, med mindre den er «in accordance with a procedure prescribed by law», samt at noen av de opplistede alternative kategoriene i art. 5 tillater frihetsberøvelse dersom denne er «lawful». Disse to kravene skiller seg hovedsakelig ved at førstnevnte viser til de prosessuelle reglene knyttet til frihetsberøvelsen, mens siste viser i hovedsak til de materielle, altså i hvilke tilfeller det kan foretas frihetsberøvelse.

I henhold til hensynet til rettsikkerhet, spesielt forutberegnelighet, stilles det visse krav til hjemmelens kvalitet og presisjon for å unngå blant annet vilkårlighet og maktmisbruk. Ettersom frihetsberøvelse er å anse som et stort inngrep overfor den enkelte, stilles det derfor strenge krav til lovhjemmelens kvalitet. Dette kom frem i Medvedyev-saken som gjaldt krenkelse av lovkravet ved en pågripelse og innbringelse av et skips mannskap. EMD uttalte i avsnitt 80 at “The Court stresses that where deprivation of liberty is concerned it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied”. Videre la de vekt på at det var essensielt at ved frihetsberøvelse må “the law be clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application».

EMK art. 8 (2) åpner også opp for at inngrep i rettigheten kan være berettiget dersom det er «prescribed by law». Selv om lovkravets formuleringer er noe varierende mellom art. 5 og 8, skal uttrykket likevel tolkes likt. Dette har blitt slått fast i EMDs praksis i Malone-dommen som gjaldt inngrep i klagerens privatliv og korrespondanse etter art. 8 (1).

En forskjell mellom lovkravet i de aktuelle artiklene er det kravet som stilles til den nasjonale lovhjemmel i henhold til inngrepets styrke og karakter. For art. 5 som anses å være en rettighet med noen absolutte trekk og er ansett som et stort inngrep, stilles det svært strenge krav til lovhjemmelen. For art. 8 som er en mer relativ rettighet kommer det klart frem i bestemmelsens andre ledd at inngrep kan gjøres på vanlige betingelser, dersom mer tungtveiende hensyn kan begrunne et unntak fra dens vern.

### 2.2 Formålskravet:

Siden frihetsberøvelse i henhold til art. 5 er et særlig stort inngrep, er det ekstra viktig å hindre at de inngrepene som skjer er unødvendige og uforholdsmessige. For å sikre dette angir art. 5 eksplisitt hvilke formål som kan berettige et inngrep i rettigheten. Dette gjøres eksempelvis i art. 5 (1) c) som oppgir at pågripelse av en person vil være berettiget dersom det foreligger en «rimelig mistanke om at han har begått en straffbar handling». Allerede her har statene fastslått hvilket forhold som faller inn under dette formålet.

Formålet med inngrep etter art. 8 må være av ”hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”, jf. annet ledd. Art. 8 (2) gir her en uttømmende oppstilling av formålene, men formålenes ordlyd omfatter svært bredt og vil automatisk omfatte flere tilfeller enn det som ved første øyekast følger av bestemmelsens ordlyd.

For sammenligningens skyld oppgir art. 8 (2) at et inngrep i privatlivet kan være berettiget dersom det skjer «for å forebygge uorden og kriminalitet». Inngrepsformålet etter art. 8 må derfor anses som mye videre enn det formål som aksepterer inngrep etter eksempelvis art. 5 (1) c), og legger dermed enda større vekt på kravet til forholdsmessighet. Det kan igjen ses hen til art. 5 sin mer absolutte karakter, ettersom et ganske begrenset og eksakt formål vil medføre større begrensninger på inngrepsadgangen. Dette er på grunnlag av at et inngrep etter art. 5 i mange tilfeller vil være svært inngripende, og etterlater mindre rom for skjønn.

Formålskravet som fremkommer av art. 5 vil som nevnt være av en mer absolutt karakter, på grunnlag av de mer snevre formuleringene. Det er derfor viktig at det her utvises forsiktighet ved å tolke disse utvidende på samme måte som man kan tillate seg å gjøre i artikkel. 8-tilfeller. Ettersom art. 5 representerer en fundamental menneskerettighet, er det viktig at det ikke skapes unødvendig uklarhet knyttet til dens rettstilstand.

### 2.3 Forholdsmessighetskravet:

EMK art. 8 gir uttrykk for en vag forholdsmessighetsbegrensning, jf. «necessary in a democratic society». Det vil med andre ord bety at eventuelle inngrep må begrunnes i grunnleggende demokratihensyn. På bakgrunn av sin relative (fravikelige) karakter, begrunner dette hvorfor art. 8 er formulert på en mer vag måte, og at det dermed skal mindre til for at et inngrep i denne rettigheten skal bli ansett som berettiget.

Til tross for den vage ordlyden har EMD gjennom sin tolkning presisert kravet blant annet i Sunday Times-dommen, hvor de også henviser til Handyside-dommen. I avsnitt 62 i Sunday Times uttaler EMD at det ikke er tilstrekkelig at inngrepet kan begrunnes i et eller flere formål. Det må videre vurderes om 1) det foreligger et pressende samfunnsmessig behov, 2) inngrepet er proporsjonalt (i forhold til formålet) og om 3) begrunnelsene myndigheten gir for å rettferdiggjøre inngrepet er relevante og tilstrekkelige.

EMD har også omtalt «necessary»-kravet i Olsson-saken, hvor det fremgår i avsnitt 67 at inngrepet må «corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued». Det må dermed først foretas en nødvendighetsvurdering av om det foreligger et «pressing social need» for inngrepet, noe som knytter seg til om inngrepet forsøker å oppnå et legitimt formål, om det er egnet til å realisere det formålet som forsøkes oppnådd og om det er nødvendig i den forstand at det ikke ville vært mulig å benytte seg av mindre inngripende midler for å oppnå samme formål. Deretter må det foretas en mer konkret vurdering av forholdsmessigheten mellom mål og middel, altså om det ivaretar et balansehensyn.

Ordlyden i art. 5 oppstiller ikke noen ytterligere vilkår for berettiget frihetsberøvelse enn kravet til lovhjemmel, samt at inngrepet må ha et legitimt formål. EMD har likevel gjennom sin praksis oppstilt ytterligere et vilkår som gjelder et forholdsmessighetsprinsipp. Her kan Vasileva-saken tas til inntekt som et illustrerende eksempel. Saken gjaldt en frihetsberøvelse som varte i nesten 14 timer for å få klageren til å oppgi personalia til politiet i etterkant av at hun nektet å betale for en billett på offentlig transport. Selv om forholdet falt inn under alternativet i art. 5 (1) c), kom EMD likevel frem til at det forelå en uforholdsmessighet mellom forbrytelsen og frihetsberøvelsen.

Videre oppstiller også art. 5 noen prosessuelle garantier som bidrar til at frihetsberøvelsen ikke fremstår uforholdsmessig. Det kan da eksempelvis være tale om at den som er frihetsberøvet har krav på å «promptly» bli stilt for en dommer, jf. art. 5 (3).

Som det kommer frem i drøftelsen over er art. 8 en relativ bestemmelse som medfører at forholdsmessighetskravet er formulert mildere ved inngrep enn for de av mer absolutt karakter. Likevel har EMD innfortolket den vage forholdsmessighetsbegrensningen «necessary in a democratic society» også i de fleste kategoriene art. 5 oppstiller. Selv om rettighetene beskyttet av art. 8 og rettighetene beskyttet av art. 5 har varierende karakter, gjør kravet til forholdsmessighet seg gjeldende ved begge bestemmelsene, for at et inngrep ikke skal bli ansett som en krenkelse.

### 3.0 I hvilken grad vil forholdsmessighetsvurderingen bestemme utfallet?

Spørsmålet som i det følgende skal drøftes er i hvilken grad det er riktig å hevde at en avveining mellom samfunnets og individets interesser vil virke bestemmende for utfallet av saker hvor henholdsvis art. 5 og art. 8 påberopes.

Formuleringen «nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til ...» som kommer til uttrykk i den relative rettigheten i art. 8 gir grunnlag for den klassiske forholdsmessighetsvurderingen ved inngrep i retten til privatliv og familieliv. Det er helt klart at avveiningen mellom samfunnets og individets interesser er en klar forutsetning for at inngrepet ikke skal være konvensjonsstridig.

Det vil ofte være to motstridende hensyn som stilles opp mot hverandre i saker knyttet til art. 8. For å illustrere gis det her et tenkt eksempel: En kvinne fra Syria får oppholdstillatelse i Norge, men på ulovlig grunnlag som følge av at hun blant annet har oppgitt falske opplysninger. Dette blir imidlertid ikke oppdaget før hun har inngått ekteskap, og fått barn i Norge. Staten velger å straffe henne med å utvise henne i to år. På den ene siden har man hensynet til samfunnet, med vekt på respekt for regelverket, en effektiv innvandringskontroll samt å forebygge kriminalitet. På den andre siden finner man imidlertid hensynet til individet, i form av en persons rett til familieliv etter art. 8, herunder hensynet til barnets beste. Begge hensynene er svært viktige og vil derfor virke avgjørende på hva utfallet i en slik sak blir.

En sak som har klare likhetstrekk til eksempelet over er Jeunesse-saken som viser blant annet at en utvisning som vil ramme barn som er avhengig av foreldrenes omsorg lett kan anses som uforholdsmessig.

Dette gir en klar indikasjon på at avveiningen mellom samfunnets og individets interesser i aller høyeste grad vil virke bestemmende for utfallet i saker hvor art. 8 påberopes.

Til tross for at det ikke foreligger et eksplisitt krav til forholdsmessighet ved inngrep i art. 5, vil også forholdsmessighetsvurderingen være relevant for vurderingen av om inngrep i individs rett til frihet ikke skal bli ansett som krenket. Selv om terskelen for å gjøre inngrep i rettigheter som følger av art. 5 er svært høy, kan likevel kravet til forholdsmessighet legges til grunn for argumentasjon for selve tolkningen av rettigheten, slik at inngrep som vanligvis vil bli ansett som et brudd på art. 5 (f.eks. pågripelse ved en vag mistanke om lovbrudd), kan passere fordi det er velbegrunnet og forholdsmessig.

For å illustrere hvordan avveiningen mellom samfunnets og individets interesser kan virke bestemmende for utfallet i saker hvor art. 5 påberopes kan Kemmache-saken være illustrerende. Det kom her frem at hensynet til den alminnelige tilliten til samfunnets rettshåndhevelse tilsa at fengsling bør kunne foretas i alvorlige saker, dersom hensikten er å motvirke alvorlig frykt ellers i samfunnet eller at den siktedes liv står i fare, dette til tross for at spesialvilkårene i art. 5 ikke foreligger. EMD gjorde det videre klart at det må foreligge en konkret fare for samfunnets interesse dersom fengsling unnlates. Til tross for denne vurderingen kom retten frem til at hensynet til samfunnet ikke gjorde seg gjeldende i tilstrekkelig grad for at vedkommende skulle holdes fengslet. Det ble dermed konstatert krenkelse av art. 5.3, og hensynet til individets interesser viste seg her å være avgjørende for sakens utfall.

Oppsummert kommer det frem at det vil være riktig å hevde at en avveining mellom samfunnets og individets interesser kan virke bestemmende for utfallet av saker hvor art. 8 er påberopt, samtidig også i saker hvor art. 5 er påberopt. Selve avveiningen vil ofte fremstå som mer sentral i art 8-saker, enn for art. 5-sakers vedkommende. Dette kan blant annet knyttes til at art. 8 i mange tilfeller kan anses som en *mindre* fundamental menneskerettighet enn retten til frihet etter art. 5. Dette vil dermed tilsi at staten er tillagt større skjønnsmargin i art. 8-saker ettersom det ofte vil bero på en bred vurdering av de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende. Art. 5-saker vil i mindre grad la seg avgjøre av en slik vurdering, ettersom bestemmelsen er utformet på en mer presis og konkret måte i forhold til art. 8.

I noen tilfeller kan det fremstå som mindre «viktig» å iakttå et forholdsmessighetsprinsipp ved vurderingen av om et inngrep i art. 5 representerer en krenkelse, enn ved tilsvarende vurdering etter art. 8. Likevel vil det ved frihetsberøvelser i form av eksempelvis pågripelse eller fengsling foreligge et sterkt behov for en nøye avveining mellom samfunnets interesser og individets. Det foreligger imidlertid mer presise reguleringer av forhold som rammes av art. 5, mens art. 8 har en mer vid utforming og vil således i større grad ha behov for en nøye vurdering av de ulike interessene som gjør seg gjeldende.

#### **4.0 Avsluttende bemerkninger:**

Som nevnt innledningsvis vil det i mange tilfeller foreligge konkurrerende interesser som kan nødvendiggjør inngrep etter art. 5 og etter art. 8. Begge bestemmelsene oppstiller visse krav til lov, formål og forholdsmessighet for at et inngrep i rettighetene likevel kan anses å være berettiget.

Det kommer videre frem at frihetsberøvelse etter art. 5 anses som et stort inngrep. Det kan dermed sies at det må oppstilles strenge krav til vilkårene om lovhjemmel og formålmessighet dersom et inngrep ikke skal bli ansett som en krenkelse. Dette bunner i det grunnleggende rettsstatsprinsippet, herunder hensynet til rettssikkerheten. Motsetningsvis vil artikkel 8-skoen i større grad trykke på kravet til forholdsmessighet.

Selve utgangspunktet er at den enkeltes rettigheter etter art. 5 og art. 8 skal sikres, jf, EMK art. 1. Jo viktigere interesser som står på spill, desto strengere krav stilles til myndighetenes grundighet knyttet til den avveiningen de må gjøre av de motstridende interessene konvensjonsrettighetene oppstiller. Ved avgjørelsen av om det foreligger adgang til å gjøre et inngrep i en rettighet, vil det avgjørende være om staten har foretatt en forsvarlig avveining av de motstridende interessene. Det kommer således frem at forholdsmessighetsvurderingen vil være et sentralt vilkår for de rettighetene som sikres i både art. 5 og art. 8.

#### **5.0 Kilde:**

- Aall, J. (2020) *Rettsstat og menneskerettigheter* (5. utgave) Fagbokforlaget