A-besvarelse i Menneskerettigheter

***Oppgave 1:*** *Redegjør for kravet om at inngrep i menneskerettigheter krever hjemmel i lov etter henholdsvis Norges grunnlov og EMK.*

 **1. Innledning**

**1.1. Formål og avgrensing**

Menneskerettigheter har eksistert siden romertiden, hvor den i nyere tid har gjennom Bill of Rights, FNs verdenserklæringen i 1948, og ratifiseringen av den Europeiske menneskerettskonvensjonen har fått vernet tydeligere. Menneskerettigheter har imidlertid ingen presis naturrettslig definisjon. I Norge har vi flere definisjoner på vernet, men et utgangspunkt kan være at menneskerettigheter anses som grunnleggende rettigheter og friheter individet har overfor staten. Dette kommer også klarere frem i FN pakten artikkel 55 c, hvor det knesettes den har som formål for "almen respekt for og overholdelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter for alle uten hensyn til rase, kjønn, språk eller religion". Et inngrep fra myndighetene vil dermed være forankret i strenge regler, da formålet er at en slik negativ forpliktelse må være vernet i lov etter Norges grunnlov og EMK.

I denne fremstillingen skal en redegjøre for kravet om at inngrep i menneskerettigheter krever hjemmel i lov etter henholdsvis Norges grunnlov og EMK. En avgrenser besvarelsen til å redegjøre for inngrep etter EMK art. 4 og 7. Får å gjøre et inngrep trengs det et lovkrav, formålskrav og forholdsmessighet, hvor en avgrenser besvarelsen til å kun ta for seg "lovkravet". I fremstillingen skal en redegjøre for rettslig utgangspunkt (**pkt. 1.2.**), betydningen av inngrep (**1.3.**), legislative hensyn (**pkt. 1.4.**), inngrepsbegrensninger etter Grunnloven (**pkt. 2)**, inngrepsbegrensninger etter EMK (**pkt. 3**), derogasjon (**pkt. 4.**) og avsluttende bemerkninger (**pkt. 5**).

**1.2. Rettslig utgangspunkt**

I Grunnloven reguleres menneskerettighetenes vern i § 92 til 113. Det følger således av Grl. § 92 at statenes myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettighetene. Dette kan ses i samsvar med menneskerettsloven § 1, da loven sier at formålet er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Det følger dermed av Grl. § 113 at "myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov". Dette kan ses i sammenheng med Grl. § 94 om at det ikke må forekomme frihetsberøvelse på annen måte "uten lovbestemte tilfeller", og "ingen skal dømmes uten lov eller straffes uten dom" i Grl § 95.

I EMK er er dette knesatt i EMK art. 2, 4, 5, 7 og 8-11. Det interessante aspektet er at disse er formulert annerledes, da EMK art 2 står "beskyttes ved lov", i "samsvar med lov" og 8, mens det er "foreskrevet ved lov" i art. 5 og 9-11.

**1.3. Betydningen av inngrep**

En naturlig språkforståelse av et "inngrep" tilsier at myndighetene trer inn i borgernes vern. Det legges til grunn at det kreves hjemmel i lov for at myndighetene har tillatelse til dette. Etter grunnloven er det fastsatt at begrepet innebærer lov, men kan også tolkes som ulovfestet lov. Det samme gjelder i EMK. Dette kommer til synes i *Malone v. The United Kingdom (1984)* hvor det uttales at "The first such principle was that the word "law/loi" is to be interpreted as covering not only written law but also unwritten law. A second principle, recognised by Commission, Government and applicant as being applicable in the present case, was that "the interference in question must have some basis in domestic law". Dette kan også ses i sammenheng med uttalelsen i *Sunday Times v. The United Kingdom (1979)*, avsnitt 62.

**1.4. Legislative hensyn**

Det kan legges til grunn at Grunnloven § 113 og EMK art. 2,4,5, og 8-11 innebærer en legalitetsprinsipp. Dette prinsippet er vernet i den grad at individet ikke skal bli påført et inngrep uten lov, da det skal verne dems privatliv. Et annet legislativt hensyn er forutberegnelighet. Følgelig har bakgrunn i at borgerne skal kunne forutse sin egen rettsstilling, og Grunnloven og EMK er streng på dette området i norsk rett. Dette kommer blant annet frem i Silver and Others v. the United Kingdom (1983), da det uttales at " a second principle is that "the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate, in the circumstances, of the legal rules applicable to a given case", avsnitt 87. Til slutt er rettssikkerhetsprinsippet sterkt ved inngrep, da myndighetene har en myndighetsutøvelse som skal samsvare med rettssikkerheten i landet. Formålet med følgelige er at borgerne skal kunne ha tillit til myndighetene og dens myndighetsutøvelse.

**2. Inngrepsbegrensninger etter Grunnloven (legalitetsprinsippet)**

**2.1. Grunnlovsreformen i 2014- lovkravet**

Bestemmelsen er relativ ny i grunnlovsreformen i 2014, da dette følger allerede av det alminnelige legalitetsprinsippet som er etablert ved konstitusjonell sedvanerett, og som nå kommer til uttrykk i Grunnloven § 113. Den svarer til forslaget fra det
stortingsoppnevnte *Lønning-utvalget* som utredet spørsmålet om en generell utvidelse av Grunnlovens menneskerettsvern. Utvalget understreket at man ikke tok sikte på noen endring av rettstilstanden, sammenlignet med den som fulgte av konstitusjonell sedvanerett, jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 248. Det fremgår av Rt. 2014 s. 1105 at formålet med § 113 var å «synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse», jf. avsnitt 25. Det interessante er at Konstitusjons- og kontrollkomiteen var enig i at legalitetsprinsippet burde grunnlovfestes, og viste til at dette er «grunnlaget for forståelsen av rettsstaten» og dermed utgjør en av «de sentrale deler av vår statsskikk», jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 31.

For å gjøre et inngrep trengs det "lovkrav". Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Dette er for å motvirke vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, hvor også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». Det kan også nevnes formålet til Grunnloven etter reformen er at den skal sikre "demokratiet, rettstaten og menneskerettighetene".

En illustrasjon kan være Rt. 2014 s. 1105, som tok for seg legalitetsprinsippet. Saken gjelder bruk av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll som bevis i straffesak som står for lagmannsretten, jf. straffeprosessloven § 216i bokstav d. Samtaler der ektefellen til en av de tiltalte deltok, skulle i sin helhet ha vært slettet umiddelbart, og Høyesterett avsa derfor utenfor ankegjenstanden kjennelse om umiddelbar sletting. Fortsatt bruk av det ville da representere en ytterligere rettskrenkelse, jf. nå også Grunnloven § 102 og § 113. Politiets innhenting, oppbevaring og bruk av materiale som er ervervet ved kommunikasjonskontroll, er integritetsinngrep som bare er tillatt dersom, og utelukkende i den utstrekning, dette har hjemmel i lov, direkte eller ved forskrift med hjemmel i lov. Legalitetsprinsippet kom dermed til syne, hvor Høyesterett måtte drøfte om politiet hadde rett til inngrep uten hjemmel i lov.

**3. Inngrepsbegrensninger etter EMK**

**3.1. EMK artikkel 2- beskyttes ved lov**

Det følger *Makaratzis v. Greece (2004)* av hvor det uttales at "this involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place an appropriate legal and administrative framework to deter the commission of offences against the person, backed up by law- enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions, avsnitt 57. Videre følger det også av *Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu v. Romania* at "the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction". Det kreves dermed hjemmel i lov for at myndighetene skal ha jurisdiksjon for inngrep etter EMK art. 2.

**3.2. I samsvar med loven og forskrevnet lov**

Et interessant aspekt er at artikkel 5 og 9-11 har formuleringen "forskrevet ved lov", mens EMK art. 8 har "i samsvar med loven. Denne formuleringen er blitt presisert i Leyla Sahin v. Turkey, hvor det uttales at "further, as regards the words «in accordance with the law» and «prescribed by law» which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, the Court observes that it has always understood the term «law» in its «substantive» sense, not its «formal» one; it has included both «written law», encompassing enactments of lower ranking statutes, jf. . Videre uttaler EMD i The Sunday Times *v. the United Kingdom (no. 1) at* "law» must be understood to include both statutory law and judge-made «law».

Videre er det en interessant sondring mellom begrepene, hvor det uttales i *Hasan and Chaush v. Bulgaria (2000)* at "the Court reiterates its settled case-law according to which the expressions “prescribed by law” and “in accordance with the law” in Articles 8 to 11 of the Convention not only require that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refer to the quality of the law in question. The law should be both adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct, avsnitt 84. Det kan dermed sies at sondringen tilsier at forskrevnet i loven tilsier at den må være mer tilgjengelig og synlig, mens i samsvar med loven kan ha litt større spillerom for inngrep.

Tidsnød!

- Vise frem eksempler i Leyla Sahin og Hasan sakene.

**5. Derogasjon**

Det må foreligger hjemmel i lov for å kunne gjøre inngrep i borgernes rettsstilling, men det foreligger et unntak i EMK art. 15. Derogasjon tilsier at under krig eller annen offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv, kan enhver høy Kontraherende Part treffe tiltak som fraviker dens plikter ifølge denne konvensjon i den utstrekning situasjonens krav gjør det strengt nødvendig, forutsatt at slike tiltak ikke er uforenlige med dens andre plikter etter internasjonal rett. Det er strengt regulert og er ikke så vanlig per dags. Det legges til grunn at en kun kan derogere EMK art. 2 ved lovlige krigshandlinger, men avgrenses mot artikkel 3, 4 og 7. Resten kan således bli derogert, som tilsier at inngrepsbegrensningen har et unntak.

**6. Avsluttende bemerkninger**

I denne fremstillingen skal en redegjøre for kravet om at inngrep i menneskerettigheter krever hjemmel i lov etter henholdsvis Norges grunnlov og EMK. Det legges til grunn at Grunnloven etter reformen i 2014 har knesatt inngrepsbegrensningen i Grl. § 113, som også kommer til uttrykk utover Grunnloven. Følgelig er også knesatt i artiklene i EMK, men med andre formuleringer som tilsier at lovkravet kan ha ulike terskler.

**Oppgave 2:** *Gi en sammenlignende fremstilling av hvordan forholdsmessighetskontroll kan komme til uttrykk ved EMDs anvendelse av henholdsvis EMK artikkel 3, artikkel 10 og TP 1 artikkel 1.*

**1. Innledning**

**1.1. Formål og avgrensing**

Ved et inngrep i menneskerettighetene kreves det et lovkrav, formålskrav og en forholdsmessighetskontroll. Lovkravet krever at inngrepet er forankret i lov eller hjemmel. Formålskravet går ut på at inngrepet må være i samsvar med formålet til vernet i den aktuelle artikkelen, som henger tett sammen med forholdsmessighetsvurderingen. Hvilke hensyn som inngår i forholdsmessighetsvurderingen, vil i noen grad variere etter omstendighetene i den konkrete sak. Spesielt er tilfellet når EMD foretar en avveining av samfunnets interesser oppmot individets interesser. Enkelte ganger kommer ikke forholdsmessighetsvurderingen uttrykkelig frem i anvendelsen av EMK artiklene, da noen har dem innfortolket. Det kan dermed være vanskelig å synliggjøre dem.

I denne fremstillingen skal en dermed gi en sammenlignende fremstilling av hvordan forholdsmessighetskontroll kan komme til uttrykk ved EMDs anvendelse av henholdsvis EMK artikkel 3, artikkel 10 og TP 1 artikkel 1. Besvarelsen avgrenser seg mot å redegjørelsen for lovkravet og selvstendig formålskrav, da en tolker formålet til oppgaven i den retning om at forholdsmessighetsvurderingen som er sentral. Videre redegjør en for forholdsmessighetsvurderingen til hver artikkel for seg selv, ha en helhetsvurdering til hver om sammenlignbare kommentarer underveis, og sammenligne forskjeller og likheter til slutt. I fremstillingen skal en redegjøre for betydningen av menneskerettigheter (**pkt 1.2**), betydningen av forholdsmessighetskontroll, (**pkt.1.3.**), legislative hensyn, (**pkt.
1.4.**), forholdsmessighetskontroll i EMK artikkel 3 (**pkt 2.)**, EMK artikkel 10 (**pkt. 3)**, EMK artikkel TP-1 artikkel 1 (**pkt.4.**), sammenligning (**pkt 5.)** og avsluttende bemerkninger (**pkt. 6)**.

**1.2. Betydningen av" menneskerettigheter"**

Menneskerettigheter har eksistert siden romertiden, hvor den i nyere tid har gjennom Bill of Rights, FNs verdenserklæringen i 1948, og ratifiseringen av den Europeiske menneskerettskonvensjonen har fått vernet tydeligere. Menneskerettigheter har imidlertid ingen presis naturrettslig definisjon. I Norge har vi flere definisjoner på vernet, men et utgangspunkt kan være at menneskerettigheter anses som grunnleggende rettigheter og friheter individet har overfor staten. Dette kommer også klarere frem i FN pakten artikkel 55 c, hvor det knesettes den har som formål for "almen respekt for og overholdelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter for alle uten hensyn til rase, kjønn, språk eller religion". Rettighetene kommer også uttrykkelig frem i *Soering v. The United Kingdom (1989)* at "convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights", jf. avsnitt 89. Det følger også ytterligere av *Golder v. The United Kingdom (1975)* at ved tolkninger av rettighetene skal den bli "guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties", avsnitt 29.

Ved utarbeidelsen av EMK var det viktig å fremheve at konvensjonen ikke skulle være vilkårlig. Forholdsmessighet har dermed blitt innfortolket eller kommer uttrykkelig frem i artiklene med den hensikt om å verne borgerne mot uforholdsmessig inngrep fra staten.

**1.3. Betydningen av forholdsmessighetskontroll**

En forholdsmessighetsvurdering tilsier at en avveier samfunnets og individets
interesser. Domstolen måtte se på saken som helhet og avgjøre om inngrepet var forholdsmessig i forhold til det legitime mål inngrepet søkte å nå, og grunnene for inngrepet for å legitimere inngrepet måtte være «relevante og tilstrekkelige», jf. *Sunday Times v. The United Kingdom nr. 2.* Ved en forholdsmessighetsvurdering foreligger det to krav; egnethetskravet og nødvendigkravet. Disse kommer frem i EMK artikkel 3, 10 og TP 1 artikkel 1.

*1.3.1. Egnethet og formål*

For at inngrepet skal kunne vurderes forholdsmessig eller uforholdsmessig må en se hen til formålskravet. Et eksempel på dette kan være EMK artikkel 3 som viser til at "ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdigende behandling" som viser til formålet. En forholdsmessighetskontroll ville her avveiet samfunsinteressene og individets interesser i den retning at formålet er oppfylt. Hvis en person blir torturert, er de uforholdsmessig om staten skulle fått medhold.

*1.3.2. Nødvendighetskravet*

I *Sunday Times v. The United Kingdom nr. 2* gjøres det gjeldende at adjektivitet "nødvendig" må tolkes som et krav om tvingende samfunnsmessig behov. Videre følger det av *Olsson v. Sweden (1988)* at "according to the Court’s established case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued", jf. avsnitt 67. Formålet her går utpå at det må foreligge en pressende samfunnsmessig behov som nevnt tidligere, men det må også være i samsvar med formålet.

*1.3.3. Statens skjønnsmargin*

Statens skjønnsmargin er med i forholdsmessighetsvurderingen, da det foreligger en anspent forhold til nasjonal og internasjonal lovgivning. Statens skjønnsmargin gir staten et spillerom, som kan ha en sammenheng om det foreligger EU-konsensus på et området eller
ikke. Subsidiaritetsprinsippet (nærhetsprinsippet) fremheves også ved nasjonale myndigheter har et overordnet ansvar overfor borgerne, hvor nasjonale myndigheter er subsidiært. Det følger blant annet av *A. and the Others v. The United Kingdom (2009)* at "the doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court". Det følger videre at " the question of proportionality is ultimately a judicial decision, particularly in a case such as the present where the applicants were deprived of their fundamental right to liberty over a long period of time", jf. avsnitt 185. I Hatton and the Others v. The United Kingdom ble skjønnsmarginen tatt med i vurderingen, hvor det uttales at "fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention", avsnitt 98.

**1.3. Legislative hensyn**

Som tidligere nevnt er det sentrale om legislative hensynet om myndighetene etter en samlet vurdering har truffet en «fair balance» mellom samfunnsinteressene og hensyn til de berørte enkeltindividene, se for eksempel *Nunez* v. Norway (2009), avsnitt 68 med videre henvisninger og *Jeunesse v. The Netherlands (2014),* avsnitt 106. Hvilke hensyn som inngår i forholdsmessighetsvurderingen, vil i noen grad variere etter omstendighetene i den konkrete sak, men hensynet til enkelt individet står sentralt.

Videre er rettssikkerhetsprinsippet sentralt. Formålet med forholdsmessighetsvurderingen er å verne enkeltindividene mot vilkårlighet, hvor dette setter en inngrepbegrensning. Forutberegnelighet er også et prinsipp som kan trekkes inn, hvor enkelt individene ikke skal bli utsatt for større inngrep enn hva som er tillatt. Dette setter en begrensning for samfunnsinteressene i enkelte av artiklene. Her vil forholdsmessighetsvurderingen være videre i EMK artikkel 10 enn hva det den vil være i EMK art. 3, da sistnevnte anses som absolutt.

**2. Forholdsmessighetskontroll i EMK artikkel 3**

**2.1. Bakgrunnen til EMK artikkel 3**

Det fremgår av EMK artikkel 3 at "ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff", hvor lignende er knesatt i SP art. 7, Grl. § 93 (2), BK art. 37 (a), og CRPD art. 15. Med "ingen" menes det med enhver. Artikkelens formål kan ses i sammenheng med EMK art. 1, da den pålegger konvensjonsstaten å *sikre* konvensjonens rettigheter for alle innenfor statens jurisdiksjon. Dette innebærer blant annet at staten har en plikt til, etter forholdene, å ta aktive skritt for å hindre at private krenker hverandre – konvensjonen har i denne forstand også *horisontal* virkning, jf. Rt. 2013 s. 588 (avsnitt
41). EMK artikkel 3 gjelder, med sitt folkerettslige innhold, som norsk rett,
jf. menneskerettsloven 1999 § 2 og § 3. Det samme forbudet følger av Grunnloven § 93 andre ledd, som slår fast at ingen må utsettes for «tortur eller annen umenneskelig eller nedverdigende behandling eller straff», jf. HR-2017-1127-U (avsnitt 10). Artikkel 3 uttrykker fundamentale rettsstatlige verdier og respekt for den menneskelige verdighet, som begge deler også er bærende for EMK som sådan. En slik absolutt artikkel vil såldes ha en påvirkning på en forholdsmessighetsvurdering.

**2.2. Samfunnsinteresser avveid mot individets interesser**

Det legges til grunn at det foreligger tre alternative vilkår; tortur, umenneskelig eller nedverdigende behandling". Det følger av *Gafgen v. Norway (2010)* at "[the] court is satisfied that the *real and immediate* threats against the applicant for the purpose of extracting information from him attained the *minimum level of severity* to bring the impugned conduct within the scope of Article 3. Videre uttales det *Opuz v. Turkey (2002)* at "as regards the question whether the State could be held responsible, under Article 3, for the *ill-
treatment* inflicted on persons by non-state actors". Ettersom EMK artikkel 3 anses som absolutt i forhold til EMK art. 10 og TP-1 artikkel 1, foreligger det mye mindre spillerom for staten når det kommer til utførelsen av de tre ovennevnte alternative vilkårene. Det er ikke noen uttrykkelig forholdsmessighetsvurdering som kommer uttrykkelig som EMK art. 10, men den er innfortolket av den grunn at det skal vesentlig mye til for at det skal bli anvendt.

*2.2.1. Gafgen v. Germany (2005)*

En illustrasjon av forholdsmessighetsvurdering etter EMK art. 3 kommer frem i saken *Gafgen v. Germany (2005).* Saken handlet om en tysk statsborger som hadde kidnappet en 11 år gammel gutt. Han hadde kvelt og drept gutten, og deretter hevet liket in en innsjø. Han kontaktet dermed foreldrene, hvor han fremmet et krav til 1 million euro. Da han kom til jernbanestasjonen for å møte foreldrene, ble han arrestert. Nøkkelmomentene i faktum er avhørsmetoden myndighetene tok i bruk. Politiet trodde på dette tidspunktet at banret var i live og mente denne trusselen var nødvendig ut i fra en vurdering om at at Js liv var i fare på grunn av kulde og mangel på mat. Det ble dermed pågått avhørsmetodikker som satte vilkårene "tortur", "umenneskelig" og nedverdigende" på spissen. EMD gjorde det klart at trusler og mental tortur også innfalt under konvensjonens anvendelsesområdet. Det interessante aspektet er at politiet fikk en tilståelse av kidnapperen, hvor han fortalte at liket var kastet i en innsjø. Da politiet fant liket, fant de også dekkspor og andre bevismaterialer i området. Problemet var at domstolen avviste tilståelsen til kidnapperen og kunne ikke bli brukt som bevismateriale.

I denne saken kommer samfunnsinteresser opp mot individets interesser frem. EMD viste så til de generelle prinsippene bak artikkel 3 og trakk blant annet frem at konvensjonen ikke hjemlet inngrep i eller derogasjon fra bestemmelsen, selv ikke i ekstraordinære tilfelle. Videre bemerket Domstolen at mishandling måtte være av en viss intensitet for å falle inn under bestemmelsens anvendelsesområde. Dette ville bero på de enkelte forhold i den aktuelle saken, herunder mishandlingens lengde, de fysiske og psykiske effektene, konteksten og motivet bak den. Domstolen nevner dette med behandling kunne være i strid med artikkel 3, hvis de fremstod som tilstrekkelig "reelle og umiddelbare". Samfunnsinteressene her er å finne 11 år gammel gutten som kanskje fremdeles var i livet ved tidspunktet. Domstolen avfeide dette, og sa at vernet til artikkel 3 er så sterk at selv de ekstraordinære tilfellene ikke vil ha gyldighet. Dette ble sakens utfall og rettsvirkning av forholdsmessighetskontrollen, hvor tilståelsen ikke kunne bli brukes som bevis i retten. Det understrekes at sakens utfall endte i dømmelse, da andre bevismateriale kunne bli brukt og at han tilstod saken i etterkant.

2.2.2. *Chahal v. The United Kingdom (1996)*

En annen illustrasjon kan være Chalal v. The United Kingdom, som kan sette samfunnets interesser på spissen. Denne saken handlet utvisning av terrormistenkt/kriminell person som risikerer tortur i India. Chahal var en sikth, politisk aktiv og et høyt profilert medlem i sikth- safunnet i Storbritannia. Da han var på ferie i India i 1984 ble han anholdt av politiet i Punjabi. Her ble han anhold i 21 dager og utsatt for overgrep. Dette innebærte å bli slått bevisstløs, utsatt for elektrisk støt og en "liksom-henrettelse". Han ble dermed løslatt og reiste tilbake til Storbritannia. Han ble dermed mistenkt for å ha deltatt i planleggingen av et attentatforsøk på Indias daværende statsminister. Han ble løslatt på bakgrunn av bevismangel. Ett år senere ble han anholdt på nytt, mistenkt for å ha deltatt i planleggingen av drap på moderate sikher i Storbritannia. Noen år etter fattet britiske myndigheter vedtak om utvisning. Kjernepunktet i forholdsmessighetsvurderingen her er at det fremkommer av vedtaket at klagerens tilstedeværelse i Storbritannia strider imot samfunnets interesser, nasjonal sikkerhet og den internasjonale kampen mot terrorisme. Klageren søkte asyl og anførte at han risikerte å bli utsatt for forfølgelse ved retur til India på grunn av hans politiske aktiviteter og tilknytning til sikh-bevegelser i Storbritannia.

Det interessante med denne saken er at Storbritannia fremhever forholdsmessighetsvurderingen ved å knesette det i samfunnsinteresser. Saken har et større alvorlighetsnivå enn i ovennevnte Gafgen v. Germany. Domstolen uttaler at EMK artikkel 3 gir uttrykk for en av de mest grunnleggende verdier i et demokratisk samfunn. Bestemmelsen setter et absolutt forbud mot tortur eller umenneskelig behandling eller straff, uavhengig av det potensielle offerets egne handlinger. Forbudet er absolutt i utvisningssaker som dette. Dette innebærer at staten er forpliktet til ikke å utvise personer dersom det foreligger vektige grunner til å anta at disse vil være i en reel risiko for å bli utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3. Det understrekes at personens kriminelle aktiviteter, uansett hvor uønskete og farlige de enn måtte være (»however undesirable and dangerous»), ikke ville være et relevant hensyn i saken.

*2.2.3. Helhetsvurdering av samfunnsinteresser*

Etter en analyse av begge utfallene over, er det nærliggende å si at forholdsmessighetskontrollen er absolutt streng i EMK artikkel 3. Dette har bakgrunn i formålet til artikkelen, og til og med i tilfeller det er potensielle terrorister som er til byrde for samfunnet. Videre skal en ta sikte mot EMK art. 10 og TP-1 artikkel 1, da EMK art. 3 har den strengeste forholdsmessighetskontrollen av de tre artiklene.

**3. Forholdsmessighetskontroll i EMK artikkel 10**

**3.1. Bakgrunnen for EMK artikkel 10**

Det følger av EMK art. 10 (1) at enhver har rett til ytringsfrihet, hvor lignende er knsesatt i Grl. § 100, SP art. 19, BK art. 13 og CRPD art. 21. Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser. Videre følger det en forholdsmessighetskontroll i andre ledd, da det står at utøvelsen av disse friheter medfører plikter og ansvar, kan den bli undergitt slike formregler, vilkår, innskrenkninger eller straffer som er foreskrevet ved lov og som er "*nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn*" til den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet. Her kan det legges til grunn at "nødvendig i et demokratisk samfunn" er forholdsmessighetskontrollen, og resterende er formålet det skal knyttes opp mot.

EMD har i *Dudgeon v. The United Kingdom (1981)* forklart ordlyden "nødvendig i et demokratisk samfunn" ved at "The notion of "necessity" is linked to that of a "democratic society". According to the Court’s case-law, a restriction on a Convention right cannot be regarded as "necessary in a democratic society" - two hallmarks of which are tolerance and broadmindedness - unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued ", jf. avsnitt 53. Som tidligere nevnt innebærer nødvendighetskravet at det må tolkes som et krav om tvingende samfunnsmessig behov. Det følger også av at "freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment". Til slutt at: "he adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a ‘pressing social need’. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision", jf. avsnitt 89. Sistnevnte viser til at staten har en viss skjønnsmargin, men må ses i sammenheng med EU-konsensus.

I Sunday Times v. The United Kingdom (1975) uttales det at "domstolen måtte se på saken som helhet og avgjøre om inngrepet var forholdsmessig i forhold til det legitime mål inngrepet søkte å nå, og grunnene for inngrepet for å legitimere inngrepet måtte være «relevante og tilstrekkelige», jf. det norske sammendraget. Som vi tidligere så i EMK art. 3, er dette en annerledes vurdering. EMK artikkel 10 er ikke absolutt og ordlyden er mye vagere. Dette kan også underbygges med at EMK art. 8-11 har lik ordlyd og tilsvarende forholdsmessighetskontroll, men på grunn av vagheten er spillerommet større enn i EMK art. 3. Samfunnets interesser vil dermed ha større vern ved ytringsfrihet saker. Dette kan eksemplifiseres i at f.eks pressens rolle som en "public watchdog", er vernet i en rekke saker om pressens ytringsfrihet etter EMK art. 10.

**3.2. Samfunnsinteresser avveid mot individets interesser**

3.2.1. *Pentikainen v. Finland (2015)*

Denne saken illustrerer forholdsmessighetskontrollens rekkevidde ved ytringsfrihet. Saken omhandlet en journalist og fotograf som fikk et oppdrag om å fotografere en stor demonstrasjon i Helsinki. Risikoen for en voldelig demonstrasjon ble vurdert som høy. Demonstrasjonen eskalerte raskt til å bli voldelige opptøyer og politiet sperret av området og slapp deltagere og tilskuere ut gjennom sperringene. Politiet beordret gjentatte ganger at mengden måtte oppløses. Klageren valgte å bli værende innenfor sperringene. Politiet gjentok anmodningen om at klageren måtte fjerne seg. Til slutt ble klageren anholdt og han opplyste om at han var journalist. Klageren ble holdt i arrest i 17,5 timer. Klageren anførte dermed at anholdelsen, arrestasjonen og domfellelsen av ham utgjorde et inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10.

Det interessante i denne dommen er vurderingen av hvem som fremmer ytringsfriheten. Vi er kjent med at EMK artikkel 3 var absolutt, men EMK art. 10 åpner opp for hva som er nødvendig i et "demokratisk samfunn". Domstolen vurderte deretter om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn, hvor under henvisning til tidligere praksis uttalte Domstolen at beskyttelsen etter artikkel 10 "ikke bare gjelder substansen i ideene og informasjonen som uttrykkes gjennom ytringsfriheten, men også formen disse er formidlet i", jf. det norske sammendraget. Domstolen trakk videre frem den særskilte stillingen media innehar i et demokratisk samfunn. Sistnevnte uttalelse viser at media kan anses som å ligge tett opp mot hva et demokratisk samfunn er, hvor demokratihensynet stiller seg sterkt. Domstolen uttalte at i vurderingen av om inngrepet var nødvendig, må det foretas en avveining mellom politiets interesser i å opprettholde offentlig orden i lys av en voldelig demonstrasjon på den ene siden og offentlighetens interesse i å motta informasjon om saker av alminnelig interesse på den andre siden. EMK. Artikkel 10 ble ikke krenket, og arrestasjonen kunne ikke si at å påvirke hans arbeid. Han fikk derimot beholde bildene han tok. Dette er dermed forholdsmessighetskontrollen.

*3.2.2. Helhetsvurdering av samfunnsinteresser*

Som tidligere nevn er "nødvendig i et demokratisk samfunn" knesatt i artiklene 8-11, noe som antyder til at de er mer vagere enn hva som kan sies å være i EMK art. 3. Det er viktig å presisere at formålskravet stiller seg sterkt i en slik forholdsmessighetsvurdering, hvor sakens utfall ovennevnte omhandlet "forebygge uorden eller kriminalitet". Dette er fordi EMK art. 10 har flere formål som: "nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet". EMK artikkel 3 har ikke slike formålskrav under seg, som viser den distinkte forskjellen mellom artiklenes forholdsmessighetsvurdering.

**4. Forholdsmessighetskontroll i EMK TP- 1 artikkel 1.**

**4.1. Bakgrunnen for EMK TP-1 artikkel 1**

Det følger av EMK TP-1 artikkel 1 at enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på
de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper. Dette følger også av Grl. § 105. Forholdsmessighetskontrollen kommer videre i annet ledd, hvor det står at Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser "*nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse*". EMD viser i *Oneryildiz v. Turkey (2004)* at formålet er "genuine, effective exercise of the right protected by that provision does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may require positive measures of protection, particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions", jf. avsnitt 34.

Det følger ytterligere av Sporrong and Lonnroth v. Sweden (1975) at det følger tre spesifikke regler- altså "three distinct rules": "prinsippregelen" er av generell karakter, og slår fast at enhver har rett til å nyte eiendommen sin i fred (1), en "avståelsesregel" som setter rammer for pålegg om tvungen eiendomsavståelse (2), og den relevante "kontrollregelen" som annerkjenner det offentliges behov for, og rett til, å fastsette regulerende tiltak for å ivareta felleskskapsinteresser" (3). I EMDs praksis er det stadig gjentatt at de tre reglene som kommer til uttrykk i P1-1, er forbundet; avståelsesregelen og kontrollregelen gjelder bestemte former for innblanding i eierens rettighetsutnyttelse, og må derfor tolkes og anvendes i lys av prinsippregelen. I et antall saker har EMD dessuten gitt uttrykk for at inngrep i eierens rettighetsutnyttelse, om dette ikke skal komme i strid med P1-1, må være i samsvar med loven og ikke vilkårlig, det må forfølge et legitimt formål, og det må være forholdsmessig, jf. HR-2016-304-S (avsnitt 43). Disse tre reglene er relevante i en forholdsmessighetskontroll, da det må foretas en avveining av samfunnets/offentlige interesser og individets interesser.

**4.2. Samfunnsinteresser avveid mot individets interesser**

*4.2.1. Chinnici v. Italy nr. 2 (2003)*

Denne saken illustrerer en rettferdig balanse i forholdsmesisghetskontrollen. Saken omhandlet en person som var eier av store tomtearealer som var formet som et industriland i L ́Aquila, hvor staten ønsket å ekspropriere dette. Klageren nektet for dette og hevdet man skulle få nyte eiendommen sin i fred.

Det interessante med denne saken er hvor EMD fremhever i avsnitt 32 at forutsetningen om forholdsmessighet, som er bærende for konvensjonen i sin helhet, tar sikte på å oppnå en rettferdig balanse mellom de samfunnsinteressene som begrunner tiltaket på den ene siden og forventningen om beskyttelse av grunnleggende rettigheter på den andre. Dersom eieren må bære "an indidviual and excessive burden", vil inngrepet anses som uforholdsmessig og dermed være konvensjonsstridig. Det uttales i dommen at "«a fair balance must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights, the search for such a fair balance being inherent in the whole of the Convention", jf. avsnitt 32. Sakens kjerne ligger i, hvor EMD og Høyesterett samstemt i sin praksis dessuten fremholdt, som en del av forholdsmessighetsvurderingen, at inngrep i eiendomsretten *ikke må være vilkårlige eller uforutsigbare.*

*4.2.2. Helhetsvurdering av samfunnsinteresser*

Når det kommer til ekspropriasjon ved eiendom foreligger det strenge regler, spesielt ved forholdsmessighetskontroll. Vernet om at en skal nyte eiendommen sin i fred er essensielt, og det må foreligger vektige grunner for å tale imot dette. Det interessante aspektet her er hvordan "nødvendighet" begrepet er likt som i EMK art. 10, men er mer begrenset i hva betydningen av "allmennhetens interesser" tilsier. Det kan slås fast at begge bestemmelsene ikke er absolutte og har spillerom, da EMK art. 3 ikke har det.

**5. Sammenligning av forholdsmessighetskontroll**

Som tidligere nevnt er forholdsmessighetskontrollen delt inn i "egnethet" og "nødvendighet". I selve sammenligningen vil en vurdere artiklene opp mot disse.

**5.1. Egnethet**

En forholdsmessighetskontroll ville her avveiet samfunnsinteressene og individets interesser i den retning at formålet er oppfylt. Hvis en person blir torturert, er de uforholdsmessig om staten skulle fått medhold. Som det er diskutert overfor kan en se at artiklene har sine ulike terskler og formål. Det kan sies at EMK art. 3 har en svært høy terskel i sin forholdsmessighetskontroll, da den anses som en absolutt artikkel i konvensjonen. Det er synlig i Gafgen-saken at vurderingsmomentene for tortur, umenneskelig og nedverdigende var strenge, og domstolen ikke åpnet seg stor for en forholdsmessighetsvurdering. Det følger av *Gafgen v. Norway (2010)* at "[the] court is satisfied that the *real and immediate* threats against the applicant for the purpose of extracting information from him attained the *minimum level of severity* to bring the impugned conduct within the scope of Article 3. Videre uttales det *Opuz v. Turkey (2002)* at "as regards the question whether the State could be held responsible, under Article 3, for the *ill-treatment* inflicted on persons by non-state actors". EMD fremhever dermed forholdsmessighetskontrollen opp mot at et individ ikke skal bli utsatt for tortur, grunnet samfunnets interesser, da dette ikke dekker formålet til Art. 3.

Dette kan ses i motsetning til EMK artikkel 10, da det må foreligge "nødvendig i et demokratisk samfunn". I dette tilfellet er det "demokratisk samfunn" som er avgjørende, formålene som står i bestemmelsen skal samsvare med dem. Det som står til motsetning er at ordlyden "demokratisk samfunn" kan anses som vag i seg selv. Det åpnes for spillerom i hva som ligger i dette. Eksemplet som ble brukt var *Pentikainen v. Finland (2015)- saken,* da EMD fremhevet den særskilte stillingen media innehar i et demokratisk samfunn. Sistnevnte uttalelse viser at media kan anses som å ligge tett opp mot hva et demokratisk samfunn er, hvor demokratihensynet stiller seg sterkt. Domstolen uttalte at i vurderingen av om inngrepet var nødvendig, må det foretas en avveining mellom politiets interesser i å opprettholde offentlig orden i lys av en voldelig demonstrasjon på den ene siden og offentlighetens interesse i å motta informasjon om saker av alminnelig interesse på den andre siden. Da offentlighetsprinsippet står sterkt, vil dette medføre til et større spillerom enn hva som er aktuelt i EMK artikkel 1.

Heller ikke TP-1 artikkel 1 oppstiller formålet med "allmennhetens interesser", da ordlyden er vag. Dette kan ses i sammenheng med EMK art. 10, da "demokratisk interesser" og "allmennhetens interesser" er formål som er egnet seg i lik linje. Eksemplet om *Chinnici v. Italy nr. 2 (2003)* gjaldt forsåvidt en enkeltperson som hadde et industriland. Vi ser i nyere tider typetilfeller som Bybaner i storbyer er blitt akutelt, hvor flere eiendommer blir ekspropriert. Til syvende sist vil dette kunne anses som en allmennhetens interesse da det øker kollektive tilbuder, som oppfyller dems formål. EMD verner derimot indivdiet sterkere i form av erstatning i den grad som kan gjøre opp for tapet av eiendom etter en forholdsmessighetsvurdering. Dette kan ikke sammenlignes med at Chahal i Chahal-saken skulle fått erstatning fra Storbritannia etter å ha blitt utsatt for en ny "liksom-henrettelse" i India, jf, Art. 3.

Det kan sies EMD anvendelse av artikkel 3, 10 og TP-1 artikkel 1 anvendes på lik måte, men formålskravet i forholdsmessighetsvurderingen fremmes på ulike måter. Poenget i "nødvendighets"-begrepet i Art 10 og TP-1 artikkel 1 er at de skal oppfylle sine formål, hvor det i EMK art. 3 ikke er særlige samfunnsinteresser å oppfylle, da artikkelen er absolutt.

**5.2. Nødvendighetskravet**

Tidligere er det nevnt at i *Sunday Times v. The United Kingdom nr. 2 (1979)* gjør det gjeldende at adjektivitet "nødvendig" må tolkes som et krav om tvingende samfunnsmessig
behov. Formålet her går utpå at det må foreligge en pressende samfunnsmessig behov, men det må også være i samsvar med formålet. Det kan legges til grunn at nødvendighetsbegrepet kommer klart frem i Art. 10 og TP-1 artikkel 1, men er ikke i Art 3.

EMK art. 3 kan ikke "nødvendighet" strekkes noe særlig. Dette kommer frem i Chahal-saken, da det innebærer at staten er forpliktet til ikke å utvise personer dersom det foreligger vektige grunner til å anta at disse vil være i en reel risiko for å bli utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3. Det understrekes at personens kriminelle aktiviteter, uansett hvor uønskete og farlige de enn måtte være (»however undesirable and dangerous»), ikke ville være et relevant hensyn i saken. EMD fremhever forholdsmessighetskontrollen for individet tydelig at staten ikke kan gjøre et slikt inngrep. Dette kan ses i sammenheng med nødvendighetsbegrepet i EMK art. 10 da ytringsfriheten strekker seg mot f.eks "forebygge uorden og kriminalitet". En kan sette det på spissen at hvis Chahal hadde komt med terroristpreget hatefulle ytringer, vil dette være i gråsonen i EMK art. 10, siden forholdsmessighetsvurderingen tilsier at formålet om "nasjonal sikkerhet" strider mot artikkelen og nasjonale regler.

Det kan sies at nødvendighetskravet gir uttrykk for likhet i EMK art 10 og TP-1 artikkel 1. Det gjøres gjeldende at det kan være nødvendig å undersøke om nasjonale myndigheter har foretatt en rimelig avveining mellom rettighetene etter konvensjonen. Dette er allikevel noe ulikt i da vernet i TP-1 artikkel 1 tilsier fast eiendom skal nytes i fred, og skal ganske samfunnsmessige behov for at dette skal krenkes. Det må her vurderes i samsvar med prinsipp og avståelsesregelen, mens EMK art. 10 kun trenger å se den i sammenheng med lovkrav og formålskrav. Et eksempel på dette kan være *Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway (2014),* hvor Se og Hør hadde stått 250 meter vekke fra et bryllup og tatt bilder med en telelense for samfunnsmessige interesser. Hvor "nødvendig" dette var er omdiskutert, men bryllupet hadde av offentlig interesse. Samme gjelds med Vanhoover-saken, hvor prinsessen var i et annet land da kongen lå for døden, hvor dette ikke var krenkelse av ytringsfriheten av å ta bilde av henne på grunn av allmenn interesse. Dette kan sammenlignes med forholdsmessighetskontrollen i ekspropriasjonssaker, hvor et individ kan "fratas" sin rett til å nyte eiendommen for at en bybane skal bli bygget for "allmennhetens interesse".

Nødvendighetsvurderingen er dermed ulik artiklene, men formålene kan være like hos enkelte. EMD kan ikke slavisk trekke frem vurderingene likt i alle artiklene, siden det kan anses som vilkårlig. Det er derfor laget ulike forholdsmesisghetskontroll i artiklene, da noen har høyere terskel enn andre.

**6. Avsluttende bemerkninger**

I denne fremstillingen skulle en dermed gi en sammenlignende fremstilling av hvordan forholdsmessighetskontroll kan komme til uttrykk ved EMDs anvendelse av henholdsvis EMK artikkel 3, artikkel 10 og TP 1 artikkel 1. Videre redegjorde en for forholdsmessighetsvurderingen til hver artikkel for seg selv, ha en helhetsvurdering til hver om sammenlignbare kommentarer underveis, og sammenligne forskjeller og likheter til slutt. Det kan sies at EMD får frem forholdsmessighetskontrollen på ulike måter i artiklene, men at den er regulert etter hvor sterk vernet er og hvor tydelig artiklene er. Dette kan sies ved at EMK artikkel 3 er absolutt og er tydelig at noe ikke er lov, som begrenser mulighetene for en forholdsmessigkontroll i favør av samfunnets interesser. Samme gjelds med TP-1 artikkel 3, hvor den har egne strenge krav som må være oppfylt. Formålet er dermed vag. EMK art. 10 er artikkelen som er mest åpen for en forholdsmessighetskontroll, men den har sine begrensninger til å holde seg til de opplistede formålene.