



KANDIDAT

**715**

PRØVE

**JUS2008 1 Menneskerettigheter**

---

Emnekode	JUS2008
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	11.03.2022 08:00
Sluttid	11.03.2022 14:00
Sensurfrist	01.04.2022 21:59
PDF opprettet	05.04.2022 16:39

---

**Seksjon 1**

<b>Oppgave</b>	<b>Tittel</b>	<b>Oppgavetype</b>
<b>i</b>	Informasjon	Informasjon eller ressurser
1	Oppgave 1. EMK artikkel 2 og 3	Langsvar
2	Oppgave 2. EMK artikkel 2 og 3	Langsvar

# **1 Oppgave 1. EMK artikkel 2 og 3**

Sammenlign statens forpliktelser etter EMK artikkel 2 og 3.

**Skriv ditt svar her****1. Innledning**

Konvensjonsstatene etter Den europeiske menneskerettskonvensjon har en sentral plikt til å sikre menneskerettighetene for alle individer. Sikringsplikten følger av blant annet EMK art. 1 hvor det fremgår at alle konvensjonsstater "shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... this Convention".

Av bestemmelsens ordlyd er det klart at sikringsplikten som hovedregel omfatter myndighetenes handlinger og unnlaterer innenfor statens territorium. Det er imidlertid klart at handlinger begått utenfor statsterritoriet kan medføre ansvar etter nærmere bestemte vilkår. Dette drøftes ikke videre i fremstillingen, ettersom det ligger utenfor spørsmålets rekkevidde.

I den videre fremstilling skal det redegjøres for statens forpliktelser etter EMK art. 2 og 3, samt en sammenlignende fremstilling av dem.

**2. EMK art. 2.**

EMK art. 2 omfatter individets rett til liv. Av bestemmelsens første ledd første punktum fremgår det at "everyone's right to life" skal beskyttes ved lov. Det er av ordlyden klart at retten til liv omfatter alle individer, og følgelig at rettigheten er en av de mest grunnleggende og fundamentale menneskerettigheter.

Retten til liv kan ikke i kraft av derogasjonsbestemmelsen i EMK art. 15 fravikes i nøds- og krisesituasjoner. Statens sikrings- og beskyttelsesforpliktelser gjelder altså også under krig og i nødstilstander, jf. art. 15.

**2.1. Positive forpliktelser**

Statene har etter bestemmelsen dels negative og dels positive forpliktelser i relasjon til art. 2. Som en generell forpliktelse for de fleste menneskerettigheter, skal staten avstå fra å gjennomføre inngrep i rettigheten, som ikke er tillatte etter bestemmelsen selv. På den positive siden skal statene med rimelighet utføre handlinger for å hindre at krenkelse av rettigheten skjer, jf. Aall, 2018, s. 164.

I tillegg til forpliktelsene som oppstilles i ordlyden, er det av EMK art. 1 klart at statene har en positiv sikringsplikt av rettigheten. Sikringsplikten skal sørge for at nasjonale myndigheter iverksetter tiltak og forbyr for å hindre at krenkelse av rettigheten skjer.

Allerede i bestemmelsens første punktum oppstilles en positiv plikt for statene; rettigheten skal beskyttes ved lov. Plikten innebærer at statene er forpliktet til å ha lovgivning som beskytter mot krenkelse av rettigheten ved å forbyr drap. I tillegg inneholder forpliktelsen en plikt for staten til å effektivt etterforske og straffe drapshandlinger, jf. Strand/Larsen, 2016, s. 124.

Innholdet i den positive forpliktelsen kan illustreres ved EMDs uttalelser i *Bubbins mot Storbritannia* fra 2005. Her uttalte domstolen at formålet med slike etterforskninger av drap er å sikre "the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life".

Det er på det rene at statens forpliktelser til å beskytte rettigheten ved lov, samt utføre effektive og tilfredsstillende etterforskninger av drap, også gjelder i krigssituasjoner. I *Jelic mot Kroatia* fra 2014 var etterforskningen av drap på klagerens ektemann, utilstrekkelig da myndighetene hadde unnlatt å etterforske underordnede tjenestemenn, og kun fokusert på de øverste politilederne, jf. Aall, 2018, s. 174. Det er likevel klart at EMD i slike tilfeller hvor krig og nødssituasjon preger staten, tilkjenner staten en viss ekstra etterforskningstid som følge av den krevende situasjonen.

Et annet aspekt av statens positive forpliktelse til å beskytte retten til liv ved lov, innebærer en plikt for staten til å innenfor rimelighetens grenser utføre alle handlinger og tiltak med formål om å beskytte individers rett til liv.

Staten skal altså iverksette tiltak som forebygger og hindrer krenkelse av retten til liv. Plikten må likevel ikke strekkes så langt at den omfatter en plikt for staten til å utføre alle tenkelige handlinger for å forebygge drap. Plikten omfatter tiltak som er rimelige etter en vurdering av myndighetenes kunnskap om situasjonen.

Plikten kan illustreres av Osman mot Storbritannia fra 1998 som gjaldt spørsmålet om myndighetenes anledning til å benytte ytterligere tiltak for å hindre et drapsforsøk. Myndighetene hadde hittil benyttet seg av straffelov og håndhevelse av loven. Krenkelsen var begått av en lærer som hadde tatt livet av sin elev og hans far på grunnlag av sjalusi.

EMD anlegger en prinsipiell retningslinje for vurderingen av rekkevidden av statens tiltakspunkt etter art. 2. EMD uttalte at for å kreve ytterligere tiltak fra myndighetene, måtte det være "established to its satisfaction" at myndighetene "knew or ought to have known" at det forelå en reell og umiddelbar risiko for livet til eleven og hans far. I tillegg til slikt kunnskapskrav måtte det klargjøres at staten, tross kunnskap om risikoen, "failed to take measures within the scope of their powers" og at slike tiltak etter en rimelig vurdering, kunne ha forventet å eliminere eller avverge risikoen, jf. Aall, 2018, s. 176.

I den aktuelle saken ble ikke staten dømt for krenkelse av art. 2, ettersom EMD fant at ytterligere tiltak ikke med rimelighet kunne forventes av myndighetene.

På den andre side kan myndighetenes passivitet ved kjent risiko for tap av menneskeliv, medføre ansvar for staten for krenkelse av art. 2. Et eksempel er Budayeva mfl. mot Russland fra 2008, hvor et leirskred tok livet av flere menneskeliv. Myndighetene var kjent med risikoen for leirskred i det aktuelle området, men iverksatte likevel ikke ytterligere tiltak for å sikre området. Slik unnlattelse medførte en krenkelse av rettigheten, og ansvar for myndighetene.

Enda en side av statens positive forpliktelser ved sikring av retten til liv aktualiseres ved utlevering, utsendelse eller retur av en person. Staten plikter å forsikre seg og innhente garantier for at vedkommendes hjemstat ikke vil utsette ham for dødsstraff.

## 2.2. Negative forpliktelser

Statens forpliktelser etter bestemmelsen gjelder ikke bare en aktiv handlingsplikt for myndighetene. Etter en tolkning av art. 2.2, som gjelder vilkår for unntak fra hovedregelen om retten til liv, er det klart at det foreligger en negativ forpliktelse for staten.

Den negative forpliktelsen knytter seg til myndighetenes plikt til å avstå fra handlinger som kan medføre tap av liv, og som ikke er tillatt etter annet ledd. Denne forpliktelsen forutsetter hensikt hos myndighetene til å ta liv, og vil derfor være snevrere enn den positive forpliktelsen etter art. 2.1., jf. lovkommentar fra NIM, 2021.

I bestemmelsens annet ledd er det oppstilt tre forhold som kan gjøre drap konvensjonsmessig. Det fremgår av bestemmelsen at frarøvelse av liv skal ikke bli ansett konvensjonsstridig når det er et resultat av maktbruk som ikke er mer enn "absolutely necessary" for å (i) beskytte en person mot urettmessig vold (nødverge), (ii) for å gjennomføre en pågrepelse av siktede eller å forhindre flukt, eller (iii) for å slå ned et opprør eller opptøyer.

I tillegg til bestemmelsens annet ledd, fremgår det av første ledd annet punktum at tap av liv er konvensjonsmessig når det skjer i forbindelse med fullbyrdelse av en allerede ilagt dødsstraff.

Det er klart at handlinger i tråd med unntakene kan gjøre frarøvelse av menneskeliv, konvensjonsmessig. Det er imidlertid viktig å poengtere den strenge forholdsmessighetsvurderingen som ligger i vurderingen av om inngrep i rettigheten kan gjennomføres.

Den negative avståelsesplikten for statene ligger altså i det å frastå fra handlinger eller unntakelser som ikke faller inn under området for unntakene, og som medfører tap av liv. Eksempelvis vil tjenestemenns handlinger som resulterer i drap på menneske, være konvensjonsstridig så lenge tilfellet ikke faller inn under unntakssituasjonene.

På den andre siden kan myndighetene se seg nødt til å ta menneskelig for å beskytte andre individers rett til liv. Et eksempel er McCann mot Storbritannia fra 1995. I saken var tre mistenkte IRA-terrorister drept i en politiaksjon hvor britiske politimenn åpnet ild mot terroristene i tro om at en bestemt håndbevegelse fra de mistenkte betydde at de ville utløse en bilbombe. Britiske myndigheter gjennomførte drapshandlingen for å forhindre tap av sivile menneskeliv. EMD har godtgjort at slike omstendigheter kan oppfylle kravet til "absolutely necessary" i art. 2.2, men at britiske myndigheter i denne saken ikke hadde utvist tilstrekkelig forsiktighet i situasjonen, jf. Aall, 2018, s. 168. Resultatet ble at Storbritannia ble ansett for å ha krenket art. 2.

Av saken kan en se at selv handlinger fra staten med hensikt å beskytte andre, ikke ubetinget vil være konvensjonsmessig dersom ikke det er tatt tilstrekkelig med forholdsmessighetsvurderinger av situasjonen.

Giuliani mot Italia fra 2011 illustrerer både opprørs- og nødvergeunntaket. I saken hadde en demonstrasjon tatt en voldelig utvikling, og demonstranter angrep en politibil. Politimennene hadde da grunn for å frykte for sine egne liv, og åpnet ild mot demonstrantene, noe som resulterte i tap av liv. Et viktig poeng i saken var at politimennene, før drapsskuddene var avfyrt, hadde gått veien om å advare demonstrantene først. Da dette ikke resulterte i noe, var de dødbringende skuddene nødvendig for å sikre sine egne liv, jf. Aall, 2018, s. 168.

### 2.3 Kort sammenfatning

Av EMK art. 2 er det klart at staten har både positive og negative forpliktelser for å sikre retten til liv. Sikringsplikten etter art. 1 gjelder for alle menneskerettigheter i konvensjonen, og følgelig for art. 2. Den innebærer en rett for statene til å sikre rettigheter og friheter etter konvensjonen.

I art. 2.1 har statene en positiv plikt til å beskytte retten til liv ved å opprette straffelovgivning som forbyr og straffefølgger drapshandlinger. Plikten innebærer samtidig en plikt for staten til å etterforske og straffe vedkommende som utføre drapshandlinger.

I art. 2.2 er det unntak fra hovedregelen om retten til liv. Fra dette utledes statenes negative forpliktelse, som innebærer en plikt til å avstå fra handlinger som medfører tap av liv, og som ikke faller inn under unntakstilfellene i annet ledd.

Grensedragningen mellom lovlige og ulovlige inngrep i retten til liv er vanskelig å trekke, men EMD har på dette området omfattende praksis som er hjelpelig med grensedragningen. Unntakene tar sikte på tilfeller hvor hensikten til myndighetene ikke er å frarøve noen individer sitt liv, men hvor dette da blir et utilsiktet resultat av maktbruken, jf. Aall 2018, s. 166.

### 3. EMK art. 3

I EMK art. 3 oppstilles det et absolutt forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Forbudet er absolutt i den forstand at den ikke kan fravikes i krise- eller nødstilstander etter art. 15, og at det heller ikke kan gjøres inngrep i forbudet. Forbudet mot tortur er, i likhet med retten til liv, en av de mest fundamentale rettighetene i samfunnet.

Det fremgår av bestemmelsen at "no one" skal bli utsatt for "torture or ... inhuman or degrading treatment or punishment". Rettigheten gjelder for alle personer, og er en av de få absolutte rettigheter det ikke kan gjøres inngrep i.

Forbudet mot tortur omfatter ikke bare gjennomført tortur, men også trusler om tortur og betydelig vold. Med begrepet tortur omfattes både psykisk og fysisk tortur. Nedverdiggende behandling viser til ydmykelse eller lidelse, hvorav umenneskelig behandling innebærer også fysisk og psykisk smerte. Grensedragningen mellom begrepene er til dels vanskelig å trekke, men EMDs praksis har oppstilt retningslinjer som gjør det enkelt for lovanvenderen å vurdere hvilke forhold som faller inn under begrepene.

En kan se på begrepene som ulike grader av forbudt behandling. Tortur vil klar nok være den groveste formen for behandling, hvorav nedverdiggende behandling kan tolkes som bestemmelsens nedre grense, jf. Strand/Larsen, 2016, s. 130.

I tråd med art. 1 har staten en plikt til å sikre retten etter art. 3. Nasjonale myndigheter i statene skal altså, slik som etter art. 2., oppføre og utføre handlinger og tiltak som hindrer at krenkelse av art. 3 forekommer.

### 3.1 Positive forpliktelser

Av ordlyden i art. 3. fremgår det ikke uttrykkelig en positiv plikt for statene. EMD har likevel innfortolket et implisitt krav om beskyttelse av individene mot slik behandling. I Al-Adsani mot Storbritannia fra 2001 uttaler EMD i avsnitt 38 at art. 3 "place a number of positive obligations on" konvensjonsstatene. Saken gjaldt immunitet i forbindelse med torturanklager.

Staten har altså en innfortolket positiv forpliktelse til å opprette straffelovgivning som forbyr og utløser straff for handlinger i strid med art. 3. I tilfeller hvor straffelovgivningen og myndighetenes håndhevelse av den er mangelfull, vil det kunne medføre krenkelse av rettigheten, se blant annet M.C. mot Bulgaria fra 2003.

M.C.-saken omhandlet vernet mot voldtekt. I saken var kun fysisk motstand mot overgriperen etterforsket, og straffelovgivning og håndhevelse av loven var mangelfull.

Staten har i plikten til tilstrekkelig lovgivning og håndhevelse, en plikt til å etterforske og straffeforfølge gjerningsmannen. I tilfeller hvor slik etterforskning er utilstrekkelig, eller ikke oppfyller de prosessuelle krav, vil det kunne medføre krenkelse av art. 3.

Et eksempel er N.D. mot Slovenia fra 2015 hvor etterforskningen av seksuelle overgrep var mangelfull, noe som medførte krenkelse av art. 3.

Bestemmelsens anvendelsesområdet medfører at myndighetene har, på lovlig måte, adgang til å anvende omfattende makt for å bekjempe kriminalitet. I enkelte tilfeller kan myndighetene overskride grensen mellom lovlig maktbruk, og ulovlig maktbruk. For å avverge slik utøvelse, og samtidig oppfylle forpliktelsen til tilstrekkelig lovgivning for å forebygge konvensjonsstridig behandling, har FN og Europarådet opprettet torturkonvensjoner som inneholder bestemmelser for maktutøvelsen i forbindelse med art. 3, jf. Aall, 2018, s. 188.

Hovedområdet for disse konvensjonene er å kontrollere myndighetenes maktbruk, og sørge for at bruken ikke går over grensen til art. 3-stridig behandling. Bestemmelsene gjelder blant annet isolasjonsadgangen. Det er ikke konvensjonsstridig å benytte seg av isolasjon, men konvensjonen oppstiller tidsbegrensninger, jf. Aall, 2018, s. 199.

Forbudet mot tortur har en side mot art. 2 om retten til liv. Det innebærer at myndighetene ikke kan utføre handlinger i strid med art. 3. med hensikt om å beskytte rettigheten etter art. 2. En slik situasjon oppstod i Gäfgen mot Tyskland fra 2010, hvor politiet i Tyskland hadde truet klageren med trusler om vold for å tilegne seg opplysninger om hvor et kidnappet barn befant seg. Hensikten bak truslene var altså å innhente avgjørende opplysninger for å verne retten til liv, men EMD så det likevel slik at et legitimt formål om å beskytte individers rett til liv, ikke kunne medføre at handlinger i strid med art. 3. var konvensjonsmessig.

Sikringsplikten for myndighetene etter art. 3, jf. art. 1, innebærer også her en plikt til effektiv etterforskning med tilstrekkelige undersøkelser relatert til det innklagede forholdet.

Myndighetene må, etter anførsel om forhold i strid med art. 3., etterforske på en effektiv og tilstrekkelig måte, gjennomføre nødvendige undersøkelser av det utsatte individ, og straffeforfølge vedkommende gjerningsmann, jf. Aall, 2018, s. 188.

### **3.2 Negative forpliktelser**

Den negative forpliktelsen knyttet til art. 3 omfatter statens ansvar til å avstå fra handlinger og behandling som kan falle inn under begrepene tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Bestemmelsen gir et negativt forbud for både nasjonale myndigheter samt privatparter mot mishandling i strid med konvensjonen.

Art. 3's knappe ordlyd gjør det utfordrende å oppstille noen klar negativ plikt for myndighetene. Det er på det rene at plikten innebærer avståelse fra konvensjonsstridige handlinger, men ettersom rettigheten er absolutt vil det ikke kunne foreligge ytterligere negative forpliktelser.

I tråd med at det ikke er adgang for inngrep i art. 3-rettigheten, er likevel den negative forpliktelsen for staten klar og uomtvistelig. Det skal, uavhengig av omstendigheter og forhold i saken, ikke utføres handlinger som defineres som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende.

### **3.3 Kort sammenfatning**

Statens positive plikt er innfortolket i art. 3, og fremgår ikke eksplisitt. Forpliktelsen omfatter en plikt for staten til å oppføre tilstrekkelig rammeverk og lovgivning som forhindrer konvensjonsstridig behandling, samt utføre effektive og tilfredsstillende etterforskning og undersøkelser av sakene.

Den negative forpliktelsen er klart at staten skal avstå fra handlinger som er i strid med forbudet i art. 3. Det skal ikke gjøre handlinger som kan defineres som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

## **4. Sammenligning av statenes forpliktelser**

Negative forpliktelser etter konvensjonen omhandler plikten til å avstå fra inngrep som ikke er tillatt etter bestemmelsen. Statene har også en positiv forpliktelse til å sikre etterlevelsen av rettighetene i EMK, noe som innebærer at statene skal handle slik at beskyttelsen av rettighetene er tilstrekkelig.

Den første og klareste likheten mellom statenes forpliktelser etter EMK art. 2 og 3, er sikringsplikten etter art. 1. Statene har en plikt til å sikre individer mot handlinger i strid med konvensjonsbestemmelsene.



Sikringsplikten innebærer at staten skal iverksette forebyggende tiltak for å forhindre at individer blir utsatt for konvensjonsstridig behandling. Slike tiltak kan som nevnt være lovgivning, håndhevelse- og etterforsningsmetoder.

Plikten til å beskytte rettighetene ved lov fremgår eksplisitt av art. 2. Retten til liv skal beskyttes ved lovgivning. En slik plikt fremgår ikke av art. 3. Ordlyden i art. 3. er knapp og omfatter kun forbudet mot nevnt behandling.

Forskjellen mellom pliktene etter ordlyden i art. 2 og 3, er likevel ikke betydelig ettersom EMD i rettspraksis har innfortolket en slik positiv forpliktelse i art. 3. Dermed, til tross for at art. 3. ikke oppstiller en slik uttrykkelig plikt til lovgivning, er det klart at plikten likevel foreligger implisitt.

I kravet til lovgivning og håndhevelse av rettigheten, ligger - for begge bestemmelser - en plikt til etterforskning og undersøkelser i situasjoner som gjelder tilfeller under art. 2 og 3.

En forskjell når det gjelder etterforsningskravet i bestemmelsene, er at det i art. 3. kreves nødvendige medisinske undersøkelser av vedkommende som hevder seg utsatt for tortur.

I etterforsningskravet i forbindelse med art. 2 vil det være nytteløst å utføre medisinske undersøkelser på den drepte for å avgjøre om handlinger i strid med art. 2. har funnet sted. Det vil være klart for myndighetene om vedkommende er blitt drept, og kravet vil i hovedsak her dreie seg om etterforskning av mistenkelige dødsfall, og om krenkelse har funnet sted.

Kravene til den positive forpliktelsen etter bestemmelsene er tilnærmet lik, ettersom rettighetene er av såpass fundamental og grunnleggende karakter. Det er likevel klart at lovgivning og regler hva gjelder torturforbudet er mer omfattende enn for retten til liv, f.eks. ved FNs torturkonvensjoner.

Enda en likhet og overlapping mellom bestemmelsene knytter seg til situasjoner for utlevering, utsendelse eller retur av et individ. Etter art. 2 har staten en positiv plikt til å innhente informasjon og garantier for at vedkommende ikke vil bli utsatt for dødsstraff i sin hjemstat. Denne plikten er lik med statens plikt etter art. 3 til å innhente informasjon og garantier for at vedkommende ikke blir utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling i sin hjemstat.

I *Al-Sadoon og Mufdhi mot Storbritannia* fra 2010 risikerte klagerne dødsstraff i sin hjemstat, Irak, ved overlevering. EMD mente at dette ville utgjøre en krenkelse på art. 3 som følge av umenneskelig behandling. Tross den klare sammenhengen til art. 2 - herunder retten til liv og dødsstraff - fant ikke EMD i saken det nødvendig å vurdere om situasjonen også krenket art. 2.

I nyere tid har EMD synes å anvende art. 2 og 3 i samsvar ved slike tilfeller. I *Bader og Kanbor mot Sverige* fra 2005 var det spørsmål om utlevering fra Sverige til Syria. Klagerne risikerte dødsstraff i Syria etter en urettferdig rettergang. EMD kom i denne saken til at utlevering ville være en krenkelse av både art. 2 og 3., jf. Aall, 2018, s. 172.

Dommene poengterer den sentrale forbindelsen mellom bestemmelsene, og hvor tydelig en krenkelse av art. 2 kan påvirke og medføre krenkelse av art.3, og motsatt.

Den negative forpliktelsen for art. 2 er mer omfattende enn for art. 3. Dette kan begrunnes i at en negativ forpliktelse etter art. 3 klart omhandler plikten til å avstå fra konvensjonsstridige handlinger. Forbudet mot tortur er absolutt, og det er ikke adgang til å gjøre inngrep i rettigheten

under noen omstendigheter. Den negative forpliktelsen etter art. 3 vil derfor bare knytte seg til avståelsesplikten.

Når det gjelder den negative plikten etter art. 2. vil avståelse fra konvensjonsstridige handlinger også her være utgangspunktet. Det er klart at myndighetene under noen omstendigheter har adgang til å frarøve individer fra sitt liv, med hensikt om å ta liv uten begrunnelse.

For at inngrep i rettigheten skal kunne være konvensjonsmessig, må handlingene falle inn under unntakene i art. 2.2. Avståelsesplikten vil derfor måtte gjennomgå en omfattende forholdsmessighetskontroll hvor det vurderes om handlingen er gjennomført i tråd med unntaksbestemmelsene.

Det er likevel klart at avståelsespliktens hovedanliggende for begge bestemmelser er det samme - plikten til å avstå fra handlinger som krenker rettigheten. Forskjellen ligger i det faktum at myndighetene etter art. 2 har en viss adgang til å gjøre inngrep, mens det ikke foreligger slik adgang etter art. 3.

Sikringsplikten etter art. 1 vil omfatte både art. 2 og 3, og vurderingen av om plikten er opprettholdt er tilnærmet lik. EMK art. 2 og 3 har tilnærmet like positive forpliktelser for staten. Forskjellene her er plassert i etterforsknings- og undersøkelsesplikten. Den positive forpliktelsen gjelder krav om lovgivning og håndhevelse.

Når det gjelder den negative forpliktelsen, inneholder begge bestemmelser en plikt til å avstå fra handlinger som strider mot konvensjonsbestemmelsen. En sentral forskjell når det gjelder statens negative forpliktelse etter bestemmelsene, er at i utgangspunktet er begge bestemmelser absolutte og uten adgang til inngrep. I art. 2 er det likevel åpnet for inngrep i enkelte, definerte situasjoner. Forskjellen ligger her da i forholdsmessighetsvurderingen for inngrep, og at det etter art. 3 ikke kan gjøres inngrep i det hele tatt, uavhengig av en forholdsmessighetsvurdering og uavhengig av omstendigheter.

Forholdsmessighetsvurderingen etter art. 2 dreier seg om vurderingen av om inngrepet er forholdsmessig til formålet som skal oppnås. Vurderingen etter art. 3 omfatter, til forskjell, en vurdering av hva som regnes som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

I *Gakayeva mfl. mot Russland* fra 2013 ble det konstatert krenkelse på både art. 2 og 3. Klagerne anførte krenkelse av art. 2 ved at deres familiemedlemmer hadde forsvunnet etter å ha blitt varetektsfengslet og at nasjonale myndigheter ikke hadde etterforsket saken på en effektiv måte.

EMD uttalte at det var grunnlag for å anta at familiemedlemmene var døde, og at i mangel av begrunnelse fra regjeringen kunne dødsfallene tilskrives staten. Det forelå derfor en krenkelse av art. 2.

I saken var det avgjørende at etterforskningen av forsvinnelsene hadde vært liggende urørt i flere år uten noen betydelige utviklinger i forhold til å finne ut av hvem som hadde bortført vedkommende. EMD la vekt på at mangel på effektivitet i etterforskningen er et stort problem i straffesaker, og uttalte at "while the obligation to investigate effectively is one of means and not of results". Uttalelsen illustrerer viktigheten av at statene oppfyller den positive plikten til effektiv etterforskning når det gjelder krenkelse av art. 2.

Klagerne anførte så videre at det forelå krenkelse av art. 3 i den forstand at de selv hadde blitt utsatt for psykiske lidelser forårsaket av forsvinningen og urettmessigheten av varetektsfengslingen av familiemedlemmene.

I forbindelse med art. 3-rettighetene uttalte EMD at forsvinningsaker ofte fører til krenkelse av art. 3 av hensyn til nære familiemedlemmer av offeret. Domstolen påpeker her at krenkelsen av rettigheten ligger ikke i selve forsvinningen, men heller i myndighetenes holdning og reaksjon mot saken.

EMD uttaler videre at manglende undersøkelse av forsvinningen medførte krenkelse av art. 3, og at klagerne - som står i nær relasjon til de forsvunne personene - er offer for krenkelse av art. 3.

Det saken viser er at vurderingen etter art. 2 fokuserer på ufullstendig oppfyllelse av statens positive etterforskningsplikt, mens i forhold til art. 3 er hovedpoenget de psykiske følgene som er resultat av statens forsømmelse. Dommen viser også at myndighetenes atferd etter krenkelse av art. 2, kan utsette offerets nære for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

**Referanseliste;**

- Aall, Jørgen. (2018) 5.utg. Rettsstat og menneskerettigheter. Bergen; Fagbokforlaget.
- Strand, V.B, Larsen, K.M. (2016) Menneskerettigheter i et nøtteskall. Oslo; Gyldendal Juridisk.
- Jenny Sandvig, (2021) Norsk Lovkommentar: EMK, note 6; EMK art. 2. Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM)

## **2 Oppgave 2. EMK artikkel 2 og 3**

Er det rimelig å hevde at interessene som er beskyttet av EMK artikkel 2 og 3 begrenser muligheten for å ta hensyn til samfunnsmessige interesser når de to bestemmelsene skal tolkes og anvendes?

**Skriv ditt svar her****1. Innledning**

Artiklene i EMK skal beskytte enkelte vernede interesser hos individet. Ved anvendelsen av bestemmelsene skal det ikke sjeldent avveies mellom hensynet til individet mot samfunnets interesser.

EMK art. 2 beskytter klart og tydelig retten til liv. Interessen for individet er grunnleggende og fundamental, noe som gjenspeiles i den snevre adgangen til inngrep.

EMK art. 3 beskytter retten til ikke å bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Denne rettigheten, i likhet med art. 2., er en av de mest grunnleggende og fundamentale rettighetene i et samfunn.

I den videre redegjørelse drøftes det over hvorvidt de beskyttede interessene etter bestemmelsene begrenser muligheten for lovanvender til å ta hensyn til samfunnsmessige interesser ved tolkning og anvendelse.

**2. Art. 2 og art. 3**

EMK art. 3 er en absolutt rettighet som det ikke under noen omstendigheter kan gjøres inngrep i. Det foreligger altså en total og fullstendig begrensning til å ta hensyn til samfunnsmessige hensyn i vurderingen av om inngrep er nødvendig.

En kan likevel se på denne skranken som begrunnet i nettopp samfunnsmessige hensyn. Begrunnelsen for at forbudet mot tortur er av absolutt karakter, er begrunnet i den samfunnsmessige beskyttelsen av individet. Individet skal ikke utsettes for tortur.

Det kan likevel hevdes at det i et spesielt tilfelle foreligger en skjult forholdsmessighetsvurdering etter art. 3. Enkelte behandlinger som i utgangspunktet krenker art. 3, kan etter en vurdering måtte anses som konvensjonsmessig likevel. Det kan her tales om en slags forholdsmessighetsvurdering.

Problemstillingen kan belyses med isolasjon som eksempel, ettersom isolasjon under enkelte omstendigheter kan defineres som umenneskelig behandling. Isolasjon av straffedømte er som regel begrunnet i samfunnsmessige hensyn, som blant annet sikkerheten mot bevisforspillelse, farlig atferd eller hensynet til øvrige innsatte og ansatte i fengselet. På den andre siden må hensynet til vedkommende som er utsatt for isolasjon, vurderes.

Det er her klart at interessene som er vernet etter art. 3 begrenser muligheten for å ta hensyn til samfunnsinteresser i anvendelsen av bestemmelsen. Likevel er det klart at den bakgrunn som begrunner den snevre og knappe adgangen for en slik vurdering, er begrunnet i samfunnets interesser.

Det er derfor på det rene at til tross for at bestemmelsen er absolutt, kan et inngrep som i utgangspunktet er konvensjonsstridig, være konvensjonsmessig fordi inngrepet bygger på akseptable grunner, jf. Aall, 2018, s. 186. Det gjelder altså et krav om forholdsmessighet mellom mål og middel, og i forholdsmessighetsvurderingen vil det være adgang for å innta samfunnsmessige hensyn.

Det kan derfor ikke ubetinget hevdes at de vernede interesser etter art. 3, setter begrensninger for samfunnsmessige interessers betydning i anvendelsen og tolkningen av bestemmelsen.

Et eksempel på dette kan være undersøkelser gjennomført av fengselsbetjente ved innføring i fengselet. En kan hevde at kroppsvisitasjon er en form for nedverdiggende behandling, og at det på bakgrunn av art. 3s absolutte karakter, ikke kan gjennomføres. Det vil likevel være konvensjonsmessig å gjennomføre slike undersøkelser av samfunnsmessige hensyn på grunnlag av etterforskning eller sikkerheten for andre innsatte og fengselet for øvrig, jf. Aall, 2018, s. 186.

Når det gjelder art. 2, er det klart av ordlyden at adgangen for inngrep er snever og terskelen for inngrep - "absolutely necessary" - er høy. Forholdsmessighetsvurderingen ved inngrepet er strengere enn for de øvrige konvensjonsbestemmelsene, ettersom det her er tale om en fundamental rettighet.

For at et inngrep skal være konvensjonsmessig etter art. 2, må inngrepet være "absolutely necessary". Det er, som for de øvrige konvensjonsrettigheter, oppramset i bestemmelsen enkelte tilfeller hvor inngrep er konvensjonsmessig. Et inngrep i retten til liv vil altså være tillatt, hvor det er nødvendig i en nødvergesituasjon, ved pågripelse eller for å hindre flukt, og for å avverge voldelige demonstranter.

Begrepet nødvendig viser til en vurdering av om det er et pressende samfunnsmessig behov for inngrepet, og at inngrepet står i et proporsjonalt forhold til formålet.

I nødvendighets- og forholdsvurderingen vil det være relevant å foreta en avveining av individets og samfunnets interesser, jf. Aall, 2018, s. 151. På den ene siden står inngrepets styrke i forhold til den som rammes, og på den andre siden er de samfunnsmessige interesser som tilsier inngrep.

Dette viser at det i forholdsmessighetsvurderingen etter art. 2 er åpnet for en vurdering av samfunnsmessige interesser. Chahal-saken er illustrerende. Saken viser at en terrorist har et behov for å beskytte seg mot umenneskelig behandling og dødsstraff ved utlevering til hjemstaten, men at den samfunnsmessige interessen - behovet for å beskytte seg mot terroristen - også vil være relevant.

Proporsjonalitetsprinsippet er sentralt for å forstå hvordan avveiningen mellom individers interesser og samfunnets interesser skal foretas, hvor langt myndighetenes handlefrihet strekker og hvor langt beskyttelsen etter konvensjonsbestemmelsene går, jf. Strand/Larsen, 2016, s. 79.

Det er altså snakk om en forholdsmessighetskontroll mellom mål og middel. Prinsippet vil være relevant når det er tale om adgangen for myndighetene til å vektlegge og vurdere motstridende hensyn etter art. 2 og 3.

Prinsippet omhandler avveiningen av forskjellige og kanskje motstridende interesser, og er av sentral rolle når det gjelder vurderingen av om inngrep i rettigheter kan gjøres.

Når det gjelder særlig skjerpede forhold, kan forholdsmessighetskravet opereres lempeligere. I Mastromatteo-saken var det skjedd et drap begått av en dømt under prøveløslatelse. I saken måtte hensynene bak art. 2 avveies mot hensynene bak prøveløslatelsesinstituttet. Slike hensyn er samfunnsmessige, og ikke begrenset av art. 2s vernede interesser, jf. Aall, 2018 s. 175.

De vernede interessene setter altså enkelte materielle begrensninger på samfunnsmessige hensyn i vurderingen, men det er fremdeles en adgang for lovanvender å innta slike i vurderingen.

### 3. Konklusjon

Det er dermed naturlig å konkludere med at det kan være rimelig å si at de vernede interessene etter bestemmelsene setter materielle begrensninger for adgangen til å ta hensyn til samfunnsmessige interesser ved anvendelsen og tolkningen av bestemmelsene.

På den ene siden er det klart at art. 3 er en absolutt rettighet uten noen adgang for inngrep. Interessene som vernes har karakter av individuelle interesser for den enkelte borger. Bakgrunnen for det strenge forbudet kan likevel tenkes å være begrunnet i samfunnsmessige inngrep.

Art. 2 er en fundamental rettighet av hensyn til individet, men har en snever adgang for myndighetene til å gjøre inngrep. Denne adgangen er begrenset til formålene som er oppramset i art. 2. Begrensningen er snevrere enn for de øvrige rettighetene, noe som gjenspeiles av rettighetens karakter.

Det vil være vanskelig å klart avkrefte eller bekrefte problemstillingen, ettersom samfunnsmessige hensyn uansett vil være av relevans i vurderinger om menneskerettigheter. Individets interesser står som hovedpoeng i, særlig, art. 2 og 3, men det kan hevdes at det er samfunnsmessige interesser som har begrunnet den snevre adgangen for inngrep i rettighetene.

#### Referanseliste;

- Aall, J. (2018) Rettsstat og menneskerettigheter. 5.utg. Bergen; Fagbokforlaget  
Strand, V.B, Larsen, K.M. (2016) Menneskerettigheter i et nnteskall. Oslo; Gyldendal Juridisk