



KANDIDAT

614

PRØVE

JUS2008 1 Menneskerettigheter

Emnekode	JUS2008
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	09.03.2020 08:00
Sluttid	09.03.2020 14:00
Sensurfrist	30.03.2020 21:59
PDF opprettet	09.03.2020 15:35

1. Statens skjønnsmargin

Redegjør

for faktorer som vil påvirke statens skjønnsmargin ved anvendelse av EMK. Er statens skjønnsmargin et nyttig middel for å sikre effektiv beskyttelse av menneskerettighetene i EMK?

Oppgave 1. Statens skjønnsmargin

Menneskerettigheter er grunnleggende rettigheter man må kunne stille til enhver rettsstat, og minimumsrettigheter individer kan stille til staten. Tanken om grunnleggende menneskerettigheter oppsto for lenge siden, og man kan trekke linjer helt tilbake til John Locke og Montesquieu- hvor tanken om maktfordelingsprinsippet ble utviklet. Det som er spesielt med menneskerettighetene er at det ikke bare stilles rammer til maktinstitusjonene men også innholdsmessige krav. Menneskerettighetene ble først nedfelt i nasjonale grunnlover, men det har videre skjedd en utvikling internasjonalt. I 1948 etter to verdenskriger gikk mange av verdens ledere sammen og slo fast de grunnleggende rettighetene vi nå ser nedfelt i FNs verdenserklæring.

Menneskerettighetene har videre utviklet seg og stilt enda grundigere og mer spesifikke krav til statene - EMK er da fremst i sitt vern mot individer. Individets rettigheter ble i EMK styrket i forhold til staten, ikke bare ved at de kan få prøvd rettighetene sine nasjonalt, men at de også har mulighet til å få prøvd rettighetene sine internasjonalt i EMD. Både nasjonalt og internasjonalt kan domstolene prøve om staten har opprettholdt sitt ansvar til å sikre menneskerettighetene (jf. sikreplikten i grl. § 92 og EMK art. 1). Dersom det er staten som bryter rettighetene (iht. det vertikale forholdet; stat - individ) er det klart at de må stå til rette for det. Men også de tilfellene det foreligger brudd horisontalt; privat person mot privatperson, kan statene bli ansvarlige for ikke å ha sikret rettighetene godt nok - typisk at de har manglene lovgivning på feltet eller ikke har fulgt opp strafferettslig. De kan også stå til ansvar for at de f.eks. ikke har foretatt en grundig nok etterforskning dersom retten til liv er berøvet av en annen privatperson. Konvensjonens formål og rettigheter får god beskyttelse

dersom det oppstilles en presumsjon nasjonalt å tolke sine bestemmelser i lys av konvensjonens bestemmelser, men det oppsettes sterkest vern dersom staten (slik Norge og flere andre stater har gjort) har nedfelt en regel om at konvensjonens bestemmelser skal gå foran hvis motstrid.

Det skal videre i oppgaven omhandle rettigheter de europeiske statene har iht. EMK. EMK oppstiller minimumsrettigheter (rammeverket) som alle stater som har ratifisert konvensjonen må etterfølge. Men det oppstår her et spenningsforhold mellom statsuvereniteten og de pliktene de har internasjonalt etter konvensjonen. Det er et viktig prinsipp i EMK at konvensjonsrettighetene skal tolkes dynamisk og i lyd av samfunnsutviklingen - og rettighetene etter EMK innebærer i dag både de uttrykkelige rettighetene slik de er oppstilt i konvensjonsbestemmelsen og presiseringer som er utviklet i rettspraksis. EMD står her i front for denne utviklingen, og omtales som et "living instrument". Det er derimot ikke alle stater som liker denne utviklingen og mener disse kravene EMD nå stiller til dem er mer enn de selv har forpliktet seg til. (Dette spenningsforholdet kan sammenlignes med det forholdet mange EU-stater føler til den utviklingen alle de nye rettsaktene som de må innlemme iht EU-retten, og dens overnasjonalitet). Likevel har de gitt sin godkjenning i både EMDs avgjørelseskompetanse og det at de skal kunne tolke og anvende konvensjonens bestemmelser.

For å løse dette spenningsforholdet mellom EMK og statene har det blitt utviklet to viktige prinsipper av EMD; statenes skjønnsmargin og subsidiaritetsprinsippet (Statens skjønnsmargin er altså ikke lovfestet noe sted, men ulovfestet). Begrunnelsen for statenes skjønnsmargin (og som blir godt forklart i Sunday Times avsnitt 59) er at; den primære plikten til å sikre individets rettigheter ligger hos staten, jf. EMK art. 1. Det er i første omgang staten som skal sikre rettighetene, hvor da de nasjonale domstolene får en viktig oppgave å kontrollere og evt. overprøve de andre maktinstitusjonene. EMD skal ikke være opptre som en slags "4. ankeinstans". Dette vil være fordelmessig både for staten selv (det er best å rydde opp i eget hus) og for EMD selv slik at de ikke blir overbelastet av alle mulige saker. På grunn av dette vil derfor EMD tilkjenne statene "a margin of appreciation" (skjønnsmargin)

for å kunne håndheve disse rettighetene.

Statens skjønnsmargin betyr i sin kjerne at statene får mulighet til å trekke inn og anvende egne nasjonale verdiprinsipper i sin vurdering/ avveining av konvensjonsbestemmelsene. De må følge ytterammene til EMK - lovkravet og formålsravet - , men de blir tildelt et visst skjønn (beroende på hvilket rettsområdet man er på) i sin "nødvendighets-vurdering" av om et inngrep er forholdsmessig eller ikke.

Grovt sett kan man kalle statens skjønnsmargin motpolen til EMDs prøvingsintensitet. Der statens tilkjennes en vid skjønnsmargin vil EMD være mer tilbakeholdene i sin prøvingsrett og mer se på rammene og selve saksbehandlingen, mens de vil føre en mer inngående kontroll dersom man befinner seg på et område der skjønnsmarginen er snever. (EMDs overprøving kan sammenlignes med den kontroll Høyesterett fører over forvaltningen - de sjekker lovligheten av ulike vedtak, men er mer tilbakeholdene med å prøve forvaltningens skjønn).

Denne skjønnsmarginen som blir tildelt statene gjelde for alle de tre maktinstitusjonene; lovgiver, utøvende myndighet og domstolene. På den ene siden er lovgiver bundet av dette rammeverket EMK oppstiller - noe som vil si at alle nye lover må være i samsvar med konvensjonen (iallfall ikke være i strid). På den andre siden gir statens skjønnsmargin muligheter til å fastsette ulike begrensinger, og noen ganger inngrep i disse rettighetene. Lovgivers vurdering iht. konvensjonsmessigheten er en faktor som vil ha betydning for hvor skjønnsmargin EMD vil tilkjenne staten, og noe jeg skal komme tilbake til senere. For den utøvende makt - oftest forvaltningen - kan det også bli tilkjent en skjønnsmargin utefra hvilket rettsområde området man er på, jf. straks det som sies om subsidiaritetsprinsippet nedenunder.

Den skjønnsmarginen som tilkjennes domstolene er viser seg spesielt iht. om de nasjonale domstolene selv har brukt EMDs metode i vurdering. Dette skal utypes videre nedenfor.

Selv om staten blir tilkjent en skjønnsmargin, uavhengig om den er vid eller snever, vil det likevel være EMD som har siste ordet i en tvist som angår konvensjonsrettighetene, jf.

Sunday times avsnitt 59. Statens skjønnsmargin henger derfor tett sammen med prinsippet om subsidiaritet. Dette prinsippet går ut på at ettersom det er de nasjonale institusjonene som står

nærmest saken (bl.a. geografisk og tidsmessig), er de også de derfor best egent til å foreta ulike vurderinger ang. deres samfunnsstruktur og regler, jf. også S.A.S mot Frankrike. Saken omhandlet retten til å være heldekkende plagg (niqab) hvor Frankrike hadde vedtatt et generelt forbud mot dette. Dette ble begrunnet i "offentlig trygghet" og at i et moderne samfunn må man kunne se hverandre. Dette forbudet ble opprettholdt som forholdsmessig, der EMD godtok Frankrikes formål.

Faktorer som påvirker statens skjønnsmargin ved anvendelse av EMK

Det vil være ulike faktorer som påvirker hvor vid eller snever skjønnsmargin EMD tilkjenner staten.

For det første vil hvilket **rettsområde** man befinner seg på være av betydning. Grovt kategorisert kan man si at statene vil tilkjennes en videre skjønnsmargin i de "relative" rettighetene som krever mer positive tiltak fra statens side (typisk disse art. 8-11 rettighetene). Dette er fordi disse rettighetene i mange tilfeller vil bero på hvordan hver enkelt stat kan iverksette positive tiltak for å sikre dem. For eksempel vil retten til utdanning etter EMK 1. TP art. 2 bero mye på statens økonomi og er et tiltak staten aktivt må gå inn for å innføre - det er f.eks. ikke alle stater som har gratis skolegang og videre høyere utdanning i landet.

Et annet (som også vil bli belyst i oppg. 2) er om f.eks. om man befinner seg på det økonomiske området. De ulike statene må i stor utstrekking kunne gripe inn i eiendomsretten dersom det f.eks. er tale om avståelse av eiendom til fordel for å bygge vei, utvide næring/ regulere næringer osv.

Derimot vil de "absolutte" rettighetene - slik som forbudet mot tortur, tvangsarbeid, dobbeltstraffeforfølgning bli slått hardt ned på av EMD. Dette kan begrunnes i menneskerettighetenes historiske begrunnelse, men også at dette er elementære rettigheter i for en rettsstat. Dette er også slike rettigheter hvor statens negative plikt - plikten til å avstå - vil være størst fremtredende. Statens tjenestemenn må avstå fra å utøve tortur f.eks. i avhørssituasjoner.

En annen faktor er **formålet med inngrepet**.

For eksempel vil skjønnsmarginen være vid når det omhandler nødvendigheten av ulike inngrep av hensyn til "den nasjonale sikkerhet" eller for å "forebygge uorden eller kriminalitet", jf. art. 8-11 (2).

I dommen Refah Partishi mot Tyrkia, ble staten hørt med hvorfor de hadde nektet et tyrkisk parti å registrere seg slik at de kunne stille til valg. I utg. er dette et området - ytringsfrihet i forening med foreningsfrihet, og da særlig når det gjelder politiske parter - et området når det er en snever skjønnsmargin å gjøre inngrep i, jf. bl.a. Vona mot Ungarn, men fordi det i partiets partiprogram oppfordret til vold, fremmedhat, sharia-lover og de heller ikke tok avstand til hellig krig, ble det anset som forholdsmessig. Dette ble begrunnet i det grunnleggende prinsippet om demokrati, og bl.a. at det må slås hardt ned på fremmedhat. EMD opprettholdt dette forholdet.

Derimot ble Tyrkia ikke med hørt i dommen Socialist party mot tyrkia. Her ble dette paritetet også hindret i å registrere seg. I deres partiprogram sto det at målet deres var å forene kurdere.... og kritiserte den samfunnsstrukturen landet den gang hadde. Men når de ikke oppfordret til vold og heller ikke var en reell trussel mot demokratiet ble dette forbudet ikke opprettholdt som forholdsmessig av EMD. Det må kunne være lov å kritisere samfunnsstrukturen i en stat, så lenge det ble gjort fredelig.

Selve **inngrepsintensiteten** er en annen faktor. Jalloh mot Tyskland er illustrerende. saken omhandlet en mann, Jalloh, som ble tatt i å smugle narkotika over grensen til Tyskland. Dette hadde han gjort ved å svelge pillene. For å få bevis i saken, tvang tyske myndigheter Jalloh til å svelge brekningsmiddel slik at disse pillene kom opp med en gang. Dette var sterkt imot hans privatliv og integritet, jf. art 8, og det forelå her en krenkelse. Dette ble begrunnet med både det intense vonde (og potensielt skadelige) slike brekkingsmidler kan påføre folk, og fordi inngrepet ikke var forholdsmessig - det var ikke nødvendig i form av at myndighetene kunne ha brukt mindre inngripende midler, ventet til det kom ut naturlig dagen etter.

Hvor tyngende inngrepet er vil også være en faktor. For eksempel vil et inngrep i form av frihetsberøvelse være mer inngripende enn ett inngrep i retten til ytringsfriheten. De tilfellene frihetsberøvelse blir utført i form av isolasjon vil det også være et tale om et inngrep med høy

intensitet, jf. faktoren overfor inngrepsintensitet, noe som igjen taler for høy prøvingsintensitet fra EMDs side, og derfor også en smalere skjønnsmargin.

Om området er egnet for overprøving

For å ta opp tråden til det som er nevnt ovenfor, vil også lovgivers egen vurdering av om nye lover er i samsvar/ eller strid med konvensjoner man er forpliktet til - deriblant EMK - være en faktor. I de tilfeller lovgiver (dvs. nasjonalforsamlingen) har gjort en slik vurdering har man sett at både nasjonale domstoler og EMK har vært tilbakeholdt med å overprøve disse vurderingene.

Av Kløfta-dommen fremgår det at det gjelder er et kvalitetskrav både til de faktiske men også rettslige vurderingene lovgiver selv har gjort. Kløfta-dommen er bl.a. et eksempel der lovgivers vilje ble tilsidesatt selv om innløsningsvilkår hadde blitt diskutert av stortingets komiteer. Et annet eksempel der EMD lovgivers vurdering ble opprettholdt er A, B, C mot Irland, jf. nedenunder om europeisk konsensus.

Europeisk konsensus (standard)

En faktor som vil påvirke statens skjønnsmargin er om det finnes en europeisk konsensus på området. Gjør det det vil det ofte være "jokeren" i EMDs vurdering, utefra hvor stor skjønnsmargin som blir tilkjent staten og hvor inngående EMD vil være i sin prøving. Dette er nettopp fordi EMK skal som utg. være et felles utg. av rettigheter i europa - det må derfor ses hen til hva som er den "felles" oppfatningen av et spesielt rettsområde i majoriteten av europa.

Dersom det er en bred europeisk konsensus vil statene oftere få en snevrere skjønnsmargin. Dungen er illustrerende. Det gjaldt her er generelt forbud mot homofili i landet. Forbudet ble anset

konvensjonsstridig, der EMD i sin begrunnelse la stor vekt på at så og si alle andre land i Europa hadde avskaffet homofili-straffebestemmelsen. Det gjaldt er en snever skjønnsmargin som EMD overprøvde. Et annet eksempel er Goodwind mot Storbritannia fra 2002. Saken

omhandlet rettighetene til transseksuelle. I to dommer før som gjaldt samme rettighet (Rees og Cossy og B mot Frankrike) ble de nasjonale statene mer eller mindre hørt med sitt forbud mot å ikke kunne endre fødselsattest eller fornavn - slik at deres rettigheter bl.a. ikke ble likestilte med andres rettigheter. Men da Goodwind saken kom opp til EMD i 2002 og ble ansett konvensjonsstridig, ble dette begrunnet med at man nå hadde kommet såpass langt i likestilling av alle mennesker, at det ikke lenger kunne opprettholdes slike diskriminerende begrensinger.

Det er likevel viktig å huske på at europeisk konsensus bare er en av flere faktorer som vil påvirke statens skjønnsmargin, selv om det er en tungtveiende en. A, B, C mot Irland er illustrerende. Saken omhandlet er generelt abortforbud. Det forelå her en sterk europeisk konsensus, ved at nesten alle land var i europa hadde da innført lovlig abortinngrep. Likevel valgte EMD å se bortifra denne konsensusen, og forbudet ble

oppretholdt. EMDs begrunnelse var bl.a. at det enda var tre andre land som også hadde et slikt generelt abortforbud, at det var lovlig å dra til andre land for å foreta abort - og at denne informasjonen var blitt gitt til kvinnene. Et annet moment var at det hadde vært en stor debatt i irland om dette generelle forbudet, og at store deler av landet var konservative i sin holdning til abort - lovgiver hadde derfor gjort en nøye vurdering av konvensjonsmessigheten iht. art. 8 som hverken gir en kvinne rett til abort eller uttrykkelig forbyr det.

I tillegg argumenterte EMD, for å opprettholde forbudet, at man er var inne på et moralsk-ladet spørsmål hvor det ikke finnes et "riktig" svar på hva som er rett eller galt.

-Denne faktoren, om man befinner seg på et moralskt- eller mer tendenser av politiskpregendespørsmål er en annen faktor som gir staten vid skjønnsmargin.

Avveiningen mot andre motstridene interesser

Avveiningen mot andre motstridene rettigheter iht. statens skjønnsmargin vil avhenge av hvilke motstridene rettigheter det er tale om. Er det for eksempel individets rett til å nyte sin eiendom mot nasjonale store statsanliggende hensyn vil skjønnsmarginen være smal. Derimot kan vil den være videre hvis det f.eks. er tale om retten til ytringsfrihet og retten til privatliv.

Man har i EMD praksis sett at staten er viet større skjønnsmargin i spørsmål og ytringsfrihet og integritets- og æresavveininger. Hvor det både er tilfeller hvor statens egen vurdering er blitt godkjent som forholdsmessig og der de er blitt felt.

To eksempler er Von Hannover I og II, hvor i den første dommen vernet om privatretten ble ansett tyngere enn ytringsfriheten, mens det i den andre dommen var ytringsfriheten som "vant". Dette var fordi staten her hadde "lært" av dom nr. 1, og brukte EMDs vurderingsmomenter, bl.a om et forelås en "offentlig interesse". Derfor ble denne avveiningen opprettholdt.

For å besvare spørsmålet *"Er statens skjønnsmargin et nyttig middel for å sikre effektiv beskyttelse av menneskerettighetene i EMK?"* må det være mulig å både svare ja og nei.

På den ene siden vil selve det faktum at staten tilkjennes denne skjønnsmarginen gjøre at staten selv kan ordne opp i egne krenkelsers, dette vil være mer effektivt for både staten selv og individene. Det at de EMK oppstiller minimumskrav til rettighetene vil også gjøre at nasjonale myndigheter får et videre skjønn til å ta vurderinger som vil være best egnet i den konkrete sak, dette må ses i sammenheng med de på nasjonalt plan er nærmere saken. F.eks. vil en norsk saksbehandler i nav være bedre egnet til å vurdere en sak om omsorgsovertagelse, fordi nettopp denne personen har fulgt saken nøye selv, og derav vil være best egnet til å vurdere et så inngripende tiltak, i motsetning til en dommer i EMD kanskje mange år etter.

På den andre siden vil nettopp det at statene tilkjennes et visst skjønn på noen områder gjøre at rettighetene ikke blir tolket eller opprettholdt like stengt i alle konvensjonsstater. Dette betyr også kanskje at de individene som er borgere av et land som har flere midler til å opprettholde disse rettigheter og friheter vil ha et sterkere vern enn andre. I eks med omsorgsovertagelse (som er noe Norge har blitt dømt av EMD for i flere tilfeller) vil skjønnsmargin gjøre at foreldre i forskjellige stater vil bli "tatt fra" barna sine i forskjellige stadier. Dette krenker kanskje forelderens rett til familieliv mer i Norge, mens barnets rett er mer beskyttet etter norsk rett, fordi norske saksbehandlere gjør den vurderingen de gjør etter norske vurderingsmomenter.

2. Privat eiendom

Gi

en sammenlignende fremstilling av hvordan privat eiendom er beskyttet etter Grl. § 105 og Grl. § 97 på den ene siden, og EMK TP. 1 Art. 1 på den andre siden.

Oppgave 2. Privat eiendom

Vernet av den private eiendomsretten er et omdiskutert tema. I norsk rett har denne rettigheten stått sterkt lenge, mens den på verdensbasis ikke har nytt samme status. FNs verdenserklæring oppstiller for eksempel ikke en eiendomsretts-bestemmelse, og det var ikke før i 1952 i 1. tilleggsprotokoll EMK valgte å ta skrittet om å sikre denne rettigheten. I denne oppgaven skal det gis en sammenlignende fremstilling av hvordan privat eiendom er beskyttet etter Grl. § 105 og Grl. § 97 på den ene siden, og EMK TP. 1 Art. 1 på den andre siden.

Vernet om eiendomsretten er i Grunnloven nedfelt i § 105. I norsk rett er dette vernet ikke oppstilt generelt, men fremgår indirekte i form av dens viktigste rettsvirkning; dersom det foreligger en avståelse av eiendom, skal det gis full erstatning.

EMKs bestemmelse om vern av eiendomsrett fremgår av EMK 1. TP art. art. 1. Denne bestemmelsen er oppstilt annerledes sammenlignet med grunnlovsparagrafen, hvor det i EMK oppstilles tre mer spesifikke regler; prinsipp-, avståelses-, og kontrollregelen.

Eiendomsbegrepet

Det som vernes av begge bestemmelsene er "eiendom". Før jeg går nærmere inn på disse bestemmelsene, der både utforming og vilkår vil bli sammenlignet, er det et første spørsmål som må besvares; hva "eiendom" i sin rettslige forstand inneholder. Etter en naturlig språklig forståelse tilsier det å kunne "nyte sin eiendom i fred", at det er tale om fysiske eiendeler, og man får da særlig assosiasjoner til hus og tomt. Eiendomsbegrepet må likevel forstås videre. I den engelske versjonen av EMKs bestemmelse tales det om "possessions", og i Grunnloven fremgår det at det både er tale om "rørlige og urørlige" eiendom. Det gjelder altså et vern for

både materiell og immateriell eiendom, (herunder f.eks. sosiale trygdeytelser).

Eiendom som vernes etter bestemmelsene er "eksisterende eiendom", jf. Stummer, og det må her være tale om eiendom av økonomisk karakter, jf. Krickl mot Østerrike. Immaterielle rettigheter man har krav på kan også være fremtidig stønad, men det gjelder her et krav om en realistisk berettiget forventning om at man har slikt krav, typisk i form av at det finnes lovfestede garantier, jf. Gratzinger og Gratzingerova. Det må derfor avgrenses mot mer urealistiske forventninger.

Et eksempel her er Veselinski og Djidrovski. Det gjaldt her to tjenestemenn under krigen i Jugoslavia, som begge mistet en rett til reduserte boliger etter pensjonsalder, etter en lovendring. Det ble her ikke tildelt erstatning, der myndighetene begrunnet det i at det her var tale om slike urealistiske forventninger som ikke var vernet av eiendomsretten.

Hva betyr å "avgi" (avståelse)

Et grunnvilkår (inngangsvilkår) for at vernet skal inntreffe, er at det må foreligge en avståelse, jf. ordlyden "avgi". Avståelse vil si at man blir fratatt sin eiendom uten samtykke. Det helt klare eksemplet på avståelse er ekspropriasjon. Men også f.eks. innløsning av festetomt vil falle innunder begrepet, jf. bl.a. Rt-2007-1308 Sørheim-dommen (Tomtefeste II).

De mer uklare tilfellene er der eiendomsretten uthules innenfra i form av rådighetsbegrensning. Slike begrensninger er ikke selv nok til at det utløses erstatningsplikt for staten, men må trekkes en grense. Et viktig spørsmål blir derfor hvor denne grensen går. Dette skal bli videre utdypet nedenfor under "Analogisk tolkning av grunnlovsbestemmelsen".

Det fremgår av grl. § 105 at; Fordrer "statens tarv" at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha "full erstatning". Dersom det foreligger en avståelse i rettslig forstand, gjelder det altså her tre krav for erstatning; kravet til lov, formål og forholdsmessighet.

Kravet til lovhjemmel fremgår i norsk rett av legalitetsprinsippet og av grl. § 113. Det gjelder her krav om formell lov (vedtatt etter reglene i grl. §§ 75 flg) der disse lovene oppfyller

kravene til forutberegnelighet og rettssikkerhet. Eksempler på lover som hjemler en slik avståelsesrett er plan og bygningsloven kap. 16 eller veglova § 50 (2).

Formålkravet fremgår av ordlyden "statens tarv". Staten er her gitt en vid mulighet til å utføre de tiltak de mener er nødvendige av hensyn til samfunnet. Statens myndigheter kan altså iverksette inngrepstiltak mot en annens eiendomsrett på bakgrunn av f.eks. naturfredning, reguleringsplaner eller fordi de skal bygge ny motorvei. Det faktum at vi også befinner oss på det økonomiske området taler også for at Høyesterett er mer tilbakeholden i sin prøvingsrett. I de tilfellene lovgiver (stortinget) har vurderer å innføre lovhjemler for avståelse (nødvendige tiltak) av hensyn til "statens tarv", vil i mange tilfeller ligge nært opp tilfeller hvor grensetilfelle mellom juss og politikk er vage. Man har sett både i norsk høyestrettspraksis og i EMD at i slike grenseområder, og særlig der lovgiver har vurdert konstitusjons- og konvensjonsmessigheten mot de nye lovene, at prøvingsintensiteten er lavere.

Forholdsmessighetskravet fremgår her indirekte av ordlyden han eller hun skal ha "full erstatning". Etter norsk rett er det altså kun full erstatning som vil være forholdsmessig, og derav også grunnlovsmessig. Det blir her et spørsmål om hvordan man skal beregne hva som vil være "full erstatning" etter bestemmelsens regel - skal man følge bruksprisen eller markedsprisen? Rt- 1976-1 Kløfra-dommen er her et eksempel på hvordan man kan regne ut erstatningssummen. HR sa her at eiendommen "skulle" (i motsetning til "kunne") beregnes etter markedsprisen. Dette selv om den oversteg bruksverdien, og også om denne summen var betraktelig høyere. Selv om man her befant seg på det økonomiske området, så man at Høyesterett førte en streng kontroll av etterlevelsen av eiendomsretts-vernet. Lovgivers ønske, om hvordan erstatningssummen skulle beregnes, ble her satt til side.

EMKs vern av eiendomsretten fremgår som tidligere nevnt av tre regler, jf. 1. TP art. 1. Likevel fremgår det av dommen James mot Storbritannia at regel 2 og 3 er presiseringer av eiendomsvernet regel 1, og må således tolkes i lys av prinsippregelen.

Et generelt vern av eiendomsretten oppstilles i regel 1; prinsippregelen, jf. første ledd første punktum. Av denne fremgår det at; "Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin

eiendom i fred". En slik generell bestemmelse finnes altså ikke i grunnloven, men prinsippet om å kunne "nyte sin eiendom i fred" er innforstått i selve eiendomsbegrepet, hvor det i bl.a. i norsk rett finnes utallige dommer ang. dennes rekkevidde, bl.a. at man kan bortvise fremmede fra sin private eiendom. Av EMKs bestemmelse fremgår det også uttrykkelig at både fysiske og juridiske personer er vernet av denne retten. Hvilken stilling juridiske personer har i norsk rett er imidlertid usikkert. Det kan her være nærliggende å se hen til EMD praksis, men også her er det få dommer å vise til som omhandler juridiske personers eiendomsrett.

Avståelsesregelen er nedfelt i første ledd annet punktum. Av denne fremgår det at; 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". Avståelsesregelen er den regelen som kan sammenlignes best med vår egen grunnlovsbestemmelse § 105 både i utforming og vilkår. Også etter EMKs bestemmelse gjelder det her tre krav hvis det har vært tale om en avståelse; krav om lov, formål og forholdsmessighet.

Lovkravet fremgår av ordlyden "hjemlet i lov". Det gjelder her et krav om nasjonal hjemmel og adgangsmulighet for staten til å foreta avståelser. Det er imidlertid etter EMK ikke et krav om formell lov slik som kreves etter norsk rett. Man skal huske på at rettighetene og frihetene etter EMK er minimumsrettigheter og at nasjonale stater selv har mulighet til å utforme disse rettighetene videre. Norsk rett stiller altså et høyere krav til hjemmel enn EMK.

Formålskravet i EMKs bestemmelse er (i likhet med grunnlovens) at inngrepet skjer på bakgrunn av "det offentliges interesser". Når det gjelder tiltak av hensynet til det offentlige ser man ofte at EMD tilkjenner statene en videre skjønnsmargin - de er nærmere til å vurdere hva som kreves av statlige økonomiske tiltak for å få samfunnet til å gå videre. Også her nevnes at det er tale om en økonomisk rettighet, noe som tilsier en snevrere prøvingsintensitet fra EMDs side, jf. oppgave 1.

Forholdsmessighetskravet blir her innfortolket i ordlyden "folkerettens alminnelige prinsipper", jf. Sporrang og Lömmroth. Det gjelder her, som i mange av de andre konvensjonsbestemmelsene (se særlig art. 8-11 annet ledd), også et forholdsmessighetsprinsipp mellom mål og middel. Det er i dette kravet den viktigste

forskjellen mellom grunnlovens eiendomsregel § 105 og EMKs regel art. 1 finner sted. Det fremgår av *Perdigao mot Portugal* at den erstatningen som skal gis må stå i et "rimelig forhold" til eiendommens verdi. Det oppstilles her en fleksibel standard på hva som vil være en forholdsmessig erstatning (sml. grl. § 105 hvor kun full erstatning er forholdsmessig). Hva som vil være en forholdsmessig, og derav også konvensjonsmessig erstatningssum vil avhenge av eiendommens karakter, jf. *James. I Browniski* fremgår det at det må gjøres en forholdsmessig vurdering av mål og middel, hvor alle relevante faktorer må veies mot hverandre.

Likheter mellom hvordan den private eiendomsretten er beskyttet etter de to reglene er at de begge oppstiller krav om at det skal foreligge erstatning dersom det foreligger "avståelse". Og selv om begge bestemmelsene taler om "statens tarv" og "det offentliges interesse" er det i begge bestemmelsene adgang til også å gjøre avståelse til fordel for en annen privatperson. Forskjellen ligger i hva erstatningssummens størrelse. Etter grl. vil kun "full erstatning" være konvensjonsmessig, mens det etter EMKs regel vil bero på hva som er rimelig iht. eiendommens karakter.

Analogisk tolkning av grl. § 105 og kontrollregelen etter EMK

EMK 1. TP art. 1 annet ledd oppstiller uttrykkelig en regel om rådighetsbegrensninger i en privat eiendom.

Bestemmelsen oppstiller en mulighet for staten, dersom den ser "nødvendig å kontrollere" at et eiendommen blir brukt i samsvar med "allmennhetens interesse" (eller "for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter") gjennom "lover". Kravet til lovhjemmel gjelder også her at det finnes aktuelle lovbestemmelser som tillater staten å gjøre slike rådighetsbegrensninger i nasjonal rett, og at disse lovene er tilstrekkelig forutsigbare.

Eksempler på rådighetsbegrensninger kan f.eks. være negative servitutter. Formålkravet er igjen for å sikre "allmennhetens interesse". Det følger av det jeg har sagt tidligere at det her normalt gjelder en vid skjønnsmargin for statene til å gjøre slike nasjonale vurderinger.

I nyere rettspraksis er det klargjort at det også i kontrollregelen (som i prinsipp- og

avståelsesregelen) gjelder et krav om forholdsmessighet, jf. Sporrøng og Lönnroth. Det må her gjøres en forholdsmessighetsvurdering mellom mål og middel, men her gjelder det en enda større skjønnsmargin iht. hvilke vurderinger staten kan ta iht. å begrense rådigheten til et individs eiendom.

Dommen Lithgow er et eksempel på der av bruksretten til store deler av britiske krigsfly ble ansett akseptabelt uten erstatning. Dersom det foreligger statsanliggende formål skal enda mer tungtveiende elementer til for å gi erstatning. Det skal minere til å anse en liten erstatningssum (eller ingen) for konvensjonsstridig dersom det er tale om "rådighetsbegrensning" sml. med rådighetsbegrensning.

Grl. bestemmelse § 105 gir ikke uttrykkelig et eiendomsvern hvis det er tale om rådighetsbegrensninger. Og det følger av det jeg har skrevet tidligere at dette ikke nødvendigvis utløser en erstatningsplikt for staten. Men for de tilfellene det er tale om rådighetsbegrensninger som kan likestilles med "avståelse" det kan man i teorien argumentere for å anvende grl. § 105 analogisk til også å omfatte slike rådighetsbegrensninger. Det vil her også gjelde et krav til formell lov, og et krav om formål iht. "statens tarv". Forholdskravet og proporsjonalitetsvurderingen vil i slike tilfeller omhandle selve vurderingen om det faktisk foreligger en "avståelse". Om eiers avgjørende bestemmelsesrett er begrenset til det offentlige. Hvis man da etter en slik forholdsmessig vurdering kommer frem til at det er tale om en "avståelse" vil det samme kravet til "full erstatning" også gjelde her.

Et eksempel hvor det forelå en slik rådighetsbegrensning er Laksefiske-dommen Rt-2004-1985. Her ble grunneiers rådighet begrenset til fordel for allemannsretten, uten at det utløste erstatningskrav. Det ble heller ikke utløst erstatning i Strandlov-saken. Her gjaldt det begrensninger på klagerens eiendom ved at han ikke fikk bygge i 100-metersbeltet. Det ble her ikke konstatert krenkelse. Det var ikke en "avståelse" av eiendom at han mistet (potensielle) fremtidsinntekter han kunne fått ved å bygge ut eiendommer på sin tomt.

Det er her ikke noen dommer i Høyesterett til nå (i følge professoren Matthew) som har nådd frem med et slikt krav om erstatning pga. rådighetsbegrensninger. Det er derfor kanskje bare

en teoretisk mulighet å anvende grl. § 105 analogisk.

Tilbakevirkningsforbudet - grl. § 97

Det følger av grl. § 97 et generelt krav om at "ingen lov må gis tilbakevirkende kraft". Iht. eiendomsretten vil det her særlig være tale om ulike immaterielle rettigheter (slik som f.eks. sosiale trygdeordninger) som vil kunne rammes av slike lovendringer. En prinsipiell sak ang. reglene på dette rettsfelte er Rt-2010-143 Rederi-saken.

Av denne dommen fremgår det at det som hovedregelen ikke er lov til å gjøre nye lovendringer som påvirker allerede faktiske eiendommer (egentlig tilbakevirkning) - dette vil være grunnlovsmessig. De tilfelle tilbakevirkningselementet altså er fremtreden. Derimot er det lov til å gjøre endringer i tidligere etablerte verdier/ opparbeide rettsposisjoner (uegentlig tilbakevirkning). Det gjelder imidlertid her også et unntak for slike uegentlige tilbakevirkninger; dersom det foreligger "klart urimelige" tilfeller, der det vil være svært urimelig at vedkommende ikke får erstatning.

Et eksempel på uegentlig tilbakevirkning er Rt. 1996-1415 og Rt. 1996-1400. Begge sakene gjaldt trygdeytelser, som etter en endringslov ble tatt bort. Dette ble ikke ansett som en tilbakevirkning som nyter vern av grl. § 105. Dette ble begrunnet med at det var tale om en uegentlig tilbakevirkning i rettigheter som de ikke kunne tenkes å ha hatt en berettiget forventning om å få.

Etter EMKs. regel om vern av eiendomsretten vil tilbakevirkningsforbudet ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Hvor sterkere element av tilbakevirkning, jo mer tilsies det at det skal tilkjennes erstatning.

Man er her på det økonomisk område - stor skjønnsmargin. Det må være mulig for politikere å endre slike rettigheter. Særlig nå som eldrebølgen truer velferdsstaten vil det komme til å komme flere endringer i pensjonsrettighetene til folk.

tidsnød

