

**Det mest sentrale i sensors begrunnelse:** *Besvarelsen sto totalt sett på en klar B. Deloppgave 1 ble ansett som å ligge på en sterk B, mens deloppgave 2 lå på en svak B.*

*I deloppgave 1 var det spesielt positivt at skjønnsmarginen ble nøye forklart og rettslig forankret. Fortløpende bruk av EMD-praksis i redegjørelsen av de ulike faktorene ga god uttelling. Den avsluttende vurderingen av skjønnsmarginens godhet var også godt gjennomført. Drøftelsene rundt forskjellsbehandling og derogasjon ble ansett som å ligge noe på siden av oppgaven, og mens det ikke trakk helhetsinntrykket ned, trakk det heller ikke opp. Sensorene savnet dessuten et større mangfold i faktorer som kunne påvirke skjønnsmarginen, slik som betydningen av skillet mellom positive og negative forpliktelser, nærmere om europeisk konsensus, og om proporsjonalitet.*

*Deloppgave 2 var etter sensorenes mening uryddig strukturert, og var det som trakk mest ned ved karakterfastsettelsen. For å besvare oppgaven på best mulig måte burde oppgaven vært strukturert mer etter de materielle forskjellene i bestemmelsene, f.eks. etter ekspropriasjon, rådighetsbegrensninger og vern mot tilbakevirkning. Spesielt rådighetsbegrensninger var ikke drøftet til tilstrekkelig grad. Ellers virket det positivt at de ulike reglene var rettslig forankret, og at en viss sammenlikning ble gjort fortløpende.*

KANDIDAT

504

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	10.03.2020 08:32

### 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?

**Skriv ditt svar her...**

### 1. Innledning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) er et internasjonalt verktøy som ifølge dens fortale er ment å bevare universell og effektiv etterlevelse av menneskerettighetene. Tilhørende EMK er Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Med en konvensjon og en domstol er det lagt til rette for en vid beskyttelse av menneskerettighetene.

I sammenheng med etterlevelsen av EMK og rollen til EMD, har statene blitt tilkjent en såkalt skjønnsmargin. Skjønnsmarginen påvirker hvordan konvensjonen skal tolkes, og påvirkes av en rekke faktorer. I denne teksten vil betydningen av skjønnsmarginen og dens relevante faktorer drøftes og gjøres rede for. Her vil det også gis en vurdering av om systemet med en skjønnsmargin er egnet til å gi en effektiv beskyttelse av menneskerettighetene etter EMK.

Teksten vil struktureres slik at de enkelte faktorene gjennomgås hver for seg. Her vil det gis en introduksjon til den enkelte faktoren, og hvordan den påvirker skjønnsmarginen i den ene eller den andre retning. Vurderingen av skjønnsmarginens effektivitet vil utføres avslutningsvis. Her vil det også gjøres en gjennomgang av statens adgang til å erklære

Til denne teksten er det primært EMK som er av interesse, og annen anvendelse av menneskerettighetene, f.eks. etter Norges grunnlov, vil ikke vurderes.

Innledningsvis vil det gjøres nærmere rede for prinsippet om statenes skjønnsmargin, for å gi kontekst for den videre drøftelsen av skjønnsmarginens funksjon ved anvendelse av EMK.

## **1.1. Grunnleggende prinsipper**

Etter EMK art. 1 gjøres det klart at det er medlemsstatene som "shall secure ... the rights and freedoms" slik de fremkommer av konvensjonen. Art. 19 slår fast at EMDs hovedformål er å "ensure the observance of the engagements" foretatt av statene. Prinsipielt er det altså de enkelte statene som er ansvarlig for beskyttelsen av menneskerettighetene, og EMD skal i utgangspunktet fungere som et overvåkningsorgan deretter.

Det vi kan trekke av EMK art. 1 og 19 sett i en sammenheng, kalles gjerne subsidiaritetsprinsippet. Dette klargjøres eksplisitt i *Austin and Others v. The UK* (2012), der EMD aksepterte statens skjønn i spørsmål om frihetsberøvelse, jf. art. 5 og protokoll 4 art. 2 (P4-2).

EMK er en folkerettslig avtale som inkluderer de fleste av Europas stater, og som omfatter mange ulike kulturer og rettssystemer. Ettersom det er opp til hver enkelt stat å sikre menneskerettighetene etter art. 1, vil det være mest nærliggende å la hver enkelt stat vurdere sin egen etterlevelse av konvensjonen.

Når hver stat gis et slikt ansvar, har EMD funnet det nødvendig å tilkjenne statene en viss skjønnsmargin, altså fritt spillerom, i avgjørelsen av deres egen etterlevelse. På et område der skjønnsmarginen anses å være vid, vil EMD foreta en begrenset prøving av de nasjonale myndighetenes eget skjønn. Der den er snever, vil EMD gjøre en mer inngående overprøving. Når noe konkluderes med å være helt innenfor en stats skjønnsmargin, vil EMD akseptere deres fremgangsmåte som samsvarende med konvensjonen uavhengig av deres eget syn på saken.

Betydningen av subsidiaritetsprinsippet og prinsippet om statenes skjønnsmargin er planlagt å inkorporeres i konvensjonens fortale, men mangler enkelte signaturer. Dette kan gi uttrykk for hvor grunnleggende disse prinsippene er for konvensjonens funksjoner.

Å si noe helt generelt av skjønnsmarginen kan være vanskelig. Den blir mest aktuell når en sak klages inn for EMD, og det er her den har blitt nærmere utdypet. Det finnes ingen uttømmende liste over momenter en kan legge vekt på, og det som nevnes i denne teksten vil følgelig være momenter som kan oppfattes som spesielt aktuelle å se på.

I den videre fremstillingen vil det legges mye vekt på rettspraksis fra EMD.

## **2. Er det åpnet for skjønn etter artikkelens ordlyd?**

Utgangspunktet ved tolkning av konvensjonen vil være dens ordlyd, dens mening og formål jf. Wienkonvensjonen om traktatretten (VCLT) art. 31 (1). Ved enhver vurdering om etterlevelse av konvensjonen, må man altså se om den konkrete ordlyden inviterer til en særlig utvidet eller innskrenket adgang til å utøve eget skjønn.

Et typisk eksempel fra EMK kan være artikkelene 8 til 11. Hver av disse artikkelene gir uttrykk for en egen rettighet, som kan fravikes dersom dette er foreskrevet ved lov og er "necessary in a democratic society". Her inviteres staten til å foreta en skjønnsmessig vurdering av om den har et tilstrekkelig presserende behov for å gjøre inngrep, og om dette gjøres med tilstrekkelig

hensyn til den berørtes interesser. Når staten er nærmest til å vurdere egen etterlevelse, er det naturlig å tolke ordlyden slik at staten etter omstendighetene nyter en videre skjønnsmargin.

EMK har også en rekke bestemmelser som etter sin ordlyd ikke er særlig praktisk å tilkjenne noen

skjønnsmargin ved. For eksempel er forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter art. 3 absolutt. En stat kan under ingen omstendigheter torturere et annet menneske. Men selv om selve ordlyden fremstår som skjønnsfri, er det uunngåelig at et visst element av skjønn fremkommer i tolkningen av konvensjonen. Med utgangspunkt i konvensjonens ordlyd vil EMD uansett foreta en streng overprøving av statens forståelse av artikler som dette.

Andre situasjoner er ikke like åpenbare. Retten til en rettferdig rettergang etter art. 6 er betinget av forhold rundt ens "civil rights and obligations", og en "criminal charge against him". Selv om dette fremstår som relativt åpne begreper, har EMD lagt til grunn en autonom tolkning av dem. Dette betyr at EMD ser mindre på statens egne syn på saken, og tar en mer prinsippal stilling i å vurdere spørsmål om etterlevelse.

## **2.1 Hva slags type rettighet er det snakk om?**

Staten erkjennes en snevrere skjønnsmargin dersom den enkelte saken tar for seg spesielt følbare eller grunnleggende rettigheter. Vern mot frarøvelse av liv etter art. 2 og diskriminering etter art. 14 kan nevnes som eksempler. Fra etterkrigsperspektivet til forfatterne av konvensjonen ville det være større grunn for EMD å overprøve saker som gjelder slike spørsmål.

EMDs praksis viser at staten spesielt nyter en vid skjønnsmargin i samfunnsområder som gjelder generell sikkerhet og velferd. Dette gjelder spesielt strafferett og sosialrett. Det vil redegjøres nærmere for disse rettsområdene under underoverskrift 7.

Men her vil det, som nevnt i underoverskrift 2, være avgjørende å se an den enkelte artikkelens ordlyd og det formålet den er ment å verne.

## **3 Statenes verdier**

### **3.1. Internrettslige verdier**

Praksis fra EMD viser at viktige verdier i den enkelte staten kan bidra til å utvide deres skjønnsmargin i spørsmål om etterlevelse.

Saken i *S.A.S. v. France* (2014) gjaldt en kvinnes rett til å gå med religiøst heldekkende plagg i offentligheten etter EMK art. 9. Selv om det riktignok kunne oppleves som urettferdig å få innskrenket sin rett til å gi uttrykk for religiøs tro, fant EMD at det var innenfor Frankrikes skjønnsmargin å gjøre en slik begrensning. Det avgjørende i denne saken var om det var "necessary in a democratic society" med hensyn til "the rights and freedoms of others" å gjøre inngrep etter art. 9.

Frankrikes skjønnsmargin måtte her blant annet vurderes opp mot den generelle konsensus i Europa, og mot samfunnslivet i Frankrike. Spesifikt for Frankrike var et prinsipp om likeverdighet og åpent samvær mellom borgerne kalt "living together". Dette ble av EMD ansett som en tilstrekkelig tydelig og viktig verdi for Frankrike, slik at inngrepet mot klageren var "necessary" for å bevare andres rettigheter og friheter.

S.A.S.-saken gir godt uttrykk for subsidiaritetsprinsippet vi finner i art. 1 og 19. EMD var forsiktig med å overprøve Frankrikes skjønn, ettersom domstolen ikke anså seg egnet til å overkjøre synet til den nasjonale myndighetene.

I saken *Refah Partisi and Others v. Turkey* (2003) sto EMD ovenfor en liknende problemstilling. Et stort politisk parti i Tyrkia var tvunget avløst, ettersom det ble funnet bevist at partiet oppfordret til vidtgående religiøs innblanding i staten. Selv om retten til å forsamle seg i et politisk parti er grunnleggende for demokratiske funksjoner, kom EMD til at Tyrkias alvorlige og konstitusjonelle tradisjon i å beholde et sekulært styre bragte inngrepet inn under dens skjønnsmargin. Dette illustrerer videre det som ble sagt om Frankrike i S.A.S.-saken.

Men selv om interrettslige verdier fremstår som å være et moment som kan utvide skjønnsmarginen, avhenger dette av den konkrete rettigheten og av om verdien fremstår som legitim. Å true med straff for å gå ut offentlig som homofil, for eksempel med religiøs forankring, kan fremstå som et mer aktivt inngripende og følbart, som kan tale for å ikke ta statens egne verdier særlig i betraktning (Se f.eks. *Dudgeon v. The UK* (1981)). Her vil generell europeisk konsensus og utvikling være en viktig motpart i avgjørelsen av om statens verdier bør utvide deres skjønnsmargin.

### 3.2. Europeisk konsensus

En slags motsetning til den enkelte stats verdier, er verdiene til konvensjonens medlemsstater for øvrig. Konvensjonen er ment å tolkes dynamisk i lys av samfunnsutviklingen, og da kan det være naturlig å foreta en type komparativ analyse av andre stater etterlevelse.

Konsensus foreligger dersom et (tydelig) flertall stater i Europa godkjenner eller avviser en spesiell praksis. En praksis som står i strid med konsensus, vil EMD se seg mer berettiget til å overprøve. Omvendt vil det være mindre grunn for EMD å gå inn i en vurdering som må anses å være akseptert av medlemsstatene generelt. Dette knytter seg spesielt til etisk vanskelige eller utviklende forhold, se underoverskrift 5.

### 4. Motstridende rettigheter

Staten plikter etter konvensjonen å sikre *alle* rettighetene som er fastslått der. Et problem som oppstår i den sammenheng, er at disse rettighetene ikke nødvendigvis står i samsvar med hverandre. Dersom staten er nødt til å innskrenke den enes rettigheter for å beskytte den andres, vil statens spillerom i skjønnsmarginen modifiseres avhengig av om det er blitt truffet en forsvarlig avveining mellom disse rettighetene.

Et godt eksempel finner vi i Von Hannover-sakene.

I *Von Hannover v. Germany* (2004) hadde klageren, som var prinsesse, blitt fotografert mens hun var på privat eiendom. Disse fotografiene var blitt publisert i aviser, som hun opplevde som provoserende. EMD viste her til at avisene hadde rett til ytre seg om offentlige personer og interesser etter art. 10, men at deres rett måtte vike for klagerens privatliv etter art. 8. Her var ikke de konkrete bildene av noen offentlig interesse.

I *Von Hannover v. Germany no 2* (2012) var det igjen tatt bilder av klageren, denne gangen på en privat fest mens hennes far lå syk. Denne gangen viste EMD til at det var art. 8 som måtte vike for avisenes ytringsfrihet etter art. 10, siden disse bildene var preget av mer offentlig interesse.

Mens tyske domstoler i den første saken ikke hadde foretatt en forsvarlig vurdering av klagerens rett til privatliv, var staten innenfor sin skjønnsmargin ved å nekte medhold i den andre saken. Dette viser at staten kan begrunne fravik i en enkelt menneskerettighet for å beskytte en annen, men at dette uansett må gjøres på en veloverveid måte. Når Tyskland i den

første saken ikke hadde gjort en forsvarlig avveining mellom klageren og avisenes behov, fikk behandlingen preg av vilkårlighet, og var derfor egnet til en streng overprøving i EMD.

## **5. Etisk kompleksitet**

I likhet med de tilfellene der menneskerettighetene kolliderer, kan det være at den enkelte sak gjelder et etisk vanskelig tema. Typiske eksempler kan være abort, transkjønnethet, eller bruk av ytringsfriheten.

EMD har gjennomgående tilkjent statene en vid skjønnsmargin dersom den står ovenfor et tema som er preget av etisk vanskelige problemstillinger. Det kan virke unaturlig å straffe en stat for å ta en stilling i et spørsmål som ikke har noe fasitsvar, og da vil det i alle fall kunne oppleves som urettferdig å bli dømt i EMD for dette.

Man kan f.eks. se på saken *A., B. and C. v. Ireland* (2010), der nektelse av abort i Irland var innenfor statens skjønnsmargin i A og Bs tilfelle, men ikke for C, som hadde legitime frykter rundt hennes kreftlidelse. Her var den etiske kompleksiteten rundt abort etter art. 8 i Irland et viktig moment, men som ikke var tilstrekkelig tungtveiende mot C.

## **6. Kvaliteten på det enkelte inngrepet - vekt, drøfting og metode**

En mer generell faktor som spiller inn i statens skjønnsmargin, er om det enkelte inngrepet er av en viss kvalitet. Hvis staten tilsynelatende har vektlagt alle parters interesser, og foretatt en velbegrunnet avgjørelse, vil det være mindre grunn for EMD å overprøve saken.

Hvis staten i tillegg tar i bruk en metode ved hjelp av rettskilder som EMD er kjent med, vil det være enklere for EMD å anerkjenne saken som veloverveid og juridisk forsvarlig. Dette gjelder spesielt hvis det er gjort en tydelig vurdering av samsvaret med EMK selv. Da gis staten gjerne implisitt eller eksplisitt en videre skjønnsmargin.

I tilfeller der staten har foretatt en mangelfull avveining av partenes interesser, eller der den juridiske metoden ikke er tydelig på statens mening, vil derimot EMD foreta en strengere prøving.

## **7. Forskjellsbehandling**

Forskjellsbehandling av mennesker er generelt sett uønsket der den ikke er nødvendig.



Art. 14 regulerer forbud mot diskriminering. Denne er i utgangspunktet unntaksfri, og det blir opp til den enkelte stat å bevise at en eventuell forskjellsbehandling ikke er diskriminering.

EMD vil foreta en strengere prøving av statens skjønn dersom forskjellsbehandlingen tar for seg forhold som anses å være spesielt sårbare og verneverdige. Spesielt hudfarge, kjønn og etnisitet tilsier en snever skjønnsmargin i vurderingen av ulovlig forskjellsbehandling. Andre forhold, slik som rang i militæret, vil nok staten enklere kunne bortforklare som en nødvendig forskjellsbehandling (se f.eks. *Engel and Others v. The Netherlands* (1976)).

Betydningen av forskjellsbehandling må ses opp mot den enkelte situasjonen. I *Khamtokhu and Aksenchik* (2017) var det innenfor Russlands skjønnsmargin å kun gi livstidsstraff til menn. Selv om kjønn er en særlig vernet faktor som taler for en snever margin i statens eget skjønn, var det faktum at Russland bygget regelsettet på legitim statistikk og preventive hensyn avgjørende for at krenkelse ikke var skjedd (art. 14 + 5). Her var det av betydning at saken gjaldt strafferettslig lovgivning.

Også inngrep som ikke i seg selv kan fastslås å være diskriminerende, kan snevre inn statens skjønnsmargin. Dersom det kan sies at inngrepet har et visst diskriminerende, eller i alle fall forskjellsbehandlende preg, vil det være større grunn for EMD å foreta en strengere overprøving av statens skjønn.

I *Kjartan Ásmundsson v. Iceland* (2005) hadde klageren fått utbetalt trygd for å ha blitt ufør i hans yrke som fisker. Han var senere blitt fratatt sin rett til trygdeytelser, ettersom nye regler satte strengere krav til uførheten generelt. EMD viste til at staten som et utgangspunkt har en vid skjønnsmargin i bestemmelse av sosiale ytelser, men at vedtaket hadde et visst diskriminerende preg. Svært få var påvirket av inngrepet, som gjorde at klageren ble truffet særlig hardt sammenlignet med andre. EMD kom bl.a. med bakgrunn i dette at statens inngrep ikke var innenfor deres skjønnsmargin etter P1-1.

## **8. Er statenes skjønnsmargin et effektivt middel for å beskytte menneskerettighetene?**

Som vi kan se, er det en rekke ulike forhold som gir uttrykk for EMDs evne til å overprøve en stats vurdering av sin egen etterlevelse av EMK. Enten det er snakk om vedtakets kvalitet, statens legitime behov, europeisk konsensus eller liknende, kan forholdene enten i den ene

eller den andre retningen gi uttrykk for større eller mindre grunn for EMD å gå inn i statens vurdering.

Ved å tillegge staten den prinsipale plikt i å sikre menneskerettighetene, gjøres systemet svært autonomt. Færre ressurser går til Europarådet som kunne vært brukt "på hjemmebane", og det kan dermed virke besparende å operere med et system med skjønnsmargin.

Et problem med skjønnsmarginen, er at den kan lede til inkonsekvent behandling av mennesket på tvers av landegrenser. Som nevnt er menneskerettighetene ment å være universelle etter EMKs fortale. Å gi statene et fritt skjønn, som naturlig nok vil kunne avvike fra de øvrige medlemsstatenes skjønn, bidrar til en mindre ensformig ordning, som kan gjøre det vanskelig å avklare den egentlige retslige situasjonen i Europa.

Likevel er dette et problem som kommer naturlig av at EMK er en folkerettslig avtale. Statene har behov for ikke å måtte gjøre store endringer i sin praksis. Å vanskeliggjøre etterlevelsen av konvensjonen ved å foreta en streng kontroll i EMD kan oppfattes som å mangle ordentlig demokratisk legitimitet internrettslig. Sån sett kan det virke som om at en skjønnsmargin er en nødvendig ordning for å skape fleksibilitet innad i konvensjonens rammer.

I enkelte situasjoner er det kanskje mer problematisk å handle med et subsidiaritets- og skjønnsmarginssystem. Spesielt når det gjelder konvensjonens absolutte rettigheter, kan det være at det ikke burde være opp til den enkelte stat å vurdere sin egen etterlevelse. En stat med tradisjon for strenge straffer, vil kanskje ha vanskeligere for å komme til at behandlingen av deres innbyggere er umenneskelig etter art. 3, eller at de er holdt i slaveri etter art. 4.

Samlet sett fremstår systemet med en statlig skjønnsmargin som forsvarlig i beskyttelsen av menneskerettighetene. Det kan med rette kritiseres for å gi statene et for stort spillerom der det gjelder noe så alvorlig som menneskerettigheter, men systemet kan på den andre siden gi en smidig løsning til problemer som naturlig nok oppstår ved vide folkerettslige avtaler som EMK. Systemet er ikke perfekt, men er egnet til både å ta hensyn til den enkelte stats behov for å gjøre inngrep, i tillegg til behovet for en effektiv etterlevelse av menneskerettighetene.

### **8.1. Skjønnsmarginens effektivitet i sammenheng med derogasjon**

Et spesielt perspektiv på skjønnsmarginens effektivitet ved beskyttelsen av menneskerettighetene, er spørsmål om derogasjon.

Derogasjon av konvensjonens bestemmelser, innebærer at statens plikter til å sikre menneskerettighetene kan falle bort etter erklæring i samsvar med EMK art. 15. Fravikelse kan gi alvorlige konsekvenser for den enkelte stats borgere, og fremstår til dels som problematisk i forhold til statenes plikt til å sikre menneskerettighetene.

Et eksempel kan trekkes fra EMD som åpner for spørsmål om skjønnsmarginen. I *Lawless v. Ireland* (1961) var klageren dømt og frihetsberøvet i sammenheng med terroraksjoner - eller i alle fall planlagt terror – mot Storbritannia. Det virket ikke særlig tvilsomt at artikkel 5 og 6 isolert sett var krenket. Likevel hadde Irland, som sto ovenfor en intern krise, erklært fravikelse fra disse bestemmelsene med hjemmel i art. 15. EMD viste til at Irland som medlemsstat i den konkrete situasjonen var den som lå nærmest an til å vurdere om det var nødvendig med en derogasjon, og at klagerens rettigheter ikke var krenket.

Man kan argumentere for at en sikkerhetsventil i art. 15, som kun kan anvendes der det er "strictly required", er nødvendig for å bevare en stats legitime interesser. Likevel virker det ironisk at viktige bestemmelser etter konvensjonen, som etter fortalen skal gi uttrykk for "fundamental freedoms" hos mennesket, kan fravikes av staten under henvisning om en kritesituasjon (som i *Lawless*).

Storbritannias krise-erklæring etter terrorangrepene mot USA 11. september 2001 kan tjene som et eksempel til problematikken rundt derogasjon som et konsept. Selv om Storbritannia er og var en nær alliert med USA, var ikke Storbritannia selv særlig berørt av terrorangrepene. Likevel fremsto det generelt sett som akseptabelt å avvike fra alminnelig rett i kampen mot terror. Her var statens eget skjønn avgjørende, og dette kunne åpnet for en type unngåelse av menneskerettighetene.

En stat kan altså forbigå enkelte alminnelige krav som foreligger ved inngrep i rettigheter, så lenge den står ovenfor en tilstrekkelig alvorlig krise. Her kommer skjønnsmarginen inn som en åpning for den enkelte stat til å erklære seg midlertidig ubundet, ettersom EMD fremstår som tilbakeholden i sin overprøving av grunnlaget.

Til tross for denne kritikken, er det klart at EMD i et derogasjons-tilfelle vil kunne overprøve nødvendigheten av tiltaket ved klage. En derogasjon som varer i lengre tid, eller er mer vidtgående enn nødvendig, vil nok EMD lettere se seg kompetent til å overprøve. I art. 17 er

det dessuten et generelt vern mot misbruk av konvensjonens bestemmelser, som ofre til derogasjon kan påberope seg som en siste utvei.

## **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.

**Skriv svaret ditt her...**

### **1. Innledning**

Beskyttelse av privat eiendom er en grunnleggende menneskerettighet etter den Norske Grunnlovens (Grl.) §§ 105 og 97, og i EMKs første protokoll artikkel 1 (P1-1). I denne teksten vil det gjøres en sammenlikning av hvordan individers eiendom er beskyttet etter disse reglene.

I Norge er P1-1 ansett som formell lov med forrang over andre lover med motstrid (menneskerettsloven § 2). Etter Grl. § 92 skal menneskerettighetene som fastslått i Grunnloven og i folkerettslig bindende konvensjoner respekteres og sikres av myndighetene. Forarbeidene til grunnlovsendringene i 2014, i tillegg til norsk rettspraksis, viser at Grunnloven må tolkes i lys av parallellbestemmelser i EMK (og dens protokoller).

Når en skal foreta en sammenlikning av P1-1 og Grl. §§ 105 og 97, er det altså ikke naturlig å se på bestemmelsene som motparter. For Norge er disse bestemmelsene som utfyller hverandre, og utgangspunktet for denne sammenlikningen vil derfor være hvordan ordlyden av disse supplerer hverandre. Grl. §§ 105 og 97 er for øvrig eldre bestemmelser, som har hatt selvstendig betydning før P1-1 ble en del av norsk lov i 1999. Dette gir verdi i å analysere deres betydning isolert fra hverandre.

Teksten vil ta for seg enkelte kjernepunkter i de ulike bestemmelsene etter kategori. Her vil det være hovedfokus på forholdet mellom P1-1 og Grl. § 105. En vurdering av Grl. § 97, og eventuelle paralleller til EMK, gjøres avslutningsvis.

I sammenlikningen vil det tas utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen av de aktuelle bestemmelsene.

## **2. Bestemmelsenes innhold**

GrL. § 105 fastslår at der "statens tarv" tilsier et behov for å frata noen deres "rørlige eller urørlige eiendom", så bør vedkommende være garantert en full erstatning. Dette prinsippet suppleres av GrL. § 97, der "Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft". Til tross for at den konkrete ordlyden ikke er så inngående, gir dette uttrykk for et generelt vern for den enkeltes rett til å bli frarøvet sin eiendom av staten uten tilstrekkelig kompetansjon.

Når dette vernet dessuten ikke må være gjenstand for tilbakevirkende lov, begrenses statens adgang til å forstyrre den enkeltes eiendom ytterligere. Tilbakevirkning er en spesielt kompleks del av vernet om eiendom, og vil gjennomgå nærmere nede.

P1-1 er en bestemmelse som i sine to ledd gir uttrykk for tre regler. For det første er alle etter 1. ledd 1. punktum "entitled to the peaceful enjoyment" av sin eiendom. 1. ledd 2. punktum fastslår at inngrep i eiendomsretten unntaksvis bare kan skje om dette følger av lov og internasjonal rett. Til slutt følger det av 2. ledd at statens kontroll av "use of property" uansett kan gjøres så lenge dette oppfattes som nødvendig og hjemlet i lov, og er til det offentliges beste.

Den første regelen i P1-1 viser til det alminnelige vernet mot inngrep, mens de to øvrige reglene er hjemmel for inngrep. I EMD behandles gjerne de to siste reglene under ett, ettersom det ikke alltid er lett å se om et inngrep gjelder ren kontroll eller ekspropriasjon.

Grunnloven har altså etter sin ordlyd en ganske annerledes utforming til det P1-1 har. For å gi bestemmelsene et nærmere innhold som kan sammenliknes effektivt, må de enkelte reglene gjennomgå hver for seg.

## **3. Anvendelsesområde**

Når en snakker om "privat eiendom" i et menneskerettighets-perspektiv kan det være naturlig å se for seg fast eiendom som det mest naturlige anvendelsesområdet for Grunnloven og EMK. Slik eiendom er gjerne av høy økonomisk og emosjonell verdi, og kan oppleves som spesielt viktig å ha vernet.

Grl. § 105 gir uttrykk for et mer utvidet perspektiv av eiendoms-begrepet. Her følger det eksplisitt at både den "rørlige eller urørlige" eiendomsretten kan omfattes rent generelt. Etter en alminnelig språklig forståelse må dette kunne omfatte både ting som løsøre og penger, i tillegg til rent opphavsrettslig eiendom.

P1-1 har en tilsvarende vag uttrykksmåte i 1. ledd 1. punktum: det er "possessions" som vernes. Ordlyden her må nok tolkes som å være tilnærmet likt det i Grl. § 105.

Verken av bestemmelsene bruker tid på å utdype hva en "eiendom" egentlig er. Det mest åpenbare anvendelsesområdet er når en person har faktisk eierskap over en ting, og staten bestemmer seg for å frata den tingen.

Men det kan også være naturlig å oppfatte "eiendom" også som ting man ennå ikke eier, men har fått berettigede forventninger om å få i fremtiden. Hvis man venter en lønning, eller hvis man skal overta et hus i fremtiden, vil inngrep fra myndighetenes kunne føles like påtrengende som hvis lønningen eller huset faktisk var til offerets disposisjon. Dermed er det naturlig å tolke eiendomsbegrepet videre enn hva som kanskje er naturlig, både etter EMK og Grunnloven.

Et eksempel på forskjellen mellom faktisk og forventet eierskap kan finnes i saken *Grobelny v. Poland* (05.03.2020). Her var klageren arbeidsufør og berettiget til å motta trygd fra staten. Etter hvert hadde staten foretatt en ny undersøkelse av klagerens helsesituasjon, der det ble erklært at han kunne gå inn i arbeid. Klagerens mente seg feilbehandlet, og fikk etter ~21 måneder nytt vedtak som bekreftet at han hele tiden var ufør og egnet til å motta trygd.

Klageren krevde utbetalt de 21 månedene med trygd han hadde mistet på grunn av den feilaktige diagnosen, men staten nektet. EMD kom i denne saken til at Polen hadde gjort et inngrep mot klagerens private eiendom, som ikke kunne aksepteres etter P1-1. Han hadde berettigede forventninger til utbetalingen av dette beløpet, og staten var nærmest til å bære byrden over å feilbehandlingen.

Med den harmoniske tolkningen vi gjerne foretar mellom Grl. § 105 og EMK P1-1, jf. Grl. § 92, vil det være naturlig å anta at resultatet i *Grobelny* også ville vært det samme etter norske regler. Saken kan dermed gi godt uttrykk for hvordan en persons forventninger om eiendom kan likestilles med faktisk eierskap.

### **3.1. Kan bestemmelsene tas helt på ordet?**

Om man tar Grl. § 105 helt på ordet, vil alle slags inngrep i individers eiendom kunne medføre erstatningsplikt. Dette kunne ført til noen uønskede situasjoner.

Skattlegging er et grunnleggende behov for stater å kunne utføre, og er forutsatt av Stortinget i Norge å kunne fastslå (se Grl. § 75 a). Det ville ikke gitt mening om skattlegging av en persons inntekter, som jo kan være "eiendom", skulle betales tilbake fullt etter § 105. Altså er det naturlig å foreta en viss innskrenkning i ordlyden når vi tolker Grl. § 105, slik at den ikke omfatter situasjoner som ville undergrave vesentlige deler av demokratiet.

EMK P1-1 har i større grad tatt høyde for dette etter dens andre og tredje regel. Mens det for det første ikke eksisterer noe ubetinget krav til full erstatning som i Grl. § 105, fastslås det f.eks. eksplisitt i P1-1 2. ledd at det tilkommer staten "to secure payment of taxes" og liknende betalinger.

Altså er det en ganske vesentlig forskjell i måten vi tolker P1-1 og Grl. § 105. Selv om resultatet etter omstendighetene ville kunne bli de samme etter bestemmelsene isolert sett, er man nødt til å ta i bruk mer overordnede hensyn til statens effektivitet og demokrati ved tolkningen av Grunnloven.

Videre er det ingenting i Grl. § 105 som fastslår statens adgang til generell kontroll over eiendom, kun det å avgi. Også her ville det være systematisk selvmotsigende å ikke innfortolke en adgang til å kontrollere eiendom i offentlighetens interesse, og det kan være snakk om behov for en viss utvidende tolkning her.

### **4. Nødvendighet**

Grl. § 105 er interessant i den forstand at den ikke gir uttrykk for et like presist krav om nødvendighet som P1-1 gjør. I bokmålsversjonen følger det bare at avgivelse av eiendom må følge av "statens tarv" til "offentlig bruk". Nynorskversjonen av Grunnloven bruker uttrykksmåten "omsyn til samfunnet". Av denne formuleringsmåten må man kunne trekke et alminnelig nødvendighetskriterium.

Staten må etter Grunnloven kunne legitimere sitt inngrep i det offentlige interesser. Her inviteres det til avveining mellom den berørtes interesser i å beholde sin eiendom, og den fortjenesten det offentlige vil kunne oppnå ved å utføre en overtakelse.

Et gjennomgående formål med menneskerettigheter generelt, er å hindre vilkårlig behandling av enkeltmennesker. Dette kan gjøre det unaturlig å tolke Grl. § 105 som å gi noen generell adgang for myndighetene til å gjøre inngrep. Hvis inngrepet har preg av vilkårlighet (eller eventuelt gjengjeldelse), vil det kunne tenkes at inngrepet må settes til side som grunnlovsstridig.

P1-1 har i sin andre regel en tilsvarende formulering som Grl. § 105 i "in the public interest", og mer presisert i tredje regel "... as it deems necessary". Ordlyden inviterer til en nærmere nødvendighetsvurdering enn Grl. § 105 isolert sett, men vurderingstemaet mellom de to ser ut til å måtte være det samme.

## **5. Forholdsmessighet**

Tilslektet, men ikke helt likt nødvendighetskriteriet, finnes det krav om forholdsmessighet i inngrep.

For den som står ovenfor et inngrep i sin eiendomsrett, enten i form av ekspropriasjon eller generell kontroll, er det viktig å få en viss erstatning for den ulempen en står ovenfor. Det er et mål at et nødvendig inngrep i eiendomsretten kompenseres for å skape en forholdsmessig balanse.

Etter Grl. § 105 er dette løst svært enkelt og generøst: det skal gis "full" erstatning. Dette innebærer at staten i det enkelte tilfellet må forsøke å gi den berørte en verdi tilsvarende det han mister ved at inngrepet foretas. Hvis et hus eksproprieres, skal eieren ha økonomisk erstatning av dens verdi.

Hva som ligger i "full" kan bli vanskelig å avgjøre. Kløfta-saken i Rt. 1976 s. 1 gjaldt komplekse spørsmål om legitimiteten til et ekspropriasjonsvedtak. Her var en landbrukseiendom ekspropriert med sikte på nye utbygginger, og erstatning var gitt tilsvarende eiendommens bruksverdi etter daværende lovgivning. Eieren mente det burde vært gitt erstatning basert på kjøpsverdien, som var høyere. Under skarp dissens kom Høyesterett til at erstatningen som skulle gis skulle fremstå rimelig for den berørte, og at "full" erstatning i den konkrete saken måtte regnes ut ifra kjøpsverdien.

På den andre siden følger det ikke eksplisitt av P1-1 noe krav til å gi erstatning etter et inngrep i eiendomsretten. Krav om forholdsmessighet er likevel noe som oppfattes som



grunnleggende i forståelsen av EMK rent generelt, og det har blitt innfortolket visse regler i "subject to the conditions provided for ... by the general principles of international law", jf. 1. ledd 2. punktum.

Praksis fra EMD viser at P1-1 må tolkes slik at inngrep bare kan skje mot en forholdsmessig og rettferdig erstatning. Men i forhold til Grl. § 105 er det ingen (klare) materielle krav til en slik erstatning. Etter omstendighetene vil en svært lav erstatningssum kunne være forsvarlig, hvis samfunnets behov er tilstrekkelig klare. Spesielt hvis en eiendomsrett var blitt gitt av staten med forbehold om at eiendommen skulle brukes til et spesielt formål, vil det være mer naturlig å gi begrenset eller ingen erstatning ved ekspropriasjon der formålet ikke er oppfylt. Isolert fra hverandre vil altså P1-1 og Grunnloven kunne gi svært ulike resultater der det er gjort inngrep.

## **6. Tilbakevirkning**

Reglene om tilbakevirkning er i Grunnlovens tilfelle regulert i § 97. Dette beskytter den enkelte mot at plikter knyttes til allerede utførte handlinger, som gir en annen rettstilstand enn hva den berørte hadde berettigede forventninger om å motta.

Grl. § 97 kan gjøre spørsmålet om eiendomsrettslig vern vanskelig. Mens bestemmelsen i første omgang er ment å verne berettigede forventninger om eiendom, kan den også omfatte mer etablerte rettigheter, der offeret måtte forvente offentlig regulering av slag. Det kan i grunn virke unaturlig å anvende § 97 helt isolert i sammenheng med ekspropriasjon, ettersom en fratagelse av eiendomsrett faktisk medfører en endring i allerede fastsatte rettigheter og plikter. Bestemmelsen må tolkes for å skape mest mulig harmoni med Grl. § 105.

P1-1 har ikke noe generelt forbud mot tilbakevirkning. EMK art. 7, som fastslår et legalitetsprinsipp i straffesaker, kan ikke anvendes på det økonomiske området som P1-1 befinner seg i. Vern mot tilbakevirkning vil likevel være et aktuelt moment å ta for seg i spørsmål om nødvendighet og forholdsmessighet ved et inngrep.

Både etter Grunnloven og EMK er det naturlig å operere med et krav om at alle skal være vernet mot helt uforutsette og urimelige inngrep. Men det er nok unaturlig å behandle inngrep i allerede etablerte rettigheter som noe egentlig tilbakevirkende forhold, med mindre det bidrar til å skape en sterkt uforholdsmessig eller unødvendig situasjon.

Slik bestemmelsene er strukturert, vil nok P1-1 invitere til en mer overordnet vurdering av det enkelte inngrepet sett opp mot den berørtes behov for å nyte sin eiendom i fred. I Norge vil Grl. § 97 gi et mer tydelig forbud mot slike inngrep.

### **6.1. Tilbakevirkning: Uthuling av etablerte rettigheter**

Offentlige vedtak som formelt sett ikke fratår en person sin eiendomsrett, men som uthuler dens innhold til ulempe for individer stiller seg ganske interessant i forhold til reglene om vern av eiendom.

I *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (1982) hadde myndigheter gitt ekspropriasjonstillatelse til klagernes eiendommer. Disse tillatelsene ble utvidet et par tiår mer enn hva som var forutsatt, og eierne fikk ingen erstatning. Dette var etter EMDs mening en uforholdsmessig inngripen i deres rett til å nyte eiendommen i fred etter P1-1, siden eiendommene tapte kjøpsverdi, i tillegg til at eierne ble utsatt for usikkerhet.

Om denne saken kan anses å gi uttrykk for egentlig tilbakevirkning, er ikke så sikkert. Men den gir et godt eksempel på tilfeller der inngrep fra myndighetene i allerede etablerte rettigheter kan lede til et totalt sett uforholdsmessig og urimelig inngrep.

Fra et norsk perspektiv ville det med henvisning til Grl. §§ 97 og 105 kunne vært gitt en liknende konklusjon. Et inngrep som i realiteten gjør det vanskelig å disponere over egen eiendom, bør nyte et vern etter norsk rett på samme måte som i EMK, selv om det ikke finnes noen tilsvarende formålsregel som det gjør i P1-1 1. ledd 1. punktum.