

Sensorveiledning

JUS1111

Høst 2012

Dato: Mandag 26. november 2012

Tid: Kl. 10:00 – 16:00

DEL I: Praktikum (angitt tidsforbruk 4 timer)

I. Innledning

Opgaven består av en tradisjonell praktikumsoppgave som tar opp sentrale temaer i avtalerett.

Hovedlitteratur i avtalerett er Geir Woxholth, *Avtalerett*, 8. utgave, Oslo 2012 eller Johan Giertsen, *Avtaler*, Bergen 2006 eller Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009. En nærmere redegjørelse for hvilke deler av bøkene som er pensum fremkommer her: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS1111/h12/pensumliste.xml>.

Når det gjelder læringskravene, faller hovedtemaene som tas opp i oppgaven inn under krav til god forståelse. Oppgaven vil nok likevel falle ganske vanskelig for en del kandidater, og antas å være egnet til å skille kandidatene. Siden hovedtemaer innen faget reises i oppgaven må på den annen side forventes at de aller fleste får noe ut av den. En nærmere redegjørelse for læringskravene finnes her: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS1111/avtalerett/>

Jeg har på vanlig måte verken tatt sikte på noen uttømmende angivelse av hva som kan tas opp i besvarelsen, eller å angi et mønster for hva som skal til for å få en god karakter.

II. Praktikumoppgavens spørsmål

II.1 Innledning

Opgaven består av to delspørsmål som behandles i den rekkefølge de er gitt nedenfor. I utgangspunktet er det grunn til å anta at de fleste kandidatene får en del ut av det første spørsmålet, mens mange nok vil slite mer med spørsmål nummer to. Det er imidlertid langt mindre å behandle under spørsmål nummer to.

II.2 Spørsmål 1: Er bindende avtale mellom Peder Ås og Hans Tastad om kjøp av leiligheten på Norefjell inngått?

Det første spørsmålet dreier seg om problemstillingen avtalebinding ved kjøp av fast eiendom. Kandidatene har hatt løsørekjøp, så kjøp av fast eiendom etter avhendingslova er et rettslig landskap man ikke kan forutsette at kandidatene har særlig kjennskap til. Dette vil kanskje representere en utfordring for enkelte kandidater, men kjennskap til bakgrunnsrettens regler om kjøp av fast eiendom er ikke nødvendig for besvarelse av oppgaven.



Kandidatene blir presentert for et nokså omfattende faktum, med både relevante og irrelevante opplysninger. En del av prøven blir – på sedvanlig vis – å skille mellom de elementer som er relevante og de som ikke er det. Det som kanskje fremstår som det vanskeligste for kandidatene i oppgaven er valg av innfallsvinkel til bindingsspørsmålet. Partenes anførsler berører spørsmål man gjerne finner behandlet i forbindelse med avtalelovens tradisjonelle tilbud-aksept-modell, og spørsmål man gjerne finner behandlet i en mer «moderne» disposisjonskriterier-modell. De fleste kandidatene vil nok først og fremst være vant til at man velger enten den ene eller den andre innfallsvinkelen, og her må mange ulike innfallsvinkler godtas. Det viktigste er – som alltid – i hvilken grad kandidatene evner å se og å drøfte de relevante problemstillingene. I denne sammenheng må man også ha i bakhodet at kandidatene kun har studert jus i et semester.

Problemstillingene under avtalebindingsspørsmålet kan sies å falle i to grupper: en gruppe spørsmål av mer formell karakter knyttet til avtaleslutningsprosessen, og en gruppe spørsmål knyttet til det innholdsmessige – dvs. om partene har oppnådd en slik enighet at avtale kan anses sluttet. Jeg vil behandle hovedpunktene i nevnte rekkefølge nedenfor.

Et første spørsmål knytter seg til reguleringen av budprosessen som man finner i prospektet. Spørsmålet er uttrykkelig tematisert gjennom en av Hans Tastads anførsler, ved at han hevder at bud gitt gjennom tekstmelding ikke kunne være bindende.

Det reguleringen fastsetter er at et første bud «skal alltid avgis gjennom korrekt utfylt budskjema». Senere endringer av bud kan meddeles megler muntlig, mens bud ikke under noen omstendighet gyldig kan avgis til (mobil)telefonsvarer eller pr. e-post. En del kandidater vil antakelig reise spørsmålet om reguleringen er til hinder for at avtalebinding kan oppstå gjennom utveksling av tekstmeldinger. Den enkleste innfallsvinkelen til problemstillingen ligger nok i å stille spørsmålet om det her er oppstilt formelle krav til avtaleslutningsprosessen, som er til hinder for avtalebinding på annen måte enn foreskrevet. At «megler» er angitt i prospektet skulle ikke skape særlige problemer, da megler er angitt å være «privat». Lest i sammenheng må dette forstås slik at bud skal stiles til Peder ÅS.

Løsningen ligger nok i at partene står fritt til å avtale seg ut av slike formelle krav, og spørsmålet er om de har gjort det i dette tilfellet. En slik avtale kan inngås gjennom partenes handlemåte. I denne sammenheng kan det trekkes frem at kravene i utgangspunktet ensidig er oppstilt fra selger (Peder Ås), og at den samme innleder en annen kommunikasjonsform med potensielle budgivere, herunder Hans Tastad. Det fremkommer av faktum at partene deretter utveksler flere tekstmeldinger om prisspørsmålet, uten at formalitetsspørsmålet reises fra noen av partene. Det kan derfor ikke være særlig tvilsomt at reguleringen i prospektet ikke i seg selv er til hinder for avtaleslutning gjennom utveksling av tekstmeldinger. Reguleringen kan imidlertid også komme inn på en annen måte, jf. nedenfor.

Det neste spørsmålet av mer formell karakter er om Hans Tastads (forutsatt bindende) bud har blitt akseptert i tide, og hvis det ikke har blitt det, om Tastad kan reise innsigelsen på det tidspunktet han gjør. Dette bør i første omgang bringe kandidatene til avtaleloven § 3, og deretter til avtaleloven § 4.

Det er på det rene at det ikke er fastsatt noen særskilt akseptfrist i tilbudet fra Hans Tastad. I slike tilfeller finner vi to forskjellige regler i avtaleloven § 3 vedrørende akseptfristens lengde – én for tilfeller hvor tilbudet er fremsatt i brev eller telegram («den tid, som han (...) maatte regne med skulde gaa med»), og én for muntlige tilbud («straks», med mindre «akseptfrist [er] indrømmet»). Hvilken regel som er mest passende å henføre det foreliggende faktum under, via analogi, kan det nok være delte meninger om. Uansett er det nok slik at man ikke trenger særlig sterke holdepunkter for å konkludere med at det må være «indrømmet» en «akseptfrist» hvis man først skulle legge regelen for muntlige tilbud til grunn. I denne sammenheng er det naturlig å vise til at det dreier seg om omsetning av fast eiendom og at betydelige økonomiske verdier er involvert. Å forvente en umiddelbar respons på et slikt tilbud er det neppe grunnlag for, og aksepten vil derfor trolig være fremsatt i tide. Henfører man problemstillingen under regelen for brev og telegram kan vel neppe et døgn være mer enn det som gir «rimelig tid til at overveie» tilbudet, jf. avtaleloven § 3 første ledd annet punktum.

Forutsatt at aksepten fra Peder Ås ikke har kommet frem i tide, blir spørsmålet om innsigelsen fra Hans Tastad er fremsatt rettidig, jf. avtaleloven § 4 annet ledd. I utgangspunktet anses en for sen aksept som et nytt tilbud, jf. avtaleloven § 4 første ledd, men hvis akseptanten går ut fra at aksepten er rettidig og tilbyderen må forstå dette, må han gjøre gjeldende at aksepten er for sent fremsatt uten ugrunnet opphold.

I utgangspunktet er det grunn til å anta at regelen først og fremst får anvendelse i de tilfellene hvor aksepten er avsendt i tide, men på grunn av forsinkelse med forsendelsen ikke kommer frem innen akseptfristens utløp. Det er også først og fremst i disse tilfellene at akseptanten har grunn til å gå ut fra at aksepten er kommet frem i tide, og at tilbyderen «maa forstaa» at akseptanten går ut fra dette. Forutsetningen for at problemstillingen skal komme på spissen her er, som sagt, at Peder Ås' tekstmelding ikke har kommet frem i tide til Hans Tastad. I og med at vi her står overfor utveksling av tekstmeldinger, hvor mottak må forutsettes å skje nokså umiddelbart etter avsendelse, blir forutsetningen at også avsendelsen har skjedd etter akseptfristens utløp. Selv om bestemmelsens ordlyd for så vidt ikke avgrenser mot tilfeller der aksepten i utgangspunktet har blitt avsendt etter akseptfristens utløp, vil en anvendelse av den i slike tilfeller være mindre godt begrunnet. I slike tilfeller har jo akseptanten (regelmessig) tatt feil av rettsregelens innhold, noe han i utgangspunktet bør bære risikoen for selv. Like fullt åpner avtalelovens forarbeider uttrykkelig for anvendelse av bestemmelsen i slike tilfeller, jf. Utkast til lov om avtaler og andre retshandler på formuerettens område, s. 30. Hvorvidt man i dag ville fulgt forarbeidenes anvisninger fullt ut, må anses som usikkert. Problemstillingen er ikke uttrykkelig tematisert i læremidlene, og kandidatene kan selvfølgelig ikke forutsettes å kjenne uttalelsene i forarbeidene.

Det kan neppe forventes at mange kandidater vil se dette poenget, og de som måtte se det bør premieres. De kandidater som ser problemstillingen vil formodentlig gå rett på å vurdere hvorvidt meddelelsen fra Hans Tastad kom «uten ugrunnet opphold». Typiske elementer i en slik vurdering vil kunne være hvor lang tid «uten ugrunnet opphold» kan være i denne situasjonen, i hvilken grad det er rom for subjektive unnskyldningsgrunner (glemt mobiltelefon), særlig i en situasjon hvor man er midt i en kommunikasjon via tekstmeldinger, og at man står overfor en privatperson og ikke en næringsdrivende.

Jeg går nå over til å behandle de innholdsmessige sidene av avtaleslutningsspørsmålet.

Spørsmålet er tematisert gjennom to av anførslene fra Hans Tastad – han påberoper seg at det var en rekke spørsmål som partene ikke hadde diskutert, som det var viktig å få en avklaring på, og at han oppfattet utvekslingen av tekstmeldingene som uformelle sonderinger rundt prisspørsmålet. De to anførslene peker på to poeng som ikke er identiske, men som har en indre sammenheng. Den første anførselen går i realiteten ut på at partene ikke har kommet til tilstrekkelig enighet til at avtalebinding kan anses for å ha skjedd. Den andre anførselen gir et hint i retning av at graden av «formalitet» rundt avtaleinngåelsen er for lav til at berettigede forventninger om avtalebinding kan anses for å foreligge. En annen måte å formulere det overordnede spørsmålet på er om det partene har utvekslet av partsutsagn – til tross for at de formelle kravene til avtaleinngåelse forutsetningsvis er oppfylt – skaper berettigede forventninger om at avtale er sluttet.

Selve ordlyden i de partsutsagnene vi har tilgang til tilsier vel isolert avtalebinding, selv om tekstmeldingen fra Hans Tastad kanskje er noe forbeholden. Utover dette gir ordlyden i partsutsagnene mindre veiledning.

Høyesterett har i enkle avtaleforhold, slik vi her står overfor, lagt stor – og ofte avgjørende – vekt på om partene har blitt enige om hovedpunktene, jf. for eksempel Rt. 1996 s. 415, Rt. 1992 s. 1110 (Stiansendommen) og Rt. 1995 s. 543 (Selsbakkhøgda borettslag). På den annen side står vi her overfor en presumptivt stor investering for en privatperson, noe som kan sies å trekke i retning av at det skal en del til for å konstatere binding.

Det partene har oppnådd enighet om er prisen for leiligheten, 1,25 mill. kroner. Andre punkter er ikke direkte tematisert mellom partene. Det kunne særlig vært naturlig å avklare overtakelsestidspunktet før avtale endelig inngås. Dette er imidlertid tematisert i prospektet, men kun på en slik måte at det tidligst kan skje 1. februar det påfølgende året. I noen grad finnes det derfor holdepunkter for mulig konkret utfylling av partenes avtale på dette punktet. På andre punkter kan man benytte avhendingslovas regler til utfylling, men dette er et rettslig terreng som langt på vei må antas ukjent for kandidatene. Det ligger likevel en antydning i denne retning i angivelsen av at leiligheten ble solgt «som den er», jf. avhendingslova § 3-9. Hva kandidatene får ut av dette vil imidlertid kunne variere.

Et siste spørsmål som er reist i prospektet er mulig leie av leiligheten frem til endelig overtakelse. Heller ikke dette er tematisert mellom partene. Dette kan neppe tillegges særlig vekt i seg selv, da det ikke er nødvendig for inngåelse av kjøpsavtalen, og således ikke av avgjørende betydning for innholdet av denne. At partene ikke i det hele tatt har berørt spørsmålet i kommunikasjonen, til tross for at det er reist i prospektet, kan likevel tale svakt mot avtalebinding.

Måten partene har kommunisert på, gjennom relativt uformelle tekstmeldinger, kan kanskje sies å være lite egnet til å gi berettigede forventninger om at avtale skal anses endelig sluttet. I denne sammenheng kan det igjen pekes på at det gjelder en avtale om presumptivt store verdier for privatpersoner. Her kan man også vise til reguleringen av budgivningsprosessen som man finner i prospektet, som kan være med på å understøtte en slik argumentasjon, selv om den ikke skulle utgjøre et formelt hinder for avtaleslutning. Utgangspunktet er imidlertid at også en avtale om kjøp

av fast eiendom kan gjøres muntlig, noe reguleringen i prospektet også delvis åpner for, jf. reguleringen av økning av bud.

Avslutningsvis kan det også pekes på at hvis partene hadde fulgt prospektets anvisninger vedrørende budgivningsprosessen, og Hans Tastad hadde benyttet budskjemaet, ville det eneste punktet av særlig betydning man hadde fått en ytterligere avklaring på være overtakelsestidspunktet. De andre punktene i budskjemaet (forbehold, akseptfrist og finansieringskilder) ville antakelig konkret hatt mindre selvstendig betydning for bindingsspørsmålet. Hadde man fått en slik avklaring, og budgivningsprosessen hadde foregått i foreskrevne former, ville avtalebinding utvilsomt foreligget.

Alt i alt står vi nok her overfor et tvilstilfelle. Som alltid er uansett evnen til å reise, formulere og drøfte problemstillinger det viktigste, mens konklusjonene er av underordnet betydning. Det presiseres at det ikke kan forventes at kandidatene – ikke heller de sterkeste – ser og drøfter alle se spørsmålene som er reist ovenfor.

II.3 Spørsmål 2: Kunne Hans Tastad trekke seg fra avtalen i forbindelse med telefonsamtalen med Peder Ås tirsdag morgen

Spørsmål nummer to dreier seg om det finnes rettslig grunnlag for at Hans Tastad kunne trekke seg fra avtalen om kjøp av leiligheten tirsdag morgen. Kandidatene skal for dette spørsmålet bygge på at det er inngått en bindende avtale.

Enkelte kandidater vil kanskje her slå fast at tilbakekall av tilbudet etter avtl. § 7 ikke er aktuelt, da det er på det rene at tilbakekallet åpenbart kommer frem til Peder Ås lenge etter at tilbudet er kommet til Peder Ås' kunnskap.

Det mest nærliggende mulige grunnlaget her finnes i en analogisk anvendelse av avtaleloven § 39 siste punktum («re integra»-regelen). Spørsmålet er behandlet i Woxholth, *Avtalerett*, s. 68-69, Johan Giertsen, *Avtaler*, s. 88 flg. og Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, s. 117 flg. Disse spørsmålene er ikke gjenstand for omfattende behandling i læremidlene og det har heller ikke vært forelest særskilt om temaet. Ytterligere må spørsmålet anses for krevende for så ferske kandidater, og man må her heller premiere de kandidatene som får noe ut av spørsmålet, fremfor å trekke de kandidatene som sliter med problemstillingen.

Av bestemmelsen (analogisk anvendt) fremkommer det at en slik adgang til å tilbakekalle tilbudet, er betinget av at tilbudets mottaker ikke har innrettet seg og at det foreligger særlige grunner. Ytterligere har det i praksis og teori ofte vært operert med et vilkår om at det ikke må ha gått for lang tid. Hvor stor betydning dette har ved siden av innrettelsesvilkåret, kan det vel stilles spørsmål ved, og det presiseres at det ikke opereres med et slikt selvstendig vilkår i Woxholth, *Avtalerett*.

Noen har også stilt spørsmål ved om man kan operere med en slik adgang etter at tilbudet – som her – er akseptert, men man kan ikke forvente at kandidatene ser dette spørsmålet. Spørsmålet er for øvrig høyst diskutabelt, jf. Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, s. 119.

Testen her vil, som normalt, stå ved om det foreligger «særlige grunner». Det eneste direkte relevante man har av opplysninger i faktum er at Hans Tastad har oppdaget en annen leilighet på

Norefjell som kunne være vel så interessant. Det må være ganske klart at dette i seg selv ikke kan være tilstrekkelig til å trekke seg fra den forutsatt bindende avtalen.

Enkelte kandidater kan tenkes å trekke inn avtl. § 36 på dette punktet. Bestemmelsen er nok kjent for de fleste kandidatene, men ikke en del av kjernen i de avtalerettslige problemstillinger som ligger innenfor læringskravene. Konklusjonen kan ikke være annerledes her, og en eventuell drøftelse av spørsmålet bør fortrinnsvis holdes kort.

III. Avsluttende bemerkninger

Oppgavens hovedproblemstillinger er godt behandlet i pensumlitteraturen, uansett hvilke lærebøker studentene har anvendt. Problemstillingene er imidlertid dels krevende rent materielt, og dels krevende å få fremstillingsmessig tak på. Spørsmål 2 reiser videre spørsmål som litteraturen omhandler nokså rudimentært, og som må anses krevende for kandidater med ett semester juridisk bakgrunn. At kandidatene er såpass ferske må det selvfølgelig tas hensyn til ved sensuren.

Vi vil antakelig få et skille mellom kandidater som ser, formulerer og drøfter problemstillingene og de som stort sett konstaterer. Det første er klart mer fortjenestefullt enn det siste. Det er ikke konklusjonene eller enkeltpoengene som er avgjørende, men drøftelsene og analysen totalt sett.

Erfaringene fra sensuren viser at oppgaven generelt har falt nokså vanskelig for kandidatene. Det presiseres at man ved sensuren må ta tilbørlig hensyn til dette, og at man klart kan få en god karakter uten at alle problemstillinger reises. De fleste kandidatene får en del ut av spørsmål 1, mens flere sliter med spørsmål 2. Når det gjelder spørsmål 2 må man derfor heller premiere de kandidatene som får noe ut av spørsmålet enn å trekke de som får lite ut av det.

Oslo, 26. november 2012

Herman Bruserud

DEL II: Teori (Angitt tidsforbruk 2 timer)

“Redegjør for forbudet mot tortur, herunder om det finnes unntak fra dette forbudet.”

I. Innledning: oppgave og pensum

Dette er et klassisk emne, hvor den siste setningen i oppgaven fokuserer på det viktigste særkjennetegnet ved torturforbudet.

Tortur er et sentralt emne i lærebøker og forelesninger, se <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS1111/h12/undervisningsmateriale-internasjonale-menneskeretter-index.html>

2012-utgaven av Høstmjælingens bok er pensum først fra våren 2013.

II. Kildene: Menneskerettserklæringen, menneskerettskonvensjoner, folkerettslig sedvanerett og nasjonal rett.

De forskjellige lærebøkene følger den samme tilnærmingen og begynner med rettsgrunnlaget for forbudet mot tortur. Dette kan være en naturlig måte å begynne en besvarelse på. Men dette kunne muligens også tas i forbindelse med de neste punktene, og behøver ikke skilles ut til behandling innledningsvis.

Rettsgrunnlaget er bl a:

FNs menneskerettserklæring artikkel 5, EMK artikkel 3, SP artikkel 7, FNs torturkonvensjon og Den europeiske torturkonvensjon.

EMK artikkel 3, konvensjonens korteste artikkel, lyder: «No one shall be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.» Verken med hensyn til «tortur» eller «inhuman or degrading treatment» er det mulighet for unntak.

Uansett kunne kandidatene peke på at torturforbudet er formulert på samme måte i de viktigste instrumentene.

Andenæs/Bjørge nevner også Grl § 96 om at ” Pinligt Forhør maa ikke finde Sted”.

Det er rik rettspraksis fra EMD og FN-organene som det vises til i pensumlitteraturen, herunder særlig FNs menneskerettskomite og torturkomite. Norges Høyesterett har behandlet EMK og EMDs praksis, og dessuten i *Dar*-saken en anmodning fra FNs torturkomite om midlertidig beskyttelse, HR-2008-00681-A (som er vist til i to av lærebøkene). Enkelte kandidater kan si noe om den status de forskjellige domstols- og komite-organene har. Høyesterett og Folkerettsdomstolen i Haag (ICJ) har gitt uttrykk for forskjellige syn her, og kandidatene bør ikke trekkes om de fortrekker det ene eller andre, selv om de ikke redegjør for det alternative synet.

Enkelte kandidater vil vise til at forbudet mot tortur er folkerettslig sedvanerett, og at det også er ufravikelig folkerett (peremptory norm, jus cogens). Det kan uansett tas opp under diskusjonen av om det er unntak fra torturforbudet.

III. Idehistorie og bakgrunn

Enkelte kandidater vil vise til opplysningstidens idealer som reflektert i Grl § 96, med utgangspunkt i Den franske menneskerettighetserklæringen av 1789 og forfatningen av 1791, og dessuten Den amerikanske uavhengighetserklæringen av 1776 og the 8th Amendment om "cruel and unusual punishment" fra 1789.

I dette faget som heter "Internasjonale menneskeretter" er det viktig å få frem at det først er etter annen verdenskrig at internasjonale menneskerettsinstrumenter forbyr tortur. FNs torturkonvensjon med tilleggsprotokollen som Norge for tiden vurderer hvordan skal gjennomføres, og den europeiske konvensjonen, er uttrykk for at verdenssamfunnet ville gå til ytterligere tiltak, inkludert særlige institusjonelle mekanismer, for å gjøre torturforbudet effektivt.

IV. Forbudet mot tortur: Hva er tortur?

Hva er omfattet av forbudet mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling? Kandidatene kan velge utelukkende å behandle torturforbudet og trenger i så fall ikke å diskutere den nedre grensen for hva som utgjør "annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling".

Her kan kandidatene ellers følge denne tilnærmingen:

- forbudet mot tortur: grensen mot "annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling"
- den nedre grensen for hva som utgjør annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling

Under diskusjonen av forbudet mot tortur og grensen mot "annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling" er de sentrale EMD-avgjørelsene *Ireland v UK* [1978] 2 EHRR 25 hvor domstolen fant at behandlingen av IRA-internerte var i strid med art 3 EMK men at den utgjorde "annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling" og ikke tortur. I *Selmouni v France* (2000) 29 EHRR 403 peker domstolen på at denne grensen vil være gjenstand for utvikling. *Al-Skeini and Others v UK* [2011] 53 EHRR 18 støtter også at mishandlingen i *Ireland v UK* i dag ville stride mot torturforbudet i snever forstand.

Under diskusjonen av den nedre grensen for hva som utgjør annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling er det denne saken som går igjen i pensum og undervisning: *Tyrer v U.K.* (1978) 2 EHRR 1. Flinke kandidater kan ha fått med seg at isolasjon i varetekt og under soning, annen tvangsbruk, og visse forhold i det psykiatriske helsevernet som bruken av tvangsmidler, må vurderes mot art. 3 EMK.

V. Forbudet mot tortur: Positive og negative plikter

Grensen mellom positive og negative plikter, og det beslektede spørsmålet om horisontal virkning (i forholdet mellom private) er berørt i pensum og diskutert i undervisningen. I Andenas/Bjorge omtales dette som "falske dikotomier".

Staten kan ikke gjennom lovgivning og andre tiltak vedta at det skal benyttes tortur, unnta dette fra straff eller for øvrig legge forholdene til rette for tortur. Staten er dessuten ansvarlig for hva dens organer og tjenestemenn gjør. Staten vil ha en vidtrekkende plikt til å forebygge, forhindre og bringe til opphør brudd på art 3 EMK fra dens organer og tjenestemenn.

Dar-saken i Høyesterett viser at staten ikke kan utvise individer til land der deres retter etter art 3 EMK ikke vil bli respektert. Flinke kandidater vil vise at dette bringer opp mange vanskelige spørsmål, f.eks. om de krav som må stilles til land før utvisning kan finne sted, og at tiltak mot terrorist-mistenkte bringer dette systemet under press.

I Andenæs/Bjørge sies det:

Forbudet mot tortur er en klassisk negativ rett som typisk beskytter mot overgrep fra stat og dem staten har ansvar for.

Motsetningen er økonomiske og sosiale retter omtales ofte som «positive» retter; tanken er at staten positivt må foreta seg noe for å sikre økonomiske og sosiale retter. Retten til utdanning er under denne synsvinkelen «positiv» fordi staten bryter retten dersom den forholder seg passiv og ikke foretar seg noe. Sivile og politiske retter omtales ofte som «negative» retter; tanken er at staten må unnlate å foreta seg noe, «holde fingrene av fatet», for å sikre sivile og politiske retter. Retten til å være fri fra tortur er under denne synsvinkelen «negativ» fordi staten bryter retten dersom den foretar seg noe og ikke holder seg passiv.

Selv om det nok kan vinnes en viss intellektuell tilfredsstillelse ved å oppstille en slik tvedeling, har dikotomien lite for seg. Det er ikke bare dersom staten unnlater å tilby utdanning at den kan bryte retten til utdanning; også hvor en stat tilbyr utdanning som for eksempel er sterkt ideologisk eller religiøst farget, kan retten til utdanning være brutt. Det er videre ikke bare ved å unnlate aktivt å torturere at staten kan bryte forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff; også hvor fengselsforhold eller andre livsforhold er så dårlige at de går på den menneskelige verdighet løs, kan forbudet være brutt.

En illustrasjon på dette finner vi i House of Lords dom *Limbuela*, som handlet om den umenneskelige situasjon som noen asylsøkere henvises til i Europa, hvor en på den ene side ikke anses for å ha rett på noen velferdsytelser fra staten, samtidig som en forbyes å arbeide. Lord Brown uttalte:

«it seems to me generally unhelpful to attempt to analyse obligations arising under article 3 as negative or positive, and the state's conduct as active or passive. Time and again these are shown to be false dichotomies. The real issue in all these cases is whether the state is properly to be regarded as responsible for the harm inflicted (or threatened) upon the victim.» *R (Limbuela) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 66, [2006] 1 AC 396, avsnitt 92.

I realiteten sa House of Lords at det fulgte en «positiv» forpliktelse, en aktivitetsplikt på statens hånd, av artikkel 3. Dette er en god illustrasjon på hvor unyttig skillet mellom «positive» og «negative» retter er.

Torturforbudet kan føre til at staten får plikter til å beskytte mot tortur fra andre og fra andre stater, som i denne utvisningssaken.

VI. "Om det finnes unntak fra dette forbudet"

Fokus må være på at det ikke finnes unntak fra forbudet mot tortur.

- *Kan unntak eller innskrenkninger begrunnes?*

Det er ingen unntak fra torturforbudet i FNs menneskerettserklæring artikkel 5, EMK artikkel 3, SP artikkel 7, FNs torturkonvensjon, Den europeiske torturkonvensjon eller GrI § 96. En sammenligning med f eks art 10 EMK (ytringsfrihet) viser hvor forskjellig strukturen er mellom art 3 og de bestemmelsene som har unntak basert på bredt formulerte grunner. Det kan også sammenlignes med art 2 EMK (retten til liv)

Her kan der også gjøres bruk av den rike rettspraksis fra EMD og FN-organene som det vises til, herunder særlig FNs menneskerettskomite og torturkomite. I *Gäfgen v Germany* [2010] ECHR 759 tar EMD stilling til et av de mange "tikkende bombe"-scenariene.

EMDs storkammer gjorde klart at heller ikke i «tikkende bombe»-scenarier, hvor en ser for seg at det haster med å finne ut av hvor en bombe er gjemt eller hvor en antatt døende person er holdt, vil det være anledning til å statuere noen former for unntak. Se Andreas Motzfeldt Kravik, «Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendingers utsendelsesvern etter EMK artikkel 3?», *Lov og Rett* 2011, s. 404. Storkammeret sa at torturforbudet «even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned». Videre understreket Storkammeret:

«the prohibition on ill-treatment of a person applies irrespective of the conduct of the victim or the motivation of the authorities. Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk. No derogation is allowed even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. Article 3, which has been framed in unambiguous terms, recognises that every human being has an absolute, inalienable right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment under any circumstances, even the most difficult».

Det gjelder heller ikke noe unntak for etterforskning eller forebyggelse av terrorisme.

Den folkerettslig sedvanerett om forbudet mot tortur er også uten unntak. Forbudet mot tortur er dessuten ufravikelig folkerett (*peremptory norm, jus cogens*). Dette kan uansett tas opp under diskusjonen av om det er unntak fra torturforbudet.

- *Kan torturforbudet derogeres fra i unntakssituasjoner?*

Det er ingen derogasjonshjemler fra torturforbudet.

Dette kan belyses ved å se nærmere f eks på art 15 EMK:

Derogation in time of emergency

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.

Det er heller ingen derogasjon fra FNs menneskerettserklæring artikkel 5, SP artikkel 7, FNs torturkonvensjon, Den europeiske torturkonvensjon eller Grl § 96.

En sammenligning med andre bestemmelser som f eks art 10 EMK (ytringsfrihet) viser hvor forskjellig strukturen er i art 3 og bestemmelser hvor det kan gjøres innskrenkninger under normale forhold og dessuten generelle derogasjoner i nødssituasjoner.

Den folkerettslig sedvanerett om forbudet mot tortur er uten unntak også for slike situasjoner som dekkes av derogasjonshjemlene for andre menneskeretter. Dette følger også av at den er ufravikelig folkerett (*peremptory norm, jus cogens*).

VII. *Hvorfor det ikke kan gjøres unntak fra forbudet*

Begrunnelsen for tortur-forbudet kan også forklare hvorfor forbudet er unntaksløst.

Det hevdes vanligvis at tortur som middel for å få mistenkte til å tilstå ble avskaffet i Norge ved kongelig befaling i 1790; befalingen var begrunnet med «hvor usikkert og til like grusomt et middel torturen er til å oppdage sannheten». Se Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo 2006, 10. utg. ved Arne Fliflet, s. 404. At tortur som middel er meget mer usikkert enn en del vil ha det til, er en viktig innsikt. (Selv om tortur ville vært like uakseptabelt dersom tortur hadde vært nyttigere og mer pålitelig som kilde til informasjon.) Dette usikkerhetspoenget rekker imidlertid enda lenger. Det samme kan mer generelt sies om såkalte «tikkende bombe»-scenarioer; også disse er belagt med stor usikkerhet. Da det tyske politiet i *Gäfigen*-saken var så sikker på at mistenkte holdt et bortført barn fanget på ukjent sted at de valgte å bruke alle midler for å få ut av ham «sannheten», viste det seg at barnet allerede var død,

VIII. *Jurisdiksjon og immunitet*

Enkelte gode kandidater vil komme inn på jurisdiksjonsspørsmål og immuniteter som har vært brukt til å begrense gjennomslagskraften til menneskerettene. Om de gjør det, bør de få uttelling for dette, selv om det kan ligge utenfor ordlyden. Dette er såpass vanskelig at de som måtte prøve seg på en mindre vellykket måte ikke bør trekkes for det.

Jurisdiksjon og immuniteter utgjør ofte statens førstelinjeforsvar når et nytt område bringes inn under domstolskontroll. I EMDs avgjørelser i *Al-Skeini* (*Al-Skeini og andre mot Storbritannia*, App. No. 55721/07, storkammerdom av 7. juli 2011) og *Al-Jedda* (*Al-Jedda mot Storbritannia*, App. No. 27021/08, storkammerdom av 7. juli 2011) forkastet Storkammeret Storbritannias anførsler om at manglende jurisdiksjon og tilskrivning («attribusjon») av britiske soldaters handlinger til FN istedenfor til Storbritannia, hvilket ville ha resultert i *de facto* immunitet for de begåtte handlingene i sakene. Handlingene inkluderte drap, tortur og vilkårlig fengsling. Britiske domstoler anvendte en restriktiv tilnærming til jurisdiksjonsspørsmålene; de tillot såkalt

ekstraterritoriell jurisdiksjon utelukkende i visse unntakstilfeller. EMD gjorde bruk av en annen tilnærming. Domstolen listet opp forhold («circumstances») som går så langt at de ikke lenger kan sies å utgjøre unntak, men snarere å holde fast ved prinsippet om at EMK har ekstraterritoriell anvendelse. Den skrittvisse anvendelse av det generelle prinsippet, i det nye saksområdet som var brakt inn for Domstolen, og den gradvise avvisning av statenes forsvar som tidligere hadde vært akseptert i de helt spesielle omstendighetene som hersket under NATOs intervensjon i det tidligere Jugoslavia i 1990-årene, (*Bankovic og andre mot Norge og andre*, App. No. 52207/99, ECHR 2001–XII) er ikke overraskende og heller ikke lett å kritisere.

IX. Tortur, rettigheter og politikk

Til slutt kan det være noen følger opp et tema fra undervisning og en av lærebøkene (Andenæs/Bjørge), og bør eventuelt få uttelling for det. Torturforbudet er brukt som eksempel for å belyse det følgende. Det har vært hevdet at menneskerettene er mindre juridiske, og mer skjønnsmessige og «politiske», enn andre deler av jusen. Se for en god fremstilling av dette perspektivet Hans Petter Graver, hva er RETT, Oslo 2011.

Det motsatte kan hevdes: at menneskerettene ikke er åpne og skjønnsmessige, for eksempel sammenlignet med norsk forvaltningsrett eller forbrukerkjøpsrett. Menneskerettene er tvert om gjenstand for rettslig regulering av en annen karakter og et annet omfang enn vi er vant med fra andre rettsområder. Noen vil mene at et forbud mot tortur eller diskriminering er mer «politisk», det vi si: i mindre grad gjenstand for *rettslig* regulering enn retten til anke i forvaltningsretten eller hevingsrett ved vesentlig mangel i forbrukerkjøpsretten. Andre vil finne det mer treffende å si at forbudene mot tortur og diskriminering har ført til *mer* omfangsrik rettslig regulering i grunnloven og lovverket ellers med tilhørende rettspraksis, fordelt på flere rettsområder i den nasjonale sfære, og dessuten på forskjellige internasjonale nivåer. Prinsippene i EMK, som har vært kritisert for å være uklare, er for eksempel forklart og utdypet i EMDs mer enn 10 000 avgjørelser. Disse er gjerne mer utfyllende og presise enn norske høyesterettsavgjørelser. (Jurister er mest fortrolig med den formen dommer har i deres egen nasjonale tradisjon. For jurister utdannet i en norsk tradisjon, kan det være at norske dommer kommer best ut av sammenligningen. Jurister i andre nordiske tradisjoner, eller fransk, engelsk eller tysk tradisjon, vil også typisk sette sin tradisjon foran andre. Sammenligningen mellom dommer på det nasjonale og europeiske nivået kan ofte gjenspeile at en foretrekker sin egen nasjonale tradisjon.) Om disse menneskerettsreglene skulle ha en side til politikken, så er de likevel ikke mindre rettslige.

Noen vil innvende at forbudet mot tortur er vanskelig å håndheve, og at juridiske argumenter blir tilsidesatt når sterke interesser kommer i konflikt med menneskerettene. Det er ikke tvil om at sterke interesser kan gjøre det vanskelig å håndheve forbudet mot tortur, særlig under ekstreme forhold som i den såkalte «krigen mot terror» etter 11. september 2001. Professor Ove Bring har skrevet om «torturens återkomst» og visse juristers rolle i «att upphäva internationell rett». (Ove Bring, *De mänskliga rättigheternas väg – genom historien og litteraturen*, Stockholm 2011, s. 578.) Bring viser også hvorledes det ubetingete forbudet mot tortur har stått seg mot presset som rettsvesenet var utsatt for. Presset for å få gjort unntak fra torturforbudet i traktater, lovgivning, domstoler eller internasjonale håndhevelsesorganer har ikke ført frem. Neste fase er rettsoppjøret som vi er nå inne i, hvor de som har medvirket til menneskerettsbrudd, blir stilt til ansvar. Se *Donald Vance and Nathan Ertel v. Donald Rumsfeld and the United States of America*, United States Court of Appeals for the Seventh Circuits dom av 8. august 2011 og «Holding Rumsfeld Accountable», *New York Times* 14. august 2011:

<http://www.nytimes.com/2011/08/14/opinion/sunday/holding-rumsfeld-accountable.html?_r=1&scp=1&sq=court%20rumsfeld&st=cse>. Det omfatter også jurister som har gitt råd om at torturmetoder går klar av forbudet, eller som har medvirket på andre måter.

Forbudet mot tortur er ikke mindre rettslig eller mer uklart selv om det, som nevnt, har vært vanskelig å håndheve under ekstreme forhold. Som Bring har skrevet: «alla menneskerettsjuristers oppfatning är densamme. Juridiken bör aldrig legitimera tortyr.» Se Ove Bring, *De mänskliga rättigheternas väg – genom historien og litteraturen*, Stockholm 2011, s. 592. Det kan også vise til diskusjonen av juristers rolle i Hans Petter Graver, *hva er RETT*, Oslo 2011, s. 98–116, og deres strafferettslige ansvar i Ståle Eskeland, *De mest alvorlige forbrytelser*, Oslo 2011. Verken traktatbestemmelser, lovtekst eller rettspraksis gjør unntak; spørsmålet er som sådan alt annet enn skjønnsmessig og ikke-rettslig.

Det at jurister noen ganger har forsøkt å gjøre menneskerettene eksotiske ved å si at de er mindre juridiske eller mer skjønnspregete enn annen jus, vil ofte bunne i at kjennskapen til menneskerettene er svak. Hans Petter Graver har treffende sagt det slik: «Det er manglende innsikt og kunnskaper som fører til at internasjonale regler dukker opp som ‘troll-i-eske’ og at avgjørelser fra internasjonale domstoler fremstår som ‘kabalisme’ – ikke trekk ved disse rettsordnene selv.» Hans Petter Graver, 30. januar 2009, «Internasjonaliseringens betydning for jusstudiet», innlegg på fakultetskonferansen i 2009, <<http://www.jus.uio.no/for-ansatte/aktuelt/fra-ledelsen/2009/januar2.html>>.

X. Avsluttende vurdering

Oppgavens tekst spør etter en redegjørelse for forbudet mot tortur, og nevner derunder om det finnes unntak fra dette forbudet. En besvarelse kan baseres på EMK eller SP, men kan ikke utelukkende besvares på grunnlag av norsk rett. Det beste er naturligvis at kandidaten bygger på flere av de sentrale kildene.

De fleste vil finne frem til art 3 EMK og de tre-fire mest sentrale dommene som illustrerer hva som utgjør tortur. De vil dessuten se at det følger av måten art 3 er formulert på, sammenlignet med andre bestemmelser som f.eks art 10 EMK, at det ikke kan gjøres unntak.

De virkelige gode kandidatene har mye å spille på, og de som går utover minimumsversjonen ovenfor bør premieres for det om det bare ikke avslører for grove misforståelser.

Jeg nevner til slutt at sensorveiledningen er lang, og presiserer her mot slutten det som er sagt flere steder ovenfor om at kandidatene selvsagt kan få en toppkarakter uten å ta med alt i veiledningen

12 desember 2012.

Mads Andenæs