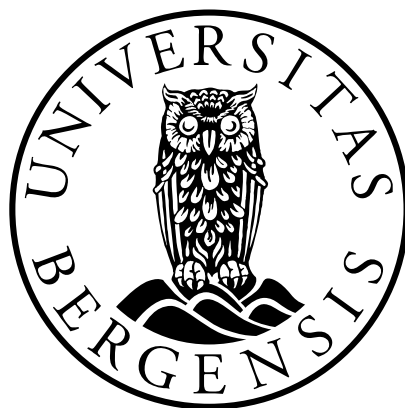


Menneskerettighetenes betydning ved sikkerhetsinternering av sivile i væpnet konflikt

Kandidatnummer: 107

Antall ord: 14737



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Aktualitet.....	4
1.2	Problemstillingens bakgrunn.....	5
1.3	Rettskildebildet og avgrensning.....	6
1.4	Veien videre.....	9
2	Folkerettslig tolkningsmetode.....	11
3	IHRLs anvendelse i væpnet konflikt.....	13
3.1	Jurisdiksjon.....	13
3.2	SPs anvendelsesområde.....	13
3.3	EMKs anvendelsesområde.....	14
4	Materielle vilkår for sikkerhetsinternering i en IAC.....	18
4.1	Innledning.....	18
4.2	Terskelen for sikkerhetsinternering.....	18
4.2.1	Terskelen i IHL.....	18
4.2.2	Terskelen i SP art.9.....	20
4.2.3	Terskelen i EMK art. 5.....	21
4.3	Prosedyrekrav.....	25
4.3.1	Prosedyrekrav i IHL.....	25
4.3.2	Prosedyrekrav i IHRL.....	26
4.4	Andre grunnleggende krav.....	28
4.4.1	Tilgang for objektive parter.....	29
4.4.2	Human behandling.....	30
4.4.3	Diskrimineringsforbud.....	32
4.4.4	Rettslig prøving av sikkerhetsgrunnet.....	33
5	Materielle vilkår for sikkerhetsinternering i en NIAC.....	37
5.1	Innledning.....	37
5.2	IHLs anvendelse i en NIAC.....	37
5.3	IHRLs anvendelse i en NIAC.....	38

5.4	Terskelen for sikkerhetsinternering.....	40
5.5	Prosedyrekrav.....	42
5.6	Andre grunnleggende krav.....	43
5.6.1	Tilgang fra objektive parter.....	43
5.6.2	Human behandling.....	43
5.6.3	Rettslig prøving av sikkerhetsgrunlaget.....	45
5.7	Den praktiske forskjell mellom IAC og NIAC.....	46
6	Derogasjonsadgang i IHRIL.....	47
	Litteraturliste.....	50

1 Innledning

1.1 Aktualitet

Denne oppgaven tar for seg menneskerettighetenes betydning ved sikkerhetsinternering av sivile i væpnet konflikt. Den rettslige reguleringen av slik sikkerhetsinternering faller innunder to regelsett. De vil til enhver tid og på ethvert sted dekkes av de universelle menneskerettighetene (IHRL). Videre vil de i en væpnet konflikt også falle innunder den internasjonale humanitærretten (IHL).

De to regelsettene er utviklet med helt forskjellig formål, som fører til at motstridende hensyn gjør seg gjeldende. Der IHRL tar sikte på å bevare frihet, rettferdighet og fred,¹ tar IHL utgangspunkt i at freden allerede er brutt.² For IHL oppstår det blant annet vurderinger om hva som er militært nødvendig, og hvor langt man kan gå på bekostning av humanitære hensyn. Slike vurderinger er i utgangspunktet ikke forenlig med ivaretagelse av frihet, rettferdighet og fred etter IHRL. Tanken var derfor lenge at regelsettene var gjensidig utelukkende, men et slikt standpunkt har ikke vært gjennomførbart i nyere praksis.³ Spennet mellom regelsettene fører dermed til usikkerhet om hvordan de forholder seg til hverandre.

For eksempel er det for IHL uomstridt at regelsettet kommer til anvendelse i en væpnet konflikt,⁴ men det samme kan ikke sies for IHRL. Spørsmålet om IHRL kommer til anvendelse utenfor eget territorium, eller om det er begrenset til egne landegrenser, må derfor drøftes. Samtidig er det klart at sikkerhetsinternering er tillatt etter IHL,⁵ men mer problematisk om det

¹ Se andre avsnitt i fortalen til International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (ikrafttredelsesdato 23. mars 1976). (SP).

² Se art. 2 og 3 i Geneva-convention relative to the protection of civilian persons in time of war, with annexes, Geneve, 12. august 1949 (ikrafttredelsesdato 21. oktober 1950). (GK IV).

³ Se nærmere Orna Ben-Naftali (red.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011, s. 4-5.

⁴ Se Genèvekonvensjonenes (GK) fellesartikkel 2 (FA 2) og 3 (FA 3).

⁵ Se blant annet GK IV art. 78.

faller inn under forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse i IHRL.⁶ Det reiser igjen spørsmål om hvilke krav regelsettene i så fall stiller til sikkerhetsgrunnlaget, for å rettferdiggjøre et så alvorlig inngrep i den personlige frihet som sikkerhetsinternering utgjør. Slike spørsmål er kun noen få av mange når det kommer til anvendelse av IHL og IHRL i en væpnet konflikt. At IHL er tilpasset konteksten væpnet konflikt, kan i mange tilfeller tale for at den bør gis forrang der slike kollisjonstilfeller oppstår. Imidlertid vil et slikt argument frata IHRLs grunnleggende universelle karakter.

1.2 Problemstillingens bakgrunn

Begrepet sikkerhetsinternering er relativt nytt,⁷ og omfatter frihetsberøvelse av personer som utgjør en alvorlig sikkerhetsrisiko. Disse er ikke siktet for en konkret forbrytelse, og kommer ikke nødvendigvis til å bli det.⁸

I en væpnet konflikt handler ikke en soldat på personlige vegne, men i tråd av- eller under kommando av en konfliktpart. Det er den tilknyttede part som i hovedsak bærer ansvaret for vedkommendes handlinger.⁹ Behovet for å forhindre den enkelte fra å delta i konflikten så lenge den pågår, er likevel tilstede. I tråd med dette behovet har reglene for krigsfanger vokst frem, med grunnleggende rettigheter for den frihetsberøvede. Krigsfangestatus kan imidlertid kun oppnås av en lovlig stridende, altså en soldat under en konfliktpart.¹⁰ Dermed faller en stor gruppe av personer utenfor. Dette omfatter både de som opererer under en militærgruppe uten

⁶ Se SP art. 9 nr. 1, og art. 5 i Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (ikrafttredelsesdato 3. september 1953). (EMK).

⁷ Begrepet sikkerhetsinternering benyttes likevel gjennomgående av Regjeringen og Forsvaret, og anses derfor som et etablert begrep i norsk juss. Se blant annet NOU 2016: 8 En god alliert – Norge i Afghanistan 2001–2014, s. 148 og 166.

⁸ Se nærmere Mads Harlem og Ginni Wiik, «Behov for norsk lovregulering av sikkerhetsinternering?», *Tidsskrift for strafferett*, 15, nr. 1 (2015), s. 43-61, på s. 44.

⁹ Se Cecilie Hellestveit og Gro Nystuen, *Krigens folkerett – Norge og vår tids kriger*, Universitetsforlaget, 2020, s. 301.

¹⁰ For krigsfangestatus, se art. 4 i Geneva-convention relative to the treatment of prisoners of war, with annexes, Geneve, 12. august 1949 (ikrafttredelsesdato 21. oktober 1950). (GK III).

partsstatus, såkalte ulovlig stridende, og enkeltindivider i befolkningen.¹¹ I det videre vil alle som faller utenfor lovlig stridende, omtales under samlebetegnelsen sivile.¹²

Ved siden av, og delvis inspirert av, krigsfangereglene, har interneringsregler av sivile vokst frem. Grunnlaget for å sikkerhetsinternere bygger imidlertid ikke nødvendigvis på klare bevis for at vedkommende har tatt del i kamphandlingen, til motsetning fra at man kan bevise at en krigsfange tilhører fiendens styrker. Interneringen i væpnet konflikt bygger i stor grad på preventive sikkerhetshensyn, og frykten for at vedkommende kan komme til å utgjøre en alvorlig risiko i fremtiden.¹³ Ut ifra dette har begrepet sikkerhetsinternering vokst frem. På engelsk benyttes i hovedsak synonymene «security detention» og «preventive detention».¹⁴ Begrepet kan i visse tilfeller omfatte internering også utenfor væpnet konflikt,¹⁵ men det er ikke av interesse for oppgavens problemstilling og det avgrenses derfor mot dette. I det videre vil det forutsettes at med begrepet sikkerhetsinternering, menes sikkerhetsinternering av sivile i væpnet konflikt.

1.3 Rettskildebildet og avgrensning

De internasjonale menneskerettighetene består av grunnleggende rettigheter som er utviklet med bakgrunn i sedvanerett og internasjonale- og regionale konvensjoner.¹⁶ I denne oppgaven vil sikkerhetsinternering ut ifra et europeisk perspektiv, og hva som følger i europeisk sammenheng, være fokuspunktet. Dermed er det særlig Den europeiske menneskeretts-

¹¹ For status som lovlig stridende, se art. 43 nr. 2 i Protocol additional to the Geneva Conventions of 12-08-1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts, Geneve, 8. juni 1977 (ikrafttredelsesdato 7. desember 1978). (TP I).

¹² En slik samlebetegnelse støttes også av TP I art. 50.

¹³ Se Claire Macken, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists: Preventive Detention and International Human Rights Law*, 1.utg., Routledge, 2011, s. 5.

¹⁴ For en gjennomgang av synonymer, se Macken (2011) s. 5.

¹⁵ Se nærmere Doug Cassel, «International Human Rights Law and Security Detention», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 40, nr. 3 (2009), s. 383-402, s. 384.

¹⁶ Se Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik, «Menneskerettene i væpnet konflikt», *Lov og rett*, 52, nr. 3 (2003), s. 214-231, på s. 217.

konvensjon (EMK) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) som er relevante rettskilder. EMK kommer til anvendelse for «everyone» etter art. 1, og SP for «all individuals» etter art. 2 nr. 1, og begge konvensjonene inneholder et generelt forbud mot vilkårlig frihetsberøvelse.¹⁷ Andre menneskerettighetskonvensjoner vil derfor ikke drøftes nærmere, med mindre disse gir viktige bidrag i tolkningen av EMK og SP.

For humanitærretten er det særlig de fire Genèvekonvensjonene av 1949 (GK), som utgjør de viktigste kildene i væpnet konflikt. Regelsettet refereres til som IHL, synonymt brukes også krigens folkerett. Den fjerde Genèvekonvensjonen (GK IV), tar stilling til sikkerhetsinternering i en internasjonal væpnet konflikt (IAC), altså en konflikt mellom to eller flere stater.¹⁸ Enkelte steder skiller GK IV mellom internering utført på statens eget territorium, og internering utført av en stat på okkupert territorium.¹⁹ Dette viser seg blant annet for terskelen til sikkerhetsinternering,²⁰ men utgjør ofte en mindre forskjell under og ved opphør av oppholdet. Dermed vil disse to skillene i hovedsak behandles under ett, og påpekes klart i de tilfellene hvor skillet utgjør en forskjell.

Sikkerhetsinternering i en ikke-internasjonale væpnet konflikt (NIAC), hvor partene er innenfor samme land, reguleres i utgangspunktet ikke av GK.²¹ Det følger imidlertid av konvensjonenes fellesartikkel 3 (FA 3) at partene likevel er bundet til å følge visse minimumsrettigheter i slike situasjoner.²² Disse minsterettighetene suppleres av Genèvekonvensjonenes tilleggsprotokoll (TP II).²³ Forskjellen i rettskildegrunnlaget, gjør at NIAC og IAC vil drøftes hver for seg.

¹⁷ Se EMK art. 5 og SP. art. 9 nr. 1.

¹⁸ Se GK FA 2.

¹⁹ Se GK IV Section II og Section III.

²⁰ Se avsnitt 4.2.1.

²¹ Jf. GK FA 2.

²² Se GK FA 3.

²³ Jf. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Geneve, 8. Juni 1977 (ikrafttredelsesdato 7. desember 1978). (TP II).

Det internasjonale krigsforbrytertribunalet for det tidligere Jugoslavia (ICTY) uttalte i *Simić mfl.-saken*,²⁴ at «The ratification of the Geneva Conventions by 188 States can be considered as reflecting the opinio juris of these State Parties».²⁵ Med andre ord gir den store oppslutningen til konvensjonene uttrykk for etablert rett i væpnede konflikter, slik at GK er bindende selv om en stat ikke er tilsluttet konvensjonene. TP II har imidlertid ikke like stor oppslutning, og kan dermed ikke ilegges sedvanerettsstatus. Den internerte kan følgelig tilsynelatende ha et svakere vern i en NIAC, enn i en IAC.²⁶

Et viktig bidrag til tolkning av IHL, gir Den internasjonale Røde Kors-komiteen (ICRC). Organisasjonen utgjør et uavhengig organ, som uttrykkelig er gitt mandat flere steder i GK IV til å bidra som en objektiv part.²⁷ Organisasjonens uttalelser har ikke bindende kraft, men er likevel tillagt betydelig vekt i praksis.²⁸ Særlig vil ICRCs kommentarutgave til GK IV,²⁹ og dens sedvanerettsstudie av IHL være av betydning.³⁰ Sistnevnte kartlegger i stor grad statspraksis i en NIAC, som er et rettsområde med få nedskrevne regler. Det er likevel viktig å merke seg at studien er utarbeidet av en organisasjon med et humanitært forhold, som kan få betydning for dens fokus, og at studien ikke er lagt universelt til grunn. ICRC har fått kritikk på flere punkter, blant annet for å ikke forankre sine standpunkter tilstrekkelig i rettspraksis enkelte steder.³¹ For oppgavens del vil studien likevel gi et betydelige bidrag til klargjøringen av et omfattende rettsområde, men den vil ikke få status som mer enn juridisk litteratur.

²⁴ Jf. ICTY, *Aktor mot Blagoje Simić mfl.*, nr. IT-95-9-T, 7. oktober 2003.

²⁵ Jf. *Simić mfl.-saken* avsnitt 74.

²⁶ Dette vil drøftes nærmere i kapitel 5.

²⁷ Se blant annet GK IV art. 10 og 76.

²⁸ Se Harlem og Wiik (2015) s. 48.

²⁹ Jf. Jean S. Pictet, (red.), Oscar M. Uhler, Henri Coursier mfl., oversatt fra originalspråk av Major Roald Griffin og Mr. C. W. Dumbleton, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: commentary: IV: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, 1958). (ICRC (1958)).

³⁰ Jf. Jean-Marie Henckaerts og Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law - Volume I: Rules*, 3.utg., Cambridge University Press, 2007. (ICRCs sedvanerettsstudie).

³¹ Se nærmere Arne Willy Dahl, *Håndbok i militær folkerett*, 2.utg., Cappelen Akademiske Forlag, 2008, s. 26.

Behovet for en klarer oversikt over regler i en NIAC, har også ført til en rekke forsøk på å kartlegge rettsområdet. Særlig viktig fremstår de såkalte København-prinsippene.³² Dette er et sett med 16 ikke-bindende prinsipper for internering i en NIAC, og er tilsluttet av over 20 stater. Balansen mellom IHL og IHRL fremsto imidlertid så problematisk, at partene ikke ble enige om hvilket regelsett som skal gjelde.³³ I prinsipp 4 heter det kun at internering skal gjøres i samsvar med «applicable international law». Den vage ordlyden medfører dermed at København-prinsippene ikke gir et viktig bidrag til oppgavens kjerne, og vil derfor ikke gjennomgås nærmere.

1.4 Veien videre

Videre i oppgaven vil det først være behov for å ta stilling til den folkerettslige tolkningsmetode, og dens anvendelse i en væpnet konflikt (kapitel 2). Deretter må det tas stilling til hvorvidt IHRL kommer til anvendelse i væpnet konflikt (kapitel 3). Dette er grunnleggende tema som må drøftes og klarlegges først, for å senere forstå menneskerettighetenes betydning ved sikkerhetsinternering av sivile i væpnet konflikt.

Etter dette vil oppgaven bevege seg inn i problemstillingens kjerne, og det vil drøftes hvilke materielle vilkår som gjelder for sikkerhetsinternering i en IAC (kapitel 4). Her vil reglene etter IHL og IHRL sammenlignes kontinuerlig, for å forstå hvilken rolle regelsettene har i henhold til hverandre. Det er særlig spørsmålet om regelsettene står side om side, eller om IHRL supplerer eller justerer kravene i IHL, som er gjennomgående. I kapitel 5 vil det samme temaet som i kapitel 4 være gjenstand for drøfting, men med utgangspunkt i en NIAC. Her vil det i større grad være fokus på eventuelle forskjeller fra en IAC, og om hvordan dette får betydning for den internerte.

³² The Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations, Cambridge University Press, *International Legal Materials*, 51, nr. 6 (2012), s. 1364-1380. (København-prinsippene).

³³ Se introduksjonsnotatet til København-prinsippene, s. 1365.

I kapitel 6 drøftes derogasjonsadgangen som følger av EMK og SP, og terskelen for å fravike de tidligere gjennomgåtte kravene for sikkerhetsinternering. Denne adgangen vil kunne få stor betydning for IHRLs posisjon i en væpnet konflikt.

2 Folkerettslig tolkningsmetode

Wien-konvensjonen om traktatretten (WK) art. 31-33,³⁴ gir uttrykk for den alminnelige folkerettslige tolkningsmetode, og er anerkjent som sedvanerett.³⁵ Av art. 31 nr. 1 følger det at traktater skal bli «interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty». Bestemmelsen viser her til at det er ordlyden som er det klare utgangspunktet for traktattolkninger. En slik forståelse må oppfattes som et utslag av suverenitetsprinsippet, slik at en klar ordlyd skal gi forutsigbarhet for den enkelte stat og hva den har bundet seg til.³⁶ Videre heter det i art. 31 nr. 1 at ordlyden må tolkes «in their context and in the light of its object and purpose». En kontekstuell og formålsrettet tolkning gir derfor likevel en viss fleksibilitet, særlig der ordlyden er uklar eller gir flere tolkningsalternativer. Det må vurderes hvordan dette får utslag i tolkningsmetoden for IHL og IHRL.

IHL er tilpasset konteksten til en væpnet konflikt, som tillater konvensjonen å utforme presise regler.³⁷ Særlig er det i IHL fokus på å begrense mulighetene for antitetiske slutninger som utvider adgangen til militære represalier og lignende.³⁸ Dette er viktig for å unngå at stater kan tolke reglene i retning av unødvendig maktbruk. Likevel kan det ikke alltid gis helt presise anvisninger i en gitt konfliktsituasjon, ettersom maktbruken må veies konkret mot de ødeleggelser den kan medføre.³⁹ Fire grunnleggende prinsipper gjør seg derfor gjeldende i IHL: (1) Distinksjonsprinsippet krever at man skiller klart mellom sivile personer og objekter, og stridende og militære objekter. Angrep må være (2) militært nødvendig, og er ilagt begrensninger av (3) humanitære hensyn. Til slutt må den militære fordel man forventer å oppnå i et angrep, være (4) proporsjonal ut ifra det tapet det medfører.⁴⁰

³⁴ Jf. Vienna Convention on the law of treaties (with annex), Vienna, 23. Mai 1969. (WK).

³⁵ Jf. blant annet *ICJ, Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau mot Senegal)*, 12. november 1991, s. 70, avsnitt 48.

³⁶ Tilsvarende Hellestveit og Nystuen (2020) s. 51.

³⁷ Se GK FA 2 og 3.

³⁸ Se Hellestveit og Nystuen (2020) s. 52.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Se nærmere Manual i krigens folkerett, Forsvarssjefen, 2013, s.12-14.

IHRLs universelle karakter krever at konvensjonene er preget av generelle rettigheter, som er anvendelig til enhver tid og på et hvert sted. Praksis viser dermed at ordlyden ofte tolkes dynamisk for å tilpasse seg den konkrete situasjonen. Det medfører at tolkningsresultatet enkelte ganger beveger seg bort ifra det som framstår som en klar ordlydstolkning. Den dynamiske tolkningsmetoden for IHRL, skiller seg derfor betraktelig fra IHLs strenge fokus på ordlyden.

Et eksempel på tolkningsmetoden for IHRL, er *Demir og Baykara-saken*.⁴¹ Her uttalte ECHR at det er viktig at tolkningen av EMK «renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory».⁴² En slik oppfatning er fulgt opp i en rekke dommer.⁴³ Samtidig viser ECHR blant annet i *Hassan-saken*,⁴⁴ at konvensjonen må tolkes i tråd med konsistent praksis og i lys av dagens samfunn.⁴⁵ Formålet til IHRL er å fremme menneskerettighetene og sikre den enkelte fundamentale rettigheter.⁴⁶ For å ivareta dette formålet kan det argumenteres for at tolkningsutgangspunkt må kunne tilpasses med tiden, og at en dynamisk tilnærming derfor harmonerer med WK. Det er likevel verdt å nevne at domstolen har høstet kritikk i juridisk teori for at tolkningsresultatet noen ganger kan bevege seg for langt unna ordlyden.⁴⁷

Regelsettenes kontekst og formål får med andre ord stor betydning i den konkrete tolkningen av enkeltbestemmelser. Det metodiske spennet mellom IHRL og IHL er derfor viktig å være klar over i det følgende.

⁴¹ Jf. ECHR, *Demir og Baykara mot Tyrkia* [GC], nr. 34503/97, 12. november 2008.

⁴² Jf. *Demir og Baykara-saken* avsnitt 66.

⁴³ For eksempler, se Geir Ulfstein, «Interpretation of the ECHR in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties», *The international journal of human rights*, 24, nr. 7 (2020), s. 917-934, på s. 919-920

⁴⁴ Jf. ECHR, *Hassan mot Storbritannia* [GC], nr. 29750/09, 16. september 2014.

⁴⁵ Jf. *Hassan-saken* avsnitt 101.

⁴⁶ Se andre avsnitt i EMKs fortale, og andre avsnitt i SPs fortale.

⁴⁷ Se Ulfstein (2020), særlig s. 920, 922 og 928, og Hellestveit og Nystuen (2020) s. 51.

3 IHRLs anvendelse i væpnet konflikt

3.1 Jurisdiksjon

For IHL er det uomtvistet at regelsettet får anvendelse i væpnet konflikt, uavhengig av territoriet man befinner seg på.⁴⁸ Mer tvilsomt har jurisdiksjonsspørsmålet vært for IHRL. Jurisdiksjonsbegrepet har ingen felles legaldefinisjon, og har dermed vært gjenstand for ulike tolkninger i ulike traktater. Jurisdiksjon handler vanligvis om styresmaktenes myndighet over egne borgere og eget geografiske territorium. I en væpnet konflikt har spørsmålet for IHRL vært om jurisdiksjon kan strekkes til å omfatte områder og tilhørende individer, som faller utenfor egne territoriale grenser. Flere stater stiller seg svært kritisk til å tillate en slik tolkning av ordlyden.⁴⁹ Spørsmålet vil derfor drøftes i det følgende.

3.2 SPs anvendelsesområde

I SP. art. 2 nr. 1, heter det at medlemsstatene skal respektere og sikre konvensjonens rettigheter overfor enhver «within its territory and subject to its jurisdiction». Det doble kravet reiser to forskjellige tolkningsalternativer. På den ene siden kan «within its territory» og «jurisdiction» anses som to kumulative vilkår. Ved en slik tolkning vil jurisdiksjon være bundet til en stats geografiske territorium.⁵⁰ Det andre tolkningsalternativet peker mot at partene må respektere konvensjonens rettigheter for alle som befinner seg både «within its territory», og for alle som er «subject to its jurisdiction». Dette tolkningsalternativet medfører at konvensjonens anvendelsesområde kan strekke seg utenfor statens egne landegrenser. SPs universelle karakter, og dens formål om å sikre sivile og politiske rettigheter for enhver og til enhver tid, taler for at det siste alternativet bør legges til grunn.⁵¹

⁴⁸ Se GK FA 2 og 3.

⁴⁹ Se nærmere Gerd Oberleitner, *Human rights in armed conflict: Law, practice, policy*, Cambridge University Press, 2015, s. 144-145.

⁵⁰ Tilsvarende Oberleitner (2015) s. 146.

⁵¹ Se andre og fjerde avsnitt i SPs fortale.

I *Delia Saldias de Lopez-saken*,⁵² tok FNs menneskerettighetskomite (HRC) uttrykkelig utgangspunkt i en slik formålsrettet- og kontekstuell tolkning. Her uttales at staten ikke under noen omstendighet kan «engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein».⁵³ Formålet taler dermed sterkt imot å tillate en stat å begå «violations it could not perpetrate on its own territory», bare fordi den er utenfor sitt eget territorium.⁵⁴

Samlet trekker det i retning av at tolkningsalternativet om at en stat må følge konvensjonen både «within its territory», og for alle som er «subject to its jurisdiction», finner mest støtte i ordlyden og konvensjonens formål. Det legges dermed til grunn at SPs anvendelsesområde kan strekke seg utenfor statens eget territorium.

3.3 EMKs anvendelsesområde

Av EMK art. 1 fremkommer det at partene er bundet til å følge konvensjonen overfor «everyone within their jurisdiction». Bruk av uttrykket «within» kan på den ene siden tale for at konvensjonen kun får anvendelse innenfor eget territorium, hvor staten har full jurisdiksjon. Fravær av lignende begreper som «territory» i SP, kan imidlertid tale motsatt vei. Dette styrkes av at myndighetskontroll ikke nødvendigvis er avhengig av den territoriale grense, hvor slik kontroll også kan utøves på andres områder. Dermed trekker ordlyden mer i retning av at EMK kan anvendes også utenfor statens eget territorium. Et slik tolkningsresultat styrkes, i likhet med SP, av konvensjonens formål om å sikre grunnleggende menneskerettigheter for alle til enhver tid.⁵⁵

⁵² Jf. HRC, *Delia Saldias de Lopez mot Uruguay*, CCPR/C/13/D/52/1979, 29. juli 1981.

⁵³ Jf. *Delia Saldias de Lopez-saken* avsnitt 12.3.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Se andre avsnitt i EMKs fortale.

ECHR fulgte et slikt tolkningsutgangspunkt i *Kypros mot Tyrkia-saken*,⁵⁶ hvor de uttalte at rekkevidden av jurisdiksjonsbegrepet må avgjøres ut ifra et spørsmål om effektiv kontroll. Sakens bakgrunn var den tyrkiske invasjonen av Nord-Kypros. Tyrkia hadde «effective overall control» over Nord-Kypros, slik at både statens egne styrker og lokale administrasjoner falt under Tyrkias kontroll.⁵⁷ Det betyr at «Turkey's “jurisdiction” must be considered to extend to securing the entire range of substantive rights set out in the Convention».⁵⁸ At det avgjørende utgangspunktet for jurisdiksjonsspørsmålet er rekkevidden av effektiv kontroll, finner også støtte i tidligere rettspraksis fra ECHR.⁵⁹

I *Banković mfl.-saken*,⁶⁰ som omhandlet ofre av NATOS bombing under Kosovo-krigen, viste ECHR igjen til kravet om effektiv kontroll. Domstolen uttalte imidlertid at jurisdiksjonsbegrepets ordinære betydning er «primarily territorial».⁶¹ Videre ble det slått fast at EMK «was not designed to be applied throughout the world»,⁶² og burde hatt en like klar ordlyd som Genèvekonvensjonene dersom den skulle anvendes slik. Dermed må det «exceptional circumstances» til for at konvensjonen får anvendelse utenfor statens eget territorium.⁶³ Tolkningsresultatet her viser til et strengere utgangspunkt enn det som ble lagt til grunn i *Kypros mot Tyrkia-saken*. I *Assanidze-saken*,⁶⁴ understreket domstolen videre at kjernen i ekstraordinære omstendigheter er når kriminelle handlinger blir begått «on board vessels flying the State flag or on aircraft or spacecraft registered there».⁶⁵ Altså må væpnede konflikt utenfor statens territorium, anses å falle utenfor i henhold til dommen.

⁵⁶ Jf. ECHR, *Kypros mot Tyrkia* [GC], nr. 25781/94, 10. mai 2001.

⁵⁷ Jf. *Kypros mot Tyrkia-saken* avsnitt 77.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Se blant annet ECHR, *Loizidou mot Tyrkia* [GC], nr. 15318/89, 23. mars 1995, avsnitt 62. For flere eksempler, se Oberleitner (2015) s. 158.

⁶⁰ Jf. ECHR, *Banković mfl. mot Belgia mfl.* [GC], nr. 52207/99, 12. desember 2001.

⁶¹ Jf. *Banković mfl.-saken* avsnitt 59.

⁶² Jf. *Banković mfl.-saken* avsnitt 80.

⁶³ Jf. *Banković mfl.-saken* avsnitt 74.

⁶⁴ Jf. ECHR, *Assanidze mot Georgia* [GC], nr. 71503/01, 8. april 2004.

⁶⁵ Jf. *Assanidze-saken* avsnitt 137.

Det strenge utgangspunktet har fått sterk kritikk i ettertid, særlig fordi det beveger seg bort fra konvensjonens formål og ikke tar hensyn til konteksten væpnet konflikt.⁶⁶ Denne restriktive tolkningen samsvarer med andre ord ikke særlig godt med ECHR's normalt dynamiske tolkningsmetode.⁶⁷

I den senere *Al-Skeini m.fl.-saken*,⁶⁸ la ECHR imidlertid til grunn en mer dynamisk tolkning igjen. Domstolen uttalte at Storbritannia «assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government», og dermed «exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations».⁶⁹ ECHR fastslo videre at det forelå «a jurisdictional link for the purposes of Article 1 of the Convention between the United Kingdom and the deceased».⁷⁰ Med dette skiller dommen seg betraktelig fra det strenge utgangspunktet i *Banković mfl.-saken*, og åpner opp for en mer fleksibel tolkning av jurisdiksjonsbegrepet.⁷¹

Selv om praksis fra ECHR viser at fastleggelsen av jurisdiksjon har vært problematisk, er det ingen avgjørelse som stenger for ekstraterritoriell anvendelse i en væpnet konflikt. Med utgangspunkt i ECHR's grunnleggende tolkningsprinsippet om effektiv anvendelse av konvensjonens bestemmelser, taler det for å legge til grunn tolkningsresultatet i *Al-Skeini m.fl.-saken* og *Kypros mot Tyrkia-saken*.⁷² Dermed vil EMKs anvendelsesområde, i likhet med SP, strekke seg utenfor statens eget territorium. Det reiser spørsmålet om hvor terskelen for effektiv kontroll skal være for at skjæringspunktet er nådd.

⁶⁶ Se Oberleitner (2015) s. 159.

⁶⁷ Se kapitel 2.

⁶⁸ Jf. ECHR, *Al-Skeini mfl. mot Storbritannia* [GC], nr. 55721/07, 7. juli 2011.

⁶⁹ Jf. *Al-Skeini mfl.-saken* avsnitt 149.

⁷⁰ Jf. *Al-Skeini mfl.-saken* avsnitt 150.

⁷¹ Tilsvarende Oberleitner (2015), s. 163.

⁷² Se kapitel 2.

For væpnet konflikt konstaterte ECHR i *Catan mfl.-saken*,⁷³ at effektiv kontroll forutsetter en etablert dominans over et område. Det avgjørende er hvilken makt en stats militære styrker har i det konkrete området. Viktige momenter er statens tilstedeværelse, i form av militære, økonomisk og politisk støtte, og om disse samlet gir staten utbredt kontroll i regionen.⁷⁴ I et tilfelle av sikkerhetsinternering, må det forutsettes å foreligge en slik dominans der man oppretter en interneringsleir, ettersom det kreves en viss grad av kontroll for å kunne etablere en slik leir. Dette styrkes av at leiren må ligge med god avstand til uoversiktlige konfliktområder, som følger uttrykkelig av GK IV art. 83 og TP II art. 5 nr. 2 (c). Tvilen ligger først og fremst der militære styrker henter ut sivile fra steder som er kontrollert av andre.

Et praktisk eksempel er der norske soldater hentet ut og utførte frihetsberøvelse av sivile, fra områder styrt av Taliban under Afghanistan-krigen fra 2001-2014.⁷⁵ I en slik situasjon vil de norske styrkene kun ha etablert dominans over område hvor de internerer. Det vil kunne bety at soldatene ikke må respektere forpliktelsene som følger av EMK under selve frihetsberøvelsen, men kun under interneringen. Likevel er det interneringsoppholdet som vil være mest i fokus, slik at jurisdiksjonsspørsmålet derfor ikke kommer på spissen i særlig stor grad ved etablert sikkerhetsinternering. Det leggs dermed videre til grunn at EMK og SP kommer til anvendelse ved sikkerhetsinternering i væpnet konflikt, både innenfor og utenfor en medlemsstats territorium.

⁷³ Jf. ECHR, *Catan mfl. mot Moldova mfl.* [GC], nr. 43370/04, 8252/05 og 18454/06, 19. oktober 2012, avsnitt 106.

⁷⁴ Jf. *Catan mfl.-saken* avsnitt 107.

⁷⁵ Se NOU 2016: 8, punkt 10.4.1, s. 166, hvor det reises en frykt for juridiske «sorte hull» ved frihetsberøvelse i væpnede konflikter.

4 Materielle vilkår for sikkerhetsinternering i en IAC

4.1 Innledning

Reguleringen av sikkerhetsinternering faller som tidligere nevnt, innunder to ulike regelsett.⁷⁶ Det er derfor forsvarlig å ta utgangspunkt i både IHRL og IHL når det skal tas stilling til hvilke materielle vilkår som foreligger i en IAC. IHL er imidlertid tilpasset konteksten væpnet konflikt og tar direkte stilling til reguleringen ved sikkerhetsinternering. Ved å starte i dette regelsettet, vil en kunne få tydeligere frem senere om, og eventuelt hvordan, IHRL justerer kravene i IHL. På denne måten vil menneskerettighetenes betydning ved sikkerhetsinternering av sivile i væpnet konflikt, bedre belyses. Det vil derfor tas utgangspunkt i kravene etter IHL først, og deretter IHRL. I et eventuelt kollisjonstilfelle oppstår spørsmålet om et av regelsettene skal gis forrang på bekostning av det andre, og dette vil bli forsøkt besvart. De samme argumentene gjør seg gjeldende både i en IAC og en NIAC, slik at tilnærmingen vil være lik i både kapitel 4 og 5.

4.2 Terskelen for sikkerhetsinternering

4.2.1 Terskelen i IHL

Skillet mellom sikkerhetsinternering på statens eget territorium, og på okkupert territorium, er særlig synlig når det kommer til terskelen for sikkerhetsinternering. Disse vil derfor gjennomgå hver for seg.⁷⁷

⁷⁶ Se kapitel 1.

⁷⁷ Se avsnitt 1.3.

På statens eget territorium heter det i GK IV art. 42 første ledd, at internering skal iverksettes dersom «the security of the Detaining Power» gjør det «absolutely necessary». Ordlyden viser først til at det må foreligge en sikkerhetstrussel mot staten, men avgrenser ikke terskelen nærmere. Den enkelte stat gis dermed en vid adgang til å definere den nedre grensen for trusselen selv. En slik tilnærming var også meningen ifølge ICRC, ettersom statene selv er nærmest til å vurdere situasjoner innenfor eget territorium.⁷⁸ Det må så tas stilling til hva som ligger i kravet om «absolutely necessary».

En tolkning av uttrykket tilsier at internering må være uunnværlig, og siste utvei for å avverge sikkerhetstrusselen. Mindre inngripende tiltak, som for eksempel husarrest, må derfor være utilstrekkelig. En slik streng terskel finner støtte i art. 41 første ledd, som uttrykker at sikkerhetsinternering anses som det strengeste makttiltaket en stat kan anvende overfor «protected persons» på eget territorium.⁷⁹ Samlet trekker det i retning av det stilles strenge krav for å kunne sikkerhetsinternere på eget territorium. Denne terskelen må dermed sammenlignes med terskelen på okkupert territorium.

På okkupert territorium følger det av art. 78 første ledd, at dersom staten «considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures» overfor «protected persons», kan den «at the most, subject them to assigned residence or to internment». Uttrykket «imperative reasons of security» viser til at det må foreligge tvingende sikkerhetshensyn. Terskelen for hvilke sikkerhetstrusler som anses tilstrekkelig, er dermed høy. I motsetning til på eget territorium, vil ikke staten være nærmest til å vurdere situasjonen utenfor eget territorium, og gis derfor mindre handlingsrom til å trekke terskelen selv.

Videre krever art. 78 første ledd at sikkerhetshensynene må gjøre det «necessary» å internere. Ordlyden forstås å gi anvisning til et pressende behov, men er ikke betinget av at det er absolutt, slik at det ikke må være siste utvei. Dette finner støtte i at internering er likestilt med «assigned residence», som peker mot å tvangsforvise noen til en bestemt bosituasjon. ICRC påpeker at tiltaket er ment å være mindre inngripende enn konstant overvåkning, som ved

⁷⁸ Se nærmere ICRC (1958) s. 257-258.

⁷⁹ For definisjon av «protected persons», se GK IV art. 4. Det er klart at sivile faller inn under uttrykket.

sikkerhetsinternering.⁸⁰ Når «assigned residence» likevel er likestilt med internering, taler det for at det gis en videre tilgang til å sikkerhetsinternere på okkupert territorium, enn på statens eget territorium. Denne forskjellen må forstås ut i fra konteksten bestemmelsen ønsker å romme. På eget territorium er det naturlig at staten har større grad av kontroll, enn man vil ha når den befinner seg på okkupert territorium. Sikkerhetssituasjonen vil derfor fort bli vanskeligere ved sistnevnte, som kan tilsi at man bør gis en større adgang enn innenfor egne landegrenser. Adgangen begrenses likevel av at det må foreligge tvingende sikkerhetshensyn, slik at staten ikke gis et for vidt handlingsrom.

4.2.2 Terskelen i SP art.9

IHL regulerer ikke sikkerhetsinternering eksplisitt. SP art. 9 nr. 1 viser imidlertid til et forbud mot «arbitrary arrest or detention», altså vilkårlig frihetsberøvelse. Dette forbudet må anses som en ytre ramme for alle former for frihetsberøvelse som faller inn under vilkåret «deprived of his liberty». Med andre ord vil den generelle adgangen til å sikkerhetsinternere i IHL, kunne justeres av SP art. 9 dersom det faller inn under dens anvendelsesområde. Det må dermed først slås fast om sikkerhetsinternering i væpnet konflikt faller inn under bestemmelsen.

Vilkåret om at ingen skal bli «deprived of his liberty», avgrenses av formene «arrest or detention». Hva som mer konkret er omfattet utdypes ikke, og ordlyden anses derfor som vid. HRC har imidlertid presisert at anvendelsesområdet er ment å omfatte «all deprivations of liberty», både i straffesaker og etter andre formål.⁸¹ Videre har de eksplisitt nevnt at «so-called preventive detention» er omfattet av bestemmelsen.⁸² Sikkerhetsinternering i væpnet konflikt faller dermed innenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Videre må det klarlegges hvor terskelen for vilkårlighet ligger, og hvordan den stiller seg i henhold til sikkerhetsinternering.

Begrepet «arbitrary» peker mot at frihetsberøvelse ikke skal være tilfeldig eller ubegrunnet. Terskelen for frihetsberøvelse er derfor streng. Hva som nærmere kreves i den konkrete

⁸⁰ Se ICRC (1958) s. 368 jf. s. 256.

⁸¹ Jf. HRC, General Comment No. 8, Article 9 (Right to liberty and security of persons), 30. juni 1982, avsnitt 1.

⁸² Jf. HRC, General Comment No. 8, avsnitt 4.

vurderingen er likevel ikke utdypet. Derfor har HRC vist til at vilkåret må vurderes ut ifra momentene «inappropriateness, injustice, lack of predictability [...], reasonableness, necessity and proportionality».⁸³ For sikkerhetsinternering taler disse momentene for at vedkommende må utgjøre en klar sikkerhetstrussel, og at andre mindre inngripende tiltak ikke vil avverge trusselen. HRC understreker at sikkerhetsinternering normalt ville anses som vilkårlig dersom et strafferettslig system var tilgjengelig.⁸⁴ Dermed må sikkerhetstrusselen være «a present, direct and imperative threat» for at sikkerhetsinternering uten formål om strafferettslig forfølgning, ikke skal anses vilkårlig.⁸⁵ Med andre ord forstås det slik at det strenge vilkårlighetsvilkåret i art. 9, tolkes enda strengere i et tilfelle av sikkerhetsinternering i væpnet konflikt.

En slik streng tilnærming, vil kunne tale for at SP art. 9 justerer IHL, særlig på okkupert territorium. Likevel viser HRC til at kontekst er viktig også i art. 9, som peker mot at den vanskelige sikkerhetssituasjonen på okkupert territorium, har betydning i helhetsvurderingen. SP fremstår dermed som mer romslig i slike pressede situasjoner, slik at konvensjonen anvendes vedsiden av IHL.

4.2.3 Terskelen i EMK art. 5

I likhet med SP art. 9 nr. 1, heter det i EMK art. 5 nr. 1, at ingen skal bli «deprived of his liberty». Anvendelsesområdet er ikke nærmere avgrenset, men er naturlig å se i kontekst av bestemmelsen for «liberty of movement» i art. 2, i EMKs tilleggsprotokoll nr. 4.⁸⁶ Forskjellen mellom frihetsberøvelse og bevegelsesbegrensning avgjøres av intensitetsgraden, og ikke av

⁸³ Jf. HRC, General Comment No. 35, Article 9 (Right to liberty and security of persons), 16. desember 2014, avsnitt 12, jf. HRC, *Fongum Gorji-Dinka mot Kamerun*, nr. 1134/2002, 17. mars 2005, avsnitt 5.1 og HRC, *Van Alphen mot Nederland*, nr. 305/1988, 23. juli 1990, avsnitt 5.8.

⁸⁴ Jf. HRC, General Comment No. 35, avsnitt 15.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Jf. Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto, Strasbourg, 16. september 1963 (ikrafttredelsesdato 2. mai 1968).

hvilket tiltak som iverksettes.⁸⁷ Sikkerhetsinternering fratrar ikke bare den internertes mulighet til å bevege seg, men også hans mulighet til å bestemme over sin hverdag. Intensiteten styrkes av at sikkerhetsinternering ofte er på ubestemt tid. Dermed innebærer sikkerhetsinternering et frihetstap av så høy intensitet, at det må anses å overstige den øvre grensen for bevegelsesbegrensning. Sikkerhetsinternering faller med dette inn under anvendelsesområdet til art. 5.

Bestemmelsen inneholder ikke et uttrykkelig vilkårlighetskrav. Likevel har et slik vilkår vært innfortolket i praksis. For eksempel uttalte ECHR i *Al-Jedda saken*,⁸⁸ hvor en sivil person ble sikkerhetsinternert i Irak, at art. 5 skal beskytte «the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty».⁸⁹ For at frihetsberøvelsen ikke skal være vilkårlig, måtte den være «justified» av et av de seks uttømmende unntakene i bestemmelsen.⁹⁰ Det reiser spørsmål om sikkerhetsinternering kan rettferdiggjøres under et av unntakene.

Ved første øyenkast kan internering «to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law» i art. 5 bokstav b), virke som et aktuelt unntak for sikkerhetsinternering. Uttrykket «any obligation» er vidt, og kan peke mot at preventiv arrest er omfattet. ECHR har til tross for dette tolket ordlyden innskrenkende, slik at den kun skal omfatte spesifikke forpliktelser som følger av loven, og ikke preventiv arrest.⁹¹ Sikkerhetsinternering faller dermed utenfor unntaket.

Det neste, og siste unntaket som etter ordlyden kan omfatte sikkerhetsinternering, er bokstav c). Her heter det at en person kan lovlig interneres «for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence». Ordlyden viser tilsynelatende til to ulike situasjoner. Den første hvor man har «reasonable suspicion» til å tro at vedkommende allerede har begått en kriminell handling. I en slik situasjon viser ordlyden

⁸⁷ Jf. ECHR, *Staney mot Bulgaria* [GC], nr. 36760/06, 17. januar 2012, avsnitt 115.

⁸⁸ Jf. ECHR, *Al-Jedda mot Storbritannia*, [GC] nr. 27021/08, 7. juli 2011.

⁸⁹ Jf. *Al-Jedda saken* avsnitt 99.

⁹⁰ Jf. *Al-Jedda saken* avsnitt 99-100.

⁹¹ Se bl.a. ECHR, *Lawless mot Irland* (No.3) [J], nr. 332/57, 1. juli 1961, s. 20.

videre til et formålsskrav om å bringe vedkommende foran en «competent legal authority». Sikkerhetsinternering dreier seg imidlertid ikke om konkrete holdepunkter for at en kriminell handling er begått, men frykten for at det skal begås. Dermed faller sikkerhetsinternering utenfor anvendelsesområdet for den første situasjonen som ordlyden gir anvisning til.

Den neste situasjon bokstav c) viser til, er der det foreligger rimelig grunn til å tro at en kriminell handling skal begås. Ordlyden «prevent his committing an offence» er vid og tillater tilsynelatende all form for preventiv frihetsberøvelse. Ved en slik tolkning vil sikkerhetsinternering falle inn under anvendelsesområdet. ECHR har imidlertid tolket ordlyden noe annerledes i *Lawless-saken*. Domstolen viser her til at formålsskravet om å bringe vedkommende foran «the competent legal authority», gjelder i begge situasjonene bokstav c) viser til. Det reiser spørsmål om kravet om at sikkerhetsgrunnlaget for interneringen må rettslig prøves, er tilstrekkelig for å oppfylle formålsskravet.⁹² Kjernen i ordlyden peker mot strafferettslig forfølgning, men utelukker likevel ikke at annen rettslig prøving er tilstrekkelig. En vid tilnærming til ordlyden tilsier dermed at sikkerhetsinternering kan falle inn under unntaket i bokstav c).

I *Al-Jedda saken* uttalte imidlertid ECHR at bestemmelsen «does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges».⁹³ Domstolen tolker dermed ordlyden innskrenkende, slik at sikkerhetsinternering faller utenfor. De viser til at statens eneste mulighet ville vært å derogere fra art. 5, som ikke var gjort her.⁹⁴ Den strenge tolkningen har høstet kritikk i juridisk teori for å ikke ta hensyn til effektiv beskyttelse av andre individer og samfunnet.⁹⁵ I en væpnet konflikt er behovet stort for å reagere på en sikkerhetstrussel ved å internere, særlig fordi alternativet fort kan bli å drepe vedkommende.⁹⁶ Det kan dermed argumenteres for at tolkningsutgangspunktet ikke er «effective», men mer

⁹² Kravet om rettslig prøving drøftes i avsnitt 4.4.4.

⁹³ Jf. *Al-Jedda saken* avsnitt 100.

⁹⁴ Derogasjonsadgangen drøftes i kapitel 6.

⁹⁵ Se Kjetil Mujezinović Larsen, «Detention for Protection: Searching for a 'Fair Balance' between the Restrictions on Preventive Detention and the Obligation to Protect Individuals», *Oslo Law Review*, 3, nr. 1 (2015), s. 1-22, særlig på s. 14 og 21, og Hellestveit og Nystuen (2020) s. 388.

⁹⁶ Se Hellestveit og Nystuen (2020) s. 388.

«theoretical and illusory», som ECHR i utgangspunktet tok avstand fra i *Demir og Baykara-saken*.⁹⁷ Samtidig er det stilt spørsmål ved om det er grunnlag for en slik streng tolkning, når den internerte har krav på rettslig prøving av sikkerhetsgrunnlaget.⁹⁸

I den senere *Hassan-saken* modifiserte imidlertid ECHR utgangspunktet for IAC. Saken omhandlet, i likhet med *Al-Jedda saken*, sikkerhetsinternering av en sivil person i Irak. Domstolen viser her til at art. 5, må tolkes i samsvar med dens formål og kontekst etter WK art. 31, og at det gjelder ulike hensyn for frihetsberøvelse i væpnet konflikt enn i fredstid.⁹⁹ Dette innebærer at EMK «must be interpreted in harmony with other rules of international law», og særlig relevant for sikkerhetsinternering i væpnet konflikt, er GK IV fordi den er tilpasset situasjonen.¹⁰⁰ Ettersom GK IV åpner opp for sikkerhetsinternering, og det ikke er praksis å derogere fra EMK art. 5 i situasjoner hvor kravene etter GK IV er oppfylt, talte det for å tillate slik praksis også etter EMK.¹⁰¹ Med andre ord må ECHR's argumentasjon forstås slik at sikkerhetsinternering i en IAC som samsvarer med GK IV, vil kunne være lovlig etter art. 5. Med dette utgangspunktet vil bestemmelsen være «effective» i tråd med tolkningsutgangspunktet i *Demir og Baykara-saken*.¹⁰² Samlet trekker dette i retning av at det strenge utgangspunktet som ble lagt til grunn i *Al-Jedda saken*, kan gås bort ifra. Sikkerhetsinternering i væpnet konflikt må derfor forstås å falle inn under ordlyden i art. 5 bokstav c).

På denne bakgrunn viser det, i likhet med tolkningen av SP art. 9, at EMK art. 5 er mer romslig i pressende situasjoner. Der tvingende hensyn gjør at sikkerhetsinternering er siste utvei, vil det derfor kunne argumenteres for at det sjeldent er vilkårlig så lenge de øvrige vilkårene er oppfylt. Ut ifra dette anses IHRL og IHL å ha lik tilnærming til terskelen for sikkerhetsinternering, slik at regelsettene opererer side ved side her. De andre vilkårene som følger av EMK art. 5 og SP

⁹⁷ Se kapitel 2, og *Demir og Baykara-saken* avsnitt 66.

⁹⁸ Se avsnitt 4.4.4, og Larsen (2015) s.14

⁹⁹ Se kapitel 2 for en gjennomgang av de ulike hensynene og formålene.

¹⁰⁰ Jf. *Hassan-saken* avsnitt 102.

¹⁰¹ Se *Hassan-saken* avsnitt 101.

¹⁰² Se kapitel 2.

art. 9, må imidlertid oppfylles for at sikkerhetsinternering ikke skal anses vilkårlig etter IHRL. Hva som ligger i disse vilkårene vil drøftes senere i kapitlet.

4.3 Prosedyrekrav

4.3.1 Prosedyrekrav i IHL

For å sikre at terskelen for sikkerhetsinternering følges, har IHL krav til visse prosedyrer. Skillet mellom statens eget territorium og okkupert territorium, gjør seg også særlig synlig her, slik at disse drøftes hver for seg.

I GK IV art. 78 andre ledd, heter det at avgjørelser om internering «shall be made according to a regular procedure to be prescribed by the Occupying Power in accordance with the provisions of the present Convention». En tolkning av ordlyden tilsier at statene må etablere en fast prosedyregang på forhånd. Bestemmelsen presiserer at prosedyren må inneholde «the right of appeal for the parties concerned». Øvrige krav om innhold er ikke nærmere spesifisert. Det gir tilsynelatende staten en vid adgang til selv å bestemme hvilke konkrete krav som skal gjelde, så lenge de samsvarer med konvensjonens øvrige vilkår.

På statens eget territorium følger det ikke et krav om at en prosedyre må være etablert på forhånd. Sidenoten til art. 43 viser imidlertid til at bestemmelsen omhandler «[p]rocedure», og krever at den internerte får prøve det rettslige grunnlaget sitt. Et klart prosedyrekrav og hva det nærmere skal inneholde, tar ordlyden likevel ikke stilling til. Staten gis dermed frihet til selv å fastlegge hvorvidt en prosedyre for sikkerhetsinternering kreves. Fraværet av et slikt krav kan begrunnes i suverenitetsprinsippet, og at en stat selv er nærmest til å bestemme prosedyrer for eget territorium. En slik tilnærming virker også norske myndigheter å ha lagt til grunn. De uttaler at maktbruk fra militære styrker på eget territorium, utøves «direkte med utgangspunkt i folkerettslige suverenitetsbetraktninger og prinsipper».¹⁰³ Ved angrep mot egen suverenitet,

¹⁰³ Jf. Innst. S. nr. 49 (2004-2005), Innstilling fra forsvarskomiteen om samfunnsikkerhet og sivil-militært samarbeid, s. 10.

kan et motangrep ikke kreve hjemmel i nasjonal lov, mener de.¹⁰⁴ Med andre ord taler det for at i slike pressede situasjoner, må det være åpning for å reagere med adekvate tiltak. En slik tilnærming legger imidlertid til grunn en forutsetning om at staten også på eget territorium, må ta utgangspunkt i GK IV sine øvrige vilkår og forpliktelser. Samlet trekker det i retning av liten praktisk forskjell mellom statenes tilnærming på eget- og okkupert territorium.

4.3.2 Prosedyrekrav i IHRL

Både EMK og SP inneholder prosedyrekrav ved frihetsberøvelse. I SP art. 9 nr. 1, heter det at frihetsberøvelsen må være «in accordance with such procedure as are established by law». Uttrykket «established by law» peker mot at prosedyren må samsvare med en etablert fremgangsmåte i lov. Ordlyden forstås slik at bestemmelsen ikke krever at prosedyren følger direkte av loven.

Av EMK art. 5 nr. 1, følger det at frihetsberøvelse må være «in accordance with a procedure prescribed by law». Uttrykket «prescribed by law» peker mot at fremgangsmåten for prosedyren må være nedfelt i en lov, og skiller seg dermed fra kravet i SP. ECHR har imidlertid tolket kravet slik at det viser til «applicable legal standards»,¹⁰⁵ og at det må overholde «the obligation to conform to the substantive and procedural rules» av denne standarden.¹⁰⁶ Det taler for at det er tilstrekkelig at prosedyren er i samsvar med lov. Fremgangsmåten i EMK og SP anses dermed i stor grad å være praktisk like. Hva som ligger nærmere i «law»-kravet vil derfor hovedsakelig drøftes under ett i det følgende.

Kjernen i begrepet «law» peker mot at det må foreligge et nedfelt lovverk. Sett i kontekst av at konvensjonens parter er stater, taler det for at et slik lovverk må sikres av nasjonale myndigheter. ECHR har imidlertid som nevnt, hatt en videre tilnærming, slik at også andre lovlige prosedyrer anses å tilfredsstille kravet.¹⁰⁷ I *Hassan-saken* uttalte domstolen at det er

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Jf. ECHR, *Medvedyev mfl. mot Frankrike* [GC], nr. 3394/03, 29. mars 2010, avsnitt 79.

¹⁰⁶ Jf. ECHR, *Creangă mot Romania* [GC], nr. 29226/03, 23. februar 2012, avsnitt 101.

¹⁰⁷ Se avsnitt 4.2.3.

tilstrekkelig at prosedyren «comply with the rules of international humanitarian law».¹⁰⁸ Med andre ord vil prosedyrekravet som følger av GK IV art. 43 og 78, i utgangspunktet kunne være tilstrekkelig for kravet i IHRL. ECHR uttaler likevel videre i *Hassan-saken* at «most importantly [...] it should be in keeping with the fundamental purpose of Article 5 § 1, which is to protect the individual from arbitrariness».¹⁰⁹ En sikkerhetsgaranti for å oppnå dette, er at prosedyrekravet etter IHRL må ha tilstrekkelig kvalitet.¹¹⁰ Det reiser spørsmål om kvalitetskravet stiller ytterligere krav som får betydning for IHL.

ECHR har uttalt at prosedyren må være «sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application».¹¹¹ Hva som anses tilstrekkelig kan variere fra ulike rettsområder.¹¹² Imidlertid presiserer ECHR at jo strengere inngrep som foreligger, jo strengere kvalitet må kreves.¹¹³ At sikkerhetsinternering er et av de største makttiltakene en stat kan gjøre overfor en sivil person, taler for at det må stilles høye krav. En slik tilnærming har også ECHR og HRC vist i praksis. For eksempel viste HRC i *Bakhrudin Kurbonov mfl.-saken*,¹¹⁴ til at det er viktig å ha offentlige dokumenter som kan etterprøve interneringen. I *Indira Umarova-saken*,¹¹⁵ kreves det at spesifisering av oppholdssted må være klar, og det samme gjelder for varigheten av oppholdet etter *Israil-saken*.¹¹⁶ ECHR viste blant annet i *Hassan-saken*, til at kravet om rettslig prøving er essensielt.¹¹⁷ Samlet taler det for at det må foreligge tilstrekkelige og klare prosedyrer, som gjør at sikkerhetsinterneringen er transparent og etterprøvbart. På denne bakgrunn stilles det ytterligere krav til IHL, og det må tas stilling til om disse tilfredsstilles.

¹⁰⁸ Jf. *Hassan-saken* avsnitt 105.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Se ECHR, *J.N. mot Storbritannia* [J], nr. 37289/12, 19. mai 2016 (final 19/08/2016), avsnitt 77.

¹¹¹ Jf. ECHR, Guide on Article 5 of the Convention, avsnitt 34, se også en lignende formulering for SP i HRC, General Comment No. 35, avsnitt 22.

¹¹² Se HRC, *Concluding Observations: Mauritius*, nr. CCPR/CO/83/MUS, 27. april 2005, avsnitt 12.

¹¹³ Se ECHR, *Enhorn mot Sverige* [J], nr. 56529/00, 25. januar 2005), avsnitt 36.

¹¹⁴ Se HRC, *Bakhrudin Kurbonov og Dzhaloliddin Kurbonov mot Tadsjikistan*, nr. 1208/2003, 16. mars 2006), avsnitt 6.5.

¹¹⁵ Se HRC, *Indira Umarova mot Usbekistan*, nr. 1449/2006, 20. januar 2006, avsnitt 8.4.

¹¹⁶ Se HRC, *Israil mot Kasakhstan*, nr. 2024/2011, 1. desember 2011, avsnitt 9.2.

¹¹⁷ Se *Hassan-saken* avsnitt 106.

De fleste kravene som er nevnt over, følger enten direkte av art. 43 og 78 i GK IV, eller implisitt av andre bestemmelser i konvensjonen. Det kan tilsi at prosedyrekravet er tilstrekkelig etter IHL. Imidlertid kan det ikke anses nok at kravene følger implisitt. For å gi tilstrekkelig presisjon og forutberegnelighet, må det kreves at kravene er eksplisitte. På okkupert territorium kreves det derfor at prosedyren klart og tydelig må få frem hvordan den samsvarer med de øvrige kravene i konvensjonen. På statens eget territorium vil fraværet av en etablert prosedyre på forhånd, gjøre at den kan endre seg i hvert enkelt tilfelle. Det kan ikke anses tilstrekkelig, slik at prosedyren må etableres på forhånd, for ikke å være vilkårlig etter IHRL. På denne bakgrunn vil IHRL justere prosedyrekravet i IHL.

4.4 Andre grunnleggende krav

IHL skiller på flere punkter mellom grunnleggende rettigheter, og rettigheter som gis dersom det er mulig. For eksempel skal den internerte etter GK IV art. 84, alltid holdes adskilt fra krigsfanger, men etter art. 82 første ledd kun «as far as possible» grupperes sammen med borgere av samme nasjonalitet. Skillet må forstås som et utslag av konteksten ved en væpnet konflikt, som kan kreve at man må prioritere de viktigste rettighetene. Det må altså foretas en proporsjonalitetsvurdering.¹¹⁸

Et eksempel på at en slik proporsjonalitetsvurdering ble foretatt er *Zlatko Aleksovski-saken*.¹¹⁹ Saken omhandler en NIAC, men grunnlaget i selve proporsjonalitetsvurderingen er overførbar også til en IAC. De internerte i saken fikk lite mat, som resulterte i at de gikk sultne. De små matrasjonene var et resultat av manglende ressurser som følge av konflikten, og det var derfor ikke rimelig å kreve større porsjoner.¹²⁰ På denne måten var den grunnleggende rettigheten om næring oppfylt, og større mengder mat var ikke rimelig å kreve ut ifra konteksten.

IHRL skiller på sine side ikke mellom primære og sekundære rettigheter. De grunnleggende rettighetene er utviklet med en universell tankegang om at de skal gjelde til enhver tid og ethvert

¹¹⁸ For nærmere om IHLs grunnleggende prinsipper, se kapitel 2.

¹¹⁹ Jf. ICTY, *Aktor mot Zlatko Aleksovski*, nr. IT-95-14/1-T, 25. juni 1999.

¹²⁰ Jf. *Zlatko Aleksovski-saken* avsnitt 173 og 212.

sted. Selv om både SP og EMK kan tillate en mer romslig tolkning i pressede situasjoner,¹²¹ kan det likevel oppstå kollisjonsproblemer der regelsettene legger til grunn ulike grunnleggende krav. Hva som blir utfallet i en slik eventuell kollisjon, forsøkes redegjort for under. For å ikke favne for vidt, vil det i det videre i størst grad fokuseres på den grunnleggende rettighetene som er absolutte i regelsettene, med særlig fokus på eventuelle ulikheter.

4.4.1 Tilgang for objektive parter

Etter GK IV art. 76 sjette ledd, følger det en særskilt premiss om at sikkerhetsinternerte på okkupert territorium «shall have the right to be visited» av delegater fra ICRC.¹²² Den internerte har altså et grunnleggende krav om å få besøk av organisasjonen. Etter art. 143 skal ICRCs delegater gis tilgang til alle steder hvor internerte oppholder seg, og kunne snakke med disse uten oppsyn fra den ansvarlige interneringspart. Fordi den ansvarlige stat blir bevisst på at en objektiv part vil etterprøve om de har fulgt sine forpliktelser, vil det kunne fungere som en disiplinerende funksjon.

For internering på statens eget territorium, er det ikke et lignende uttrykkelig krav. Likevel følger det av art. 30 første ledd, som gjelder i alle situasjoner, at den internerte har rett til å henvende seg til ICRC og «any organization that might assist them». Etter ordlyden gir bestemmelsen dermed ikke samme grunnleggende krav om besøk som på okkupert territorium. Det påpekes imidlertid i art. 30 tredje ledd, at art. 143 kommer til anvendelse i alle situasjoner. Dermed gis ICRC en tilsvarende mulighet til oppsyn, både på statens eget- og okkupert territorium. Forskjellen mellom de to situasjonene blir likevel synlig fordi ICRC selv har «full liberty to select the places they wish to visit».¹²³ Med andre ord vil en internert på statens eget territorium, kunne bli avhengig av å selv måtte kontakte ICRC for å be om tilsyn fra organisasjonen. Forskjellen mellom situasjonen må forstås med bakgrunn i kontekst. På okkupert territorium har statene en noe videre adgang til å sikkerhetsinterne,¹²⁴ som kan tale

¹²¹ Se avsnitt 4.2.2 og 4.2.3.

¹²² Jf. GK IV art. 76 sjette ledd.

¹²³ Jf. GK IV art. 143 fjerde ledd.

¹²⁴ Se avsnitt 4.2.1.

for at det er større behov for å sørge for at de øvrige kravene i konvensjonen etterleves. Likevel vil behovet for en disiplinerende funksjon fortsatt være tilstede på statens eget territorium, som får uttrykk i at art. 143 gjelder tilsvarende. Det vil derfor gi statene et insentiv om å etterfølge reglene også her.

Verken SP eller EMK inneholder et lignende krav om objektiv tilsyn, som kan tale for at IHL supplerer IHRL på dette punktet. På den andre siden kan IHRLs prosedyrekrav og dens medfølgende krav om rettslig prøving, trekke i retning av at kravet om objektiv tilsyn må innfortolkes i vilkårlighetsvurderingen.¹²⁵ Med andre ord slik at fravær av objektivt tilsyn som sørger for etterlevelse av reglene, vil kunne gjøre interneringen vilkårlig. Likevel vil det, selv om et slik krav fremstår implisitt av IHRL, ikke i like stor grad kunne utgjøre en disiplinerende funksjon. Dermed vil det kunne sørge for en teoretisk sikring, men ikke en praktisk etterlevelse. Når en ser disse argumentene i sum, taler det for at IHL komplementerer IHRL på dette punktet.

4.4.2 Human behandling

Det generelle utgangspunktet om at alle internerte konsekvent skal behandles ut ifra «humanitarian principles», følger av GK IV art. 100 første ledd. Uttrykket peker mot at behandlingen må ta utgangspunkt i prinsipper som ikke påfører vedkommende nedverdiggende eller krenkende behandling. Bestemmelsen understreker videre at det innebærer et absolutt forbud mot «physical exertion dangerous to their health or involving physical or moral victimization», og særlig gjelder det blant annet «prolonged standing», «punishment drill» og «reduction of food rations». Denne listen kan ikke anses som uttømmende, slik at det er relevant å se til art. 27, som gir uttrykk for mer generelle humanitære krav til alle som har status som «protected persons».

Art. 27 uttrykker i andre ledd, at «protected persons» må «at all times» bli «humanely treated». Ordlyden viser til at kravet om respekt for personens menneskeverd er absolutt. Hva som nærmere ligger i dette, er blant annet at kvinner beskyttes mot «rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault», og at alle skal behandles med samme utgangspunkt uavhengig

¹²⁵ Se avsnitt 4.3.2.

av «race, religion or political opinion». Dette må anses som absolutte minstekrav som alltid må følges. Hva som ytterligere kreves, må basere seg på grunnleggende menneskevennlig behandling til enhver tid.¹²⁶ Art. 27 fjerde ledd viser til hva som kreves for å fastlegge ytterligere krav.

Av fjerde ledd følger at statene kan «take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war». Ordlyden peker mot at statene må foreta en proporsjonalitetsvurdering der det er nødvendig. Altså må de veie humanitære hensyn opp mot hva som er rimelig å kreve i den enkelte situasjon. Staten kan for eksempel ikke med formål om å påføre den internerte næringsmangel, redusere vedkommendes matrasjoner. Der det likevel er lite mat tilgjengelig, vil mindre matrasjoner til alle fordi det er «necessary as a result of the war», kunne aksepteres i tråd med *Zlatko Aleksovski-saken*.

EMK inneholder ikke et eksplisitt krav om human behandling. Det kan likevel argumenteres for at konvensjonens rettigheter i seksjon to, «Rights and freedoms», samlet viser til en implisitt standard for human behandling. SP viser på sin side uttrykkelig til at alle frihetsberøvede, «shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person».¹²⁷ Ordlyden må også her forstås slik at den krever at internerte ikke må utsettes for nedverdiggende og krenkende behandling. På denne måten gir den et likelydende krav som GK IV art. 100 første ledd. SP art. 10 viser imidlertid ikke nærmere til hva som kreves for internerte som ikke er «accused», som forstås som siktet for en forbrytelse. I art. 7 heter det mer generelt at ingen må utsettes for «cruel, inhuman or degrading treatment or punishment». Ordlyden gir likevel heller ikke her, anvisning til en nedre terskel. Terskelen for human behandling i IHRL, må derfor trekkes nærmere ut ifra kontekst.

Det kan ses tilbake til *Hassan-saken*, hvor ECHR uttalte at EMK må leses ut ifra kontekst til annen internasjonal rett. Domstolen viste blant annet til at GK IV «were designed to protect captured combatants and civilians who pose a security threat».¹²⁸ Med utgangspunkt i denne argumentasjonen, vil det være naturlig å se IHRL i kontekst med GK IV når det kommer til

¹²⁶ Se nærmere ICRC (1958) s. 204.

¹²⁷ Jf. SP art. 10 nr. 1.

¹²⁸ Jf. *Hassan-saken* avsnitt 102.

human behandling. Med andre ord vil derfor den nedre grensen i IHRL måtte tolkes ut ifra konteksten væpnet konflikt, og i samsvar med GK IV art. 100 og 27.

4.4.3 Diskrimineringsforbud

GK IV art. 27 tredje ledd viser til et forbud mot «any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion». Ordlyden viser til at det ikke må foregå diskriminering basert på de opplistede skillene, men anses ikke uttømmende. Diskrimineringsforbudet må dermed forholde seg til den samme proporsjonalitetsvurderingen som følger av art. 27 fjerde ledd.

Både EMK og SP inneholder nesten likelydende diskrimineringsforbud, som begge krever at diskriminering ikke kan skje med bakgrunn i enhver «status».¹²⁹ Ordlyden viser dermed til at all form for negativ skille basert på personens status, vil stride mot konvensjonene. Blant annet gjelder dette særlig diskriminering basert på «national or social origin», slik det fremkommer i både i EMK art. 14 og SP art. 2 nr. 1 og 26. EMK art. 14 presiserer også at «association with a national minority» er omfattet. Med andre ord kan ikke konvensjonspartene på noe grunnlag diskriminere basert på nasjonal tilhørighet. Dette skiller seg ut fra GK IV art. 27, som ikke inneholder et forbud mot slik diskriminering. Fraværet av et slikt forbud i IHL, kan utledes med bakgrunn i at IAC utspiller seg mellom to eller flere nasjonaliteter. Nasjonalitet vil dermed kunne gi et sterkere bånd til fiendtligheten, som vil kunne medføre at den enkelte utgjør en større sikkerhetstrussel. Et forbud mot å internere noen med (i alle fall delvis) bakgrunn i deres nasjonale tilhørighet, er dermed ikke hensiktsmessig i en IAC.¹³⁰

Regelsettene kolliderer på dette punktet. Utgangspunktet etablert i *Hassan-saken*, om at det vil kunne være hensiktsmessig å lese IHRL i kontekst av GK IV, vil kunne ha verdi også her. Likevel er det vanskelig å komme unna at EMK og SP har et uttrykkelig forbud mot

¹²⁹ Se EMK art. 14 og SP art. 2 nr. 1 og 26.

¹³⁰ Se nærmere Hellestveit og Nystuen (2020) s. 376 og 468-469.

diskriminering basert på nasjonal tilhørighet. Samlet trekker det i retning av at den eneste muligheten for å unngå forbudet i IHL, er at statene derogerer fra bestemmelsene.¹³¹

4.4.4 Rettslig prøving av sikkerhetsgrunnlaget

Både på statens eget- og okkupert territorium, er det et krav etter art. 132 første ledd, om at den internerte skal slippes fri «as soon as the reasons which necessitated his internment no longer exist». Prosessuelle regler for hvordan dette skal gjøres, følger videre av art. 132-135. Situasjonene skiller imidlertid mellom hvordan det skal prøves om sikkerhetsgrunnlaget er tilstrekkelig. Dette vil drøftes nærmere under.

På statens eget territorium er det etter GK IV art. 43 første ledd, et krav om at interneringsgrunnlaget prøves for en «appropriate court or administrative board designated by the Detaining Power for that purpose». Prøvingen må skje «periodically, and at least twice yearly». Ordlydens krav om gjentatt prøving taler for at den internertes rettigheter vil sikres bedre, enn ved at det bare prøves en gang. Ettersom grunnlaget for sikkerhetsinternering er basert på individuelle sikkerhetsvurdering som fort kan endre seg, er en slik rettslig garanti viktig. Det er likevel etter ordlyden ikke fastsatt tidsfrister for prøvingen av grunnlaget. I praksis er det tilsynelatende nok å prøve grunnlaget to måneder på rad, og så gå 10 måneder til neste gang. Muligheten for å strekke prøvingen så langt ut, svekker den rettslige garantien.

At en «appropriate court or administrative board» er ansvarlig for prøvingen, viser til at det ikke er nok at de består av en person, men må utgjøre flere i en domstol eller nemd. Uttrykket «appropriate» viser videre til at disse må være tilpasset situasjonen, men avgrenser ikke nærmere hva det innebærer. Ved å kreve mer enn en enkelt person, oppnår man en større grad av objektivitet.¹³² Det er likevel tilsynelatende tilstrekkelig med to personer, slik at graden av objektivitet ikke nødvendigvis er særlig sterk. Hvilke personer som utnevnes vil dermed ha stor betydning.

¹³¹ Tilsvarende Cassel (2009) s. 393-394, særlig note 60 på s.394, og Hellestveit og Nystuen (2020) s. 469. Derogasjonsadgangen drøftes nærmere i kapitel 6.

¹³² Se nærmere ICRC (1958) s. 369.

Staten har etter ordlyden en vid adgang til å selv bestemme hvem som skal utnevnes. På den ene siden ivaretar det statenes suverenitet i stor grad. På den andre siden, vil den fleksible tilnærmingen kunne gi statene en for stor mulighet til å påvirke den rettslige prøvingen. Med andre ord kan det rettslige organet framstå partisk til statens fordel når det ikke består av uavhengige personer. En konsekvens av dette, kan være at den internertes rettigheter ivaretas dårligere dersom de strider mot statens fordel.¹³³ Bestemmelsen virker imidlertid til å ha tatt hensyn til dette, ved å kreve at prøvingen må skje «with a view to the favourable amendment of the initial decision». Dette er likevel kun «if circumstances permit», slik at organet ikke begrenses i særlig stor grad. Samlet taler det for at den rettslige garantien for rettferdig prøving av rettsgrunnlaget, ikke er tilstrekkelig ivaretatt på statens eget territorium. Det reiser spørsmål om denne garantien bedre ivaretas på okkupert territorium.

For okkupert territorium kreves det etter art. 78 andre ledd, at rettsgrunnlaget prøves «periodical» og «if possible every six months», av en «competent body set up by the said Power». Ordlyden presiserer her at «periodical» betyr minst en gang hver sjettede måned. Staten har dermed mindre adgang til selv å bestemme tidsmellomrommet for den rettslige prøvingen, enn på eget territorium. Denne forskjellen må i likhet med begrunnelsen for forskjellig prosedyrekrav, kunne forklares ut ifra at staten vil være nærmere til selv å bestemme når rettslig prøving skal skje på eget territorium.¹³⁴ Det må så vurderes om staten pålegges en større begrensning til å bestemme hvem som er ansvarlig for den rettslige prøvingen, enn i art. 43.

Begrepet «body» peker mot et organ, som kan tale for at det også her må være mer enn en person med. En slik avgrensning mot en person, er imidlertid ikke like klar som i art. 43. Dermed kan det ikke utelukkes at «body» kan utgjøres av en enkelt offiser eller liknende. Kravet om at organet skal være «competent», og ikke bare «appropriate» som i art. 43, kan tale for at organet må ha større kompetanse for å avgjøre i interneringssaker. Slik kompetanse kan sikre at organet blir mer objektivt. Staten har likevel en vid adgang til selv å definere hva som ligger i uttrykket, som taler for at det ikke sikres en større grad av upartiskhet her. På denne bakgrunn

¹³³ At staten på eget territorium kan finne det vanskelig å ivareta rettigheter som strider mot dens fordel, er en stor frykt i en IAC, i følge ICRC (1958) s. 216.

¹³⁴ Se avsnitt 4.3.1.

vil tilsyn fra objektive parter som ICRC, bli en viktig garanti for å sikre at internerte får tilstrekkelig prøving av rettsgrunnlaget, både på statens eget- og okkupert territorium.¹³⁵ Oppgaven til ICRC blir særlig å etterprøve at statene slipper fri den internerte «as soon as the reasons which necessitated his internment no longer exist», etter art. 132 første ledd. Dette reiser spørsmål om IHRL stiller strengere krav til rettslig prøving, enn IHL.

For IHRL er det i SP art. 9 nr. 4, et krav om at den internerte skal «without delay» få prøvd «the lawfulness of his detention» av en «court». Her kreves det etter ordlyden at en domstol prøver rettsgrunnlaget straks. Dersom grunnlaget ikke holder, skal retten «order his release». Motsetningsvis er det ikke et krav om at rettsgrunnlaget prøves straks for en domstol etter EMK art. 5.

I EMK art. 5 nr. 3 heter det at den som er internert etter første ledd bokstav c), «shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power». Uttrykket «authorised by law» skiller seg fra «prescribed by law» i art. 5 nr. 1. I praksis er det likevel lagt til grunn at «law»-kravet må forstås likt i konvensjonen,¹³⁶ slik at vurderingen som ble lagt til grunn i avsnitt 4.3.2 også er relevant her. Ordlyden viser dermed til at den rettslige kompetansen må utledes fra rettsregler, slik at statene gis mindre fleksibilitet til selv å bestemme hva som er tilstrekkelig kompetanse, etter GK IV art. 43 og 78. Videre krever ordlyden kun at en «judge or other officer» prøver rettsgrunnlaget, som kan peke mot at bestemmelsen ikke stenger tilstrekkelig for subjektivitet i den rettslige prøvingen, i motsetning til SP art. 9 nr. 4. Samtidig er det viktig å se at EMK art. 5 nr. 3, skiller mellom prøving av rettsgrunnlaget «promptly», som forstås som straks, og «trial within a reasonable time».

En «trial» må ses i sammenheng med nr. 4, som krever at den internerte er «entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court». Bestemmelsen forstås slik at den presiserer at ved preventive frihetsberøvelse, kreves det at den internerte får en ekstra rettslig garanti om prøving straks av grunnlaget, og så en rettergang. I en situasjon hvor prøvingen må skje straks vil det være naturlig å kreve mindre. Forskjellen til

¹³⁵ Se avsnitt 4.4.1.

¹³⁶ Se blant annet ECHR, *Malone mot Storbritannia*, no. 8691/79, 2. august 1984, avsnitt 66.

SP art. 9 nr. 4, er dermed at bestemmelsen ikke skiller mellom disse situasjonene. EMK art. 5 nr. 3 må også ses i sammenheng med art. 6 nr. 1, som krever at domstolen er «independent and impartial». Dermed blir fleksibiliteten statene har etter GK IV art. 43 og 78, tilsynelatende innskrenket i enda større grad.

ECHR har imidlertid tatt stilling til at å innskrenke fleksibiliteten i væpnet konflikt, kan være praktisk vanskelig. I *Hassan-saken* uttalte de at konteksten kan rettferdiggjøre at «an independent “court” in the sense generally required by Article 5 § 4», må modifiseres noe.¹³⁷ Med andre ord forstås domstolens uttalelse slik at den aksepterer at statene i en væpnet konflikt, ikke alltid har tilgjengelig de samme rettsikkerhetsmulighetene som normalt. For å «comply» med art. 5 nr. 4, må staten likevel sørge for at «the “competent body” should provide sufficient guarantees of impartiality and fair procedure to protect against arbitrariness».¹³⁸ Samlet forstås uttalelsen i *Hassan-saken* slik, at statene i væpnet konflikt må få noe videre fleksibilitet enn ordlyden i EMK art. 5 nr. 4 tilsier. Det kreves likevel at statene sørger for å oppnevne rettslige organer, domstoler eller nemder som er upartisk og rettferdig i sin rettslige avgjørelse. Dermed vil IHRL justere IHL noe på dette punktet, men likevel ikke så mye som en ren ordlydstolkning kan tilsi.

¹³⁷ Jf. *Hassan-saken* avsnitt 106.

¹³⁸ Ibid.

5 Materielle vilkår for sikkerhetsinternering i en NIAC

5.1 Innledning

En NIAC er mindre rettslig regulert enn en IAC i IHL. Dette til tross for at førstnevnte i løpet av de siste 30 årene, utgjorde 95% av alle væpnede konflikter i verden.¹³⁹ Suverenitetsprinsippet gjør at flere stater har nølt med å vedta regler på området, ettersom det er en presumsjon for at interne konflikter skal reguleres nettopp internt.¹⁴⁰ Det er likevel ikke omdiskutert at sikkerhetsinternering er tiltatt i en NIAC etter IHL.¹⁴¹ Fraværet av klare regler, kan imidlertid peke mot at IHRL kan få en større selvstendig rolle her. Dette vil drøftes nærmere i det følgende.

Videre i kapitlet vil det være særlig fokus på hvilke krav som er forskjellige mellom en IAC og en NIAC. Vilkår som i stor grad er like, vil for ikke å favne for vidt, ikke utredes i større grad enn de allerede er gjort i kapitel 4. Dermed vil enkelte vilkår som er grundig utdypet i forrige kapitel, kun kort henvises til i dette kapitlet.

5.2 IHLs anvendelse i en NIAC

For en NIAC slår GK FA 3 første ledd, fast at partene i konflikten skal «as a minimum» følge visse opplistede krav. Ettersom konvensjonen nyter sedvanerettsstatus, er alle parter bundet til å følge disse minimumsrettighetene. TP II har som formål å videreutvikle og å supplere FA 3.¹⁴² Protokollen kommer til anvendelse på statens eget territorium i konflikter mellom «its

¹³⁹ Se Hellestveit og Nystuen (2020) s. 220.

¹⁴⁰ Se Morten Ruud, *Innføring i krigens folkerett*, Tanum-Norli, 1980, s. 283-284.

¹⁴¹ Se blant annet Hellestveit og Nystuen (2020) s. 311, og Chatham House and International Committee of the Red Cross, Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict, *International Review of the Red Cross*, 91, nr. 876 (2009), s. 859-881, på s. 863.

¹⁴² Jf. TP II art. 1, nr. 1.

armed forces and dissident armed forces», eller «other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control» at de kan utføre militære operasjoner.¹⁴³ At den ene parten må være en stat, medfører imidlertid at protokollens anvendelsesområdet blir mindre enn for FA 3. Virkeområdet snevres også inn av protokollens manglende sedvanerettsstatus, slik at partene må være tilsluttet protokollen for at den skal kunne anvendes.

En ytterligere begrensning følger av TP II art. 1 nr. 2, som avgrenser virkeområdet fra «situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature». Ordlyden krever med andre ord, en sammenhengende høy intensitet over en viss tid. Terskelen for og anses som en NIAC, blir dermed høy. Det kan medføre at sikkerhetsinternerte i situasjoner som faller utenfor ordlyden, nyter et betydelig mindre vern enn tilsvarende i en IAC. Det taler for at kravene i IHRL må få større betydning i en NIAC.

5.3 IHRLs anvendelse i en NIAC

Etter tidligere gjennomgang åpner SP art. 9 for sikkerhetsinternering, og skiller ikke mellom en IAC og NIAC.¹⁴⁴ De samme rettighetene og pliktene som bestemmelsen gir ved frihetsberøvelse, vil derfor fungere som en ytre ramme også her. Hvordan disse konkret får betydning i en NIAC, vil drøftes senere i kapitlet. Mer problematisk er det imidlertid om EMK art. 5 kan anvendes tilsvarende i en NIAC. Det må vurderes om argumentasjonen for å tiltalte sikkerhetsinternering etter art. 5 i en IAC, kan overføres til en NIAC.¹⁴⁵

Den vide ordlyden i art. 5 (1) bokstav c), har generelt blitt tolket innskrenkende slik at sikkerhetsinternering ikke er omfattet.¹⁴⁶ Selv om synet ble modifisert i *Hassan-saken*, påpekte ECHR at modifikasjonen «can only be in cases of international armed conflict».¹⁴⁷ Uttalelsen

¹⁴³ Jf. TP II art. 1, nr. 1.

¹⁴⁴ Se avsnitt 4.2.2.

¹⁴⁵ Se avsnitt 4.2.3.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Jf. *Hassan-saken* avsnitt 104.

taler for at det kun er i en IAC sikkerhetsinternering kan aksepteres. En antitetisk tolkning tilsier at sikkerhetsinternering i en NIAC, må anses vilkårlig etter art. 5. Spørsmålet om sikkerhetsinternering kan tillates også i en NIAC, har ikke blitt avklart i rettspraksis, og ulike teoretikere har forskjellige tilnærminger. Hellestveit og Nystuen viser til at mye av argumentasjonen i *Hassan-saken* kan overføres til en NIAC, men at spørsmålet er så uavklart og omstridt, at en klar forutsetning ikke kan legges til grunn.¹⁴⁸

Harlem og Wiik argumenterer på sin side for at uttalelsen i *Hassan-saken* ikke kan forstås antitetisk.¹⁴⁹ De mener at de samme hensynene for sikkerhetsinternering i stor grad gjør seg gjeldende i begge situasjoner, og at det dermed vil være unaturlig å regulere forholdene ulikt. Et slikt utgangspunkt kan finne støtte i ECHR's dynamiske tolkningsmetode, som aksepterer en kontekstuell tolkning i lys av andre internasjonale regler.¹⁵⁰ På den andre siden vil ECHR's utgangspunkt om at EMK må tolkes effektivt, kunne peke mot at det mest effektive vil være å ikke tillate sikkerhetsinternering i det hele tatt.¹⁵¹ På denne måten vil det tilsynelatende ikke reise noen utfordringer i henhold til konvensjonens øvrige vilkår. Likevel vil dette argumentet minste mye av sin kraft fordi EMK inneholder en derogasjonsadgang i art. 15. Det som fremstår som den beste metoden, blir dermed å tillate sikkerhetsinternering i en NIAC i likhet med IAC, med begrensning av de øvrige vilkårene i art. 5.

Likevel er det ikke til å unngå at ECHR uttrykkelig begrenser sikkerhetsinternering til IAC. Ved å gjøre dette begrenser de seg også til kun å drøfte om praksis i tråd med GK IV er tilstrekkelig for sikkerhetsinternering. Innenfor konvensjonen er det kun FA 3 som regulerer NIAC. At det vide vernet som følger i en IAC av GK IV, ikke følger tilsvarende for en NIAC, styrker argumentet om at ECHR's uttalelse i *Hassan-saken* må forstås antitetisk. En praktisk anvendelig tolkning vil da være å gi IHRL forrang på området, for å sikre et tilstrekkelig vern

¹⁴⁸ Se Hellestveit og Nystuen (2020) s. 312 og 389-390.

¹⁴⁹ Se nærmere Harlem og Wiik (2015) s. 47.

¹⁵⁰ Se kapittel 2.

¹⁵¹ Ibid.

for den internerte. Å gjøre dette vil imidlertid fort medføre endel fallgruver. Særlig vil en slik tilnærming kunne skape et skille for fremgangsmåten i NIAC og IAC.¹⁵²

EMK art. 5 sin anvendelse ved sikkerhetsinternering i en NIAC, fremstår dermed fortsatt uklart. Det må derfor falles tilbake til utgangspunktet som Hellestveit og Nystuen har lagt til grunn, nemlig at rettsstilstanden ikke er tilstrekkelig klarlagt. Når ECHR likevel eksplisitt har avgrenset sikkerhetsinternering til IAC, taler de beste grunner for at dette utgangspunktet må legges til grunn. For å være «lawfull» etter art. 5, er derfor statenes eneste mulighet å benytte derogasjonsadgangen i art. 15.¹⁵³ Hvordan dette nærmere kan gjøres, vil være tema i kapitel 6. I det videre vil det derfor i drøftelsen av kravene etter IHRL i en NIAC, tas utgangspunkt i SP.

5.4 Terskelen for sikkerhetsinternering

I motsetning til i en IAC, kreves det ikke at sikkerhetsinternering er nødvendig etter verken FA 3 eller TP II. Reglene tar kun stilling til hvilke krav som stilles når interneringen allerede har startet. Her viser regelsettet altså en stor sårbarhet. Det reiser spørsmål om hvor terskelen for sikkerhetsinternering i en NIAC, skal trekkes.

Ved fravær av regler i IHL, må terskelen for sikkerhetsinternering utledes fra statspraksis i form av militære manualer og nasjonal lovgivning, samt regler i IHRL.¹⁵⁴ Å fastlegge terskelen i ulik statspraksis vil imidlertid være et for stort område å kartlegge innenfor oppgavens rammer. Det vil dermed i det følgende hovedsakelig tas utgangspunkt i terskelen slik den fremkommer i IHRL.

¹⁵² Se Lawrence Hill-Cawthorne, *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2016, s. 161-162.

¹⁵³ En slik tilnærming legges også (delvis) til grunn i Chatham House and International Committee of the Red Cross (2009), s. 867.

¹⁵⁴ Se ICRCs sedvanerettsstudie s. 347.

Kravet om at frihetsberøvelsen ikke må være «arbitrary» etter SP art. 9 nr.1 gjelder, som tidligere nevnt, som en ytre ramme for all form for frihetsberøvelse.¹⁵⁵ Et fravær av en uttrykkelig terskel i IHL, kan tale for at vilkårlighetsvilkåret i art. 9 nr. 1, får større selvstendig betydning her, enn i en IAC. Et argument som taler for en slik tilnærming, er at flere FN-organer kontinuerlig legger til grunn at der IHL er mangelfull, vil vilkårlighetsvilkåret i SP art. 9 være avgjørende.¹⁵⁶ Dette finner også støtte i fortalen til TP II, som konstaterer at «that international instruments relating to human rights offer a basic protection to the human person».¹⁵⁷ Terskelen for «arbitrary» må likevel tolkes ut i fra kontekst, og det må tas stilling til hvordan dette får betydning i en NIAC.

En NIAC kan minne om en IAC på noen punkter, og argumentet for at staten er nærmest til å bestemme på eget territorium, vil også gjelde her.¹⁵⁸ Det taler for at staten må ha en viss adgang til å vurdere hvor stor sikkerhetstrusselen må være for at den skal anses tilstrekkelig. I tråd med tolkningen av SP art. 9 nr. 1, kreves det likevel at mindre inngripende tiltak ikke må være rimelig å kreve for å avverge trusselen.¹⁵⁹ Samlet taler det for at terskelen for sikkerhetsinternering i en NIAC, må anses høy. En slik tilnærming medfører at skillet til en IAC ikke er stort. Ut ifra det strenge inngrepet i den personlige frihet som sikkerhetsinternering utgjør, ville det vært unaturlig å oppstille en mildere terskel på statens eget territorium. En slik tilnærming ser også ut til å være bred enighet om i statspraksis.¹⁶⁰ Terskelen for å sikkerhetsinternere i en NIAC er dermed høy.

¹⁵⁵ Se avsnitt 4.2.2.

¹⁵⁶ Tilsvarende Hill-Cawthorne (2016) s. 160, og mer indirekte i ICRCs sedvanerrettsstudie s. 347-348.

¹⁵⁷ Jf. fjerde avsnitt i fortalen til TP II.

¹⁵⁸ Se avsnitt 4.2.1.

¹⁵⁹ Se avsnitt 4.2.2.

¹⁶⁰ Se nærmere ICRCs sedvanerrettsstudie s. 348.

5.5 Prosedyrekrav

IHL inneholder ikke et uttrykkelig prosedyrekrav for sikkerhetsinternering i en NIAC. Dette kan i likhet med fraværet av et klart prosedyrekrav på statens eget territorium i en IAC, begrunnes i suverenitetshensyn.¹⁶¹ Det finner støtte i TP II art. 3 nr. 1, som uttaler at ingenting av protokollens innhold «shall be invoked for the purpose of affecting the sovereignty of a State or the responsibility of the government». At internering i en NIAC likevel må støtte seg på et tilstrekkelig juridisk grunnlag, er allment akseptert i statspraksis.¹⁶² For eksempel viste FNs sikkerhetsråd til «unlawful detentions» i Bosnia-Hercegovina-konflikten.¹⁶³ Fraværet av et uttrykkelig prosedyrekrav, reiser imidlertid spørsmål til om dette kan aksepteres etter prosedyrekravet i SP art. 9 nr. 1.¹⁶⁴

I SP art. 9 nr. 1, heter det at frihetsberøvelse må være i tråd med «procedure as are established by law». Etter *Hassan-saken* er det tilstrekkelig å ha en prosedyre som er i tråd med «the rules of international humanitarian law».¹⁶⁵ Statspraksis, blant annet norske myndigheter, viser til at kravet tolkes slik at maktbruk på eget territorium må begrunnes i folkerettslige prinsipper.¹⁶⁶ For en NIAC, kan det tale for at en prosedyre med utgangspunkt i prinsippene som følger av FA 3 i GK IV og TP II, vil være tilstrekkelig. Samtidig vil kvalitetskravet som følger etter IHRL, kreve at prosedyren er tilgjengelig, presis og forutberegnelig.¹⁶⁷ Et implisitt prosedyrekrav i en NIAC, kan dermed ikke anses tilstrekkelig, slik at IHRL justerer IHL på dette punktet.

¹⁶¹ Se avsnitt 4.3.1

¹⁶² Se blant annet Chatham House and International Committee of the Red Cross (2009) s. 864.

¹⁶³ Se United Nations Security Council Resolution 1019, Violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia, 9. november 1995, s.1.

¹⁶⁴ Se avsnitt 4.3.2.

¹⁶⁵ Jf. *Hassan-saken* avsnitt 105.

¹⁶⁶ Se avsnitt 4.3.1.

¹⁶⁷ Se avsnitt 4.3.2.

5.6 Andre grunnleggende krav

5.6.1 Tilgang fra objektive parter

Det følger ingen generell forutsetning om at statene må godta hjelp fra objektive parter i en NIAC. I TP II art. 18 nr. 1, heter det kun at nøytrale organisasjoner, som for eksempel ICRC, «may offer their services». Statens suverenitet understrekes av art. 3 nr.1, som påpeker at ingenting i protokollen skal tolkes «for the purpose of affecting the sovereignty of a State [...] to defend the national unity and territorial integrity». Denne forutsetningen fører imidlertid til at man mister den disiplinerende funksjonen tilsyn fra en objektiv part kan ha.¹⁶⁸

En kan tolke IHRLs prosedyrekrav og dens medfølgende krav om rettslig prøving, slik at det må innfortolkes et krav om objektiv tilsyn i vilkårlighetsvurderingen.¹⁶⁹ Det kan tale for at IHRL vil få en viktig betydning på dette området i en NIAC. Likevel, vil det med samme argumentasjon som i en IAC, ha liten praktisk effekt så lenge kravet kun er implisitt. Forskjellen fra en IAC, medfører dermed at den internertes rett til en rettferdig rettergang kan være dårligere sikret i en NIAC.

5.6.2 Human behandling

Etter FA 3 nr. 1, følger det et minimumskrav om at internert må behandles «humanely» uten noen form for diskriminering basert på «race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth». Internering basert på nasjonal tilhørighet er ikke særlig problematisk i en NIAC, ettersom partene i hovedsak har samme tilhørighet. Dermed vil det ikke oppstå samspillsproblematikk mellom IHL og IHRL på dette punktet, til forskjell fra i en IAC.¹⁷⁰

Hva som ligger nærmere i «humanly», er utdypet i TP II part II. Begrepet må forstås slik at den nedre grensen må vurderes nærmere ut i fra kontekst. Likevel følger det av art. 4, at visse

¹⁶⁸ Se avsnitt 4.4.1.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Se avsnitt 4.4.3.

fundamentale forbud gjelder til enhver tid, som forbudet mot vold og tortur.¹⁷¹ Art. 5 presiserer nærmere minimumsrettigheter for den internerte. Bestemmelsen gir grunnleggende rettigheter i nr. 1, som tilgang til mat og tilstrekkelig hygieneforhold. I nr. 2 vises det til sekundære rettigheter «within the limits of their capabilities», som at menn og kvinner skal interneres adskilt. Ordlyden gir, i likhet med en IAC, anvisning til en proporsjonalitetsvurdering av enkelte rettigheter.¹⁷² Hva som anses som humant etter IHL i en NIAC, anses dermed å være tilsvarende som i en IAC. Det kan tale for at IHRL også her må tolkes i kontekst av den væpnede konflikten, og i samsvar med IHL.

ICTY la imidlertid til grunn i *Zlatko Aleksovski-saken*, at selv om små matrasjoner ikke var et brudd på IHL, ville det «celarly [...] not meet international human rights requirements».¹⁷³ Uttalelsen peker mot at det foreligger forskjellige standarder for human behandling i IHL og IHRL. Det vil likevel anses unaturlig å tolke terskelen for human behandling etter IHRL, forskjellig i en IAC og en NIAC.¹⁷⁴ Særlig i et tilfelle som i *Zlatko Aleksovski-saken*, hvor tilstrekkelig mat ikke var tilgjengelig verken for internerte eller andre i samfunnet som følge av konflikten. Det taler for at IHRL må tolkes mer romslig, slik at ICTYs uttalelse om at regelsettene «clearly» skiller seg fra hverandre, ikke er så klart likevel. De beste grunner taler likevel for at det må trekkes en nedre grense for hva som er humant både etter IHL og IHRL.

For eksempel vil det være lettere å akseptere at kravene justeres noe der de internerte får lite mat, enn at de ikke får mat i det hele tatt. For at prinsippet om human behandling skal ha noe for seg, taler det for at den nedre grensen må trekkes der de internerte er i fare for å sulte ihjel. En slik tilnærming kan indirekte leses ut ifra ICRCs sedvanerettsstudie.¹⁷⁵ Her påpekes det at dersom den ansvarlige stat ikke har mulighet til å gi slike grunnleggende rettigheter, må den tillate hjelp fra humanitære organisasjoner som kan tilby denne muligheten. En slik forutsetning

¹⁷¹ Se TP II art. 4 nr. 2, bokstav (a)-(h).

¹⁷² Se avsnitt 4.4.2

¹⁷³ Jf. *Zlatko Aleksovski-saken* avsnitt 221.

¹⁷⁴ Se avsnitt 4.4.2.

¹⁷⁵ Se nærmere ICRCs sedvanerettsstudie s. 431.

er lagt til grunn i flere militære manualer og nasjonale lover.¹⁷⁶ En forutsetning om at statene må godta hjelp der de ikke kan tilby de grunnleggende rettighetene, taler for at situasjonen er så alvorlig at suverenitetsprinsippet ikke kan stå like sterkt. En nedre grense for human behandling, må derfor trekkes der grunnleggende rettigheter ikke lengre kan gis.

5.6.3 Rettslig prøving av sikkerhetsgrunnlaget

Et krav om rettslig prøving av sikkerhetsgrunnlaget, følger ikke eksplisitt av IHL, med mindre personen er strafferettslig forfulgt. Statspraksis har likevel lagt til grunn en forutsetning om slik prøving.¹⁷⁷ Imidlertid vil et fravær av et eksplisitt krav medføre at den internertes mulighet til en rettferdig rettslig prosess, er svekket. Dette styrkes av at IHL ikke inneholder krav om når og hvordan interneringen skal opphøre.

Kravet om rettslig prøving i IHRL, må dermed anses å ha en sterkere selvstendig betydning i en NIAC, enn i en IAC. Hva som ligger i dette kravet er tidligere drøftet, og det legges til grunn tilsvarende her.¹⁷⁸ Kravet om at den internerte straks skal slippes fri når interneringen ikke lenger er «lawful» etter SP art.9 nr. 4, får også en sterk selvstendig betydning her. Ettersom IHRL ikke inneholder regler for hvordan løslatelse skal foregå, har det vært opp til statspraksis å definere en slik prosedyre. Praksis er at løslatelse har vært avtalt i kontekst av konflikten og mellom de involverte.¹⁷⁹ For eksempel kan det vises til fredsavtalen mellom partene i Bosnia-Hercegovina-konflikten,¹⁸⁰ hvor partene avtale å samarbeide med ICRC om å slippe fri de internerte senest 21 dager etter at avtalen trådte i kraft.

¹⁷⁶ For eksempler på militære manualer, se ICRCs sedvanerettsstudie note 20 på s. 431.

¹⁷⁷ For eksempler på statspraksis, se ICRCs sedvanerettsstudie s. 349.

¹⁷⁸ Se avsnitt 4.4.4.

¹⁷⁹ For flere eksempler på løslatelsesavtaler, se ICRCs sedvanerettsstudie note 161 på s. 454.

¹⁸⁰ Jf. Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina, Annex 1-A: Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement, 21.november 1995.

5.7 Den praktiske forskjell mellom IAC og NIAC

En av de tydeligste forskjellene som har kommet frem gjennom de to siste kapitlene, er at en NIAC inneholder betydelig mindre klare regler enn en IAC gjør. For IAC inneholder IHL regler som er spesifikt tilpasset en væpnet konflikt, som kan tale for at regelsettet må anses som lex specialis her. I en NIAC beveger vi oss imidlertid mer mot kjernesituasjonen for IHRL, nemlig ulike grader av indre uro. Samtidig taler fraværet av klare regler for situasjonen i IHL, for at rettighetene og pliktene som fremkommer i IHRL, blir viktige for å tilstrekkelig ivareta de internerte. For eksempel ser vi dette ved fraværet av en eksplisitt terskel for internering i IHL, som gjør at forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse blir særlig viktig i en NIAC. Samlet trekker det i retning av at IHRL får en større selvstendig betydning i en NIAC.

Behovet for å tolke IHRL i kontekst av en væpnet konflikt, fremstår likevel som viktig både i en IAC og en NIAC. Statspraksis indikerer at mange av kravene gjør seg likt gjeldende i begge situasjoner. Tilsvarende har rettspraksis i kollisjonstilfeller tolket IHRL romsligere ut ifra konteksten, slik at regelsettene som oftest gjelder vedsiden av hverandre. Dette får særlig utslag i *Hassan-saken*, hvor ECHR uttaler at IHRL må tolkes i harmoni med andre regelsett ut ifra kontekst.¹⁸¹ Det kan tale for at utgangspunktet om at IHRL får større betydning i en NIAC, modifieres noe i praksis.

På den andre siden medfører det uavklarte spørsmålet om EMK art. 5 tillater sikkerhetsinternering i en NIAC, til at vernet etter EMK blir problematisk her. Når man i utgangspunktet ikke kan sikkerhetsinternere dersom man er part i konvensjonen, mister statene et viktig sikkerhetstiltak ved angrep på egen suverenitet. Behovet for å kunne reagere på sikkerhetstrusler blir imidlertid ikke borte, slik at derogasjonsadgangen blir særlig aktuell som en sikkerhetsventil i en NIAC. Med andre ord fungerer ikke EMK i praksis i en NIAC. Det blir derfor viktig å kartlegge hva som ligger i derogasjonsadgangen, som vil gjøres i neste kapitel.

¹⁸¹ Se avsnitt 4.2.3.

6 Derogasjonsadgang i IHRL

I EMK art. 15 nr. 1, heter det at ved «war or other public emergency threatening the life of the nation», kan staten «take measures derogating from its obligations [...] to the extent strictly required by the exigencies of the situation». Bestemmelsen i SP art. 4 nr. 1, er nesten likelydende, med unntak av at derogasjonen må være «officially proclaimed» og et forbud mot diskriminering av «race, colour, sex, language, religion or social origin». Det prosessuelle vilkåret om offentlig proklamasjon har lite betydning for oppgavens kjerne, og vil derfor ikke drøftes videre. Diskrimineringsforbudet har her et fravær av nasjonal tilhørighet, slik at det ikke reiser noen øvrige problemer enn tidligere drøftet.¹⁸² Derogasjonsadgangen i konvensjonene vil derfor i hovedsak drøftes under ett, med fokus på EMK art. 15, ettersom denne kan bli vesentlig for å tillate sikkerhetsinternere i en NIAC. Det første som må tas stilling til, er hvilke situasjoner som kan legitimere derogasjon.

Ordlyden viser til at kun «war» eller «public emergency threatening the life of the nation» kan tillate derogasjon. Begrepet «war» viser til en krigstilstand mellom to eller flere parter, og en høy terskel. Krig og IAC er likestilt i GK FA 2, og dette er også normen i praksis, slik at en IAC faller under ordlyden. Like klart er det imidlertid ikke for en NIAC. Verken GK FA 3 eller TP II, tar stilling til om NIAC og «war» likestilles. Med tanke på at kjerneområdet til en NIAC er indre konflikt, kan det være problematisk å plassere det i denne kategorien. Det reiser spørsmål om en NIAC kan falle inn under «public emergency threatening the life of the nation».

Uttrykket visert til en ekstrem krisesituasjon, som påvirker hele samfunnet og truer nasjonens eksistens. Terskelen er dermed høy. I *Lawless-saken* la ECHR særlig vekt på at derogasjon kunne aksepteres der det forekom en stor økning i nasjonale terrorangrep, som var «particularly critical for the preservation of public peace and order».¹⁸³ Med andre ord forstås det tilstrekkelig at det foreligger eksepsjonelle trusler, som påvirker normal opprettholdelse av samfunnet.

¹⁸² Se avsnitt 4.4.3.

¹⁸³ Jf. *Lawless-saken* avsnitt 29 under «THE LAW».

Terskelen anses dermed som noe midlere enn det en ren ordlydstolkning kan tilsi.¹⁸⁴ I *A mfl. mot Storbritannia-saken*,¹⁸⁵ la ECHR til grunn at statene må gis en vid skjønnsmargin, fordi «the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and [...] the derogations necessary to avert it».¹⁸⁶

Overført til en NIAC, vil man her befinne seg i en situasjon med sterk indre uro. Dette fremkommer tydelig i TP II art. 1 nr. 2, som avgrenser mot mindre konflikter, og krever en høy grad av intensitet.¹⁸⁷ Sammenlignet med *Lawless-saken*, vil også staten i en NIAC tilsvarende kunne slite med «the preservation of public peace and order». De beste grunner taler dermed for at en NIAC må anses å falle inn under vilkåret i art. 15 nr. 1. Det neste som må drøftes, er betydning av at derogasjon kun er mulig «to the extent strictly required by the exigencies of the situation».

Ordlyden peker mot en proporsjonalitetsvurdering av om tiltaket er nødvendig for å avverge den konkrete trusselen. En slik tolkning legges også til grunn i *A mfl. mot Storbritannia-saken*.¹⁸⁸ Statenes vide skjønnsmargin til å vurdere sikkerhetstrusselen, avgrenses dermed. Det betyr at det ikke må være andre adekvate tiltak som kan oppnå samme formål.¹⁸⁹ Relevante momenter i vurderingen er etter *Aksoy-saken*,¹⁹⁰ «the nature of the rights affected by the derogation and the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation».¹⁹¹ Spørsmålet blir dermed hvordan dette får betydning for sikkerhetsinternerings i en væpnet konflikt.

Det forstås slik at for å tillate derogasjon, må sikkerhetsinternerings være det eneste adekvate midlet for å avverge en alvorlig trussel mot opprettholdelse av samfunnet. Sikkerhetsinternerings

¹⁸⁴ Tilsvarende Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4.utg., Fagbokforlaget, 2015, s. 524.

¹⁸⁵ Jf. ECHR, *A mfl. mot Storbritannia* [GC], nr. 3455/05, 19. februar 2009.

¹⁸⁶ Jf. *A mfl. mot Storbritannia-saken* avsnitt 173.

¹⁸⁷ Se avsnitt 5.2.

¹⁸⁸ Se *A mfl. mot Storbritannia-saken* avsnitt 175 og 184.

¹⁸⁹ Se Aall (2015) s. 527-528.

¹⁹⁰ Jf. ECHR, *Aksoy mot Tyrkia* [J], nr. 21987/93, 18. desember 1996.

¹⁹¹ Jf. *Aksoy-saken* avsnitt 68.

vil kunne fremstå som det mest formålstjenlige middelet i en væpnet konflikt, særlig fordi alternativet vil kunne være å drepe vedkommende.¹⁹² *Hassan-saken* sin åpning for å tillate sikkerhetsinternering i en IAC etter EMK art. 5, taler likevel for at derogasjon er mindre aktuelt i en IAC. Den uavklarte situasjonen for en NIAC, medfører imidlertid det motsatte for denne situasjonen. For å unngå at statene fraskriver seg sine rettigheter etter EMK art. 5, taler de beste grunner for at konvensjonen burde åpne opp for at sikkerhetsinternering er lovlig etter bestemmelsen også i en NIAC.

¹⁹² Se avsnitt 4.2.3.

Litteraturliste

BØKER OG ARTIKLER

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4.utg., Fagbokforlaget, 2015.

Ben-Naftali, Orna (red.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011.

Dahl, Arne Willy, *Håndbok i militær folkerett*, 2.utg., Cappelen Akademiske Forlag, 2008.

Hellestveit, Cecilie og Gro Nystuen, *Krigens folkerett – Norge og vår tids kriger*, Universitetsforlaget, 2020.

Hill-Cawthorne, Lawrence, *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2016.

Macken, Claire, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists: Preventive Detention and International Human Rights Law*, 1.utg., Routledge, 2011.

Oberleitner, Gerd, *Human rights in armed conflict: Law, practice, policy*, Cambridge University Press, 2015.

Ruud, Morten, *Innføring i krigens folkerett*, Tanum-Norli, 1980.

Andenæs, Mads og Andreas Motzfeldt Kravik, «Menneskerettene i væpnet konflikt», *Lov og rett*, 52, nr.3 (2003), s. 214-231.

Cassel, Doug, «International Human Rights Law and Security Detention», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 40, nr.3 (2009), s.383-402.

Chatham House and International Committee of the Red Cross, «Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict», *International Review of the Red Cross*, 91, nr.876 (2009), s. 859-881.

Galka, Katarzyna Urszula, «The Jurisdiction Criterion in Article 1 of the ECHR and a Territorial State», *International community law review*, 17 (2015), s. 474-495.

Harlem, Mads og Ginni Wiik, «Behov for norsk lovregulering av sikkerhetsinternering?», *Tidsskrift for strafferett*, 15, nr.1 (2015), s. 43-61.

Larsen, Kjetil Mujezinović, «Detention for Protection: Searching for a ‘Fair Balance’ between the Restrictions on Preventive Detention and the Obligation to Protect Individuals», *Oslo Law Review*, 3, nr.1 (2015), s. 1-22.

Teferra, Zelalem Mogessie, «National security and the right to liberty in armed conflict: The legality and limits of security detention in international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, 98, nr.3 (2016), s. 961–993.

Ulfstein, Geir, «Interpretation of the ECHR in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties», *The international journal of human rights*, 24, nr.7 (2020), s. 917-934.

INTERNASJONAL SEDVANE, MANUALER, KOMMENTARER OG PRINSIPPER

European Court of Human Rights (ECHR), Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security, 31. august 2020.

Henckaerts, Jean-Marie og Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law – Volume I: Rules*, 3.utg., Cambridge University Press 2007. (ICRCs sedvanerettsstudie).

Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 8, Article 9 (Right to liberty and security of persons), 30. juni 1982.

Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 35, Article 9 (Right to liberty and security of persons), 16. desember 2014.

Manual i krigens folkerett, Forsvarssjefen, 2013.

Pictet, Jean S., (red.), Oscar M. Uhler, Henri Coursier, Frédéric Siordet, Claude Pilloud, Roger Boppe, René-Jean Wilhelm, oversatt fra originalspråk av Major Roald Griffin og Mr. C. W. Dumbleton, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: commentary: 4: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, 1958. (ICRC (1958)).

The Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations (The Copenhagen Process: Principles and Guidelines), Cambridge University Press, *International Legal Materials*, 51, nr. 6 (2012), s. 1364-1380. (København-prinsippene).

OFFENTLIGE DOKUMENTER

Innst. S. nr. 49 (2004-2005) Innstilling fra forsvarskomiteen om samfunnssikkerhet og sivilt militært samarbeid.

NOU 2016: 8 En god alliert – Norge i Afghanistan 2001–2014.

KONVENSJONER, RESOLUSJONER OG AVTALER

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (ikrafttredelsesdato 3. september 1953). (EMK).

Geneva-convention relative to the protection of civilian persons in time of war, with annexes, Geneve, 12. august 1949 (ikrafttredelsesdato 21. oktober 1950). (GK IV).

Geneva-convention relative to the treatment of prisoners of war, with annexes, Geneve, 12. august 1949 (ikrafttredelsesdato 21. oktober 1950). (GK III).

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (ikrafttredelsesdato 23. Mars 1976). (SP).

Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina, Annex1-A: Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement, 21.november 1995.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), Geneve, 8. Juni 1977 (ikrafttredelsesdato 7. desember 1978). (TP II).

Protocol additional to the Geneva Conventions of 12-08-1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts, Geneve, 8. juni 1977 (ikrafttredelsesdato 7. desember 1978). (TP I).

Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto, Strasbourg, 16. september 1963 (ikrafttredelsesdato 2. mai 1968).

United Nations Security Council Resolution 1019, Violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia, 9. november 1995.

Vienna Convention on the law of treaties (with annex), Vienna, 23. Mai 1969. (WK).

RETTSPRAKSIS

Den europeiske menneskerettsdomstol (ECHR)

A mfl. mot Storbritannia [GC], nr. 3455/05, 19. februar 2009.

Al-Jedda mot Storbritannia, [GC] nr. 27021/08, 7. juli 2011.

Aksoy mot Tyrkia [J], nr. 21987/93, 18. desember 1996.

Al-Skeini mfl. mot Storbritannia [GC], nr. 55721/07, 7. juli 2011.

Assanidze mot Georgia [GC], nr.71503/01, 8. april 2004.

Banković mfl. mot Belgia mfl. [GC], nr. 52207/99, 12. desember 2001.

Catan mfl. mot Moldova mfl. [GC], nr. 43370/04, 8252/05 og 18454/06, 19. oktober 2012.

Creangă mot Romania [GC], nr. 29226/03, 23. februar 2012.

Demir og Baykara mot Tyrkia [GC], nr. 34503/97, 12. november 2008

Enhorn mot Sverige [J], nr. 56529/00, 25. januar 2005.

Hassan mot Storbritannia [GC], nr. 29750/09, 16. september 2014.

J.N. mot Storbritannia [J], nr. 37289/12, 19. mai 2016 (final 19/08/2016).

Kypros mot Tyrkia [GC], nr. 25781/94, 10. mai 2001.

Lawless mot Irland (No.3) [J], nr. 332/57, 1. juli 1961.

Loizidou mot Tyrkia [GC], nr. 15318/89, 23. mars 1995.

Medvedyev mfl. mot Frankrike [GC], nr. 3394/03, 29. mars 2010.

Staney mot Bulgaria [GC], nr. 36760/06, 17. januar 2012.

FNs menneskerettighetskomité (HRC)

Bakhrudin Kurbonov og Dzhaloliddin Kurbonov mot Tadsjikistan, nr. 1208/2003, 16. mars 2006.

Concluding Observations: Mauritius, nr. CCPR/CO/83/MUS, 27. april 2005.

Delia Saldias de Lopez mot Uruguay, CCPR/C/13/D/52/1979, 29. juli 1981.

Fongum Gorji-Dinka mot Kamerun, nr. 1134/2002, 17. mars 2005.

Indira Umarova mot Usbekistan, nr. 1449/2006, 3. november 2010.

Israil mot Kasakhstan, nr. 2024/2011, 1. desember 2011.

Van Alphen mot Nederland, nr. 305/1988, 23. juli 1990.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

Aktor mot Blagoje Simic mfl., nr. IT-95-9-T, 7. oktober 2003.

Aktor mot Zlatko Aleksovski, nr. IT-95-14/1-T, 25. juni 1999.

Den internasjonale domstolen (ICJ)

Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau mot Senegal), 12. november 1991.