

Adgangen til preventiv frihetsberøvelse av
formentlige terrorister etter Den
europæiske menneskerettighetskonvensjon
art. 5 første avsnitt.

Kandidatnummer: 132

Antall ord: 14649



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[09/12-2015]

Forord

Oppgavens tema var aktuelt da jeg startet opp arbeidet. Det har dessverre ikke blitt mindre aktuelt etter den tid, blant annet som følge av terroranslagene i Paris den 13. november 2015.

Takk til min veileder professor Jon Petter Rui for kyndig veiledning til tross for krevende omstendigheter. Jeg vil også takke min kone og min familie for tålmodighet i skriveperioden.

”Nicht nur Menschen, auch Rechtsgrundsätze wurden von den Trümmern der Twin Towers erschlagen.”

Heribert Prantl, Der Terrorist als Gesetzgeber.

Innholdsfortegnelse

<i>Innholdsfortegnelse</i>	3
<i>1 Innledning</i>	5
1.1 Presentasjon av tematikken. Aktualitet	5
1.2 Avhandlingens hovedproblemstillinger og avgrensning	6
<i>2 Når foreligger det preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter EMK art. 5 første avsnitt?</i>	7
2.1 Introduksjon	7
2.2 Om avhandlingens terminologi. Hvem, og hva vernes av art. 5 første avsnitt?.....	7
2.3 Når foreligger det ”deprivation of liberty” av en formentlig terrorist?	9
2.3.1 Det alminnelige utgangspunkt.....	9
2.3.2 Kan man ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse av en formentlig terrorist ta hensyn til statens behov for å utføre inngrepet?	9
2.3.3 Innskrenkning i bevegelsesfriheten eller frihetsberøvelse av en formentlig terrorist? Et typetilfelle	12
<i>3 Hvilke skranker og rettssikkerhetsgarantier oppstiller EMK art. 5 første avsnitt for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister?</i>	16
3.1 Introduksjon	16
3.2 Lovkravet.....	16
3.3 Mulige grunnlag i a) til f) for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister	19
3.3.1 Introduksjon	19
3.3.2 Adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter bokstav b) ..	19
3.3.3 Adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter bokstav c)..	23
3.3.4 Adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter bokstav f) ..	28
3.3.5 Er grunnlagene for frihetsberøvelse i a) til f) uttømmende angitt?	33
<i>4 Lovkravet i art. 5 første avsnitt ved derogasjon</i>	38
4.1 Adgangen til derogasjon.....	38
4.2 Medfører lovkravet i EMK art. 5 første avsnitt et krav om egne nasjonale lover for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister ved derogasjon?	39
4.2.1 Introduksjon	39
4.2.2 Er det adgang til derogasjon fra lovkravet?.....	39

4.2.3 Forutsatt at det ikke er adgang til derogasjon fra lovkravet.....	41
5 Oppsummering og et rettspolitisk poeng.....	45
<i>Litteraturliste</i>	48
Bøker	48
Artikler	48
Rapporter	49
Internettsider.....	49
Andre kilder.....	50
<i>Lover og forarbeider</i>	50
Lover	50
Forarbeider	50
<i>Konvensjoner</i>	51
<i>Domsregister</i>	51
Dommer fra britisk høyesterett.....	51
Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg og Den europeiske menneskerettighetskommisjon	51

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tematikken. Aktualitet

I en moderne demokratisk rettsstat innehar staten et maktmonopol. En av statens mest sentrale oppgaver og en kjernebegrunnelse for maktmonopolet er å sikre statens borgere mot interne og eksterne sikkerhetstrusler, herunder terrorhandlinger.¹ Terrorisme stiller rettsstaten overfor særskilte utfordringer. Staten skal hindre at borgerne blir utsatt for vold og terror, men det er begrenset hvor langt staten kan gå uten at den overskrider rettslige skranker til vern for individet. Denne avhandlingen vil rette fokuset mot en av de mest sentrale skrankene i europeisk rett, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), og adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter EMKs artikkel nr. 5.

At terrorisme setter rettsstaten på prøve er i europeisk kontekst ikke noe nytt. Lovverket i Europa har gradvis blitt utbygd i takt med erfaringer med terrorisme. Grunnmuren i dagens terrorlovverk i Tyskland baserer seg for eksempel i stor grad på erfaringene med terror på 60-, og 70-tallet.² I nyere tid, og da kanskje spesielt i perioden etter 11. september 2001, har likevel problemstillingen fått fornyet aktualitet som følge av trusselen fra islamsk terrorisme, i Norge også som følge av Utøya-massakren begått av en soloterrorist. Som et resultat av trusselen har konvensjonsstatene søkt etter egnede verktøy for å håndtere den. Statene har tatt i bruk både preventive og repressive tiltak. I flere land i Europa har det blitt tatt til orde for bruk av preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister og i enkelte land har også slik frihetsberøvelse blitt iverksatt.

Storbritannia innførte i 2001 den såkalte "Anti-terrorism, Crime and Security Act," (ATCSA) som åpnet for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister. Tiltaket ble opphevet i 2005 som følge av at Storbritannia ble felt av House of Lords og senere Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) i storkammerdommen 19. Februar 2009 *A and others v. United Kingdom*.

EMKs art. 5 og EMDs tolkning av den kan sies å være av spesiell interesse ved vurderingen av de menneskerettslige grensene for statens maktutøvelse i "kampen mot terror" i Europa. EMK er en

¹ Tim Nikolas Müller, *Präventive Freiheitsentziehung als Instrument der Terrorismusbekämpfung*, Freiburg 2011 s. 19.

² Susanne Forster, *Freiheitsbeschränkungen für mutmaßliche Terroristen*, Berlin 2010 s. 304.

av de mest sentrale regionale menneskerettslige konvensjonene og art. 5 og retten til å ikke bli vilkårlig fratatt sin frihet er i henhold til EMD en av de mest sentrale rettighetene i EMK-katalogen.³ Videre kan man si at det er av spesiell interesse å se nærmere på EMDs syn på preventiv frihetsberøvelse, da man i EMK har søkt å balansere forholdet mellom stat og individ i demokratiske rettsstater.⁴ EMD har nå vært i virksomhet i over 50 år og den har løst mange saker hvor terrorisme har vært en del av sakskomplekset. Gjennom EMDs fortløpende vurdering av saker anlagt på bakgrunn av formentlige rettighetsbrudd, har grensene for statens akseptable maktutøvelse i ”kampen mot terror” blitt avstemt innenfor en europeisk kontekst.

EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven. Konvensjonen og dens tilleggsprotokoller regnes som norsk lov og den har forrang ved eventuell motstrid jf. lovens §§ 2 og 3. Grunnloven har også i dag et forbud mot vilkårlig frihetsberøvelse i § 94. Dersom norske myndigheter skulle ønske å iverksette preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister, må dette gjøres innen de rammer som følger av art. 5. Tematikken som diskuteres i denne avhandlingen har derfor direkte relevans for norske forhold.

Problemstillingene i avhandlingen er i begrenset grad behandlet i juridisk teori.

1.2 Avhandlingens hovedproblemstillinger og avgrensning

Avhandlingen har to hovedproblemstillinger. For det første vil avhandlingen drøfte når det foreligger preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter EMK art. 5 første avsnitt. For det andre vil avhandlingen drøfte hvilke skranker og rettssikkerhetsgarantier EMK art. 5 første avsnitt oppstiller for denne typen frihetsberøvelse.

Det avgrenses mot EMDs metode, mot spørsmålet om jurisdiksjon etter EMK art. 1 og mot drøftelse av eventuelle positive forpliktelser. Avhandlingen retter videre fokuset mot de rettslige rammene i art. 5 første avsnitt. Art. 5 andre til femte avsnitt har en nær sammenheng med de materielle grensene i art. 5 første avsnitt, men behandles ikke da dette faller utenfor oppgavens ramme. Det avgrenses videre mot mer enn summarisk omtale av de materielle og prosessuelle

³ Bl.a. Storkammerdom 29/03-2010. *Medvedyev and others v. France* avsn. 76.

⁴ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Jacobs, *The European Convention on Human Rights* 6. Utgave, Oxford 2014 s. 4.

vilkår for derogasjon i art. 15. Lovkravet i art. 5 første avsnitt ved derogasjon drøftes derimot særskilt da det har blitt rettet spesielt fokus mot dette i nyere norsk juridisk teori, herunder har det blitt hevdet at Norge bør etablere en lov som regulerer sikkerhetsinternering.⁵

2 Når foreligger det preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter EMK art. 5 første avsnitt?

2.1 Introduksjon

Artikkelens sentrale formål er å sikre enkeltmenneskets frihet generelt og frihet fra vilkårlig frihetsberøvelse i regi av myndighetene spesielt.⁶ Vernet mot frihetsberøvelse søkes ivaretatt ved at art. 5 i første avsnitt oppstiller en rett til frihet og et forbud mot frihetsberøvelse med mindre det gjøres i tråd med de opplistede alternativer og med forankring i lov.

2.2 Om avhandlingens terminologi. Hvem, og hva vernes av art. 5 første avsnitt?

I internasjonal rettslig litteratur er det ikke enighet om hvordan *terror* og *terrorisme* best bør defineres.⁷ Avhandlingen benytter derfor begrepet ”formentlige terrorister” som utgangspunkt for den rettslige analysen. EMD bedriver uansett ikke begrepsjurisprudens. Hvilken merkelapp som nyttes på den som blir utsatt for frihetsberøvelse er materielt sett irrelevant. EMK art. 5 første avsnitt verner ”*everyone*”.

Avhandlingen søker videre å analysere de rettslige rammene for *preventiv frihetsberøvelse* – på engelsk såkalt *preventive detention*, av formentlige terrorister etter EMK art. 5 første avsnitt. Begrepet fremgår ikke eksplisitt av art. 5 første avsnitt og EMD omtaler normalt frihetsberøvelse i preventivt øyemed kun som, ”preventive detention”, uten at begrepet har blitt gitt et mer avklart meningsinnhold.⁸

Preventiv frihetsberøvelse er verken på norsk eller engelsk et ensartet begrep. Begrepet benyttes ofte, i knytning til terrorproblematikken, om frihetsberøvelse som ledd i en overordnet

⁵ Mads Harlem og Ginni Wiik, ”Behov for norsk lovregulering av sikkerhetsinternering?” *Tidsskrift for Strafferett*, 2015 s. 43-61.

⁶ 3/10-2006 *McKay v. the United Kingdom* avsn. 30.

⁷ Helen Duffy, *The War on Terror and the Framework of International Law*, Cambridge 2015 s. 29 flg.

Se også rapport fra *Independent Reviewer of Terrorism Legislation*, 2007.

⁸ Se f.eks., 1/07-1961 *Lawless v. Ireland*.

sikkerhetsstrategi hvor formentlige terrorister uten strafferettslig siktelse eller rettssak interneres etter ordre fra den utøvende makt.⁹ Om dette har Husabø og Aall på norsk valgt å benytte begrepet ”*fengslig forvaring*”,¹⁰ mens Harlem og Wiik benytter begrepet ”*sikkerhetsinternering*”¹¹. I internasjonal rettslig litteratur benyttes ulike begreper for å beskrive det samme – eller ulike sider av samme fenomen – blant annet; ”*security detention, precautionary, non-punitive, civil*” eller ”*protective detention, detention without charge*”, ”*internment*” eller ”*administrative detention*”.¹² Begrepet kan også brukes for å beskrive kortvarig preventiv frihetsberøvelse foretatt av en polititjenestemann, eksempelvis for å forhindre et slagsmål på byen. Det vil være en glidende overgang mellom kortvarig preventiv frihetsberøvelse og mer langvarig preventiv internering, forvaring, eller fengslig som ledd i en sikkerhetsstrategi. Det klare felles poeng i de ulike engelske og norske begrepene og EMDs bruk av ”preventive detention”, er elementet av frihetsberøvelse i statlig regi for å forhindre fremtidig kriminalitet – i avhandlingens tilfelle – terrorhandlinger. Avhandlingen søker således å klargjøre *statens adgang til å frihetsberøve en formentlig terrorist før en terrorhandling begås*.

Terminologien er uansett ved spørsmålet om *hva som vernes* – som ved spørsmålet om *hvem som vernes* – ikke av interesse ved den materielle vurderingen etter art. 5 første avsnitt. Vernet i art. 5 aktiveres når det foreligger ”frihetsberøvelse”, såkalt ”*[deprivation] of liberty*”, etter art. 5 første avsnitt andre setning. Artikkelen for øvrig setter rammer for frihetsberøvelse som sådan. Om frihetsberøvelsen betegnes som preventiv, som arrest, anholdelse, innbringelse eller fengslig etc. er materielt sett i utgangspunktet irrelevant ved vurderingen av om frihetsberøvelse foreligger og om den er lovlig etter art. 5 første avsnitt. Det springende punkt er altså innledningsvis når frihetsberøvelse av en formentlig terrorist foreligger.

⁹ Claire Macken, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists*, New York 2011 s. 5–6.

¹⁰ Johannes Erling, Jørgen Aall. ”Bekjempelse av terrorisme og forsvar for rettsstaten – et britisk eksempel”, *Lov og rett: Norsk juridisk tidsskrift*, 2005, 515–530, s. 516.

¹¹ Mads Harlem og Ginni Wiik, 2015.

¹² Claire Macken, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists*, s. 6

2.3 Når foreligger det ”deprivation of liberty” av en formentlig terrorist?

2.3.1 Det alminnelige utgangspunkt

Det er klart fra EMDs praksis at det med ”[deprivation] of liberty” primært menes fysisk frihetsberøvelse.¹³ Frihetsberøvelse må avgrenses mot inngrep i bevegelsesfriheten, som reguleres av art. to i fjerde tilleggsprotokoll (TP). Forskjellen mellom frihetsberøvelse og innskrenkning i bevegelsesfriheten er utelukkende en forskjell i grad eller intensitet og ikke en kvalitativ forskjell.¹⁴ Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

I vurderingen legger EMD blant annet vekt på ”*the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question*”.¹⁵ EMD vektlegger både subjektive (om den som ble utsatt for inngrepet har samtykket til det) og objektive elementer (de faktiske forhold ved frihetsinnskrenkningen).¹⁶ Samtykke alene er ikke tilstrekkelig for at det ikke skal foreligge frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt.¹⁷ Når det gjelder de objektive faktorene har EMD blant annet tatt i betraktning muligheten til å forlate området vedkommende (som blir utsatt for inngrepet) har blitt pålagt å oppholde seg på, graden av overvåkning og kontroll over personens bevegelser, omfanget av isolasjon og tilgjengeligheten av sosiale kontakter.¹⁸ EMD anser seg ikke bundet av konvensjonstatens vurderinger, men foretar en autonom vurdering av om det foreligger ”frihetsberøvelse” i konvensjonens forstand.¹⁹

2.3.2 Kan man ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse av en formentlig terrorist ta hensyn til statens behov for å utføre inngrepet?

Oppbygningen av art. 5 skiller seg fra art. 8–11 da den ikke åpner for inngrep der hvor dette er nødvendig i et demokratisk samfunn. Proporsjonalitets- og formålmessighetsvurderingen har da også tradisjonelt sett blitt ansett å være innarbeidet i vilkårene i art. 5. EMD har holdt vurderingen av *om det foreligger en frihetsberøvelse* adskilt fra vurderingen av *om den eventuelle frihetsberøvelsen er i strid med konvensjonen*. Vurderingen av begrunnelsens rettmessighet har blitt foretatt ut fra om frihetsberøvelsen faller inn under bokstav a)–f) og ikke ut fra om det kan

¹³ 6/11-1980 *Guzzardi v. Italy* avsn. 92.

¹⁴ *Guzzardi-saken* avsn. 92.

¹⁵ *Guzzardi-saken* avsn. 92.

¹⁶ 16/09-2005 *Storck v. Germany* avsn. 73.

¹⁷ *Storck-saken* avsn. 74.

¹⁸ *Guzzardi-saken* avsn. 95.

¹⁹ 05/01-2005 *H.L. v. the United Kingdom* avsn. 90.

sies å foreligge en frihetsberøvelse eller ei. I storkammerdommen *Austin and others v. United Kingdom*²⁰ fravek EMD denne tilnærmingen.

I *Austin-saken* hadde klagerne uforvarende blitt fanget innenfor politisperringer satt opp i forbindelse med en demonstrasjon i Storbritannia. Spørsmålet av relevans for avhandlingen var om disse hadde blitt frihetsberøvet og om man ved vurderingen av om det forelå frihetsberøvelse kunne ta hensyn til statens behov for å gjennomføre inngrepet. EMD åpnet i saken tilsynelatende for at hensynene til stat og individ kan balanseres ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse etter EMK art. 5 første avsnitt andre setning. I saken var det dissens (14–3) om dette spørsmålet.

EMDs flertall kom til at art. 5 første avsnitt må tolkes i lys av konteksten rundt inngrepet og politiets ansvar for å opprettholde orden og beskytte allmennheten.²¹ Flertallet vektla at inngrepet var vanlig, uunngåelig, et resultat av forhold utenfor myndighetenes kontroll og nødvendig for å unngå en reell risiko for alvorlig personskade, eller materiell skade.²² Flertallet fremhevet at;

”Article 5 cannot be interpreted in such a way as to make it impracticable for the police to fulfill their duties..., provided that they comply with the underlying principle of Article 5,”²³ og ”[h]ad it not remained necessary for the police to impose and maintain the cordon in order to prevent serious injury or damage, the “type” of the measure would have been different, and its coercive and restrictive nature might have been sufficient to bring it within Article 5.”²⁴

Argumentasjonen kan vanskelig forstås som noe annet enn en aksept for vektlegging av nødvendigheten av inngrepet og en åpning for å balansere hensynene mellom stat og individ ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse etter art. 5. En slik forståelse var også utgangspunktet for mindretallets kritikk.²⁵

²⁰ 15/03-2012.

²¹ Avsn. 60.

²² Avsn. 59.

²³ Avsn. 56.

²⁴ Avsn. 68.

²⁵ Mindretallets votum. Avsn. 2–9.

Til tross for at spørsmålet om frihetsberøvelse også har kommet opp i flere senere saker har ikke EMD i noen av de disse eksplisitt tatt stilling til flertallets begrunnelse i *Austin-saken*.²⁶ På den annen side har ikke EMD i noen av disse sakene heller eksplisitt åpnet for å balansere hensynene ved vurdering av om det foreligger frihetsberøvelse etter EMK art. 5.

I juridisk teori har det blitt argumentert for at saken ikke bør forstås slik at det nå er adgang til å ta i betraktning nødvendigheten av inngrepet og en balansering av hensynene ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse. Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Jacobs Ovey fremhever her spesielt en etterfølgende sak vedrørende preventiv frihetsberøvelse av tsjetsjenere i Georgia.²⁷ I *Baisuev and Anzorov v. Georgia*²⁸ slo EMD i tråd med den tradisjonelle oppfatningen fast at art. 5 skal tolkes snevert og at den *ikke* åpner for en balansering av statens behov for å bekjempe sikkerhetstrusler og individets behov for vern. EMD uttalte her; ”*The Court reiterates, ... Article 5 § 1 does not permit a balance to be struck between the individual’s right to liberty and the State’s interest in addressing security threats.*”²⁹ Denne uttalelsen falt dog som ledd i en redegjørelse for de i a)–f) aksepterte grunnlag for frihetsberøvelse, altså de akseptable *formål for frihetsberøvelse* og ikke som et ledd i vurderingen av om det faktisk forelå frihetsberøvelse eller ei. Uttalelsen og *Baisuev-saken* kan således etter min mening vanskelig tas til inntekt for at EMD har foretatt et direkte oppgjør med flertallets argumentasjon i *Austin-saken* og eventuell usikkerhet som måtte følge som resultat av denne.

I *Austin-saken* understreket flertallet ”*the specific and exceptional facts of this case*”³⁰ som grunnlag for sin konklusjon om at det ikke forelå frihetsberøvelse etter art. 5. Det må i lys av denne uttalelsen vurderes i hvilken grad flertallets tilnærming i *Austin-saken* kan ha overføringsverdi i relasjon til saker vedrørende preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister.

²⁶ Se f.eks. 12/09-2012, *Nada v. Switzerland* og 07/06-2013 *Ostendorf v. Germany*.

²⁷ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Jacobs Ovey s. 217.

²⁸ 18/03-2013.

²⁹ Avsn. 60.

³⁰ Avsn. 68.

Ordlyden i ”*the specific and exceptional facts of this case*” trekker i retning av at saken var et enkeltstående og eksepsjonelt tilfelle med liten overføringsverdi til saker hvor faktum fraviker fra de konkrete omstendighetene i *Austin-saken*. Saken dreide seg om en stor, uhåndterlig demonstrasjon med stort farepotensiale for allmennheten. Klagerne i saken var ikke formentlige terrorister, men henholdsvis en deltaker i demonstrasjonen og tre tilfeldige forbipasserende.³¹ Situasjonen skiller seg således trolig fra typiske situasjoner som vil være relevante ved eventuell preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister. Dette kan tas til inntekt for at den i liten grad har overføringsverdi. I motsatt retning trekker flertallets eksplisitte vektlegging av inngrepets nødvendighet ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse og fremhevingen av at art. 5 ikke kan tolkes slik at politiet ikke får utført sine oppgaver. De to sistnevnte forhold har utvilsomt overføringsverdi til saker om preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister.

Et annet spørsmål er om det kan ha betydning om frihetsberøvelsen er regulert i en lov utformet i tråd med betingelsene EMD oppstilte i *Austin-saken*, eller om den blir fattet med hjemmel i en fullmakt. Av plasshensyn forfølges ikke spørsmålet ytterligere her.

Det må etter dette på basis av *Austin*, og manglende oppgjør med standpunktet i etterfølgende saker, legges til grunn at man *de lege lata ikke er avskåret* fra å vektlegge nødvendigheten av å gjennomføre inngrepet ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse av en formentlig terrorist.

I lys av flertallets uttalelse om sakens særegenhet, EMDs langvarige praksis ved tolkning av art. 5, og etterfølgende sakers vektlegging av viktigheten av innskrenkende tolkning av de akseptable formålene for frihetsberøvelse, bør man likevel være varsom med slik tolkning. Faren for utvidelse av de tillatte grunnlag for frihetsberøvelse ved innskrenkende tolkning av ”frihetsberøvelse” i art. 5 første avsnitt andre setning med dertil påfølgende mulig vilkårlighet maner også til forsiktighet.

2.3.3 Innskrenkning i bevegelsesfriheten eller frihetsberøvelse av en formentlig terrorist? Et typetilfelle

Klart innenfor ”frihetsberøvelse” etter EMK art. 5 første avsnitt andre setning er langvarig sikkerhetsinternering og fengslig forvaring, eller pågrepelse og anbringelse i fengselscelle mot

³¹ Avsn. 11–14.

den formentlige terroristens vilje.³² Klart utenfor er tilfeller der hvor den formentlige terroristen ikke fysisk tas i forvaring, men kun ilegges et frivillig, kortvarig inngrep i bevegelsesfriheten som følge av myndighetenes behov for å gjennomføre eksempelvis ordinære trafikkkontrolltiltak. I mellom ytterpunktene er det mulig å skissere en rekke mindre klare tilfeller. Det er neppe mulig, ei heller hensiktsmessig, å *de lege lata* uttømmende skissere ulike inngrep som en formentlig terrorist vil kunne bli utsatt for, for deretter å vurdere om det i det enkelte tilfelle vil foreligge frihetsberøvelse eller ei.

Vurdert ut fra hvilke problemstillinger som har kommet opp for EMD, kan det være grunn til å tro at ett av de tilfellene som oftest kommer på spissen er illeggelse av begrensninger på den formentlige terroristens bevegelsesfrihet, kombinert med andre mer eller mindre inngripende tiltak. For å illustrere når det vil foreligge preventiv frihetsberøvelse av en formentlig terrorist og grensegangen mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten, drøftes herved et kjent, men anonymisert, typetilfelle.

En mann av irakisk herkomst, uten lovlig opphold i en konvensjonsstat ble pålagt å bo og oppholde seg på et mottakssenter for asylmottakere i en liten kommune med ca. 4200 innbyggere og 670 kvadratkilometer, langt fra sitt egentlige bosted og sin familie i landets hovedstad. Mannen ble pålagt å holde seg innenfor kommunegrensen til enhver tid. I tillegg ble mannen pålagt å melde seg for lensmannskontoret i kommunen hver mandag, onsdag og fredag innen kl. 13:30. Pålegget om oppholdssted og meldeplikt gjaldt fra og med 25.01.2015 til og med 31.12.2015, eller til pålegget ble opphevet av politiet.

Grunnlaget for illeggelsen av oppholds- og meldeplikt var at mannen var en formentlig terrorist. Han hadde tidligere stiftet og bidratt til å bygge opp en islamistisk terrororganisasjon og var nå involvert med en ny. Videre var han to ganger tidligere dømt for drapstrusler og han ble ansett som en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Irakeren var utvist av landet, men han kunne ikke sendes ut da det var fare for at han ville bli torturert eller drept ved hjemkomst. Hensikten med pålegget var å gjøre det enklere for myndighetene å ha kontroll på hans bevegelser, samt minske hans mulighet til direkte å påvirke meningsfeller. Pålegget var basert på

³² Se f.eks. storkammerssaken 28/10-1994 *Murray v. United Kingdom* avsn. 49.

en lovlig instruks, i tråd med forskrift og ansett av myndighetene å være nødvendig og ikke uforholdsmessig.

Spørsmålet blir om pålegget om oppholdssted og meldeplikt i lys av ”*the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question*”.³³ etter en konkret vurdering er å anse som ”*[deprivation] of liberty*” etter EMK art. 5 første avsnitt andre setning.

Ordlyden taler for at det må være snakk om en frihetsberøvelse. Utgangspunktet må være at det skal mye til for at inngrep i bevegelsesfriheten isolert sett, eller sett i sammenheng med øvrige tiltak skal tilsi at noen har blitt frihetsberøvet. En slik forståelse understøttes av at EMK sonderer i to ulike artikler mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten.

Når det gjelder vurderingen av de av EMD oppstilte kriteriene, er det naturlig å sammenlikne situasjonen til irakeren med det klassiske grensetilfellet i *Guzzardi-saken*. Denne saken omhandlet en italiensk mann, formentlig knyttet til mafiaen, som av italienske myndigheter ble pålagt å oppholde seg på en øy i 16 måneder med sterke begrensninger på sin bevegelsesfrihet. Mannen måtte oppholde seg på et ikke-inngjerdet 2,5 kvadratkilometer stort område sammen med andre i samme situasjon og mannskapene som var satt til å overvåke dem. Store deler av øya (9/10) var satt av som fengsel. Øya hadde kun ca. 200 faste innbyggere, de fleste knyttet til fengselsdriften. Mannen kunne ikke forlate øya uten søknad til myndighetene og han var pålagt portforbud i tidsrommet 2200 til 0700 hver natt. Han var også ilagt kommunikasjonskontroll. Mannen hadde adgang etter søknad til å ha med seg familien på øya i deler av perioden. I tillegg til oppholdsplikten på øya, var han pålagt å rapportere til en mindre politistasjon to ganger om dagen. Det var vanskelig å leve et tilnærmet normalt liv på øya på grunn av øyas topografi, det var få ordinære innbyggere, og boforholdene var utfordrende. EMD slo i dommen fast at isolert sett kunne ingen av tiltakene mannen var pålagt anses som frihetsberøvelse etter konvensjonen, men kom etter en konkret helhetsvurdering til at de samlet sett utgjorde en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 første avsnitt andre setning.³⁴

³³ *Guzzardi-saken* avsn. 92.

³⁴ Avsn. 95.

Når det gjelder typen inngrep, er det i begge saker snakk om bosteds- og oppholdsplikt, samt ileggelse av meldeplikt, men i tillegg til dette ble det formentlige mafiamedlemmet også pålagt portforbud og kommunikasjonskontroll, noe som ikke er tilfellet for den irakeren. Varigheten av tiltakene er henholdsvis ca. ett år for irakeren og 16 måneder for italieneren altså en forskjell på ca. fire måneder. Når det gjelder implementeringen og effekten av inngrepene, så er det viktige forskjeller mellom de to sakene. Begge personer ble pålagt å oppholde seg innenfor avgrensede geografiske områder. Det er likevel vesensforskjell mellom å bli pålagt å oppholde seg innenfor en mindre ordinær kommune og det som i praksis må kunne sies å ha vært en fengselsøy med svært få lokale innbyggere. Kommunen som irakeren ble pålagt å oppholde seg innenfor er også vesentlig større i areal enn fengselsøya. Det er videre en forskjell på å måtte melde seg for politiet to ganger om dagen og tre ganger i uken. Når det gjelder adgangen til å pleie kontakt med familien, herunder å ha dem med seg på bostedet så var ingen av dem formelt sett avskåret fra å gjøre dette. Reellt sett fremstår det likevel som at viktig forskjell mellom italienerens situasjon og irakerens at den førstnevnte måtte søke om tillatelse til ha dem med seg og boforholdene ikke innbød til ordinært familieliv, mens irakeren tilsynelatende hadde anledning til å ha med seg familien uten søknad, enten på mottaket eller i nærheten av dette. Boforholdene for irakeren fremstår heller ikke like problematiske som for italieneren. I irakerens tilfelle er det også en teoretisk mulighet for at han kan skaffe seg jobb og dermed leve tilnærmet som en ordinær innbygger i kommunen, noe som ikke var et reellt alternativ for italieneren.

I tillegg til de overfor nevnte momenter, er det grunn til å vektlegge at EMD i en rekke tilfeller har fremhevet at terrorisme stiller staten overfor særskilte utfordringer,³⁵ at EMK art. 5 ikke kan tolkes slik at det gjør det umulig for myndighetene å beskytte allmennheten og at EMD i spesielle tilfeller kan sies å ha åpnet for å ta i betraktning nødvendigheten av tiltaket ved vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse eller ei.³⁶ Irakeren i inneværende sak utgjør en permanent trussel. Han har ikke utvist noen anger, eller intensjon om å frastå fra sin kriminelle virksomhet. Dette gjør det klart nødvendig for politiet å overvåke ham og hans virksomhet. Hans bosted før pålegget om bo- og meldeplikt var sentralt i konvensjonslandets hovedstad. Alternative løsninger for å kontrollere ham i hovedstaden og på denne måten forhindre fremtidige terrorhandlinger slik

³⁵ Første gangen eksplisitt fremhevet i EMDs dom 6/09-1978 *Klass and others v. Germany* avsn. 48.

³⁶ Jf. *Austin-saken*.

som for eksempel elektronisk fotlenke, sporings eller overvåkningsutstyr vil muligens kunne være vel så inngripende som et pålegg om bo- og meldeplikt i utkantstrøk. I lys av dette og at han ikke kan sendes ut av landet ut fra hensynet til hans eget ve og vel er det grunnlag for å argumentere for at frihetsberøvelse etter EMK art. 5 ikke bør tolkes for vidt. Irakeren blir heller ikke nødvendigvis stående uten vern etter konvensjonen dersom han ikke anses som frihetsberøvet etter art. 5. Han vil fortsatt kunne være vernet av andre rettigheter i EMK, herunder for eksempel vernet mot inngrep i bevegelsesfriheten jf. TP. 2 nr. 4. og retten til familie og privatliv etter EMK art. 8.

Det må legges avgjørende vekt på at det skal mye til for at noen kan tilsi at ha blitt berøvet sin frihet gjennom inngrep som ikke direkte berører den fysiske friheten og at inngrepene i innværende sak ikke kommer tett opp til situasjonen i *Guzzardi-saken*. Både omfanget, varigheten, effekten og implementeringen av tiltakene er langt mindre inngripende for irakeren.

Det må derfor konkluderes med at boplikten og meldeplikten irakeren er pålagt ikke utgjør ”[deprivation] of liberty” etter EMK art. 5 første avsnitt andre setning.

3 Hvilke skranker og rettssikkerhetsgarantier oppstiller EMK art. 5 første avsnitt for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister?

3.1 Introduksjon

Forutsatt at en formentlig terrorist har blitt frihetsberøvet må frihetsberøvelsen være ”in accordance with a procedure prescribed by law” og den må i utgangspunktet jf. ”in the following cases” falle inn under ett av alternativene i art. 5 første avsnitt bokstav a)–f). Ut over de i a)–f) opplistede alternativer fordrer frihetsberøvelse normalt derogasjon etter art. 15.

3.2 Lovkravet

Frihetsberøvelsen må altså være ”in accordance with a procedure prescribed by law”. I tillegg må frihetsberøvelse som fattes etter bokstav a)–f) være ”lawful.”

Ordlyden her taler for at frihetsberøvelsen må gjøres i tråd med en prosedyre som fremkommer av nasjonal lov og som i tillegg er lovlig etter konvensjonen.

EMD har også lagt en slik forståelse til grunn.³⁷ EMD skiller ikke alltid mellom de to vilkårene, men har slått fast at de skal forstås slik at frihetsberøvelsen må være i tråd med de materielle og prosessuelle krav som følger av nasjonal- eller internasjonal lov.³⁸ Det er ikke tilstrekkelig at prosedyrene i loven er fulgt. Loven må også være i tråd med de generelle prinsippene i EMK. Disse er; ”*the principle of the rule of law...and, connected to the latter, that of legal certainty..., the principle of proportionality...and the principle of protection against arbitrariness*”.³⁹ Ved brudd på prinsippene vil det foreligge krenkelse til tross for at de materielle og prosessuelle reglene i den aktuelle loven er fulgt. ”[L]awfulness” i det enkelte alternativ skal forstås på samme måte som ”*in accordance with law*” i art. 8–11.⁴⁰

EMD har i flere saker slått fast at prinsippet om rettslig forutberegnelighet, såkalt ”*legal certainty*”, er spesielt viktig ved spørsmål om frihetsberøvelse. Vilårene for frihetsberøvelse i loven må derfor være klart definert og loven i seg selv må være forutsigbar i sin anvendelse slik at den tilfredsstiller ”*lawfulness*”– standarden i konvensjonen.⁴¹ Loven må; ”*allow the citizen – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances of the case, the consequences which a given action may entail*”.⁴² Loven må altså ha en viss kvalitet. EMD har slått fast at kvalitetskravet i forbindelse med frihetsberøvelse innebærer at den nasjonale loven som åpner for frihetsberøvelse må være ”*sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application to avoid all risk of arbitrariness*”.⁴³ Ordlyden, jf. ”*all risk of arbitrariness*”, gir en indikasjon på kvalitetskravet er særdeles strengt, men praksis fra EMD så langt viser at domstolen har vært tilbakeholden med å overprøve de nasjonale domstolenes vurderinger på dette området.⁴⁴ Dette kan tas til inntekt for at det ikke er vanskelig for lovgiver i den enkelte konvensjonsstat å oppfylle kravet som stilles for at frihetsberøvelse av formentlige terrorister skal være lovlig etter konvensjonen.

³⁷ 23/09-1998 *Steel and others v. the United Kingdom* avsn. 54.

³⁸ *Medvedyev-saken* avsn. 79–80.

³⁹ 28/02-2012 *Simons v. Belgium* avsn. 32.

⁴⁰ *Steel and others-saken* avsn. 54.

⁴¹ *Medvedyev-saken* avsn. 80.

⁴² *Medvedyev-saken* avsn. 80.

⁴³ Storkammerdommen 21/10-2013 *Del Rio Prada v. Spain* avsn. 125.

⁴⁴ 17/01-2001 *Wloch v. Poland* avsn. 114–16 og 27/11-1981 *Winterwerp v. the Netherlands* avsn. 48–50.

Videre har EMD innfortolket et krav om at frihetsberøvelsen ikke må være, ”arbitrary”, dvs. vilkårlig. I storkammerdommen *Saadi v. the United Kingdom* klargjorde EMD for første gang det generelle innholdet i ”vilkårlighetskravet.”⁴⁵ EMD slo her fast at kravene til hva som regnes som vilkårlig til en viss grad vil variere noe med typen frihetsberøvelse.

Felles for alternativene er at det vil foreligge vilkårlighet til tross for at frihetsberøvelsen er i tråd med lov dersom myndighetenes handlinger innehar et element av ond tro, eller lureri.

Ordren om å frihetsberøve og utførelsen av frihetsberøvelsen må også være i samsvar med formålet med den typen frihetsberøvelse som tillates av den aktuelle underparagrafen i art. 5 første avsnitt. Videre må det være et visst forhold mellom grunnlaget for den tillate frihetsberøvelsen, stedet for og forholdene under frihetsberøvelsen.⁴⁶ EMD har med andre ord i stor grad avskåret myndighetene fra å operere med vikarierende motiver for frihetsberøvelse.

Dersom frihetsberøvelsen gjennomføres med hjemmel i bokstav b), d) eller e), må det foretas en proporsjonalitetsvurdering og en vurdering av om frihetsberøvelsen var nødvendig for å oppnå det oppgitte formål. Frihetsberøvelsen må være siste utvei og andre mindre krevende tiltak må ha blitt vurdert og funnet å være utilstrekkelige for å sikre individet eller allmenne interesser. Ved vurderingen er varigheten av frihetsberøvelsen en relevant faktor.⁴⁷ Når det gjelder a), dersom det ikke foreligger vilkårlighet på annet grunnlag, overlater EMD valget om å ilegge frihetsberøvelse, og lengden på denne til nasjonale myndigheter. Tilsvarende når det gjelder bokstav f), er ikke noe krav om at det skal foretas en vurdering av nødvendigheten av frihetsberøvelsen.⁴⁸

EMDs klargjøring av vilkårlighetskravet viser at det ikke er tilstrekkelig for myndighetene å ha en hjemmel for å frihetsberøve. Myndighetene må også bruke hjemmelen i tråd med de rammer EMD har trukket opp for vilkårlighet.

⁴⁵ 29/01-2008 avsn. 67–74.

⁴⁶ Avsn. 69.

⁴⁷ Avsn. 70.

⁴⁸ Avsn. 71–73.

Ser man lovkravet over ett, er det klart at det både har en side til lovgiver – som utformer loven – og til den utøvende makt – som tolker og bruker den. Begge perspektiver må tas i betraktning ved vurderingen av om eventuell preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister er i tråd med lovkravet i art. 5 første avsnitt.

3.3 Mulige grunnlag i a) til f) for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister

3.3.1 Introduksjon

EMD har så langt primært vurdert preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter bokstav b), c) og f). Bokstav a), d) og e) er lite praktiske som grunnlag for slik frihetsberøvelse.⁴⁹ De drøftes derfor ikke.

3.3.2 Adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter bokstav b)

Det er klart at bokstav b) første alternativ ikke åpner for preventiv frihetsberøvelse av terrorister. Det må drøftes om andre alternativ *“in order to secure the fulfilment of an[y] obligation prescribed by law”* kan åpne for slik frihetsberøvelse.

Ordlyden er vid. Den gir et inntrykk av å være en generalfullmakt og at frihetsberøvelse kan nyttes til å oppfylle enhver forpliktelse som følger av lov. Vurdert slik, ville alternativet åpnet for utstrakt bruk av preventiv frihetsberøvelse. Sett i lys av formålet med artikkelen, kan en slik forståelse vanskelig legges til grunn.

Det følger da også av EMDs praksis at den ikke skal forstås som en generalfullmakt for frihetsberøvelse. Alternativet kan ikke nyttes som en generell hjemmel for å sikre den offentlige ro og orden eller statens sikkerhet.⁵⁰ Alternativet åpner kun for frihetsberøvelse dersom det foreligger en *“a specific and concrete obligation incumbent on him, and which he has until then failed to satisfy”*.⁵¹ *“[O]bligation”* skal også tolkes strengt.⁵²

Spørsmålet blir når det foreligger en tilstrekkelig *“specific and concrete obligation”* til at man kan frihetsberøve en formentlig terrorist etter bokstav b) andre alternativ.

⁴⁹ Ana Salinas de Frias *Counter-terrorism and human rights in the case law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg 2012 s. 56.

⁵⁰ *Lawless-saken* avsn. 9.

⁵¹ *Ostendorf-saken* avsn. 69.

⁵² *Ostendorf-saken* avsn. 70 og 93.

Ordlyden trekker i retning av en klart identifisert forpliktelse i tid og rom. Det følger videre av art. 5s oppbygning og EMDs praksis, at det må sondres mot tilfeller som faller inn under art. 5 første avsnitt bokstav c), dvs. der hvor det egentlig ikke er snakk om oppfyllelsen av en forpliktelse men en del av prosessen i knytning til straffesak såkalt ”*criminal proceedings*”.⁵³

Utgangspunktet etter *Lawless-saken* og etterfølgende praksis⁵⁴ er at en generell plikt til ikke å begå en kriminell handling i den umiddelbare fremtid, herunder en terrorhandling, *ikke* kan anses som en tilstrekkelig spesifikk og konkret forpliktelse til å hjemle frihetsberøvelse av en formentlig terrorist etter art. 5 første avsnitt bokstav b).

En forpliktelse om å ikke begå kriminelle handlinger i fremtiden kan likevel anses som tilstrekkelig spesifikk og konkret på nærmere angitte vilkår. I *Ostendorf-saken* påla politiet en hooligangjeng, herunder gjengens leder et pålegg om å holde seg samlet, slik at de kunne eskortere gruppen og på dette vis unngå slåsskamp mellom to rivaliserende gjenger. Lederen for gjengen søkte å unndra seg pålegget ved å låse seg inn på et dametoalett på en pub hvor vedkommende ble funnet av en polititjenestemann. Gjenglederen ble deretter frihetsberøvet i fire timer på basis av en forpliktelse om å holde freden og unnlate å delta i slåsskamp. Forpliktelsen ble ansett brutt, og tilstrekkelig spesifikk og konkret til å hjemle frihetsberøvelsen etter bokstav b).⁵⁵

I saken slo EMD fast at der hvor det er snakk om å unnlate å forstyrre freden ved ikke å begå en kriminell handling er det et krav for at forpliktelsen skal anses som tilstrekkelig spesifikk og konkret at; ”*the place and time of the imminent commission of the offence and its potential victim(s) have been sufficiently specified.*”⁵⁶ Med andre ord kreves det en viss konkretisering. Ved vurderingen av om vedkommende vil unnlate å gjøre handlingen er det tilstrekkelig for å frihetsberøve at han tar ”*clear and positive steps which indicate that he will not fulfil his obligation*”.⁵⁷ I unnlattelsestilfeller er det videre et vilkår at den som er underlagt forpliktelsen ble

⁵³ 18/03-1981 *McVeigh and Others v. the United Kingdom* avsn. 185–187.

⁵⁴ *Ostendorf-saken*.

⁵⁵ Avsn. 90–103.

⁵⁶ Avsn. 93.

⁵⁷ Avsn. 94.

gjort oppmerksom på den spesifikke handlingen som han skulle unnlate å gjøre og at han viste seg å ikke være villig til å unnlate å utføre den.⁵⁸

Ordlyden, ”*clear and positive steps*”, indikerer et krav om aktive handlinger som kan tolkes i retning av at forpliktelsen ikke vil bli oppfylt. I *Ostendorf-saken* avklarte ikke flertallet på generell basis hva som ligger i kravet om klare og positive steg, men flertallet var ikke i tvil om at vilkårene for å frihetsberøve lederen for gjengen etter bokstav b) var innfridd. Gjenglederen var kjent med hvilken handling han skulle unnlate å gjøre. Ved å gjemme seg på toalettet hadde han etter flertallets mening tatt klare og positive steg i retning av å ikke ville oppfylle forpliktelsen. Det forelå derfor ingen krenkelse av art. 5 første avsnitt. Mindretallet i saken var enig i at det ikke forelå krenkelse, men etter deres oppfatning kunne ikke frihetsberøvelsen hjemles etter bokstav b), men derimot etter bokstav c).⁵⁹

Mindretallet ønsket i strid med gjeldende praksis å åpne for bruk av bokstav c) andre alternativ i rent preventivt øyemed, dvs. uavhengig av straffesak, i tilfeller hvor ”*there is a vital public interest in preventing someone from committing an offence*”.⁶⁰

Ostendorf-saken gjaldt ordensforstyrrelse begått av hooligans. Dette er unektelig en annen problemstilling enn preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister. *Ostendorf-saken* er heller ikke en storkammerdom, men EMDs redegjørelse i saken er av generell karakter og vilkårene for vurderingen har i etterkant blitt gjentatt i saker med avvikende faktum.⁶¹ Det er således klart at vilkårene i *Ostendorf-saken* for hva som kan regnes som en tilstrekkelig ”spesifikk og konkret forpliktelse” kan legges til grunn for tilfeller hvor det er snakk om å preventivt frihetsberøve en formentlig terrorist etter art. 5 første avsnitt bokstav b).

Ut over tilfellet i *Ostendorf-saken* følger det av konvensjonsorganenes praksis at disse anser en rekke ulike typer forpliktelser for å være tilstrekkelig spesifikke og konkrete.⁶² Av spesiell relevans for denne avhandlingen er kommisjonens dom i *McVeigh-saken*. Her aksepterte

⁵⁸ Avsn. 94.

⁵⁹ To dommere. ”Concurring opinion”, dommens s. 28, avsn. 1–6.

⁶⁰ Mindretallets votum avsn. 4.

⁶¹ Se f.eks. 14/11-2013 *Blokhin v. Russia* avsn. 122. NB! Referert til storkammer 24/03-2014.

⁶² Se redegjørelse for tidligere praksis i *Ostendorf-saken* avsn. 92.

kommissjonen at tre formentlige terrorister ble frihetsberøvet i 45 timer for å gjennomføre en utvidet sikkerhetskontroll ved innpassering til Storbritannia via båt. Hensikten med kontrollregimet og plikten til å gjennomgå sikkerhetskontroll var å forebygge terrorhandlinger. Forpliktelsen ble ansett tilstrekkelig spesifikk og konkret til tross for den lange frihetsberøvelsen.⁶³ Saken viser at selv forpliktelser hvis manglende oppfølging kan gi adgang til relativt langvarig frihetsberøvelse av formentlige terrorister kan anses tilstrekkelig spesifikke og konkrete etter bokstav b) andre alternativ. Den viser også at det i ikke-unnlatesestilfeller normalt kreves, men det er ikke et ufravikelig krav, at den som blir frihetsberøvet har nektet eller neglisjert å oppfylle en forpliktelse for at vedkommende skal frihetsberøves etter b).⁶⁴

Videre følger det av ordlyden, ”to secure the fulfilment of an[y] obligation”, og EMDs praksis at frihetsberøvelse av formentlige terrorister må gjøres for å oppfylle forpliktelsen. Den må bidra direkte til oppfyllelsen og den kan ikke være av pønål karakter.⁶⁵ Forpliktelsen må også være kompatibel med konvensjonen, og når forpliktelsen er oppfylt, bortfaller adgangen til å frihetsberøve etter alternativet.⁶⁶ EMD har videre, som nevnt under drøftelsen av lovkravet i art. 5 første avsnitt, innfortolket et krav om at frihetsberøvelsen må være nødvendig i et demokratisk samfunn, herunder må det foretas en proporsjonalitetsvurdering.⁶⁷ Ved vurderingen av nødvendigheten av gjennomføringen av forpliktelsen kan det trolig i lys av EMDs vektlegging av konvensjonsstatenes utfordringer i kampen mot terror tas hensyn til de spesielle utfordringene med bekjempning av terrorisme.

Det er etter drøftelsen klart at bokstav b), andre alternativ ikke åpner for generell preventiv internering av formentlige terrorister, men for frihetsberøvelse såfremt dette gjøres som ledd i utførelsen av konkrete og spesifikke forpliktelser.

Ostendorf-saken og *McVeigh-saken* viser at det må foretas en vurdering i hvert enkelt tilfelle av om forpliktelsen i den aktuelle sak er å anse som tilstrekkelig spesifikk og konkret til at den

⁶³ *McVeigh* avsn. 186.

⁶⁴ Avsn. 190.

⁶⁵ *Ostendorf-saken* avsn. 71.

⁶⁶ Avsn. 72.

⁶⁷ *Ostendorf-saken*. avsn 73.

hjemler frihetsberøvelse av formentlige terrorister. Alternativet stenger således ikke for bruk av preventiv frihetsberøvelse som ledd i en mer helhetlig strategi mot terrorisme, eksempelvis gjennom bruk av sikkerhetskontroller ved inn og utpassering av konvensjonsstaten eller gjennom påleggelse av innskrenkninger i den formentlige terroristens bevegelsesfrihet, ileggelse av meldeplikt med mer, med dertil tilhørende oppfølging etter bokstav b). Tatt i betraktning kravet om at frihetsberøvelsen må være knyttet til oppfyllelsen av en spesifikk og konkret forpliktelse er det et semantisk spørsmål om man i slike sammenhenger vil kalle frihetsberøvelsen for preventiv eller ei.

3.3.3 Adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter bokstav c)

Den eventuelle preventive frihetsberøvelsen kan etter bokstav c) tuftes på ett av tre alternative grunnlag; ”*on reasonable suspicion of having committed an offence, when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so[.]*”

Ordlyden i første og tredje alternativ fordrer tilsynelatende at det allerede har blitt foretatt en straffbar handling. De fremstår således som uaktuelle som grunnlag for preventiv frihetsberøvelse. Ordlyden i andre alternativ derimot; ”*when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence*”, åpner presumptivt for preventiv frihetsberøvelse.

Forståelsen av de tre alternativene i bokstav c) kom første gang på spissen i *Lawless-saken*, som nettopp gjaldt adgangen til preventiv frihetsberøvelse av en formentlig terrorist. De irske myndighetene i saken argumenterte med støtte i forarbeidene for at andre alternativ åpnet for preventiv frihetsberøvelse uten straffeforfølgning og for at kravet om at den frihetsberøvede skulle bringes for en kompetent rettslig myndighet kun gjaldt første alternativ i bokstav c). EMD kom i dommen til at en tolkning i tråd med myndighetenes påstand ville åpne for vilkårlig frihetsberøvelse, noe som var i strid med hensikten med art. 5. En slik forståelse kunne derfor ikke legges til grunn. Art. 5 første avsnitt bokstav c) måtte leses i lys av art. 5 tredje avsnitt. Formålet med frihetsberøvelsen måtte i alle tre tilfeller være ”*[to bring] him before the competent legal authority*”.⁶⁸

⁶⁸ Avsn. 13–14.

Det er derimot ikke et krav om at den frihetsberøvede faktisk *blir* fremstilt for kompetent rettslig myndighet, såfremt *formålet var å fremstille vedkommende*.⁶⁹ Det er heller ikke et krav etter art. 5 første avsnitt c) at myndighetene på tidspunktet for arrest, eller mens de frihetsberøvede sitter i varetekt har tilstrekkelige bevis til at det kan tas ut siktelse. Vurderingen av formålet med frihetsberøvelsen må således vurderes isolert fra spørsmålet om man med frihetsberøvelsen oppnådde sin tilsiktede hensikt.

Det har blitt argumentert i juridisk teori for at EMDs tilnærming i *Lawless-saken* er feil,⁷⁰ men utgangspunktet og forbudet mot ren preventiv frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt bokstav c), har siden blitt gjentatt flere ganger,⁷¹ nå sist av flertallet i *Ostendorf-saken*. De tyske myndighetene i saken forsøkte seg her på en omkamp vedrørende tolkningen av andre alternativ. De argumenterte i tråd med myndighetene i *Lawless-saken* for at ordlyden i alternativet åpner for preventiv frihetsberøvelse før et lovbrudd har blitt begått. Myndighetene fikk i *Ostendorf* gehør hos mindretallet,⁷² men flertallet slo fast at en slik forståelse ikke kunne legges til grunn;⁷³ ”*the second alternative of Article 5 § 1 (c) is consequently only covering deprivation of liberty in connection with criminal proceedings*”⁷⁴

Det må videre vurderes hva som ligger i kravet om at frihetsberøvelse må gjøres i knytning til ”*criminal proceedings*”.⁷⁵

Ordlyden i ”*criminal proceedings*” peker i retning av strafforfølgelse. EMD har også lagt en slik forståelse til grunn. Kravet kom første gang eksplisitt til uttrykk i *Ciulla-saken*.⁷⁶ Saken gjaldt ileggelse av preventive tiltak mot et mafiamedlem med hjemmel i art. 5 første avsnitt c).

Myndighetene argumenterte med at frihetsberøvelsen kunne hjemles etter både art. 5 første

⁶⁹ 29/11-1988 *Brogan and others v. United Kingdom* avsn. 52–54.

⁷⁰ For en kritisk gjennomgang av EMDs avgjørelse i *Lawless* i lys av forarbeidene mer i tråd med mindretallet i *Ostendorf* se; Claire Macken, “Preventive detention and the right to personal liberty and security under Article 5 ECHR” *The International Journal of Human Rights*, 2006 p. 195–217

⁷¹ Bl.a. 8/06-1976 *Engel and others v. the Netherlands* avsn. 69, 18/01-1978 *Irland v. United Kingdom* avsn. 196 og 199, *Guzzardi-saken* avsn. 102 og 22/02-1989 *Ciulla v. Italy* avsn. 37–40.

⁷² Se petitavsnitt under avhandlingens punkt. 3.3.2

⁷³ Avsn 83–86.

⁷⁴ *Ostendorf-saken* avsn. 85.

⁷⁵ *Ostendorf-saken* avsn. 85.

⁷⁶ *Ciulla-saken*. avsn. 38.

avsnitt bokstav c) første og andre alternativ. Som begrunnelse for at alternativene kom til anvendelse støttet myndighetene seg på en ileggelse av en ordre om tvunget bosted. EMD slo etter en konkret vurdering fast at ordren om tvunget bosted og prosessen som ledet frem til dette ikke kunne anses å være ekvivalent med ”*criminal proceedings*”,⁷⁷ blant annet på grunn at ileggelsen av ordren kunne gjøres på basis av mistanke og ikke bevis. Når det gjaldt det andre alternativet så slo EMD fast at myndighetene ikke hadde fremhevet noen konkrete eller spesifikke rettsbrudd som den frihetsberøvede måtte forhindres fra å utføre.⁷⁸

EMDs tilnærming i *Ciulla-saken* indikerer klart at frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt bokstav c) kun er i tråd med konvensjonen dersom den foretas som ledd i en prosess som kan lede frem til en dom på basis av en siktelse for ”[a] *concrete and specific offence*”.⁷⁹ En slik forståelse underbygges av vilkåret om at frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt bokstav c) kun er tillatt dersom det gjøres for å fremstille den frihetsberøvede for kompetent rettslig myndighet, og av sammenhengen mellom art. 5 første avsnitt bokstav c) og art. 5 tredje avsnitt. Sistnevnte gir den som er utsatt for strafforfølgelse visse rettigheter, herunder *habeas corpus*, rettsak innen rimelig tid, eller løslatelse frem til rettsaken starter. Forståelsen underbygges også av EMDs etterfølgende praksis.⁸⁰

Det må etter dette legges til grunn at kravet om at frihetsberøvelsen må gjøres som ledd i ”*criminal proceedings*” må forstås slik at den må gjøres som ledd i en prosess hvor formålet er å lede frem til en dom for en siktelse basert på konkrete og spesifikke rettsbrudd.

Når det gjelder kravet om at det må foreligge ”[a] *concrete and specific offence*”, så er det for det første klart at ”*offence*” skal tolkes autonomt og identisk med ”*criminal offence*” i art. 6.⁸¹ Avhandlingens begrensede ramme tillater ikke en utførlig redegjørelse for praksis på området, men analyse av praksis viser at EMD foretar en vurdering av om rettsbruddet er tilstrekkelig konkret og spesifikt i hvert enkelt tilfelle. Det er ikke tilstrekkelig med vage referanser eller

⁷⁷ Avsn. 39.

⁷⁸ Avsn. 40.

⁷⁹ *Ciulla-saken* avsn. 40.

⁸⁰ Se f.eks. 31/07-2000 *Jėčius v. Lithuania* avsn. 50 og 01/03-2012 *Schwabe and M.G. v. Germany* avsn. 72.

⁸¹ 10/06-1996 *Benham v. United Kingdom* avsn. 56.

implisitte henvisninger til et uspesifisert rettsbrudd. Ved vurderingen er det av relevans om stedet og tidspunktet for utførelsen, samt de potensielle ofrene for rettsbruddet er klargjort.⁸²

Eventuell preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister fordrer videre at det foreligger ”*reasonable suspicion*” om at de formentlige terroristene faktisk har begått et konkret og spesifikt rettsbrudd.

Det følger av ordlyden at det som det absolutte minimum må foreligge en mistanke om at et straffebrudd har blitt begått. Frihetsberøvelse kan således ikke gjøres utelukkende som ledd i innhenting av etterretningsinformasjon.

Spørsmålet om innholdet i kravet i knytning til terrorisme har vært oppe i tre sentrale saker. I den første av disse; *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom* var spørsmålet om kravet var oppfylt.⁸³ I saken hevdet de tre mistenkte formentlige terroristene fra IRA at domstolenes tolkning av unntakslovgivningen var feil. Klagerne hevdet at en subjektiv test ikke tilfredstilte kravet til rimelig mistanke etter art. 5 første avsnitt bokstav c), noe EMD ikke var enig i. EMD slo fast at; ”*reasonable suspicion*” *presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence.*” Videre slo EMD fast at kravet vil variere med de konkrete omstendighetene og at terrorhandlinger ”*falls into a special category.*”⁸⁴

EMD påpekte at i lys av de spesielle utfordringene konvensjonsstater har med å bekjempe terrorisme, kan en lavere standard når det gjelder ”rimelig mistanke” aksepteres. Men ”...*the exigencies of dealing with terrorist crime cannot justify stretching the notion of "reasonableness" to the point where the essence of the safeguard secured by Article 5 § 1 (c)... is impaired.*”⁸⁵ Uttalelsen må forstås slik at det er grenser, selv i saker vedrørende terrorisme, for hvor lave beviskrav man kan stille for at kravet om ”rimelig mistanke” skal anses oppfylt.

⁸² Se *Guzzardi-saken* avsn. 102, *Ciulla-saken* avsn. 40, 10/05-2010 *M. v. Germany* avsn. 101 og 28/11-2011 *Shimovolos v. Russia* avsn. 54.

⁸³ 30/08-1990.

⁸⁴ Avsn. 32.

⁸⁵ Avsn. 32.

EMD uttalte videre at art. 5 første avsnitt bokstav c) heller ikke ”*can be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities of the Contracting States in taking effective measures to counter organized terrorism*”.⁸⁶ Med andre ord kan heller ikke beviskravet i terrørsaker tolkes for strengt.

EMD kom i saken til at oppfyllelsen av en subjektiv test kan være tilstrekkelig, men det kreves selv i saker i knytning til terrorisme at myndighetene kan fremvise et minimum av fakta eller informasjon som kan overbevise retten om at det foreligger ”*reasonable suspicion*”.⁸⁷ Kravet om fremlegging av slik informasjon er ekstra viktig der hvor den nasjonale loven har en lavere terskel for frihetsberøvelse eksempelvis ved kun å kreve en ”ærlig mistanke”.⁸⁸

I saken hadde mr. Fox og ms. Campbell tidligere vært involvert i terrorvirksomhet. Dette var tilstrekkelig for at disse kunne mistenkes av politiet, men ikke tilstrekkelig til å tilfredsstille kravet om at en objektiv observatør ville finne at det forelå rimelig mistanke. Det forelå derfor krenkelse av art. 5 første avsnitt bokstav c).

Spørsmålet om ”rimelig mistanke” i knytning til terrorisme kom også opp i storkammerdommene *Murray*, og *O’Hara v. the United Kingdom*.⁸⁹ I begge disse sakene gjentok EMD utgangspunktene og vurderingstemaene fra *Fox, Campbell and Hartley*. EMD kom med basis i disse til at det ikke forelå krenkelse.

Avhandlingens omfang tillater ikke en ytterligere problematisering av innholdet i ”*reasonable suspicion*”, herunder en mer utførlig redegjørelse for EMDs vurderinger i *Murray* og *O’Hara*. Det sentrale poeng som følger av disse er dog at ”*reasonable suspicion*” må forstås i tråd med de rammer EMD trakk opp i *Fox, Campbell and Hartley*. Det må således foretas en konkret helhetsvurdering av om det foreligger ”*facts or information which would satisfy an objective*

⁸⁶ Avsn. 32.

⁸⁷ Avsn. 34.

⁸⁸ Avsn. 34.

⁸⁹ 16/01-2002.

observer that the person concerned may have committed the offence."⁹⁰ I saker relatert til terrorisme, kan det stilles lavere krav vil rimelig mistanke, men selv i slike saker kreves et minimum av objektive holdepunkter.

Avslutningsvis kan det nevnes at EMD i ett enkelt tilfelle, *Eriksen v. Norway*,⁹¹ har kommet til at bokstav c) ikke stenger for preventiv frihetsberøvelse på basis av fremtidige straffbare handlinger. Saken anses å ha liten overføringsverdi til saker vedrørende preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister og dekker et lite praktisk tilfelle. Unntaket forfølges derfor ikke ytterligere.

Etter *Lawless-saken* og i lys av etterfølgende praksis er det således klart at art. 5 første avsnitt bokstav c) i utgangspunktet kun hjemler frihetsberøvelse som ledd i strafforfølgning der hvor det foreligger rimelig mistanke om et konkret og spesifikk rettsbrudd som allerede har blitt begått, og ikke preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister basert på en antakelse om at disse kan begå straffbare handlinger i fremtiden.

3.3.4 Adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister etter bokstav f)
Art. 5 første avsnitt bokstav f) åpner for frihetsberøvelse i forbindelse med uautorisert innreise, deportasjon og utvisning fra konvensjonsstaten.

Ordlyden i det første alternativet "*prevent his effecting an unauthorised entry into the country*" indikerer at bestemmelsen hjemler frihetsberøvelse så lenge vedkommende forsøker å ta seg uautorisert inn i landet.

Alternativet var første gangen oppe i den under drøftelsen av lovkravet nevnte storkammerdommen *Saadi*. Saken gjaldt en kurdisk-irakisk lege og asylsøker i Storbritannia. Etter ankomst Storbritannia ble han frihetsberøvet i syv dager mens hans asylsøknad ble behandlet. EMD kom at til vilkåret må forstås slik at all adgang til en konvensjonsstat må anses som "*unauthorised*" frem til konvensjonsstaten har autorisert innreisen. Søkeren kan

⁹⁰ *Fox, Campbell and Hartley*, avsn. 32.

⁹¹ 27/05-1997.

frihetsberøves frem til autorisasjon foreligger,⁹² såfremt frihetsberøvelsen ikke er vilkårlig,⁹³ noe den ikke var i inneværende sak.⁹⁴

Det er dermed klart at bokstav f) første alternativ gir adgang til frihetsberøvelse av en immigrant frem til vedkommendes innreise er autorisert, men EMD avklarte ikke det nærmere innholdet i autorisasjonsvilkåret. I praksis er nok derfor den reelle skranken i bokstav f) første alternativ om frihetsberøvelsen er vilkårlig.

Alternativet hjemler således trolig frihetsberøvelse frem til myndighetene har fått skaffet til veie og behandlet nødvendig informasjon for å vurdere søknaden, herunder eksempelvis informasjon vedrørende identitet, om vedkommende utgjør en sikkerhetsrisiko og om søkeren på basis av nasjonalt lovverk og konvensjonsstatens internasjonale forpliktelser bør gis innreisetillatelse. Dersom myndighetene finner ut at søkeren er en terrorist, må de trolig raskt ta stilling til spørsmålet om autorisasjon. Frihetsberøvelse ut over dette vil kunne bli ansett som vilkårlig. Om frihetsberøvelsen som foretas i forbindelse med søknadsprosessen, herunder avklaring av om søkeren er en formentlig terrorist, skal anses som preventiv frihetsberøvelse er her som ved vurderingen av bokstav b) et spørsmål om terminologi.

Videre må det vurderes om bokstav f) andre alternativ "*arrest or detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.*" kan hjemle preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister.

Ordlyden indikerer at det er tilstrekkelig for frihetsberøvelse at det foreligger en aktiv pågående prosess i regi av myndighetene for å deportere eller utlevere vedkommende.

Alternativet har vært oppe i flere saker. To av de mest sentrale sakene relatert til terrorisme er storkammerdommene *Chahal v. the United Kingdom*⁹⁵ og *A and others*. Begge saker omhandlet

⁹² Avsn. 65.

⁹³ Avsn. 66.

⁹⁴ Avsn. 80.

⁹⁵ 15/11-1996.

adgangen til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister i medhold av bokstav f) andre alternativ. De drøftes i kronologisk rekkefølge.

Det sentrale spørsmålet av relevans for avhandlingen i *Chahal-saken* var om frihetsberøvelsen av en indisk statsborger og formentlig Sikh terrorist (Karamjit Singh Chahal) var i strid med art. 5 første avsnitt. Britiske myndigheter hadde besluttet å deportere ham da han ble ansett som en sikkerhetstrussel.⁹⁶ Deportasjonsprosessen og behandlingen av Mr. Chahals asylsøknad trakk ut i tid, blant annet som følge av utfordringer med å avklare om han ville bli utsatt for konvensjonsstridig behandling dersom han ble sendt til hjemlandet. Det var i saken ikke tvilsomt at han var frihetsberøvet ”*with a view to deportation*”, men EMD innfortolket et krav om at vurderingen av Chahals søknad måtte gjennomføres med ”*due dilligence*”,⁹⁷ herunder om behandlingstiden omstendighetene tatt i betraktning hadde vært ”*excessive*.”⁹⁸

Den samlede frihetsberøvelsen i saken var på over 6 år. Ved vurderingen av om lengden på frihetsberøvelsen hadde vært ”*excessive*” tok EMD kun utgangspunkt i perioden hvor saken ble behandlet av nasjonale domstoler.⁹⁹ EMD la vekt på at saken innebar ”*considerations of an extremely serious and weighty nature[,]*” og fremhevet at det verken var i klagerens eller rettsstatens interesse at ”*such decisions be taken hastily, without due regard to all the relevant issues and evidence.*”¹⁰⁰ EMD kom etter en konkret vurdering til at ingen av periodene verken isolert eller samlet, kunne anses å være ”*excessive*”.¹⁰¹ Prosessen hadde blitt gjennomført med tilstrekkelig ”*due dilligence*”.

Det var klart at frihetsberøvelsen av at Mr. Chahal var gjort i tråd med nasjonal lov og etter en prosedyre forankret i lov, men som følge av at han hadde blitt frihetsberøvet over meget lang tid foretok EMD en vurdering av om det forelå tilstrekkelige garantier mot vilkårlighet.¹⁰² Ved vurderingen la EMD vekt på at britiske domstoler ikke effektivt hadde hatt anledning til å

⁹⁶ Avsn. 25.

⁹⁷ Avsn. 113.

⁹⁸ Avsn. 113 med henvisning til tidligere praksis.

⁹⁹ Avsn. 114.

¹⁰⁰ Avsn. 117.

¹⁰¹ Avsn. 117.

¹⁰² Avsn. 119.

etterprøve behovet for frihetsberøvelsen, da denne primært var begrunnet i nasjonale sikkerhetshensyn. Nødvendigheten av den fortløpende frihetsberøvelsen hadde likevel blitt vurdert av et særskilt rådgivende og kompetent panel. Panelet hadde tilgang til fullt ut å vurdere bevisene relatert til den nasjonale sikkerhetstrusselen Chahal representerte.¹⁰³ EMD kom til at panelet ”provided an adequate guarantee that there were at least prima facie grounds for believing that, if Mr Chahal were at liberty, national security would be put at risk”.¹⁰⁴ EMD kom i lys av ”the exceptional circumstances of the case” og at de nasjonale myndighetene hadde agert med ”due diligence” gjennom hele deportasjonsprosessen, samt at det forelå tilstrekkelige garantier mot vilkårlig frihetsberøvelse, til at frihetsberøvelsen ikke krenket art. 5 første avsnitt, bokstav f) andre alternativ.¹⁰⁵

Alternativet kom igjen opp i storkammersaken *A and others*. Saken omhandlet 11 ikke-britiske statsborgere og formentlige terrorister som ble frihetsberøvet i et høysikkerhetsfengsel i etterkant av 11. september 2001, som følge av at de var å anse som en sikkerhetsrisiko. De ville ha blitt sendt ut av landet hvis britiske myndigheter hadde funnet et villig mottakerland hvor de ikke ville bli utsatt for konvensjonsstridig behandling.¹⁰⁶ Spørsmålene av relevans for denne avhandlingen var om frihetsberøvelsen var i tråd med art. 5 første avsnitt bokstav f) andre alternativ og om derogasjonen britiske myndigheter hadde foretatt var i tråd med konvensjonen.

EMD gjentok utgangspunktene som ble trukket opp for tolkningen av bokstav f) andre alternativ i *Chahal-saken*.¹⁰⁷ Deretter foretok EMD en konkret vurdering av om ”action [was] being taken with a view to deportation or extradition” i perioden hvor de hadde blitt frihetsberøvet.

Med unntak av klager nr. 2 og 4, var det aldri en realistisk mulighet for at de formentlige terroristene kunne deporteres uten at dette medførte en reell risiko for behandling i strid med art. 3.¹⁰⁸ I lys av dette var ikke myndighetenes tilnærming hvor disse holdt muligheten for å deportere

¹⁰³ Avsn. 122.

¹⁰⁴ Avsn. 122.

¹⁰⁵ Avsn. 123.

¹⁰⁶ *A and others-saken* avsn. 166.

¹⁰⁷ Avsn. 164.

¹⁰⁸ Avsn. 167.

klagerne “*under active review*” i perioden hvor de hadde blitt frihetsberøvet tilstrekkelig til at vilkåret om at “*action [was] being taken*” var oppfylt.¹⁰⁹

EMD må her trolig forstås slik at deportasjons- eller utleveringsprosessen må være reell for at vilkåret skal være oppfylt jf. EMDs uttalelse i avsn. 164; “*Any deprivation of liberty under the second limb of Article 5 § 1 (f) will be justified, however, only for as long as deportation or extradition proceedings are in progress*”. Dersom prosessen ikke er reell, kan man vanskelig si at prosessen er “*in progress*”. EMD fremhevet her også at saken skilte seg fra *Chahal* på dette området da man i sistnevnte sak “*the entire period of the detention, proceedings were being actively and diligently pursued,*” mens i *A. and others* var “*the proceedings ..., instead, ... primarily concerned with the legality of the detention.*”¹¹⁰ Det forelå derfor en krenkelse av art. 5 første avsnitt bokstav f) andre alternativ for alle søkerne med unntak av nr. 2 og 4.¹¹¹

Frihetsberøvelsen i *A. and others* ble som i *Chahal* vurdert av et særskilt kompetent panel, men panelets betydning kom ikke på spissen som følge av EMD konstaterte krenkelse på annet grunnlag enn vilkårlighet.

Britiske myndigheter hadde derogert fra art. 5 første avsnitt bokstav f), men EMD kom til at derogasjonen ikke var i tråd med konvensjonen som følge av at det rettslige regimet de formentlige terroristene var underlagt kun åpnet for å frihetsberøve ikke-britiske statsborgere. Det forelå derfor en krenkelse av art. 5 første avsnitt bokstav f) for alle klagerne, med unntak av nr. 2 og 4.¹¹²

På bakgrunn av de to sakene må det kunne legges til grunn at bokstav f) andre alternativ åpner for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister. Det er i utgangspunktet tilstrekkelig at “*action is being taken with a view to deportation or extradition*” for at alternativet kan danne grunnlag for frihetsberøvelse. F) andre alternativ medfører ikke et krav om nødvendighet, mistanke om straffbar handling eller tilsvarende som under art. 5 første avsnitt bokstav c).

¹⁰⁹ Avsn. 167.

¹¹⁰ Avsn. 169.

¹¹¹ Avsn. 168.

¹¹² Avsn. 190.

Det er likevel ikke fritt frem for myndighetene. Konvensjonsorganene har under vilkåret innfortolket et krav om at deportasjons- eller utleveringsprosessen må gjennomføres med ”*due diligence*”. EMD har ikke eksplisitt avklart meningsinnholdet i ”*due diligence*”, men de to storkammerdommene viser at utsendelsesprosessen vurdert i lys av omstendighetene i den enkelte sak må ha tilstrekkelig fremdrift og gjøres på adekvat vis. Behandlingstiden må ikke være ”*excessive*” og prosessen må være reell. Det er ikke tilstrekkelig at man kjører en ”skinnprosess” hvor myndighetenes primære hensikt er frihetsberøvelse av sikkerhetshensyn slik som i *A. and others* .

Frihetsberøvelsen må heller ikke være vilkårlig. Når det gjelder vurderingen av vilkårlighet, viser de to sakene at EMD her foretar en konkret vurdering i tråd med vilkårene fra *Saadi-saken*. Ved vurderingen vektlegger EMD om det foreligger tilstrekkelige garantier mot vilkårlig frihetsberøvelse, herunder om det foreligger kontrollmekanismer. Kontrollen må ikke nødvendigvis gjøres av domstolene. Det kan være tilstrekkelig at nødvendigheten av frihetsberøvelsen vurderes av et kompetent rådgivende panel, med tilgang på nok informasjon til å ta stilling til behovet for frihetsberøvelse. EMD foretar ikke en inngående prøving av om frihetsberøvelsen er nødvendig. Det er tilstrekkelig at den på overflaten fremstår slik, jf. ”*prima facie grounds*”¹¹³. Tilnærmingen her må ses i lys av at bokstav f) andre alternativ ikke oppstiller et krav om frihetsberøvelse skal være nødvendig. EMD begrenser seg derfor til å vurdere om den var vilkårlig.

3.3.5 Er grunnlagene for frihetsberøvelse i a) til f) uttømmende angitt?

EMD har i en rekke dommer slått fast at alternativene i a)–f) uttømmende angir de akseptable grunnlag for frihetsberøvelse og at disse skal tolkes innskrenkende.¹¹⁴ To nyere storkammerdommer *Al-Jedda v. United Kingdom*¹¹⁵ og *Hassan v. United Kingdom*¹¹⁶ gir grunnlag for å drøfte om dette tradisjonelle utgangspunktet lenger kan opprettholdes.

¹¹³ *Chahal-saken* avsn. 122.

¹¹⁴ Se f.eks. *Baisuev-saken* avsn. 60 med henvisninger

¹¹⁵ 7/07-2011.

¹¹⁶ 16/09-2014.

Førstnevnte sak omhandlet sikkerhetsinternering av en irakisk statsborger (Al-Jedda) under den amerikansk-ledede okkupasjonen av Irak i tidsrommet 2004–2007.¹¹⁷ Spørsmålet i saken var blant annet om det forelå krenkelse av art. 5. Britiske myndigheter hevdet ikke at frihetsberøvelsen falt inn under noen av de akseptable grunnene i art. 5 første avsnitt a)–f). Ei heller hadde de derogert fra artikkelen, men de hevdet at FN resolusjon 1546 måtte forstås slik at den hadde forrang foran art. 5 og at Storbritannia med hjemmel i resolusjonen og sitt ansvar som okkupasjonsmakt måtte sikkerhetsinternere vedkommende.

EMD tok utgangspunkt i *Lawless* og forbudet mot sikkerhetsinternering etter art. 5. Derneft slo EMD fast at FN-paktens § 103 ikke medførte en forpliktelse for Storbritannia til å sikkerhetsinternere klageren i strid med menneskerettslige konvensjoner og art. 5. Heller ikke Storbritannias plikter etter den internasjonale humanitærretten (IHR) påla Storbritannia en slik plikt, snarere tvert i mot.¹¹⁸ EMD tok ikke eksplisitt stilling til forholdet mellom IHR og art. 5, men løste saken ved å slå fast at verken FN resolusjonen eller IHR påla statene å benytte seg av sikkerhetsinternering. Da sikkerhetsinterneringen ikke var et krav, ikke kunne hjemles i art. 5 første avsnitt bokstav a)–f) og Storbritannia ikke hadde derogert i saken konstaterte EMD krenkelse.¹¹⁹ Til tross for at EMD ikke eksplisitt slo det fast, kan drøftelsen av sikkerhetsresolusjonen i saken forstås slik at en eventuell sikkerhetsrådsresolusjon muligens kan danne grunnlag for preventiv frihetsberøvelse ut over de i art. 5 a)–f) opplistede tilfeller der hvor konvensjonsstaten ikke har derogert.

Forholdet mellom preventiv frihetsberøvelse, IHR, art. 5 og derogasjon kom på nytt opp i *Hassan-saken*. Her fravek EMD utvilsomt det alminnelige utgangspunktet. *Hassan-saken* omhandlet preventiv frihetsberøvelse i form av sikkerhetsinternering av en irakisk statsborger (Tarek Hassan) i regi av britiske styrker under den amerikanskledede okkupasjonen av Irak i 2003. Vedkommende ble senere frigitt, men han ble i etterkant av frigivelsen drept av ukjente gjerningsmenn. Spørsmålet i saken av relevans for denne avhandlingen var om det forelå krenkelse av art. 5. Det var ikke tvilsomt at det forelå frihetsberøvelse i form av

¹¹⁷ Avsn. 98.

¹¹⁸ Avsn. 105–107.

¹¹⁹ Avsn. 110.

sikkerhetsinternering og at EMK kom til anvendelse også i internasjonal væpnet konflikt.¹²⁰ Ei heller var det tvilsomt at tredje og fjerde Genèvekonvensjon kom til anvendelse og at disse åpnet for internering.¹²¹ Det springende punkt var om frihetsberøvelsen kunne hjemles etter EMK art. 5 til tross for at EMD i en rekke tilfeller tidligere har slått fast at sikkerhetsinternering ikke kan hjemles i alternativ a)–f)¹²² med mindre konvensjonsstaten har derogert,¹²³ noe Storbritannia ikke hadde gjort. EMD kom med fjorten stemmer mot fire til at det ikke forelå krenkelse av art 5, basert på en innfortolkning av en rett til sikkerhetsinternering i artikkelen til tross for fraværet av derogasjon.¹²⁴

EMD har frem til *Hassan-saken*, med unntak av den mulige åpningen i *Al-Jedda* for frihetsberøvelse på grunnlag av en sikkerhetsresolusjon konsekvent slått fast at art. 5 første avsnitt og bokstav a)–f) skal tolkes uttømmende og innskrenkende og at EMK art. 5 ikke åpner for frihetsberøvelse ut over dette med mindre konvensjonsstaten har derogert. *Hassan-saken* representerer således et klart brudd med EMDs tidligere praksis. Nettopp på dette grunnlag blir flertallets avgjørelse da også kraftig kritisert i saken av mindretallet ledet an av dommer *Spano*.¹²⁵ I enkelte etterfølgende saker vedrørende art. 5 har EMD gjentatt det tradisjonelle utgangspunktet om at a)–f) uttømmende angir de akseptable grunnlag for frihetsberøvelse, men ingen av disse sakene har vært storkammerdommer og ingen av dem har tatt et eksplisitt oppgjør med flertallets tilnærming i *Hassan-saken*.¹²⁶ Til tross for dissensen og etterfølgende saker som gjentar det tradisjonelle utgangspunktet, er det ikke til å komme utenom at EMD i *Al-Jedda* åpnet døra for alternative grunnlag på gløtt og at man i *Hassan-saken* klart åpnet for å innfortolke en adgang til sikkerhetsinternering uten derogasjon i art. 5 første avsnitt ut over de i bokstav a)–f) opplistede tilfeller. Art. 5 første avsnitt, bokstav a)–f) kan etter *Hassan-saken* derfor ikke lenger sies å uttømmende angi de akseptable grunnlag for frihetsberøvelse.

¹²⁰ *Hassan-saken*. avsn. § 104.

¹²¹ Se bl.a. avsn. 108 og 110.

¹²² Avsn 97.

¹²³ Avsn 110 og 111.

¹²⁴ Avsn 104.

¹²⁵ S. 57 og flg.

¹²⁶ Se f.eks. 22/10-2015 *Khalikova v. Azerbaijan*.

Det må med utgangspunkt i *Hassan-saken* vurderes når det er adgang til å frihetsberøve til tross for at grunnlaget for frihetsberøvelsen ikke faller inn under bokstav a)–f), og til tross for fraværet av derogasjon.

Svaret må søkes i avsn. 104 av flertallets votum i *Hassan-saken*. Flertallet slår her fast at; ”*It can only be in cases of international armed conflict, ... that Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers.*” Spørsmålet blir hva som menes med ”*international armed conflict*”.

En alminnelig språklig forståelse av dette er en væpnet konflikt mellom minimum to stater. I lys av det rettslige problemet i saken og partenes argumentasjon, herunder Storbritannias påstand om at EMK art. 5 må tolkes i lys av IHR,¹²⁷ må utsagnet forstås som en henvisning til Genèvekonvensjonenes definisjon av internasjonal væpnet konflikt. Det følger av 2. fellesartikkel til Genèvekonvensjonene av 1949 at det med ”*international armed conflict*” menes; ”*all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them.*”¹²⁸ Terskelen for hva som skal regnes som en internasjonal væpnet konflikt er i den internasjonale humanitærretten satt lavt, i lys av suverenitetsprinsippet og maktforbudsprinsippet i FN-pakten.¹²⁹ Maktbruk mellom stater vil således i utgangspunktet være tilstrekkelig til at det foreligger en internasjonal væpnet konflikt.

Videre må det vurderes om flertallet med ”*only .. in cases of international armed conflict*” mener at det *kun* er i tilfeller av *internasjonal* væpnet konflikt at EMK art. 5 kan tolkes slik at den åpner for sikkerhetsinternering, med andre ord om unntaket fra hovedregelen skal forstås å være uttømmende.

¹²⁷ Bl.a. avsn. 88.

¹²⁸ Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949. Article. 2.

¹²⁹ Forsvarets høgskole/Forsvarets stabsskole, *Manual krigens folkerett*, Oslo 2013 Punkt. 1.33–1.35.

Bruken av ”only” trekker klart i retning av en slik forståelse. I samme retning trekker flertallet drøftelse av derogasjonsspørsmålet. Flertallet må vedrørende derogasjonsspørsmålet forstås slik at preventiv frihetsberøvelse i form av sikkerhetsinternering etter EMK art. 5 i utgangspunktet fordrer derogasjon også i internasjonale-væpnede konflikter, men at EMD i *Hassan-saken* aksepterer at formell derogasjon i internasjonale-væpnede konflikter ikke er nødvendig som følge av konvensjonsstatenes praksis på dette området.¹³⁰ I retning av at ”*in cases of international armed conflict*” skal forstås uttømmende angitt trekker også det at Genèvekonvensjonene sonderer rettslig når det gjelder adgangen til sikkerhetsinternering mellom tilfeller av internasjonal og ikke-internasjonal væpnet konflikt og at det er ulike vilkår for preventiv frihetsberøvelse etter IHR i de to tilfellene.¹³¹ Dersom EMD hadde ment at det skulle være adgang til å internere i ikke-internasjonale væpnede konflikter, burde dette vært nevnt eksplisitt.

I retning av at ”only” ikke er ment å tolkes uttømmende trekker det at statene heller ikke ikke-internasjonale væpnede konflikter har en praksis for å derogere fra art. 5. Det har også blitt hevdet i juridisk teori at det er liten grunn til å skille mellom internasjonale og ikke-internasjonale væpnede konflikter på dette området.¹³² Vilkårene for sikkerhetsinternering av sivile i internasjonale-væpnede konflikter legges normalt til grunn så langt det passer for sikkerhetsinternering av sivile i ikke-internasjonale væpnede konflikter.¹³³

Det må likevel legges avgjørende vekt på den klare ordlyden, jf. ”only”, og at derogasjon er den klare hovedregelen dersom sikkerhetsinternering skal anses å være i tråd med konvensjonen. ”[O]nly .. *in cases of international armed conflict*” må derfor forstås slik at art. 5 kun åpner for innfortolkning av en adgang til preventiv frihetsberøvelse i form av sikkerhetsinternering uten derogasjon i *internasjonale* væpnede konflikter etter IHR.

Avslutningsvis må det vurderes hvilke øvrige vilkår som må være innfridd for at sikkerhetsinternering skal være tillatt uten derogasjon i internasjonale-væpnede konflikter.

¹³⁰ Avsn. 101, 103 og 107.

¹³¹ For utdypning med henvisninger til de relevante artikler i konvensjonene. Se manual i krigens folkerett s. 129–137 Kapittel 6, punkt II og utover.

¹³² Mads Harlem og Ginni Wiik, punkt 2.2.2.

¹³³ Manual i krigens folkerett s. 129 punkt 6.89.

Genèvekonvensjonene opererer med egne vilkår for sikkerhetsinternering i internasjonale-væpnede konflikter.¹³⁴ Iht. EMD i *Hassan-saken* må de tillatte grunnlag for frihetsberøvelse i a)–f) søkes ”*accommodated, as far as possible,*” med reglene for frihetsberøvelse i tredje og fjerde Genèvekonvensjon.¹³⁵ Rekkevidden av dette utsagnet er uklart. Utsagnet er iht. mindretallets votum ”*a novelty in the Court’s case-law. Its scope is ambiguous and its content wholly uncertain, at least as a legitimate method of interpretation of a legal text.*”¹³⁶ Frihetsberøvelsen må videre være ”*lawful*” forstått som å være i tråd med IHR og i tråd med formålet med art. 5,¹³⁷ og den må ikke være vilkårlig. De prosessuelle garantiene i art. 5 andre til fjerde avsnitt må tolkes på en slik måte at den tar i betraktning konteksten og de anvendelige reglene i IHR.¹³⁸ EMD vil kun tolke og anvende art. 5 i lys av IHR dersom konvensjonsstaten anmoder spesifikt om dette.¹³⁹ Av hensyn til ordgrensen problematiseres ikke vilkårene ytterligere.

I lys av ordlyden i art. 5 første avsnitt som klart taler for at alternativene er uttømmende, EMDs langvarige praksis på området og etterfølgende dommer som gjentar det tradisjonelle utgangspunktet, bør man trolig til tross for at de overfor nevnte vilkår er oppfylt, være varsomme med å åpne for alternative grunnlag for frihetsberøvelse uten derogasjon ut over de i a)–f) opplistede alternativer.

4 Lovkravet i art. 5 første avsnitt ved derogasjon

4.1 Adgangen til derogasjon

Det er klart at det kan derogeres fra art. 5 i forbindelse med preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister, da artikkelen ikke fremgår som en av artiklene som er avskåret fra derogasjon i art. 15 andre avsnitt og konvensjonsorganene har åpnet for slik derogasjon.¹⁴⁰ Art. 15 oppstiller både materielle og prosessuelle vilkår for derogasjon. Avhandlingens begrensede omfang tillater ikke behandling av vilkårene i detalj, men analyse av praksis viser at de

¹³⁴ *Ibid.* punkt 6.86–6.101 med videre henvisninger.

¹³⁵ Avsn. 104.

¹³⁶ Avsn. 18.

¹³⁷ Avsn. 105.

¹³⁸ Avsn. 106.

¹³⁹ Avsn. 107.

¹⁴⁰ Bl.a. *Lawless* og *A. and others*.

prosessuelle vilkårene i art. 15 tredje avsnitt i liten grad har kommet på spissen.¹⁴¹ Når det gjelder de tre materielle vilkårene i art. 15 første avsnitt, så fremstår konvensjonsorganene i lys av praksis svært tilbakeholdne med å overprøve myndighetenes vurdering av om det foreligger en situasjon som fordrer derogasjon, men EMD foretar derimot en mer inngående proporsjonalitetsprøving av om tiltakene som ble iverksatt på basis av situasjonen var nødvendige. Det siste materielle vilkåret, statens øvrige folkerettslige forpliktelser, har som de prosessuelle vilkårene ikke kommet på spissen.¹⁴²

4.2 Medfører lovkravet i EMK art. 5 første avsnitt et krav om egne nasjonale lover for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister ved derogasjon?

4.2.1 Introduksjon

Det kan oppstå utfordringer i knytning til lovkravet der hvor en krise medfører et behov for derogasjon fra art. 5 første avsnitt. I den grad krisen inntrer gradvis og over tid skaper neppe kravet om forankring i lov spesielle utfordringer ved innføring av derogerende tiltak. Konvensjonsstaten vil i slike tilfeller kunne ha tid til å gjennomføre nødvendige lovgivningsprosesser. Problemstillingen vil derimot kunne komme på spissen der hvor krisesituasjonen oppstår raskt, eksempelvis dersom konvensjonsstaten skulle oppleve et overraskende og uventet angrep slik USA gjorde 11. september 2001. Den vil da kunne se seg nødt til å iverksette tiltak i strid med art. 5 for å ivareta sine borgeres sikkerhet, herunder iverksette preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister uten at det foreligger nødvendig hjemmel i eksisterende nasjonal eller internasjonal lov for å gjennomføre de ønskede tiltak på iverksettingstidspunktet. Det må vurderes om kravet om forankring i lov i slike tilfeller krever at det må foreligge eksisterende nasjonale lover for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister i derogasjonstilfeller før krisen oppstår.

4.2.2 Er det adgang til derogasjon fra lovkravet?

Det må først vurderes om det kan derogeres fra lovkravet. Dersom det kan derogeres fra lovkravet ved en hurtig oppstått nasjonal krise, vil behovet for nasjonale lover for regulering av preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister i derogasjonstilfeller kunne bortfalle, eller i hvert fall kunne bli sterkt begrenset. Når krisen oppstår kan konvensjonsstaten da omgå kravet om forankring i lov ved å inngi en derogasjon fra lovkravet for tiltakene den vil iverksette.

¹⁴¹ Se fotnote 143.

¹⁴² Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks og Clare Jacobs Ovey s. 119.

Forutsatt at det foreligger et ”*public emergency*” blir spørsmålet om derogasjon fra kravet om forankring i lov kan anses som ”[a] *measure[...]* *strictly required by the exigencies of the situation*” jf. art. 15 første avsnitt.

Ordlyden i ”*measure strictly required by the exigencies of the situation*” stenger ikke eksplisitt for at det kan derogeres fra lovkravet, selv om ”*measure*” primært leder tanken hen på aktive tiltak og ikke avvik fra lovkravet i art. 5 første avsnitt.

EMD har lagt til grunn at det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor nødvendigheten av tiltakene vurderes konkret opp mot trusselen.¹⁴³ Konvensjonsorganene har ikke eksplisitt slått fast at det kan derogeres fra lovkravet, ei heller at det ikke er tillatt. Så langt foreligger det ingen eksempler fra praksis på at myndighetene har søkt å derogere fra kravet om forankring i lov. Snarere tvert i mot har myndighetene i flere saker søkt å innføre lover før iverksetting av derogerende tiltak, noe som peker i retning av konvensjonsstatene selv ikke anser at det foreligger en slik adgang.¹⁴⁴

I retning av at slik derogasjon er avskåret trekker også formålet med art. 5 og EMDs gjentatte poengtering av viktigheten av rettslig forutberegnelighet ved frihetsberøvelse. Dersom det var adgang til å derogere fra lovkravet, ville frihetsberøvelsen raskt kunne fremstå vilkårlig og lite forutberegnelig, og dermed i strid med art. 5 første avsnitt.

I retning av at slik derogasjon bør være avskåret trekker også det at derogasjon må være strengt nødvendig. I mange tilfeller vil det være mulig å gjennomføre tilstrekkelig hurtige lovgivningsprosesser som sikrer hjemmel for de nødvendige derogerende tiltakene før disse iverksettes, noe som kan eksemplifiseres med britiske myndigheters reaksjon etter terroranslagene i USA 11. september 2001. Det britiske parlamentet etablerte da ”the Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001 (ATCSA)” for å kunne iverksette det myndighetene anså

¹⁴³ Se f.eks. *A. and others-saken* avsn. 182–190, *Lawless-saken* avsn. 36–38, *Irland-saken* avsn. 212–214, 26/05-1993 *Brannigan and McBride-saken* avsn. 49–65, 18/12-1996 *Aksoy v. Turkey* avsn. 71–84, 17/09-2003 *Nuray Şen v. Turkey* avsn. 22–29 og *A. and others-saken* avsn. 182–190.

¹⁴⁴ Se f.eks. *A. and others-saken* avsn. 13.

var nødvendige tiltak for å imøtegå trusselen.¹⁴⁵ ATCSA åpnet for preventiv frihetsberøvelse av utenlandske formentlige terrorister som ikke kunne sendes ut av Storbritannia.¹⁴⁶ Den preventive frihetsberøvelsen ble ikke iverksatt før lovhjemmelen var på plass. Dersom nødvendige lovgivningsprosesser kan gjennomføres før tiltakene iverksettes, kan behovet for derogasjon fra lovkravet i art. 5 vanskelig anses som strengt nødvendig.

Til tross for de overfor nevnte momenter, som taler for at derogasjon fra lovkravet bør være avskåret, kan det ikke utelukkes at det kan foreligge en restkategori av tilfeller hvor det oppstår et ”*public emergency*” hvor det fremkommer et umiddelbart behov for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister og hvor eksisterende nasjonale og internasjonale lovgrunnlag ikke strekker til. I slike tilfeller og i lys av mangelen av et eksplisitt forbud mot slik derogasjon, kan det ikke kategorisk avvises at det er mulig å derogere fra lovkravet i art. 5 første avsnitt i en overgangsfase, dvs. frem til myndighetene har fått på plass egnet regelverk, der hvor dette er ”*strictly required by the exigencies of the situation*” jf. art. 15 første avsnitt. Det er lite trolig, men det kan ikke utelukkes at EMD vil akseptere en slik derogasjon.

Forutsatt at derogasjon fra lovkravet er tillatt, vil det praktiske behovet for slik derogasjon trolig være begrenset i tilfeller der hvor det foreligger internasjonal-væpnet konflikt, da *Hassan-saken* må forstås slik at EMD under visse forutsetninger har åpnet opp for at IHR her kan begrunne preventiv frihetsberøvelse uten derogasjon. Uavhengig av om IHR kan fungere som hjemmelsgrunnlag for den preventive frihetsberøvelsen, stiller likevel kravet om rettslig forutberegnelighet og kravet om fravær av vilkårlighet også her store krav til konvensjonsstaten.¹⁴⁷ Et annet spørsmål er om IHR gir tilstrekkelig grad av sikkerhet for at frihetsberøvelsen oppfyller kravene om at denne må være i tråd med formålet med art. 5, EMKs prinsipper, og behovet for prosessuelle sikkerhetsgarantier ved frihetsberøvelse. Spørsmålet om prosessuelle sikkerhetsgarantier drøftes ikke, da dette er relatert til art. 5 tredje avsnitt som faller utenfor avhandlingens ramme.

4.2.3 Forutsatt at det ikke er adgang til derogasjon fra lovkravet

Forutsatt at det ikke kan derogeres fra lovkravet, må det vurderes om kravet om at frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt skal gjøres ”*in accordance with a procedure prescribed by law*” medfører et krav om at den enkelte konvensjonsstat ved derogasjon fra art. 5 første

¹⁴⁵ Jf. Petitavsnitt punkt 1.1.

¹⁴⁶ *A. and others-sakens* avsn. 9–13.

¹⁴⁷ *Hassan-saken* avsn. 105.

avsnitt og iverksettelse av preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister må ha etablert lovfestede regler for slik frihetsberøvelse før krisen oppstår.

Ordlyden i ”*in accordance with a procedure prescribed by law*” gir uttrykk for at den derogerende frihetsberøvelsen må baseres på en prosedyre forankret i lov. Det alminnelige utgangspunkt ved derogasjon må, som i tilfeller hvor det ikke derogeres, være at frihetsberøvelsen må tilfredsstillende de materielle og prosessuelle kravene som følger av nasjonal- eller internasjonal lov.¹⁴⁸ EMD har også slått fast at loven i seg selv må være i tråd med prinsippene i EMK, den må være forutberegnelig og bruken av loven må ikke være vilkårlig. Vilkaaret om rettslig forutberegnelighet stiller krav til lovens utforming, og vilkårlighetskravet legger begrensninger på myndighetenes handlingsrom ved bruken av lovgrunnlaget.¹⁴⁹ Utformingen av lovgrunnlaget må gjøres i lys av begge krav. I tillegg må det selvsagt også utformes slik at tiltakene blir tilstrekkelig effektive for å imøtegå den aktuelle trusselen. I en hurtig oppstått nødsituasjon vil man neppe alltid ha tid og anledning til å foreta gjennomtenkte og balanserte analyser. Tiltakene må i slike tilfeller iverksettes raskt for å imøtegå trusselen.

Problematikken kan igjen illustreres med *A. and others-saken*. Angrepene i USA på tvillingtårnene kom meget overraskende. Storbritannia, som nær alliert av USA, anså seg selv som truet. De ønsket derfor å iverksette preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister, men manglet hjemmelsgrunnlag. Dette måtte etableres først i form av ATCSA. De ulike delene av loven ble fremlagt fortløpende for parlamentet når de var klare, men selve ATCSA ble fremlagt helhetlig den 19. november 2001, altså knappe to måneder etter terrorangrepet i USA. Den ble formelt godkjent av dronningen 14. desember 2001.¹⁵⁰ Da loven ble prøvd av det britiske House of Lords, ble den funnet å krenke EMK art. 5,¹⁵¹ og da saken senere kom opp for EMD kom de til samme konklusjon. Det er ikke utenkelig at den hurtige innføringen av ATCSA, medførte at loven ikke var tilstrekkelig gjennomarbeidet og at dette derfor bidro til krenkelsen. Kravene til rettslig forutberegnelighet og fravær av vilkårlighet taler således for at man allerede før

¹⁴⁸ *Medvedyev-saken* avsn. 79–80, se også *Hassan-saken* avsn. 105.

¹⁴⁹ Jf. drøftelsen av lovkravet under avhandlingens punkt 3.2.

¹⁵⁰ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents>

Se også; https://en.wikipedia.org/wiki/Anti-terrorism,_Crime_and_Security_Act_2001

¹⁵¹ *A. v. S.S.H.D.* 16/12-2004 UKHL 56.

derogasjonstilfellet oppstår har utformet grunnleggende rammer for bruk av preventiv frihetsberøvelse i derogasjonstilfeller i form av nasjonal lovgivning. På den måten kan man unngå krenkelse gjennom forhastede utformede lovgrunnlag når krisen først oppstår.

Det bør her nevnes at krisen ikke behøver å være knyttet til nasjonalstatens territorium slik den var i *A. and others-saken* for at problemstillingen skal oppstå. Preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister i internasjonale operasjoner av både militær og polisiær art, må uavhengig om det derogeres eller ei, gjøres på en slik måte at den ikke utøves i strid med kravet om rettslig forutberegnelighet og forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse.¹⁵²

Også i knytning til internasjonale operasjoner vil spesielt et behov for hurtig iverksettelse av operasjonene kunne medføre en fare for at utformingen av føringene for preventiv frihetsberøvelse og utøvelsen av denne kan bryte med kravene som følger av lovkravet i art. 5 første avsnitt. Problemstillingen kan illustreres med den norske deltakelsen i ”*Operation Anaconda*” i Afghanistan i 2002.¹⁵³ Norge deltok med soldater fra Forsvarets Spesialkommando og Marinejegerkommandoen. Operasjonen ble iverksatt i mars 2002, altså kun kort tid etter angrepet 11. september 2001. Formålet var å fange, eller ta livet av formentlige terrorister. Regulering av frihetsberøvelse i en slik internasjonal operasjon kan være en kompleks prosess, herunder inngår eksempelvis ”*status of forces agreements*” (SOFAr) som kan regulere styrkens rettslige status, ulike ”*memorandum of understanding*” (MOUr) mellom aktørene, ”*rules of engagement*” (ROEr), og ”*standard operasjonsprosedyrer*” (SOPr) for enheter og avdelinger. Nederst i kjeden finner man gjerne såkalte ”*red cards*”, soldatkort som legger føringer for den enkelte soldats konkrete maktutøvelse. Den enkelte enhets rutiner og soldatenes maktutøvelse må igjen underbygges av rett utdanning. Utdanningen bør gjøres på basis av instruksjer, reglementer og doktriner som er utformet slik at man ivaretar de operative behov og er i tråd med gjeldende nasjonale- og internasjonale lover og regler slik som eksempelvis den nye norske Grunnlovens § 94 og forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse i dens første avsnitt.

¹⁵² *Medvedyev-saken* avsn. 79–80 og *Hassan-saken* avsn. 105.

¹⁵³ https://en.wikipedia.org/wiki/Operation_Anaconda (om operasjonen)
<http://www.tv2.no/a/3638541> (om norsk deltakelse)

Forholdet mellom Grunnloven og derogasjonsbestemmelsene i EMK art. 15 er ikke omtalt i forarbeidene til Grunnloven.¹⁵⁴ Ei heller foreligger det rettspraksis som tar for seg dette. Forholdet mellom de to bestemmelsene er således ikke avklart. I tillegg til Grunnloven må man også ta høyde for øvrig militært og sivilt lov- og regelverk, EMK for øvrig og IHR. Det ligger i kortene at det er mange muligheter for feilskjær og at faren kan øke i takt med kravene til hurtig iverksettelse av operasjonen. Dette vil igjen kunne medføre at soldatene risikerer å foreta preventive frihetsberøvelser i strid med kravene til rettslig forutberegnelighet og forbudet mot vilkårlighet i EMK art. 5 første avsnitt. Selv i en operasjon hvor man har hatt god tid til forberedelser, vil faren for brudd på art. 5 være til stede. Kompleksiteten sett opp mot lovkravet i art. 5 første avsnitt, taler for at adgangen til preventiv frihetsberøvelse må reguleres i en nasjonal lov før operasjonen iverksettes. Slik regulering vil sikre en enhetlig ramme for de underliggende føringer som skal danne grunnlag for den konkrete maktanvendelsen i hver enkelt operasjon.

Til tross for strenge krav om rettslig forutberegnelighet og fravær av vilkårlighet, kan det ikke etter lovkravet i art. 5 første avsnitt og i lys av EMDs praksis vedrørende prøving av lovkravet,¹⁵⁵ oppstilles et klart vilkår om forhåndslovregulering av adgangen til preventiv frihetsberøvelse i derogasjonstilfeller i form av en nasjonal lov. Et derogerende lovtiltak kan i teorien utarbeides raskt, og preventive tiltak kan på basis av dette gjennomføres. Forhåndsetablering av et lovgrunnlag for preventiv frihetsberøvelse i derogasjonstilfeller før krisen oppstår er selvsagt heller ikke uproblematisk. En nasjonal lov for preventiv frihetsberøvelse før trusselen oppstår kan også stå i fare for å bli for statisk og ufleksibel og dermed, til tross for en god intensjon, ende opp både med å være utilstrekkelig som grunnlag for tiltak for å imøtegå trusselen og bidra til å krenke art. 5.

Det er likevel grunn til å tro at forhåndsutarbeiding av lovgrunnlag *før* krisen oppstår medfører en mindre fare for krenkelse enn hurtig utarbeiding av lovgrunnlag *etter* at den har oppstått. Nok en gang kan *A. and others-saken* benyttes for å illustrere poenget. Britiske myndigheter har lang erfaring med utarbeidelse av lover i lys av EMK art. 5 for å imøtegå trusslene fra terrorisme. Til tross for denne erfaringen, medførte ATCSA likevel krenkelse av art. 5. Når Storbritannia endte

¹⁵⁴ Innstl. nr. 169 S (2012–2013).

¹⁵⁵ Jf. avhandlingens punkt 3.2

opp med å krenke art. 5, kan dette tale for at land med langt mindre erfaring med bekjempning av terror i enda større grad bør søke å legge rammer for slik preventiv frihetsberøvelse før behovet melder seg. Dersom dette gjøres vil man raskere kunne iverksette tiltak, om nødvendig på basis av ny lovgivning, da hovedlinjene allerede vil være på plass før krisen oppstår. En lov om preventiv frihetsberøvelse i derogasjonstilfeller behøver heller ikke legge for strenge rammer for tillatte tiltak. Den kan utformes tilstrekkelig bredt og fleksibelt til at den kan danne et godt grunnlag for preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister i derogasjonstilfeller uten å legge unødvendige hindre i veien for operative tiltak.

Det må etter dette legges til grunn at det *de lege lata* ikke kan fastslås at kravet om at frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt skal gjøres ”*in accordance with a procedure prescribed by law*” krever at det enkelte konvensjonsland ved derogasjon fra art. 5 første avsnitt og iverksettelse av preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister må ha etablert lovfestede regler for slik frihetsberøvelse før krisen oppstår. *De lege ferenda* bør et slik krav oppstilles.

5 Oppsummering og et rettspolitisk poeng

Avhandlingen viser at art. 5 første avsnitt gir adgang til preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister på nærmere angitte vilkår og at konvensjonsorganene har trukket opp relativt strenge grenser for når slik frihetsberøvelse skal være tillatt. Utgangspunktet for grensedragningen må søkes i *Lawless-saken* og forbudet mot sikkerhetsinternering og preventiv frihetsberøvelse med mindre den er relatert til straffeforfølgelse. De grenser EMD her trakk opp kan sies å gå som en rød tråd gjennom EMDs vurdering av de rettslige rammer for preventiv frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt i senere tilfeller.

Preventiv frihetsberøvelse av formentlige terrorister kan gjennomføres etter bokstav b), c), og f), og etter *Hassan-saken* trolig også på andre grunnlag. Dersom konvensjonsstaten ser et behov for preventivt å frihetsberøve formentlige terrorister ut over de ordinære tilfeller, må staten i utgangspunktet derogere. I alle tilfeller medfører kravet om forankring i lov, herunder prinsippene om rettslig forutberegnelighet, proporsjonalitet og forbudet mot vilkårlighet, at konvensjonsstaten har strenge rammer den må forholde seg til i kampen mot terror.

Grensene for adgangen til preventiv frihetsberøvelse etter art. 5 første avsnitt har utviklet seg gjennom et dynamisk samspill mellom konvensjonsorganene og konvensjonsstatene. Praksis – da spesielt *Austin-, Ostendorf-, og Hassan-sakene*, viser at EMDs ordinære tilnærming ved vurderingen av akseptable grunnlag for frihetsberøvelse i a)–f) og det absolutte forbudet mot preventiv frihetsberøvelse uten straffeforfølgning eller derogasjon under art. 5 første avsnitt er under press. Det er grunn til å tro at grensene vil komme ytterligere under press i årene fremover, i lys av flyktningkrisen, trusselen fra islamsk terrorisme, eventuell høyreekstremisme i kjølevannet av de to første, og konvensjonsstatens behov for å imøtegå alle tre. Et rettspolitisk poeng i denne forbindelse er at verken den enkelte borger, konvensjonsstatene eller EMD nødvendigvis er tjent med streng formålstolkning og et absolutt forbud mot preventiv frihetsberøvelse uten straffeforfølgning eller derogasjon etter art. 5 første avsnitt.

Med unntak av frihetsberøvelse etter vilkårene i Hassan-saken, gir EMD i dag i praksis konvensjonsstatene to valg når det foreligger et behov for preventiv frihetsberøvelse ved terrortrusler som ikke kan føres inn under bokstav b) eller f); utstrakt og fortløpende kriminalisering av for eksempel forberedelseshandlinger og/eller bruk av derogasjon. Fra et demokratisk ståsted er ingen av valgene å anbefale. Utstrakt og fortløpende kriminalisering og derogasjon vil både kunne innskrenke den enkelte borgers handlingsrom og bidra til vilkårlighet. Utstrakt bruk av derogasjon medfører også en fare for at statene i lys av den vedvarende terrortrusselen og den lave terskelen EMD har trukket opp for at det skal foreligge et ”*public emergency*” etter art. 15 første avsnitt, innfører nærmest permanent unntakstilstand med de farer dette medfører for demokrati og menneskerettigheter. Hensikten med dagens tilnærming er å hindre vilkårlig frihetsberøvelse, men resultatet kan således også bli det motsatte.

Muligens ville det vært mer hensiktsmessig om EMD hadde åpnet for preventiv frihetsberøvelse uten krav om straffeforfølgning etter art. 5 første avsnitt bokstav c) i tråd med mindretallet og myndighetenes ønske i *Ostendorf-saken*, kombinert med et krav om at slik frihetsberøvelse måtte være strengt proporsjonal. En slik tilnærming kan sies å ha støtte i bestemmelsens ordlyd, formålet med bestemmelsen og forarbeidene.¹⁵⁶ EMD foretar riktignok allerede i dag en proporsjonalitetsvurdering ved vurderingen av om derogerende preventiv frihetsberøvelse etter

¹⁵⁶ Vedrørende forarbeidene se fotnote 70 med henvisninger.

art. 15 første avsnitt er ”*strictly required by the exigencies of the situation*”, men det kan synes unødvendig å uhensiktsmessig å tvinge statene til å gå veien om derogasjon. En løsning via art. 5 første avsnitt bokstav c), kunne gitt et mer fleksibelt utgangspunkt for å vurdere om preventiv frihetsberøvelse bør være tillatt i den enkelte situasjon og det ville ikke nødvendigvis åpnet for større grad av vilkårlighet enn dagens løsning. Statene ville lettere kunne iverksatt lovlige, nødvendige og proporsjonale tiltak i kampen mot terror. Trolig ville man også kunne omgått de materielle og prosessuelle utfordringene ved derogasjon og tolkningsproblemene som kom til uttrykk i dissensene i *Austin*, *Ostendorf* og *Hassan-sakene*. I *Hassan-saken* kunne eksempelvis flertallet nøyde seg med å vurdere om den preventive frihetsberøvelsen var vilkårlig. *De lege ferenda* er derfor en slik tilnærming å anbefale.

Litteraturliste

Bøker

Duffy, Helen, *The War on Terror and the Framework of International Law*, 2. edition (Cambridge 2015).

Forster, Susanne, *Freiheitsbeschränkungen für mutmaßliche Terroristen – Eine Analyse der Terrorismusgesetzgebung des Vereinigten Königreichs* (Berlin 2010).

Forsvarets høyskole/Forsvarets stabsskole, *Manual i krigens folkerett* (Oslo 2013).

Macken, Claire, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists. Preventive Detention and International Human Rights Law* (New York 2011).

Müller, Tim Nikolas, *Präventive Freiheitsentziehung als Instrument der Terrorismusbekämpfung* (Freiburg 2011).

Rainey, Bernadette, Elizabeth Wicks, Clare Jacobs Ovey, *White & Ovey, The European Convention on Human Rights*, 6. edition (Oxford 2014).

Salinas de Frias, Ana María, *Counter-terrorism and human rights in the case law of the European Court of Human Rights* (Strasbourg 2012).

Artikler

Erling, Johannes og Jørgen Aall, ”Bekjempelse av terrorisme og forsvar for rettsstaten – et britisk eksempel”, *Lov og rett: Norsk juridisk tidsskrift*. Nr. 9. 2005, 515–530.

Harlem, Mads og Ginni Wiik, ”Behov for norsk lovregulering av sikkerhetsinterner?” *Tidsskrift for Strafferett*. Nr. 1 2015. s. 43-61.

Macken, Claire, "Preventive detention and the right to personal liberty and security under Article 5 ECHR", *The International Journal of Human Rights*. Volume 10, Issue 3, September 2006, pages 195–217.

Rui, Jon Petter Johansen, "Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolars avgjørelser", *Retfærd* nr. 126, 2009 s. 96-111.

Rapporter

Independent Reviewer of Terrorism Legislation. "The Definition of Terrorism. A Report by Lord Carlile of Berriew Q.C." March 2007.

Internettsider

Henvising til ACTSA (2001).

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents>

(Avlest. 10.11.2015)

Vedrørende innføringen av ACTSA (2001).

https://en.wikipedia.org/wiki/Anti-terrorism,_Crime_and_Security_Act_2001

(Avlest. 10.11.2015)

Vedrørende "operasjon anakonda". Om operasjonen.

https://en.wikipedia.org/wiki/Operation_Anaconda

(Avlest. 10.11.2015)

Vedrørende "operasjon anakonda". Om norsk deltakelse.

<http://www.tv2.no/a/3638541>

(Avlest. 10.11.2015)

Hjemmesiden til det internasjonale røde kors.

<https://www.icrc.org/en>

Domsdatabasen til den europeiske menneskerettighetsdomstol.

<http://hudoc.echr.coe.int>

Databasen over forarbeidene til den europeiske menneskerettighetskonvensjon.

http://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf

Hjemmesiden til ”The Independent Reviewer of Terrorism Legislation” i Storbritannia.

<https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk>

Andre kilder

Røde Kors til Det Kongelige Forsvarsdepartement. Brev. ”Behov for norske regler om internering i ikke–internasjonal væpnet konflikt.” Datert den 13. Desember 2011.

Det Kongelige Forsvarsdepartement til Røde Kors. Brev. ”Vedrørende behov for norske regler om internering i ikke–internasjonal væpnet konflikt.” Datert den 27. Januar 2012.

Lover og forarbeider

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814, slik den lyder etter senere endringer, senest stortingsvedtak av 1. juni 2015.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30.

Forarbeider

Innstl. 169 S (2012–2013). Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Travaux Préparatoires to the European Convention on Human Rights 4. November 1950.

Konvensjoner

European Convention on Human Rights 4.November 1950, as amended by Protocols No. 11 and 14 supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949. Article. 2.

The Vienna Convention on the Law of Treaties 23. May 1969. Vienna Convention on the Law of Treaties, no. 18232.

Domsregister

Dommer fra britisk høyesterett

A. v. S.S.H.D. 16/12-2004 UKHL 56

Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg og Den europeiske menneskerettighetskommisjon

Dommene er listet i kronologisk rekkefølge.

Lawless v. Ireland 1/07-1961

Engel and others v. the Netherlands 8/06-1976

Irland v. United Kingdom 18/01-1978

Klass and others v. Germany 6/09-1978

Guzzardi v. Italy 6/11-1980

McVeigh and Others v. the United Kingdom 18/03-1981

Winterwerp v. the Netherlands 27/11-1981

Brogan and others v. United Kingdom 29/11-1988

Ciulla v. Italy 22/02-1989

Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom 30/08-1990

Brannigan and McBride-saken 26/05-1993

Murray v. United Kingdom, storkammerdom 28/10-1994

Benham v. United Kingdom 10/06-1996
Chahal v. the United Kingdom, storkammerdom 15/11-1996
Aksoy v. Turkey 18/12-1996
Eriksen v. Norway 27/05-1997
Steel and others v. the United Kingdom 23/09-1998
Jėčius v. Lithuania 31/07-2000
Włoch v. Poland 17/01-2001
O'Hara v. the United Kingdom 16/01-2002
Nuray Şen v. Turkey 17/09-2003
McKay v. the United Kingdom 3/10-2006
Saadi v. the United Kingdom, storkammerdom 29/01-2008
Medvedyev and others v. France 29/03-2010, storkammerdom
M. v. Germany 10/05-2010
Al-Jedda v. United Kingdom, storkammerdom 7/07-2011
Shimovolos v. Russia 28/11-2011
Simons v. Belgium 28/02-2012
Schwabe and M.G. v. Germany 01/03-2012
Austin and others v. United Kingdom, storkammerdom 15/03-2012
Nada v. Switzerland, storkammerdom 12/09-2012
Baisuev and Anzorov v. Georgia 18/03-2013
Ostendorf v. Germany 07/06-2013
Del Río Prada v. Spain, storkammerdom 21/10-2013
Blokhin v. Russia 14/11-2013
Hassan v. United Kingdom, storkammerdom 16/09-2014
Khalikova v. Azerbaijan 22/10-2015