

Statlig nødrett og den internasjonale terrortrusselen

Masteroppgave (60 sp.) ved Juridisk Fakultet, Universitetet i Bergen

Desember 2007

1. Innledning.....	4
1.1. Emnet for avhandlingen	4
1.2. Presentasjon av EMK artikkel 15.....	4
1.3. Avgrensning og oppbygning	6
2. Trusselen fra internasjonal terrorisme.....	8
2.1. Hva avhandlingen mener med ”internasjonal terrorisme”	8
2.2. Internasjonal terrorisme siden 11. september 2001.....	10
2.3. Rettsutviklingen	11
3. Domstolsprøvelsen.....	15
3.1. EMDs og nasjonale domstolers rolle	15
3.2. Kilder og metode.....	15
3.2.1. Tolkningen og anvendelsen av EMK.....	15
3.2.2. Rettskildebildet i forhold til EMK artikkel 15	17
3.2.2.1. Det generelle rettskildebildet	17
3.2.2.2. De enkelte sakene.....	18
3.2.3. Statenes skjønnsmargin	19
3.3. ”Consistency”-vilkåret	21
4. Behovet for derogasjon	25
4.1. Innledning.....	25
4.2. EMKs ordlyd og system.....	25
4.3. ”Consistency”-vilkårets betydning.....	27
4.4. Forhistorie og erfaringer i praksis	27
4.5. Avsluttende vurdering	33
5. Nødstilstandsvilkåret.....	35
5.1. Innledning.....	35
5.2. Generelt om nødstilstandsvilkåret.....	35
5.2.1. Generell tolkning og drøftelsens struktur.....	35
5.2.2. Skjønnsmarginen.....	37
5.3. Hvorvidt det organiserte samfunnslivet er truet.....	38
5.3.1. Formulering av vurderingskriteriet	38
5.3.2. Anvendelse av vurderingskriteriet	42
5.3.3. Terroraksjoner med masseødeleggelsesvåpen	45
5.4. Hvorvidt trusselen foreligger eller er umiddelbart forestående	45
5.5. Avsluttende vurdering	47
6. Forholdsmessighetsvilkåret.....	49
6.1. Innledning.....	49
6.2. Generelt om forholdsmessighetsvilkåret.....	49
6.2.1. Generell tolkning og drøftelsens struktur.....	49
6.2.2. Skjønnsmarginen.....	50
6.3. Formålsforankring.....	51
6.4. Formålsrasjonalitet.....	53
6.5. Nødvendighet	54
6.6. Interesseovervekt.....	56
6.6.1. Generell omtale	56
6.6.2. Interesseovervekt og den internasjonale terrortrusselen	60

6.6.2.1. Innledning.....	60
6.6.2.2. Vurderingsmomenter.....	60
a) Hvem som kan utsettes for derogerende tiltak.....	60
b) Varigheten og utformingen av derogerende frihetsberøvelse.....	61
c) Parlamentarisk kontroll med nødtilstandsregimet.....	65
d) Spesielle misbruksgarantier.....	67
e) Betydningen av nødtilstandens varighet.....	71
6.7. Avsluttende vurdering.....	71
7. Avslutning.....	74

1. Innledning

1.1. Emnet for avhandlingen

11. september 2001 styrtet to fly inn i World Trade Center i New York og et fly inn i Pentagon i Washington D.C., og rystet en hel verden. Trusselen fra internasjonal terrorisme hadde vært i søkelyset også før dette, men innsatsen for å bekjempe denne moderne trusseltypen ble trappet sterkt opp etter 11. september 2001. Siden den tid har statlige myndigheter over hele kloden benyttet et bredt spekter av virkemidler for å bekjempe trusselen fra internasjonal terrorisme. Det har dreid seg både om militære operasjoner forskjellige steder i verden, og innenlandsk lovgivning og rettshåndhevelse.

Når det gjelder innenlandske terrorbekjempelsestiltak, har fokuset i stadig større grad blitt satt på forholdet mellom det å effektivt bekjempe terrortrusselen på den ene siden, og det å ivareta menneskerettighetene til dem som rammes av tiltakene på den andre. USA har vedtatt sin "Patriot Act", Storbritannia har vedtatt sin "Prevention of Terrorism Act" og i Norge har vi også vedtatt egne lovbestemmelser om terrorisme. Alt dette er eksempler på lovgivning som reiser utfordringer ut fra en menneskerettslig synsvinkel.¹

Utgangspunktet for denne avhandlingen er de menneskerettslige forpliktelsene som Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) pålegger Europarådets medlemsstater. Problemstillingen for avhandlingen er i hvilken utstrekning EMK artikkel 15 åpner for derogasjon som en følge av trusselen fra internasjonal terrorisme. Denne bestemmelsen gir konvensjonsstatene rett til å derogere (det vil si gjøre unntak) fra de ordinære bestemmelsene i EMK i bestemte situasjoner og i et bestemt omfang.

Ved å drøfte vilkårene for derogasjon i EMK artikkel 15 i lys av trusselen fra internasjonal terrorisme, søker avhandlingen å definere noen yttergrenser for statlig myndighetsutøvelse i vår tid og i møte med vår tids trusseltyper. I den forbindelse må det vurderes om EMK artikkel 15 overhodet kan antas å være anvendelig i møte med den internasjonale terrortrusselen, samt om statene kan sies å ha et praktisk behov for denne formelle derogasjonsadgangen. Drøftelsene i denne avhandlingen er skrevet på bakgrunn av hvordan den internasjonale terrortrusselen så langt har artet seg, og på grunnlag av det rettskildematerialet som så langt foreligger angående tolkningen og anvendelsen av EMK artikkel 15.

Problemstillingen er aktuell blant annet fordi Storbritannia erklærte derogasjon under henvisning til den internasjonale terrortrusselen i desember 2001, og fortsatt forbeholder seg retten til å bekjempe internasjonal terrorisme ved hjelp av derogerende tiltak, jfr. punkt 2.3.

1.2. Presentasjon av EMK artikkel 15

¹ Se for eksempel Jens Petter Berg, "Terroristbekjempelse etter 11. september 2001", *Kritisk Juss*, 2001 s. 223, Vidar Hegge, "Norske anti-terroriltak", *Mennesker og Rettigheter*, 2002 s. 79, Erling Johannes Husabø og Jørgen Aall, "Bekjempelse av terrorisme og forsvar for rettsstaten – et britisk eksempel", *Lov og Rett*, 2005 s. 515.

EMK artikkel 15 om derogasjon fra de øvrige konvensjonsbestemmelsene lyder som følger:

”1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.

3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.”

Også under normale tilstander anviser EMK en balansegang mellom statens rett og plikt til å beskytte samfunnsordningen og samfunnets medlemmer og det å respektere menneskerettslige skranker for den statlige myndighetsutøvelsen.¹ Det vil imidlertid kunne oppstå situasjoner hvor statens mulighet til å beskytte samfunnsordningen og innbyggerne settes på prøve, og det derfor oppstår behov for mer inngripende tiltak enn ellers. Dette kan betegnes som en forskyvning av balansepunktet mellom fellesskapets og individets interesser. Det er da EMK artikkel 15 kan være aktuell for staten å påberope. Denne bestemmelsen kan derfor betraktes som en hjemmel for statlige nødrettshandlinger, og som en sikkerhetsventil for de statene som tar på seg de menneskerettsforpliktelsene som følger av EMK.²

Statlig nødrett som rettslig fenomen har sannsynligvis eksistert like lenge som rettslige skranker for statlig myndighetsutøvelse. Det er for eksempel velkjent at det i den romerske republikken eksisterte en rettslig hjemmel for å sette de vanlige maktfordelingsreglene til side i alvorlige krisesituasjoner.³ Faren for urettmessig påberopelse og anvendelse av statlig nødrett har eksistert side om side med selve nødrettsinstituttet.⁴ Dette gir en historisk begrunnelse for at EMK artikkel 15 setter grenser både for når nødrett overhodet kan påberopes, og for hvor langt staten da kan gå i sin myndighetsutøvelse.

EMK artikkel 15-1 anviser tre kummulative vilkår for at et derogerende tiltak skal ligge innenfor de rettslige skrankene som også den statlige nødretten må utøves innenfor. For det første må det foreligge ”war or other public emergency threatening the life of the nation”. Dette kan benevnes som et krav om at det må foreligge en *nødstilstand*.⁵ For det andre kan de vanlige menneskerettsforpliktelsene kun fravikes ”to the extent strictly required by the exigencies of the situation”. Dette kan benevnes som et krav om *forholdsmessighet*.⁶ For det

¹ Se for eksempel EMK artikkel 2-2, artikkel 5-1 litra a-f, 2. ledd i artikkel 8-11 og 1. TP artikkel 1-1, 1. pkt. Se også EMDs dom 6. september 1978 *Klass v. Germany* para 59: ”(...) some compromise between the requirements for defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the Convention.”

² Slik også Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett*, Oslo 1998 s. 39.

³ "Roman Republic and Empire." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 10 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-8401>>.

⁴ Spesielt kjent er brannen i den tyske Riksdagen 27. februar 1933, som av den daværende tyske rikskansler, Adolf Hitler, ble brukt som grunn til å sette i verk omfattende krisefullmakter. "Hitler, Adolf." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 10 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-10116>>.

⁵ Slik også Heide s. 83 ff.

⁶ Heide velger å spalte dette vilkåret i to, og operere med de selvstendige hovedvilkårene nødvendighet og proporsjonalitet, se Heide s. 120 ff og 128 ff. At jeg i denne avhandlingen velger å slå disse sammen til et selvstendig hovedvilkår, og benevne dette forholdsmessighet, er kun et spørsmål om hensiktsmessighet. Både nødvendighet og proporsjonalitet utgjør uanstt viktige sider ved dette vilkåret, jfr. kapittel 6. Når jeg har valgt å

trede kan ikke statens derogerende tiltak være ”inconsistent with its other obligations under international law”. Dette kan benevnes som ”consistency”-vilkåret.¹

Videre utpeker 2. ledd i EMK artikkel 15 noen rettigheter som det heller ikke i den alvorligste nødtilstand vil være tillatt for staten å fravike. Dette kan sees i sammenheng med forholdsmessighetsvilkåret i 1. ledd; konsipistene har vurdert det dithen at enkelte rettigheter vil det aldri være forholdsmessig å krenke. Til sist stiller 3. ledd i EMK artikkel 15 opp enkelte prosessuelle krav til det å påberope og anvende statlig nødrett. EMK artikkel 15 innebærer dermed ikke kun en anerkjennelse av den statlige nødretten som et rettslig institutt, men også en anerkjennelse av at det også i nødtilstander må gjelde rettslige skranker for den statlige myndighetsutøvelsen.

1.3. Avgrensning og oppbygning

Det at avhandlingen retter fokus mot vilkårene for å derogere fra EMK i følge EMK artikkel 15, innebærer en avgrensning mot flere andre aktuelle rettslige debatter som kampen mot internasjonal terrorisme reiser.

For det første vil ikke avhandlingen direkte drøfte hvilke terrorbekjempelsestiltak som er konvensjonsmessige med hjemmel i andre bestemmelser i EMK, for eksempel innskrenkninger i retten til privatliv, ytringsfrihet eller organisasjonsfrihet i følge EMK artikkel 8-2, 10-2 eller 11-2 – det vil si hvilke skritt staten kan ta uten å ty til derogasjon. Det som imidlertid vil bli drøftet er hvilke typer innskrenkninger som ikke vil være konvensjonsmessige uten at derogasjon er erklært, jfr. kapittel 4.

Videre vil ikke avhandlingen ta for seg de spesielle folkerettslige problemene som knytter seg til europeiske lands krigføring i Afghanistan og Irak (begge steder dreier det seg om kriger som ble begrunnet med trusselen fra internasjonal terrorisme²). Her vil internasjonal humanitær rett stille krav til de militære styrkers framferd. I hvilken grad EMK stiller krav til Europarådets stater når de anvender militær makt i andre land, har med konvensjonens geografiske anvendelsesområde å gjøre. Dette har vært et omdiskutert tema.³ Denne avhandlingen vil uansett ikke vurdere den eventuelle aktualiteten til EMK artikkel 15 i relasjon til slike situasjoner, men i relasjon til hvilke tiltak Europarådets stater kan iverksette på sitt eget territorium.

Det at avhandlingen handler om EMK artikkel 15, utgjør også en avgrensning mot det å vurdere terrorbekjempelsestiltak i land utenfor Europarådet – slik som USAs internering av ”unlawful combatants” på Guantanamo-basen, eller den amerikanske ”Patriot Act”.

Det som vil stå i fokus er hvilke innenlandske terrorbekjempelsestiltak som i følge EMK artikkel 15 kan settes i verk av Europarådets stater. Siden Storbritannia er den eneste

benevne vilkåret forholdsmessighet, er det fordi det overordnede spørsmålet blir om de aktuelle tiltakene står i et rimelig forhold til situasjonens alvor, jfr. punkt 6.1, samt omtalen av undervilkårene i punkt 6.3.-6.6.

¹ Slik også Heide s. 26.

² Se hhv: "Afghanistan." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 10 July 2007 <http://www.britannica.com/eb/article-234601>, og: "Iraq War." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 10 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9398037>>.

³ Se EMDs avvisningsavgjørelse 2. mai 2007 ”Saramati v. France, Germany and Norway”. Se også drøftelsen i Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2007 s. 44-46.

europarådstaten som har anvendt derogasjon som virkemiddel for å møte trusselen fra internasjonal terrorisme, vil det bli satt et spesielt fokus på britiske terrorbekjempelsestiltak. Avhandlingen begrenser seg uansett ikke til en vurdering av disse konkrete tiltakenes konvensjonsmessighet, men søker å stille opp allment gjeldende rettslige skranke for hvilke terrorbekjempelsestiltak EMK artikkel 15 kan antas å tillate.

Når det gjelder vilkårene i EMK artikkel 15, nevner 2. ledd som nevnt opp en del ikke-derogable rettigheter. Det faller utenfor denne avhandlingen å drøfte når EMK artikkel 15-2 er overtrådd, for det beror på en tolkning av hver av de nevnte bestemmelsene. Denne avhandlingen vil heller ikke fokusere på EMK artikkel 15-3, som oppstiller et prosessuelt krav om at statene skal holde Europarådets generalsekretær informert om derogerende tiltak. Det avhandlingen vil fokusere på, er de materielle vilkårene for derogasjon EMK artikkel 15-1 stiller opp, nemlig kravet om nødtilstand og kravet om forholdsmessighet, samt ”consistency”-vilkåret.

Kapittel 2 i avhandlingen tar for seg den faktiske bakgrunnen for de rettsspørsmål avhandlingen fokuserer på. Kapittel 3 handler om domstolsprøvelsen av statlige myndighetshandlinger når EMK artikkel 15 påberobes som rettslig hjemmel. Kapittel 4 drøfter hvilket praktisk behov statene egentlig kan tenkes å ha for derogasjonsadgangen i EMK artikkel 15 i møte med den internasjonale terrortrusselen. Kapittel 5 tar så for seg nødtilstandskravet, mens kapittel 6 tar for seg forholdsmessighetskravet. Disse to kapitlene utgjør avhandlingens hoveddel. I kapittel 7 vil det bli gitt noen avsluttende bemerkninger til drøftelsene i avhandlingen.

2. Trusselen fra internasjonal terrorisme

2.1. Hva avhandlingen mener med ”internasjonal terrorisme”

Før drøftelsene av avhandlingens hovedproblemstilling tar til, er det nødvendig å presisere hva som menes når denne avhandlingen viser til ”trusselen fra internasjonal terrorisme”. Et startpunkt er da å presisere hva som menes med begrepet ”terrorisme”. Dette begrepet kan ikke sies å peke på en bestemt trussel på samme måte som trusselen fra Tyskland på 1930-tallet, eller trusselen fra Sovjetunionen under den kalde krigen. Terrorisme kan istendenfor ansees som betegnelsen på en bestemt metode.¹ Blant de som anvender denne metoden eksisterer det vidt forskjellige målsetninger, og de konkrete omstendighetene rundt det å utøve terrorisme kan variere betydelig.

I sin Resolusjon 1566 fra 2004 omtaler Sikkerhetsrådet terrorisme som:

“criminal acts, including against civilians, committed with the intent to cause death or serious bodily injury, or taking of hostages, with the purpose to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, intimidate a population or compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act”.²

I følge denne omtalen har vi med terrorisme å gjøre dersom det foreligger ulovlig voldsutøvelse, typisk mot sivile, og denne har som målsetning å skape generell frykt i en befolkning eller presse offentlige myndigheter til å gjøre eller unnlate noe. Dette kan betraktes som grunnleggende kjennetegn på terrorisme som går igjen i de fleste definisjoner av begrepet.³ Den siterte omtalen vil derfor bli lagt til grunn videre i avhandlingen.⁴

Med denne omtalen som basis gjelder det så å presisere hva som menes med ”trusselen fra internasjonal terrorisme”. Et eksempel på at rettslige reguleringer begrunnes med å henvise til denne trusselen er den britiske anti-terrorlovgivningen med tilhørende derogasjonserklæring fra desember 2001. Denne lovgivningen er med på danne bakgrunnen for at de spørsmål denne avhandlingen drøfter, framstår aktuelle. Det vil derfor bli lagt vekt på hvilken trussel det der henvises til.

Det er selve derogasjonserklæringen som viser til trusselen fra internasjonal terrorisme som bakgrunnen for derogasjonen.⁵ Den nærmere rettslige avgrensningen av begrepet blir gjort i

¹ Slik også Bruce Ackerman, *Before the next attack*, New Haven & London 2006 s. 13.

² Sikkerhetsrådets resolusjon 1566 (2004) punkt 3.

³ "terrorism." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 10 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9071797>>.

⁴ Det er her grunn til å merke seg at EMD selv ikke har utviklet en entydig definisjon på terrorisme i sin rettspraksis, noe som ikke har hindret Domstolen i å legge vekt på statenes berettigede behov for å bekjempe terrorisme, jfr. Colin Warbrick, "The Principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism", *European Human Rights Law Review*, 2002 (3) s. 287-289, som oppsummerer EMDs tilnærming slik: "political force by non-State actors cannot be justified in democratic States which comply with the rule of law and, not being justified, a State is entitled to take measures against it, so long as those measures are compatible with the principles of the Convention."

⁵ Se "Declaration contained in a Note Verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 18 December 2001, registered by the Secretariat General on 18 December 2001" på <http://conventions.coe.int>. (Man må klikke seg inn på "reservations and declarations" og søke på CETS no. 005.) Derogasjonserklæringen

den tilhørende lovgivningen, "Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001" ("The 2001 Act"). Her defineres "an international terrorist group" som en gruppe som er "subject to the control or influence of persons outside the United Kingdom", og som forsøker å bidra til at "acts of international terrorism" kan finne sted.¹ Hva som skiller "acts of international terrorism" fra andre terrorhandlinger er ikke definert nærmere, men det er ingen tvil om at 11. september-aksjonene regnes som et typisk eksempel på en internasjonal terroraksjon. Disse aksjonene var nemlig den faktiske foranledningen til den aktuelle lovgivningen og derogasjonserklæringen.²

I denne forbindelse kan det framstå hensiktsmessig til en viss grad å sondre mellom trusselen fra internasjonal terrorisme og trusselen fra nasjonale separatistbevegelser som bruker terrorisme som virkemiddel, slik som ETA i Spania.³ Den samme sontringen kan foretas i forhold til nasjonale, revolusjonære bevegelser, slik som De røde brigadene i Italia⁴ eller Baader-Meinhof-gjengen⁵ i Tyskland. Begge disse trusseltypene kan benevnes nasjonal terrorisme. I begge tilfeller dreier det seg om trusler internt i den enkelte stat, rettet enten mot denne statens territorielle integritet eller dens styreform.

En bevegelse som Al-Qaeda (som regnes for å stå bak 11. september-aksjonene) retter imidlertid ikke en målbevisst kampanje mot den territorielle integriteten eller det politiske systemet til noen stat i Europarådet. Det dreier seg istedenfor om målsetninger av mer internasjonal karakter, slik som gjenopprettelse av det islamske kalifatet, tilbaketrekking av veslige lands tropper fra land i Midt-Østen, eller svekkelse av USA og andre vestlige lands maktstilling.⁶ Som utgangspunkt kan den internasjonale terrortrusselen sies å komme fra de som forsøker å gjennomføre terroraksjoner med denne typen målsetninger for øye. Dette inkluderer grupper eller enkeltpersoner som er inspirert av Al Qaedas prosjekt og metoder i større eller mindre grad, uten nødvendigvis å være formelt tilknyttet Al Qaeda.

Typiske eksempler på internasjonale terroraksjoner ut fra denne tilnærmingen er aksjonene i USA 11. september 2001, Madrid-bombene 11. mars 2004, og London-bombene 7. juli 2005. Disse aksjonene er dermed med på å danne den faktiske bakgrunnen for de rettslige spørsmålene i denne avhandlingen.

Den sontringen mellom nasjonal og internasjonal terrorisme som er skissert ovenfor, gjør det mulig å tenke nyansert om hvilke rettslige konsekvenser det har at en stat utsettes for terroraksjoner, noe jeg vil vende nærmere tilbake til i kapittel 5 og 6. Samtidig vil de rettslige erfaringer som er gjort i forbindelse med at stater har forsøkt å bekjempe ulike former for nasjonal terrorisme, være relevante for en drøftelse av hvilke rettslige skranker som gjelder for bekjempelsen av internasjonal terrorisme. Det foreligger selvsagt en viktig fellesnevner

er også gjengitt i "The Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001", Statutory Instruments 2001 No. 3644 ("Derogation Order 2001"), som ble godkjent av det britiske Parlamentet 13. november 2001.

¹ "The 2001 Act" section 21.

² Se "Derogation Order 2001" s. 2.

³ "ETA." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 11 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9033108>>.

⁴ "Red Brigades." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 11 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9062927>>.

⁵ "Red Army Faction." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 11 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9062924>>.

⁶ "bin Laden, Osama." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 11 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9343571>>.

for disse trusseltypene, i og med at staten i begge tilfeller forsøker å bekjempe selve bruken av terrorisme som virkemiddel.

2.2. Internasjonal terrorisme siden 11. september 2001

11. september 2001 utgjør det foreløpige klimaks for hva en enkelt terroraksjon kan utgjøre av ødeleggelser og blodsutgytelse. Cirka 3000 mennesker mistet livet, og store materielle verdier gikk tapt i det koordinerte terrorangrepet med kaprede passasjerfly mot henholdsvis New York og Washington D.C.¹

Siden dette tidspunktet har flere internasjonale terroraksjoner funnet sted også i stater tilhørende Europarådet. De mest bemerkelsesverdige så langt har vært terroraksjonene i henholdsvis Madrid og London. Bombeaksjonen i Madrid fant sted 11. mars 2004, og tok livet av 191 mennesker, samt skadet 1800.² Selvmordsaksjonen i London fant sted 7. juli 2005, og tok livet av mer enn 50 mennesker, samt skadet 700.³

Siden den aksjonen har flere terrorangrep blitt forsøkt gjennomført mot Storbritannia. Allerede 21. juli 2005 ble det gjennomført en bombeaksjon mot tre undergrunnsstasjoner og en buss i London, men den gjorde liten skade.⁴ I august 2006 ble en angivelig konspirasjon for å sprengne en rekke passasjerfly på vei fra Storbritannia til USA hindret av en stor politiaksjon.⁵ I juli 2007 ble det forsøkt gjennomført terroraksjoner med bilbomber i London og Glasgow, men disse mislyktes.⁶

Disse tallene gir på langt nær et fullstendig bilde av den internasjonale terroraktiviteten siden 11. september 2001. Men de gir et visst inntrykk av hvilken type trussel internasjonal terrorisme har utgjort mot statene i Europarådet siden 2001. Gjennomførte og planlagte aksjoner har vært rettet mot sivil infrastruktur, slik som tog, buss og fly, og har tilsynelatende hatt som mål å ta livet av og såre flest mulig tilfeldig tilstedeværende sivilpersoner, i tillegg til å forårsake materielle ødeleggelser.

Aksjonene har vært utført med konvensjonelle eksplosiver. Et marerittscenario er at en terroraksjon med masseødeleggelsesvåpen skulle finne sted. Denne trusselen har blitt referert til av vestlige makthavere, og blitt pekt på som en del av begrunnelsen for å anvende ekstraordinære virkemidler i kampen mot internasjonal terrorisme.⁷

Faren for et terrorangrep med masseødeleggelsesvåpen må derfor tas med i vurderingen av hvordan trusselen fra internasjonal terrorisme forholder seg til derogasjonsvilkårene i EMK artikkel 15. Vilkårene vil imidlertid først og fremst bli vurdert i lys av den type aksjoner som faktisk har funnet sted, eller som det er kjent at faktisk har blitt avverget.

¹ "September 11 attacks." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 18 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9394915>>.

² "Madrid." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 18 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-12093>>.

³ "London." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 18 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-10113>>.

⁴ Se The Economist" Print Edition July 23 2005 "Not again". (tilgjengelig digitalt på <http://www.economist.com>)

⁵ Se The Economist" Print Edition Aug 12 2006 "A plot, and chaos".

⁶ Se The Economist" Print Edition July 7 2007 "Three times lucky".

⁷ Se for eksempel USAs president George W. Bush "State of the Union address" 31. januar 2006. Talen er gjengitt på <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/01/20060131-10.html>.

2.3. Rettsutviklingen

Terroraksjonene 11. september 2001 førte til en opptrapping av både verdenssamfunnets og enkeltlands bestrebelser på å bekjempe trusselen fra internasjonal terrorisme, også på det rettslige plan. Det første som er viktig å merke seg i den forbindelse, er folkerettslige vedtak som forplikter Europarådets stater til å iverksette tiltak for å bekjempe trusselen fra internasjonal terrorisme. Slike vedtak er med på å statuere hvor alvorlig det internasjonale samfunnet ser på trusselen, og er dermed med på å begrunne særskilte rettslige skritt for å håndtere den.

I denne forbindelse framstår det spesielt relevant at Sikkerhetsrådet har vedtatt resolusjoner hvor de peker på terrorisme som "a threat to international peace and security".¹ At internasjonal terrorisme blir sett på som en trussel mot den internasjonale freden og sikkerheten, er i seg selv et viktig argument for at visse tyngende tiltak må kunne være berettiget for å bekjempe denne trusselen. De nevnte resolusjonene vises da også til i Storbritannias derogasjonserklæring fra desember 2001.²

Når det gjelder justispolitiske tiltak internt i Europarådets medlemsstater, er det viktig å merke seg at det kun er Storbritannia av medlemsstatene som har tydd til derogasjon for å kunne møte trusselen fra internasjonal terrorisme.³ De andre statene har ikke sett på derogerende tiltak som nødvendige for å håndtere den internasjonale terrortrusselen, heller ikke etter 11. september 2001. Europarådets parlamentarikerforsamling har faktisk vedtatt en resolusjon (Resolusjon 1271 (2002)) hvor den råder medlemsstatene til ikke å anvende derogasjon fra EMK som et virkemiddel i kampen mot internasjonal terrorisme.⁴

Den britiske Regjeringen på sin side erklærte derogasjon 18. desember 2001, og fortsatte å anvende derogerende tiltak fram til mars 2005. Bakgrunnen for erklæringen var anti-terrorlovgivningen i "The 2001 Act". Denne loven gav en minister kompetanse til å klassifisere en utenlandsk statsborger som internasjonal terrorist ut fra en mistanke mot vedkommende. Dersom den mistenkte ikke kunne sendes ut av landet, kunne ministeren beordre vedkommende internert på ubestemt tid og uten dom for at vedkommende hadde begått en straffbar handling.⁵ Dette dreide seg om en type frihetsberøvelse som ikke var hjemlet i EMK artikkel 5, og som derfor gjorde det påkrevd med derogasjon.⁶

Den aktuelle frihetsberøvelsessjammelen ble vurdert av den høyeste britiske domstolen (House of Lords) i desember 2004.⁷ House of Lords erklærte, med hjemmel i "The Human Rights Act", den britiske menneskerettsloven, at "The 2001 Act" utgjorde et brudd på EMK

¹ Se for eksempel Sikkerhetsrådets resolusjon 1368 (2001) punkt 1 og Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 (2001) preamble.

² Se "Derogation Order 2001" s. 2.

³ Se <http://conventions.coe.int>.

⁴ Se Europarådets parlamentarikerforsamlings resolusjon 1271 (2002) punkt 9.

⁵ Se "The 2001 Act" section 21-23.

⁶ Se "Derogation Order 2001" s. 3. Det framstår i denne forbindelse interessant at i tilknytning til den norske debatten om Mulla Krekar har lederen for landet største opposisjonsparti, FrP, tatt til orde for et system med lukket forvaring av utlendinger som antas å utgjøre en fare for rikets sikkerhet. Se <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article2102654>.

⁷ Se House of Lords dom 16. desember 2004 "A and others v. Secretary of State for the Home Department", heretter referert til som [2004] UKHL 56.

artikkel 15. I tillegg ble det erklært av loven utgjorde et brudd på EMK artikkel 14 (diskrimineringsforbudet) – som det ikke var derogert fra – fordi interneringshjemmelen uten tilstrekkelig saklig grunn bare kunne anvendes mot utenlandske statsborgere.¹

Dommen fra House of Lords ble tatt hensyn til ved utarbeidelsen av den britiske “Prevention of Terrorism Act” (“The 2005 Act”), som ble vedtatt 11. mars 2005 og satte til side “The 2001 Act”.² Denne nye anti-terrorloven innførte såkalte ”control orders”. Dette er ulike typer restriksjoner som kan anvendes overfor personer mistenkt for å være involvert i terrorisme.³ Det forutsettes i loven at enkelte typer ”control orders”, for eksempel husarrest, vil nødvendiggjøre ny derogasjon fra EMK. Disse benevnes ”derogating control orders”,⁴ og kan ikke ilegges kun ut fra rimelig grunn til mistanke. Det må foreligge sannsynlighetsovervekt (“balance of probabilities”).⁵ Disse har så langt ikke blitt brukt.

Det er i den forbindelse viktig å merke seg at House of Lords i slutten av oktober 2007 avsa tre dommer om forholdet mellom systemet med ”control orders” og EMK.⁶ I [2007] UKHL 45 slår domstolen fast at visse ”control orders” innebærer såpass tyngende restriksjoner på den enkeltes livsutfoldelse at de innebærer frihetsberøvelse (“deprivation of liberty”) i følge EMK artikkel 5. Siden de ikke kan hjemles i denne bestemmelsen, vil bruken av dem nødvendiggjøre derogasjon fra EMK. House of Lords åpner imidlertid for at dette kan avhjelpes ved modifikasjoner i den enkelte ordren.⁷ Dette illustreres av at domstolen i [2007] UKHL 46 godtar at en ordre som innebærer mindre inngripende restriksjoner enn dem i [2007] UKHL 45, ikke innebærer frihetsberøvelse i følge EMK artikkel 5.⁸

I [2007] UKHL 46 er det forholdet mellom illeggelsen av ”control orders” og EMK artikkel 6 om retten til ”a fair hearing” som blir vurdert. Domstolen åpner her for at bestemte ”control orders” har blitt ilagt på basis av en prosess som ikke tilfredsstiller kravene i EMK artikkel 6, men sender saken tilbake til de lavere domstolene for en ny konkret vurdering.⁹ Også forholdet mellom kontrollordresystemet og EMK artikkel 6 kan derfor aktualisere spørsmålet om derogasjon.¹⁰

De britiske styresmaktene har foreløpig ikke fulgt opp disse dommene med igjen å erklære derogasjon. Det spente forholdet mellom systemet med ”control orders” og enkelte av

¹ Se [2004] UKHL 56 para 73.

² Se Husabø og Aall s. 524.

³ Se ”The 2005 Act” section 1. I denne forbindelse framstår det interessant at den norske Regjeringens forslag til ny utlendingslov foreslår å innføre en mulighet for å anvende enkelte av denne typen restriksjoner overfor utlendinger der det foreligger for eksempel en trussel mot rikets sikkerhet, jfr. Ot.prp nr. 75 (2006-2007) s. 478.

⁴ Se ”The 2005 Act” section 4-6.

⁵ Se “The 2005 Act” section 1(2)(b), 1(10) og section 4-6. Se også Husabø og Aall s. 524-527.

⁶ Se House of Lords dommer 31. oktober 2007: “Secretary of State for the Home Department v. JJ and others”, heretter referert til som [2007] UKHL 45, “Secretary of State for the Home Department v. MB”, heretter referert til som [2007] UKHL 46, “Secretary of State for the Home Department v. E and another”, heretter referert til som [2007] UKHL 47.

⁷ Se [2007] UKHL 45, spesielt para 5, 25-29 og 105.

⁸ Se [2007] UKHL 47 para 6-11.

⁹ Se [2007] UKHL 46, spesielt para 72-76.

¹⁰ Dette antydes i klare ordelag av Lord Bingham i [2007] UKHL para 44. Flertallet av dommerne i denne saken viker imidlertid tilbake fra å erklære selve prosessreglene i ”The 2005 Act” som stridende mot EMK artikkel 6, og lar det istedenfor bero på en konkret vurdering i hvert tilfelle om kravet til ”a fair hearing” er overholdt.

bestemmelsene i EMK, samt det faktum at lovhjemmelen for ”derogating control orders” fortsatt står ved lag, er uansett med på å aktualisere problemstillingen i denne avhandlingen.¹

Når det gjelder rettsutviklingen videre, er det også viktig å merke seg internasjonaliseringens betydning. Internasjonal terrorisme er i seg selv en konsekvens av globaliseringen, og rettslige skritt for å håndtere problemet må derfor også i stor grad være grensekryssende. Dette viser seg ikke minst ved folkerettslige vedtak som pålegger statene å gjennomføre bestemte tiltak for å bekjempe terrorisme. Det kan påvises tendenser til at de stater som har gått lengst i å iverksette ekstraordinære tiltak for å bekjempe terrorisme, prøver å påvirke andre land til å følge etter.² Dette gjør at rettsutviklingen i Storbritannia har potensiell betydning også for andre stater i Europarådet.

Bevisstheten om at det må settes menneskerettslige skranker for hvilke tiltak som kan anvendes i kampen mot internasjonal terrorisme, har imidlertid også vært økende. Resolusjon 1271 fra Europarådets parlamentarikerforsamling, hvor derogasjon frarådes, er illustrerende her. Vi har også eksempler på at nasjonale parlamenter setter foten ned for forslag om nye, inngripende terrorbekjempelsestiltak.³ Og i USA, hvor aksjonene 11. september 2001 faktisk fant sted, har domstolene forsøkt å stille opp noen rettslige skranker for hvor langt myndighetene kan gå i sine terrorbekjempelsestiltak. I *Hamdi*-dommen fra 2004 kom USAs høyesterett i den forbindelse med følgende prinsipielle erklæring:

“Striking the proper constitutional balance here is of great importance to the Nation during this period of ongoing combat. But it is equally vital that our calculus not give short shrift to the values that this country holds dear or to the privilege that is American citizenship. *It is during our most challenging and uncertain moments that our Nation's commitment to due process is most severely tested; and it is in those times that we must preserve our commitment at home to the principles for which we fight abroad.*”⁴ (min kursivering)

Både på internasjonalt og nasjonalt plan kan det altså påvises krefter som forsøker å holde igjen en utvikling mot stadig mer inngripende tiltak. I årene som kommer vil det selvsagt kunne ha stor betydning hvordan terrortrusselen rent faktisk utvikler seg. Presset på politikerne til å sette i verk tøffe tiltak er naturlig nok størst etter at terroraksjoner har funnet sted. Bombeaksjonen i London 7. juli 2005 gjorde at debatten om det riktige balansepunktet mellom samfunnssikkerhet og menneskerettigheter blusset opp med fornyet styrke.⁵ I lys av dette framstår det ikke som et helt fjernt scenario at en ny, rystende terroraksjon i Storbritannia gjør at fullmaktene til å iverksette ”derogating control orders” tas i bruk.

Et skrekksenario er at en internasjonal terroraksjon med masseødeleggelsesvåpen skulle finne sted. Det er all grunn til å anta at en slik hendelse ville satt debatten om hvilke virkemidler som er forsvarlige ut fra et menneskerettsperspektiv, på spissen. Den amerikanske professoren Bruce Ackerman prøver å komme et slikt scenario, samt andre scenarier hvor alvorlige terroraksjoner har funnet sted, i forkjøpet i boken ”Before the next attack”. Her tar han til orde for at Regjeringen (fra hans ståsted den amerikanske) da burde hatt

¹ Se ”The Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in force of sections 1 to 9) Order 2007”, Statutory Instruments 2007 No. 706, som forlenget lovens virkeperiode med ytterligere 1 år fra 11. mars 2007 av.

² Se for eksempel Statewatch-rapporten ”The exceptional and draconian become the norm”.
www.statewatch.org/news/2005/mar/exceptional-and-draconian.pdf.

³ Se for eksempel The Economist Print Edition Oct 6 2007: ”Civil Liberties: detention without trial. The stuff of nightmares.”

⁴ Se *Hamdi v. Rumsfeld*, Judgment of the US Supreme Court, Decided June 28 2004 Opinion kapittel III, litra C, punkt 3, 1. avsnitt.

⁵ Se for eksempel den britiske statsminister Tony Blairs tale av 5. august 2005, gjengitt her:
www.statewatch.org/news/2005/aug/02pm-terror-statement.htm.

ekstraordinære fullmakter til å internere mistenkte terrorister, men kun for en avgrenset periode.¹ Denne typen framtidsperspektiver er med på å danne bakgrunnen for drøftelsene i denne avhandlingen.

¹ Se Ackerman s. 46.

3. Domstolsprøvelsen

3.1. EMDs og nasjonale domstolars rolle

Den europeiske menneskerettsdomstolen er i følge EMK selv den autoritative fortolkende og rettsanvendende instans i relasjon til EMK, jfr. EMK artikkel 19 og 32. Dette inkluderer å vurdere om en stat som har erklært derogasjon holder seg innenfor de grenser som EMK artikkel 15 trekker. Som EMD selv erklærer i *Lawless*: "it is for the Court to determine whether the conditions laid down in Article 15 for the exercise of the exceptional right of derogation have been fulfilled in the present case".¹

I hvilken grad nasjonale domstoler har som oppgave å vurdere andre offentlige organers handlinger opp mot kravene i EMK, varierer noe fra stat til stat. I mange land har de nasjonale domstolene en slik prøvingskompetanse. Dette er tilfellet både i Norge og Storbritannia.² Det kan her bemerkes at en betingelse for å få sin sak opp for EMD er at "all domestic remedies have been exhausted", jfr. EMK artikkel 35-1. EMK forutsetter altså at den enkelte primært skal få sine rettigheter håndhevd ved å henvende seg til nasjonale klageorganer. Dette innebærer at mange saker om tolkningen og anvendelsen av EMK aldri kommer for EMD. De blir istedenfor løst ved at Konvensjonen tolkes og anvendes av nasjonale domstoler.

Storbritannias derogerende tiltak i etterkant av 11. september 2001 ble aldri vurdert av EMD nettopp fordi de som klagde over å ha blitt utsatt for disse tiltakene, først måtte bringe sin sak inn for det nasjonale domstolssystemet. Dette resulterte i dommen [2004] UKHL 56, jfr. punkt 2.3. Dette illustrerer at nasjonale dommer har stor praktisk betydning når det gjelder etterlevelsen av EMK i den enkelte medlemsstat. Hvorvidt de kan sies å ha rettskildemessig vekt ved tolkningen av EMK vil bli tatt opp i punkt 3.2.1.

3.2. Kilder og metode

3.2.1. Tolkningen og anvendelsen av EMK³

Når det gjelder EMK, vil praksis fra konvensjonsorganene stå sentralt ved tolkningen og anvendelsen av traktaten. EMD selv legger nemlig stor vekt på sine tidligere avgjørelser i sin dømmende virksomhet. Dommene fra EMD har derfor stor betydning både fordi de kartlegger det materielle innholdet i EMKs bestemmelser, og fordi de etablerer rettskildепrinsipper for tolkningen av EMK.⁴

¹ EMDs dom 1. juli 1961 *Lawless v. Ireland* As to the law para 22.

² Se den norske menneskerettsloven (lov 21. mai 1999 nr 30) og den britiske "Human Rights Act 1998".

³ Mer utfyllende redegjørelser er gitt i for eksempel Clare Ovey og Robin White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Oxford 2006 (Jacobs og White) s. 38-55, D.J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh 1995 s. 5-19 (Harris, O'Boyle og Warbrick), Aall, *Rettsstat* s. 37-43, Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, Oslo 2003 s. 83-107, Heide s. 21-25. Se også EMDs dom 12. desember 2001 *Bankovic v. Belgium*, hvor Domstolen skisserer sin egen juridiske metode.

⁴ Se Aall, *Rettsstat* s. 42-43 og Heide s. 23-25.

Tidligere ble alle saker først behandlet av Kommissjonen, men en reform av konvensjonsorganene i 1998 avsluttet denne ordningen.¹ Kommissjonens praksis vil imidlertid også kunne ha en viss rettskildemessig vekt, spesielt dersom EMD ikke har uttalt seg om samme spørsmål, og også dersom Kommissjonens uttalelse utfyller EMDs uttalelser. Foreligger det avvik eller nyanser mellom det Kommissjonen og EMD har uttalt, må det legges størst vekt på det EMD har uttalt. Dette følger av at EMD hele tiden har vært det organet som har avgjort saker i siste instans.²

EMDs praksis viser at den naturlige forståelsen av traktatens ordlyd er utgangspunktet for tolkningsprosessen. Ordene må i tillegg tolkes i lys både av EMKs formål og den kontekst de står i. Dette er i samsvar med alminnelige folkerettslige regler for tolkning av traktater.³ EMKs preambel slår fast at det er et hovedformål med Konvensjonen å sikre "the universal and effective recognition and observance of the Rights". Det å sikre en effektiv håndheving av rettighetene i EMK står av denne grunn sentralt ved tolkningen og anvendelsen av traktaten, og er et perspektiv EMD legger stor vekt på.

I den forbindelse foretar EMD en autonom og dynamisk tolkning av bestemmelsene i EMK. Dette innebærer at EMD foretar sin egen, selvstendige tolkning av ordlyden i bestemmelsene, samt tolker bestemmelsene i lys av samfunnsutviklingen. EMD anser seg ikke bundet av hvordan bestemte uttrykk er forstått i nasjonal rett, eller ble forstått da EMK ble til.⁴ Dette gjør at det må legges begrenset vekt på EMKs forarbeider i tolkningsprosessen⁵, noe som også samsvarer med alminnelige folkerettslige regler for traktattolkning.⁶

Det forekommer at EMD ser ordlyden i EMK i lys av løsninger i rettssystemer utenfor Europarådet eller i øvrig folkerett. Øvrig folkerett har forøvrig en spesiell relevans i tilknytning til EMK artikkel 15, noe det vil bli sett nærmere på i punkt 3.3. Dommer fra nasjonale domstoler i land utenfor Europarådet har selvsagt ikke formell rettskildemessig vekt, men kan være til inspirasjon for EMD dersom de framstår som kvalitativt gode drøftelser i relasjon til det overordnede perspektivet om å sikre en effektiv håndhevelse av menneskerettighetene.⁷

Når det gjelder nasjonale dommer om EMK fra stater i Europarådet, har ikke disse rettskildemessig vekt når EMD skal tolke Konvensjonen. Dersom slike dommer refererer seg til problemstillinger som EMD i begrenset grad har tatt stilling til, og de nasjonale dommerne i denne forbindelse har forsøkt å følge EMDs egen juridiske metode ved tolkningen og anvendelsen av EMK, vil de imidlertid være interessante innspill i en drøftelse av de aktuelle problemstillingene. Slike dommer kan fungere som nyttige indikatorer på hvordan EMD ville tilnærmet seg samme spørsmål.

¹ Se Jacobs og White s. 8-11 for en oversikt over det "gamle" og "nye" systemet for håndhevelsen av EMK.

² Se Heide s. 24.

³ Se Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31-33, som av EMD regnes som retningslinjer for tolkningen av EMK. Se Jacobs og White s. 38 ff med henvisninger til EMDs rettspraksis.

⁴ Se Jacobs og White s. 45 ff.

⁵ Se Jacobs og White s. 40-41.

⁶ Se Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 32.

⁷ Se EMDs dom 28. mai 2002 *Stafford v. The United Kingdom* og EMDs dom 22. februar 1984 *Sutter v. Switzerland* for eksempelempler på at EMD legger vekt på hensynet til harmonisering med øvrig folkerett som et ledd i tolkningsprosessen. Se EMDs dom 29. april 2002 *Pretty v. The United Kingdom* og EMDs dom 6. mai 2003 *Appleby v. The United Kingdom* for eksempelempler på at EMD viser til løsninger i henholdsvis canadisk og amerikansk rettspraksis i forbindelse med tolkningsprosessen. En generell omtale av disse aspekter ved tolkningsprosessen er gitt i Aall, *Rettsstat* s. 40-42.

Dommene fra House of Lords om britiske terrorbekjempelsestiltak, jfr. punkt 2.3, er eksempler på at en nasjonal domstol bruker EMK aktivt ut fra EMDs egne tolkningsprinsipper, og kan derfor tenkes å spille en slik rolle.¹ Dette får betydning for en drøftelse av EMK artikkel 15 i relasjon til den internasjonale terrortrusselen. Det foreligger nemlig begrenset med rettspraksis fra EMD vedrørende EMK artikkel 15 rent generelt, jfr. punkt 3.2.2.2, og ingen av disse dommene omhandler trusselen fra internasjonal terrorisme. House of Lords sine drøftelser vedrørende dette spørsmålet vil derfor bli brukt aktivt i denne avhandlingen – ikke som en formell rettskilde, men som nyttige innspill til en drøftelse som uansett må skje i et relativt åpent landskap rent rettskildemessig.

Også rettspraksis fra land utenfor Europarådet vil bli trukket inn i drøftelsene i denne avhandlingen, men da i første rekke for å illustrere generelle poenger vedrørende forholdet mellom terrorbekjempelse og menneskerettigheter. Når det gjelder juridisk teori, har heller ikke denne rettskildemessig vekt ved tolkningen og anvendelsen av EMK – også her må en eventuell påvirkningskraft ligge i selve resonnementenes kvalitet. Henvisninger til juridisk teori i denne avhandlingen skjer i dette lys.

Resultatet av den tilnærmingen som er skissert ovenfor, er at EMD har stått for en ikke ubetydelig rettskapende virksomhet.² Dette får betydning for denne avhandlingen, som har som mål å vurdere det materielle innholdet i en bestemmelse i EMK i møte med en ny typesituasjon. Vurderinger av hvilke løsninger som best ivaretar de underliggende hensyn EMK artikkel 15 bygger på, vil måtte stå sentralt i avhandlingen.

3.2.2. Rettskildebildet i forhold til EMK artikkel 15

3.2.2.1. Det generelle rettskildebildet

Ved tolkningen og anvendelsen av EMK artikkel 15 vil utgangspunktet være den tilnærmingen som er skissert i punkt 3.2.1. Det er i tillegg viktig å være oppmerksom både på det foreliggende rettskildebildet i forhold til akkurat denne bestemmelsen og på dens egenart og plass i konvensjonssystemet.

EMK artikkel 15 har i større grad enn Konvensjonen ellers som formål å beskytte staten, ved at den åpner for påberopelse av statlig nødrett, jfr. punkt 1.2.³ Hensynet til samfunnssikkerhet vil derfor stå helt sentralt ved den nærmere tolkningen og anvendelsen av EMK artikkel 15. Samtidig er ikke hensynet til enkeltmenneskets rettigheter satt helt til side, noe som framgår både av de materielle vilkårene i EMK artikkel 15-1 og av utpekingen av ikke-derogable rettigheter i EMK artikkel 15-2. Samfunnssikkerhet og enkeltmenneskets rettigheter i en for fellesskapet kritisk situasjon er altså de underliggende hensynene bak EMK artikkel 15. Ved

¹ Se for eksempel [2004] UKHL 56 para 17-18 og 28 og [2007] UKHL para 12-19 for en illustrasjon av at House of Lords i denne forbindelse legger stor vekt på slutninger fra EMDs egen rettspraksis, i samsvar med de tolkningsprinsippene som kan sies å gjelde for EMK.

² Se blant annet EMDs dom 4. februar 2003 *Van der Leer v. The Netherlands*. Her ble en som var utsatt for frihetsberøvelse fra det psykiske helsevernets side tilkjent rett til informasjon om frihetsberøvelsens grunnlag ut fra EMK artikkel 5-2, som taler om en rett for en arrestert til informasjon om "any charge against him".

³ Se i denne retning Heide s. 22.

tolkningen og anvendelsen av bestemmelsen må det foretas skjønnsmessige avveininger på basis av disse hensynene.

Videre foreligger det begrenset med rettspraksis fra konvensjonsorganene vedrørende EMK artikkel 15, og ingen avgjørelser som direkte refererer seg til trusselen fra internasjonal terrorisme.¹ I punkt 3.2.2.2 vil det bli gitt en kort presentasjon av de viktigste avgjørelsene fra henholdsvis Kommisjonen og EMD. Det avgrensede sakstilfanget, sammen med den generelle ordlyden i EMK artikkel 15, gjør at vi har begrenset med veiledning i møte med den trusseltypen som internasjonal terrorisme representerer. Slutninger fra henholdsvis ordlyden og Kommisjonens og EMDs praksis danner uansett viktige utgangspunkter for tolkningen og anvendelsen.

3.2.2.2. De enkelte sakene

Som sagt har EMK artikkel 15 vært tema i et begrenset antall saker fra henholdsvis Kommisjonens og EMDs side. De sakene som kun Kommisjonen har hatt til behandling², kan betegnes som *Kypros 1-saken*³, *Kypros 2-saken*⁴, *Hellas-saken*⁵ og *Tyrkia-saken*.⁶ *Kypros 1-saken* var anlagt av Hellas mot Storbritannia grunnet sistnevnte stats framferd på Kypros. Saken endte med forlik. *Kypros 2-saken* var anlagt av Hellas mot Tyrkia i etterkant av sistnevnte stats okkupasjon av halve øyen. Heller ikke her ble vilkårene i EMK artikkel 15 nærmere drøftet, siden Tyrkia ikke hadde avgitt en formell derogasjonserklæring. *Tyrkia-saken* endte med forlik. Av kommisjonssakene er det derfor først og fremst *Hellas-saken* fra 1968 som inneholder relevante drøftelser av vilkårene for derogasjon i EMK artikkel 15.

I *Hellas-saken* forsvarte den militære kuppetregjeringen i Hellas sin framferd ved å vise til EMK artikkel 15. Kommisjonen aksepterte imidlertid ikke at det hadde foreligget en nødtilstand.⁷ Saken er det eneste eksemplet på at et av konvensjonsorganene har overprøvd den innklagede regjeringens syn på hvorvidt en nødtilstand forelå eller ikke. Den noe spesielle situasjonen som forelå i denne saken gjør uansett at selve resultatet synes å ha liten relevans i møte med det typetilfellet som er tema for denne avhandlingen, nemlig at demokratisk valgte regjeringer tyr til derogasjon for å bekjempe trusselen fra internasjonal terrorisme. Kommisjonens generelle tolkning av nødtilstandskravet framstår imidlertid relevant.

EMDs saker om EMK art 15 har dreid seg om trusselen fra nasjonale separatistbevegelser, enten IRA i Nord-Irland eller PKK i Sørøst-Tyrkia. I alle sakene ble den aktuelle

¹ Se Heide s. 24-25, Jacobs og White s. 439-450, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak (red.), *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Antwerpen – Oxford 2006 (van Dijk) s. 1053-1077.

² Se Heide s. 24-25 for en litt fyldigere presentasjon av de EMK artikkel 15-saker Kommisjonen har hatt til behandling.

³ Application no. 176/56. "Notes" from the proceedings and decisions on admissibility of 2 June 1956 YB II (1958-59) s. 174-196. *Kypros 1-saken*.

⁴ Applications no. 6780/74 and 6950/75. Decision on admissibility of 10 July 1976. European Human Rights Reports 1982 s. 482-589. *Kypros 2-saken*.

⁵ Applications no. 3321-3323/67 and 3344/67. Report of the Commission of 5 November 1969. YB XII 1969. *Hellas-saken*.

⁶ Applications no. 9940-9944/82. Report of the Commission of 7 December 1985 (friendly settlement). European Human Rights Reports 1986 s. 205-213. *Tyrkia-saken*.

⁷ Se *Hellas-saken* para 115 og 125.

separatistbevegelsen beskyldt for blant annet å anvende terrorisme som virkemiddel, noe som utgjør en viktig faktumlikhet med trusselen fra internasjonal terrorisme.¹

Fire av EMDs avgjørelser om EMK artikkel 15 har dreid seg om henholdsvis Irlands og Storbritannias forsøk på å bekjempe organisasjonen IRA, som i årtier jobbet for at Nord-Irland skulle tilhøre Irland istedenfor Storbritannia. *Lawless*-dommen fra 1961 er den eneste av disse sakene hvor Irland er den innklagede stat. De øvrige sakene er *Nord-Irland*-dommen fra 1978, *Brannigan and McBride*-dommen fra 1988 og *Marshall*-avgjørelsen fra 2001. I alle disse sakene fikk den innklagede stat medhold i at en nødtilstand hadde foreligget, og at de derogerende tiltakene hadde vært forholdsmessige.

Tre dommer har dreid seg om Tyrkias forsøk på å bekjempe organisasjonen PKK, som har jobbet for selvstendighet for kurderne sørøst i Tyrkia. I *Aksoy*-saken fra 1996 ble de derogerende tiltakene Tyrkia funnet uforholdsmessige. Det samme skjedde i *Demir*-dommen fra 1998, hvor det forelå en stor grad av faktumlikhet med *Aksoy*. *Sakik*-dommen fra 1997 dreide seg om det geografiske anvendelsesområdet til de derogerende tiltakene.

3.2.3. Statenes skjønnsmargin

Det som er sagt ovenfor om EMDs dynamiske tilnærming til konvensjonsbestemmelsene må sees i lys av en annen side ved EMDs juridiske metode. Av hensyn til statenes suverenitet, og ut fra rollefordelingen mellom EMD som overnasjonal domstol og nasjonale organer, tilstår Domstolen statene en skjønnsmargin – ”margin of appreciation” – i forbindelse med deres konkrete etterlevelse av EMK.² Skjønnsmarginen vil ofte komme inn når det skal vurderes om en statlig myndighetshandling har skjedd i samsvar med de vilkår EMK stiller opp for å foreta inngrep i den rettighet som har blitt berørt. I relasjon til EMK artikkel 15 vil spørsmålet være om bestemte derogerende tiltak var i samsvar med de generelle vilkårene for derogasjon som denne bestemmelsen stiller opp. Slike derogerende tiltak vil også være statlige myndighetshandlinger som griper inn i en eller flere av rettighetene i EMK.

EMDs rettspraksis viser at skjønnsmarginens størrelse i forbindelse med inngrep vil variere både ut fra hvilken rettighet det dreier seg om å gjøre inngrep i, og ut fra hvor egnet sakens tema er for overnasjonal rettslig overprøving. I denne forbindelse vil en rekke vurderingsmomenter spille inn, slik som inngrepssituasjonen, formålet med inngrepet og hvorvidt en felles europeisk standard har avtegnet seg på det aktuelle området.³

¹ Se *Lawless* As to the law para 28, EMDs dom 18. januar 1978 *Ireland v. The United Kingdom (Nord-Irland)* para 11, EMDs dom 25. mai 1993 *Brannigan and McBride v. The United Kingdom* para 12, EMDs dom 18. desember 1996 *Aksoy v. Turkey* para 70, EMDs dom 26. november 1997 *Sakik v. Turkey* para 25, EMDs dom 23. september 1998 *Demir v. Turkey* para 45, EMDs avvisningsavgjørelse 10. juli 2001 *Marshall v. The United Kingdom* The Facts punkt C.

² For fylldige framstillinger, se Tyge Trier og Eivind Einersen, ”Den europeiske Menneskeretsdomstols prøvelseskompetanse. Doktrinen om ’margin of appreciation’”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1991 s. 570, Jørgen Aall, ”Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998 s. 1, Christian Børge Sørensen, ”Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s. 140, Lars Oftedal Broch, ”Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskeretsdomstol”, *Lov og Rett*, 2005 s. 259. For kortere framstillinger, se Aall, *Rettsstat* s. 129-132, Heide s. 63-68, Jacobs og White s. 43-44, s. 47 og s. 52-54.

³ Se Aall, *Rettsstat* s. 130-132 med videre henvisninger til EMDs rettspraksis.

Formelt sett slår skjønnsmarginen inn først i subsumsjonsfasen. Det er opp til EMD å foreta den generelle tolkningen av bestemmelsene i EMK. Når det så skal vurderes om et bestemt inngrep innebar en riktig avveining mellom de hensynene som gjorde seg gjeldende i den aktuelle situasjonen, vil EMD tilstå statene en skjønnsmargin.¹ Skjønnsmarginen i en konkret situasjon utgjør sånn sett yttergrensene for statens handlingsrom til selv å prioritere mellom relevante hensyn, slik som fellesskapets interesser og den enkeltes rettssikkerhet. Dette innebærer at staten også har en skjønnsmargin når det gjelder å fastslå hvor sterkt et bestemt hensyn gjør seg gjeldende, for eksempel vil EMD være tilbakeholdne med å overprøve en påstand om at det i en konkret situasjon forelå en trussel mot samfunnets sikkerhet. Dette perspektivet vil jeg vende nærmere tilbake til i punkt 5.2.2.

I praksis vil det kunne være vanskelig å skille skarpt mellom den generelle tolkningen av en bestemmelse og den konkrete subsumsjonen. Der EMD har gått langt i å stille opp presise regler som ledd i tolkningen av bestemmelsene, er det relativt sett mindre igjen av skjønn for statene – når fakta først er på det rene, går subsumsjonen av seg selv. Men ofte, og særlig i forbindelse med de generelle avveiningsuttrykkene EMK benytter (”necessary”, ”strictly required” og lignende), er forutsetningen fra EMDs side at tolkningsprosessen lar det bli igjen en restavveining som man først skal ta stilling til når man er konfrontert med sakens fakta. Her er det skjønnsmarginen, med de nevnte variasjoner, kommer inn i bildet.

Når det gjelder EMK artikkel 15, har EMD erklært at den tilstår statene en relativt sett vid skjønnsmargin.² Dette kan sees i sammenheng både med at bestemmelsens ordlyd anviser vanskelige skjønsmessige vurderinger, og med at bestemmelsen står der for at statene skal kunne beskytte sine vitale interesser. Dersom EMD ikke tilstår statene en vid skjønnsmargin når det gjelder overholdelsen av bestemmelsens generelt formede vilkår, vil dens funksjon som en sikkerhetsventil for de stater som har sluttet seg til EMK, kunne bli undergravd.

På den andre siden viser erfaringen at den enkeltes menneskerettigheter er spesielt utsatt i en offentlig nødstilstand. I sin iver etter å beskytte vitale samfunnsinteresser kan statlige myndigheter fort ty til virkemidler som innebærer overgrep mot enkeltmennesker. Ut fra et slikt perspektiv kan det hevdes at en streng rettslig overprøving er spesielt viktig i en EMK artikkel 15-situasjon. Den vide statlige skjønnsmarginen EMD har oppstilt, har derfor blitt kritisert.³ Kritikken må imidlertid ikke få overskygge at EMD har sagt klart ifra om at også i nødstilstander gjelder det rettslig håndhevbare skranker for statenes handlingsrom. Jeg vil vende nærmere tilbake til størrelsen av dette handlingsrommet i ulike relasjoner i forbindelse med drøftelsene av hovedvilkårene i EMK artikkel 15, jfr. punkt 3.3, kapittel 5 og kapittel 6.

Et spørsmål som reiser seg på dette punktet er i hvilken grad nasjonale domstoler bør legge til grunn en tilsvarende skjønnsmargin som EMD når de overprøver myndighetshandlinger fra andre statsorganers side, inkludert derogerende tiltak. Nå er det klart at både demokratihensyn og det faktum at domstolene ikke har til oppgave å diktere statenes sikkerhetspolitikk, tilsier en viss juridisk tilbakeholdenhet.

¹ Se Sørensen s. 146-147 med videre henvisninger til EMDs rettspraksis.

² Se for eksempel *Nord-Irland* para 207.

³ Se for eksempel Heide s. 67-68, van Dijk s. 1055-1059 og Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, Haag / Boston / London 1998 s. 313-319 (spesielt s. 318-319) med videre henvisninger til dissenser i EMDs rettspraksis om EMK artikkel 15.

Enkelte andre av de hensynene som begrunner en vid skjønnsmargin når saken står for EMD, slår imidlertid ikke inn på samme måte når saken står for nasjonale domstoler. En av begrunnelsene EMD selv gir for å tilstå statene en skjønnsmargin ved oppfyllelsen av konvensjonsforpliktelsene, er at det er nasjonale myndigheter som har de beste forutsetningene for å forstå situasjonen i det enkelte land. Når det gjelder EMK artikkel 15, formulerer EMD seg slik i *Nord-Irland*:

”By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of (...) an emergency and on the (...) derogations necessary to avert it. Artikkel 15 leaves those authorities a wide margin of appreciation”.¹

Nasjonale myndigheter inkluderer nasjonale domstoler. Det trenger derfor ikke være noen automatikk i at nasjonale domstoler tilstår de andre statsorganene en like vid skjønnsmargin som EMD tilstår den enkelte stat i en EMK artikkel 15-situasjon. En snevrere skjønnsmargin når saken står for nasjonale domstoler kan være en måte å ivareta et av EMKs hovedformål på, nemlig målet om ”universal and effective recognition and observance of the Rights”, jfr. EMKs preamble, som må leses i sammenheng med både EMK artikkel 1 og artikkel 13.

Denne avhandlingens fokus i fortsettelsen vil være de grensene for derogasjonsadgangen som EMD kan antas å legge til grunn. Drøftelsene i denne avhandlingen må imidlertid leses i lys av at det kan være velbegrunnet for en nasjonal domstol å operere med en snevrere skjønnsmargin i den konkrete rettsanvendelsesfasen enn det EMD gjør.²

3.3. ”Consistency”-vilkåret

Som nevnt i punkt 1.2 er det et vilkår for derogerende tiltak at de ikke skal bryte med den aktuelle statens øvrige folkerettslige forpliktelser. Slike forpliktelser ville det vært aktuelt å legge vekt på også på grunn av EMK artikkel 53, som lyder:

”Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under (...) any other agreement to which it [the state] is a Party”.

I og med EMK artikkel 15 eksplisitt viser til øvrige folkerettslige forpliktelser som en grense for hvilke derogerende tiltak som kan settes i verk, kan de hensyn EMK artikkel 53 synes å bygge på regnes som ivaretatt av EMK artikkel 15 selv.

Å fastsette hva en stats øvrige folkerettslige forpliktelser går ut på, kan synes å befinne seg i grenseland av EMDs kompetanse. EMD har uansett slått fast at også dette vilkåret vil det være aktuelt å undersøke om er oppfylt. I *Lawless* uttrykker EMD seg slik: ”the function of the Court (...) requires it to determine (...) whether this condition has been fulfilled in the present case”.³

Det er imidlertid grunn til å anta at EMD vil vise en viss tilbakeholdenhet ved anvendelsen av dette vilkåret, i og med at øvrige internasjonale forpliktelser ofte håndheves av andre

¹ *Nord-Irland* para 207.

² I denne forbindelse kan det nevnes at Aall, Domstolsadgang s. 97-98 forfekter det standpunkt at nasjonale domstoler ikke bør tilstå forvaltningen en like vid skjønnsmargin som EMD tilstår staten som helhet.

³ *Lawless As to the law* para 41.

organer.¹ I *Brannigan and McBride* uttaler da også EMD at "it is not its role to seek to define authoritatively the meaning of the terms "officially proclaimed" in Artikkel 4 of the Covenant [of Civil and Political Rights]". EMD undersøker uansett om "there is any plausible basis for the applicant's argument in this respect", noe som avvises.²

Også i *Marshall* avviser EMD å slå fast at den aktuelle statens øvrige folkerettslige forpliktelser var brutt. I denne saken kunne klageren til og med støtte seg på en uttalelse fra FNs menneskerettskomité om at de britiske derogerende tiltakene framstod overdrevne i forhold til derogasjonsadgangen i SP artikkel 4. EMD slår uansett fast at "it finds nothing in the applicant's reference to the observations of the (...) Human Rights Committee to suggest that the Government must be considered to be in breach of their obligations under the [ICCPR] by maintaining their derogation after 1995".³

Disse uttalelsene støtter opp under antagelsen om at EMD vil være tilbakeholdne i sin omgang med "consistency"-vilkåret. Sannsynligvis må det framstå rimelig klart at øvrige folkerettslige forpliktelser er brutt for at EMD skal slå dette fast, og på det grunnlag konkludere i statens disfavør.⁴

En annen sak er at dersom en bestemt myndighetshandling framstår problematisk ut fra øvrige folkerettslige regler, bør det kunne legges vekt på dette i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen. En slik tilnærming vil ikke innebære at EMD presser grensene for sin kompetanse, men vil istedenfor være i samsvar med den komparative tilnærmingen EMD av og til anvender, jfr. punkt 3.2.1.

Det vil i det følgende bli trukket opp noen eksplisitte grenser som kan antas å følge av "consistency"-vilkåret i EMK artikkel 15-1, også dersom EMD fortsetter å vise tilbakeholdenhet ved anvendelsen av dette vilkåret. Det vil i tillegg bli pekt på derogerende tiltak som vil kunne framstå problematiske ut fra øvrig folkerett, noe det da kan legges vekt på i forholdsmessighetsvurderingen. Den nærmere drøftelsen av forholdsmessighetsvilkåret vil bli foretatt i kapittel 6.

Det første spørsmålet er hvilke øvrige folkerettslige forpliktelser som typisk vil foreligge for Europarådets medlemsstater når det gjelder internrettslige terrorbekjempelsestiltak. I første rekke vil det dreie seg om de forpliktelser som følger av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). De fleste av Europarådets medlemsstater er tilsluttet denne menneskerettskonvensjonen.⁵ Det framstår derfor aktuelt å se nærmere på hvilke grenser SP setter for statlige myndighetshandlinger i nødtilstander.

I tillegg kommer forholdet til internasjonal humanitær rett, og da først og fremst Genevekonvensjonene av 1949 og 1977. Disse setter noen standarder for hvilke menneskerettslige minstekrav som gjelder også i enhver krigssituasjon, og framstår derfor relevante for vurderingen av hvilke myndighetshandlinger som er tillatt i nødtilstander generelt.

¹ For eksempel har FNs menneskerettskomité i oppdrag å tolke og anvende Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), jfr. SP artikkel 28 ff.

² *Brannigan and McBride* para 72.

³ *Marshall* The Law punkt B A 13. avsnitt og punkt B 14. avsnitt.

⁴ I denne retning også van Dijk s. 1068.

⁵ <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm> gir en oversikt over de stater som har ratifisert SP. http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/Member_states/default.asp gir en oversikt over de stater som er medlemmer i Europarådet.

Også *jus cogens*, det vil si folkerettslig sedvanerett som regnes for å være ufravikelig, kan det være aktuelt å legge vekt på ved fastleggelsen av hvilke derogerende tiltak en stat kan anvende.¹ Denne avhandlingen vil imidlertid ikke drøfte nærmere hvilke menneskerettslige normer som kan klassifiseres som *jus cogens*. Slike normer vil nok uansett være å finne blant dem som framheves i henholdsvis SP og Geneve-konvensjonene, og vil derfor omfattes av den omtalen som følger.²

I likhet med EMK inneholder SP en egen derogasjonsbestemmelse, se SP artikkel 4. Dette framstår som en parallellbestemmelse til EMK artikkel 15. Den gir staten rett til i en nødstilstand å treffe derogerende tiltak, såfremt disse er ”strictly required by the exigencies of the situation”, jfr. SP artikkel 4-1. Et spørsmål blir om SP artikkel 4 går lenger enn EMK artikkel 15 i å stille opp eksplisitte skranker for hvilke ekstraordinære tiltak staten kan iverksette.

En slik tilleggsskranke framgår av SP artikkel 4-1. Derogerende tiltak kan ikke innebære ”discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin”. Det å derogere fra EMK artikkel 14 (diskrimineringsforbudet i EMK) kan derfor være i strid med ”consistency”-vilkåret i EMK artikkel 15 dersom diskrimineringen skjer på basis av et av de nevnte kriteriene.³

En annen skranke framgår av SP artikkel 4-2, som i likhet med EMK artikkel 15-2 stiller opp en rekke ikke-derogable rettigheter. Også når det gjelder hvilke rettigheter som er gjort ikke-derogable, foreligger det i stor grad et samsvar mellom de to bestemmelsene. Enkelte av rettighetene i SP artikkel 4-2 er imidlertid ikke nevnt i EMK artikkel 15-2. ”Consistency”-vilkåret tilsier da at det likevel vil være konvensjonsstridig å derogere fra dem. Det dreier seg om forbudet mot gjeldsfengsel (SP artikkel 11, parallellbestemmelsen i EMK er 4. TP artikkel 1), retten til å bli anerkjent som et rettssubjekt (SP artikkel 16, som ikke har noen parallellbestemmelse i EMK) og trosfrihet (SP artikkel 18, parallellbestemmelsen i EMK er artikkel 9).

Disse skrankene kan sies å uttrykke folkerettslige regler av en slik klarhet at ”consistency”-vilkåret i EMK artikkel 15 bør kunne anvendes direkte dersom en stat iverksetter derogerende tiltak i strid med dem.

Når det gjelder derogerende tiltak som vil framstå problematiske ut fra hensynet til øvrig folkerett, må generelle uttalelser fra FNs menneskerettskomité om forholdsmessighetsvilkåret i SP artikkel 4-1 tas i betraktning. Slike uttalelser finner vi i komitéens General Comment No. 29.⁴ Disse kan ikke sies å autoritativt fastlegge den enkelte stats folkerettslige plikter på samme måte som for eksempel en dom fra EMD i en klagesak gjør.⁵ De bør derfor ikke sees på som absolutte skranker, men framstår som potensielt viktige innspill i

¹ For en generell omtale av *jus cogens*, se Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i Folkerett*, 3. utgave, Oslo 2007 s. 72, eller Antonio Cassese, *International Law*, 2. utgave, New York 2005 s. 198-212.

² Heide s. 144-145 streifer også innom den potensielle relevansen av *jus cogens*, men begir seg ikke nærmere inn på problematikken ut fra følgende begrunnelse: ”Men siden normer utledet av *jus cogens* er nokså upresise, vil klarhetskravet kunne begrense betydningen av slike normer.”

³ At elementer av EMK artikkel 14 i realiteten må ansees som ikke-derogable rettigheter forfektes også i van Dijk s. 1068.

⁴ General Comment no. 29. States of Emergency (Article 4). CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 31 August 2001. Heretter referert til som CCPR General Comment No. 29.

⁵ En omtale av den folkerettslige statusen til uttalelser fra FNs menneskerettskomité er gitt i Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002 s. 132-144.

forholdsmessighetsvurderingen. Det samme kan sies om de såkalte *Siracusa*-prinsippene, som er en uttalelse fra FNs økonomiske og sosiale råd om hvilke grenser som bør gjelde både for innskrenkninger i og derogasjoner fra FNs menneskerettskonvensjoner.¹

Det er her av spesiell interesse at menneskerettskomitéen hevder at retten til ”an effective remedy” ved påstand om konvensjonsbrudd (SP artikkel 2-3, parallellbestemmelsen i EMK er artikkel 13) og visse grunnleggende aspekter ved retten til ”a fair trial” i forbindelse med påtale og straff (SP artikkel 14, parallellbestemmelsen i EMK er artikkel 6) kan sees på som så grunnleggende rettigheter at det sannsynligvis aldri vil være forholdsmessig å derogere fra dem.² Også i *Siracusa*-prinsippene blir retten til ”a fair trial” i forbindelse med påtale og straff løftet fram som et grunnleggende prinsipp som det ikke vil være forholdsmessig å sette til side, heller ikke i nødstilstander.³

Når det gjelder retten til ”a fair trial” (eller ”a fair hearing”, jfr. EMK artikkel 6) i forbindelse med påtale og straff anviser i tillegg internasjonal humanitær rett visse minstekrav som de stridende parter i en internasjonal eller intern konflikt må følge.⁴ Dette peker da også FNs menneskerettskomité på som en del av grunngivelsen for sitt standpunkt.⁵ Det er grunn til å anta at uttalelsene fra FNs menneskerettskomité og FNs økonomiske og sosiale råd, sammen med det som følger av internasjonal humanitær rett, ville lagt betydelige føringer for EMDs forholdsmessighetsvurdering dersom en stat hadde derogert fra de rettssikkerhetsgarantiene som EMK artikkel 6 fastsetter i forbindelse med påtale og straff.

General Comment no. 29 og *Siracusa*-prinsippene skisserer også noen skranker for hvor langt det vil være forsvarlig å gå når det gjelder derogerende frihetsberøvelse.⁶ Disse uttalelsene vil jeg vende tilbake til i kapittel 6.

Oppsummert kan det sies at ”consistency”-vilkåret i EMK artikkel 15-1 synes å sette noen ikke helt ubetydelige grenser for hvilke typer derogerende tiltak en stat kan anvende. Dette danner overgangen til kapittel 4, som vil drøfte nærmere når statene egentlig har et praktisk behov for derogasjonsadgangen i EMK artikkel 15, og hvilke typer derogerende tiltak som framstår mest aktuelle i møte med den internasjonale terrortrusselen.

¹ *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*. U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985). Heretter referert til som *Siracusa*-prinsippene.

² CCPR General Comment No. 29 punkt 16.

³ *Siracusa*-prinsippene para 70 litra e og g.

⁴ Se artikkel 3-1 litra d i Geneve-konvensjonene om krigens folkerett I-III.

⁵ CCPR General Comment No. 29 punkt 16.

⁶ CCPR General Comment No. 29 punkt 16 og *Siracusa*-prinsippene para 70.

4. Behovet for derogasjon

4.1. Innledning

Også under normale omstendigheter gir EMK statene en relativt vid adgang til å gjøre innskrenkninger i konvensjonsrettighetene av hensyn til samfunnets sikkerhet – se for eksempel EMK artikkel 5-1 litra a-f, 2. ledd i artikkel 8-11 og 1. TP artikkel 1(1), 2. punkt. Dette gjør det aktuelt å drøfte hvilket praktisk behov statene egentlig kan tenkes å ha for derogasjonsadgangen i EMK artikkel 15 i møte med den internasjonale terrortrusselen. Hvorfor kan de ikke nøye seg med den ordinære innskrenkningsadgangen de øvrige bestemmelsene anviser?

4.2. EMKs ordlyd og system

Det naturlige startpunkt for en drøftelse om når derogasjon i følge EMK artikkel 15 kan være påkrevd, er ordlyden i de bestemmelsene som det i følge EMK artikkel 15 kan derogeres fra. Dette dreier seg om bestemmelser både i EMK selv og i dens tilleggsprotokoller.

Når det gjelder EMKs hoveddel, er derogasjon avskåret når det gjelder artikkel 2 (retten til liv)¹, artikkel 3 (vernet mot tortur og mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling), artikkel 4-1 (forbudet mot slaveri og trelldom) og artikkel 7 (forbudet mot tilbakevirkende straffelovgivning), jfr. artikkel 15-2. Når det gjelder tilleggsprotokollene, er det nyttig å merke seg at de to protokollene om dødsstraff (6. TP og 13. TP) er gjort ikke-derogable, jfr. 6. TP artikkel 3 og 13. TP artikkel 2. I tillegg er 7. TP artikkel 4 (forbudet mot dobbeltstraff) gjort ikke-derogabel, jfr. dens 3. ledd.

De rettighetene som det formelt sett kan derogeres fra i EMKs hoveddel, og som kan ansees som de mest aktuelle i forbindelse med den internasjonale terrortrusselen, er etter dette forbudet mot tvangsarbeid i artikkel 4-2, retten til frihet i artikkel 5, retten til en rettferdig rettergang i artikkel 6, retten til privatliv i artikkel 8, tros- ytrings- og organisasjonsfriheten (artikkel 9-11), retten til en effektiv prøvingsrett ved konvensjonskrenkelser i artikkel 13, og diskrimineringsforbudet i artikkel 14.²

I tillegg kommer rettigheter i 1. TP, 4. TP og 7. TP. Av disse rettighetene framstår 1. TP artikkel 1 (om eiendomsretten), 4. TP artikkel 2 (om bevegelsesfrihet), 4. TP artikkel 3 (forbudet mot utvisning av egne statsborgere), 4. TP artikkel 4 (forbudet mot kollektiv utvisning av utlendinger) og 7. TP artikkel 1 (prosessulle rettigheter for den som utsettes for et utvisningsvedtak) som de rettighetene det framstår mest aktuelt å derogere fra på grunn av terrortrusselen.³

¹ Her gjør imidlertid EMK artikkel 15-2 selv et unntak for dødsfall som følge av lovlige krigshandlinger. I tillegg kommer de unntak som følger av EMK artikkel 2-2.

² Når jeg utelater EMK artikkel 12 om retten til å gifte seg fra denne oppregningen, er det fordi denne bestemmelsen ikke gir en automatisk rett til oppholdstillatelse for begge ektefellene i det landet hvor den ene er statsborger, jfr. van Dijk s. 858 med videre henvisninger til konvensjonsorganenes praksis. Selve det å nekte personer å gifte seg kan vanskelig tenkes å være en adekvat måte å håndtere en nødstilstand på.

³ Noen vil kanskje reagere på at jeg utelater 1. TP artikkel 3 om retten til frie valg – tilsidesettelse av demokratiske spilleregler finner jo sted relativt ofte i forbindelse med påberopelse av nødstilstand, noe *Hellas-*

Det er på dette punktet relevant å merke seg at Storbritannia, som er den eneste staten som har tydd til derogasjon i forbindelse med den internasjonale terrortrusselen (jfr. punkt 2.3), ikke har ratifisert hverken 4. TP eller 7. TP – de vil derfor foreløpig ikke ha behov for derogasjonsadgangen i relasjon til akkurat disse bestemmelsene.¹ At innskrenkninger i de nevnte rettighetene vil kunne reise spørsmål i tilknytning til rettigheter i EMKs hoveddel (for eksempel vil et utvisningsvedtak kunne reise spørsmål i tilknytning til EMK artikkel 8), er en annen sak.

Når det gjelder forbudet mot tvangsarbeid i artikkel EMK artikkel 4-2, slår bestemmelsen selv fast at i en nødstilstand har staten rett til å pålegge innbyggerne tvungen samfunnstjeneste. Slik tjeneste skal ikke sees på som konvensjonsstridig tvangsarbeid, jfr. artikkel 4-3 litra c. Det framstår derfor lite praktisk for staten i tillegg å derogere fra EMK artikkel 4-2.

Når det gjelder rettighetene i EMK artikkel 8-11, kan det gjøres innskrenkninger i medhold av 2. ledd i hver av disse bestemmelsene. Det dreier seg om en fleksibel innskrenkningsadgang. Vilkårene for at en innskrenkning skal være konvensjonsmessig er at den er i samsvar med på forhånd fastsatte nasjonale rettsregler, at den forfølger et formål nevnt i den aktuelle bestemmelsen, og at den er forholdsmessig, jfr. ordlyden ”necessary in a democratic society”. Alle disse bestemmelsene nevner ”public safety” – samfunnssikkerhet – blant de formålene som berettiger innskrenkninger.

En sammenligning med EMK artikkel 15 viser en stor grad av parallelitet mellom vilkårene for at derogerende tiltak skal være konvensjonsmessige og for at innskrenkninger i medhold av 2. ledd i EMK artikkel 8-11 skal være det. Tiltak for å håndtere en nødstilstand vil også være tiltak for å ivareta samfunnets sikkerhet, altså vil formålsvilkåret i 2. ledd i artikkel 8-11 være oppfylt. Dersom disse tiltakene først kan betegnes som ”strictly required” i lys av den aktuelle nødstilstanden, jfr. artikkel 15-1, er det vanskelig å se at de ikke kan betegnes ”necessary in a democratic society”, jfr. 2. ledd i artikkel 8-11. Ut fra sin ordlyd framstår ikke forholdsmessighetskravet i artikkel 15-1 mindre strengt enn det i artikkel 8-11.

Siden vilkårene for derogasjon i følge EMK artikkel 15 og innskrenkninger i EMK artikkel 8-11 i hovedsak er parallelle, kan det antas at det praktiske behovet for å derogere fra artikkel 8-11 vil være begrenset. Det ligger riktignok en nyanse i at EMK artikkel 15 ikke oppstiller som vilkår for de derogerende tiltakene at de skal være hjemlet i på forhånd fastsatte nasjonale rettsregler. Dette kan kanskje tenkes å ha en viss betydning dersom myndighetene i en nødstilstand må handle raskt, og en lovhjemmel for bestemte innskrenkninger i den enkeltes privatliv, trosfrihet, ytringsfrihet eller organisasjonsfrihet ikke foreligger fra før. Den typiske

saken fra 1968 (jfr. punkt 3.2.2.2) er et eksempel på. Slik den internasjonale terrortrusselen har artet seg i relasjon til statene i Europarådet, jfr. punkt 2.2, er det imidlertid vanskelig å se at en midlertidig tilsidesettelse av selve demokratiet som styreform kan være en adekvat måte å håndtere trusselen på. I tillegg kommer at EMK preamble framhever at demokratiet som styreform er en grunnleggende forutsetning for at menneskerettighetene skal kunne realiseres, noe som måtte veid tungt i forholdsmessighetsvurderingen i følge EMK artikkel 15-1. I denne retning også van Dijk s. 935. Det typetilfellet denne avhandlingen fokuserer på er at demokratisk styrte rettsstater tyr til derogasjon for å møte den internasjonale terrortrusselen. I lys av dette anser jeg det hensiktsmessig å avgrense mot en drøftelse av hvorvidt 1. TP artikkel 3 kan derogeres fra i bestemte situasjoner. Til sist må det understrekes at 1. TP artikkel 3 uansett gir statene en relativt vid adgang til å regulere når og hvordan de frie valgene skal finne sted, jfr. van Dijk s. 911-935 med videre henvisninger.

¹ Se <http://conventions.coe.int>.

situasjonen er imidlertid at derogerende tiltak i følge EMK artikkel 15 skjer med hjemmel i nasjonal kriselovgivning av et eller annet slag.¹

De samme betraktningene som ovenfor kan gjøres gjeldende for 1. TP artikkel 1 om eiendomsretten, jfr. dens 2. ledd, 4. TP artikkel 2 om bevegelsesfrihet, jfr. dens 3. ledd, samt 7. TP artikkel 1 om prosessen i forbindelse med utvisningsvedtak, jfr. dens 2. ledd. I alle disse bestemmelsene anvises det en fleksibel innskrenkningsadgang. Heller ikke i relasjon til disse bestemmelsene synes det derfor å være et stort praktisk behov for derogasjon.

Når det gjelder EMK artikkel 5, 6, 13 og 14, samt 4. TP artikkel 3 og 4, anviser ikke disse bestemmelsene en lignende fleksibel adgang til å gjøre innskrenkninger. For eksempelempe oppstiller EMK artikkel 5 både en uttømmende liste alternative frihetsberøvelsesgrunner (som er mer presist angitt enn formålsbestemmelsene i for eksempel EMK artikkel 8-11), jfr. artikkel 5-1 litra a-f, og noen eksplisitt angitte prosessuelle garantier for den som utsettes for frihetsberøvelse, jfr. artikkel 5-2 til 5-4. Det kan derfor antas at derogasjonsadgangen vil ha størst praktisk betydning i relasjon til disse bestemmelsene.

4.3. "Consistency"-vilkårets betydning

I punkt 3.3 ble enkelte av bestemmelsene i EMK, nærmere bestemt artikkel 9 og 4. TP artikkel 1, ansett som uaktuelle for de fleste stater i Europarådet å derogere fra på grunn av "consistency"-vilkåret og forholdet til SP artikkel 4.-2 I lys av dette vil ikke et eventuelt praktisk behov for å derogere fra disse bestemmelsene bli drøftet nærmere her. Også EMK artikkel 14 ble i stor grad ansett som uaktuell å derogere fra på grunn av forholdet til SP. Imidlertid stenger ikke ordlyden i SP for diskriminerende, derogerende tiltak dersom de skjer på basis av andre kriterier enn kun "race, colour, sex, language, religion or social origin", jfr. SP artikkel 4-1. Diskriminering på basis av for eksempel nasjonalitet kan derfor tenkes å være aktuelt.

I punkt 3.3 ble også betydelige deler av EMK artikkel 6, samt artikkel 13, ansett som problematiske å derogere fra, både ut fra uttalelser fra forskjellige FN-tilknyttede organer og ut fra forholdet til internasjonal humanitær rett. Forholdet til øvrig folkerett kan derfor antas å svekke den praktiske betydningen av EMK artikkel 15 i relasjon til disse bestemmelsene.

Når det gjelder EMK artikkel 6 om retten til "a fair hearing", er det uansett viktig å merke seg at den ikke bare oppstiller rettigheter for den som utsettes for påtale og straff, men også for alle som opplever inngrep i sine sivilrettslige retter og plikter. I relasjon til det sistnevnte aspektet ved denne bestemmelsen synes ikke øvrig folkerett å stille de samme krav som i relasjon til det førstnevnte. Det kan derfor ikke utelukkes at EMK artikkel 15 i gitte situasjoner kan få en viss praktisk betydning i relasjon til sivilrettslige inngrep.

4.4. Forhistorie og erfaringer i praksis

¹ Dette har vært tilfelle i samtlige av EMDs avgjørelser om EMK artikkel 15, jfr. *Lawless* As to the law para 20, *Nord-Irland* para 80-91, *Brannigan and McBride* para 10-11, *Aksoy* para 29, *Sakik* para 18-24, *Demir* para 22, *Marshall* The Facts punkt B.

Det er nå viktig å undersøke om betraktningene i punkt 4.2 og 4.3 står seg i lys av erfaringene i praksis når det gjelder anvendelsen av EMK artikkel 15. I tillegg kan det på dette punktet være nyttig å merke seg forhistorien til at artikkel 15 ble i det hele tatt med i EMK.

Faktum er at det i forbindelse med EMKs tilblivelse ble diskutert om det i lys av Konvensjonens øvrige bestemmelser var nødvendig med en egen derogasjonsbestemmelse. Etter initiativ fra Storbritannia ble den nåværende EMK artikkel 15 imidlertid tatt med.¹ Denne forhistorien kan sies å illustrere et av hovedpoengene i punkt 4.2, nemlig dette med at den ordinære innskrenkningsadgangen flere av EMKs bestemmelser anviser, i stor grad gjør en formell derogasjonsadgang unødvendig. Samtidig er det klart at når artikkel 15 uansett ble tatt med, må det presumeres at bestemmelsen var tiltenkt en potensiell praktisk betydning.

Dette bringer oss over til hva konvensjonsorganenes praksis har å si oss om forholdet mellom EMK artikkel 15 og den ordinære innskrenkningsadgangen i de øvrige bestemmelsene. På dette punktet er det for det første nyttig å merke seg *Klass*-dommen. Denne dommen bekrefter at 2. ledd i EMK artikkel 8-11 rommer en betydelig innskrenkningsadgang ut fra hensynet til nasjonal sikkerhet, ikke minst når trusselen kommer fra en gruppering som bruker terrorisme som virkemiddel. I *Klass* dreide det seg om bestemte overvåkningsmetoder som utgjorde innskrenkninger i den enkeltes rett til privatliv etter EMK artikkel 8-1, og derfor måtte begrunnes med EMK artikkel 8-2.²

I sin konkrete vurdering av hvor langt staten var berettiget å gå, legger EMD vekt på ”the development of terrorism in Europe in recent years”, og hvilken trussel slik aktivitet utgjør mot forskjellige staters nasjonale sikkerhet.³ En konkret forholdsmessighetsvurdering står sentralt i EMDs vurdering av om de aktuelle overvåkningstiltakene var ”necessary in a democratic society”.⁴ Det er vanskelig å se at den skulle artet seg særlig annerledes dersom Tyskland hadde erklært derogasjon fra EMK artikkel 8 og EMD derfor skulle vurdert om tiltakene var ”strictly required by the exigencies of the situation”. *Klass* bygger dermed opp under antagelsen om at det ikke vil foreligge et særlig praktisk behov for derogasjon fra bestemmelsene i EMK artikkel 8-11, samt enkelte av bestemmelsene i 1. TP, 4. TP og 7. TP.

At generelt utformede rettigheter underlagt en fleksibel innskrenkningsadgang i praksis vil kunne gjøre en formell derogasjonshjemmel overflødig, kan på dette punktet illustreres ved å sammenligne EMK med USAs grunnlov. USAs grunnlov inneholder ingen generell derogasjonshjemmel for det tilfelle at en statlig nødtilstand skulle oppstå.⁵ Til gjengjeld inneholder ikke USAs grunnlov en såpass detaljert regulering av for eksempel retten til frihet som EMK artikkel 5 gjør. Retten til frihet er formulert slik: ”No person shall (...) be deprived of (...) liberty (...) without due process of law”.⁶

¹ Se Gordon L. Weil, *The European Convention on Human Rights, background, development and prospects*, A.W. Sythoff – Leiden 1963 s. 71 med videre henvisninger til de aktuelle møtereferatene.

² Se *Klass* para 41.

³ Se *Klass* para 48.

⁴ Dette kommer spesielt tydelig fram i *Klass* para 59, som oppsummerer den forutgående vurderingen, og hvor EMD erklærer at ”some compromise between the requirements for defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the Convention”.

⁵ Riktignok har Kongressen mulighet til å suspendere ”the privilege of the Writ of Habeas Corpus”, jfr. The Constitution of The United States (US Const.) artikkel 1, section 9(2). Dette er imidlertid ikke en generell derogasjonsadgang, siden det kun er tale om et bestemt ekstraordinært tiltak.

⁶ US Const. Amendment V.

At denne rettigheten er såpass generelt utformet, er av USAs høyesterett benyttet til å relativisere kravet om "due process of law" ut fra de konkrete omstendighetene. Videst er myndighetenes innskrenkningsadgang dersom samfunnets sikkerhet er truet. En slik relativisering av kravet til "due process of law" er gjennomført i for eksempel *Hamdi*-dommen fra 2004.¹ USAs høyesteretts praksis illustrerer med det at fleksible inngrepshjemler kan fungere som et alternativ til en formell derogasjonsadgang. I USAs grunnlov foreligger en slik fleksibel inngrepshjemmel når det gjelder for eksempel retten til frihet, for EMKs vedkommende kan det samme sies om for eksempel artikkel 8-11.

I en drøftelse av det praktiske behovet for EMK artikkel 15, må selvsagt de situasjonene hvor derogasjon faktisk har blitt erklært, tas i betraktning. Det vil i fortsettelsen bli fokusert på de derogerende tiltakene som EMD har hatt til vurdering, fordi det i første rekke er EMDs rettspraksis som autoritativt kan sies å fastlegge at bestemte tiltak kun vil være konvensjonsmessige dersom staten først har derogert. I tillegg vil det bli sett på de erfaringer som kan sies å følge av terrorbekjempelsestiltak iverksatt i Storbritannia fra 2001 av, siden disse har aktualisert spørsmålet om derogasjon i møte med den internasjonale terrortrusselen.²

De EMD-sakene om EMK artikkel 15 som ble presentert i punkt 3.2.2.2 dreide seg alle om derogasjon fra EMK artikkel 5. I enkelte tilfeller hadde staten påberopt derogasjon også fra andre bestemmelser, men også i disse sakene konsentrerte EMD seg om EMK artikkel 5 som den bestemmelsen derogasjonen hadde relevans i forhold til.³ Det kan nevnes at i alle disse sakene var derogasjonen begrunnet med at staten så seg nødt til å bekjempe nasjonale terrororganisasjoner ved hjelp av en utvidet adgang til utenomjudisiell frihetsberøvelse.⁴

I *Lawless* besto de derogerende tiltakene i at en minister kunne beordre internering av personer som ble antatt å være engasjert i aktiviteter som truet statens sikkerhet. Klageren i den aktuelle saken hadde blitt utsatt for slik utenomjudisiell, preventiv frihetsberøvelse i drøye fem måneder.⁵ Dette var en type frihetsberøvelse som EMD anså for å være i strid med EMK artikkel 5, i og med at den ikke lot seg hjemle i 1. ledd litra a-f.⁶

EMD slår i denne forbindelse fast at all frihetsberøvelse i følge EMK artikkel 5-1 litra c må skje med det formål å stille den frihetsberøvede for "the competent legal authority", altså for retten. Dette gjelder også om frihetsberøvelsen skjer for å forhindre noen i å begå en forbrytelse, slik som i *Lawless*. Av dette følger at EMK artikkel 5-3 om bestemte frihetsberøvedes rett til snarlig ("promptly") å få frihetsberøvelsens lovlighet prøvd av en domstol og til innen rimelig tid å få hele sin sak prøvd for retten, får anvendelse på alle som er frihetsberøvet med hjemmel i artikkel 5-1 litra c. Dette er fulgt opp av EMD i senere

¹ Se *Hamdi* Opinion kapittel III, litra C, 3. avsnitt.

² En oversikt over hvilke derogasjonserklæringer statene i Europarådet på forskjellige tidspunkter har avgitt, finnes på <http://conventions.coe.int>. Denne oversikten viser at det ved flere anledninger har blitt derogert også fra rettigheter som selv anviser en fleksibel innskrenkningsadgang, se for eksempel Tyrkias derogasjonserklæring 6. august 1990 (som fra 5. mai 1992 avgrenses til å gjelde artikkel 5.) I seg selv fastslår imidlertid ikke slike erklæringer at det forelå et reelt praktisk behov for derogasjon fra slike bestemmelser – erklæringene kan nok bære et preg av at staten derogerer fra disse bestemmelsene "for sikkerhets skyld".

³ Se *Nord-Irland* para 235 og *Aksoy* para 31 og para 65-67.

⁴ Se *Lawless* As to the facts para 8-18, "Ireland v. UK" para 78-91, *Brannigan and McBride* para 30-32, *Aksoy* para 31-33 (se spesielt para 33, hvor det refereres at Tyrkia begrenser en tidligere derogasjonserklæring til kun å gjelde EMK artikkel 5), *Sakik* para 25-28, *Demir* para 24-26, *Marshall* The Facts punkt B.

⁵ Se *Lawless* As to the facts para 11-13 og para 20-28.

⁶ Se *Lawless* As to the law para 14-15.

rettspraksis. I *Jecius*-dommen slår EMD fast at når frihetsberøvelsen begrunnes med artikkel 5-1 litra c, må siktemålet være å sikte og straffe vedkommende for et straffbart forhold.¹

Dette innebærer at EMK artikkel 5 stenger for rent preventiv frihetsberøvelse av personer mistenkt for eller antatt å være engasjert i terrorvirksomhet.² Dette vil gjelde uavhengig av om frihetsberøvelsen besluttet administrativt eller av en domstol, som vi etter hvert skal se.

Nord-Irland dreide seg om bruken av utenomjudisiell frihetsberøvelse i Nord-Irland fra 1971 til 1975. Det dreide seg både om pågrepelse i den hensikt å gjennomføre forhør, forvaring i den hensikt å kunne fortsette påbegynte forhør, og forvaring over lengre tid for å hindre bestemte personer i å engasjere seg i konflikten, altså rent preventiv frihetsberøvelse.³ I hovedsak gav kriselovgivningen kun hjemmel for frihetsberøvelse av personer som var mistenkt for selv å være engasjert i ulovlig aktivitet. En periode fantes det i tillegg en hjemmel for kortvarig utenomjudisiell frihetsberøvelse av personer som kun ble antatt å sitte på verdifull informasjon om andre, altså arrestasjon kun for å forhøre.⁴

Også i denne saken dreide det seg altså om frihetsberøvelse som ikke kunne hjemles i EMK artikkel 5-1 litra a-f, siden siktemålet med den preventive forvaringen ikke var å stille de frihetsberøvede for retten, jfr. EMK artikkel 5-3 litra c. Det kan i tillegg bemerkes at arrestasjon kun for å forhøre ikke kunne hjemles i EMK artikkel 5-1 litra b, i og med at avgjørelsen ble fattet av politiet selv. Det dreide seg altså ikke om “non-compliance with the lawful order of a court” eller “the fulfilment of any obligation prescribed by law”.⁵

I tillegg sviktet de forskjellige frihetsberøvelseshjemlene i møte med de eksplisitt formulerte rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 5-2 til 5-4. For eksempel rådet det i en betydelig periode en praksis for at arresterte personer ikke ble gitt en grunngivelse som tilfredsstilte kravene i EMK artikkel 5-2. En automatisk rettslig overprøving av den enkelte frihetsberøvelsens lovlighet i samsvar med ”promptly”-kravet i EMK artikkel 5-3 ble heller ikke praktisert. Heller ikke kravene i EMK artikkel 5-4, som gir alle frihetsberøvede rett til en rettslig overprøving av frihetsberøvelsens lovlighet, var innfridd. Riktignok ble det etter hvert ble opprettet uavhengige klageorganer kompetente til å beordre frigivelse, og de frihetsberøvede kunne også reise habeas corpus-søksmål ved de ordinære domstolene. Prosessen og overprøvingsintensiteten tilfredsstilte imidlertid ikke de kravene som følger av EMK artikkel 5-4.⁶

Nord-Irland illustrerer med dette at i en nødstilstand kan en stat fort sette iverk tiltak som enten ikke lar seg hjemle i EMK artikkel 5-1 litra a-f eller ikke tilfredsstillt kravene i EMK artikkel 5-2 til 5-4 – eller begge deler. Dermed kan det oppstå et praktisk behov for derogasjon.

Sakene *Brogan og Brannigan and McBride* gir oss et eksempel på at en myndighetshandling først finnes konvensjonsstridig av EMD, for i en senere dom å bli funnet konvensjonsmessig i

¹ Se EMDs dom 31. juli 2000 *Jecius v. Lithuania* para 50.

² I følge Aall, Rettsstat s. 284 må det muligens tas en reservasjon med hensyn til ”preventiv arrest for å hindre et konkret og alvorlig straffbart forhold”. En slik reservasjon vil imidlertid ikke omfatte de tilfeller hvor frihetsberøvelsen er av en viss varighet, og heller ikke de tilfeller hvor det i relasjon til den aktuelle personen kun foreligger en generell fare for at vedkommende kan komme til å delta i terrorvirksomhet.

³ Se *Nord-Irland* para 78-91 for en oversikt over den aktuelle kriselovgivningen i denne perioden.

⁴ Se *Nord-Irland* para 81.

⁵ Se *Nord-Irland* para 194-196.

⁶ Se *Nord-Irland* para 198-200.

følge EMK artikkel 15. Forholdet mellom disse dommene gir derfor en nyttig illustrasjon av når et praktisk behov for derogasjon kan oppstå. Det dreide seg i disse dommene om en fullmakt til justisministeren til å beordre frihetsberøvelse av personer mistenkt for å være involvert i terrorvirksomhet. På ministerens ordre kunne en person holdes i forvaring i opp til 7 dager før vedkommende hadde rett til å få sin sak prøvd av en domstol i henhold til ordinære straffeprosessuelle bestemmelser.¹

Dette ble i *Brogan* ansett for å stride mot retten til å bli stilt for en dommer ”promptly”, jfr. EMK artikkel 5-3², hvoretter Storbritannia erklærte derogasjon.³ I denne saken hadde klagerne vært holdt i forvaring mellom 4 dager og 6 t og 6 dager og 16 ½ t.⁴ I *Brannigan and McBride* ble så den samme fullmakten kjent konvensjonsmessig i følge EMK artikkel 15.⁵ Klagerne i denne saken hadde vært holdt i forvaring i henholdsvis 4 dager, 6 timer, 25 minutter og 6 dager, 14 timer, 30 min.⁶ Disse dommene sett i sammenheng bekrefter dermed at et tiltak kan krenke en av rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 5-2 til 5-4, men bli ansett forholdsmessig i følge EMK artikkel 15, såfremt det først kan sies å foreligge en nødstilstand.

Både i “Aksoy”, *Demir* og *Marshall* dreide det seg om samme type derogerende tiltak som i *Brannigan and McBride*, nemlig en tilsidesettelse av ”promptly”-kravet i EMK artikkel 5-3.⁷ Også i alle disse sakene var tiltaket begrunnet med de spesielle vanskelighetene knyttet til å bekjempe nasjonal terrorisme, jfr. punkt 3.2.2.2. Disse sakene styrker dermed oppfatningen av at utenomjudisiell frihetsberøvelse er et tiltak stater typisk kan tenkes å ty til når samfunnets sikkerhet er truet. Samtidig demonstrerer *Aksoy* og *Demir* at heller ikke i forhold til EMK artikkel 15 vil enhver utenomjudisiell frihetsberøvelsesperiode passere. I begge disse dommene hadde den administrativt bestemte fengslingen vart for lenge, jfr. punkt 6.5-6.6.

Også i forbindelse med [2004] UKHL 56 var det EMK artikkel 5 Storbritannia hadde erklært derogasjon fra. Her dreide det seg om tidsubestemt internering av utlendinger mistenkt for å være tilknyttet internasjonal terrorisme. Lovhjemmelen åpnet for internering også der den ikke kunne sies å være et ledd i en utvisnings sak mot vekommende, for eksempel fordi utvisning ville stride mot EMK artikkel 3. Dermed kunne den ikke forankres fullt og helt i EMK artikkel 5-1 litra f, som taler om frihetsberøvelse ”with a view to deportation or extradition”. Interneringen skjedde heller ikke med det siktemål å reise straffesak mot de internerte.⁸ Derfor framstod derogasjon nødvendig.

Det er her verdt å merke seg at de internertes adgang til å få selve mistanke-kriteriet overprøvd ved en spesialdomstol, ikke i seg selv kunne gjøre frihetsberøvelsen konvensjonsmessig. Det dreide seg nemlig uansett om en type frihetsberøvelse uten forankring i EMK artikkel 5-1 litra a-f.⁹

¹ Se *Brannigan and McBride* para 16.

² Se *Brogan* para 62.

³ Se *Brannigan and McBride* para 30-32.

⁴ Se *Brogan* para 11-20.

⁵ Se *Brannigan and McBride* para 66.

⁶ Se *Brannigan and McBride* para 10-11.

⁷ Se *Aksoy* para 66, *Demir* para 39-41 og *Marshall* The Facts punkt A.

⁸ Se [2004] UKHL 56 para 3 og para 11, samt EMDs dom 15. november 1996 *Chahal v. The United Kingdom* para 79-80. Den tolkningen av EMK artikkel 5-1 litra f som ble foretatt der, var med og dannet bakgrunnen for at den britiske Regjeringen så det nødvendig å derogere for å kunne iverksette tiltakene i “The 2001 Act”. En nærmere omtale av *Chahal*-dommen er gitt i [2004] UKHL 56 para 9.

⁹ Se [2004] UKHL 56 para 15.

Som nevnt i punkt 2.3 ble det derogerende frihetsberøvelsesregimet også ansett å stride mot EMK artikkel 14, som Storbritannia ikke hadde derogert fra. Det dreide seg om diskriminering på basis av nasjonalitet, det vil si et av de kriteriene som ikke er nevnt i SP artikkel 4-1. Man kan dermed ikke se bort fra muligheten av at diskriminering på basis av nasjonalitet kan være et aktuelt derogerende tiltak i møte med den internasjonale terrortrusselen.

På dette punktet er det imidlertid viktig å merke seg at EMD har tolket EMK artikkel 14 slik at bestemmelsen ikke stenger for enhver forskjellsbehandling ved sikringen av konvensjonsrettighetene. Det avgjørende er om forskjellsbehandlingen mellom for eksempel statsborgere og utlendinger framstår saklig og rimelig i lys av omstendighetene. Isåfall vil den ikke bli å karakterisere som diskriminerende.¹ Den forskjellsbehandlingen som House of Lords vurderte i [2004] UKHL 56 ble ikke ansett å ha et tilstrekkelig saklig grunnlag. Dette utgjorde i følge House of Lords ikke bare et brudd på EMK artikkel 14, men var også med og dannet bakgrunnen for at forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15 var brutt, jfr. punkt 6.4-6.5.²

I lys av hvordan EMD har tolket EMK artikkel 14 er det derfor vanskelig å se for seg at et tiltak som framstår diskriminerende, også i lys av tungtveiende samfunnssikkerhetshensyn, kan bli å betrakte som en forholdsmessig reaksjon på en nødstilstand i følge EMK artikkel 15. Heller ikke i forhold til EMK artikkel 14 kan derfor statene antas å ha et egentlig praktisk behov for derogasjon.³

Når det gjelder såkalte ”derogating control orders”, som den gjeldende britiske anti-terrorlovgivningen gir hjemmel for, vil disse gå ut på frihetsberøvelse ut fra en antagelse om at vedkommende er involvert i terroraktiviteter.⁴ Også her dreier det seg dermed om en hjemmel for rent preventiv frihetsberøvelse i situasjoner hvor det ikke foreligger grunnlag for å reise ordinær straffesak, noe som vil gjøre derogasjon fra EMK artikkel 5 nødvendig.

De nylig avsatte dommene fra House of Lords om systemet med ”control orders”, jfr. punkt 2.3., gir ytterligere innspill til en drøftelse om det potensielle behovet for EMK artikkel 15. I [2007] UKHL 45 legger nemlig de britiske dommerne, med forankring i EMDs rettspraksis, til grunn at også andre restriksjoner på den enkeltes livsutfoldelse enn klassisk innesperring i en offentlig anstalt kan være av så tyngende karakter at vi har med frihetsberøvelse i følge EMK artikkel 5 å gjøre.⁵ I den aktuelle saken ble en ”control order” som innebar både husarrest 18 timer i døgnet og betydelige restriksjoner på livsutfoldelsen de øvrige 6 timene

¹ Se EMDs dom 23. juli 1968 *Belgian Linguistic Case*. Se også Aall, *Rettsstat* s. 61-63 og Warbrick s. 313-314.

² Se [2004] UKHL 56 para 45-70 (konklusjonen på diskrimineringsspørsmålet framgår av para 68 og 70), samt para 32-33.

³ At EMK artikkel 14 i realiteten gir statene en såpass fleksibel adgang til å behandle personer ulikt at det ikke vil oppstå et berettiget behov for å derogere, er forfektet av blant annet Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford 1992 s. 181 og Warbrick s. 314. For øvrig kan det nevnes at spørsmålet om derogasjon fra EMK artikkel 14 i relasjon til bestemte aspekter ved fredsavtalen mellom de stridende parter i Bosnia-Herzegovina i 1995, er inngående drøftet i Gro Nystuen, *Achieving peace or protecting human rights?*, Leiden / Boston 2005 s. 183-217. Hun kommer til at de aktuelle diskriminerende klausulene i fredsavtalen ikke kunne benevnes nødrettslige, siden det ikke dreide seg om midlertidige tiltak, jfr. s. 217.

⁴ Se ”The 2005 Act” section 1(10) og section 4(7).

⁵ Se [2007] UKHL 45 para 12-19, som drøfter begrepet ”deprived of (...) liberty” i EMK artikkel 5-1 i lys av EMDs rettspraksis.

regnet som frihetsberøvelse.¹ Siden det dreide seg om en type frihetsberøvelse som ikke kunne hjemles i EMK artikkel 5-1 litra a-f kunne den kun være konvensjonsmessig på basis av derogasjon.²

Samtidig illustrerer [2007] UKHL 47 at House of Lords gir styresmaktene et visst spillerom med hensyn til hvilke "control orders" som skal regnes som frihetsberøvelse, og hvilke som kun skal regnes som inngrep den enkeltes rettigheter i følge EMK artikkel 8-11. I denne saken ble det godtatt at de underordnede domstolene ikke hadde regnet husarrest 12 timer i døgnet som frihetsberøvelse.³ Dette gir styresmaktene en mulighet til å videreføre systemet med "control orders" uten å derogere. Grenseoppgangen mot frihetsberøvelse blir dermed avgjørende for om denne typen tiltak kun kan være konvensjonsmessige på basis av derogasjon.

Videre er det viktig å merke seg at i [2007] UKHL 46 åpner House of Lords for at prosessen i forbindelse med ileggelsen av enkelte "control orders" kan ha vært en krenkelse av den sivilrettslige delen av EMK artikkel 6.⁴ Grunnen til dette er at de kontrollerte i liten grad hadde hatt en reell mulighet til å imøtegå mistankene som restriksjonene ble ilagt på grunnlag av, fordi det hemmelig etterretningsmateriale som dannet grunnlaget for mistankene ble holdt tilbake fra dem.⁵ Førstvoterende tar til orde for at det aktuelle regelverket kan tenkes å være så vidtgående at det i seg selv krenker EMK artikkel 6, og derfor kun kan være konvensjonsmessig på basis av derogasjon.⁶ Flertallets syn er imidlertid at lovreglene kan praktiseres på en måte som ivaretar den enkeltes rett til "a fair hearing" i følge EMK artikkel 6, og sender saken tilbake til de lavere domstoler for en fornyet vurdering på dette grunnlag.⁷

House of Lords sin tilnærming går altså ut på at det å legge betydelige restriksjoner på den enkeltes livsutfoldelse gir den som rammes rett til en rettslig overprøving av en viss kvalitet. Dersom retten til kontradiksjon i denne forbindelse ikke i tilstrekkelig grad ivaretas, kan ikke vedkommende sies å ha fått en "fair hearing" i følge EMK artikkel 6. I så fall må ileggelsen av restriksjonene basere seg på derogasjon. Sammen trekker derfor disse dommene i retning av at både EMK artikkel 5 og den sivilrettslige delen av EMK artikkel 6 er bestemmelser det kan tenkes å oppstå et praktisk behov for å derogere fra på grunn av den internasjonale terrortrusselen.

4.5. Avsluttende vurdering

På basis av betraktningene i punkt 4.2-4.4 kan EMK artikkel 5 og artikkel 6, muligens sammen med 4. TP artikkel 3 og 4, antas å være de bestemmelsene det i praksis vil være mest aktuelt å derogere fra for å håndtere trusselen fra internasjonal terrorisme.⁸ Av disse

¹ Se [2007] UKHL 45 para 20 for en beskrivelse av de restriksjonene det i denne saken var spørsmål om. Para 24 gir konklusjonen, nemlig at appellrettens dom, som fastslår krenkelse av EMK artikkel 5, blir stående.

² Se [2007] UKHL 45 para 5.

³ Se [2007] UKHL 47 para 6-11.

⁴ Det er her verdt å merke seg at klagerne hadde påstått at ileggelsen av de aktuelle "control orders" måtte regnes som "criminal charge" i følge EMK artikkel 6. Dette avvises av retten i [2007] UKHL 46 para 13-24, men para 24 understreker at den rettslige beskyttelsen i følge den sivilrettslige delen av EMK artikkel 6 må stå i forhold til inngrepsstyrken til de aktuelle sivilrettslige pliktene, som i dette tilfellet regnes for å være betydelig.

⁵ Se [2007] UKHL 46 para 38-40 og para 42-43.

⁶ Se [2007] UKHL 46 para 44.

⁷ Se [2007] UKHL 46 para 72-76.

⁸ I denne retning også Harris, O'Boyle og Warbrick s. 496.

bestemmelsene er det EMK artikkel 5 som har spilt praktisk betydning i de derogasjonssakene henholdsvis EMD og House of Lords har hatt til vurdering. Det kan derfor antas at et behov for derogasjonsadgangen i møte med den internasjonale terrortrusselen i første rekke vil relatere seg til denne bestemmelsen. Dette får betydning for drøftelsen av forholdsmessighetsvilkåret i kapittel 6; denne drøftelsen vil i betydelig grad fokusere på hva som skal til for at derogerende frihetsberøvelse skal være forholdsmessig.

Det at EMK artikkel 15 kan antas å ha størst praktisk betydning i relasjon til EMK artikkel 5 utelukker ikke i seg selv at bestemmelsen kan spille en betydelig praktisk rolle i forbindelse med terrortrusselen. Forskjellige typer frihetsberøvelse er nemlig typiske virkemidler i denne forbindelse. Det vil da kunne utvide statens manøvreringsrom betydelig å få forskjellige typer frihetsberøvelse bedømt etter det fleksible forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15 istedenfor de mer eksplisitte vilkårene i EMK artikkel 5, noe erfaringene i praksis viser.

Det er uansett på sin plass å presisere at en stor del av drøftelsene videre i avhandlingen vil være generelle drøftelser av vilkårene i EMK artikkel 15. Så lenge disse drøftelsene ikke eksplisitt knyttes konkret til derogerende frihetsberøvelse, vil de selvsagt være relevante dersom det skulle oppstå en situasjon hvor en stat derogerer fra andre bestemmelser enn EMK artikkel 5 – for eksempel dersom Storbritannia i framtiden skulle se seg nødt til å derogere fra EMK artikkel 6 for fullt og helt å kunne praktisere systemet med ”control orders”.

5. Nødstilstandsvilkåret

5.1. Innledning

For at en stat i følge EMK skal kunne gjøre unntak fra Konvensjonens ordinære bestemmelser, må det foreligge omstendigheter som på en spesiell måte utgjør en trussel mot freden og fordrageligheten i det aktuelle samfunnet. I følge EMK artikkel 15 må det dreie seg om "war or other public emergency threatening the life of the nation". Det klassiske eksempelet på at en nasjons liv er truet er når krig med fremmede makter truer selve statens politiske selvstendighet. Da tyske soldater i april 1940 marsjerte nedover Karl Johan, forelå definitivt en trussel mot den norske nasjons liv. En slik situasjon må kunne sies å befinne seg i den statlige nødretts kjerneområde.

Siden EMK ble satt i kraft, har det ikke forekommet at noen av konvensjonsstatene har blitt utsatt for den typen militære angrep som mange av dem ble utsatt for under 2. verdenskrig. Derogasjonsadgangen i EMK artikkel 15 har likevel blitt brukt ved flere anledninger, senest av Storbritannia i forbindelse med "The 2001 Act". At trusselen fra internasjonal terrorisme har blitt påberopt som en omstendighet som berettiger derogasjon, gjør det aktuelt med en nærmere drøftelse av hva som kan sies å ligge i nødstilstandsvilkåret.

I fortsettelsen vil det først bli gitt en generell tolkning av nødstilstandsvilkåret. Deretter vil det bli drøftet nærmere om trusselen fra internasjonal terrorisme kan sies å innfri dette vilkåret. Siden formålet med drøftelsen er å fastlegge nødstilstandsvilkårets innhold på bakgrunn av den internasjonale terrortrusselen, vil det i det følgende bli fokusert på når trusler mot den statlige autoritet fra samfunnsfiendtlige krefter kan sies å forårsake en nødstilstand. Dette utgjør en avgrensning mot spørsmålet om helt andre trusletyper kan berettige derogasjon, slik som omfattende naturkatastrofer. Den videre drøftelsen må leses i lys av dette.

5.2. Generelt om nødstilstandsvilkåret

5.2.1. Generell tolkning og drøftelsens struktur

Når det gjelder den generelle tolkningen av nødstilstandsvilkåret, synes ordlyden i EMK artikkel 15 å oppstille et krav kun om hvilke egenskaper en gitt situasjon må ha for at den skal berettige derogasjon. Derogasjonsadgangen avgrenses ikke til kun å gjelde bestemte begivenheter.¹ Dette følger av uttrykket "public emergency", som favner vidt. I tillegg nevnes en bestemt begivenhet eksplisitt, nemlig krig.

Samtidig synes ordlyden å stille et strengt krav til hvilke egenskaper situasjonen må ha. Formuleringen om at nasjonens liv må være truet gjør det nærliggende å anta at staten må være truet med regulær utslettelse for at nødstilstand skal foreligge. Det må imidlertid undersøkes om EMDs rettspraksis gir grunnlag for å oppstille et så strengt krav.

¹ Se nærmere om å skille mellom en nødstilstands egenskaper og begivenheter hos Heide s. 84-87.

EMD tolket nødtilstandsvilkåret første gang i *Lawless*. Her slår Domstolen fast at det må foreligge ”an exceptional situation of crisis or emergency”. Videre stilles det to krav til denne krisens egenskaper. For det første må krisen angå hele befolkningen. For det andre må den utgjøre en trussel mot det organiserte samfunnslivet i den aktuelle staten.¹

Denne tolkningen følges opp av Kommissjonen i *Hellas-saken*. Her stiller Kommissjonen opp fire kjennetegn på en nødtilstand. For det første må krisen være ”actual or imminent”. Begrepet ”imminent” henter Kommissjonen fra den autoritative franske versjonen av *Lawless*. Krisen må altså enten allerede foreligge, eller være umiddelbart forestående. For det andre må krisen angå hele nasjonen. For det tredje må det foreligge en fare for at det organiserte samfunnslivet ikke kan fortsette. For det fjerde må krisen være eksepsjonell. I dette ligger det at de ordinære tiltakene som i følge EMK er tillatt for å ivareta samfunnets sikkerhet, må framstå klart utilstrekkelige.²

Denne tolkningen framstår som en oppfølging og viss utdyping av EMDs tolkning i *Lawless*. Det ligger en nyanse i at Kommissjonen sier at krisen må angå hele nasjonen, mens det i *Lawless* vises til hele befolkningen. Den nærmere definisjonen av hva som ligger i at krisen må være eksepsjonell, har heller ikke direkte holdepunkter i hva EMD selv sa i *Lawless*. I senere domsavsigelser har EMD vist tilbake til *Lawless* når det gjelder tolkningen av nødtilstandsvilkåret.³

Når det gjelder Kommissjonens utdyping av ”exceptional”-vilkåret, peker denne i realiteten ut et spørsmål som uansett må stilles i forbindelse med vurderingen av om de derogerende tiltakene framstår ”strictly required”, noe EMDs rettsanvendelse i flere saker demonstrerer.⁴ Utdypingen av ”exceptional”-vilkåret framstår derfor mest relevant som et krav til de faktiske tiltakene, og kommer da inn først i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen. Dette gir en mer hensiktsmessig struktur enn å skulle foreta den samme vurderingen to ganger.⁵

Det kan også problematiseres hvor stor selvstendig betydning hvert av de fire kjennetegnene kan sies å ha. Det er vanskelig å se hvordan en trussel mot det organiserte samfunnslivet skal kunne være uten betydning for deler av befolkningen (eller for deler av nasjonen). Når det gjelder en situasjons eksepsjonalitet, avhenger denne av hva den sammenlignes med. Dersom den sammenlignes med en situasjon hvor fortsettelsen av det organiserte samfunnslivet ikke er truet – og det framstår som et naturlig objekt for sammenligningen på dette punkt – vil en situasjon hvor en slik trussel foreligger, automatisk måtte karakteriseres som eksepsjonell. I sin konkrete rettsanvendelse synes da heller ikke EMD å skille mellom disse fire kjennetegnene på en nødtilstand.⁶

Kriteriet om at krisen skal angå hele befolkningen eller nasjonen, kan riktignok brukes for å avgrense mot kriser som er geografisk avgrenset til en del av en stats territorium.⁷ Separatistbevegelsers virksomhet vil typisk kunne utgjøre en trussel mot det organiserte samfunnslivet på en slik avgrenset del av territoriet. I praksis har EMD løst dette ved å

¹ Se *Lawless* As to the law para 28: ”an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organized life of the community of which the State is composed”.

² *Hellas-saken* para 113.

³ Se *Brannigan and McBride* para 47, og *Aksoy* para 70.

⁴ Se for eksempel *Lawless* As to the law para 36 og *Nord-Irland* para 212.

⁵ Slik angriper også Heide saken. Se Heide s. 101.

⁶ Se *Lawless* As to the law para 28-30, som er den avgjørelsen fra EMD hvor det i størst grad drøftes om nødtilstandsvilkåret er innfridd.

⁷ Se Heide s. 97-99 for en nærmere drøftelse av denne problemstillingen.

anerkjenne at en nødstilstand i slike tilfeller foreligger i de berørte områdene. Til gjengjeld har EMD da stilt som krav til de derogerende tiltakene at de anvendes kun i disse områdene.¹ Denne problemstillingen settes uansett ikke på spissen av den internasjonale terrortrusselen, som i forhold til Europarådets stater ikke har artet seg på en slik geografisk avgrensbar måte, jfr. punkt 2.2.

På basis av disse betraktningene vil det i fortsettelsen bli fokusert på om den internasjonale terrortrusselen kan sies å true det organiserte samfunnslivet i statene i Europarådet, samt på spørsmålet om når denne trusselen kan sies å foreligge eller være umiddelbart forestående. Disse to kjennetegnene vil heretter bli ansett som de to undervilkårene for at en nødstilstand skal foreligge.

Hvor strenge krav som skal stilles til en situasjons egenskaper i forbindelse med nødstilstandsvurderingen, vil etter dette avhenge av hvordan de to nevnte undervilkårene skal forstås. Jeg vil derfor vende tilbake til en nærmere tolkning av disse undervilkårene i punkt 5.3 og punkt 5.4. Først vil det bli sagt noe generelt om hvilken skjønnsmargin statene kan sies å ha når det gjelder den konkrete vurderingen av om en nødstilstand foreligger i en bestemt situasjon.

5.2.2. Skjønnsmarginen

EMD har erklært at statene vil bli tilstått en vid skjønnsmargin ved avgjørelsen av om en nødstilstand foreligger. Imidlertid sier EMD at denne vide skjønnsmarginen er ”accompanied by a European supervision”, samt at statene ”do not enjoy an unlimited discretion”.² Samtidig knyttes disse uttalelsene om ”a European supervision” til spørsmålet om statene har gått lenger enn strengt påkrevd, altså om de har forbrutt seg mot forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15-1. EMD har nemlig formulert seg slik:

”Nevertheless, Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the ”extent strictly required by the exigencies” of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision.”³

Disse formuleringene kan gi et inntrykk av at den overnasjonale judisielle kontrollen kun knytter seg til forholdsmessighetsvilkåret, mens det er helt og fullt opp til statene selv å bestemme om en nødstilstand faktisk foreligger. Det at EMD i *Lawless* underkastet vilkåret ”threatening the life of the nation” en selvstendig tolkning og subsumsjon⁴, tyder imidlertid på at EMD anser seg kompetent til å avgjøre om også nødstilstandsvilkåret er innfridd.

Man kommer likevel ikke utenom at EMD så langt har vist liten vilje til å drøfte inngående om en nødstilstand har foreligget eller ikke. I hver av sakene om EMK artikkel 15 som så langt har vært avgjort av EMD, har den derogerende stat fått medhold i at en nødstilstand har foreligget. I samtlige av sakene etter *Lawless* har EMD kort slått fast at en slik tilstand klart har foreligget, uten å drøfte de enkelte kjennetegnene på en nødstilstand nærmere.⁵ Kun i

¹ Se *Sakik* para 34-39.

² Se *Aksoy* para 68, samt i *Brannigan and McBride* para 43 for lignende uttalelser.

³ Se *Brannigan and McBride* para 43, 2. avsnittitt, 1.-3. setning, og *Aksoy* para 68, 2. avsnittitt, 1.-3. setning.

⁴ Se *Lawless* As to the law para 23-30.

⁵ Se *Nord-Irland* para 205, *Brannigan and McBride* para 47, *Aksoy* para 70, *Marshall* The Law punkt B, 6. avsnitt.

Lawless fra 1961 foretar EMD en noe mer inngående vurdering av om vilkåret er innfridd, men kommer til at så er tilfelle. Heller ikke i denne dommen gir EMD uttrykk for særlig tvil angående dette spørsmålet.¹

Sammen etterlater disse dommene et inntrykk av at EMD nødvendig vil overprøve den enkelte stats vurdering av om det foreligger en nødstilstand. Den nærmere vurdering av om staten har opptrådt konvensjonsmessig tas heller i forbindelse med forholdsmessighetsvilkåret. Det kan derfor legges til grunn at EMD tilstår den enkelte stat en relativt sett svært vid skjønnsmargin når det gjelder den konkrete vurderingen av om en nødstilstand foreligger.

5.3. Hvorvidt det organiserte samfunnslivet er truet

5.3.1. Formulering av vurderingskriteriet

Jeg vil nå gå over til å drøfte om den internasjonale terrortrusselen kan sies å true fortsettelsen av det organiserte samfunnslivet i statene i Europarådet. I den forbindelse vil det først bli sett nærmere på hvilket innhold det ut fra det gjeldende rettskildebildet framstår riktigst å legge i dette undervilkåret. Siktemålet er å finne fram til et hensiktsmessig vurderingskriterium til bruk i den konkrete vurderingen av om den internasjonale terrortrusselen kan sies å innfri dette undervilkåret.

Et naturlig startpunkt for denne drøftelsen er å spørre hvilke typer trusler mot den statlige autoritet som omfattes av undervilkåret. Med trusseltype siktes det til hvilke konkrete konsekvenser den aktuelle trusselen kan tenkes å ha dersom staten ikke får hindret den i å utfolde seg videre, det vil si håndtere eller bekjempe den. Dette vil typisk henge tett sammen med målsetningen til de personer eller grupperinger som utfordrer den statlige autoritet på statens eget territorium, samt disses kapasitet og vilje når det gjelder å forfølge sine målsetninger med ulovlige virkemidler.

Når det gjelder trusler mot den statlige autoritet har man på den ene enden av skalaen de absolutte, eksistensielle kriser – som når krig med fremmede makter truer statens politiske selvstendighet. Nært beslektet med disse er situasjoner hvor en stats territoriale integritet er truet, for eksempel av en separatistbevegelse som vil løsrive en del av territoriet. Det samme gjelder situasjoner hvor de eksisterende statlige institusjonene risikerer å miste all sin autoritet, for eksempel ved at en revolusjonær bevegelse lykkes i å etablere en ny styreform, eller styrte samfunnet ut i anarki. Dette kan beskrives som trusler mot gjeldende styreform. Disse tre situasjonene kan klassifiseres som eksistensielle kriser.

Som et utgangspunkt kan disse situasjonene sies å være de som i størst grad berettiger å fravike ordinære rettssikkerhetsgarantier. Det er i disse situasjonene samfunnssikkerhetshensynet i størst grad kan kreve forrang i forhold til konkurrerende hensyn. På den andre enden av skalaen har man vanlig kriminalitet, som må bekjempes innenfor de rammene menneskerettighetene setter under normale forhold.

¹ Se *Lawless As to the law* para 28-30.

Når det gjelder Al-Qaeda og andre internasjonale terrorgrupper, rår ikke disse over noe militært apparat kapabelt til å invadere og okkupere noen europeisk stat. Terroraksjoner har heller ikke funnet sted med en slik regularitet at noen stat i Europarådet har vært truet av anarkilignende tilstander, og ikke vært rettet mot geografisk avgrensbare områder som de internasjonale terrorgruppene har søkt å løsrive fra bestemte staters territorium. Dette framgår av beskrivelsen av faktiske hendelser i punkt 2.2.

Da Storbritannia erklærte derogasjon i 2001, forsøkte da heller ikke den britiske Regjeringen å begrunne derogasjonen med at den britiske stats politiske selvstendighet, territorielle integritet eller styreform var truet. Derogasjonserklæringen gir inntrykk av at Regjeringen ser på faren for tap av mange menneskeliv som et tilstrekkelig grunnlag for å erklære nødtilstand. Henvisningen til det store tap av menneskeliv 11. september 2001 framstår nemlig som et hovedpunkt i begrunnelsen.¹

Både den faktiske beskrivelsen av terrortrusselen og den britiske Regjeringens egen begrunnelse for at det i desember 2001 forelå en nødtilstand, gjør det derfor viktig å undersøke om situasjoner mellom de to nevnte ytterpunktene, nemlig eksistensielle kriser og ordinær kriminalitet, kan gjøre at en stats organiserte samfunnsliv er truet. Det er derfor nødvendig å kaste et nærmere blikk på de truslene som i følge EMDs rettspraksis har gjort at en nødtilstand har foreligget.

De fleste av EMDs dommer om EMK artikkel 15 har hatt enten Storbritannia eller Tyrkia som part. I alle disse sakene har bakgrunnen for nødtilstanden vært at en separatistbevegelse har utgjort en trussel mot statens territorielle integritet og mot samfunnslivet i bestemte områder av staten, jfr. punkt 3.2.2.2. I alle disse sakene dreide det seg om vedvarende og målbevisst voldsutøvelse fra organisasjoner som hadde som erklært målsetning å løsrive bestemte områder fra den aktuelle staten.²

Saksforholdet i disse dommene gir dermed ikke i seg selv grunnlag for å si at også andre trusseltyper enn de som kan klassifiseres som eksistensielle, må kunne betegnes som en nødtilstand.³ Samtidig stiller ikke EMD i disse dommene opp som en eksplisitt forutsetning for nødtilstand at en eksistensiell krise skal foreligge. Det framstår derfor betydningsfullt at EMD i *Lawless* godtok at en nødtilstand forelå selv om trusselen ikke kan sies å ha vært av samme slag som i de senere sakene mot Storbritannia og Tyrkia. I *Lawless* utgjorde ikke IRAs voldelige aksjoner en direkte trussel mot Irlands egen territorielle integritet. Istedenfor stod den irske stat ovenfor en alvorlig utfordring når det gjaldt å hindre IRA i å bruke den irske stats territorium som base for sin voldelige kampanje i Nord-Irland.

¹ Se "Derogation Order 2001" s. 2.

² Se *Nord-Irland* para 11-77, *Brannigan and McBride* para 12-15, *Aksoy* para 8-9, *Demir* para 24 og *Marshall* The Facts punkt C for en omtale av sikkerhetssituasjonen i henholdsvis Nord-Irland og Sørøst-Tyrkia i forbindelse med hver av disse sakene. En omtale av henholdsvis IRA og PKK og disse organisasjonenes målsetninger er gitt her:

"Irish Republican Army." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 1 Oct. 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9042782>>.

"Turkey." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 1 Oct. 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-44445>>.

³ En motsetningsvis slutning på dette punkt, sammen med en bevissthet om skillet mellom eksistensielle og andre typer kriser, synes å spille en viss rolle for Lord Hoffman i hans særmerknad i [2004] UKHL 56, jfr. dens para 93: "I think that it was reasonable to say that terrorism in Northern Ireland threatened the life of that part of the nation and the territorial integrity of the United Kingdom as a whole. In a community riven by sectarian passions, such a campaign of violence threatened the fabric of organised society. The question is whether the threat of terrorism from Muslim extremists similarly threatens the life of the British nation."

I denne dommen så EMD de aktuelle voldelige aksjonene i lys av at IRA kunne betegnes som en hemmelig hær som brukte den irske republikks territorium som base. Selve eksistensen av en væpnet organisasjon som utfordret de irske myndighetenes monopol på maktbruk på sitt territorium, synes her å ha spilt en betydelig rolle i EMDs vurdering. I tillegg ble det trukket fram som et viktig moment at denne organisasjonens aktiviteter satte den irske stats forhold til Storbritannia under press. I følge EMD hadde disse faktorene skapt en situasjon som truet det organiserte samfunnslivet i Irland.¹ Dette lar seg vanskelig forene med en forståelse av dette vilkåret hvor kun eksistensielle kriser omfattes. IRAs aktiviteter i 1956-57, slik den er beskrevet i domspremissene i *Lawless*, kan vanskelig sies å ha utgjort en slik trusseltype.

EMDs resonneringer i tilknytning til nødtilstandsvilkåret i *Lawless* har på denne bakgrunn blitt kritisert. Svensson-McCarthy legger i sin kritikk vekt på EMDs manglende vilje til å drøfte inngående hvorvidt de aktuelle urolighetene virkelig kunne sies å true det organiserte samfunnslivet i *Irland* (som jo var den staten som hadde erklært derogasjon).² Hun kritiserer også at Domstolen ikke forklarer mer nøyaktig hva den egentlig legger i dette kriteriet:

”However, the Court was conspicuously reluctant to explain how the population and the community should be effected in practice by the exceptional and imminent crises situation.”³

I tillegg kommer at EMK skal tolkes dynamisk, jfr. punkt 3.2.1, noe som i gitte situasjoner kan svekke vekten av eldre prejudikater. EMD har imidlertid ikke tatt et oppgjør med rettsanvendelsen i *Lawless*, men har flere ganger vist tilbake til den når nødtilstandsvilkåret drøftes.⁴ Rettsdogmatisk sett framstår det derfor riktigst å holde fast på en forståelse av nødtilstandsvilkåret samsvarer med rettsanvendelsen i *Lawless*.⁵

På dette punktet kan det nok være hensiktsmessig å trekke en forbindelseslinje til den svært vide statlige skjønnsmarginen. EMDs tilnærming synes nemlig å være å ikke gi ytterligere presiseringer av hva som menes med at det organiserte samfunnslivet skal være truet, og istedenfor legge stor vekt på statens eget syn på om den anså sitt eget samfunnsliv for å være det.⁶ Derfor kan vi sies å befinne oss i et vanskelig grenseområde mellom tolkning og subsamsjon ved den nærmere presiseringen av hva som ligger i dette undervilkåret. Når videre i drøftelsen forsøker å formulere et mer presist vurderingskriterium for om det organiserte samfunnslivet kan sies å være truet, skjer det derfor i lys av EMDs konkrete rettsanvendelse i dens dommer om EMK artikkel 15, inkludert den svært vide statlige skjønnsmarginen statene tilstås.

På bakgrunn av rettsanvendelsen i *Lawless* kan det antas at politisk motivert og organisert voldsutøvelse i seg selv kan skape en nødtilstand. Voldsutøvelse av den typen som er beskrevet i *Lawless* kan nemlig sies å utfordre den statlige autoritet på statens eget territorium

¹ Se *Lawless As to the law* para 24 og para 28-30.

² Se Svensson-McCarthy s. 291-300, og spesielt s. 293-294: ”(...) considering that the effect of the terrorist activities rather constituted a danger for the people of Northern Ireland, which forms part of the United Kingdom, it is difficult to see how the crisis could be considered to have constituted ”a threat to the organised life of the community” so as to jeopardise the life of the nation of the Irish Republic.”

³ Svensson-McCarthy s. 292.

⁴ Se *Brannigan and McBride* para 46 og *Aksoy* para 70.

⁵ Også House of Lords legger en slik tilnærming til grunn, jfr. [2004] UKHL 56 para 28: ”[‘Lawless’] was a relatively early decision of the European Court, but it has never to my knowledge been disavowed (...) The decision may perhaps be explained as showing the breadth of the margin of appreciation accorded by the Court to national authorities.”

⁶ Se *Lawless As to the law* para 28-30 og *Marshall The Law*, punkt B, 6. avsnitt.

uten å nå opp til betegnelsen eksistensiell krise. Utfordringen av den statlige autoritet har et mer midlertidig preg. Det foreligger en trussel mot hvordan det organiserte samfunnslivet leveres der og da, men det kan ikke sies at det organiserte samfunnslivet slik innbyggerne kjenner det risikerer å bli permanent avsluttet eller fundamentalt gjort om på. Slike situasjoner kan klassifiseres som midlertidige trusler mot en stats effektive suverenitet, og plasseres i en kategori mellom eksistensielle kriser og ordinær kriminalitet.¹

Det må i slike situasjoner bero på de konkrete omstendighetene om en nødtilstand kan sies å foreligge. I *Lawless* vurderer nemlig EMD hvordan trusselen konkret artet seg.² Et aktuelt moment å legge vekt på i denne forbindelse er i hvilken grad trusselen retter seg direkte mot statlige organers funksjonsdyktighet³, eller ihvertfall arter seg på en måte som gjør det vanskelig for disse å håndtere trusselen ved hjelp av ordinære virkemidler.⁴

Her er det viktig å merke seg at EMD i sine domsgrunner ikke sonderer eksplisitt mellom situasjoner hvor det er offentlige organer som er angrepet direkte, og situasjoner hvor voldsutøvelsen rammer mer tilfeldig, men likevel har en bakenforliggende politisk motivasjon. Det kan virke som om EMD ser tapstallene under ett når de vurderer om en nødtilstand kan sies å ha foreligget.⁵ Dersom voldsutøvelsen rettet seg direkte mot de offentlige organers funksjonsdyktighet, må uansett dette være et moment som styrker statens påstand om at en nødtilstand forelå.

Et annet sentralt vurderingsmoment er hvilket skadeomfang den aktuelle trusselen bringer med seg. At dette perspektivet bør stå sentralt, følger av hvordan EMD har gått fram i sine konkrete vurderinger. EMD har i sine saker om EMK artikkel 15 referert viktige nøkkeltall når det gjelder de tapstall og skader den organiserte voldsutøvelsen har forårsaket, og vist tilbake til disse fakta i subsumsjonen av om nødtilstandsvilkåret er innfridd.⁶

I denne forbindelse er det viktig med et nærmere blick på det skadeomfanget som er beskrevet i henholdsvis *Lawless* og *Marshall*. Dette er de EMK art 15-sakene hvor skadeomfanget har framstått minst. Det kan derfor antas at disse avgjørelsene gir indikasjoner på hvor den nedre terskelen for å erklære nødtilstand, befinner seg.

I *Lawless* dreide det seg om en betydelig økning i voldelige aktiviteter fra IRAs side fra høsten 1956 fram til juli 1957. Flere anslag mot nord-irske politistyrker fra IRAs egne baser i Irland ble gjennomført, senest 3.-4. juli 1957. Flere politimenn ble drept. Det ble utført ran av eksplosiver fra forretninger i selve Irland ved to anledninger. Like mange ganger ble det ved hjelp av eksplosiver foretatt sabotasje på jernbanelinjen fra Dublin til Belfast. Disse ødeleggelsene regnet EMD som tilstrekkelig omfattende til å innfri nødtilstandsvilkåret.⁷ I

¹ En lignende klassifisering er foreslått i Ackerman s. 41-44.

² Se *Lawless As to the law* para 28-29.

³ Se Heide s. 100, som legger stor vekt på dette momentet i sin omtale av hva som ligger i vilkåret om at det organiserte samfunnslivet skal være truet.

⁴ Det kan i denne forbindelse bemerkes at EMD i *Lawless* legger vekt på at "the amassing of the necessary evidence to convict persons involved in activities of the IRA and its splinter groups was meeting with great difficulties caused by the military, secret and terrorist character of those groups and the fear they created among the population", jfr. *Lawless As to the law* para 36.

⁵ Se spesielt *Nord-Irland* para 12 og para 205, *Brannigan and McBride* para 12 og para 47, *Aksoy* para 8 og para 70, *Marshall The Facts* punkt C og *The Law* punkt B, 6. avsnittitt.

⁶ Se *Lawless As to the facts* para 14 og *As to the law* para 28-30, *Nord-Irland* para 55 mfl og para 205, *Brannigan and McBride* para 12 og para 47, *Aksoy* para 8 og para 70, *Marshall The Facts* punkt C og *The Law* punkt B, 6. avsnittitt. I *Demir* para 45 vises det til det skadeomfanget som er beskrevet i *Aksoy*.

⁷ Se *Lawless As to the facts* para 14 og *As to the law* para 30.

Marshall baserer EMD sin vurdering av om en nødstilstand fortsatt foreligger i Nord-Irland på tilgjengelig materiale om konfliktens intensitet og omfang i tidsrommet 1989-1999. I dette tidsrommet medførte konflikten 570 dødsfall, det vil si 51-52 drap pr år.¹ Begge disse avgjørelsene synes dermed å indikere at også et relativt sett begrenset skadeomfang kan gjøre at en nødstilstand foreligger.² Også dette kan sees i sammenheng med den svært vide skjønnsmarginen.

Et siste vurderingsmoment er om voldelige episoder har funnet sted over et visst tidsrom og med en viss regularitet. I de samtlige av EMDs saker om EMK art 15 hadde nødstillstanden manifestert seg ved at voldelige episoder fant sted relativt jevnlig over et visst tidsrom. I *Lawless* dreide det seg om en opptrapping av voldelig aktivitet over flere måneder, mens det i de andre dommene dreide seg om tidsrom på flere år med stadig tilbakevendende politisk motivert vold.³

Nå kan det nok ikke utelukkes at også plutselige og rystende enkeltepisoder etter omstendighetene vil kunne sies å true det organiserte samfunnslivet. Det framstår uansett som relevant for vurderingen om den aktuelle trusselen manifesterer seg over et visst tidsrom og med en viss frekvens. Dette perspektivet står i nær forbindelse med kravet om at den aktuelle trusselen skal være faktisk foreliggende eller umiddelbart forestående, som jeg vil vende tilbake til i punkt 5.4. Poenget her er at også når det gjelder vurderingen av om det organiserte samfunnslivet er truet, må det være relevant om trusselen har manifestert seg over et visst tidsrom.

EMDs rettspraksis kan etter dette ikke sies å gi hjemmel for strenge formelle krav til hvilke typer situasjoner som kan sies å utgjøre en trussel mot det organiserte samfunnslivet i en stat. Det som i hvert fall kan sluttes ut av EMDs rettspraksis, er at det ikke er nødvendig at dette samfunnslivet er truet med fullstendig utslettelse, det er tilstrekkelig om det foreligger en reell trussel mot hvordan dette livet leves, det vil si mot at det kan fortsette på vanlig måte.⁴

I lys av disse betraktninger vil følgende vurderingskriterium bli anvendt videre i denne drøftelsen: Dersom det foreligger politisk motivert voldsutøvelse, og denne forårsaker forstyrrelser av det organiserte samfunnslivet av alvorlig art, kan en midlertidig trussel mot statens effektive suverenitet sies å foreligge. Dette blir da den nedre grensen for når en nødstilstand kan sies å foreligge. Ved avgjørelsen av om tilstrekkelig alvorlige samfunnsforstyrrelser kan sies å foreligge, vil både trusseltype, skadeomfang og krisens varighet inngå som viktige vurderingsmomenter.

5.3.2. Anvendelse av vurderingskriteriet

Hvorvidt en nødstilstand kan sies å foreligge på bakgrunn av den internasjonale

¹ Se *Marshall* The Facts punkt C.

² Til sammenligning kan det nevnes at da konflikten i Nord-Irland var på sitt verste, ble 95 personer drept, og det ble rapportert om 200 bombeaksjoner og 2800 skuddvekslinger– i løpet av *en måned* (juli 1972). Jfr. *Nord-Irland* para 55.

³ Se *Lawless* As to the facts para 14, *Nord-Irland* para 20-77, *Brannigan and McBride* para 12, *Aksoy* para 8-9, *Marshall* The Facts punkt C. *Demir* para 45 viser til de faktiske beskrivelsene i *Aksoy*.

⁴ Se på dette punkt også Heide s. 93, hvor det først vises til konvensjonsorganenes praksis, og så oppsummeres: ”En nødstilstand trenger derfor ikke å innebære en fare for nasjonens død. Trusselen må rette seg mot *hvordan nasjonens liv leves*”.

terrortrusselen, vil etter dette avhenge av om den internasjonale terrortrusselen kan sies å utfordre bestemte staters autoritet på eget territorium på en måte som utgjør samfunnsforstyrrelser av alvorlig art. Dette må bestemmes ut fra en vurdering både av trusseltypen, skadeomfanget og krisens varighet.

I forbindelse med denne vurderingen er det på sin plass å minne om at Europarådets parlamentarikerforsamling har rådet Europarådets medlemsstater til ikke å anvende derogasjon fra EMK i forbindelse med kampen mot internasjonal terrorisme, jfr. punkt 2.3. I tillegg er det et faktum at de aller fleste medlemsstater i Europarådet ikke har sett seg nødt til å anvende derogasjon i forbindelse med trusselen fra internasjonal terrorisme, jfr. punkt 2.3. Hverken resolusjonen fra parlamentarikerforsamlingen eller de andre medlemsstatenes praksis er imidlertid formelt bindende for stater som finner det påkrevd å anvende derogasjon som virkemiddel.¹ Disse to faktorene er derfor først og fremst med på å aktualisere den problemstillingen som drøftes i dette kapitlet.

Når det så gjelder den konkrete helhetsvurderingen, framstår situasjonene i *Lawless* og *Marshall* som relevante sammenligningsobjekter, i og med at disse avgjørelsene kan antas å indikere hvor den nedre grensen ligger. Når det gjelder skadeomfang, synes det som om en typisk internasjonal terroraksjon ikke står tilbake for de ødeleggelser terroreren i *Lawless* og *Marshall* medførte, jfr. tapstallene referert i henholdsvis punkt 2.3 og punkt 5.3.1. Et enkelt internasjonalt terrorangrep kan på et øyeblikk innebære større tapstall enn flere år av den typen konflikt som er beskrevet i henholdsvis *Lawless* og *Marshall*.

Når det gjelder *Marshall*-saken må den riktignok sees i lys av at den var den siste av tre saker som tok for seg hvordan konflikten i Nord-Irland utviklet seg fra rett før 1970 til like etter år 2000. Terroraksjoner og annen voldsutøvelse fant sted med en viss regularitet i denne perioden. I *Lawless* dreide det seg om en oppblussing av voldelig aktivitet som over flere måneder utgjorde samfunnsforstyrrelser av en viss alvorlighetsgrad i Irland. Den internasjonale terrortrusselen har siden høsten 2001 ikke artet seg på en måte som har gjort at noen av statene i Europarådet jevnlig har vært utsatt for terroraksjoner. Det framstår mer presist å si at den internasjonale terrortrusselens kjennetegn er frykten for plutselige og voldsomme enkeltepisodes. På dette punktet foreligger det dermed en viss faktumulighet mellom den internasjonale terrortrusselen og *Lawless* og *Marshall*.

Et annet kjennetegn for de internasjonale terroraksjonene både i Europarådets stater og i USA 11. september 2001 er at målene i hovedsak har vært sivil infrastruktur, og at den direkte målsetningen tilsynelatende har vært å drepe og såre flest mulig tilfeldig tilstedeværende. Det kan derfor spørres om den manglende målrettingen mot hvordan selve de offentlige organene virker, gjør at det likevel ikke dreier seg om tilstrekkelig alvorlige samfunnsforstyrrelser.²

I denne forbindelse er det viktig å understreke at staten i høy grad forfølger en legitim

¹ Se "Statute of the Council of Europe" Chapter V. Se også Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005 s. 51-52 om betydningen av statspraksis i folkeretten.

² Det kan i denne sammenheng nevnes at Heide s. 100 forfekter det standpunkt at "den vold som utøves må bli utøvet for å true det organiserte liv i betydningen av offentlige institusjoner". Om dette innebærer at volden må utøves direkte mot de offentlige institusjonene, synes imidlertid noe uklart. Heide uttaler også: "Drap og lemlestelser av et større omfang kan imidlertid være en trussel mot det organiserte liv, selv om ikke formålet kommer direkte frem."

målsetning når den søker å beskytte sine innbyggere mot å bli vilkårlig drept i terroraksjoner.¹ Det er i tillegg viktig å merke seg at selv om det umiddelbare målet for en terroraksjon er å drepe tilfeldig tilstedeværende, kan den bakenforliggende motivasjonen for det å utøve internasjonal terrorisme sies å være av politisk art, jfr. punkt 2.1. Selv om aksjonene ikke rettes direkte mot offentlige organer, er altså målsetningen å påvirke disse på en eller annen måte. Den manglende målrettingen mot offentlige organers funksjonsdyktighet kan derfor ikke sies å stenge for at vi har med tilstrekkelig alvorlige samfunnsforstyrrelser å gjøre. Det blir uansett et moment som trekker i disfavør av en påstand om nødtilstand.

I [2004] UKHL 56 lander flertallet av de britiske dommerne på at det ikke foreligger grunnlag for å sette Regjeringens vurdering av at en nødtilstand foreligger til side. Lord Hoffman dissenterer på dette punkt, og tar i den forbindelse et oppgjør med det han anser som en farlig og feilaktig forståelse av nødtilstandsvilkåret.² Han avviser Regjeringens påstand om at faren for tap av mange menneskeliv og store materielle ødeleggelser i seg selv innebærer "a threat to the life of the nation".³ I stedet for konkluderer han med at "terrorist violence (...) does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community". Altså foreligger det ingen nødtilstand så lenge selve statens politiske selvstendighet ikke står i fare, eller samfunnslivet ikke står i fare for å bryte fullstendig sammen.⁴

Lord Hoffman gjør imidlertid ikke noe forsøk på å forankre sitt perspektiv i EMDs rettspraksis, men tar til orde for en snevrere skjønnsmargin enn EMD har lagt til grunn.⁵ Lord Hoffmans dissens kan derfor leses i lys av punkt 3.2.3 om å snevre inn skjønnsmarginen når saken befinner seg på nasjonalt plan. Samtidig kan det hevdes at han ikke bare snevrer inn skjønnsmarginen i forbindelse med den konkrete subsumsjonen, men i realiteten foretar en strengere generell tolkning av nødtilstandsvilkåret enn EMD kan sies å ha gjort. Dette illustrerer at en presis grensedragnings mellom tolkning og subsumsjon i relasjon til nødtilstandsvilkåret kan være vanskelig å gjennomføre i praksis.

I motsetning til Lord Hoffman legger Lord Bingham (talsmann for flertallet av dommerne i relasjon til spørsmålet om nødtilstand) betydelig vekt på EMDs rettspraksis ved fastleggelsen av om en nødtilstand kan sies å foreligge. Han legger særlig vekt på at *Lawless* synes å gi statene en svært vid skjønnsmargin. Faktisk hevder han at dersom det var innenfor den irske Regjeringens skjønnsmargin å erklære nødtilstand i *Lawless*, bør en slik erklæring definitivt falle innenfor den britiske Regjeringens skjønnsmargin etter 11. september 2001, som han beskriver som en mye farligere situasjon. På dette punktet lar han altså en faktumsammenligning av de forskjellige situasjonene spille stor betydning, og da i favør av den britiske Regjeringens påstand.⁶

Lord Bingham problematiserer ikke i særlig grad hvilke typer ødeleggelser som gjør at

¹ At EMK innebærer en viss positiv forpliktelse for statene til å beskytte sine innbyggere mot menneskerettskrenkelser fra andre private, er slått fast i EMDs dom 28. oktober 1998 *Osman v. The United Kingdom*.

² Se [2004] UKHL para 86-97.

³ Se [2004] UKHL 56 para 95.

⁴ Han spissformulerer dette poenget når han malerisk framhever at "whether we would survive Hitler hung in the balance, but there is no doubt that we shall survive Al-Qaeda". [2004] UKHL 56 para 96.

⁵ Se [2004] UKHL 56 para 92, hvor Lord Hoffman foretar følgende slutning fra EMDs praksis: "What this means is that we, as a United Kingdom court, have to decide the matter for ourselves" og videre i para 95, hvor Lord Hoffman kjekt framholder at "there may be some nations too fragile or fissiparous to withstand a serious act of violence. But that is not the case in the United Kingdom".

⁶ Se [2004] UKHL 56 para 28.

nødstilstandsvilkåret er innfridd. Det synes som om dommeren anser den store tragedien som terroraksjoner representerer som tilstrekkelig alvorlige samfunnsforstyrrelser.¹ Dette perspektivet kommer enda tydeligere fram hos Lord Hope, som uttrykker seg på følgende måte: "The picture which emerges clearly (...) is of a current state of emergency. It is an emergency which is constituted by the threat that these attacks will be carried out. It threatens the life of the nation because of the appalling consequences that would affect us all if they were to occur here."²

Argumentasjonen i [2004] UKHL 56 styrker med det inntrykket av at en faktumsammenligning med tidligere EMD-praksis trekker i retning av at den internasjonale terrortrusselen kan sies å utgjøre en trussel mot det organiserte samfunnslivet. Mangelen på regularitet og direkte målretting mot offentlige organer kan sies å oppveies av det typiske skadeomfanget vellykkede internasjonale terroraksjoner fører med seg – et skadeomfang som overgår det som var den umiddelbare bakgrunnen for nødstilstandene i både *Lawless* og *Marshall*. Såfremt derogasjonen som er oppe til vurdering relaterer seg til en frykt for internasjonale terroraksjoner av et visst omfang, må det derfor antas at det lå innenfor statens skjønnsmargin å anse situasjonen som en trussel mot fortsettelsen av det organiserte samfunnslivet.

5.3.3. Terroraksjoner med masseødeleggelsesvåpen

Terroraksjoner med masseødeleggelsesvåpen, for eksempel atomvåpen, vil kunne ha et skadeomfang som langt overgår det terroraksjoner med konvensjonelle våpen forårsaker. Skadeomfanget vil trolig skille situasjonen fra alle de situasjonene hvor EMD har ansett en nødstilstand for å foreligge. I tillegg må store store ressurser settes inn for å avhjelpe konsekvensene og til gjenoppbygging.³ Ut fra den terskel EMD synes å operere med, framstår det derfor overveiende sannsynlig at slike aksjoner vil forårsake samfunnsforstyrrelser av en slik art og alvorlighetsgrad at det organiserte samfunnslivet kan ansees truet. Foreløpig har ikke dette spørsmålet blitt satt på spissen, siden hverken gjennomførte eller avvergede terroraksjoner har involvert bruk av masseødeleggelsesvåpen, jfr. punkt 2.3.

5.4. Hvorvidt trusselen foreligger eller er umiddelbart forestående

"Actual or imminent"-vilkåret innebærer at den aktuelle trusselen mot det organiserte samfunnslivet enten allerede må foreligge, eller ihvertfall være umiddelbart forestående. Det blir derfor viktig å vurdere om den internasjonale terrortrusselen, slik den har artet seg i relasjon til Storbritannia og andre stater i Europarådet siden høsten 2001, gjør at dette undervilkåret er innfridd.

Det vil selvsagt være tilfeller hvor den situasjonen en terroraksjon skaper, er "actual or imminent". Dette gjelder for det første like etter at en terroraksjon har funnet sted – da er krisen foreliggende. I tillegg må "imminent"-kravet antas å være innfridd dersom staten

¹ Se [2004] UKHL 56 para 27-29.

² [2004] UKHL 56 para 119. På den andre siden problematiserer Lord Hope i samme avsnitt om trusselen kan sies å være "actual or imminent", jfr. punkt 5.4 nedenfor.

³ En omtale av masseødeleggelsesvåpens ødeleggelsespotensiale er gitt her: "weapon of mass destruction." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 1 Oct. 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-9398111>>.

kjenner til at en bestemt aksjon er i ferd med å bli utført – da er krisen umiddelbart forstående. Det følger av dette at på bestemte tidspunkter etter 2001 har dette undervilkåret vært innfridd for den britiske stats vedkommende, slik som like etter terroraksjonene på undergrunnen i London i 2005.

Det vil imidlertid oftest være vanskelig å definere en fase forut for en terroraksjon når faren framstår overhengende. Overraskelsesmomentet er et typisk trekk ved den internasjonale terrortrusselen som trusseltype.¹ Siden 2001 har trusselen mot Storbritannia mesteparten av tiden ikke bestått av konkrete trusler om at bestemte angrep skal finne sted, men mer hatt preg av en vedvarende fare for at landet på et eller annet tidspunkt skal bli rammet av internasjonal terrorisme² – en fare som plutselig materialiserte seg sommeren 2005.

En annen side ved dette særtrekket for internasjonal terrorisme som trusseltype er at det er vanskelig å konstatere når den generelle faren er over. Så lenge det finnes fanatikere blant verdens mer enn 6 milliarder innbyggere, er det vanskelig å forestille seg på hvilket tidspunkt man skal kunne erklære at trusselen for nye terroraksjoner er eliminert. Dersom trusselen fra internasjonal terrorisme slik den artet seg i relasjon til Storbritannia i desember 2001, kan betegnes som ”imminent”, vil nødstilstanden kunne bli nær sagt permanent.³ Dette står i skarp kontrast til at derogasjon fra EMK i utgangspunktet er ment å være et midlertidig virkemiddel i møte med eksepsjonelle situasjoner.⁴

Disse særtrekkene ved internasjonal terrorisme som trusseltype gjør at betenkelighetene ved å anse ”actual or imminent”-vilkåret som innfridd på de stadier når terrortrusselen framstår generell og vedvarende, framstår betydningsfulle.⁵

Når det gjelder EMDs rettspraksis og midlertidighetsaspektet, er det et faktum at nødstilstandene i henholdsvis IRA- og PKK-dommene til dels var svært langvarige. Uansett aksepterte EMD i *Marshall* at i 1998 utgjorde den vedvarende trusselen om terror fra IRAs side fortsatt en nødstilstand i Nord-Irland. Da hadde derogasjon vært erklært nesten sammenhengende siden 1971.⁶ En viktig kontrast til den internasjonale terrortrusselen er imidlertid at trusselen fra IRA hele denne perioden var knyttet til en konkret og håndgripelig konflikt i Nord-Irland, hvor politisk motivert voldsutøvelse fant sted med jevne mellomrom.

Jevnlig voldsutøvelse var bakgrunnen også for hver av de andre EMD-sakene om EMK artikkel 15.⁷ I *Lawless*-saken legger riktignok EMD vekt på hvordan situasjonen kunne komme til å utvikle seg videre dersom myndighetene ikke lyktes i å hindre en ytterligere opptrapping av IRAs aktiviteter. Det har også blitt hevdet at EMD i denne forbindelse la for mye vekt på et uklart hypotetisk perspektiv.⁸ Uansett var den umiddelbare foranledningen for derogasjonen at IRA gjennomførte væpnede aksjoner av alvorlig art.⁹ Det kan derfor

¹ Se Husabø og Aall s. 528, som viser videre til Lord Hope sine særmerknader i [2004] UKHL 56.

² Se Lord Hope sine særmerknader i [2004] UKHL 56 para 119.

³ Dette perspektivet løftes fram også av Husabø og Aall s. 528.

⁴ Se Heide s. 178 for en gjennomgang av midlertidighetsaspektet ved derogasjoner etter EMK artikkel 15.

⁵ Dette perspektivet vises det til i [2004] UKHL 56, blant annet erklæres det i para 22 at ”official spokesmen have decline to suggest when, if ever, the present situation might change”. Også Warbrick s. 312 peker på utfordringene knyttet til å fastslå på hvilke tidspunkter den internasjonale terrortrusselen faktisk foreligger.

⁶ Se *Marshall* The Facts punkt C og The Law punkt B, 6. avsnitt.

⁷ Se *Lawless* As to the facts para 14, *Nord-Irland* para 12 og para 29-75, *Brannigan and McBride* para 12, *Aksoy* para 8-9.

⁸ Se Svensson-McCarthy s. 298 ff.

⁹ Se *Lawless* para 29.

konstateres at det foreligger en faktumulighet mellom den internasjonale terrortrusselen og de situasjoner hvor EMD har ansett en nødstilstand for å foreligge i tilknytning til ”actual or imminent”-vilkåret.

I [2004] UKHL 56 problematiserer en av dommerne (Lord Hope) om den aktuelle terrortrusselen kunne sies å være ”imminent”, eller umiddelbart forestående. Lord Hope synes å lande på at terrortrusselen ikke kan karakteriseres som umiddelbart forestående så lenge Regjeringen ikke sitter på informasjon om at bestemte aksjoner er iferd med å bli utført. Dette var i følge Regjeringen selv ikke tilfellet i tilknytning til utøvelsen av fullmaktene i ”The 2001 Act”. I lys av dette slår Lord Hope fast at ”the stage when the nation has to face that kind of emergency, the emergency of imminent attack, has not been reached”.¹ Denne argumentasjonen styrker inntrykket av at ”actual or imminent”-vilkåret ikke uten videre kan sies å være innfridd i møte med den internasjonale terrortrusselen.

Konklusjonen på dette punkt blir derfor at en nødstilstand ikke kan sies å foreligge utenom i en eventuell fase rett før en planlagt terroraksjon er ment å finne sted (dersom myndighetene skulle sitte på informasjon om dette), eller like etter at en aksjon har funnet sted, og myndighetene strever med å få situasjonen under kontroll. For eksempel kan myndighetene da ha bruk for derogasjonsadgangen for å hindre ytterligere terroraksjoner i å finne sted, med de konsekvenser det kan fryktes å ha for befolkningens trygghet, samt dens tillit til myndighetenes kontroll over situasjonen (den såkalte ”second strike”-problematikken).²

5.5. Avsluttende vurdering

Det tilgjengelige rettskildematerialet trekker med dette i retning av at den internasjonale terrortrusselen plasserer det innenfor den enkelte stats skjønnsmargin å erklære nødstilstand, men kun dersom en terroraksjon faktisk har funnet sted eller er umiddelbart forestående. Den svært vide skjønnsmarginen EMD synes å ha tilstått statene ved vurderingen av nødstilstandsvilkåret rent generelt, gjør likevel at det langt fra framstår sikkert at den britiske statens erklæring av nødstilstand høsten 2001 ville blitt satt til side av EMD.

I den forbindelse er det grunn til å oppfordre EMD til å foreta en reell rettslig overprøving av nødstilstandsvilkåret dersom bruken av derogasjon i forbindelse med den internasjonale terrortrusselen skulle havne på dommernes bord.³ Det kan nemlig antas at selve betegnelsen av situasjonen som en nødstilstand lett vil prege den forholdsmessighetsvurderingen som deretter skal foretas; dersom en nødstilstand først blir ansett å foreligge, framstår det nærliggende å presumere at staten til en viss grad kan sette seg utover de ordinære grensene for myndighetsutøvelsen. Selve det å betegne en situasjon som en nødstilstand utpeker jo samfunnsikkerhetshensynet som svært tungtveiende i forholdsmessighetsvurderingen.

I relasjon til den internasjonale terrortrusselen kan en slik reell rettslig overprøving av om nødstilstandsvilkåret er innfridd, skje ved å stille krav til hvor ”actual or imminent” trusselen må framstå, noe drøftelsene ovenfor er ment å vise. På dette punktet er det

¹ Se [2004] UKHL 56 para 119.

² Dette perspektivet står sentralt hos Ackerman s. 46-47.

³ At nødstilstandsvilkåret i EMK artikkel 15 må betraktes som et rettslig vilkår og at statenes anvendelse av det er velegnet for rettslig overprøving, forfektes av blant av Svensson-McCarthy s. 313-319 og s. 324-325. På disse stedene retter hun dessuten skarp kritikk mot EMDs anvendelse av nødstilstandsvilkåret så langt (en kritikk undertegnede ikke har fulgt opp i drøftelsene i dette kapitlet, jfr. punkt 5.3.1).

nærliggende å trekke en forbindelseslinje til de grunnleggende hensyn som må avveies i forhold til hverandre i forbindelse med EMK artikkel 15, nemlig samfunnssikkerhet og rettssikkerhet. Perspektivet blir da at kun like etter at en terroraksjon har funnet sted, eller når en aksjon framstår umiddelbart forestående, gjør samfunnssikkerhetshensynet seg så sterkt gjeldende i forhold til rettssikkerhetshensynet at en nødstilstand kan sies å foreligge. Her blir forbindelseslinjen til det andre hovedvilkåret i EMK artikkel 15, nemlig forholdsmessighet, kort.

6. Forholdsmessighetsvilkåret

6.1. Innledning

Det andre hovedvilkåret for at derogerende tiltak skal være konvensjonsmessige, er at de må være ”strictly required by the exigencies of the situation” – strengt påkrevde ut fra de behov nødstilstanden reiser – jfr. EMK artikkel 15-1. Dette kan betegnes som et krav om forholdsmessighet, hvor det overordnede spørsmålet er om de tiltakene som blir brukt for å håndtere en nødstilstand, står i et rimelig forhold til situasjonens alvor.

Forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15-1 setter med det noen rettslige skranker for hvilke tiltak de demokratisk styrte statene i Europarådet kan sette i verk i sin kamp mot krefter som truer samfunnets sikkerhet. EMK artikkel 15 tar med det kampen opp med den romerske statsmannen Ciceros berømte tese: ”i krig tier lovene”.¹ Hverken i krig eller i andre offentlige nødstilstander kan et demokratisk samfunn tillate lovene helt å tie.

Behovet for visse rettslige skranker også i nødstilstander må sees i sammenheng med at respekten for enkeltmenneskets verdighet utgjør et grunnleggende kjennetegn ved en demokratisk rettsstat. Dersom det ikke settes noen skranker for hvilke tiltak staten kan anvende for å beskytte seg, vil derfor dette i seg selv utgjøre en trussel mot hvordan den aktuelle nasjonens liv leves.² En slik fare søker EMK artikkel 15 å forebygge ved å stille som krav til derogerende tiltak at de skal være forholdsmessige. Formålet med den videre drøftelsen er å skissere noen hovedkrav som kan sies å følge av forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15, og som framstår spesielt viktige i lys av den internasjonale terrortrusselen.

6.2. Generelt om forholdsmessighetsvilkåret

6.2.1. Generell tolkning og drøftelsens struktur

Ordlyden ”strictly required by the exigencies of the situation”, sammen med EMDs rettspraksis, gir grunnlag for å stille opp følgende fire undervilkår for at et derogerende tiltak skal være forholdsmessig: formålsforankring, formålsrasjonalitet, nødvendighet og interesseovervekt (proporsjonalitet). Hvert av disse undervilkårene kan sies å fange opp hver sin side ved den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas i følge EMK artikkel 15-1. Samtidig er det en nær sammenheng mellom dem – vurderingene av hva som er formålsforankret og formålsrasjonelt, og hva som er nødvendig og proporsjonalt, vil lett gli over i hverandre. Disse fire undervilkårene kan uansett sies å gi en hensiktsmessig struktur for drøftelsen av om et derogerende tiltak er ”strictly required by the exigencies of the situation”.

I punkt 6.3-6.6 vil det først bli gitt en generell omtale av hvert vilkår, for å vise at vilkårene

¹ Se <http://en.wikiquote.org/wiki/Cicero>.

² Som Fernando R. Teson, “Liberal Security” i *Human Rights in the “War on Terror”*, Cambridge 2005 s. 63 uttrykker det: ”In a democracy, security and freedom are not antithetical but complementary. The purpose of any measures adopted in times of war or other emergency is the preservation of the freedoms that define the democratic way of life.”

lar seg forankre i henholdsvis ordlyden og EMDs rettspraksis. Det vil deretter bli gitt en konkret vurdering av hvert vilkårs betydning for derogerende terrorbekjempelsestiltaks konvensjonsmessighet. I den forbindelse vil det bli satt et spesielt fokus på hvilke krav som kan stilles til derogerende frihetsberøvelse, og på de derogerende frihetsberøvelsessjemele i den britiske anti-terrorlovgivningen fra henholdsvis 2001 og 2005.

Dette må sees i sammenheng med drøftelsene i kapittel 4, hvor EMK artikkel 5 ble utpekt som den bestemmelsen i EMK det framstår mest aktuelt å derogere fra i forbindelse med den internasjonale terrortrusselen. Det vil for det første kunne dreie seg om frihetsberøvelse uten hjemmel i artikkel 5-1 litra a-f. Det kan være rent preventiv frihetsberøvelse som ikke har som siktemål å sikte og straffe den frihetsberøvede, og heller ikke framstår som et ledd i en utvisningssak.¹ Det kan også dreie seg om frihetsberøvelse kun med det siktemål å avhøre vedkommende om andre, og uten at frihetsberøvelsen lar seg hjemle i artikkel 5-1 litra b.²

Alternativt kan formålet med frihetsberøvelsen tilfredsstillende en av de alternative frihetsberøvelsesgrunnene i artikkel 5-1 litra a-f, men selve gjennomføringen avviker fra de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 5-2 til 5-4; frihetsberøvelsen får karakter av å være utenomjudisiell. Den frihetsberøvede gis ikke en forklaring på frihetsberøvelsen i samsvar med artikkel 5-2, stilles ikke for en domstol så raskt som artikkel 5-3 krever, eller gis ikke den rett til rettslig overprøving av frihetsberøvelsens lovlighet som artikkel 5-4 stiller opp. Oppsummert vil det altså dreie seg om frihetsberøvelse som ikke tilfredsstiller de krav til enten formål eller prosess som stilles i ordinære situasjoner.

Før det blir gått nærmere inn på hvert av de fire undervilkårene, vil det imidlertid bli sagt noe generelt om statenes skjønnsmargin ved den konkrete vurderingen av derogerende tiltaks forholdsmessighet.

6.2.2. Skjønnsmarginen

Som nevnt i kapittel 5 gis statene en svært vid skjønnsmargin ved vurderingen av om en nødstilstand kan sies å foreligge. Det blir derfor et viktig spørsmål om denne skjønnsmarginen snevres noe inn i forbindelse med vurderingen av om konkrete derogerende tiltak var forholdsmessige.

EMDs egen rettspraksis trekker i denne retning. Dette framgår for det første av de generelle formuleringene om den skjønnsmargin statene tilstår ved vurderinger etter EMK artikkel 15, og som er referert ovenfor i punkt 5.2.2. Selve struktureringen av disse formuleringene tyder på at skjønnsmarginen snevres noe inn når retten kommer til forholdsmessighetsvurderingen. I *Brannigan and McBride* sies det nemlig at "Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis".³

I tillegg går det igjen i EMDs drøftelser at nødstilstandsvilkåret ikke nødvendigvis drøftes i særlig grad utover det å henvise til fakta om den aktuelle konflikt som staten er involvert i, jfr.

¹ At frihetsberøvelse uten hjemmel i EMK artikkel 5-1 litra a-f vil være en typisk problemstilling i en EMK artikkel 15- situasjon, påpekes også i Iain Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights*, Uppsala 2000 s. 278.

² Slik som situasjonen var i *Nord-Irland*, se dens para 81.

³ *Brannigan and McBride* para 43.

kapittel 5. Det vies gjennomgående mer plass til vurderingene av forholdsmessighetsvilkåret.¹ Og i de to sakene hvor EMD kom til at staten hadde brutt forpliktelsene nedfelt i EMK artikkel 15-1, var det fordi de konkrete tiltakene hadde vært uforholdsmessige.²

Disse kjensgjerningene tyder på at det skal relativt sett mindre til for at EMD overprøver statens vurdering av om et tiltak er forholdsmessig enn for at EMD overprøver vurderingen av om en nødtilstand foreligger. At skjønnsmarginen snevres noe inn i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen, vil derfor bli lagt til grunn i fortsettelsen.

Samtidig har EMD sagt at også i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen må den enkelte stat gis en vid skjønnsmargin. I *Nord-Irland* sier EMD:

”It falls in the first place to each (...) state (...) to determine (...) how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. (...) [T]he national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide *both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter article 15-1 leaves those authorities a wide margin of appreciation.*”³ (min kursivering)

Disse formuleringene gjentas i senere dommer.⁴ Oppsummert kan det derfor sies at mens statene har blitt gitt en svært vid skjønnsmargin i relasjon til nødtilstandsvilkåret, har de blitt gitt en snevrere, men likevel relativt vid skjønnsmargin i relasjon til forholdsmessighetsvilkåret.

6.3. Formålsforankring

Det første undervilkåret som kan sies å følge av ordlyden i forholdsmessighetsvilkåret, kan betegnes formålsforankring, jfr. ordlyden ”strictly required by the exigencies of the situation”. Dette vilkåret innebærer at de derogerende tiltakene må ha som formål å bekjempe den aktuelle nødtilstanden. Dette kravet er slått uttrykkelig fast også i EMK artikkel 18, som lyder:

”The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.”

Et krav om formålsforankring kan betraktes som et nødvendig første steg i forholdsmessighetsvurderingen. Dersom formålet med et tiltak ikke er å håndtere den aktuelle nødtilstanden, står nemlig ikke tiltaket i forhold til situasjonens alvor. Dette framstår som et selvsagt, men også svært viktig undervilkår. Historien kan oppvise nok av eksempler på at en nødtilstand kan benyttes av styresmaktene til å iverksette også andre frihetsrestriksjoner enn de som behøves for å bekjempe selve nødtilstanden, jfr. punkt 1.2.

Formålsforankringen ved derogerende tiltak har i liten grad blitt problematisert i EMDs rettspraksis, noe som kan skyldes at de aktuelle sakene ikke i særlig grad har innbudt til en problematisering av styresmaktens motiver. EMD berører uansett dette perspektivet i

¹ Se *Lawless* As to the law para 31-38, *Nord-Irland* para 206-220, *Brannigan and McBride* para 48-66, *Aksoy* para 71-84, *Demir* para 49-58, *Marshall* The Law punkt B.

² Se *Aksoy* para 87 og *Demir* para 57.

³ *Nord-Irland* para 207.

⁴ Se *Brannigan and McBride* para 43, *Aksoy* para 68.

Brannigan and McBride. EMD drøfter her om den aktuelle derogasjonen var ”a genuine response to an emergency situation”.¹ Å stille dette spørsmålet framstår som en problematisering av styresmaktenes formål med derogasjonen.

Også i [2004] UKHL 56 blir formålsforankring pekt på som en forutsetning for at derogerende tiltak skal være rettmessige. House of Lords formulerer dette på følgende måte: ”(...) the court must ask itself: whether: (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right”.² Denne uttalelsen peker på at formålet med tiltaket må være tilstrekkelig viktig til å berettigede inngrep i de aktuelle konvensjonsrettighetene. For derogasjonssakers vedkommende må dette sies å være tilfelle såfremt en nødstilstand først kan sies å foreligge, og de derogerende tiltakene har som formål å håndtere denne.

I denne forbindelse er det viktig å understreke at selv om formålet med et bestemt derogerende tiltak i seg selv er aktverdigg, trenger ikke kravet til formålsforankring i EMK artikkel 15-1 å være innfridd. Dette undervilkåret har altså betydning også utenfor de rene misbrukstilfeller. Dersom et derogerende tiltak benyttes også overfor andre enn de som antas å true nasjonens liv, eksempelvis for å bekjempe kriminalitet i sin alminnelighet, vil nemlig ikke formålet være å håndtere den aktuelle nødstilstanden. Dette er en side ved kravet om formålsforankring som det er viktig å være oppmerksom på i forbindelse med bekjempelsen av internasjonal terrorisme.

[2004] UKHL 56 illustrerer betydningen av nettopp denne siden ved kravet om formålsforankring i relasjon til derogerende terrorbekjempelsestiltak. Formålet med de derogerende tiltakene i den saken måtte være å bekjempe den trusselen internasjonal terrorisme utgjorde i relasjon til Storbritannia. Imidlertid begrenset ikke den aktuelle lovens ordlyd seg til å gi hjemmel for derogerende frihetsberøvelse kun av internasjonale terrorister som ble ansett å utgjøre en trussel mot Storbritannias sikkerhet, men gav en generell hjemmel for å internere utenlandske statsborgere mistenkt for å være involvert i internasjonal terrorisme. Derfor gav selve loven hjemmel for å iverksette derogerende tiltak som ikke ville hatt som formål å håndtere den aktuelle nødstilstanden.³

Disse betraktningene fra House of Lords sin side understreker at dersom et tiltak for å bekjempe terrorisme er derogerende, må det være knyttet til håndteringen av den nødstilstanden terrortrusselen har skapt i den aktuelle staten. Helt konkret innebærer dette at tiltaket må ha som formål å hindre terroraksjoner i å finne sted i den staten, siden det er selve utførelsen av terroraksjoner på statens territorium som kan sies å skape de samfunnsforstyrrelsene staten søker å beskytte seg mot.

Når det gjelder ”derogating control orders” synes lovhjemmelen for disse å ivareta hensynet til formålsforankring. Dette framgår av ”The 2005 Act” section 4(3)(c), jfr. (a) og (b), sml. section 4(7)(c), jfr. (a) og (b). Section 4(3)(c) og 4(7)(c) slår fast at for å anvende ”derogating control orders” mot noen, må domstolen overbevises om at ”the risk arises out of, or is associated with, a public emergency in respect of which there is a designated derogation”. Formålet med tiltaket må altså være å håndtere den nødstilstanden som er foranledningen til at derogasjon er erklært.

¹ Se *Brannigan and McBride* para 49-51.

² [2004] UKHL 56 para 30.

³ Se [2004] UKHL 56 para 33-34.

6.4. Formålsrasjonalitet

Ordlyden i forholdsmessighetsvilkåret tilsier også en vurdering av om de derogerende tiltakene framstod velegnede for å håndtere nødtilstanden. Tiltak som ikke bidrar til å håndtere en bestemt nødtilstand, kan nemlig heller ikke sies å være "strictly required". Dette kan betegnes som et krav om formålsrasjonalitet. Kravet om formålsrasjonalitet kan formuleres som et spørsmål om tiltakenes effektivitet. Et tiltaks effektivitet kan vurderes ut fra hvor effektivt det reelt sett viste seg å være, eller ut fra hvilket potensiale det på iverksettelsestidspunktet kan sies å ha hatt når det gjaldt å håndtere nødtilstanden.¹

Et krav om formålsrasjonalitet berøres av EMD i *Nord-Irland*. I den saken anfører Irland at de derogerende tiltakene Storbritannia anvendte i forbindelse med konflikten i Nord-Irland, viste seg ineffektive og ikke velegnede for å redusere terroren. Det hevdes sågar at tiltakene førte til en økning i terroraktiviteten. Dette framstår som et krav om reell effektivitet som en betingelse for formålsrasjonalitet.

Denne tilnæringsmåten avvises imidlertid av EMD, som avstår fra å vurdere tiltakenes effektivitet i et slikt retrospektivt perspektiv. EMD slår fast at tiltakene må vurderes i lys av "the conditions and circumstances reigning when they were originally taken and subsequently applied". EMD slår videre fast at statene må gis en vid skjønnsmargin i forbindelse med den konkrete vurderingen på dette punkt. Domstolen erklærer nemlig at dens funksjon ikke er å "substitute for the (...) Government's assessment any other assessment of what might be the most prudent or most expedient policy to combat terrorism".² Domstolen er her opptatt av å sette noen grenser for sin egen kompetanse, slik at den ikke faller for fristelsen til selv å skissere hvordan forskjellige typer trusler best kan håndteres.

I *Brannigan and McBride* avstår EMD fra å foreta en reell overprøving av de derogerende tiltakenes velegnethet med samme begrunnelse som i *Nord-Irland*.³ I denne dommen synes det for øvrig å spille en viss rolle at staten selv hadde vurdert nytten av de derogerende tiltakene nøye og med jevne mellomrom.⁴ Dette kan tyde på at formålsrasjonaliteten vil være mest aktuell å overprøve dersom den ikke synes å være tilstrekkelig nøye vurdert fra statens egen side.

Ut fra disse uttalelsene fra EMD framstår det riktig å begrense kravet om formålsrasjonalitet til et krav om potensiell effektivitet. Vurderingen av formålsrasjonaliteten må da skje ut fra situasjonen på derogasjonstidspunktet, og statene tilstås en vid skjønnsmargin i forbindelse med den konkrete vurderingen av hvilke tiltak som da framstod velegnede. Spesielt vil skjønnsmarginen være der staten kan påpeke at grundige og jevnlig evalueringer av velegnetheten til bestemte derogerende tiltak har skjedd.

At et krav om en viss formålsrasjonalitet er innbakt i forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15-1 illustreres av tilnærmingen i [2004] UKHL 56. Her formuleres det som et krav til derogerende tiltak at "(ii) the measures designed to meet the legislative objective are

¹ Se Heide s. 172-173 for en mer utdypende redegjørelse for kravet om at tiltak skal være enten reelt eller potensielt effektive for å stå i et rimelig forhold til nødtilstanden.

² *Nord-Irland* para 214.

³ Se *Brannigan and McBride* para 59.

⁴ Se *Brannigan and McBride* para 58 og 65.

rationaly connected to it”.¹ House of Lords anser det altså som et rettslig krav at de derogerende tiltakene må være rasjonelt knyttet til det å håndtere nødstilstanden.

Også den konkrete rettsanvendelsen i [2004] UKHL 56 illustrerer den potensielle rettslige betydningen av kravet om formålsrasjonalitet. Domstolen problematiserer nemlig i hvilken grad det aktuelle derogerende tiltaket kunne betegnes som rasjonelt knyttet til håndteringen av nødstilstanden. Det aktuelle interneringsregimet rammet nemlig kun utlendinger, og konfronterte dermed ikke trusselen fra britiske statsborgere mistenkt for å være internasjonale terrorister. Interneringsregimet hindret heller ikke de mistenkte personene i å fortsette med eventuell samfunnsskadelig virksomhet fra utlandet dersom de først hadde et annet land å reise til. ”The 2001 Act” gav nemlig internerte personer rett til å forlate landet, noe som et visst antall klagere faktisk hadde gjort.²

Når det gjelder formålsrasjonaliteten av de derogerende tiltakene som ”The 2005 Act” gir hjemmel for, er det nyttig å merke seg at loven anviser en rapporteringsordning som skal sikre fagkyndig kontroll med anvendelsen av lovens virkemidler, jfr. section 14(2)-(7). Dette vil inkludere en eventuell framtidig bruk av ”derogating control orders”. Såfremt denne rapporteringen innbefatter en vurdering av hvor velegnet den eventuelle bruken av ”derogating control orders” synes å være når det gjelder håndteringen av nødstilstanden, vil dette i seg selv styrke statens påstand om at tiltakene må kunne betegnes formålsrasjonelle.

Utover dette er det vanskelig å si noe sikkert om hvor formålsrasjonelle de såkalte ”derogating control orders” vil være i praksis. Generelt er det uansett grunn til å anta at det å holde mistenkte terrorister under så tett tilsyn som systemet med ”control orders” innebærer³, vil være en type tiltak som vil tilfredsstillende kravet til potensiell effektivitet. Dette må sees i sammenheng med den vide skjønnsmarginen statene er tilstått på dette punktet.⁴

6.5. Nødvendighet

Videre oppstiller ordlyden et krav om nødvendighet. I dette ligger det at de ikke-derogerende sikkerhetsbeføyelser som EMK gir statene adgang til, må framstå utilstrekkelige i møte med den aktuelle nødstilstanden, eller være for vanskelige å gjennomføre. Et slikt generelt nødvendighetskrav følger direkte av ordlyden ”*strictly required*”. Dette undervilkåret står i en nær forbindelse med nødstilstandsvilkåret, noe som illustreres av Kommisjonens utdypning av ”exceptional”-kriteriet, jfr. punkt 5.2.1.

Helt fra første EMD-sak om EMK artikkel 15 har nødvendighetsperspektivet stått sentralt. I *Lawless* begynner EMD forholdsmessighetsvurderingen med å undersøke om den irske stat kunne ha håndtert nødstilstanden ved hjelp av ikke-derogerende virkemidler. Domstolen kommer til at de ikke-derogerende virkemidlene som faktisk hadde blitt anvendt, hadde vist seg utilstrekkelige i møte med den situasjonen som hadde oppstått. Videre avvises det at alternative virkemidler hadde framstått som et holdbart alternativ til derogasjon.⁵

¹ [2004] UKHL 56 para 30.

² Se [2004] UKHL 56 para 33.

³ Se ”The 2005 Act” section 1(4)-(8).

⁴ For å sitere det britiske tidsskriftet ”The Economist”: ”We accept that letting secret policemen spy on citizens, detain them without trial and use torture to extract information makes it easier to foil terrorist plots.” The Economist Print Edition Sep 20 2007: ”Civil liberties under threat. The real price of freedom.”

⁵ Se *Lawless As to the law* para 35-36.

Det følger av *Lawless* at nødvendighetsvurderingen må foretas ut fra både et faktisk og hypotetisk perspektiv. Det faktiske perspektivet fokuserer på de ikke-derogerende tiltakene som faktisk hadde blitt anvendt, og spør om disse var tilstrekkelige til å håndtere nødstilstanden. Det hypotetiske perspektivet fokuserer på om det fantes andre ikke-derogerende tiltak enn de som hadde blitt satt i verk, og om disse ville vært tilstrekkelige, samt praktisk mulige å gjennomføre.

Det er grunn til å anta at EMD i sin konkrete rettsanvendelse ikke vil trekke det hypotetiske perspektivet særlig langt. Det ville kommet i konflikt med den vide skjønnsmarginen den enkelte stat skal ha når det gjelder å vurdere hva som framstår påkrevd i situasjonens hete, samt med Domstolens egne uttalelser om at det ikke er dens rolle å skissere hvilken sikkerhetspolitikk den enkelte stat skal føre, jfr. punkt 6.4. I *Lawless* synes EMD å avgrense det hypotetiske perspektivet til en vurdering av de ikke-derogerende tiltakene som framstod mest nærliggende ut fra situasjonens art, og som var vist til av klageren. Det som blir vurdert, er om det framstår sannsynlig eller ikke at disse ville vært tilstrekkelige i den aktuelle situasjonen.¹

Det følger av dette at den derogerende stat ikke må ha prøvd ut alle ikke-derogerende tiltak før det tys til derogasjon. Dersom det ut fra styresmaktens perspektiv på derogasjonstidspunktet ikke framstod realistisk å klare å håndtere nødstilstanden uten å ty til derogasjon, kan staten bestemme seg for umiddelbart å ty til derogerende tiltak. Dette må sees i lys av at det i nødstilstander kan være risikabelt for staten å vente for lenge med å sette i gang effektive tiltak.

Den sentrale plass nødvendighetsvurderingen gis i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 15, følges opp i *Nord-Irland*. I denne dommen kommer det tydelig fram at styresmaktene gis en betydelig skjønnsmargin når det gjelder den konkrete nødvendighetsvurderingen. EMD ser det som avgjørende at "the (...) Government were reasonably entitled to consider that normal legislation offered insufficient resources for the campaign against terrorism and that recourse to measures outside the scope of ordinary law (...) was called for".² Det sentrale i denne dommen var altså hva styresmaktene hadde hatt rimelig grunn til å anta.

I *Brannigan and McBride* problematiseres det om den aktuelle derogasjonen var "premature", altså forhastet, noe klagerne påstod at den var. De underbygger dette med å vise til at styresmaktene etter derogasjonstidspunktet fortsatte å utrede alternativer til de derogerende tiltakene. EMD avviser imidlertid at en slik videre utredning gjorde selve derogasjonen unødvendig. Samtidig understrekes det at før det derogeres må staten ha foretatt en reell vurdering av om derogasjon framstår nødvendig.³

Det som kan sluttes ut av disse sakene, er at styresmaktene ikke trenger å påvise at det framstod helt sikkert at derogasjon var den eneste akseptable måten å håndtere den aktuelle nødstilstanden på. På den andre siden er det ikke tilstrekkelig at derogasjon muligens var nødvendig. Før derogerende tiltak igangsettes, må det for staten framstå sannsynlig at de er nødvendige for å håndtere den aktuelle nødstilstanden, og de må kunne overbevise EMD om at de hadde rimelig grunn til å anta dette.

¹ Se *Lawless* As to the law para 36.

² *Nord-Irland* para 212.

³ Se *Brannigan and McBride* para 52-54.

Aksoy gir et eksempel på at styresmaktenes egen vurdering av dette spørsmålet ikke godtas av EMD. Domstolen slår fast at "the Government have not adduced any detailed reasons before the Court as to why the fight against terrorism (...) rendered judicial intervention impracticable".¹ EMD hadde altså i denne saken ikke blitt overbevist om det hadde vært nødvendig å fravike EMKs øvrige bestemmelser. Disse uttalelsene følges opp i *Demir*.²

Også i [2004] UKHL 56 blir nødvendighetsperspektivet framhevet som sentralt. Domstolen formulerer nemlig som et krav til de derogerende tiltakene at de er "no more than is necessary to accomplish the objective".³ Denne uttalelsen bidrar til å understreke at generell nødvendighet er et sentralt vurderingstema når konvensjonsmessigheten av derogerende tiltak skal vurderes. Samtidig peker uttalelsen på at det ikke bare må foretas en generell vurdering av om det var behov for derogerende tiltak av en eller annen art. Også nødvendigheten av de konkrete tiltakene som faktisk har blitt anvendt må vurderes. Dette perspektivet vil det bli sett nærmere på i punkt 6.6.

I [2004] UKHL 56 blir ikke kravet om nødvendighet ansett som innfridd. Også på dette punktet hadde det betydning at det aktuelle interneringsregimet kun omfattet utenlandske statsborgere. Trusselen fra britiske statsborgere mistenkt for å være internasjonale terrorister ble nemlig møtt med andre, ikke-derogerende tiltak. Myndighetene hadde ikke gitt noen overbevisende begrunnelse for hvorfor disse ikke-derogerende tiltakene ikke var tilstrekkelige til å håndtere trusselen fra utenlandske statsborgere.⁴

Når det gjelder hjemmelen for "derogating control orders" i "The 2005 Act", er nødvendighet pekt på som en betingelse for at en domstol skal kunne godkjenne iverksettelsen av slike tiltak, jfr. section 4(3)(b) og 4(7)(b). Dette er uttrykt som et krav om at domstolen "considers that the imposition of obligations on the controlled person is necessary for purposes connected with protecting members of the public from a risk of terrorism". Hvis domstolen mener at samfunnssikkerheten vil være tilstrekkelig ivaretatt ved hjelp av ikke-derogerende tiltak, skal den i følge denne ordlyden avstå fra å godkjenne bruken av "derogating control orders".

6.6. Interesseovervekt

6.6.1. Generell omtale

I forlengelsen av den generelle nødvendighetsvurderingen som er skissert i punkt 6.5, må det vurderes om det i den konkrete situasjonen har blitt anvendt mer inngripende tiltak enn hva situasjonens alvor gjorde berettiget. I dette ligger det både at staten må ha bestrebet seg på gjøre inngrepet i den enkeltes rettigheter så lempelig som mulig, og at de aktuelle tiltakene ikke i uforholdsmessig stor grad gjør at rettssikkerhetshensynet blir skadelidende. Dette kan beskrives som et krav om interesseovervekt for samfunnssikkerhetshensynet i forhold til rettssikkerhetshensynet i den konkrete situasjonen.

¹ *Aksoy* para 78.

² Se *Demir* para 52.

³ [2004] UKHL 56 para 30.

⁴ Se [2004] UKHL 56 para 35.

Et krav om interesseovervekt (eller proporsjonalitet) er oppstilt av EMD i tilknytning til de fleste av Konvensjonens rettigheter.¹ Man kan si at dette perspektivet går som en rød tråd gjennom konvensjonssystemet. I en EMK artikkel 15-situasjon vil samfunnssikkerhetshensynet alltid gjøre seg gjeldende med stor styrke, siden en nødtilstand alt er fastslått å foreligge – visse tyngende tiltak vil derfor typisk være berettiget.

Det må uansett foretas en selvstendig rettslig vurdering av hvor langt det i den aktuelle nødtilstanden var berettiget å gå. Som vist i kapittel 5 omfatter nemlig selve begrepet nødtilstand et stort mangfold av situasjoner. Et inngrep som ville vært berettiget dersom selve statens eksistens stod på spill, vil ikke nødvendigvis være berettiget dersom det kun foreligger en fare for samfunnsforstyrrelser av alvorlig art.

Når det gjelder dette kravets forankring i EMDs rettspraksis om EMK artikkel 15, kan det for det første vises til at EMD i *Brannigan and McBride* uttaler følgende: ”In exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation”.² Denne uttalelsen kan sies å anvisse en interesseavveining. Både arten av de rettighetene som derogasjonen påvirker, og omstendighetene rundt og varigheten av nødtilstanden, vil EMD nemlig legge vekt på. Omtalen av relevante faktorer framstår forøvrig ikke uttømmende (jfr. ordlyden ”such relevant factors as...”). Et krav om interesseovervekt kan også ansees som underforstått når EMD i *Brannigan and McBride* spør om et bestemt derogerende tiltak var ”justified” (berettiget).³

I sine konkrete vurderinger har EMD lagt vekt på viktigheten av de rettighetene det har blitt gjort innskrenkninger i, og i hvilken grad det aktuelle tiltaket grep inn i disse rettighetene. Dette kommer tydelig fram i *Aksoy*, hvor EMD legger vekt på ”the importance of artikkel 5 in the Convention system”. I den samme dommen foretar EMD en konkret vurdering av om et så inngripende tiltak som faktisk hadde blitt anvendt, kunne sies å være berettiget.⁴ Det samme er tilfelle i *Nord-Irland*, hvor EMD formulerer seg på følgende måte:

”This sort of arrest [at politiet har fullmakt til å sette personer i arrest kun for å forhøre dem om andres aktiviteter] can be justifiable only in a very exceptional situation, but the circumstances prevailing in Northern Ireland did fall into such a category”.⁵ (min kursivering)

Denne uttalelsen understreker dessuten at EMD vil legge vekt på hvor alvorlig den aktuelle nødtilstanden framstod. Da legges det vekt på hvor tungt hensynet til samfunnssikkerhet gjør seg gjeldende. Det å vektlegge dette momentet viser sammenhengen mellom det første og andre hovedvilkåret i EMK artikkel 15. Vurderingen av hvorvidt en nødtilstand overhodet forelå vil innebære en vurdering av hvor alvorlig situasjonen kunne sies å være, noe som altså kommer inn som et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen.

EMD har videre lagt betydelig vekt på hvilke ”safeguards against abuse”, eller misbruksgarantier, som staten opererer med. Denne vektleggingen har vært en gjenganger i

¹ Se generelle omtaler i Aall, Rettsstat s. 125-132, Møse s. 99-101, Høstmælingen s. 121-124. For en mer omfattende omtale av proporsjonalitetskravet i relasjon til EMK artikkel 15, se Heide s. 128-186 (innledende bemerkninger s. 128-133).

² Se *Brannigan and McBride* para 43.

³ Se *Brannigan and McBride* para 55-60.

⁴ Se *Aksoy* para 76-78.

⁵ *Nord-Irland* para 212.

EMKs rettspraksis om EMK artikkel 15 siden *Lawless*.¹ I *Aksoy* synes mangelen på tilstrekkelige misbruksgarantier å ha stor betydning for at EMD ikke kan godta det aktuelle derogerende tiltaket som konvnesjonsmessig, og det samme gjelder *Demir*.² Typiske misbruksgarantier som EMD har lagt vekt på er klagemekanismer³, jevnlig legetilsyn av frihetsberøvede personer⁴ eller jevnlig evaluering av nødtilstandslovgivningen i den lovgivende forsamling.⁵ Det vil bli sett nærmere på forskjellige typer misbruksgarantier i punkt 6.6.2.2.

Et fokus på misbruksgarantier passer godt inn i en interesseavveining. Effektive og troverdige misbruksgarantier kan være med og sikre at inngrepet i den enkeltes menneskerettigheter blir så avgrenset som nødtilstanden tillater. Dette gjør det lettere for EMD å se på bestemte derogerende tiltak som en forholdsmessig reaksjon på en bestemt nødtilstand.

EMD har dessuten lagt vekt på tidsforløpet når det gjelder hvilke misbruksgarantier staten må operere med. I *Nord-Irland* slår nemlig EMD fast at "an overall examination of the legislation and practice at issue reveals that they evolved in the direction of increasing respect for individual liberty". I samme avsnitt kommer EMD med følgende erklæring:

"When a State is struggling against a public emergency threatening the life of the nation, it would be rendered defenceless if it were required to accomplish everything at once, to furnish from the outset each of its chosen means of action with each of the safeguards reconcilable with the priority requirements for the proper functioning of the authorities and for restoring peace within the community. *The interpretation of article 15 must leave a place for progressive adaptations*".⁶ (min kursivering)

EMD åpner med dette for å gi statene videst spillerom til å iverksette derogerende tiltak like etter at en nødtilstand har brutt ut. Kravet til hvilke misbruksgarantier som må foreligge vil være strengere til lenger nødtilstanden varer.

Et siste moment som EMD har lagt vekt på i interesseavveiningen, finner vi i *Brannigan and McBride*. Her legger EMD vekt på at et alternativ til de derogerende tiltakene ville vært tiltak som hadde kompromittert domstolenes hevdvunne uavhengighet internt i Common Law-systemet.⁷ Det spesielle med denne vektleggingen er at det blir sett på samfunnsinteresser som blir skadelidende ved anvendelsen av ikke-derogerende, men potensielt effektive, tiltak, selv om disse interessene ligger på siden av selve samfunnssikkerhetshensynet. Det er altså ikke nødvendigvis slik at ethvert potensielt effektivt ikke-derogerende tiltak er å foretrekke framfor derogerende tiltak.

Det må uansett antas at adgangen til å legge vekt på at andre samfunnsinteresser enn selve samfunnssikkerheten kan bli skadelidende uten bruk av derogasjon, er svært snever. Noe annet ville undergrave selve formålet med EMK artikkel 15, som er å åpne for derogasjon når selve samfunnets sikkerhet gjør det påkrevd.⁸

¹ Se blant annet *Lawless* As to the law para 37, *Nord-Irland* para 215-221, *Brannigan and McBride* para 61-65, *Aksoy* para 79-84.

² Se *Aksoy* para 83, *Demir* para 54-56.

³ Se *Lawless* As to the law para 37, *Nord-Irland* para 218-219, *Brannigan and McBride* para 63, *Marshall The Law* punkt B.

⁴ Se *Brannigan and McBride* para 64, *Marshall The Law* punkt B.

⁵ Se *Lawless* As to the law para 37, *Brannigan and McBride* para 65, *Marshall The Law* punkt B.

⁶ *Nord-Irland* para 220.

⁷ Se *Brannigan and McBride* para 58.

⁸ Det kan her bemerkes at flertallets konklusjon på dette punktet i *Brannigan and McBride* utsettes for skarp kritikk fra dommere i mindretallet, blant annet kommer dissenterende dommer Walsh med følgende prinsipielle

Betydningen av en konkret interesseavveining er illustrert også av USAs høyesteretts praksis om forholdet mellom det å bekjempe internasjonal terrorisme og grunnlovsfestede rettsstatsrettigheter.¹ I *Hamdi* dreide det seg om grunnlovsmessigheten av den frihetsberøvelsen en amerikansk statsborger tatt til fange i Afghanistan var utsatt for. Det sentrale spørsmålet var hvilken adgang til å bestride sin klassifisering som "enemy combatant" Hamdi hadde krav på ut fra Grunnloven, nærmere bestemt ut fra dens femte og fjortende tilleggsbestemmelser ("amendments") om at ingen skal bli berøvet sin frihet "without due process of law". I denne forbindelse formulerer flertallets talskvinne, Sandra Day O' Connor, seg på følgende måte:

"[Tidligere rettspraksis] dictates that the process due in any given instance is determined by weighing "the private interest that will be affected by the official action" against the Government's asserted interest, "including the function involved" and the burdens the Government would face in providing greater process. *The Mathews calculus then contemplates a judicious balancing of these concerns, through an analysis of "the risk of an erroneous deprivation" of the private interest if the process were reduced and the "probable value, if any, of additional or substitute safeguards."*² (min kursivering)

USAs høyesteretts tilnærming i *Hamdi* er et viktig eksempel på at domstolene ikke gir myndighetene fullstendig frie hender til å innskrenke den enkeltes rettigheter i samfunnssikkerhetens navn, heller ikke når det er den internasjonale terrortrusselen som danner bakteppet for de ekstraordinære tiltakene. USAs høyesterett fastslår at en amerikansk statsborger tatt til fange i forbindelse med krigføringen i Afghanistan har krav på en reell mulighet til å bestride sin klassifisering som en "enemy combatant". Dette formuleres på følgende måte:

"A citizen detainee seeking to challenge his classification as an enemy combatant must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government's factual assertions before a neutral decisionmaker".³

Det USAs høyesterett gjør her er å formulere krav til hvilke misbruksgarantier som må være knyttet til et bestemt forvaringssystem. Dette er en tilnærming som gjenlyder i EMDs fokus på tilfredsstillende misbruksgarantier når en stat først har erklært derogasjon fra EMK, og som framstår viktig å videreføre ved en eventuell vurdering av derogerende terrorbekjempelsestiltaks konvensjonsmessighet.

Oppsummert kan det sies at de vurderingsmomenter som det typisk må legges vekt på i interesseavveiningen etter EMK artikkel 15 er nødtilstandens alvorlighetsgrad og varighet på den ene siden, og hvor inngripende tiltakene er, samt hvilke misbruksgarantier myndighetene opererer med, på den andre siden. Den omtalte skjønnsmarginen gjør at terskelen for at EMD skal sette til side statens egen vurdering av hvilke tiltak som var påkrevde ut fra samfunnssikkerhetshensynet i den aktuelle situasjonen, er relativt høy. Den er imidlertid ikke uoverstigelig, noe vurderingene og konklusjonene i *Aksoy* og *Demir* viser. Videst vil statenes

uttalelse: "It is the function of national authorities to arrange their affairs as not to clash with the requirements of the Convention. The Convention is not to be remoulded to assume the shape of national procedures", jfr. *Brannigan and McBride* dissenting opinion of Judge Walsh para 10. Denne kritikken av flertallets standpunkt gis tilslutning i van Dijk s. 1065-1066.

¹ Se, foruten *Hamdi: Rumsfeld v. Padilla*, Judgment of the US Supreme Court, Decided June 28 2004, *Rasul v. Bush*, Judgment of the US Supreme Court, Decided June 28, 2004, *Hamdan v. Rumsfeld*, Judgment of the US Supreme Court, Decided June 29, 2006.

² *Hamdi* Opinion kapittel III, litra C, 3. avsnitt.

³ *Hamdi* Opinion kapittel III, litra C, punkt 3, 3. avsnitt.

skjønnsmarginen være i en nødstilstands første, kritiske fase, når staten kan sies å streve med å få oversikt og kontroll over situasjonen.

6.6.2. Interesseovervekt og den internasjonale terrortrusselen

6.6.2.1. Innledning

Når det gjelder kravet om interesseovervekt i relasjon til den internasjonale terrortrusselen, framstår det hensiktsmessig å knytte drøftelsen av dette kravet til et utvalg sentrale vurderingsmomenter. I tilknytning til hvert vurderingsmoment vil det bli drøftet om det ut fra det gjeldende rettskildematerialet lar seg gjøre å oppstille generelle krav som derogerende terrorbekjempelsestiltak bør innfri. Utvalget av vurderingsmomenter bygger på hvilke problemstillinger som har stått sentralt i EMDs rettspraksis om EMK artikkel 15.

I denne drøftelsen kan vi sies å befinne oss i et vanskelig grenseområde mellom tolkning og subsumsjon. Den videre drøftelsen kan dels karakteriseres som en tolkning av kravet om interesseovervekt i lys av den internasjonale terrortrusselen, dels dreier det seg om en konkret anvendelse av kravet. Dette framstår spesielt tydelig når det er konvensjonsmessigheten av de britiske ”derogating control orders” som vurderes, men kan sies å gjelde for den videre drøftelsen generelt. Det er nemlig den enkelte stats handlingsrom til å anvende derogerende frihetsberøvelse i møte med den internasjonale terrortrusselen som drøftes. De kravene som formuleres kan slik sett sies å definere noen yttergrenser for statenes skjønnsmargin i en nødstilstand skapt av den internasjonale terrortrusselen.

Om man vil karakterisere dette som en situasjonsbetinget tolkning som i realiteten snevrer inn statenes skjønnsmargin, eller som konkret rettsanvendelse hvor bestemte tiltak plasseres på feil side av skjønnsmarginen i en bestemt situasjon, blir i dette lys ikke avgjørende. Det dreier seg uansett om å formulere krav til den statlige myndighetsutøvelse på basis av en avveining mellom hensynene til rettssikkerhet og samfunnsikkerhet. I den grad det dreier seg om tolkning, har vissheten om skjønnsmarginen betydning ved at fortolkningen må etterlate en viss restavveining, jfr. punkt 3.2.3. I den grad det dreier seg om subsumsjon, har skjønnsmarginen direkte betydning ved at statene skal ha et visst handlingsrom til selv å foreta relevante avveininger. Skjønnsmarginen vil altså uansett ha betydning for drøftelsen.

6.6.2.2. Vurderingsmomenter

a) Hvem som kan utsettes for derogerende tiltak

Et første moment er hvem som skal kunne utsettes for de derogerende tiltakene. Det sentrale spørsmålet her blir om kun personer som myndighetene mistenker for selv å være engasjert i terrorvirksomhet skal kunne rammes. Det å stille et slikt krav vil innebære en viss terskel for når myndighetene kan gå til det skritt å iverksette derogerende tiltak overfor bestemte personer, og slik sett innebære et visst vern mot vilkårlig frihetsberøvelse.

Å stille et slikt krav harmonerer videre godt med de faktiske forhold i EMDs dommer om EMK artikkel 15. I de fleste av disse sakene gav den aktuelle kriselovgivningen kun hjemmel for derogerende frihetsberøvelse av personer mistenkt for selv å være involvert i

terrorvirksomhet.¹ Kun i en av sakene, nemlig *Nord-Irland*, forelå det en hjemmel for derogerende frihetsberøvelse av personer som det ikke forelå slik mistanke mot, men som myndighetene antok kunne sitte på verdifull informasjon om andre.

I den konkrete situasjonen ble denne typen tiltak funnet å være konvensjonsmessig. EMD begrunner imidlertid dette ved å vise til hvor alvorlig den aktuelle nødstilstanden kunne sies å være, jfr. punkt 6.6.1.² Siden *Nord-Irland* kan sies å ha omhandlet en situasjon hvor Storbritannias territorielle integritet og den statlige autoriteten i Nord-Irland var direkte truet, jfr. punkt 5.3.1, trenger ikke terskelen for at denne typen tiltak skal være konvensjonsmessige å være nådd i relasjon til den internasjonale terrortrusselen.

Som utgangspunkt bør det derfor stilles et krav om at alle frihetsberøvede personer i det minste skal være mistenkt for selv å være involvert i terrorvirksomhet. Et slikt krav harmonerer også med perspektivet hos Ackerman, hvor det fokuseres på fullmakter til å arrestere og internere personer som det foreligg rimelig grunn til mistanke ("reasonable suspicion") mot.³ Dersom det skulle dreie seg om aksjoner med masseødeleggelsesvåpen, vil det imidlertid kunne stille seg annerledes, siden skadeomfanget da vil kunne være eksepsjonelt stort, jfr. punkt 5.3.3.

En kontrast til det å stille et slikt krav utgjøres av eksemplene på masseinternering av personer av en bestemt nasjonalitet eller etnisitet som vi kjenner også fra enkelte demokratiske rettsstater under 2. verdenskrig.⁴ Dette dreier seg om vilkårlig frihetsberøvelse av svært tyngende og alvorlig art, og bør ikke kunne bli ansett som forholdsmessig i håndteringen av den internasjonale terrortrusselen. EMK artikkel 15 bør derfor regnes som et absolutt hinder for at en stat i Europarådet skal kunne anvende et tiltak av denne typen.

Når det gjelder det britiske systemet for "derogating control orders", tilfredsstiller lovhjemmelen for disse et krav om at kun de som selv mistenkes for å være involvert i terroraktiviteter skal kunne rammes. Terskelen for å iverksette en "derogating control order" mot noen er at "there is material which (...) is capable of being relied on (...) as establishing that the individual is or has been involved in terrorism-related activity".⁵ Her stilles det altså et krav om rimelig grunn til mistanke. Ordren kan dessuten ikke opprettholdes dersom en domstol ikke er "satisfied, on the balance of probabilities, that the controlled person is (...) or has been involved in terrorism-related activity".⁶ Her stilles det altså et krav om sannsynlighetsovervekt. Det å avgrense et derogerende tiltaks nedslagsfelt på denne måten må antas å øke sannsynligheten for at EMD vil finne det forholdsmessig. Selve lovhjemmelen for "derogating control orders" kan derfor ikke sies å krenke EMK artikkel 15 når det gjelder hvem som kan utsettes for derogerende tiltak.

b) Varigheten og utformingen av derogerende frihetsberøvelse

¹ Se *Lawless* As to the law para 36, *Brannigan and McBride* para 16, *Aksoy* para 29, *Demir* para 18-23, *Marshall* The Law punkt B.

² Se *Nord-Irland* para 212.

³ Se Ackerman s. 44-47.

⁴ I USA ble 110 000 japanere, samt amerikanere av japansk avstamning, masseinternert kun på grunnlag av sin nasjonalitet / etniske bakgrunn. Se "United States." Encyclopædia Britannica. 2007. Encyclopædia Britannica Online. 18 July 2007 <<http://www.britannica.com/eb/article-77882>>.

⁵ "The 2005 Act" section 4(3)(a).

⁶ "The 2005 Act" section 4(7)(a).

Et andre moment er hvordan selve den derogerende frihetsberøvelsen arter seg. Et viktig spørsmål her vil være om det bør knyttes absolutte tidsbegrensninger til frihetsberøvelsesregimet, eller om den derogerende frihetsberøvelsen kan være tidsubegrenset. I sistnevnte tilfelle kan en bestemt person utsettes for den så lenge bestemte kriterier (for eksempel rimelig grunn til mistanke om at vedkommende utgjør en trussel mot samfunnets sikkerhet) er oppfylt.¹ Dette spørsmålet må ikke blandes sammen med hvor lenge selve det derogerende frihetsberøvelsesregimet kan være i funksjon, som har med nødstilstandens varighet å gjøre. Spørsmålet her er varigheten av hver enkelt frihetsberøvelse.

EMD har ikke i sin rettspraksis oppstilt noe eksplisitt krav om at derogerende frihetsberøvelse må være tidsbegrenset. I forbindelse med domstolens fokus på misbruksgarantier synes imidlertid den mulige varigheten av hvert frihetsberøvelsetilfelle å ha betydning for hvilke krav som stilles. I *Lawless* legges det nemlig vekt på at den frihetsberøvede kunne oppnå frigivelse ved å sverge å ikke engasjere seg i ulovlige aktiviteter. I denne saken lå det altså på sett og vis i den internertes egen makt å sørge for at frihetsberøvelsen ble tidsbegrenset.²

I *Nord-Irland* fokuserer EMD på den tidsbegrensning som gjelder i tilknytning til de ulike frihetsberøvelsesregimene. Her godtar imidlertid EMD et forvaringsregime som gjorde at personer mistenkt for å true samfunnets sikkerhet ble holdt i tidsbegrenset forvaring i flere år uten å være dømt for et straffbart forhold. Den enkelte som var utsatt for slik frihetsberøvelse hadde en rett til å få sin sak prøvd for uavhengige organer med jevne mellomrom, men dette gav ingen visshet om når frihetsberøvelsen kunne komme til å opphøre.³ At tidsbegrenset frihetsberøvelse av denne typen ble godtatt kan muligens sees i lys av hvor alvorlig den aktuelle nødstilstanden ble vurdert å være, jfr. underpkt a) ovenfor.

Både i *Brannigan and McBride, Marshall, Aksoy* og *Demir* gjaldt det tidsbegrensninger for den derogerende frihetsberøvelsen.⁴ I disse sakene ble tiltaket sett på som derogerende fordi "promptly"-kravet i EMK artikkel 5-3 ikke var innfridd. Imidlertid trådte den arresterte personens rettigheter i følge denne bestemmelsen i kraft innen en viss tid. I *Aksoy* og *Demir* ble frihetsberøvelsen uansett kjent uforholdsmessig, siden denne tidsperioden var for lang.⁵ Det synes derfor å være i samsvar med trenden i EMDs rettspraksis å legge betydelig vekt på tidsperspektivet når det gjelder forholdsmessigheten av derogerende frihetsberøvelse.

Også i [2004] UKHL 56 blir tidsperspektivet trukket inn. Det at den aktuelle lovbestemmelsen hjemlet tidsbegrenset forvaring av personer som hverken var siktet eller dømt for straffbare forhold, blir pekt på som et svært alvorlig inngrep i den enkeltes menneskerettigheter. Som Lord Nicholls uttrykker det: "Indefinite imprisonment without charge or trial is anathema in any country which observes the rule of law. (...) Wholly exceptional circumstances must exist before this extreme step can be justified."⁶ I følge House of Lords må det altså veie tungt i interesseavveiningen at den derogerende frihetsberøvelsen er tidsbegrenset.

I denne saken hadde riktignok den enkelte frihetsberøvede en rett til å få sin sak prøvd for en uavhengig spesialdomstol med jevne mellomrom. I likhet med situasjonen i *Nord-Irland* gav

¹ Slik situasjonen for så vidt var i *Lawless*, jfr. dens As to the facts para 8-13.

² Se *Lawless* As to the facts para 18.

³ Se *Nord-Irland* para 197-201.

⁴ Se *Brannigan and McBride* para 16, *Aksoy* para 29, *Demir* para 22, *Marshall* The Facts punkt B.

⁵ Se *Aksoy* para 71-78, spesielt para 78, og *Demir* para 49-57.

⁶ [2004] UKHL 56 para 74.

imidlertid ikke dette noen visshet om når frihetsberøvelsen kunne komme til å opphøre. Dette skilte det derogerende tiltaket fra de frihetsberøvelseshjemplene som ble vurdert i henholdsvis *Brannigan and McBride*, *Aksoy*, *Demir* og *Marshall*. Det synes derfor velbegrunnet av House of Lords å se på det derogerende tiltaket som et svært alvorlig inngrep i den enkeltes menneskerettigheter som ikke uten videre vil være forholdsmessig på bakgrunn av den internasjonale terrortrusselen.

I denne forbindelse er det også viktig å merke seg at *Siracusa*-prinsippene fra FNs økonomiske og sosiale råd slår fast at "no person shall be detained for an indefinite period of time, whether detained pending judicial investigation or trial or detained without charge". Dette er et minstekrav som i følge *Siracusa*-prinsippene må gjelde også der statene benytter seg av derogasjonsadgangen i SP artikkel 4.¹

Også Ackerman fokuserer på tidsperspektivet som essensielt for at utenomjudisiell frihetsberøvelse i møte med den internasjonale terrortrusselen skal være godtagbart. I sitt forslag om en kriselovgivning spesielt tilpasset situasjonen like etter en alvorlig terroraksjon, tar han riktignok til orde for relativt langvarig utenomjudisiell frihetsberøvelse av personer mistenkt for å være involvert i terrorvirksomhet. Til gjengjeld må det gjelde absolutte tidsbegrensninger.² Etter 45 dager må myndighetene overbevise en domstol om at de ordinære kriteriene for å holde en person varetektsfengslet er oppfylt, eller la vedkommende gå. I tillegg kommer et forslag om en "supermajoritarian escalator" som en integrert del av kriselovgivningssystemet, jfr. underpkt c) nedenfor. Han ser for seg at dette systemet vil sikre at selve det utenomjudisielle forvaringsregimet i sin helhet vil bli avsluttet innen en viss tid.³

Om den derogerende frihetsberøvelsen er tidsbegrenset eller tidsubegrenset bør ut fra disse momentene ha stor betydning for hvor inngripende tiltaket skal regnes som. Dette gjør at en derogerende frihetsberøvelse som i følge sin hjemmel er tidsubegrenset vil ha mye vanskeligere for å stå i et rimelig forhold til situasjonens alvor enn dersom det foreligger absolutte tidsfrister for hvert frihetsberøvelsestilfelle.

Derogerende frihetsberøvelse i møte med den internasjonale terrortrusselen bør derfor som utgangspunkt være tidsbegrenset for å kunne bli regnet som konvensjonsmessig. Da unngår rettsstaten risikoen for at personer uten tilknytning til terrorvirksomhet får sin frihet berøvet i svært lange perioder, i verste fall på livstid. Dette er et perspektiv som ikke er helt upraktisk når man tar i betraktning hvilken trusseltype internasjonal terrorisme utgjør, og at en nødstilstand begrunnet i den internasjonale terrortrusselen kan tenkes å bli svært langvarig, jfr. drøftelsen i punkt 5.4.

Dette kravet framstår derfor spesielt viktig dersom det godtas at nødstilstand foreligger også utenom de situasjonene hvor en terroraksjon har funnet sted eller er umiddelbart forestående, og staten heller ikke opererer med institusjonelle mekanismer (for eksempel en "supermajoritarian escalator", jfr. underpkt c) nedenfor) som sannsynligvis vil bringe nødstilstanden relativt raskt til opphør (opphørsmekanismer). Dette viser sammenhengen mellom de to hovedvilkårene i EMK artikkel 15-1 – tolkningen av det ene vilkåret vil kunne få betydning for hvilke krav som bør stilles i følge det andre.

¹ Se *Siracusa*-prinsippene para 70 litra b.

² Se Ackerman s. 45.

³ Se Ackerman s. 80-83.

Samtidig betyr ikke dette at tidsbegrenset frihetsberøvelse uten videre ville vært forholdsmessig dersom staten opererte med opphørmekanismer. Risikoen for uforholdsmessig lange forvaringsperioder ville uansett kunne vært tilstede.¹ I tillegg kommer at dersom staten først anerkjenner at en nødstilstand ikke kan sies å foreligge mens terrortrusselen kun er generell, og derfor opererer med opphørmekanismer, vil den heller ikke ha det samme behovet for å operere med tidsbegrenset, derogerende frihetsberøvelse – den må jo uansett påregne at nødstilstanden vil bli avsluttet innen relativt kort tid.

Dersom EMD likevel ikke skulle anse absolutte tidsbegrensninger som nødvendig, må det i hvert fall stilles et krav om misbruksgarantier knyttet til det å forlenge frihetsberøvelsen utover bestemte tidspunkter. Fortrinnsvis bør systemet innebære en viss progressivitet på dette punkt, slik at hensynet til den enkeltes rettssikkerhet får større og større vekt til lengre frihetsberøvelsesperioden varer. Denne typen misbruksgarantier har da også vært et kjennetegn ved de derogerende, tidsbegrensede frihetsberøvelseshjemlene EMD har godtatt.² Typisk må den enkelte ha rett til å få sin sak prøvd for uavhengige, domstolslignende organer med bestemte mellomrom. Det vil bli vendt nærmere tilbake til spørsmålene om misbruksgarantier og om nødstilstandens varighets betydning i underpkt d) og e) nedenfor.

Når det så gjelder tidsbegrenset, derogerende frihetsberøvelse er det klart at både tidsfristene og de konkrete frihetsberøvelseshjemlens varighet vil kunne ha stor betydning for hvor inngrepene skal regnes. Det er vanskelig å stille opp eksakte krav på dette punkt. I *Brannigan and McBride* ble en frist på opp til 7 dager godtatt³, mens utenomjudisiell internering i 14 dager (frist på 30 dager) ikke ble godtatt i *Aksoy* – denne perioden betegnes som ”exceptionally long” av EMD.⁴ I begge disse tilfellene var det ”promptly”-kravet i EMK artikkel 5-3 som var tilsidesatt. Ackerman foreslår en absolutt frist på så mye som 45 dager.⁵

Det kan nok antas at der det derogerende tiltaket består i en tilsidesettelse av ”promptly”-kravet i EMK artikkel 5-3 vil smertegrensen kunne ligge et sted mellom 7 og 14 dager – for eksempel 10 dager – men det er klart at de konkrete omstendighetene vil ha stor betydning. Det må foretas en helhetsvurdering av hvordan frihetsberøvelsesregimet viste seg å fungere i det enkelte tilfellet som er oppe til vurdering, for å fastlegge om den enkeltes rettssikkerhet kan sies å ha blitt godt nok ivaretatt i lys av situasjonens alvor.

De derogerende frihetsberøvelseshjemlene i ”The 2005 Act” sviker i møte med et krav om at den derogerende frihetsberøvelsen må være tidsbegrenset. Det er ikke satt noen tidsbegrensning for hvor lenge en person kan utsettes for den typen frihetsberøvelse som en ”derogating control order” vil innebære.⁶ I teorien kan en person da måtte oppleve å sitte i for eksempel husarrest resten av livet uten noen gang å ha gjort noe galt, såfremt en erklært nødstilstand skulle komme til å bli så langvarig. En slik risiko gjør at det er grunn til å stille seg svært skeptisk til konvensjonsmessigheten av disse tiltakene. Denne risikoen utgjør en del av bakgrunnen for at også Ackerman stiller seg svært kritisk til den gjeldende britiske anti-

¹ Til illustrasjon kan det bemerkes at Ackerman anser både absolutte tidsbegrensninger og opphørmekanismer som essensielle bestanddeler av sitt forslag til kriselovgivning, jfr. Ackerman s. 44-47 og s. 80-83.

² Se *Lawless As to the law* para 37, og *Nord-Irland* para 215-221.

³ Se *Brannigan and McBride* para 36 og 74.

⁴ Se *Aksoy* para 71 og para 78.

⁵ Dette bør leses i sammenheng med at etter 45 dager må myndighetene overbevise en domstol om at det foreligger ”probable cause” mot en person for at vedkommende fortsatt skal kunne holdes varetektsfengslet, jfr. Ackerman s. 46. I følge EMK artikkel 5-3, jfr. 5-1 litra c, holder det med ”reasonable suspicion”.

⁶ Se ”The 2005 Act” section 4(8)-(10). Section 4(10) slår i klartekst fast at ”the power of the court to renew a derogating control order is exercisable on as many occasions as the court thinks fit”.

terrorlovgivningen. Hjemmelen for tidsubegrenset frihetsberøvelse blir av ham betraktet som uforenlig med grunnleggende rettssikkerhetshensyn.¹

Nå må det nevnes at hjemlene for tidsubegrenset frihetsberøvelse i ”The 2005 Act” er knyttet til jevnlig tilbakevendende rettslig kontroll med riktigheten og nødvendigheten av den aktuelle frihetsberøvelsen.² ”The 2005 Act” anviser også jevnlig parlamentarisk kontroll med den fortsatte nødvendigheten både av selve det derogerende frihetsberøvelsesregimet og hele loven.³ Dette reduserer selvsagt risikoen for at noen som ikke er involvert i terrorvirksomhet skal bli utsatt for langvarig derogerende frihetsberøvelse.

Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å fjerne skepsisen til selve systemet med tidsubegrenset preventiv frihetsberøvelse. Hele systemet med ”control orders” synes å bygge på et behov for å holde kontroll med personer som det ikke framstår realistisk å få reist ordinær straffesak mot. Dette står i motsetning til de tiltak Ackerman tar til orde for, som går ut på å gi myndighetene noe lengre frister før de må overbevise en domstol om at de ordinære vilkårene for varetektsfengsling er oppfylt. I forhold til dette synes det britiske systemet med ”derogating control orders” å innebære en såpass betydelig risiko for langvarig frihetsberøvelse av uskyldige at det ikke kan sies å innfri kravet om interesseovervekt.

Som antydnet ovenfor kan selve utformingen av frihetsberøvelsen også komme inn som et moment i interesseavveiningen. I EMDs rettspraksis om EMK artikkel 15 er det riktignok kun klassisk frihetsberøvelse i form av innesperring i statlige anstalter som har vært vurdert. Det britiske systemet med ”control orders”, sammenholdt med [2007] UKHL 45, åpner imidlertid for at for eksempel husarrest store deler av døgnet, sammen med øvrige restriksjoner på livsutfoldelsen, vil innebære frihetsberøvelse i strid med EMK artikkel 5.⁴ Det er klart at en ”derogating control order” av den grunn kan framstå som et mindre tyngende inngrep enn dersom vi hadde hatt med mer klassiske fengslingssituasjoner å gjøre.

Når vi først har med en situasjon som kan betegnes som frihetsberøvelse å gjøre, og denne frihetsberøvelsen er tidsubegrenset, dreier det seg uansett om et svært betydelig inngrep i den enkeltes livsutfoldelse. Omtalen av de aktuelle tiltakene i [2007] UKHL 45 illustrerer dette.⁵ Tidsubegrenset frihetsberøvelse i form av ”derogating control orders” bør derfor ikke bli ansett som forholdsmessig fordi staten organiserer frihetsberøvelsen på utradisjonelt vis.

c) Parlamentarisk kontroll med nødtilstandsregimet

Et tredje moment å vurdere er kontrollen med det fortsatte behovet for krisefullmaktene. Det å legge vekt på dette momentet harmonerer også godt med EMDs rettspraksis. I samtlige av de refererte dommene om EMK artikkel 15, utenom *Aksoy* og *Demir*, har den aktuelle kriselovgivning kun vært midlertidig, og det har vært opp til den folkevalgte lovgivende forsamlingen med bestemte mellomrom å forlenge dens virkeperiode.⁶ Dette vises til av EMD som en av flere viktige misbruksgarantier knyttet til det å anvende de aktuelle derogerende

¹ Se Ackerman s. 69-70.

² Se ”The 2005 Act” section 4(8)-(10).

³ Se ”The 2005 Act” section 6 og section 13.

⁴ Se [2007] UKHL 45 para 24.

⁵ Se [2007] UKHL 45 para 20.

⁶ Se *Lawless* As to the law para 37, *Nord-Irland* para 88, *Brannigan and McBride* para 65, *Marshall* The Law punkt B 13. avsnitt.

tiltakene. I *Brannigan and McBride* avslutter EMD sin drøftelse av forskjellige misbruksgarantiers betydning med følgende formulering:

”In addition to the above basic safeguards the operation of the legislation in question has been kept under regular independent review and, until 1989, it was subject to regular renewal”.¹

Også den kriselovgivning som ble vurdert i [2004] UKHL 56 var kun midlertidig, og var nødt til å bli fornyet av det britiske Parlamentet etter et visst tidsrom.² Det samme gjelder den kriselovgivning som ble vedtatt i mars 2005.³ Dette illustrerer at det framstår som et typisk trekk ved kriselovgivning at den er avhengig av å bli fornyet av den lovgivende makt for å forbli i kraft utover et visst tidsrom. Dette harmonerer godt med selve nødtilstandsbegrepet. Av natur kan nødtilstander sees på som midlertidige situasjoner som fellesskapet må ha som mål å bringe samfunnet ut av. Derfor bør det fortsatte behovet for derogerende tiltak vurderes med jevne mellomrom av den lovgivende makt, og gjerne på basis av uavhengige utredninger om hvordan tiltakene fungerer i praksis, slik som i *Brannigan and McBride* (jfr. ovenfor).

Hos Ackerman står politisk kontroll med behovet for og utøvelsen av krisefullmaktene helt sentralt. Han gjør det til en integrert del av og en forutsetning for sitt forslag til en egen kriselovgivning. I denne forbindelse lanserer han en egen mekanisme, ”the supermajoritarian escalator”.⁴ Det essensielle ved denne mekanismen er at jo lengre krisefullmaktene har vært i funksjon til større flertall i den lovgivende forsamlingen kreves det for å forlenge deres virkeperiode. Dette er en institusjonell mekanisme som vil fungere som en slags garanti for at det å erklære nødtilstand faktisk blir et midlertidig tiltak.

Nå er det klart at politisk kontroll med om krisefullmaktene som helhet fortsatt er påkrevd ikke gjør det enkelte inngrep mindre tyngende for den som faktisk blir rammet av det. En slik kontroll, såfremt den framstår reell og troverdig, vil likevel styrke tilliten til at de ekstraordinære tiltakene virkelig er ”strictly required”, og at de vil bli avsluttet så fort situasjonen tillater det.

Det bør ut fra dette stilles som et generelt krav til derogerende tiltak at de er midlertidige og avhengige av å bli evaluert og få sin virkeperiode forlenget av den lovgivende makt med jevne mellomrom. Noe annet ville innebære en for stor risiko for at krisefullmaktene blir permanente ordninger. I møte med en såpass vag trusseltype som trusselen fra internasjonal terrorisme framstår et slikt krav spesielt viktig.⁵

Utover dette kan det vanskelig oppstilles et absolutt krav om en ”supermajoritarian escalator”. Men en slik institusjonell mekanisme ville nok gjort at statens egen vurdering av nødtilstandens varighet og derogerende tiltaks forholdsmessighet lettere ville blitt akseptert av EMD. Domstolen hadde hatt grunn til å feste tillit til at en slik institusjonell mekanisme ville brakt nødtilstanden til opphør når derogerende tiltak ikke lenger framstod ”strictly

¹ *Brannigan and McBride* para 65.

² Se ”The 2001 Act” section 29.

³ Se ”The 2005 Act” section 13.

⁴ Se Ackerman s. 80-83 for en beskrivelse av hvordan en ”supermajoritarian escalator” kan fungere.

⁵ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2. utgave, Kehl 2005 s. 98 hevder at et slikt krav må oppstilles også i relasjon til SP artikkel 4. Europarådets ministerkomité ”Guidelines on human rights and the fight against terrorism”, vedtatt 11. juli 2002, para XV punkt 3, peker også på kontinuerlig evaluering av det fortsatte behovet for krisefullmakter som en forutsetning for at en stat skal kunne anvende derogerende terrorbekjempelsestiltak.

required”. Et slikt system ville derfor vært en hensiktsmessig måte å balansere de motstridende hensynene til samfunnssikkerhet og rettssikkerhet på.

”The 2005 Act” er underlagt jevnlig evaluering av Parlamentet, og opphører som gjeldende lov innen en viss tid såfremt dens virkeperiode ikke eksplisitt forlenges.¹ Dersom hjemlene for derogerende tiltak hadde blitt tatt i bruk, ville disses virkeperiode vært gjenstand for selvstendig godkjenning med jevne mellomrom.² Dette gjør at ”The 2005 Act” og fenomenet ”derogating control orders” passerer testen for konvensjonsmessighet på dette punktet. En ”supermajoritarian escalator” knyttet til bruken av ”derogating control orders” ville uansett vært å anbefale. En slik mekanisme ville vært en enda mer tillitsvekkende misbruksgaranti.

d) Spesielle misbruksgarantier

Et fjerde moment å vurdere er hvilke misbruksgarantier selve anvendelsen av de derogerende tiltakene bør være underlagt. Også parlamentarisk kontroll er en misbruksgaranti, men under dette punktet rettes fokuset mot misbruksgarantier tilknyttet hvert enkelt frihetsberøvelsestilfelle. Dette momentet er solid forankret i EMDs rettspraksis, som har utpekt dette perspektivet til å stå helt sentralt i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 15, jfr. punkt 6.6.1. Det vil her bli sett nærmere på hvilke misbruksgarantier det har vært tale om.

I *Lawless* hadde de internerte rett til til å klage sin sak inn for et uavhengig klageorgan med kompetanse til å beordre frigivelse. I tillegg kunne de internerte bli satt fri mot et løfte om lovlighet. EMDs konklusjon er at i lys av disse misbruksgarantiene måtte den utenomjudisielle frihetsberøvelsen betraktes som konvensjonsmessig.³

I *Nord-Irland* forelå det også klagemuligheter for de som ble utsatt for det utenomjudisielle frihetsberøvelsesregimet. Disse hadde vist seg å gi de internerte personene en reell mulighet til å få grunnngivelsen for frihetsberøvelsen overprøvd av uavhengige klageorganer, og med det oppnå frigivelse. I tillegg kunne de internerte bringe sin sak inn for det ordinære domstolssystemet, som hadde en begrenset, men ikke helt ubetydelig kompetanse til å vurdere lovligheten av hvert enkelt frihetsberøvelsestilfelle.⁴

EMD erklærer i denne forbindelse at vurderingene av om EMK artikkel 15 og EMK artikkel 3 (forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling) er brutt må holdes strengt atskilt fra hverandre. Selv om det i denne saken ble slått fast at frihetsberøvede personer hadde blitt utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3 (i forhold til dette kunne ikke EMK artikkel 15 påberopes, jfr. artikkel 15-2), betydde ikke det at selve frihetsberøvelsen hadde vært i strid med EMK artikkel 15-1.⁵ EMD konkluderer også i denne saken med at det hadde foreligget tilstrekkelige misbruksgarantier til å gjøre frihetsberøvelsesregimet konvensjonsmessig.⁶

¹ Se ”The 2005 Act” section 13.

² Se ”The 2005 Act” section 6.

³ Se *Lawless* As to the law para 37.

⁴ Se *Nord-Irland* para 215-221.

⁵ Se *Nord-Irland* para 221.

⁶ Se *Nord-Irland* para 224.

Når det gjelder det derogerende frihetsberøvelsesregimet som EMD vurderer i *Brannigan and McBride*, forelå det en adgang for de frihetsberøvede til å få lovligheten av arrestasjonen og interneringen prøvd av en domstol i ettertid. Mens de var internert hadde klagerne hatt rett på advokatbistand og medisinsk ettersyn og mulighet til å si fra til familien eller en venn. I forhold til den typen derogerende frihetsberøvelse denne saken dreide seg om, ble disse misbruksgarantiene sett på som tilstrekkelige.¹ I denne saken dreide det seg ikke om langvarig utenomjudisiell forvaring slik som i *Lawless* og *Nord-Irland*, men om en tilsidesettelse av ”promptly”-kravet i EMK artikkel 5-3, jfr. punkt 4.4.

I motsetning til i *Brannigan and McBride* hadde ikke de frihetsberøvede i *Aksoy* og *Demir* adgang til advokatbistand, medisinsk ettersyn eller kontakt med familie eller venner den første tiden etter arrestasjonen. Noen realistisk mulighet til etterfølgende domstolskontroll med arrestasjonens lovlighet synes heller ikke å ha eksistert. I begge disse dommene legger EMD vekt på fraværet av tilstrekkelige misbruksgarantier, og konkluderer med at frihetsberøvelsen var uforholdsmessig.²

I *Aksoy* blir det dessuten lagt vekt på at fraværet av troverdige misbruksgarantier synes å ha økt risikoen for behandling i strid med EMK artikkel 3. At slik behandling hadde funnet sted, er i følge EMD med på å styrke inntrykket av at de derogerende tiltakene ikke kunne betraktes som forholdsmessige – misbruksgarantiene kunne ikke sies å ha vært tilstrekkelige.³ På dette punktet kan det synes som om EMD modifierer sin tidligere erklæring fra *Nord-Irland* om at vurderingene etter EMK artikkel 3 og EMK artikkel 5, jfr. artikkel 15-1, må holdes skarpt atskilt fra hverandre. I stedet synes det som om Domstolen legger til grunn at når den frihetsberøvede først hadde blitt utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3, hadde misbruksgarantiene sannsynligvis ikke vært gode nok til å innfri forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15-1. Dette synes å være en velbegrunnet tilnærming.

De omtalte misbruksgarantiene kan ut fra denne gjennomgangen deles i tre hovedkategorier. Den første kategorien er retten til å kreve frihetsberøvelsens lovlighet prøvd av uavhengige organer mens man fortsatt er frihetsberøvet.⁴ Dette er spesielt aktuelt ved langvarig frihetsberøvelse. Den andre kategorien er retten til å kreve frihetsberøvelsens lovlighet prøvd av en domstol etter at selve den derogerende frihetsberøvelsen er avsluttet.⁵ I begge disse tilfellene vil hensynene bak EMK artikkel 5-4 til en viss grad bli ivaretatt.⁶ Den tredje kategorien består i at den frihetsberøvede har rett på kontakt med omverdenen under selve frihetsberøvelsen.⁷ Denne typen misbruksgarantier kan være avgjørende for å beskytte den frihetsberøvede mot behandling i strid med EMK artikkel 3.

Som påpekt i punkt 3.3 framstår det aktuelt å legge vekt også på FNs menneskerettskomité's uttalelser om SP artikkel 4 når forholdsmessighetskravet i EMK artikkel 15 skal operasjonaliseres. I sin General Comment No. 29 om SP artikkel 4 uttaler komitéen følgende: ”In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to

¹ Se *Brannigan and McBride* para 63-64.

² Se *Aksoy* para 79-84 og 87, *Demir* para 54-58.

³ *Aksoy* para 83 synes å vektlegge dette perspektivet.

⁴ Se for eksempel *Lawless* As to the law para 37, og *Nord-Irland* para 218.

⁵ Se for eksempel *Nord-Irland* para 219, og *Brannigan and McBride* para 63.

⁶ Jfr. at EMD i *Brannigan and McBride*, etter å ha lagt vekt på at habeas corpus-prosessen hadde vært tilgjengelig for de frihetsberøvede, i para 63 uttaler følgende: ”The Court recalls, in this context, that the applicants withdrew their complaint of a breach of artikkel 5-4.”

⁷ Se for eksempel *Brannigan and McBride* para 64, og *Marshall* The Law punkt B, 11.-12. avsnitt.

enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party's decision to derogate from the Covenant.”¹

Denne uttalelsen er med på å understreke viktigheten av at enhver derogasjon fra EMK artikkel 5 følges ad av troverdige misbruksgarantier, ikke minst som et vern mot tortur og umenneskelig eller nedverdige behandling (jfr. komitéens henvisning til ”non-derogable rights”). Den konkrete misbruksgarantien komitéen anbefaler synes dessuten til en viss grad å korrespondere med den andre hovedkategorien definert ovenfor, og som i realiteten vil ha som funksjon at de grunnleggende rettssikkerhetshensynene bak EMK artikkel 5-4 langt på vei blir ivaretatt også i nødstilstander. Komitéens uttalelse trekker slik sett i retning av at en domstolsprøving av et eller annet slag bør gjøres til en del av et derogerende frihetsberøvelsesregime.

Også *Siracusa*-prinsippene løfter fram forskjellige typer misbruksgarantier som en forutsetning for at derogerende frihetsberøvelse skal være forholdsmessig. Dette grunngis på denne måten: ”the denial of certain rights fundamental to human dignity can never be strictly necessary in any conceivable emergency”, jfr. para 70. Av spesiell interesse her er para 70 litra c: “no person shall be held in isolation without communication with his family, friend, or lawyer for longer than a few days”, og para 70 litra d: “where persons are detained without charge the need of their continued detention shall be considered periodically by an independent review tribunal”.

Som vi ser korresponderer litra c med den tredje av de hovedkategoriene som er definert ovenfor, og litra d med den første. Både EMDs rettspraksis og *Siracusa*-prinsippene trekker derfor i retning av at kontakt med omverdenen og jevnlig, uavhengig vurdering av frihetsberøvelsens nødvendighet (dersom den er av en viss varighet) bør gjøres til grunnleggende bestanddeler av et derogerende frihetsberøvelsesregime.

Til illustrasjon på dette punkt kan det nevnes at i [2004] UKHL 56 – hvor den aktuelle frihetsberøvelsen var tidsubegrenset – hadde de frihetsberøvede rett til å klage ministerens avgjørelse om internering inn for en spesialdomstol.² Dette framstår altså som en misbruksgaranti som svarer til den første hovedkategorien definert ovenfor, og som er i samsvar med *Siracusa*-prinsippene para 70 litra d.

Ackerman legger stor vekt på troverdige misbruksgarantier som en forutsetning for at utenomjudisiell frihetsberøvelse i møte med den internasjonale terrortrusselen skal være forsvarlig. For det første må selve gjennomføringen av den administrativt beordrede frihetsberøvelsen kontrolleres av domstolene, som et vern mot tortur og andre typer uverdige behandling.³ For det andre tar han til orde for at personer som har blitt utsatt for utenomjudisiell frihetsberøvelse uten at det senere lar seg gjøre å sikte og dømme dem for straffbare handlinger, skal ha krav på økonomisk kompensasjon.⁴

Det er her grunn til å merke seg at EMK artikkel 5-5 gir alle som har blitt utsatt for frihetsberøvelse i strid med EMK artikkel 5 rett på økonomisk kompensasjon. Dersom frihetsberøvelsen likvel var konvensjonsmessig på grunnlag av EMK artikkel 15, gjelder

¹ CCPR General Comment No. 29 punkt 16.

² Se [2004] UKHL 56 para 15, som viser videre til de relevante bestemmelser i ”The 2001 Act”.

³ Se Ackerman s. 108-110.

⁴ Se Ackerman s. 51-54.

imidlertid ikke denne rettigheten.¹ Et slikt kompensasjonssystem som Ackerman foreslår, ville uansett gjort at inngrepet overfor den enkelte framstod mindre tyngende. Det kunne også fungert som et incentiv for myndighetene til å være sparsomme med anvendelsen av de derogerende tiltakene. Tiltakene ville da lettere innfridd forholdsmessighetsvilkåret i EMK artikkel 15.

Når det gjelder derogerende frihetsberøvelse i møte med den internasjonale terrortrusselen, framstår det ut fra denne gjennomgangen klart at slik frihetsberøvelse må følges ad av troverdige misbruksgarantier. Rettskildebildet synes også å gi grunnlag for å formulere visse minstekrav.

Det bør for det første stilles opp et krav om jevnlig og uavhengig kontroll med selve gjennomføringen av hver enkelt frihetsberøvelse. Typisk kan dette skje ved at den frihetsberøvede har adgang til advokat, medisinsk ettersyn og en viss kontakt med utenomverdenen fra så tidlig som mulig etter arrestasjonen, og kan klage til en domstol eller et annet uavhengig organ dersom vedkommende mener seg utsatt for overgrep. All den tid behandling i strid med EMK artikkel 3 aldri vil være forholdsmessig av staten å anvende, jfr. EMK artikkel 15-2, kan det heller ikke tenkes situasjoner hvor det vil være forholdsmessig om staten hindrer kontroll med at slik behandling ikke finner sted.

Når det gjelder relativt kortvarig derogerende frihetsberøvelse, bør den frihetsberøvede kunne kreve etterfølgende domstolskontroll av avgjørelsene om arrest og internering. Selv om det kan være påkrevd for staten å utsette adgangen til domstolsbehandling i forhold til de krav EMK artikkel 5 stiller i ordinære situasjoner, kan det vanskelig tenkes at det skal være påkrevd å hindre en slik etterfølgende domstolskontroll. Selv om en slik kontroll skulle være begrenset til et krav om at det hadde foreligget for eksempel rimelig grunn til mistanke, vil den uansett kunne fungere som et vern mot at krisefullmaktene blir anvendt helt vilkårlig.

Når det gjelder mer langvarig, kanskje tidsubegrenset, frihetsberøvelse (slik som i ”The 2001 Act” og ”The 2005 Act”), må den frihetsberøvede ha krav på jevnlig kontroll med lovligheten av og behovet for at frihetsberøvelsen skal fortsette. Denne kontrollen må skje ved en domstol, eventuelt en spesialdomstol, eller til nød domstolslignende organer. Som påpekt i underpkt b, bør denne overprøvingen være mer intens til lenger frihetsberøvelsen varer.

I tillegg til disse minstekravene er det viktig å merke seg at ved å operere med ytterligere misbruksgarantier, vil staten kunne svekke inngrepsstyrken av bestemte derogerende tiltak. En slik svekket inngrepsstyrke vil kunne bli utslagsgivende i den konkrete forholdsmessighetsvurderingen. Det foreligger derfor gode grunner til å gjøre misbruksgarantiene så betryggende og omfattende som mulig. Et kompensasjonssystem av den typen Ackerman foreslår, ville derfor vært å anbefale. Ut fra det foreliggende rettskildebildet kan det imidlertid ikke stilles opp et krav om et slikt system.

Systemet med ”derogating control orders” i ”The 2005 Act” tilfredsstillt kravet om at tidsubegrenset frihetsberøvelse må følges ad av jevnlig, judisiell kontroll. Selve iverksettelsen av en ”derogating control order” mot noen må bestemmes av en domstol. Hver 6. måned må den fornyes av domstolen, og den kan kun fornyes dersom visse lovbestemte kriterier fortsatt er oppfylt.² Det er klart at en slik jevnlig, judisiell kontroll ville gjort det lettere for EMD å anse den derogerende frihetsberøvelsen som forholdsmessig.

¹ Dette er sagt uttrykkelig i *Brannigan and McBride* para 74.

² Se ”The 2005 Act” section 4.

e) Betydningen av nødtilstandens varighet

Det siste momentet er hvilken betydning tidsforløpet fra selve nødtilstanden ble erklært bør ha for vurderingen av forskjellige tiltaks forholdsmessighet. For den internasjonale terrortrusselens vedkommende bør denne vurderingen knyttes til tidspunktet for en gjennomført terroraksjon, alternativt til det tidspunktet da en terroraksjon ble antatt å være umiddelbart forestående. Dette har å gjøre med hvordan selve nødtilstandsvilkåret er tolket i kapittel 5. Om en nødtilstand skulle bli ansett å foreligge også utenom disse situasjonene, bør forskjellige tiltaks nærhet i tid til faktisk gjennomførte eller umiddelbart forestående angrep kunne bli lagt vekt på i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen.

Poenget her er ikke å formulere absolutte minstekrav, men heller peke ut dette momentet som generelt relevant for intensiteten i forholdsmessighetsvurderingen. Nærmere bestemt bør de derogerende tiltakenes nærhet i tid til et aktuelt terrorangrep ha betydning for skjønnsmarginens størrelse. Det er gode grunner til at EMD og nasjonale domstoler gir staten et noe videre spillerom dersom de derogerende tiltakene skjer i umiddelbar etterkant av et terrorangrep eller for å forhindre at et bestemt terrorangrep blir gjennomført. Da framstår nemlig situasjonen mest alvorlig, og dermed vil svært inngripende tiltak lettere stå i forhold til situasjonens alvor enn når terrorfrykten er mer generell.

Også dette perspektivet kan hjemles i EMDs rettspraksis, nærmere bestemt i *Nord-Irland*, hvor EMD uttaler at kravet til den enkeltes rettsikkerhet må veie tyngre til lengre nødtilstanden har vart¹, jfr. punkt 6.6.1. Samtidig er det viktig å være oppmerksom på at EMDs rettspraksis åpner for at bestemte derogerende tiltak kan vedbli å være forholdsmessige også etter at en nødtilstand har vart i svært lang tid. Dette illustreres spesielt av avvisningsavgjørelsen i *Marshall*.² Også i *Marshall* legger imidlertid EMD vekt på at det hadde vært en oppblussing av voldelig aktivitet i Nord-Irland i umiddelbar forkant av at de konkrete derogerende tiltakene hadde blitt anvendt.³ Slik sett er denne avgjørelsen med på å understreke at derogerende tiltaks nærhet i tid til faktisk voldsutøvelse må ha betydning for skjønnsmarginens størrelse.

6.7. Avsluttende vurdering

Som drøftelsen i punkt 6.3-6.6 viser, innebærer EMK artikkel 15 at det også i nødtilstander kan stilles opp håndhevbare rettslige skranker for statenes myndighetsutøvelse. I møte med den internasjonale terrortrusselen er det viktig at domstoler på nasjonalt og internasjonalt plan er beredt til å håndheve disse rettslige skrankene. Som rettsutviklingen i Storbritannia etter 2001 viser, kan domstolene i Europarådets stater anvende også EMK artikkel 15 til å holde igjen en utvikling i retning av stadig mer inngripende terrorbekjempelsestiltak. Samtidig er det selvsagt viktig at domstolene legger tilbørlig vekt på legitime samfunnsikkerhetshensyn i de konkrete avveiningene som må foretas, både i følge EMK artikkel 15 og Konvensjonens øvrige bestemmelser. Også dette perspektivet er sterkt tilstede i House of Lords sine dommer om britiske terrorbekjempelsestiltak siden 2001.

¹ Se *Nord-Irland* para 220.

² Se *Marshall* The Law punkt B, 16. avsnitt.

³ Se *Marshall* The Law punkt B, 6. avsnitt.

Når det gjelder derogerende tiltak i møte med den internasjonale terrortrusselen, lar det seg gjøre å peke på noen hovedkrav som det framstår spesielt viktig å være oppmerksom på, jfr. punkt 6.3-6.6. For det første må ikke de derogerende tiltakene benyttes til å bekjempe terrorisme eller annen farlig kriminalitet generelt; de må være rettet inn mot å hindre internasjonale terroraksjoner i den aktuelle staten. Dette følger av kravet om formålsforankring. Videre bør det dreie seg om godt gjennomtenkte tiltak som staten jevnlig evaluerer effektiviteten av, som en motsetning til panikkpregede tiltak for å vise handlekraft. Dette følger av kravet om formålsrasjonalitet. I tillegg må det framstå sannsynlig at trusselen ikke lar seg håndtere tilfredsstillende ved hjelp av ikke-derogerende tiltak. På dette punktet må staten kunne påvise at de hadde rimelig grunn til å anta at behovet for nettopp derogerende tiltak var presserende.

Dersom det dreier seg om derogerende frihetsberøvelse i møte med den internasjonale terrortrusselen, bør dette tiltaket være rettet kun mot personer som mistenkes eller antas for selv å være involvert i internasjonal terrorisme. Selve den derogerende frihetsberøvelsen bør dessuten ikke være tidsbegrenset, og staten må operere med misbruksgarantier som et vern både mot uverdigg behandling og vilkårlig bruk av nødsfullmaktene. I tillegg bør behovet for å anvende derogerende tiltak legges fram for den lovgivende forsamling med jevne mellomrom.

Når det gjelder systemet med "derogating control orders" i "The 2005 Act", tilfredsstiller selve lovhjemmelen i mange henseender vilkårene for at derogerende frihetsberøvelse skal være konvensjonsmessig. Samtidig kan det ikke på dette grunnlag slås fast at selve den konkrete bruken av slike "control orders" ville tilfredsstilt disse vilkårene. Ved å gi de aktuelle lovhjemlene har det britiske Parlamentet i realiteten gitt domstolene et viktig ansvar når det gjelder å håndheve kravene i EMK artikkel 15. Dersom Regjeringen går inn for å anvende "derogating control orders", blir det opp til domstolene å fastslå om bruken av dem i en konkret situasjon vil tilfredsstille kravene til formålsforankring og nødvendighet. På disse punkter kan man si at "The 2005 Act" framstår som en direkte respons på House of Lords sin problematisering av bestemte aspekter ved "The 2001 Act" i dommen [2004] UKHL 56.

Uansett kan systemet med "derogating control orders" sies å svikte på et viktig punkt når "The 2005 Act" åpner for tidsbegrenset frihetsberøvelse. Dette aspektet ved systemet gjør at det framstår svært problematisk ut fra forholdsmessighetskravet i EMK artikkel 15. Konklusjonen på dette punktet blir derfor at systemet med "derogating control orders" ikke bør bli ansett konvensjonsmessig av EMD dersom Domstolen i framtiden skulle komme til å stå overfor denne problemstillingen.

En aktiv domstolskontroll med forholdsmessigheten av derogerende tiltak kan nok innebære at den utøvende makt i en kritisk situasjon ikke står så fritt til å iverksette potensielt effektive tiltak som samfunnssikkerhetshensynet isolert sett ville tilsi. På dette punktet kan det dras en forbindelseslinje tilbake til punkt 6.1, hvor rettslige skranker for myndighetsutøvelsen også i nødstilstander ble pekt på som et grunnleggende kjennetegn på hvordan rettsstater lever sine liv. Dette perspektivet er kraftfullt formulert av Israels Høyesterett i en av dens dommer om israelsk myndighetsutøvelse på den okkuperte Vestbredden. Denne domstolens formuleringer i denne sammenheng skal få lov til å stå som en oppsummerende illustrasjon av dette hovedperspektivet:

"This is the destiny of a democracy—it does not see all means as acceptable, and the ways of its enemies are not always open before it. A democracy must sometimes fight with one hand tied behind its back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and the liberty of an individual constitute important components

in its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and this strength allows it to overcome its difficulties.”¹ (min kursivering)

¹ Dommen er referert blant annet her: http://www.haaretz.com/hasite/images/iht_daily/D010704/hcfen0604.rtf. Det aktuelle sitatet står i dommens para 86.

7. Avslutning

Helt til sist vil jeg gjerne understreke at drøftelsene i kapittel 5 og 6 ikke er ment som en oppfordring til å anvende EMK artikkel 15 i møte med den internasjonale terrortrusselen. Det foreligger gode grunner til i utgangspunktet å være skeptisk til anvendelsen av denne bestemmelsen som virkemiddel, og det kan i den forbindelse vises til de advarende uttalelsene fra Europarådets parlamentarikerforsamling i dens Resolusjon 1271.

Det drøftelsene har tatt sikte på, er den situasjonen hvor en stat uansett velger å ty til derogasjon som virkemiddel. Dersom den situasjonen igjen skulle oppstå, er det viktig at de materielle vilkårene for derogasjon i EMK artikkel 15-1 blir brukt til å markere noen yttergrenser for hvor langt staten da kan gå i sine bestrebelsers på å beskytte seg selv og sine innbyggere. Det er slike yttergrenser denne avhandlingen har forsøkt å skissere.

I den forbindelse framstår det nærliggende å sitere Ackerman, som ser sine drøftelser som et bidrag til en debatt om hvordan vi kan sikre våre liberale rettsstatstradisjoner i møte med det 21. århundrets trusseltyper:

“(...) for the first time in world history, the fate of Enlightenment constitutionalism depends more on us than our enemies. The greatest threat is the implosion of liberal democratic values in the heartland, not their destruction by hostile forces from the periphery. The twenty-first century will be littered by episodic terrorist outrages, but we cannot allow ourselves to lose our heads as we strike back.”¹

Nødstilstands- og forholdsmessighetsvilkårene i EMK artikkel 15-1 kan være med og danne et bolverk mot at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier ofres på terrorbekjempelsens alter. Forhåpentligvis vil både nasjonale domstoler og EMD her være seg sitt ansvar bevisst.

¹ Ackerman s. 169.

Litteratur:

Aall, Rettsstat:

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave (Bergen 2007).

Aall, Domstolsadgang:

Aall, Jørgen, "Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998 s. 1.

Ackerman:

Ackerman, Bruce, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism* (New Haven & London 2006).

Berg:

Berg, Jens Petter, "Terroristbekjempelse etter 11. september 2001", *Kritisk Juss*, 2001 s. 223.

Cameron:

Cameron, Iain, *National Security and the European Convention on Human Rights* (Uppsala 2000).

Cassese:

Cassese, Antonio, *International Law*, 2. utgave (New York 2005).

van Dijk:

Dijk, Pieter van, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak (red.), *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Antwerpen – Oxford 2006).

Fleischer:

Fleischer, Carl August, *Folkerett*, 8. utgave (Oslo 2005).

Harris, O'Boyle og Warbrick:

Harris, D.J., M. O'Boyle og C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (London, Dublin, Edinburgh 1995).

Hegge:

Hegge, Vidar, "Norske anti-terroriltak", *Mennesker og Rettigheter*, 2002 s. 79.

Heide:

Heide, Ola Rambjør, *Konstitusjonell nødrett. Sett i lys av EMK artikkel 15* (Oslo 1998).

Husabø og Aall:

Husabø, Erling Johannes og Jørgen Aall, "Bekjempelse av terrorisme og forsvar for rettsstaten – et britisk eksempel", *Lov og Rett*, 2005 s. 515.

Høstmælingen:

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter* (Oslo 2003).

Møse:

Møse, Erik, *Menneskerettigheter* (Oslo 2002).

Nowak:

Nowak, Manfred, *The U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2. utgave (Kehl 2005).

Nystuen, Achieving Peace:

Nystuen, Gro, *Achieving Peace or Protecting Human Rights?* (Leiden / Boston 2005).

Opsahl:

Opsahl, Torkel, *Internasjonale menneskerettigheter. En foreløpig innføring* (Oslo 1991).

Oraá:

Oraá, Jaime, *Human Rights in States of Emergency in International Law* (Oxford 1992).

Jacobs og White:

Ovey, Clare og Robin White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Oxford 2006).

Ruud og Ulfstein:

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave (Oslo 2007).

Svensson-McCarthy:

Svensson-McCarthy, Anna-Lena, *The International Law of Human Rights and States of Exception* (Haag / Boston / London 1998).

Warbrick:

Warbrick, Colin, "The Principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism", *European Human Rights Law Review*, 2002 (3) s. 287.

Weil:

Weil, Gordon L., *The European Convention on Human Rights, background, development and prospects* (A.W. Sythoff – Leyden 1963).

Wilson:

Wilson, Richard Ashby (red.), *Human Rights in the "War on Terror"* (Cambridge 2005).

Rapporter og avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetskommissjon:

Hellas-saken:

Applications no. 3321-3323/67 and 3344/67. Report of the Commission of 5 November 1969 YB XII 1969.

Kypros 1-saken:

Application no. 176/56. "Notes" from the proceedings and decisions on admissibility of 2 June 1956 YB II (1958-59) s. 174-196.

Kypros 2-saken:

Applications no. 6780/74 and 6950/75. Decision on admissibility of 10 July 1976. European Human Rights Reports 1982 s. 482-589.

Tyrkia-saken:

Applications no. 9940-9944/82. Report of the Commission of 7 December 1985 (friendly settlement). European Human Rights Reports 1986 s. 205-213.

Dommer og avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol:

(er enkelt tilgjengelige på <http://www.echr.coe.int>)

Aksoy v. Turkey. Judgment of 18 December 1996.

Appleby and others v. The United Kingdom. Judgment of 6 May 2003.

Bankovic and others v. Belgium. Judgment of 12 December 2001.

Brannigan and McBride v. The United Kingdom. Judgment of 25 May 1993.

Brogan and others v. The United Kingdom. Judgment of 29 November 1988.

Chahal v. The United Kingdom. Judgment of 25 October 1996.

Demir and others v. Turkey. Judgment of 23 September 1998.

Jecius v. Lithuania. Judgment of 31 July 2000.

Klass and others v. Germany. Judgment of 6 September 1978.

Lawless v. Ireland. Judgment of 1 July 1961.

Marshall v. The United Kingdom. Decision as to the admissibility. 10 July 2001.

Nord-Irland: Ireland v. The United Kingdom. Judgment of 18 January 1978.

Osman v. The United Kingdom. Judgment of 28 October 1998.

Pretty v. The United Kingdom. Judgment of 29 April 2002.

Saramati v. France, Germany and Norway. Decision as to the admissibility. 2 May 2007.

Sakik and others v. Turkey. Judgment of 26 November 1997.

Stafford v. The United Kingdom. Judgment of 28 May 2002.

Sutter v. Switzerland. Judgment of 22 February 1984.

Van der Leer v. The Netherlands. Judgment of 21 February 1990.

Dommer fra Storbritannias høyesterett (House of Lords):

[2004] UKHL 56:

A and others v. Secretary of State for the Home Department. 16 December 2004.

[2007] UKHL 45:

Secretary of State for the Home Department v. JJ and others. 31 October 2007.

[2007] UKHL 46:

Secretary of State for the Home Department v. MB. 31 October 2007.

[2007] UKHL 47:

Secretary of State for the Home Department v. E and another. 31 October 2007.

Dommer fra USAs høyesterett (US Supreme Court):

Hamdi:

Hamdi v. Rumsfeld, Secretary of Defense. Judgment of the US Supreme Court. Decided June 28 2004.

Padilla:

Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla. Judgment of the US Supreme Court. Decided June 28 2004.

Rasul:

Rasul v. Bush, President of the United States. Judgment of the US Supreme Court. Decided June 28 2004.

Hamdan:

Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense. Judgment of the US Supreme Court Decided June 29, 2006.

Uttalelser fra FNs menneskerettskomité:

CCPR General Comment No. 29:

General Comment no. 29. States of Emergency (Article 4). CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 31 August 2001.

Uttalelser fra FNs økonomiske og sosiale råd:

Siracusa-prinsippene:

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).

Resolusjoner fra FNs sikkerhetsråd:

Sikkerhetsrådets resolusjon 1368 (2001).

Sikkerhetsrådets resolusjon 1373 (2001).

Sikkerhetsrådets resolusjon 1566 (2004).

Uttalelser fra Europarådets organer:

Europarådets parlamentarikerforsamlings Resolusjon 1271 (2002).

Europarådets ministerkomité's "Guidelines on human rights and the fight against terrorism", vedtatt 11. juli 2002.

Norsk lovgivning:

Lov 21. mai 1999 nr. 30 (Menneskerettsloven).

Britisk lovgivning:

Human Rights Act 1998.

"The 2001 Act":

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001.

"The 2005 Act":

Prevention of Terrorism Act 2005.

"Derogation Order 2001":

The Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001, Statutory Instruments 2001 No. 3644

"Continuance Order 2007":

The Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in force of sections 1 to 9) Order 2007, Statutory Instruments 2007 No. 706

Amerikans lovgivning:

The Constitution of the United States. (US Const.)

Konvensjoner:

Geneve-konvensjonene om krigens folkerett nr. I-III av 12. august 1949.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950.

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

Internett-sider som det er vist til i fotnotene i avhandlingen:

Leksikonet Britannicas nettutgave: <http://www.britannica.com>

Tidsskriftet The Economist på nett: <http://www.economist.com>

Europarådets hovedside: <http://www.coe.int> og

Europarådets traktatside: <http://conventions.coe.int>

Det Hvite Hus på nett: <http://www.whitehouse.gov>

Menneskerettsorganisasjonen Statewatch på nett: <http://www.statewatch.org>

Avisen Aftenpostens nettutgave: <http://www.aftenposten.no>

FNs høykommissær for menneskerettigheter på nett: <http://www.ohchr.org>

Wikipedias sitatsider: <http://en.wikiquote.org>

Avisen Haaretz sin nettutgave: <http://www.haaretz.com>