

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

Manglende konsekvenstenkning i menneskerettsjussen

AV OLE GJEMS-ONSTAD

ole.gjems-onstad@bi.no

Ole Gjems-Onstad, cand.jur., lic.jur. og dr. juris fra Universitetet i Oslo, siden 1985 professor ved Handelshøyskolen BI, har utgitt en rekke bøker og artikler i skatte-, avgifts- og selskapsrett og om frivillige organisasjoner, og har de siste årene også arbeidet med menneskerettigheter og utgitt boken Menneskerettigheter – en verden uten helvete. I høst publiserte han La gründere flytte – formuesskattens dilemmaer i krisenes tidsalder.

SAMMENDRAG Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) fortolker det absolutte forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 3 stadig videre. Dommene kan ha store praktiske konsekvenser, men disse virkninger av avgjørelsene diskuteres i liten grad av EMD siden et mer rettspragmatisk perspektiv ofte mangler. Når EMD gjennom dynamiske fortolkninger gir nye regler, utfordres begrensningen ved en rent juridisk metode og skillet mellom juss og politikk.

NØKKELOD Den europeiske menneskerettskonvensjon, Verdenserklæringen, non refoulement, torturforbudet, Gäfgen, Hirsi, forholdsmessighetsvurdering

ABSTRACT The European Court of Human Rights (ECHR) applies the absolute prohibition against inhuman and degrading treatment in an ever expanding manner. The judgements may have far-reaching practical implications, but these consequences are not discussed by the Court as a more pragmatic perspective is often left out. When the ECHR through dynamic interpretations develops new rules the limitations inherent in a purely legal method are challenged, and also the limits between law and politics.

KEYWORDS The European Convention of Human Rights, World Declaration, Non refoulement, prohibition against torture, Gäfgen, Hirsi, principle of opportunity

1 Paradoksalt forhold til rettspragmatisme

Menneskerettighetenes forhold til pragmatisk juridisk tenkning kan fremstå som et paradoks. Den sterke fremvekst av menneskerettigheter fra og med FNs verdenserklæring i 1948¹ kan forstås som et praktisk grep for et «Aldri igjen!» etter ekstrem totalitær brutalitet.² Naturlig nok mente de som utarbeidet de sentrale konvensjoner at det var behov for enkelte absolutte grenser. Med umenneskelige og nedverdiggende handlinger kan det ikke inngås kompromisser.

Sentrale konvensjoner som Den europeiske menneskerettskonvensjon 1950 (EMK)³ og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)⁴ inneholder ikke-fravikelige (non-derogatory) regler. Artikkelen ser særlig på de absolutte forbud mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf. EMK art. 3 og 15, sml. de nærmest likelydende bestemmelser i SP art. 7 og art. 4 nr. 2. I drøftelsen følger vi «EMK-sporet», og ikke «FN-sporet». For tolkningen av de nevnte bestemmelser er dommene fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) langt mer nyanserte, utførlige, «juridiske» og autoritative enn uttalelser fra FN-organer. Ved kommentarer fra FN-organene kan det være nødvendig å foreta et vanskelig skille mellom juss og politikk.

EMK art. 3 kalles ofte torturforbudet, men inneholder også forbud mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I EMK art. 15 sies at «[i]ntet fravik» fra art. 3 er tillatt uansett om det dreier seg om «krig eller annen offentlig nødtilstand som truer nasjonens liv». Bestemmelsen forstås slik at enhver krise-, katastrofe- eller krigstilstand er omfattet. Det er ingen tvil om at forbudet i art. 3, jf. art. 15, er absolutt. Dette følger av rettspraksis, f.eks. de dommer fra EMK vi skal diskutere, samt teorien.⁵ Et annet forhold er at klassifisering av hva som er uverdigg eller umenneskelig, kan variere ut fra forholdene.⁶

Et nedsettende uttrykk om absolutt juss har vært «black letter law». Det er en mindre vakker måte å beskrive at ikke-derogatoriske regler kan komme i motsetning til rettspragmatisk tenkning.

De absolutte regler i EMK art. 3, jf. art. 15, skiller seg f.eks. fra EMK art. 8 til 11 som verner privatliv og familieliv, ytrings- og religionsfrihet mv. I disse bestemmelsene er det en uttrykkelig unntaksadgang som bygger på et forholdsmessig-

1. FNs menneskerettserklæring 1948 (Verdenserklæringen – The Universal Declaration of Human Rights).

2. Det er også andre perspektiver på den sterke fremveksten av menneskerettsjussen i etterkrigstiden, se f.eks. Samuel Moyn: *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press 2010.

3. Undertegnet 1950, i kraft 1953.

4. Undertegnet 1966, i kraft 1976.

5. Se f.eks. Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4 utg., Fagbokforlaget 2015, s. 185 og s. 188.

6. Se igjen Aall 2015 l.c. s. 188.

hets-, oppportunitets- eller rimelighetsprinsipp – hva man også kunne kalle en mer rettspragmatisk tilnærming.

Dommer om forbudet i EMK art. 3 om umenneskelig eller nedverdiggende forhold gjelder dramatiske saksforhold. Avgjørelsene omtalt i denne artikkelen angår ofte tilspissede omstendigheter, men utvalget av dommer er ikke tilfeldig. Det dreier seg om til dels sentrale, illustrerende og ofte kjente dommer selv om de ikke er mye omtalt i norsk menneskerettslitteratur. Dommene tydeliggjør hvordan derogasjonsforbudet i art. 15, jf. art. 3, kan utfordre en pragmatisk tilnærming til menneskerettsjussen.

De juridiske menneskerettighetene bygger på grunnleggende etiske prinsipper. Når reglene gjøres absolutte, kan de også utfordre alminnelig anerkjente etiske fundament.

Artikkelen er kritisk til sider ved EMDs tilnærming til EMK art. 3 og 15. Forsvarere av domstolen fremholder undertiden at det er «farlig å snakke domstolen ned». Synspunktet hviler etter artikkelforfatterens mening på en misforståelse. Alle med interesse for menneskerettigheter har et ansvar for å bidra til at EMD nyter respekt. Da må varselflagg reises og en kritisk juss anvendes for etter fattig evne og sammen med andre kommentatorer å bidra til at domstolen kan legge om kursen. Man må ikke være engstelig for å ytre seg om en domstol som skal ivareta en konvensjon der fri demokratisk meningsutveksling er en sentral verdi.

2 Gäfgen-saken: trusler om tortur vs. en uskyld gutts liv

Gäfgen-saken⁷ skal være en av de meste omtalte menneskerettssaker i Tyskland. I norsk menneskerettslitteratur er den knapt omtalt, og ikke problematisert.⁸ Her fremheves den delen av sakens fakta som er særlig relevant for vårt tema.⁹

Jakob, en uskyldig gutt på 11 år, var brutalt drept, men morderen, Magnus Gäfgen, fremstilte det hele som en kidnapping. Han ble anholdt raskt etter at han hentet løsesummen. Politiet visste ikke at Jakob allerede var død og trodde det var et kappløp med klokken for å finne gutten i live. Gäfgen ville ikke fortelle hvor Jakob var. Da instruerte forhørslederen, Wolfgang Daschner, om at Gäfgen skulle trues med tortur. Noen minutter etter ga Gäfgen de nødvendige opplysninger om hvor han hadde gjemt den drepte gutten.

7. Gäfgen mot Tyskland, nr. 22978/05, Storkammeret 1. juni 2010.

8. Se Aall 2015, s. 193 og 470–471. Gäfgen-saken er ikke nevnt hos Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinovic Larsen: *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, Gyldendal Juridisk 2015.

9. For en mer utførlig gjennomgang av saken, se Ole Gjems-Onstad: *Menneskerettigheter. En verden uten helvete*. Cappelen Damm Akademisk 2017, s. 57–62.

Tysk påtalemyndighet mente forhørsleder Daschner hadde gått for langt. Han ble tiltalt, fikk en betinget bot på € 10 800 og omplassert innen politiet. Gäfgen mente dette ikke var nok og tok saken til EMD. Et kammer mente (6-1) at Gäfgens rettigheter etter EMK ikke var krenket, men Storkammeret fant (11-6) at Tyskland ikke i tilstrekkelig grad hadde markert at Gäfgen hadde blitt utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK art. 3. Det egentlige poeng med Gäfgens klage til Strasbourg var å få drapsdommen opphevet fordi han mente den var basert på beviser fremkommet under trusler om tortur. Derfor mente Gäfgen den tyske dommen ikke tilfredstilte kravene til rettferdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1. Slik undertegnede leser dommen, mente Storkammeret at bevis fremskaffet gjennom tortur aldri kan benyttes, men at man ved trusler om tortur mer må foreta en totalvurdering.¹⁰

3 Nedverdiggende eller umenneskelig: absolutte vs. pragmatiske tilnærminger

Det vi ser på her, er Storkammerets fortolkning i Gäfgen-dommen av nedverdiggende og umenneskelig behandling i EMK art. 3. Når EMD legger til grunn at trusler om tortur faller inn under art. 3, vil den type virkemidler alltid være forbudt. Tysk politi trodde det dreiet seg om en akutt livstruende situasjon. Undertiden anføres at trusler ikke er del av moderne etterforskningsmetoder, og sjelden gir gode resultater. Overfor Gäfgen hadde truslene en umiddelbar effekt. – Det er et sentralt poeng at Gäfgen ikke ble utsatt for tortur. Det EMD tok stilling til var *trusler* om tortur.

Myndighetene har plikt til å verne den enkeltes liv, jf. EMK art. 2. Den unge gutten, Jakob, hadde et menneskerettslig vern etter denne bestemmelsen. Imidlertid åpner EMK ut fra sin utforming ikke for en pragmatisk eller konsekvensorientert balansering av Jakobs menneskerett til liv etter art. 2 mot Gäfgens menneskerettslige vern mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter art. 3. Det blir et slags kappløp om «først til menneskerettighetene». Gäfgen ble pågrepet av tyske myndigheter før de fikk noen kontakt med Jakob. De tyske myndigheters handlinger overfor Gäfgen er begrenset av art. 3 der det etter derogasjonsforbudet i art. 15 ikke åpnes for en interesseavveining. Det har vært hevdet at når man står overfor to absolutte forbud som her med art. 2 og art. 3, må det foretas en interesseavveining uansett hvem som er først. Men det er ikke et vanlig synspunkt.¹¹

10. Aall 2015, s. 470, mener ut fra sin lesing av Storkammerets premisser at dommen «bør likevel ikke forstås slik». Hans standpunkt er øyensynlig at beviser fremskaffet ved trusler om tortur alltid må avskjæres.

11. Steven Greer: «Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really 'Absolute' in International Human Rights Law? A Reply to Graffin and Mavronicola», *Human Rights Law Review* 2018, 18, s. 297–307.

Hadde f.eks. Jakobs foreldre på egen hånd først fått tak i Gäfgen, kunne de truet ham, og kanskje forulempet ham, etter nødverge- og nødrettsbestemmelsene i straffeloven §§ 17 og 18. Som privatpersoner er de, til forskjell fra offentlige myndigheter, ikke pliktsubjekt etter EMK. I forhold til nødrett og nødvergeregler ville det bli spørsmål om en rimelighetsavveining. For offentlige myndigheter avskjærer EMK art. 15 nødrettsresonnementer. Et spørsmål vi ikke går inn på her, er om Norge kan ansees for å krenke EMK ved å opprettholde nødretts- og nødvergebestemmelser som tillater private personer å krenke andres (her en morder og kidnapper) rettigheter etter EMK art. 3.

Det kan ikke ansees som tvilsomt at tolkningen av EMK art. 3, jf. art. 15, er absolutt i den forstand at det ikke endrer konklusjonen å øke antallet Jakob'er. Den type trusler Gäfgen ble utsatt for, kan etter Strasbourg-domstolens forståelse av EMK ikke anvendes uten hensyn til det antall unge, uskyldige mennesker som kan bli reddet. Det er ikke rom for en modifierende konsekvens- eller rimelighetsbetraktning.

En mer pragmatisk tilnærming kunne være å godta forbudet, men å åpne for avvikende resultater der det dreier seg om helt ekstraordinære situasjoner som i Gäfgen-saken. Man kunne legge til grunn at de aktuelle myndighetspersoner skal handle ut fra etiske normer art. 3 tar sikte på å opprettholde, men at man godtar at straff ikke ilegges der situasjonen er helt spesiell, og der andres grunnleggende rettigheter er i spill.

En annen og også mer pragmatisk orientert løsning kunne være å fortolke begrepene «nedverdiggende» og «umenneskelig» mer tilpasset den enkelte situasjon. Overfor en kidnapper som har satt et uskyldig ungt menneske i alvorlig fare, kunne terskelen for nedverdiggende og umenneskelig etter art. 3 settes høyere. Det dreier seg ikke om å godta tortur, men i usedvanlige situasjoner overfor potensielle mordere å akseptere en røffere språkbruk og opptreden før trumfkortet «umenneskelig» eller «nedverdiggende» utløses. Hva som skal kvalifisere som umenneskelig eller nedverdiggende i forhold til en person, kunne sees i sammenheng med hvilke rettigheter vedkommende har satt i fare for andre. En slik relativiserende eller pragmatisk fortolkning synes avvist av EMD. I Jalloh-saken sluttet flere dommere i flertallet seg til denne utfyllende kommentar: «The Court has repeatedly emphasised the special character of the guarantees under Article 3, which prohibits in absolute terms the use of torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the nature of the victim's conduct and which does not allow for the balancing of competing public interests against the use of treatment which attains the Article 3 threshold.»¹²

12. Dommer Bratza, jf. utfyllende kommentar ved dommer Zupancic i Jalloh mot Tyskland 11 juli 2006, nr. 54810/00 Storkammer.

Det vanlige standpunkt i menneskerettslitteraturen er å forstå Gäfgen-dommen som en bekreftelse av at forbudet i EMK art. 3, jf. art. 15, er absolutt.¹³

4 Trivialisere absolutte regler

Boyuid-saken¹⁴ illustrerer flere tankekors rundt absolutte regler. Kammeravgjørelsen ble enstemmig avgjort i favør av Belgia. I Storkammeret, derimot, ble Belgia dømt 14-3. Avgjørelsene av EMD danner presedens for 47 medlemsstater med 820 millioner innbyggere. Det hadde vært mer betryggende om dommer om absolutte bestemmelser der det ikke åpnes for pragmatiske avveininger, hadde vært mer samstemte.

En ung mann som nærmest bor i nabohuset til en belgisk politistasjon, er sammen med øvrig familie i konstant konflikt med politifolkene. En dag blir ungdommen anholdt. Inne på politistasjonen er den unge mannen så grovkjefet og utfordrende i sin kroppslige adferd at en politibetjent mister tålmodigheten og dasker til gutten med flat hånd i ansiktet. Det er ingen tvil om at en politibetjent må tåle denne type provokasjoner, og at en disiplinærforføyning ville være adekvat. Men Storkammerets klare flertall mente et slag i fjeset med flat hånd representerte en så ydmykende handling at den var umenneskelig eller nedverdiggende etter art. 3.

Mindretallet på tre dommere mente flertallet hadde vært for lite konsekvensorientert. De mente majoriteten ikke hadde sett sammenhengen i regelverket og viktige faktiske følger av dommen. EMD har lagt til grunn at non refoulement-prinsippet, forbudet mot å bortvise eller utvise noen der dette kan sette vedkommende i alvorlig fare, må forstås slik at ingen kan sendes til et land der de risikerer behandling i strid med EMK art. 3.¹⁵ Dermed oppstår problemer når EMK art. 3 tolkes vidt. Mindretallet formulerte det slik: «A question that has not been discussed in the present case but will no doubt arise in the future is whether the strict standard set by the majority should now also be applied in cases concerning the extradition or expulsion of aliens. Would Article 3 stand in the way of the extradition or deportation of an alien to a country where he or she is at risk of being slapped (once)?»¹⁶ Mindretallet mente flertallet trivialiserte art. 3 ved å la bestemmel-

13. Et unntak er som nevnt Steven Greer: «Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really 'Absolute' in International Human Rights Law? A Reply to Graffin and Mavronicola», *Human Rights Law Review* 2018, 18, s. 297-307, som argumenterer for at man må foreta en avveining når to absolutte regler kommer i konflikt, her art. 2 og art. 3. Men Greer har ikke mange med seg.

14. Boyuid mot Belgia 28 september 2014 nr. 23380/09 Storkammer.

15. Se f.eks. Hirsi Jamaa mfl. mot Italia 23. februar 2012, nr. 27765/09 Storkammer.

16. Boyuid mot Belgia, mindretallet, avsnitt 9 note 2.

sen omfatte det å bli slått i ansiktet med flat hånd. Fra en pragmatisk synsvinkel kan det spørres hvorfor de vidtrekkende konsekvenser mindretallet tar opp, ikke berøres av flertallet.

5 Svært dyre medisiner og helseinnvandring

En dom fra EMDs Storkammer i 2016, Paposhvili mot Belgia,¹⁷ har potensielt store praktiske implikasjoner, men igjen uten at disse diskuteres. Igjen dreier det seg også om en sak der EMD i foruroligende grad spriker. I kammeravgjørelsen fant et klart flertall, seks av syv dommere, at Belgia ikke hadde gjort seg skyldig i en krenkelse. I det enstemmige Storkammer ble Belgia dømt for krenkelse av art. 3.

Av hensyn til vår diskusjon kan saken gjengis mer i essens. Storkammeret fant at Paposhvili, en kronisk kriminell statsborger av Georgia, ikke kunne utvises fra Belgia. Han led av en alvorlig form for blodkreft som del av et komplisert sykdomsbilde. I Belgia ble han gjennom fengselsvesenet gitt dyre medisiner som kostet ca. kr 2,5 millioner årlig. I tillegg skulle han gjennom en dyr operasjon estimert til kr 1,5 millioner. Myndighetene i Georgia hadde uttalt at Paposhvili ville få forsvarlig behandling der, men EMD mente det ikke var tilstrekkelig godtgjort at den ville være tilstrekkelig god til å unngå alvorlig forverring for Paposhvilis helse. Storkammeret fant at Paposhvili «although not at imminent risk of dying, would face a real risk, [...] a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy». Det sentrale poeng er at EMD tidligere hadde lagt til grunn at utvisning som kunne resultere i *imminent risk of dying*, ville medføre brudd på art. 3 og dermed komme i strid med non refolement-prinsippet. Nå reduserte man terskelen til «a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy».

Vanskelige prioriteringer som følge av dyre medisiner er en gjenganger i moderne helsevesen. Ett er at flertallet ikke drøfter hvor mange utvisningssaker den reduserte terskel for nedverdiggende og umenneskelig behandling kan gjelde. Det er som allerede fremhevet 47 stater som må forholde seg til avgjørelsene fra EMD. Domstolen tar heller ikke opp hvordan deres forståelse av «umenneskelig» og «nedverdiggende» i forhold til dyre medisiner kan få betydning for andre enn immigranter. I de aller fleste land er det offisielle eller uoffisielle retningslinjer for hvor dyre medisiner en pasient kan få, og etter hvilke kriterier. Etter EMK art. 15 skal art. 3 være unntagelsesfri. Det er vanskelig å se at økonomiske hensyn kan

17. Paposhvili mot Belgia 13. desember 2016 nr. 41738/10.

begrunne unntak når krig eller nasjonens overlevelsesmulighet ikke gjør det. Tilsvarende kan det ikke være grunnlag for tvil om at enkelte dyre medisiner kan motvirke «a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy». Imidlertid er de praktiske implikasjoner av å utelukke økonomiske prioriteringer nærmest uoverstigelige når det dreier seg om medisiner som kan koste flere millioner og over ti millioner kroner per år per pasient. Det er vel kjent at alle lands helsemyndigheter her foretar prioriteringer.

Storbritannias høyesterett har kritisert Storkammeret i Strasbourg-domstolen for å uttrykke at den i Paposhvili-saken klargjorde kriteriene for når EMK art. 3 kommer til anvendelse i helsetilfelle, mens den i realiteten utvidet anvendelsesområdet.¹⁸

En utfordring er at EMD har utviklet en absolutt juss der det nærmest blir irrelevant å diskutere en avgjørelses praktiske konsekvenser. De økonomiske følger kan likevel ikke tas hensyn til, fordi reglene er unntagelsesfri. Man kan ikke argumentere pragmatisk, fordi jussen ikke tillater at det tas praktiske hensyn. Men en slik synsmåte snur tingene på hodet. Tankekorset er at når EMD utvider betydningen av «umenneskelig» og «nedverdiggende» i EMK art 3, dreier det seg om å la absolutte regler få større rekkevidde. Det burde ikke skje uten at domstolen forholdt seg til de praktiske følger av utvidelsen.

En utvidelse av området for absolutte regler uten å trekke inn konsekvensene kan man ikke rettferdiggjøre med at reglene er absolutte og at praktiske forhold derfor er irrelevante. Det blir en form for sirkelslutning. Nettopp fordi bestemmelsene skal anvendes absolutt, bør enhver utvidelse inneholde en rettspragmatisk analyse. Black letter-lovgivning har gjennomgående større konsekvenser enn regler som åpner for avveining og rimelighetsanalyser.

I Savran-saken¹⁹ foretok flertallet i kammeret i EMD nok en utvidelse av umenneskelig og nedverdiggende behandling i helsesaker. En kriminell statsborger av Tyrkia ble med knappst mulig flertall (4-3) nektet utvist til Tyrkia fordi Danmark ikke i tilstrekkelig grad hadde sannsynliggjort at han ville få en tilstrekkelig forsvarlig behandling for sin psykiatriske lidelse i hjemlandet. Mindretallet viste ikke bare til at det dreiet seg om en uoversiktlig utvidelse, men også at simulering er en utfordring ved psykiatriske forhold. Flertallet gjorde ikke noe forsøk på å angi hvor mange personer en slik utvidelse kunne berøre. Saken er påanket til Storkammeret av Danmark. Den 27. januar 2020 bestemte et panel på fem dommere at Savran-saken skal opp for Storkammeret. Norge avga 28. mai 2020 en

18. AM (Zimbabwe) mot Secretary of State, UK Supreme Court, 29. april 2020 UKSC 17, avsnitt 22 og 32.

19. Savran mot Danmark 1. oktober 2019 nr. 57467/15.

tredjepartsintervensjon til støtte for Danmark. I Danmark har Folketingets Ombudsmand uttrykt håp om at Storkammeret i Savran-saken vil klargjøre kriteriene i Paposhvili-dommen.²⁰

6 Soningsforhold – hvor mange land igjen?

En omfattende praksis for EMD gjelder om soningsforhold strider mot EMK art. 3 ved å være umenneskelige eller nedverdiggende. En dimensjon gjelder hvor stor plass den enkelte innsatte har til disposisjon. I Mursic-dommen²¹ kom Storkammeret til at det foreligger brudd på art. 3 hvis en person i en flerpersoncelle over noe tid (i saken 25 dager) har mindre enn 3 m² til disposisjon.²² Det er visse nyanser i vurderingen, 3 m²-kriteriet er ikke absolutt, men kan for enkelhets skyld brukes i vår diskusjon. I en avgjørelse fra den danske høyesterett 31. mai 2017 ble utvisning av tre rumenere kjent ugyldig med utgangspunkt i kriteriene i Mursic-dommen.

Hverken i Mursic-dommen eller den tilhørende rettspraksis diskuteres det åpenbare dilemma: Hvor mange land er igjen hvor man kan utvise kriminelle? Fengslingsforhold er yndet stoff for media. Det er vel kjent at svært mange land har overfylte fengsler der plassen kan være trang. Det dreier seg ikke bare om Afrika, Sør-Amerika og deler av Asia, men også f.eks. enkelte europeiske land og deler av USAs fengselsvesen. Man savner en konsekvensorientert belysning av hvilke land som er tilbake når Mursic-kriteriet på 3 m² skal anvendes som en absolutt sperre etter EMK art. 3, jf. art. 15.

Imidlertid synes det uklart om Strasbourg-domstolen vil stille de samme krav til fengselsstandard ved utvisning til land som ikke er medlemmer av Europarådet.²³

7 Massedøden i Middelhavet

I Hirsi Jamaa-dommen²⁴ utvidet EMDs storkammer enstemmig tolkningen av jurisdiksjonsbegrepet i EMK art. 1. En person var ikke under en stats «myndighetsområde» bare ved å befinne seg på statens geografiske territorium, men også ved å være under kontroll av statens representanter. To italienske kystvaktskip og et skattepolitiskip hadde plukket opp rundt 200 migranter på et sårbart fartøy og

20. Folketingets Ombudsmand, 6. mai 2020, j.nr. 7672-1, Dok.nr.19/05829-28/RPE.

21. M. Mursic mot Kroatia 20. oktober 2016, nr. 7334/13 Storkammer.

22. For å bruke de eksakte fakta fra dommen uten at det i praksis vil bli lagt til grunn så nøyaktig: 2,62 m² gjennomsnittlig per innsatt over 27 dager.

23. The Guidance Note on Prisoner Rights publisert av EMD, avsnitt 328–329.

24. Hirsi Jamaa mfl. mot Italia 23. februar 2012, nr. 27765/09 Storkammer.

returnert dem som en gruppe til Libya hvor de hadde startet overfarten til Italia. EMD uttalte at migrantene befant seg under Italias jurisdiksjon etter at de var tatt om bord på skip som opptrådte for italienske myndigheter. Myndighetsområde var et juridisk, ikke et geografisk eller territorielt begrep. Følgelig hadde migrantene rett til individuell behandling av sine asylsøknader, en individuell vurdering av om non refoulement-prinsippet kom til anvendelse, rett til å gjøre seg forstått og oppfatte behandlingen gjennom tolk, og som utgangspunkt klageadgang, jf. EMK art. 13 om bruk av rettsmiddel.²⁵ Den gruppevise utvisning stred også mot det uttrykkelige forbudet i EMK protokoll 4 art. 4.

Hirsi-dommen kan ha hatt dramatiske konsekvenser. Tusener av migranter har etter dens avgjørelse druknet i Middelhavet. Dette kunne antagelig relativt enkelt vært unngått hvis italienske kystvaktskip hadde vært satt inn for å avskjære og returnere dem til Libya. Det var også siktemålet med en push back-avtale inngått mellom Italia og Libya 4. februar 2009. Hirsi-dommen gjorde denne avtalen uønsket for Italia siden landet ville få ansvar for alle de migranter italienske kystvaktskip plukket opp. Heller ikke andre land har sendt «offisielle» skip for å avhjelpe drukningsdøden. Migrantene og deres «traffickers» har spekulert i at de vil bli reddet av Italia hvis de kommer helt nær eller innenfor territorialgrensen og er i livsfare.

Det tankevekkende er at disse konsekvenser av Hirsi-dommen som er nokså påregnelige, ikke ble diskutert av Storkammeret. Strasbourg-domstolen avsier en dom om jurisdiksjonsbegrepet, men uten å forholde seg til de nærliggende praktiske og liv-og-død-konsekvenser dommen kan innebære. Det blir en begrepsorientert juss nokså fjernt fra en realistisk og konsekvensorientert forståelse av reglene. Senere har som kjent Italia «tilpasset» seg dommen ved å la Libya overta eldre italienske kystvaktskip og bidra med økonomisk støtte til at de libyske myndigheter står for hele push back-operasjonen. Dette er også en temmelig nærliggende konsekvens som Storkammeret heller ikke diskuterer i Hirsi-dommen.

8 Mangler utredningsapparat og konsekvensforståelse

EMK trådte i kraft i 1953, tre år etter undertegningen. Men Strasbourg-domstolen, som var sett på med atskillig ambivalens og skepsis, ble først operativ i 1959. De første årene var EMD utprøvende med et varsomt blikk for hva som var politisk akseptabelt.²⁶ Den holdt seg mer til ordlyden og vanlige prinsipper for traktatfortolkning; en

25. Se også M.S.S. mot Belgia og Hellas 21. januar 2011 nr. 30696/09 Storkammer.

26. Se f.eks. Mikael Rask Madsen: «The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence», i Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen: *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press 2011, s. 42–60.

beskrivende betegnelse for denne fasen er «den diplomatiske domstol».²⁷ Etter hvert ble domstolen mer ekspansiv og selvhevdende. Den utviklet fra midt i 1970-årene en tolkningsdoktrine om at EMD er et levende instrument som må tolkes dynamisk og utviklingsrettet for å ivareta konvensjonens formål under skiftende forhold.²⁸

Foran har vi gjennomgått flere dommer der denne dynamiske fortolkningslinje har fått stor betydning. Problemet fra en rettspragmatisk synsvinkel er at disse konsekvenser knapt eller overhodet ikke diskuteres i dommene. Man kan også spørre om EMD overhodet ville ha muligheter for å foreta en slik drøftelse. EMD er under stort arbeidspress, har fortsatt titusener av restanser og er en vedtaksmaskin med høye krav til produksjon. Den har et stort sekretariat, men arbeidsformen er juridisk. Det man utreder, er relevante rettskildedefaktorer i domstolens egen praksis, nasjonal rett i medlemsstatene og konvensjoner og praksis fra andre menneskerettsorganer.

En dynamisk fortolkningslinje innebærer at domstolen tidvis, som vi har sett, de facto gir nye regler. Når arbeidsformen og tilnærmingen er juridisk, tilsier dette at de praktiske konsekvenser av vedtakene ikke utredes etter samme form som når politiske organer lovgir. Det er ikke rom for utredninger, høringer, uttalelser fra berørte parter, diskusjon av utilsiktede konsekvenser, osv.

At det dreier seg om rettslige vedtak, begrenser hvor pragmatisk man kan bli. Det ligger en metodisk begrensning for konsekvensanalyser av de mulige praktiske følger av en dom i at det dreier seg om nettopp *rettspragmatisme*, dvs. pragmatisk tenkning innenfor juridiske institusjoner og metode. En slik forståelse kan medføre at man finner grunn til å reservere seg overfor domstolene i en aktiv lovgiverrolle.

Strasbourg-domstolen gir ikke inntrykk av i tilstrekkelig grad å reflektere over de paradokser dens dynamiske fortolkningslinje kan utløse. I siste instans kan det dreie seg om en demokratisk utfordring – at EMD beveger seg over mot de beslutninger som naturlig hører til demokratisk valgte nasjonale organer.²⁹ En sentral grunn til å være bevisst på skillet mellom juss og politikk³⁰ er at forskjellige typer vedtak forutsetter ulike organer og prosedyrer. Et sted går man fra å være rettspragmatisk til å bli politisk, og da trenger man andre verktøy og kilder enn de juridiske.

27. Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsens i U 2015B, s. 14.

28. EMDs utviklingsrettede tolkningstradisjonen begynte med Golder-saken i 1975, Serie A nr. 18, men ble snart fulgt opp i flere andre avgjørelser, og er i dag en standardformulering i EMDs praksis. Se Jan Erik Helgesen: «What Are the Limits to the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights», HRLR 7.12/11, s. 275–281, på s 275. – Andre setter skillet mellom den mer forsiktige og dynamiske fortolkningsstil til saken Tyrer v. U.K. avsagt 25. april 1978, jf. Mads Bryde Andersen: Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem, *Juristen* 2017 3/2017, s. 81 (Tyrer gjaldt fysisk avstraffelse av skolebarn).

29. Se f.eks. Jonas Christoffersen: *Menneskeret – en demokratisk utfordring*, Hans Reitzels Forlag 2014.

30. Se f.eks. Jonas Christoffersen: «Jura og politikk – tanker om formalisme, idealisme og pragmatisme», i *Festskrift til Mads Bryde Andersen* 2018, s. 757–778 på s. 757 med videre henvisninger.