



GENERALADVOKATEN

Postboks 651 Sentrum, 0106 OSLO
Telefon 22 70 87 50 - Mil 510 5681 - Telefax 22 41 94 54
E-mail: postmottak.generaladvokaten@hpm.no
<http://www.generaladvokaten.no>

Vår referanse
0594/2011/GA/AWD/901

Dato
21. desember 2011

Deres referanse

Forsvarsdepartementet
Postboks 8126 Dep, 0032 OSLO

Gjenpart: Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep, 0030 OSLO

Riksadvokatembetet
Postboks 8002 Dep, 0030 OSLO

Forsvarsstaben
Postmottak, 2617 Lillehammer

Krigsadvokatene for Nord-Norge

Krigsadvokatene for Sør-Norge

NYERE PRAKSIS VED DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOL MV MED RELEVANS FOR ETTERFORSKING AV PÅSTÅTTE OVERGREP FRA NORSKE SOLDATERS SIDE

1. Innledning

Saken gjelder i korthet hvilke krav som påhviler Norge som part i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 1950 og 1966-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter til å etterforske påståtte overgrep fra norske soldaters side under militære operasjoner i utlandet, for tiden særlig i Afghanistan. Et vesentlig element i de konvensjonsbestemte rettighetene er statenes plikter til å sikre etterlevelse av konvensjonen gjennom etterforskning av mulige brudd.

Det vil bli påvist at Norge må påregne å bli holdt ansvarlig for eventuelle brudd på menneskerettigheter (og krigens folkerett) selv om man opererer i henhold til et mandat av FN og i et fremmed land, at plikten til etterforskning av mulige brudd gjelder selv om man er i en situasjon av væpnet konflikt, og at det stilles krav til at etterforskningen skal skje uavhengig av de militære kommandolinjer.

En gjennomgang av praksis begynner med *Bankovic-saken* av 2001 og *Saramati-saken* av 2007 der fokus lå på spørsmålene om jurisdiksjon og attribusjon, dvs. hvorvidt de aktuelle handlingene var utøvelse av jurisdiksjon fra vedkommende medlemslands side. Sakene blir kort omtalt nedenfor.

Spørsmålene om jurisdiksjon og attribusjon har kommet i en ny stilling etter dommene i *Al-Jedda* og *Al-Skeini* sakene, der dom i begge sakene ble avsagt 7. juli 2011. Sistnevnte sak tar også spesifikt opp spørsmålet om plikt til uavhengig etterforskning.

Jeg finner videre grunn til å gjengi deler av Goldstone-rapporten av 25. september 2009 om Gaza-konflikten der det er gitt uttalelser om Israels system for etterforskning og tiltale. Det gis også en kort omtale av en avgjørelse av 22. november 2011 fra The Court of Appeal for England and Wales som gjelder kravet om uavhengig etterforskning av påstander om mishandling begått av britiske styrker i Irak.

Genèvekonvensjonene av 1949 med tilleggsprotokoller medfører også plikt til etterforskning av påståtte grove brudd på konvensjonene. De tilsvarende pliktene under menneskerettighetsregimene synes i dag å være mer spesifiserte og dekker antagelig også et videre spektrum av handlinger. Det vil derfor bli fokusert på disse.

2. Attribusjonsspørsmålet og spørsmålet om FN-mandatets forrang

Problemstillingen er hvorvidt en handling som er foretatt av en stats militære styrker under utøvelse av et FN-mandat kan tilskrives vedkommende stat, eller om handlingen må anses utført av FN. En parallell problemstilling er om et FN-mandat går foran forpliktelser iht. menneskerettighetskonvensjonene iht. FN-paktens artikkel 103. Dette er strengt tatt et annet spørsmål som går på handlingens materielle lovlighet. I prinsippet kan en handling tilskrives staten men være lovlig fordi den er utført iht. til et pålegg fra FN som har forrang. En annen måte å se det på kan være at attribusjonsspørsmålet blir uinteressant dersom staten faktisk ikke hadde noen handlefrihet, men i praksis bare iverksatte et pålegg fra FN.

Praksis ved Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) er kasusorientert, men det synes å være tydelig at muligheten for at statene blir tilskrevet ansvar er større etter de nyeste avgjørelsene i 2011 enn det så ut til etter *Saramati-saken* i 2007. I denne saken var Norge blant de saksøkte i anledning en frihetsberøvelse i Kosovo basert på militær ordre. Ordren var gitt av en norsk general, som tjenestegjorde som sjef for KFOR i vedkommende tidsrom. Kort fortalt inntok domstolen her det standpunkt at siden KFOR opptrådte med hjemmel i et mandat fra FNs sikkerhetsråd og var under FNs kontroll, måtte handlingene tilskrives FN og ikke vedkommende stat. Spørsmålet falt dermed ikke under domstolens myndighet. Avgjørelsen har for øvrig vært kritisert.

For så vidt gjelder britiske styrkers administrative internering av *Al-Jedda* i Irak fra september 2004 til desember 2007, uttaler EMD i dommen av 7. juli 2011 om attribusjonsspørsmålet i pkt. 79 og 80 (utdrag):

“79. In Resolution 1511, adopted on 16 October 2003, the United Nations Security Council, again acting under Chapter VII, underscored the temporary nature of the exercise by the Coalition Provisional Authority of the authorities and responsibilities set out in Resolution 1483, which would cease as soon as an internationally recognised, representative Iraqi government could be sworn in. In paragraphs 13 and 14, the Security Council authorised “a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq” and urged Member States “to contribute assistance under this United Nations

mandate, including military forces, to the multinational force referred to in paragraph 13” (see paragraph 31 above). ...

80. The Court does not consider that, as a result of the authorisation contained in Resolution 1511, the acts of soldiers within the Multi-National Force became attributable to the United Nations or – more importantly, for the purposes of this case – ceased to be attributable to the troop-contributing nations. ...”

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt FN-mandatet i dette tilfellet går foran forpliktelser iht. menneskerettighetskonvensjonene iht. FN-paktens artikkel 103, uttaler EMD i pkt. 105 og 109:

“105. The Court does not consider that the language used in this Resolution indicates unambiguously that the Security Council intended to place Member States within the Multi-National Force under an obligation to use measures of indefinite internment without charge and without judicial guarantees, in breach of their undertakings under international human rights instruments including the Convention. Internment is not explicitly referred to in the Resolution. In paragraph 10 the Security Council decides that the Multi-National Force shall have authority “to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed”, which inter alia set out the Multi-National Force’s tasks. Internment is listed in Secretary of State Powell’s letter, as an example of the “broad range of tasks” which the Multi-National Force stood ready to undertake. In the Court’s view, the terminology of the Resolution appears to leave the choice of the means to achieve this end to the Member States within the Multi-National Force. Moreover, in the Preamble, the commitment of all forces to act in accordance with international law is noted. It is clear that the Convention forms part of international law, as the Court has frequently observed (see, for example, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI). In the absence of clear provision to the contrary, the presumption must be that the Security Council intended States within the Multi-National Force to contribute towards the maintenance of security in Iraq while complying with their obligations under international human rights law.”

...

“109. In conclusion, therefore, the Court considers that United Nations Security Council Resolution 1546, in paragraph 10, authorised the United Kingdom to take measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq. However, neither Resolution 1546 nor any other United Nations Security Council Resolution explicitly or implicitly required the United Kingdom to place an individual whom its authorities considered to constitute a risk to the security of Iraq into indefinite detention without charge. In these circumstances, in the absence of a binding obligation to use internment, there was no conflict between the United Kingdom’s obligations under the Charter of the United Nations and its obligations under Article 5 § 1 of the Convention.”

Dommen innebærer således at et FN-mandat som autoriserer bruk av “all necessary means” ikke nødvendigvis medfører noen plikt til å gjennomføre administrativ internering men snarere må presumeres å innebære at statene skulle bidra til opprettholdelsen av sikkerheten i Irak på en måte som var i samsvar med deres forpliktelser etter internasjonale

menneskerettigheter.¹ Det er etter dette ikke slik at en stat kan påregne å gå fri for å bli holdt ansvarlig for menneskerettighetsbrudd fordi om man opererer i henhold til et mandat fra FN.²

3. Ekstraterritoriell anvendelse og jurisdiksjonsbegrepet

Under EMK artikkel 1 skal de høye Kontraherende Parter sikre enhver *innen sitt myndighetsområde* (within their jurisdiction) de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I av konvensjonen. Selv om det kan antas at konvensjonen ble unnfanget med tanke på personer som er til stede på vedkommende staters territorium, utelukker ordlyden i artikkel 1 ikke ekstraterritoriell anvendelse dersom en person er innenfor statens jurisdiksjon.

I sin avgjørelse av 1995 i saken *Loizidou v. Turkey* uttalte EMD i pkt. 62:

“In this respect the Court recalls that, although Article 1 sets limits on the reach of the Convention, the concept of ‘jurisdiction’ under this provision is not restricted to the national territory of the High Contracting Parties. ... Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration.”

På den annen side inntok Domstolen i *Bancovic*-saken i 2001 det standpunkt at bombingene av Radio Televizije Srbije (“RTS”) sine bygninger i Beograd den 23. april 1999, kort etter kl. 02.00, ikke var en utøvelse av jurisdiksjon. I pkt. 71 uttaler domstolen at dens anerkjennelse av ekstraterritoriell jurisdiksjon ved en kontraherende stat er noe som gjøres unntaksvis: Den har gjort dette når respondentstaten (saksøkte) gjennom effektiv kontroll over det relevante territorium og dettes innbyggere utenfor statens grenser som følge av militær okkupasjon eller etter samtykke, innbydelse eller aksept ved vedkommende territoriums regjering, utøver alle eller noen av de offentlige myndighetsfunksjoner som det normalt tilkommer vedkommende regjering å utøve. Domstolen legger til i pkt. 80: “The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States”.

Dette restriktive synet kan ha blitt påvirket av det på tidspunktet for dommen nylige terrorangrep på World Trade Center i New York. En ekspansiv fortolkning av begrepet “jurisdiction” kunne ha blitt oppfattet som en manglende støtte til bekjempelsen av terrorisme. La det være som det vil, i saken *Issa and others v Turkey* fra 2004 uttaler domstolen i pkt. 71:

“Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory.”

¹ For fullstendighets skyld vil jeg her tilføye at også denne dommen er blitt kritisert. Det er således ikke godt å si hva den endelige løsningen blir. Min personlige vurdering er at man må være forberedt på å bli holdt ansvarlig og innrette seg deretter. Dette må spesielt gjelde for etterforskningsplikten, i og med at disiplinær og strafferettslig jurisdiksjon alltid går på nasjonale kanaler.

² Saken kan stille seg annerledes dersom FN uttrykkelig vedtar at menneskerettighetsforpliktelser kan fravikes. Jeg tar ikke standpunkt til hva løsningen vil bli i en slik hypotetisk situasjon.

I *Al-Skeini* saken i 2011 legger domstolen til grunn at overtagelse av ansvar for sikkerheten i det sør-østlige Irak medfører at man også utøver jurisdiksjon i konvensjonens forstand. Domstolen uttaler således i pkt. 149:

“149. It can be seen, therefore, that following the removal from power of the Ba'ath regime and until the accession of the Interim Government, the United Kingdom (together with the United States) assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in South East Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention.”

I et særavotum (som ikke er noen dissens) lanserer dommer Bonello den såkalte ”functional test” i pkt. 11-16 (utdrag):

“11. A “functional” test would see a State effectively exercising “jurisdiction” whenever it falls within its power to perform, or not to perform, any of these five functions. Very simply put, a State has jurisdiction for the purposes of Article 1 whenever the observance or the breach of any of these functions is within its authority and control.

...

16. In my view, the one honest test, in all circumstances (including extra-territoriality), is the following: did it depend on the agents of the State whether the alleged violation would be committed or would not be committed? Was it within the power of the State to punish the perpetrators and to compensate the victims? If the answer is yes, self-evidently the facts fall squarely within the jurisdiction of the State. ...”

Tankegangen har etter min oppfatning mye for seg, men er altså ikke forankret i domstolen som helhet.

Spørsmålet om ekstraterritoriell anvendelse har også vært vurdert av FNs menneskerettighetskomité i General comment 31 av 29. mars 2004. I henhold til pkt. 10 er en statspart (til 1966-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter) forpliktet til å respektere og sikre de konvensjonsbestemte rettigheter for enhver som er under vedkommende statsparts myndighet eller effektive kontroll, selv om denne ikke befinner seg på vedkommende statsparts territorium. ... Dette prinsippet kommer også til anvendelse på dem som er under myndighet eller effektiv kontroll av styrker fra statsparten som opptrer utenfor dens territorium, uten hensyn til omstendighetene hvorunder slik myndighet eller effektiv kontroll er kommet i stand, så som styrker som utgjør en nasjonal kontingent av en statspart i en internasjonal fredsbevarende eller fredsopprettende operasjon.³

³ Jeg nevner for fullstendighets skyld at USA er uenig i at 1966-konvensjonen kommer til anvendelse utenfor statspartenes respektive territorier.

4. Anvendelse i væpnet konflikt

Den mellomfolkelige domstol (International Court of Justice) har bemerket at beskyttelsen etter 1966-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (i prinsippet) ikke opphører i væpnet konflikt,⁴ men at humanitærretten (krigens folkerett) i egenskap av *lex specialis* i slike situasjoner avgjør hva som er vilkårlig berøvelse av liv.⁵

Med tanke på okkupasjonssituasjoner bekrefter International Court of Justice i sin rådgivende uttalelse av 2004 om muren på Vestbredden, sammen med FNs menneskerettighetskomité's General Comment 29, at bestemmelser om menneskerettigheter ikke blir fullt ut fortrenget og kan i noen tilfeller komme direkte til anvendelse i situasjoner med væpnet konflikt.⁶

I General Comment 29 av 2001 heter det i pkt. 3:

“3. Not every disturbance or catastrophe qualifies as a public emergency which threatens the life of the nation, as required by article 4, paragraph 1. During armed conflict, whether international or non-international, rules of international humanitarian law become applicable and help, in addition to the provisions in article 4 and article 5, paragraph 1, of the Covenant, to prevent the abuse of a State's emergency powers. The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation. If States parties consider invoking article 4 in other situations than an armed conflict, they should carefully consider the justification and why such a measure is necessary and legitimate in the circumstances. On a number of occasions the Committee has expressed its concern over States parties that appear to have derogated from rights protected by the Covenant, or whose domestic law appears to allow such derogation in situations not covered by article 4.”

Dette synet støttes av EMD i *Al-Skeini* saken av 2011. Her heter det i pkt. 164:

“164. The Court has held that the procedural obligation under Article 2 continues to apply in difficult security conditions, including in a context of armed conflict [her kommer referanser til en lang rekke saker]. ... It is clear that where the death to be investigated under Article 2 occurs in circumstances of generalised violence, armed conflict or insurgency, obstacles may be placed in the way of investigators and, as the United Nations Special Rapporteur has also observed (see paragraph 93 above), concrete constraints may compel the use of less effective measures of investigation or may cause an investigation to be delayed (see, for example, *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, § 121, 27 July 2006). Nonetheless, the obligation under Article 2 to safeguard life entails that, even in difficult security conditions, all reasonable steps must be taken to ensure that an effective, independent investigation is conducted into alleged breaches of the right to life [her følger referanser til flere saker].”

Goldstone-rapporten av 25. september 2009 om Gaza-konflikten legger til grunn samme syn. I

⁴ ICJ, *Nuclear Weapons case*, rådgivende uttalelse s. 240, pkt. 25.

⁵ Det er forskjellige meninger om hvorvidt hele humanitærretten er *lex specialis* eller bare deler av den, eller om det også kan være motsatt, at visse menneskerettighetsbestemmelser kan være *lex specialis* i forhold til humanitærretten. Denne diskusjonen synes ikke å ha noen betydning for plikten til å etterforske eventuelle brudd, men kan ha betydning med hensyn til hvilke materielle normer som gjelder i en bestemt situasjon.

⁶ N. Lubell, “Challenges in applying human rights law to armed conflict.” *International Review of the Red Cross*, Volume 87 Number 860 December 2005, på side 738.

pkt. 1808 heter det således:

”This obligation to investigate under human rights law applies equally to actions that take place under armed conflict....”

Synspunktet gjentas i pkt. 1811.

5. Etterforsningskravet

5.1 Generelt

Et forbud mot vilkårlig berøvelse av livet krever at tilfeller hvor statens tjenere bruker dødelig makt undersøkes eller etterforskes. I *Al-Skeini* saken av 2011 er dette uttrykt slik i pkt. 163:

“163. The general legal prohibition of arbitrary killing by agents of the State would be ineffective in practice if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State (see *McCann*, cited above, § 161). The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws safeguarding the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility (see *Nachova and Others v. Bulgaria [GC]*, nos. 43577/98 and 43579/98, § 110, ECHR 2005-VII). However, the investigation should also be broad enough to permit the investigating authorities to take into consideration not only the actions of the State agents who directly used lethal force but also all the surrounding circumstances, including such matters as the planning and control of the operations in question, where this is necessary in order to determine whether the State complied with its obligation under Article 2 to protect life [her følger henvisning til en rekke saker].”

Slik etterforskning eller undersøkelse må staten iverksette av eget tiltak, jf. 2011 *Al-Skeini* pkt. 165:

“165. What form of investigation will achieve the purposes of Article 2 may vary depending on the circumstances. However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the initiative of the next-of-kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures (see *Ahmet Özkan and Others*, cited above, § 310; *Isayeva*, cited above, § 210). Civil proceedings, which are undertaken on the initiative of the next-of-kin, not the authorities, and which do not involve the identification or punishment of any alleged perpetrator, cannot be taken into account in the assessment of the State's compliance with its procedural obligations under Article 2 of the Convention (see, for example, *Hugh Jordan*, cited above, § 141). Moreover, the procedural obligation of the State under Article 2 cannot be satisfied merely by awarding damages (see *McKerr*, cited above, § 121; *Bazorkina*, cited above, § 117).”

Goldstone-rapporten av 25. september 2009 legger også til grunn i pkt. 1807 at mulige brudd må etterforskes (utdrag):

“1807. In several decisions on individual communications concerning offences against the right to life and physical integrity, the Human Rights Committee has held that the failure to investigate and punish the perpetrators constitutes a violation of the Covenant.”

5.2 *Krav om uavhengighet*

Spørsmålet er deretter hvem som skal gjennomføre den nødvendige etterforskning eller undersøkelse. Her gjelder det et krav om uavhengighet. Det er ikke tilstrekkelig at de militære styrker etterforsker seg selv og eventuelt konkluderer med at gjeldende regler har vært fulgt.

I saken *Jordan v United Kingdom* (2003) 37 EHRR 2, uttalte EMD i pkt. 106:

“... it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigations to be independent from those implicated in the events. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence.”⁷

I 2011 *Al-Skeini* heter det i pkt. 167:

“167. For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it is necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence (see, for example, Shanaghan, cited above, § 104). A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts. For the same reasons, there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the victim's next-of-kin must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests (see Ahmet Özkan and Others, cited above, §§ 311-314; Isayeva, cited above, §§ 211-214 and the cases cited therein).”

I det aktuelle tilfellet kom domstolen til at uavhengighetskravet ikke var oppfylt. Det heter således i pkt. 173:

“173. It follows that the initial investigation into the shooting of the fourth applicant's brother was flawed by the lack of independence of the Special Investigation Branch officers. During the initial phase of the investigation, material was collected from the

⁷ Sitert etter avgjørelse av 22. november 2011 ved The Court of Appeal for England and Wales i sak [2011] EWCA Civ 1334 mellom THE QUEEN (oao) MOUSA and SECRETARY OF STATE FOR DEFENCE & ANR

scene of the shooting and statements were taken from the soldiers present. However, Lance Corporal S, the soldier who shot the applicant's brother, was not questioned by Special Investigation Branch investigators during this initial phase. It appears that the Special Investigation Branch interviewed four Iraqi witnesses, who may have included the neighbours the applicant believes to have witnessed the shooting, but did not take statements from them. In any event, as a result of the lack of independence, the investigation was terminated while still incomplete. It was subsequently reopened, some nine months later, and it would appear that forensic tests were carried out at that stage on the material collected from the scene, including the bullet fragments and vehicle. The Special Investigation Branch report was sent to the Commanding Officer, who decided to refer the case to the Army Prosecuting Authority. The prosecutors took depositions from the soldiers who witnessed the incident and decided, having taken further independent legal advice, that there was no evidence that Lance Corporal S had not acted in legitimate self-defence. As previously stated, eye witness testimony was central in this case, since the cause of the death was not in dispute. The Court considers that the long period of time that was allowed to elapse before Lance Corporal S was questioned about the incident, combined with the delay in having a fully independent investigator interview the other military witnesses, entailed a high risk that the evidence was contaminated and unreliable by the time the Army Prosecuting Authority came to consider it. Moreover, it does not appear that any fully independent investigator took evidence from the Iraqi neighbours who the applicant claims witnessed the shooting.”

Goldstone-rapporten av 25. september 2009 om Gaza-konflikten legger også til grunn at etterforskningen må være uavhengig. Det heter således i pkt. 1814:

”1814. It remains to be considered whether, in carrying out its duty to investigate allegations of serious violations, Israel has observed the universal principles of independence, effectiveness, promptness and impartiality. These principles have been developed in the jurisprudence of international courts of human rights and are agreed upon by the States represented within the relevant United Nations bodies.”

Rapporten nevner i den forbindelse (pkt. 1818):

”Operational debriefing, to review operational performance, is not an appropriate tool to conduct investigations of allegations of serious violations of human rights law and humanitarian law....”

Rapporten kritiserer videre at strafferettslig etterforskning i praksis ikke begynner før det har gått seks måneder fordi de såkalte ”operational debriefings” skal gjennomføres først (pkt. 1830).

6. Praksis i enkelte andre land

6.1 *Nederland*

Etter hva generaladvokaten kjenner til, blir det i Nederlands væpnede styrker skrevet rapport fra alle hendelser hvor det har blitt brukt våpen (”after action review”). Rapporten blir utarbeidet av legal adviser og militærpolitiet. Gjenpart blir sendt rutinemessig til statsadvokaten for militære saker (Public prosecutor office Arnhem), som kan iverksette

nærmere undersøkelser eller etterforskning ved behov.⁸ Før eventuell etterforskning blir det gitt en innledende vurdering av militær sjef med bistand av juridisk rådgiver.

6.2 *Storbritannia*

Storbritannia har også gjennomført en ordning med obligatorisk "shooting incident report". Slik rapport skal inngis ved alle anledninger hvor britiske soldater løsner skudd ved internasjonale operasjoner. Rapporten blir vurdert av avdelingens juridiske rådgiver (Legad) som er uavhengig av de militære kommandokjeder og bare forholder seg til det juridiske kommandoapparat.⁹

Fra britisk side håper man i fremtiden å kunne inngå internasjonale militære avtaler om å utveksle etterforskningsresultater med andre nasjoner. Dette fordi flere nasjoner ofte samarbeider om militære operasjoner for eksempel i Afghanistan. Det vil da være verdifullt å få tilgang til hverandres etterforskning.

I en avgjørelse av 22. november 2011 tillot The Court of Appeal for England and Wales fremmet en anke fra Ali Zouka Mousa mot Forsvarsministerens avslag på krav om å beordre offentlig gransking av påstått mishandling av fanger i Irak i tiden 2003 til 2008.¹⁰ I avgjørelsen settes det spørsmålsteget ved uavhengigheten til "Iraq Historic Allegations Team" (IHAT) som er satt opp for å undersøke slike påstander med sikte på identifisering og avstraffelse av de som måtte ha gjort seg skyldig i overgrep. IHAT har en blandet sivil/militær ledelse og samarbeider med "Provost Marshal" (militærpolitiskjef) i Irak for gjennomføring av undersøkelsene.

6.3 *Danmark*

Auditørkorpset¹¹ foretar utrykning med henblikk på etterforskning til misjonsområder dersom det er mistanke om straffbart forhold ved dansk personell, og hvor sakens karakter eller omfang krever etterforskning ved auditørfullmektig. Dessuten foretas det utrykning i saker, hvor det er behov for undersøkelse av dansk militært personells maktanvendelse, som resulterer i døde eller alvorlig sårede sivile, og hvor det ikke er tale om egentlige kamphandlinger. Det foretas også utrykning i visse andre saker, herunder hendelser og ulykker hvor dansk personell er drept eller kommet alvorlig til skade.

I forbindelse med danske enheters deltagelse i kamphandlinger i Afghanistan har det utviklet seg en praksis, hvor Auditørkorpset gjennomgår og foretar en vurdering av rapporteringer om utilsiktet skade på sivile eller sivil eiendom under kamphandlinger.¹²

7. **Oppsummering**

Al-Jedda saken later til å innebære en viss kursendring i forhold til *Saramati-saken* for så vidt gjelder attribusjonsspørsmålet. Dommene er i og for seg ikke i motstrid med hverandre, da domstolen påviste forskjeller i koblingene mellom FN og vedkommende staters styrker i misjonsområdet. Man sitter likevel igjen med et inntrykk av at EMD i *Al-Jedda* trekker opp

⁸ Kilde: Orientering gitt på møte ved Gilze-Rijen i Nederland 23. mars 2011.

⁹ Kilde: Orientering gitt på møte i Brussel 17. november 2011.

¹⁰ Sak [2011] EWCA Civ 1334 mellom THE QUEEN (oao) MOUSA and SECRETARY OF STATE FOR DEFENCE & ANR

¹¹ Tilsvarer militær påtalemyndighet. Det er undergitt Forsvarsministerens tilsyn på samme måte som den sivile anklagemyndighet er undergitt Justisministerens tilsyn. Det har egne etterforskningsressurser.

¹² Kilde: Årsberetning for Forsvarets Auditørkorps 2010.

grenser for hvilke konklusjoner man kan trekke av *Saramati-saken* slik at mulighetene for at en stat kan dekke seg bak at man opptrådte på vegne av FN og dermed unngå å bli trukket til ansvar for mulige menneskerettighetsbrudd nå synes å være vesentlig mindre enn man kunne ha fått inntrykk av etter *Saramati-saken*.

Al-Skeini saken kan på sin side sies å representere en viss opprydding etter at EMD skrittvis hadde fjernet seg fra det synet som var lagt til grunn i *Bankovic-saken*. Det kan etter dette ikke utelukkes at stridshandlinger kan anses som utøvelse av jurisdiksjon og dermed falle under EMKs virkeområde, særlig når det gjelder etterforskningsplikten.

Andre internasjonale kilder peker i samme retning, dvs. mot en innskjerping av plikten til uavhengig etterforskning av mulige brudd på krigens folkerett eller menneskerettigheter, det siste også fordi handling som medfører noens død kan være i strid med retten til liv dersom det ikke er en lovlig krigshandling.

8. Vurdering

8.1 *Praktisering av kravet om etterforskning i væpnet konflikt*

Goldstone-rapporten har vært kritisert for å anvende menneskerettighetsnormer på væpnet konflikt, som styres av humanitærretten (krigens folkerett). Dette kan være særlig relevant når det gjelder de materielle normer, men mindre relevant i forhold til det som er tema her, nemlig kravet om etterforskning av mulige brudd.

Et spørsmål man har hørt stilt er om *Al-Skeini* dommen går for langt, i hvert fall hvis den skal innebære et krav om etterforskning av alle tilfeller av militær maktbruk. Til dette er å si at EMD selv uttaler i pkt. 168:

“...the Court considers that in circumstances such as these the procedural duty under Article 2 must be applied realistically, to take account of specific problems faced by investigators.”

Dette vil si at man ikke kan kreve det umulige (noe som etter min oppfatning ville måtte innfortolkes, uansett). Når krigshandlinger eller voldsbruk for øvrig når en viss intensitet, blir etterforskning langt på vei umuliggjort av sikkerhetsgrunner. Dette vil særlig kunne gjelde undersøkelser på åsted og avhør av vitner.

Det må også legges inn et forbehold om at det i krig og annen væpnet konflikt må påregnes omfattende maktanvendelse med mange døde og sårede uten at det behøver å gi foranledning til etterforskning. Jeg viser i den forbindelse til Riksadvokatens brev av 17. februar 2005 der det i avsnitt 3 heter:

”Dersom maktbruken har skjedd som ledd i stridshandlinger i en væpnet konflikt hvor Norge er part, vil den i utgangspunktet være lovlig. Det er da ikke aktuelt med politietterforskning med mindre det skulle foreligge mistanke om krigsforbrytelse. Et eksempel på slike lovlige stridshandlinger er luftoperasjonene vinteren 2002-2003, hvor norske fly bombet militære mål i Afghanistan.

Det kan også forekomme at bruk av militær makt under fredsoperasjoner fører til at noen

mister livet. Militære styrker vil i slike operasjoner opptre under engasjementsregler ("rules of engagement") som bygger på prinsippet om minimum bruk av makt, men som tar høyde for at det kan bli nødvendig å avgi ild i nødverge eller av andre tvingende grunner. Selv om reglene for slik maktbruk har likhet med regler for politiets bruk av makt, er situasjonene forskjellige. Politiet er i utgangspunktet ubevæpnet, og det er i unntakstilfellene at tjenestemenn bevæpnes og eventuelt gjør bruk av sine våpen. Når militære styrker settes inn i urolige områder, er utgangspunktet det motsatte. Grunnen til at man bruker væpnede militære styrker vil regelmessig være at man på grunn av forholdene må være forberedt på å bruke våpenmakt i større eller mindre omfang, ofte på kort varsel."

På bakgrunn av de foran nevnte avgjørelser i EMD mv. må det likevel være grunn til å vurdere om terskelen for å etterforske skal legges noe lavere, i hvert fall i situasjoner der etterforskning er praktisk mulig.

8.2 Hvem skal etterforske?

Etterforskningen må være uavhengig. Det er ikke tilfredsstillende om etterforskningen skjer i rent militær regi. Et spørsmål i den forbindelse er om etterforskning ved militærpolitiet under påtalemessig ledelse av krigsadvokat (som påtalemessig hører under Riksadvokaten/ statsadvokaten, administrativt under Justisdepartementet) tilfredsstillende uavhengighetskravet. Etter min mening er dette tilfelle. Under enhver omstendighet vil slik etterforskning være et bedre alternativ i så måte enn en militær undersøkelseskommissjon eller lignende.

Etterforskning ved sivilt politi (Romerike politidistrikt, eventuelt KRIPOS) vil åpenbart tilfredsstillende uavhengighetskravet. Men disse vil, i motsetning til militærpolitiet, normalt behøve visum eller annen tillatelse fra vertslandet for den enkelte anledning dersom de skal etterforske i misjonsområdet, og det kan gjøre seg gjeldende sikkerhetsmessige betenkeligheter. Slike forhold vil i praksis kunne medføre en høy terskel for etterforskning.

Et annet, og mer grunnleggende, problem er at politiet etter loven og påtaleinstruksen i utgangspunktet skal behandle saker om borgerlige overtredelser, mens overtredelser av den militære straffelov hører under Den militære påtalemyndighet. Krigsforbrytelser er de mest aktuelle borgerlige overtredelser i denne sammenhengen. Krigsforbrytelser dekker (i den grad den slags lar seg kvantifisere) ca. ti prosent av de mulige overtredelser av krigens folkerett. De øvrige 90 % vil være overtredelser av bestemmelser i Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller som ikke er krigsforbrytelser. Disse vil rammes av militær straffelov § 108, som har en strafferamme på fengsel i fire år og som gjelder overtredelser av bestemmelser i Genèvekonvensjonene med tilleggsprotokoller som ikke dekkes av strengere straffebud. I tillegg kommer overtredelser av engasjementsregler som ikke behøver å representere brudd på krigens folkerett i det hele tatt. I så fall vil handlingen være brudd på militære tjenesteplikter, straff- eller refsbart som brudd på militær straffelov § 77. I alle disse tilfellene vil den militære påtalemyndigheten være best egnet til å foreta den uavhengige vurdering som kreves i henhold til den omtalte rettspraksis.

8.3 Forholdet til administrativ undersøkelse

En administrativ undersøkelse kan være intern eller ekstern. Dersom undersøkelsen utføres av en uavhengig ekstern kommisjon, vil trolig kravet om uavhengig etterforskning eller undersøkelse være oppfylt. Dette vil ikke gjelde dersom undersøkelsen utføres av en kommisjon som svarer for en sjef som kan tenkes å ha ansvar i saken. Om det vil være tilfredsstillende at en sak undersøkes av en kommisjon nedsatt av Forsvarssjefen eller

Forsvarsdepartementet, tør jeg ikke ha noen bestemt mening om.

Når tema for undersøkelsen i realiteten er skyld og ansvar, vil en administrativ undersøkelse etter min oppfatning i beste fall være en omvei og i verste fall kunne spolere mulighetene for en effektiv etterforskning. Dette har å gjøre med de komplikasjoner som lett kan oppstå dersom vitner og mistenkte må forklare seg flere ganger i samme sak til forskjellige organer som arbeider under forskjellige regler om blant annet mistenktes rettigheter.¹³

9. Anbefalinger

1. På kort sikt bør departementet vurdere:

- a) tiltak som legger til rette for at Militærpolitiet får etterforske mulige saker om ulovlig maktbruk uten at dette forsinkes eller avspores av interne ordninger for administrative undersøkelser,
- b) tiltak som styrker Militærpolitiets uavhengighet,
- c) tiltak for rutinemessig rapportering og undersøkelse av tilfeller av maktbruk, jf de nederlandske, britiske og danske ordninger.

2. På litt lengre sikt bør det gjøres en gjennomgang av hvordan og ved hvem etterforskning og påtalemessig vurdering av saker om ulovlig maktbruk ved norske styrker i utlandet skal gjennomføres. En slik gjennomgang må nødvendigvis skje i samspill med andre myndigheter, særlig Justisdepartementet og Riksadvokaten. Jeg nevner i den forbindelse at iverksettelse av passende krigstidsbestemmelser vil løse det meste av de problemene som er skissert foran i pkt. 8.2, tredje avsnitt.

Med vennlig hilsen

Arne Willy Dahl
generaladvokat

¹³ Dette står ikke i motsetning til at administrativ undersøkelse kan være på sin plass når undersøkelsen har et annet siktemål enn å avklare skyld og ansvar. Jeg utelukker heller ikke at det kan være saker hvor etterforskning og administrativ undersøkelse bør gjennomføres parallelt i hver sitt "spor".