

Kan hensynet til nasjonal sikkerhet svekke utlendingers utsendelsesvern etter EMK artikkel 3?

Fagfellevurdert artikkel

Av rådgiver Andreas Motzfeldt Kravik

Artikkelen tar opp spørsmålet om utsendelsesvernet etter EMK artikkel 3 gjelder ubetinget i saker som involverer nasjonal sikkerhet. Etter terrorangrep mot USA 11. september 2001 og siden en rekke europeiske hovedsteder oppstod det press om å kunne utvise utenlandske antatte terrorister selv om de i mottagerstaten risikerte behandling i strid med EMK artikkel 3. I en serie prinsipielt anlagte saker har EMD bekreftet at utsendelsesvernet gjelder uavhengig av nasjonale sikkerhetsbehov: Dersom det foreligger en reell risiko for behandling i strid med artikkel 3, kan uansett ikke utlendinger returneres. Tre forhold er særlig verdt å merke seg: (1) Utsendelsesvernet gjelder uavhengig av og kan ikke avvies forholdsmessig mot den øvrige befolkningens rett til liv etter EMK artikkel 2. (2) Det kan ikke i saker som omhandler nasjonal sikkerhet, oppstilles et forsterket beviskrav for at utlendingen ved utsendelse risikerer overgrep. (3) Diplomatiske garantier fra mottagerstaten har bare betydning dersom den gir et tilstrekkelig sikkert og praktisk vern mot overgrep.¹⁾

ANDREAS MOTZFELDT KRAVIK er født i 1979, ble cand.jur. i 2007 og har studert International Relations ved San Francisco State University og statsvitenskap ved UiO. Han er rådgiver i Utenriksdepartementet, Rettsavdelingen, Seksjon for humanitær- og strafferett.

1 ET DILEMMA

Er det aldri tillatt å utvise utlendinger til stater hvor de risikerer å bli utsatt for overgrep? Eller kan hensynet til nasjonal sikkerhet og terrorbekjempelse legitimere utsendelse også i slike situasjoner? Spørsmålene bringer frem et av rettsstatens absolutte dilem-

1) Takk til professor Mads Andenæs, stipendiat Eirik Bjørge, rådgiver Mari Nordmo og førstekonsulent Erling Motzfeldt Kravik for instruktive kommentarer til et foreløpig utkast. Synspunktene forfektet i artikkelen er forfatterens og gjenspeiler ikke nødvendigvis Utenriksdepartementets syn.

maer. På den ene siden står imperativet om å beskytte egen befolkning mot personer som representerer en sikkerhetstrussel. På den andre det humanistiske kjerneprinsippet om å unngå at individer utsettes for tortur eller annen mishandling. Spørsmålet om hvordan en best kan balansere disse maksimene, har lenge vært et anspent rettslig og politisk debatttema.²⁾ Diskusjonen fikk fornyet kraft etter terrorangrep mot USA 11. september 2001 og siden en rekke europeiske hovedsteder.³⁾ Nå kan det se ut som om Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), gjennom en serie nylig avsagte dommer, har avklart spørsmålet for Europas del.

2 EMK ARTIKKEL 3 OG PRINSIPPET OM NON-REFOULMENT

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) inneholder ingen alminnelig rett til adgang og opphold i fremmed stat.⁴⁾ Regulering av utlendingers inn- og utreise er dermed i utgangspunktet opp til den enkelte stat. Som det vil fremgå, vil likevel EMK artikkel 3 i en del tilfelle gi utlendinger vern mot utsendelse.

EMK artikkel 3 fastslår at «no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment». I likhet med EMKs andre rettigheter pålegger artikkel 3 statene plikter «within their jurisdiction», jf. EMK artikkel 1. EMD har lagt til grunn et territorielt jurisdiksjonsbegrep, slik at konvensjonen i utgangspunktet er begrenset til å gjelde innenfor statenes territorium.⁵⁾ I *Soering mot Storbritannia*⁶⁾ fastslo imidlertid Domstolen at artikkel 3 kunne få betydning også der mishandlingen fant sted utenfor konvensjonsstatens territorium. Bakgrunnen for saken var at USA hadde begjært tyskeren Jens Soering utlevert fra Storbritannia for å straffeforfølge ham for to

- 2) Dette er også en gammel moralfilosofisk diskusjon: Immanuel Kant var for eksempel motstander av torturbruk i enhver situasjon og viste til sitt kategoriske imperativ om at mennesker aldri må være instrumenter for et høyere gode. På den annen side Jeremy Bentham som anførte at en basert på nytte-kostnadsbetraktninger iblant kunne forsvare tortur. For mer om disse og andre filosofers syn på spørsmålet, se Alan M. Dershowitz, «Should the Ticking Bomb Terrorist be Tortured», *Civil Liberties v. National Security in a Post 9/11 World*, New York 2004, s. 189–217. For en innsiktsfull kontemporær analyse av de samme problemstillingene, se Jeremy Waldron, *Torture, Terror and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford 2010.
- 3) Blant annet Moskva (7. februar 2004), Madrid (11. mars 2004) og London (7. juli 2005).
- 4) Det presiseres at det her er tale om opphold i *fremmed* stat. EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 3 (1) forbyr utvisning av egne statsborgere, og artikkel 3 (2) forbyr å nekte statsborgere adgang til egen stat.
- 5) På visse vilkår kan EMK også gis ekstraterritoriell anvendelse, se Erlend Leonhardsen, «Å betrakte andres lidelse som 'inadmissible' – Anvendelse av Den europeiske menneskerettskonvensjon utenfor konvensjonsstatenes grenser», *Lov og Rett* 2007, s. 233–252.
- 6) EMDs dom 7. juli 1989 *Soering mot Storbritannia* (saksnr. 14038/88).

drap. Domstolen mente det var en reell risiko for at Soering ville havne på en fengselsavdeling for dødsdømte («death row») ved utlevering til USA, og at opphold der var uforenlig med artikkel 3. På denne bakgrunn konkluderte Domstolen enstemmig med at det ville være i strid med artikkel 3 å utlevere Soering til USA.

Dermed hadde Domstolen slått fast at det var konvensjonsstridig å overføre personer til andre stater om det var en reell risiko for at de der ville behandles i strid med artikkel 3.⁷⁾ Både i internasjonal og norsk terminologi omtales slike utsendelsesforbud gjerne under etiketten *non-refoulement*.⁸⁾ Prinsippet følger ikke bare av EMK, men er også slått fast i en rekke internasjonale konvensjoner, blant annet Flyktningkonvensjonen (artikkel 33), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (artikkel 7) og FNs konvensjon mot tortur (artikkel 3).⁹⁾

Slik EMK har tolket artikkel 3, gjelder forbudet alle former for utsendelse, enten det er tale om flyktninger, kriminelle eller turister. Det gjelder også uavhengig av hvilken stat som er mottager for utsendelsen. Når det gjelder forholdet mellom inngrepskategoriene i artikkel 3, har EMD anvendt et terskelprinsipp for å skille mellom disse. «Degrading treatment or punishment» (på norsk «nedverdiggende behandling eller straff») utgjør bestemmelsens nedre grense.¹⁰⁾ Ettersom det er tilstrekkelig at utsendelsen kan føre med seg slik behandling, er det innholdet i dette begrepet som kommer på spissen i utsendelsessakene. Domstolen anvender gjerne følgende formulering for å beskrive hva som kreves:

« [I]ll-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim.»¹¹⁾

7) Det er uenighet i EMK-rettslig teori om dette skal betegnes som *ekstraterritoriell* anvendelse: Den konvensjonsstridige behandling forekommer ekstraterritorielt, mens vedtaket om utsendelse fattes på konvensjonsstatens eget territorium. Se nærmere Michael Gondek. «Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization», *Netherlands International Law Review* 2005, s. 349–387 (s. 355).

8) Uttrykket er avledet av det franske ordet *refouler* som betyr å «drive tilbake» eller «avskjære».

9) EMKs overvåkningssystem med EMD som behandler individklager og avsier rettslig bindende avgjørelser, gjør at EMK står i en særstilling sammenliknet med de øvrige traktatregimene. Analysen tar derfor utgangspunkt i EMK, men vil underveis kommentere utsendelsesvernet etter de andre traktatene.

10) Se Eirik Bjørge, «Torture and 'Ticking Bomb' Scenarios», *Law Quarterly Review* 2011, s. 196–199.

11) Se EMDs dom 18. januar 1978 *Irland mot Storbritannia* (saksnr. 5310/71), premiss 162.

Formatet tillater ikke å gå i detalj om hva som etter EMDs praksis utgjør nedverdiggende behandling og straff. En slik fremstilling blir uansett ufullstendig ettersom EMDs vurderinger er utpreget konkrete og vil variere blant annet etter subjektive forhold hos personen som risikerer utsendelse. Det kan legges til grunn at det skal mer til for å konstatere krenkelse av artikkel 3 i utsendelsessakene sammenliknet med andre saker der konvensjonsstatene selv er direkte ansvarlig for inngrepet.¹²⁾

Av rettspraksis følger at vernet mot utsendelse gjelder der det er en «real risk» for at utlendingen vil bli behandlet i strid med artikkel 3.¹³⁾ Beviskravet formuleres regelmessig som «substantial grounds».¹⁴⁾ EMD skiller sjeldent klart mellom vurderingene knyttet til bevis og risiko, men baserer seg i stedet på en helhetsbetraktning. Det kan legges til grunn at det for verken bevis- eller risikokravet er nødvendig med sannsynlighet.¹⁵⁾

I *Chahal mot Storbritannia*¹⁶⁾ tok EMD stilling til om utsendelsesforbudet skulle gjelde ubetinget i tilfelle der utlendingen var antatt å representere en trussel mot nasjonal sikkerhet. Av artikkel 15 (2) følger at staten ikke kan gjøre unntak fra artikkel 3 i offentlige nødssituasjoner. Spørsmålet i *Chahal*-saken var om statens nasjonale sikkerhet kunne innvirke på tolkningen av artikkel 3. Saken gjaldt utvisning til India av Karamjit Singh Chahal, en sikhleder hvis nærvær i Storbritannia ble ansett å utgjøre en sikkerhetstrussel. Domstolen delte seg 12–7. Flertallet fant at prinsippet i *Soering* måtte gjelde uavkortet også der utsendelsen var forankret i nasjonale sikkerhetshensyn. Ettersom det forelå reell risiko for at Chahal ville bli utsatt for behandling i strid med artikkel 3, kunne han ikke returneres til India.

3 MOTSTAND MOT CHAHAL-AVGJØRELSEN

Chahal-avgjørelsen ble avsagt i november 1996. Knappe fem år etter kunne Europa bevitne at USA ble offer for det mest omfattende terrorangrep i landets historie. Hendelsen medførte at en rekke globale og regionale folkerettslige instrumenter som spesielt forpliktet staten til å bekjempe terrorisme, ble vedtatt.¹⁷⁾ Også det politiske klimaet

12) Dette er understreket i en rekke avgjørelser, se som eksempel EMDs dom 6. februar 2001 *Bensaid mot Storbritannia* (saksnr. 44599/98), premiss 40.

13) Første gang fastsatt i *Soering mot Storbritannia*, premiss 91.

14) Ibid.

15) Se mer om dette i avsnitt 4 nedenfor.

16) EMDs dom 15. november 1996 *Chahal mot Storbritannia* (saksnr. 22414/93).

17) En utfyllende oversikt er gitt av Gro Nystuen, «Terrorbekjempelse og folkerettslige normkonflikter», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2002, s. 2–32.

ble markant endret. Når Europa selv senere ble angrepet, var det for mange europeiske stater ikke lenger tvil: Statens definitive oppgave var nå å beskytte egne innbyggere mot terrorisme.¹⁸⁾

En naturlig konsekvens av denne utviklingen var for mange at balansen mellom borgerrettigheter og nasjonal sikkerhet måtte justeres, og at tidligere ulovlige anti-terroriltak nå måtte aksepteres som nødvendige.¹⁹⁾ I takt med denne utviklingen vokste det frem en betydelig uvilje mot EMDs vurderinger og konklusjon i *Chahal-saken*. Stadig flere europeiske stater mente det ikke kunne være slik at nasjonale sikkerhetshensyn aldri kunne tillegges vekt i utsendelsessaker med angivelige terrorister. En tid kunne det se ut som om dette synet var i ferd med å få gjennomslag i EU. I desember 2001 sluttførte EU-kommisjonen et arbeidsdokument hvor det ble tatt til orde for at EMD måtte revurdere sin absolutte linje i *Chahal-saken*.²⁰⁾ Det politiske presset mot EMDs linje vokste ytterligere ved at ikke-europeiske domstoler la om sin praksis. I 2002 avgjorde eksempelvis kanadisk høyesterett, med eksplisitt referanse til terrorangrepet mot USA og nasjonale sikkerhetshensyn, at det i «eksepsjonelle tilfelle» måtte være lovlig å utvise utlendinger selv om det medførte risiko for at de ville utsettes for tortur.²¹⁾

Et ytterligere moment var at non-refoulement-prinsippet i EMK, etter EMDs tolkning i *Chahal-saken*, hadde blitt strengere enn det som fulgte av andre menneskerettstraktater. Flyktningkonvensjonen i artikkel 33 (2) gjorde eksplisitt unntak fra non-refoulement-prinsippet der utlendingen med rimelighet kunne antas å true statens sikkerhet; Torturkonvensjonen artikkel 3 forbød utsendelse bare der utlendingen risikerte tortur, ikke nedverdiggende eller umenneskelig behandling eller straff. Og så var det *Chahal*-avgjørelsen selv: Den var avsagt med en betydelig dissens under et annet paradigme.

18) Dette er nærmere beskrevet av Rene Bruis og Kees Wouters, «Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement», *International Journal of Refugee Law* 2003, s. 5–29.

19) Ikke dermed sagt at europeiske stater før dette hadde avstått fra konvensjonsstridige anti-terroriltak. For eksempel hadde både Storbritannia og Frankrike lenge gått meget langt i å bekjempe terrorhandlinger, og begge stater var dømt for brudd på EMK artikkel 3 i den forbindelse. Illustrerende eksempler er *Irland mot Storbritannia*, EMDs dom 18. januar 1978 (saksnr. 5310/71), og *Tomasi mot Frankrike*, EMDs dom av 27. januar 1992 (saksnr. 12850/87), som begge gjaldt konvensjonsstridige avhørsteknikker av terrormistenkte.

20) Europakommisjonen (arbeidsdokument), *The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments*, 5. Desember 2001 (COM/2001/743).

21) Kanadisk høyesteretts dom av 11. januar 2002, *Suresh mot Canada* (SCC 1/27790).

4 EMD I STORKAMMER: *ITALIA MOT SAADI*

Grunnet utviklingen etter 11. september 2001 var det etter hvert knyttet stor rettsusikkerhet til EMDs konklusjon i *Chahal-saken*. Det syntes derfor nødvendig for Domstolen å bekrefte eller avkrefte sin non-refoulement-doktrine. Når så *Saadi mot Italia*²²⁾ kom for Domstolen, som omhandlet nettopp denne problemstillingen, var det en sak det var knyttet store forventninger til. Saken ble overført til storkammerbehandling, og det var tydelig at Domstolen la dette opp som en prinsippavgjørelse.

Sakens bakgrunn var kortfattet at en tuniser, Nassim Saadi, med lovlig opphold i Italia, ble arrestert i oktober 2002, mistenkt for å være involvert i internasjonal terrorisme. Forholdet ble siden nedsubsumert til straffbar forberedelse av kriminelle handlinger («criminal conspiracy»), og han ble idømt fengsel i fire år og seks måneder. Mens han sonet fengselsstraffen i Italia, ble han av tunisiske domstoler funnet skyldig i å være medlem av en terrororganisasjon og oppfordring til terrorisme og dømt til 20 års fengsel. Kort tid etter løslatelse ble Saadis søknad om asyl i Italia avslått, og de italienske utlendingsmyndighetene vedtok at han skulle utleveres til Tunisia. Som begrunnelse ble det blant annet vist til at Saadi hadde forbindelser til al-Qaida og således utgjorde en trussel mot Italias nasjonale sikkerhet.

I samsvar med EMK artikkel 36 hadde Storbritannia trådt inn i saken som tredjepart. Sammen argumenterte Storbritannia og Italia for at Domstolen måtte revurdere sin tolkning av artikkel 3 og non-refoulement-prinsippet slik det var kommet til uttrykk i *Chahal-saken*. Det ble vist til at det var Tunisia som kunne komme til å påføre Saadi den konvensjonsstridige behandlingen, ikke italienske myndigheter. Italia hadde rett nok en plikt til å beskytte Saadi, men denne forpliktelsen kunne ikke gå like langt som i situasjoner der en var direkte ansvarlig. I situasjoner som den foreliggende måtte det derfor kunne foretas en avveining mellom den antatte terroristen Saadis rett til ikke å bli mishandlet etter artikkel 3 mot den italienske befolkningens rett til å bli beskyttet mot terrorisme etter artikkel 2 (retten til liv). Etter myndighetenes syn var det altså tale om en rettighetskonflikt; artikkel 3 kunne ikke være absolutt i utlendingsaker der nasjonal sikkerhet stod på spill, men måtte vektes mot den øvrige befolkningens rett til sikkerhet.

Britiske myndigheter hevdet også at dersom staten kunne fremlegge bevis for at utlendingen representerte en trussel mot nasjonal sikkerhet, måtte det påligge vedkommende et forsterket beviskrav for at en risikerte behandling i strid med artikkel 3 ved utsendelse. Nærmere bestemt måtte Saadi sannsynliggjøre en slik risiko («more likely than not»); det kunne ikke være nok at det forelå klare holdepunkter.

22) EMDs dom 28. februar 2008 *Saadi mot Italia* (saksnr. 37201/06).

Avslutningsvis ble det vist til en angivelig diplomatisk garanti fra tunisiske myndigheter om å ivareta Saadis rettigheter. Foranledningen var at tunisiske myndigheter hadde avgitt en erklæring til Italia om at det tilkom fengselsinnsatte omfattende rettigheter, og at Tunisia hadde tiltrådt de relevante traktater og konvensjoner.

Domstolen, som var enstemmig i sitt syn på saken, innledet med å understreke at tortur- og mishandlingsforbudet i artikkel 3 holder i hevd en av de helt fundamentale verdier i demokratiske samfunn.²³⁾ Samtidig anerkjente Domstolen at konvensjonsstatene står overfor betydelige utfordringer når det gjelder å bekjempe terrorisme. Domstolen understreket at den på ingen måte undervurderte dagens terrorfare i Europa og trusselen den representerte mot fellesskapet.²⁴⁾

Spørsmålet var like fullt om denne anstrengte situasjonen kunne innvirke på det absolutte vernet mot utsendelse etter artikkel 3. Til dette uttalte Domstolen:

[t]he Court cannot accept ... that a distinction must be drawn under Article 3 between treatment inflicted directly by a signatory State and treatment that might be inflicted by the authorities of another State, and that protection against this latter form of ill-treatment should be weighed against the interests of the community as a whole. Since protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment.²⁵⁾

Etter EMDs syn var det irrelevant at italienske myndigheter ikke selv ville være direkte ansvarlig for den konvensjonsstridige behandlingen av Saadi; tortur- og mishandlingsforbudet var i alle tilfelle absolutt. Dermed kunne det ikke komme på tale å tolke artikkel 3 i lys av den italienske befolkningens angivelige rettigheter etter artikkel 2. Den italienske befolkningens kollektive sikkerhetsbehov kunne således ikke innvirke på Saadis utsendelsesvern, verken på hva som måtte til for at behandlingen av ham var uforenelig med artikkel 3 eller kravet til risiko for slik behandling. Dette, understreket Domstolen, måtte gjelde uavhengig av «the conduct of the person concerned, however undesirable or dangerous».²⁶⁾

Når det gjaldt britiske myndigheters anførsel om at det måtte gjelde et forsterket beviskrav i utsendelsessaker som angikk nasjonal sikkerhet, kunne ikke Domstolen akseptere dette. Et slikt skjerpbeviskrav var etter EMDs syn heller ikke forenlig med artikkel 3s absolutte karakter. Dermed bekreftet Domstolen at utsendelse var konven-

23) *Saadi mot Italia*, premiss 127.

24) *Saadi mot Italia*, premiss 137.

25) *Saadi mot Italia*, premiss 138.

26) *Ibid.*

sjonsstridig så lenge det var «substantial grounds» for å anta at utlendingen risikerte behandling i strid med artikkel 3.²⁷⁾

Felles for myndighetenes ovennevnte argumentasjonslinjer, som Domstolen altså uttrykkelig hadde avvist, var at de hvilte på en forutsetning om at terrorfaren var blitt vesentlig større etter *Chahal*-avgjørelsen ble avsagt, og at dette måtte få konsekvenser for tolkningen av artikkel 3. Domstolen så ikke bort fra at myndighetene hadde rett i denne beskrivelsen, men ville uansett ikke tillegge dette rettslig betydning:

Even if, as the Italian and United Kingdom Governments asserted, the terrorist threat has increased since that time, that circumstance would not call into question the conclusions of the *Chahal* judgment concerning the consequences of the absolute nature of Article 3.²⁸⁾

EMD gjorde det dermed tindrende klart at utsendelsesvernet etter artikkel 3 var upåvirket av den til enhver tid gjeldende terrorfare.

Domstolen tok så stilling til den angivelige diplomatiske garantien om vern av Saadi som Tunisia skulle ha gitt italienske myndigheter. Etter EMDs syn forelå det ikke noen diplomatisk garanti; snarere hadde tunisiske myndigheter bare bekreftet at landet hadde lover som ivaretok fengselsinnsattes rettigheter. Dette kunne ikke være nok så lenge det forelå dokumentasjon på utstrakt bruk av tortur i tunisiske fengsler. Domstolen gikk imidlertid videre: For det hypotetiske tilfelle at det hadde foreligget en diplomatisk garanti om at Saadi ikke ville bli påført behandling i strid med artikkel 3, var ikke det tilstrekkelig. Domstolen måtte uansett utføre en konkret vurdering av om den diplomatiske garantien ga et tilstrekkelig sikkert og praktisk vern mot behandling i strid med artikkel 3.²⁹⁾

Avslutningsvis, som følge av betraktningene nevnt ovenfor, foretok Domstolen en konkret vurdering, basert på ordinære beviskrav, av hvorvidt Saadi risikerte behandling i strid med artikkel 3 dersom han ble returnert til Tunisia. Domstolen la vekt på rapporter fra blant annet Amnesty International og Human Rights Watch om rutinemessig tortur av angivelige terrorister i tunisiske fengsler. Basert på den informasjonen som forelå, fant Domstolen at det var en reell risiko for behandling i strid med artikkel 3. Følgelig ville det medføre en krenkelse av artikkel 3 om Saadi ble utsendt til Tunisia.

27) *Saadi mot Italia*, premiss 140.

28) *Saadi mot Italia*, premiss 141.

29) Dette var for øvrig samme synet på betydningen av diplomatiske garantier som Domstolen hadde gitt uttrykk for i *Chahal*-saken, se *Chahal mot Storbritannia*, premiss 105.

5 UTVIKLINGEN ETTER SAADI-AVGJØRELSEN

Domstolen har i en rekke senere saker bekreftet prinsippene som kom til uttrykk i *Saadi*-avgjørelsen. Her skal nevnes to sentrale avgjørelser. *A mot Nederland*³⁰⁾, som ble avsagt 20. juli 2010, gjaldt en libysk asylsøker i Nederland. Med bakgrunn i nederlandsk etterretning som viste at A hadde befatning med en islamsk terrorgruppe, ble han utvist fra Nederland i 2005. A hevdet at han risikerte tortur ved tilbakesendelse til Libya. Domstolen viste til prinsippet i *Saadi-saken* om at vernet etter artikkel 3 var absolutt, og at, i motsetning til hva myndighetene hadde hevdet³¹⁾, det ikke kunne avveies forholdsmessig mot den nederlandske befolkningens rett til liv etter artikkel 2. Videre bekreftet EMD at det ikke kunne gjelde noe forsterket bevisskrav i denne type saker. Ettersom det forelå klare holdepunkter for at A risikerte behandling i strid med artikkel 3 dersom han ble sendt til Libya, kunne han ikke uttransporteres.

Når det gjelder betydningen av diplomatiske garantier fra hjemstaten, har også dette vært behandlet i senere saker. I *Ismoilov m.fl mot Russland*³²⁾ ønsket russiske myndigheter å utvise en gruppe usbekiske flyktninger til Usbekistan. Klagerne viste til at de risikerte tortur ved tilbakesendelse. Domstolen kom til at det forelå en reell risiko for dette. I saken forelå det en eksplisitt diplomatisk garanti fra usbekiske myndigheter om at flyktningene ikke ville bli utsatt for tortur eller annen mishandling ved overføring til Usbekistan. Domstolen kunne, under henvisning til *Saadi-saken*, ikke gi den diplomatiske garantien avgjørende vekt og uttalte at «the Court is not persuaded that the assurances from the Uzbek authorities offered a reliable guarantee against the risk of ill-treatment».³³⁾ På ny ble det dermed gjort klart, men denne gang i en sak der det vitteleg forelå en slik garanti, at diplomatiske garantier ikke har noen formell verdi, men at det avgjørende er om Domstolen er tilstrekkelig trygg på at utlendingen ikke risikerer tortur eller annen mishandling ved utsendelse.

6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Etter *Saadi*-avgjørelsen og senere saker kan det ikke lenger herske tvil: Nasjonale sikkerhetshensyn, herunder vern av egen befolkning mot terrorisme, er ikke et relevant moment i vurderingen av utsendelsesvernet etter EMK artikkel 3. Rettstilstanden er uansett slik at dersom det foreligger en reell risiko for behandling i strid med artikkel 3, kan ikke utlendingen sendes ut. Dermed er det klart at konvensjonsstatenes frem-

30) EMDs dom 20. juli 2010 *A mot Nederland* (saksnr. 4900/06).

31) Litauen, Portugal, Slovakia og Storbritannia var tredjeparter i saken.

32) EMDs dom 24. april 2008 *Ismoilov m.fl. mot Russland* (saksnr. 2947/06).

33) *Ismoilov m.fl mot Russland*, premiss 127.

gangsmåte i utsendelsessaker omfattende nasjonal sikkerhet må behandles basert på ordinære prinsipper; det tilkommer ikke myndighetene noe større menneskerettslig handlingsrom i slike situasjoner. Diplomatisk garanti fra hjemstaten kan spille en rolle, men slike garantier har ingen selvstendig betydning. Det avgjørende er om den gir et tilstrekkelig sikkert og praktisk vern mot behandling i strid med artikkel 3.

Så kan en spørre seg om ikke utsendelsesvernet nå er blitt for strengt, og om konvensjonsstatene med dette har mistet muligheten til på adekvat vis å beskytte egen befolkning. At EMD selv er av en annen oppfatning, kom klart til uttrykk i *Saadi-saken*:

[T]he Court has always been very cautious, examining carefully the material placed before it in the light of the requisite standard of proof before ... finding that the enforcement of removal from the territory would be contrary to Article 3 of the Convention. As a result, since adopting the *Chahal* judgment it has only rarely reached such a conclusion.³⁴⁾

Etter EMDs syn vil det, blant annet som følge av Domstolens forsiktige linje, bare helt unntaksvis være konvensjonsstridig å utvise utlendinger. Like fullt kan det ikke være tvilsomt at EMD med sin tilnærming har fratatt konvensjonsstatene et reelt virkemiddel ved beskyttelsen av egen befolkning mot terrorisme. Overvåking og kontroll av personer som utgjør en terrortrussel, er både kostbart og komplisert og vil i en del tilfelle heller ikke være forenelig med konvensjonens øvrige rettigheter. Således er det en reell risiko for at utlendinger som ikke kan sendes ut, vil kunne begå terrorhandlinger. EMDs linje i *Saadi-saken* og i senere saker hviler på en forutsetning om at en slik risiko er prisen en betaler for et fritt samfunn tuftet på demokratiske verdier. Domstolen bekrefter dermed sin vilje til å gå i kringvern om helt sentrale rettsstatsprinsipper også der tunge mothensyn gjør seg gjeldende. «The rules of the game are changing», sa statsminister Tony Blair i etterkant av 11. september 2001 og terrorangrepet mot USA. Svaret fra Strasbourg er at det gjør de ikke.

34) *Saadi mot Italia*, premiss 142.