

Det juridiske fakultet

**Retten til liv og skrankene for maktbruk ved pågripelser etter
EMK artikkel 2.**

—
Kristine Gullhav Hansen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2014

Innholdsfortegnelse

KAPITTEL 1 INNLEDNING	4
1.1 AVHANDLINGENS TEMA OG PROBLEMSTILLING	4
1.2 AKTUALITET	5
1.3 FOLKERETTSLOG METODE OG RETTSKILDEBILDET	7
1.4 SONDRINGEN MELLOM NEGATIVE OG POSITIVE FORPLIKTELSER ETTER EMK	9
1.5 AVGRENSNING OG VIDERE FREMSTILLING	10
KAPITTEL 2 HVA ER "USE OF FORCE" ETTER EMK ARTIKKEL 2(2)?	12
2.1 ORDLYD OG FORMÅL	12
2.2 "USE OF FORCE" I LYS AV EMDs AVGJØRELSER	12
2.3 "USE OF FORCE"- GRENSEDRAKNINGEN MELLOM EMK ARTIKKEL 2 OG 3	14
2.4 OPPSTILLER EMK ARTIKKEL 2(2) ET VILKÅR OM ÅRSAKSSAMMENHENG?	15
KAPITTEL 3 FORBUDET MOT Å TA LIV- STATENS NEGATIVE FORPLIKTELSE SOM SKRANKE FOR MAKTBRUK	17
3.1 UTGANGSPUNKTER	17
3.1.1 HOVEDREGEL OG UNNTAK	17
3.1.2 EMDs TOLKNING AV VILKÅRET "ABSOLUTELY NECESSARY"	18
3.2 NÆRMERE OM VILKÅRET "ABSOLUTELY NECESSARY"	19
3.2.1 INNFORTOLKET KRAV OM "VIOLENCE" I BOKSTAV B- DET MÅ FORELIGGE EN NØDVERGESITUASJON.	19
3.2.2. KAN PÅGRIPELSE OPPNÅS UTEN Å BRUKE MAKT?	23
3.2.3 TJENESTEMANNENS FEILVURDERING AV SITUASJONENS FAREGRAD	25
3.3 NÆRMERE OM VILKÅRET "STRICTLY PROPORTIONATE"	27
3.3.1 VALG AV MAKTMIDDEL	28
3.3.2 MAKTENS OMFANG	29
3.3.3 INTENSJONEN MED MAKTBRUKEN	31
3.4 NÆRMERE OM KRAVET TIL "PLANNING AND CONTROL"	32
3.4.1 SAKENS FAKTISKE OMSTENDIGHETER MÅ VÆRE TILSTREKkelig VURDERT	33
3.4.2 ALTERNATIVE STRATEGIER TIL OMFATTENDE MAKTBRUK MÅ VURDERES	34
3.4.3 BETYDNINGEN AV INFORMASJONEN OG INSTRUKSJONENE SOM GIS TIL TJENESTEMENNENE	35
3.4.4 UTILSTREKkelig TID TIL PLANLEGGING	36

KAPITTEL 4 STATENS POSITIVE FORPLIKTELSER SOM SKRANKE FOR MAKTBRUK

39

4.1 PLIKTEN TIL Å LOVREGULERE OFFENTLIG TJENESTEMENNS MAKTBRUK

39

4.1.1 PLIKTEN OMFATTER MAKTBRUK STATEN KJENTE ELLER BURDE KJENNE TIL AT KUNNE UTGJØRE

EN LIVSFARE 40

4.1.2 ”PROTECTED BY LAW”- INNHOLDSMESSIGE KRAV 43

4.1.2.1 Tilgjengelighetskravet 44

4.1.2.2 Klarhets- og presisjonskravet 45

4.2 STATENS PLIKT TIL Å LÆRE OPP POLITITJENESTEMENN I MAKTBRUK

47

4.3 ETTERFORSKNINGSPLIKTEN

50

4.3.1 UAVHENGIGE ETTERFORSKERE 52

4.3.2 OFFENTLIGHET 53

4.3.3 KRAV TIL BEVISSIKRING 55

4.3.4 KRAV TIL HURTIGHET 55

KAPITTEL 5 AVSLUTNING

57

KILDELISTE

59

Kapittel 1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er retten til liv og skrankene for maktbruk ved pågripelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen¹ artikkel 2.

EMK artikkel 2 har følgende ordlyd:

Article 2. Right to life

1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.
2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:
 - a. in defence of any person from unlawful violence;
 - b. in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
 - c. in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection

EMK artikkel 2 verner om individets rett til liv. Retten til liv er en grunnleggende menneskerettighet.² Den europeiske menneskerettighetsdomstolen uttalte i storkammeravgjørelsen *Nachova m.fl. mot Bulgaria* at EMK artikkel 2 "ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention and enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe."³ EMD har også fremhevet at retten til liv fremstår som en forutsetning for å kunne nyte det vernet som følger av de øvrige bestemmelsene i EMK, slik som ytringsfrihet, religionsfrihet, familieliv og privatliv.⁴

¹ The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1950.

² Jf. United Nations Universal Declaration of Human Rights artikkel 3, vedtatt 10. desember 1948, og United Nations International Covenant on Civil and Political Rights artikkel 6, vedtatt 16. desember 1966.

³ Dom 06. juli 2005 (43577/98 og 43579/98) avsnitt 93 første setning.

⁴ Dom 29. april 2002, *Pretty mot Storbritannia* (2346/02) avsnitt 37.

EMK artikkel 2 verner også ethvert individ mot vilkårlige inngrep i retten til liv. Beskyttelse mot inngrep er svært viktig, ettersom drap ikke kan reverseres og tap av menneskeliv er uerstattelig. I tillegg har tap av liv ofte store konsekvenser for de pårørende. Videre understreker det at retten til liv er en grunnleggende menneskerettighet, at EMK artikkel 15 ikke gir adgang til å fravike bestemmelsen i krigs- eller andre nasjonale nødssituasjoner jf. EMK artikkel 15(2).

EMK artikkel 2 består av to ledd. I første ledd angis vernet av retten til liv. Vernet innebærer for det første at staten har en plikt til å beskytte retten til liv ved lovgivning jf. første setning. For det andre oppstiller bestemmelsen et forbud mot at staten berøver noen livet med hensikt jf. annen setning.

Det følger imidlertid unntak av annet ledd bokstav a-c, som angir tre situasjoner hvor berøvelse av liv ikke anses å være skjedd i strid med bestemmelsen. Denne avhandlingen fokuserer på unntaket i bokstav b, som gjelder for pågripelser. Det følger av annet ledd bokstav b at berøvelse av liv ikke anses å være skjedd i strid med bestemmelsen, når den er en følge av maktbruk som ikke går lenger enn ”absolutely necessary” for å foreta en lovlig pågripelse. Unntaket gjelder inngrep i form av offentlig tjenestemenns maktbruk jf. ordlyden ”Deprivation of life when it results from the use of force”.

Adgangen til maktbruk for å foreta en lovlig pågripelse er likevel ikke ubegrenset etter EMK artikkel 2. Etter ordlyden følger det en begrensning ved at maktbruken ikke må gå lenger enn det som er ”absolutely necessary” jf. EMK artikkel 2(2). EMD har også oppstilt begrensninger for maktbruk i rettspraksis. Avhandlingens problemstilling er dermed hvilke skranker for maktbruk ved pågripelser som følger av EMK artikkel 2. Dette innebærer at jeg først vil se på hva som er ”use of force” etter EMK artikkel 2(2). Deretter skal jeg se nærmere på hvordan statens forpliktelser etter EMK artikkel 2 setter begrensninger for maktbruk ved pågripelser.

1.2 Aktualitet

Skrankene for maktbruk ved pågripelser beror på en avveining av motstående hensyn. På den ene siden står hensynet til beskyttelse av individets liv og fysisk integritet. På den annen side står hensynet til en effektiv og hensiktsmessig utførelse av politiets oppgaver, samt hensynet

til at politiet har ansvar for å bekjempe kriminalitet og opprettholde ro og orden i samfunnet. Politiet foretar daglig pågripelser og blir stilt overfor situasjoner hvor det kan bli aktuelt å anvende makt. I tillegg til reglene i straffeprosessloven⁵ vil EMK artikkel 2 sette begrensninger for politiets maktbruk ved pågripelser. EMK regnes som norsk lov og skal ved motstrid med annen lovgivning gå foran jf. menneskerettsloven⁶ § 2 jf. § 3.

Ifølge NOU 2009:12 «Et ansvarlig politi» var det i perioden 2005-2008 to dødsfall i Norge etter pågrepelse, to dødsfall etter politiets bruk av skytevåpen og fire dødsfall i forbindelse med bilforfølgelse.⁷ I 2013 behandlet Spesialenheten for politisaker 1418 anmeldelser av ulovlig politivold i tjenesten. Dette var en økning fra 1233 behandlede saker i 2012.⁸

Fra Norge er det to saker angående maktbruk ved pågripelser som jeg vil trekke frem på grunn av utfallet i sakene. Den første saken gjaldt politiets pågrepelse av Robert Michael Aconcha- Kohns på et hotell i Oslo 8. oktober 2004. Den pågrepne ble påsatt håndjern og belte rundt bena. Tjenestemennene dekket også ansiktet hans med en tett anorakkhette som ble bundet fast. Han døde kort tid etterpå.⁹

Den andre saken er Obiora- saken. Saken gjaldt Eugene Ejike Obioras dødsfall i forbindelse med politiets pågrepelse 7. september 2006 i Trondheim. Politiet ble tilkalt til et servicekontor i Trondheim fordi Obiora oppføre seg aggressivt overfor en ansatt. Da politiet ankom servicekontoret motsatte Obiora seg pågripelsen, og politiet anvendte et halsgrep og en teknikk som heter mageleie. Obiora døde kort tid etterpå. Hendelsesforløpet er fra Spesialenheten for politisaker sitt vedtak i saken.¹⁰ Vedtaket ble påklaget til Riksadvokaten, som henla saken 21.12.2007.¹¹ Sivilombudsmannen igangsatte undersøkelse av hendelsen på eget initiativ. Undersøkelsen gjaldt ansvaret for politiets maktbruk ved pågripelser, særlig

⁵ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

⁷ Side 143 under punkt 9.10 annet avsnitt jf. punkt 9.10.1.

⁸ Spesialenheten for politisaker sin Årsrapport 2013 side 30-31 (tilgjengelig på spesialenheten.no).

⁹ <http://www.riksadvokaten.no/no/dokumenter/avgjorelser/Riksadvokatens+avgjorelse+i+klagesak+om+dodsfall+under+polititransport.9UFRrQ3S.ips> (sist sett 02.05.2014).

¹⁰ Vedtak i sak 060621/ 200600496 (tilgjengelig på spesialenheten.no).

¹¹ Riksadvokatens vedtak 21.12.07: R 9571307 2286/07-63 JKØ/mw (tilgjengelig:

<http://www.adressa.no/incoming/article1410469.ece5/BINARY/Riksadvokaten+Obiora-avgjorelse>. Sist sett 02.05.2014).

knyttet til bruk av mageleie. Sivilombudsmannen konkluderte med at Norge ikke i tilstrekkelig grad hadde overholdt sine forpliktelser etter EMK artikkel 2 med hensyn til bruken av mageleie ved pågrepelse.¹² Etter dette klaget Obioras sønn saken inn for EMD. EMD avviste klagen på grunnlag av at sønnen ikke kunne anses som ”victim” etter EMK artikkel 34, fordi familien hadde mottatt og akseptert erstatning fra den norske stat.¹³

Maktbruk ved pågrepelse er ytterligere aktualisert etter at Solberg- regjeringen fremmet et forslag om generell bevæpning av politiet i de politidistriktene som ønsker det selv.¹⁴ Bruk av våpen har stort skadepotensiale for liv og helse, hvilket setter fokus på skrankene for politiets bruk av våpen som maktmiddel ved pågrepelse etter EMK artikkel 2.

1.3 Folkerettslig metode og rettskildebildet

Innledningsvis vil jeg fremheve at avhandlingen er rettsdogmatisk, ettersom problemstillingen besvares ved å systematisere og klarlegge gjeldende rett. Videre vil jeg fremheve to særskilte metodetrekk for denne avhandlingen.

For det første er primærkildene internasjonale rettskilder. EMK er en traktat og tolkes derfor etter reglene som gjelder for traktatstolkning. Disse reglene følger av Wienkonvensjonen.¹⁵ I avhandlingen vil jeg forholde meg til den engelske originalversjonen av EMK.

Utgangspunktet er at konvensjoner skal tolkes i samsvar med ordenes alminnelige betydning jf. Wienkonvensjonen artikkel 31(1). Det følger videre av bestemmelsen at ved fortolkningen av ordlyden skal det tas hensyn til traktatens formål og i hvilken kontekst ordene er brukt. Dette viser at formålsbetraktninger tillegges stor vekt. Wienkonvensjonen artikkel 32 fastslår at forarbeidene er et supplerende tolkningsmoment som kan tas i betraktning dersom man ikke kommer til en klar løsning på bakgrunn av ordlyden og formålsbetraktninger. Dette tilsier at forarbeidene har liten vekt ved tolkningen.

¹² Sak 16. februar 2010 (Nr. 2007/ 2439) (tilgjengelig på sivilombudsmannen.no).

¹³ Avvisningsavgjørelse 21. juni 2011, *Obiora mot Norge* (31151/ 08) punkt B.

¹⁴ <http://www.regjeringen.no/pages/38500565/plattform.pdf> (på side 17. Sist sett 02.05.2014).

¹⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, vedtatt 23. mai 1969.

For det andre er det et særskilt metodetrekk at reglene i Wienkonvensjonen må suppleres med tolkningsprinsippene som EMD har utviklet. Tolkningsprinsippene er sentrale og viktige for forståelse av hvordan EMD resonnerer og argumenter, og har vært sentrale når EMD har oppstilt begrensningene for maktbruk som følger av EMK artikkel 2.

EMD har for det første en dynamisk tolkningsstil. I saken *Tyrer mot Storbritannia* ble dette uttalt slik at konvensjonen er et "living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions."¹⁶ For det andre tolker EMD konvensjonen ut ifra effektivitets- og formålshensyn, og har uttalt at bestemmelsene må bli "interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective ...".¹⁷ EMD har også uttalt at EMK skal fortolkes ut ifra hensynet til konsekvens og harmoni i konvensjonssystemet, slik at de ulike bestemmelsene tolkes i lys av hverandre.¹⁸ EMD har i tillegg fremhevet at EMK skal tolkes slik at konvensjonen fremmer idealene og verdiene i et demokratisk samfunn.¹⁹

I tillegg til det ovennevnte, er EMDs dommer vedrørende forståelsen av EMK artikkel 2 sentrale rettskilder. Ifølge EMK artikkel 32(1) har EMD kompetanse til å tolke konvensjonens bestemmelser, og EMDs dommer tillegges således stor vekt. Det ville blitt for omstendelig om alle relevante avgjørelser fra EMD skulle behandles. Formålet med de utvalgte avgjørelsene, er at de skal gi et helhetlig bilde av hvilke skranker for maktbruk ved pågripelser som følger av EMK artikkel 2.

Det foreligger en rikholdig litteratur angående vernet om retten til liv etter EMK artikkel 2. Et eksempel fra norsk litteratur er Jørgen Aall sin bok *Rettsstat og Menneskerettigheter*.²⁰ Et eksempel fra utenlandsk litteratur er David J. Harris, Michael O'Boyle og Colin Warbrick sin

¹⁶ Dom 25. april 1978 (5856/72) avsnitt 31 annet innrykk

¹⁷ Dom 27. september 1995, *McCann m.fl. mot Storbritannia* (18984/91) avsnitt 146. Jf. fortalen til EMK tredje ledd.

¹⁸ Avgjørelse 06.juli 2005, *Stec m.fl. mot Storbritannia* (65900/01) avsnitt 48 første setning. Jf. fortalen til EMK femte ledd.

¹⁹ Dom 07. juli 1989, *Soering mot Storbritannia* (14038/88) avsnitt 87 siste setning.

²⁰ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011

bok *Law of the European Convention on Human Rights*.²¹ Det finnes publiserte masteravhandlinger om de rettslige rammene for maktbruk etter politiloven med tilhørende rettskilder.²² Jeg har imidlertid ikke funnet noe publisert juridisk forskning som har den samme vinklingen som denne avhandlingen, og omhandler skrankene for maktbruk ved pågripelser etter EMK artikkel 2.

1.4 Sondringen mellom negative og positive forpliktelser etter EMK

I dette punktet skal jeg gi en kort presentasjon av sondringen mellom statens negative og positive forpliktelser etter EMK. Hoveddelen i avhandlingen er inndelt etter statens negative og positive forpliktelser etter EMK artikkel 2, og sondringen behandles innledningsvis fordi det forklarer hvordan hoveddelen er inndelt. Bakgrunnen for inndelingen er at jeg mener det vil gi en helhetlig og oversiktlig fremstilling av stoffet.

Statens negative forpliktelser innebærer at staten må avstå fra inngrep i konvensjonsrettighetene.²³ Dette betyr at staten skal forholde seg passiv og respektere menneskerettighetene. Statens positive forpliktelser innebærer at staten må iverksette aktive tiltak for å sikre rettighetene i praksis.²⁴ Dette betyr at staten har en handlingsplikt til å beskytte menneskerettighetene.

EMK inneholder sivile og politiske rettigheter slik som retten til liv, forbudet mot tortur, ytringsfrihet, religionsfrihet og rett til personlig frihet og privatliv. Dette er til forskjell fra økonomiske, kulturelle og sosiale rettigheter.²⁵ Tradisjonelt har sivile og politiske rettigheter vært ansett for å pålegge staten negative forpliktelser, mens økonomiske, kulturelle og sosiale rettigheter har vært forbundet med positive forpliktelser.²⁶ Dette kan være forklaringen på hvorfor de fleste bestemmelsene i EMK er utformet som negative forpliktelser gjennom at

²¹ David J. Harris, Michael O'Boyle og Colin Warbrick m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, second edition, Oxford 2009.

²² <https://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/6882/42620241.pdf?sequence=1>
<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/21955/87397.pdf?sequence=3>.

²³ Harris, O'Boyle og Warbrick m.fl., 2009 s. 18.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Jf. United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, vedtatt 16. desember 1966.

²⁶ Harris, O'Boyle og Warbrick m.fl., 2009 s. 18.

staten skal avstå fra å gripe inn i rettighetene jf. eksempelvis forbudet mot å ta liv i artikkel 2, forbudet mot tortur i artikkel 3 og retten til respekt for privat-og familieliv i artikkel 8.

EMK pålegger også staten positive forpliktelser. Noen positive forpliktelser kommer eksplisitt til uttrykk i konvensjonen, jf. plikten til å beskytte retten til liv ved lovgivning i EMK artikkel 2(1)(1). Andre positive forpliktelser er utviklet i EMDs praksis, slik som opplæringsplikt og etterforskningsplikt.²⁷ Et grunnlag for EMDs tolkning er EMK artikkel 1. Ifølge EMK artikkel 1 skal staten ”secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.” Ordlydens begrep ”secure” (sikre) tilsier at staten må iverksette aktive tiltak for å beskytte menneskerettighetene. Et annet grunnlag for EMDs tolkning er effektivitetshensyn. Dette innebærer at konvensjonens bestemmelser tolkes på en måte som gjør beskyttelsen av menneskerettighetene mest mulig effektiv i praksis. I saken *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* ble dette uttalt på følgende måte:

”It is further to be observed that, by virtue of Article 1 of the Convention, each Contracting Party ”shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention”. The discharge of this general duty may entail *positive obligations* inherent in ensuring the *effective exercise* of the rights guaranteed by the Convention.”²⁸

EMD uttalte videre at både når det gjelder statens negative og positive forpliktelser “regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole.”²⁹ Dette viser at EMD forsøker å finne en rimelig balanse mellom individets og samfunnets interesser i fortolkningen av EMK. Denne balansegangen er gjennomgående i EMDs avgjørelser angående begrensningene for maktbruk ved pågripelser etter EMK artikkel 2.

1.5 Avgrensning og videre fremstilling

Avhandlingen er avgrenset mot å behandle reglene om dødsstraff jf. EMK artikkel 2(1)(2), og unntaket i annet ledd bokstav c. Grunnen til at det ikke er positivt avgrenset mot unntaket i

²⁷ Jf. avhandlingens kapittel 4.

²⁸ Dom 11.januar 2006 (52562/99 og 52620/99) avsnitt 57 (min utheving).

²⁹ *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* avsnitt 58 første innrykk, siste setning.

annet ledd bokstav a, er fordi flere av dommene som omhandler bokstav b er i kombinasjon med bokstav a. Utover dette vil det ikke bli redegjort for innholdet av bokstav a. Det faller utenfor avhandlingen å behandle problemstillingene etter EMK artikkel 2, i forbindelse med personer som allerede er varetektsfengslet eller soner fengselsstraff. Det faller også utenfor å behandle vilkårene for pågripelse slik de fremgår av EMK artikkel 5.

Den videre fremstillingen er delt inn i tre hovedkapitler. I kapittel 2 skal jeg redegjøre for hva som anses som "use of force" etter EMK artikkel 2(2). Grunnen til at dette behandles først er at maktbegrepet er sentralt for å forstå hvilke situasjoner som omfattes av bestemmelsen og således anvendelsesområdet til de ulike skrankene som gjennomgås i kapittel 3 og 4. I kapittel 3 skal jeg behandle hvilke skranker som følger av statens negative forpliktelse etter EMK artikkel 2. I kapittel 4 skal jeg behandle hvilke skranker som følger av statens positive forpliktelser etter EMK artikkel 2. I kapittel 5 gis en oppsummering.

Kapittel 2 Hva er ”use of force” etter EMK artikkel 2(2)?

I dette kapitlet skal jeg behandle hva som anses som ”use of force” etter EMK artikkel 2(2).

2.1 Ordlyd og formål

Utgangspunktet for hva som er ”use of force” etter EMK artikkel 2(2) beror på en tolkning av ordlyden sammenholdt med bestemmelsens formål.

Bestemmelsen inneholder ingen definisjon av begrepet ”use of force”. Ordlyden tilsier at bestemmelsen omfatter fysiske kraftanstrengelser som er anvendt med tvang. Ordlyden taler for at det ikke er avgjørende om den fysiske kraften utøves av polititjenestemannen selv eller ved bruk av hjelpemidler. En slik tolkning er støttet av bestemmelsens hovedformål om å verne personers liv og fysiske integritet.

Begrepet ”use of force” kan imidlertid ikke tolkes isolert fra sammenhengen i bestemmelsen, men må sees i lys av konteksten det er brukt i. Det følger av ordlyden at kjerneområdet for unntakene i EMK artikkel 2(2) er maktbruk som resulterer i ”deprivation of life”. Dette taler for at bestemmelsen gjelder makt som er anvendt i en slik grad og omfang at det setter en persons liv i fare. Det forhold at maktbegrepet står i EMK artikkel 2, som beskytter retten til liv, indikerer også at det er snakk om omfattende maktbruk.

Samlet sett taler dette i retning av at EMK artikkel 2(2) gjelder omfattende maktbruk. Ordlyden setter dermed en terskel, som innebærer at mindre omfattende maktbruk faller utenfor artikkel 2. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 2.3 og grensedragningen mellom EMK artikkel 2 og 3.

2.2 ”Use of force” i lys av EMDs avgjørelser

I dette punktet skal EMDs tolkning av begrepet ”use of force” drøftes. EMD har ikke oppstilt en uttømmende definisjon av hva som ligger i begrepet ”use of force”. Dette må sees i sammenheng med at konvensjonen er et levende instrument som fortolkes dynamisk.

For å klarlegge nærmere hvilke handlinger som omfattes av bestemmelsen, skal det i det følgende vises til noen konkrete eksempler fra EMDs praksis. Eksemplene er ikke ment å gi en uttømmende illustrasjon av hva som er ”use of force” etter EMK artikkel 2(2).

For det første har EMD kommet til at bruk av skytevåpen er ”use of force” etter EMK artikkel 2(2). Saken *Nachova m.fl. mot Bulgaria* gjaldt politiets pågrepelse av to personer som hadde rømt fra fengselet.³⁰ Personene sonet for ulovlig fravær fra militærtjenesten og var ikke bevæpnet under flukten. I forbindelse med pågrepsen av de to personene brukte politiet skytevåpen, som endte med at begge døde. EMD konkluderte med at det forelå brudd på artikkel 2(2).³¹

For det andre har EMD kommet til at bruk av granater og eksplosiver er ”use of force” etter EMK artikkel 2(2). Saken *Dimov m.fl. mot Bulgaria* gjaldt politiets pågrepelse av en person som hadde fått fengselsdom.³² Politiet oppsøkte huset hans for å foreta pågrepsen, og det viste seg at vedkommende var bevæpnet og avfyrte skudd mot politiet. Politiet tok i bruk skytevåpen, granater og eksplosiver, som resulterte i at personen døde. EMD konkluderte med at det forelå brudd på artikkel 2(2).³³

For det tredje har EMD kommet til at bruk av gass er ”use of force” etter EMK artikkel 2(2). Saken *Finogenov m.fl. mot Russland* gjaldt bevæpnede terrorister og selvmordsbombere som holdt 900 gisler fanget i teateret i Moskva.³⁴ På den tredje dagen bestemte myndighetene seg for å storme bygningen med bruk av gass. Gassen medførte at terroristene og 129 av totalt 900 uskyldige gisler døde. EMD konkluderte med at maktbruken ikke krenket EMK artikkel 2(2).³⁵

I tillegg har EMD kommet til at polititjenestemenns egen håndkraft er ”use of force” etter artikkel 2(2). I saken *Saoud mot Frankrike* var saksforholdet at politiet mottok opplysninger

³⁰ Dom 06.juli 2005 (43577/98 og 43579/98) avsnitt 10-15 jf. 34-35.

³¹ *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 109.

³² Dom 06. november 2012 (30086/ 05) avsnitt 8-10 jf. 24

³³ *Dimov m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 79-80.

³⁴ Dom 20. desember 2011 (18299/ 03 og 27311/ 03) avsnitt 8 jf. 22-24.

³⁵ *Finogenov m.fl. mot Russland* avsnitt 236.

om at en mann på 26 år var voldelig mot sin mor og to søsken i deres hjem.³⁶ Politiet rykket ut for å pågripe mannen. Da de ankom stedet var mannen voldelig og motsatte seg pågripelsen. Polititjenestemennene ble informert om at han var psykisk syk og ufør. For å få kontroll over mannen brukte politiet pågripelsesteknikken mageleie, hvor mannen ble holdt nede i bakken i trettifem minutter. Det endte med at han døde. EMD konkluderte med at det forelå brudd på statens positive forpliktelse til å beskytte den pågrepnes rett til liv jf. EMK artikkel 2.³⁷

Eksemplene ovenfor viser at EMD behandler både polititjenestemenns fysiske vold og bruk av hjelpemidler som "use of force" etter EMK artikkel 2(2). Videre viser eksemplene at politiet stort sett er bevæpnet eller bruker andre farlige hjelpemidler, og at maktbruken har resultert i at den pågrepne dør. På bakgrunn av rettspraksis og ordlydsfortolkningen i punkt 2.1, kan det dermed slås fast at EMK artikkel 2 gjelder svært omfattende maktbruk.

2.3 "Use of force"- grensedragningen mellom EMK artikkel 2 og 3

I dette punktet skal jeg behandle grensedragningen mellom EMK artikkel 2 og 3 vedrørende offentlig tjenestemenns maktbruk.

Det fremgår av EMK artikkel 3 at "No one shall be subject to torture or to inhumane or degrading treatment or punishment." Ordlyden oppstiller et forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. EMD uttalte i *Tyrer mot Storbritannia* at formålet med EMK artikkel 3 er å beskytte individets verdighet og fysiske integritet.³⁸ Ut ifra dette er EMK artikkel 3 relevant å vurdere i saker hvor offentlig tjenestemenns maktbruk utgjør et inngrep i en persons fysiske integritet, men som ikke truer personen på livet.

Rettspraksis viser at forholdet mellom EMK artikkel 2 og 3 settes på spissen i de tilfellene hvor offentlig tjenestemenns maktbruk ikke resulterer i at den pågrepne dør. EMDs dom *Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria* er relevant fordi EMD uttaler seg om grensedragningen.³⁹

³⁶ Dom 09. oktober 2007 (9375/02) avsnitt 8-11 jf. 32. Dommen finnes kun i fransk originaltekst.

³⁷ Saoud mot Frankrike avsnitt 104.

³⁸ Dom 25. april 1978 (5856/72) avsnitt 33 annet innrykk.

³⁹ Dom 10. juni 2010 (63106/00).

Saksforholdet var at politiet observerte en person som vandret alene på en gårdsplass midt på natten. Politiet forsøkte å få personen til å stoppe, men han lystret ikke og sprang unna. Politiet avfyrte skudd mot mannen for å få han til å stoppe. Dette endte med at han overlevde, men ble livstruende skadet.⁴⁰ EMD uttalte følgende om grensedragningen:

” In the present case, the force used against the applicant was not in the event fatal. The Court must therefore determine whether the facts should be examined under Article 2 or rather under Article 3 of the Convention. In so doing, it must have regard to the degree and type of force used, as well as the intention or aim behind the use of that force. If the force was potentially deadly and the conduct of the officers concerned was such as to put the applicant’s life at risk, then Article 2 is applicable.”⁴¹

Det følger av uttalelsen at grensedragningen mellom EMK artikkel 2 og 3, beror på en vurdering av graden og type makt, samt intensjonen og formålet med maktbruken. Den siste setningen i uttalelsen illustrerer at EMD foretar en formålsorientert tolkning av EMK artikkel 2, ved at bestemmelsen utvides til å omfatte *potensielt* dødelig makt og handlinger som setter livet til den pågrepne i fare. Dette tilsier at EMD ikke vil vike tilbake for å undersøke tjenestemenns maktbruk opp imot vilkårene i EMK artikkel 2, i saker hvor interessene som bestemmelsen skal beskytte er truet. Det er rimelig å anta at dette har sin begrunnelse i at retten til liv er en så vidt grunnleggende menneskerettighet.

Ut ifra dette kan det slås fast at EMD vil anvende EMK artikkel 2 når offentlig tjenestemenns maktbruk resulterer i at den pågrepne dør. I tilfeller hvor maktbruken ikke medfører dødsfall, beror anvendelsesområdet til EMK artikkel 2 på om maktbruken var potensielt dødelig ut ifra en vurdering av graden og type makt, samt intensjonen med maktbruken.

2.4 Oppstiller EMK artikkel 2(2) et vilkår om årsakssammenheng?

I dette punktet er spørsmålet om anvendelsen av EMK artikkel 2 er betinget av at det er årsakssammenheng mellom politiets maktbruk, og det forhold at mistenkte dør eller blir livstruende skadet.

⁴⁰ Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria avsnitt 6-8.

⁴¹ Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria avsnitt 39.

Ordlyden tilsier at det stilles et krav om årsakssammenheng jf. ”which results from”. EMD har imidlertid i saken *Dimov m.fl. mot Bulgaria* fastslått at bestemmelsen ikke skal tolkes så strengt (se punkt 2.2 fjerde avsnitt for saksforholdet). EMD uttalte:

” The responsibility of the State is not confined to cases in which there exists significant evidence that the use of force by State agents has directly caused the death of a person. It may also be engaged where those agents fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods with a view to avoiding or at least minimising incidental loss of life.”⁴²

Ut ifra dette gjelder statens ansvar også i situasjoner hvor tjenestemenn ikke tar alle praktisk mulige forholdsregler i valg av maktmidler og metoder for å unngå tap av liv. Dette viser at EMD tolker EMK artikkel 2 formålsorientert, og har sammenheng med at EMD har fastlagt at staten også kan krenke EMK artikkel 2 på grunn av utilstrekkelig planlegging og kontroll med maktbruk ved pågripelser (se punkt 3.4).

På den ene side utvider regelen statens ansvar i henhold til det som følger direkte av ordlyden. På den annen side styrker EMDs formålsorienterte tolkning individets beskyttelse i praksis. Regelen kan tenkes å virke preventivt ved at staten kan pådra seg ansvar etter EMK artikkel 2 i enhver situasjon hvor det brukes omfattende makt, uavhengig av om dødsårsaken er klar.

⁴² *Dimov m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 72.

Kapittel 3 Forbudet mot å ta liv- statens negative forpliktelse som skranke for maktbruk

I dette kapitlet skal jeg behandle skrankene for maktbruk ved pågripelser som følger av statens negative forpliktelse etter EMK artikkel 2.

3.1 Utgangspunkter

3.1.1 Hovedregel og unntak

Det fremgår av EMK artikkel 2(1)(2) at ”No one shall be deprived of their lives intentionally”. Bestemmelsen slår fast at hovedregelen er at ingen skal berøves livet med hensikt. Ordlyden pålegger staten en plikt til å avstå fra handlinger som frarøver noen livet, og gir uttrykk for statens negative forpliktelse.

EMK artikkel 2(2) bokstav b oppstiller imidlertid unntak fra hovedregelen. Det følger av annet ledd bokstav b at berøvelse av liv ikke anses å være skjedd i strid med bestemmelsen, når den er en følge av maktbruk som ikke går lenger enn ”absolutely necessary” for å foreta en lovlig pågripelse. Det er et vilkår at maktbruken ikke går lenger enn det som var ”absolutely necessary”.

Ordlyden oppstiller således en begrensning ved at maktbruken må ha vært absolutt nødvendig. Begrepet ”absolutely” taler for at omfattende maktbruk skal være siste utvei for å foreta pågripelsen, og anlegger dermed en høy terskel. Ordlydens vilkår er således en rettssikkerhetsgaranti mot maktmisbruk og vilkårlighet.

Formålet med bestemmelsen støtter at det er en snever adgang til å gjøre inngrep etter artikkel 2(2). Retten til liv er en grunnleggende menneskerettighet og ivaretar en av de mest sentrale verdiene i et demokratisk samfunn, hvilket tilsier at terskelen for inngrep etter EMK artikkel 2(2) er meget høy. På denne bakgrunn kan det konkluderes med at EMK artikkel 2(2) er en snever unntaksregel.

3.1.2 EMDs tolkning av vilkåret ”absolutely necessary”

I dette punkt skal EMDs tolkning av vilkåret ”absolutely necessary” presenteres.

EMD uttalte i *McCann m.fl. mot Storbritannia* følgende om vilkåret:

” In this respect the use of the term "absolutely necessary" in Article 2 para. 2 (art. 2-2) indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is "necessary in a democratic society" under paragraph 2 of Articles 8 to 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) of the Convention. In particular, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 (a), (b) and (c) of Article 2 (art. 2-2-a-b-c).”⁴³

Det fremgår av uttalelsen at vilkåret i EMK artikkel 2(2) er strengere enn vilkåret ”necessary in a democratic society” jf. artiklene 8(2)- 11(2). EMD har tolket vilkåret i artiklene 8(2)- 11(2) slik at inngrepet må svare til ”a pressing social need”, inngrepet må være ”proportionate”, og at staten i disse vurderingene har en ”margin of appreciation”.⁴⁴

Det følger uttrykkelig av uttalelsen fra *McCann-saken* at maktbruken må være ”strictly proportionate” for å foreta en pågripelse. Med andre ord skal det foretas en strengere proporsjonalitetsvurdering enn tilsvarende vurdering etter artiklene 8(2)- 11(2). EMD har videre ikke brukt begrepet ”margin of appreciation” i tilknytning til EMK artikkel 2.⁴⁵ Domstolen har tvert imot uttalt at det skal foretas en streng vurdering av unntakene i EMK artikkel 2(2). I saken *Nachova m.fl. mot Bulgaria* ble dette formulert på følgende måte: ”In view of the fundamental nature of the right to life, the circumstances in which deprivation of life may be justified must be *strictly construed*.”⁴⁶ Det er grunn til å tro at dette skyldes rettighetenes ulike karakter. Det er rimelig at statens rom for skjønn er mindre når det gjelder inngrep i retten til liv, sammenlignet med inngrep i ytringsfriheten.

⁴³ Dom 27. september 1995 (18984/91) avsnitt 149.

⁴⁴ Dom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* (10465/83) avsnitt 67.

⁴⁵ Harris, O’Boyle og Warbrick m.fl., 2009 s. 62 første avsnitt jf. bemerkningen i fotnote 217.

⁴⁶ Dom 06. juli 2005 (43577/98 og 43579/98) avsnitt 94 siste setning (min utheving).

EMD uttalte også i *McCann-saken* at vurderingen ikke kun beror på tjenestemennenes konkrete maktbruk, men at Domstolen også må ta i betraktning ”all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination.”⁴⁷

Ut ifra EMDs ovennevnte tolkning er det videre kapitlet delt inn i tre punkter. I punkt 3.2 behandles vilkåret ”absolutely necessary”. I punkt 3.3 behandles vilkåret ”strictly proportionate”. Deretter i punkt 3.4 behandles kravet til ”planning and control” med maktbruken. Skillet mellom vilkårene ”absolutely necessary” og ”strictly proportionate” er ikke alltid like fremtredende i EMDs dommer. En mulig forklaring på dette kan være at EMD foretar en skjønsmessig helhetsvurdering. Analytisk er det likevel mulig å skille mellom vurderingen om omfattende maktbruk i en pågripelsessituasjon var ”absolutely necessary”, for deretter å vurdere om den konkrete maktanvendelsen var ”strictly proportionate”. På denne bakgrunn og av fremstillingsmessige grunner har jeg valgt å skille mellom de to vurderingstemaene.

3.2 Nærmere om vilkåret ”absolutely necessary”

I dette punktet skal jeg behandle vilkåret om at omfattende maktbruk må være ”absolutely necessary” jf. EMK artikkel 2(2). Ifølge rettspraksis beror dette for det første på en vurdering av situasjonens faregrad (punkt 3.2.1). For det andre beror det på en vurdering av om pågripelsen kunne vært gjennomført på andre måter (punkt 3.2.2). Deretter behandles politiets vurdering av situasjonen (punkt 3.2.3).

3.2.1 Innfortolket krav om ”violence” i bokstav b- det må foreligge en nødvergesituasjon.

Ifølge ordlyden i EMK artikkel 2(2) bokstav b er det adgang til maktbruk ”in order to effect an arrest”. Ordlyden utelukker ikke at det kan være absolutt nødvendig å anvende omfattende makt i enhver pågripelsessituasjon, ettersom det ikke oppstilles krav til situasjonens faregrad.

⁴⁷ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 150.

I Kammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* har imidlertid EMD foretatt en presiserende tolkning av bokstav b. Saken gjaldt politiets bruk av skytevåpen for å arrestere to personer som hadde rømt fra et fengsel, jf. punkt 2.2 tredje avsnitt. EMD uttalte følgende:

” It is only in subparagraphs (a) and (c) of Article 2 § 2 that violence (in the form of unlawful violence, a riot or an insurrection) is expressly made a condition that will justify the use of potentially lethal force. However, the principle of strict proportionality as enshrined in Article 2 of the Convention cannot be read in dissociation from the purpose of that provision: the protection of the right to life. *This implies that a similar condition applies to cases under subparagraph (b).*”⁴⁸

Uttalelsen er generell og prinsipielt begrunnet, hvilket tilsier at den ikke er begrenset til den konkrete saken. Det at EMD tolker unntaket i bokstav b i lys av unntakene i bokstav a og c, viser hvordan EMD tolker EMK artikkel 2 ut ifra hensynet til konsekvens og harmoni. Ut ifra dette skal det dermed innfortolkes et vilkår om ”violence” i EMK artikkel 2(2) bokstav b. Dette innebærer at personen som skal pågripes må utvise voldelig atferd. Spørsmålet er hva som nærmere ligger i vurderingen av ”violence”, herunder mot hvem mistenktes voldelig atferd må rette seg mot.

Momentene som vurderingen beror på er fastlagt i Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria*.⁴⁹ EMD fastslo at det ikke er absolutt nødvendig å bruke potensielt dødelig makt når personen som skal pågripes ”poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence, ...”.⁵⁰ Ut ifra dette beror vurderingen på to momenter. For det første om personen som skal pågripes utgjør en *fare for andres liv eller legeme*. For det andre om vedkommende er mistenkt for å ha begått *voldelig kriminalitet*.

EMD uttalte i *Nachova-saken* at selv om de mistenkte tidligere var dømt for tyveri hadde de ikke et voldelig rulleblad. De mistenkte hadde rømt uten å bruke vold og de var ikke bevæpnet eller representerte en fare for politimennene eller tredjepersoner.⁵¹ På denne

⁴⁸ Dom 26. februar 2004 (43577/98 og 43579/98) avsnitt 104 (min uthevning).

⁴⁹ Dom 06. juli 2005 (43577/98 og 43579/98) avsnitt 95 annen setning.

⁵⁰ *Ibid.* (Alle henvisningene til *Nachova-saken* i avhandlingen er heretter til Storkammeravgjørelsen).

⁵¹ Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 106

bakgrunn konkluderte EMD med at politiets bruk av skytevåpen ikke var absolutt nødvendig og dermed innebar et brudd på EMK artikkel 2(2).⁵²

I praksis innebærer dette at EMD har innfortolket et krav om nødverge i bokstav b, for at maktbruk for å foreta en pågrepelse er absolutt nødvendig etter EMK artikkel 2(2). Det at vurderingen beror på de to ovenfor nevnte momentene, innebærer at vurderingen er situasjonsbetinget. Tolkningen er lagt til grunn i senere rettspraksis og må anses som sikker rett.⁵³

Rettspraksis viser at nødvergesituasjoner i forbindelse med pågripelser ofte er en kombinasjon av unntakene i EMK artikkel 2(2) bokstav a og b, men det er ikke en betingelse.⁵⁴ I slike tilfeller utgjør personen som skal pågripes en fare for tredjeperson. Dette var saksforholdet i *Andronicou mot Hellas*, hvor politiet skulle pågripe en mann som holdt kjæresten sin som gissel i hans leilighet og truet henne med en pistol.⁵⁵ Etter forsøk på å overtale og føre dialog med mistenkte, tok politiet seg inn i leiligheten og brukte skytevåpen for å avverge situasjonen. Det endte med at både gjerningsmannen og gisselet døde. EMD konkluderte med at maktbruken ikke var i strid med EMK artikkel 2(2) bokstav a og b, fordi tjenestemennene måtte reagere i øyeblikkets alvor for å forsøke å redde livet til jenta.⁵⁶

Ut ifra det ovennevnte beror vurderingen av vilkåret ”violence” for det første på om mistenkte har begått voldelig kriminalitet. EMDs henvisning til de mistenktes rulleblad i *Nachova-saken*, viser at det er relevant å vektlegge både tidligere og nåværende voldelig kriminalitet. For det andre beror vurderingen på om mistenkte utgjør en fare for andres liv eller legeme, hvor EMD blant annet vektlegger om vedkommende er bevæpnet. *Nachova-saken* og *Andronicou-saken* viser videre at mistenktes voldelige atferd kan rette seg mot politiet eller tredjeperson.

⁵² Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 107 jf. 109.

⁵³ Jf. *Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria* avsnitt 48 siste setning, og *Finogenov mot Russland* avsnitt 220 første setning.

⁵⁴ Dette gjaldt sakene *McCann m.fl. mot Storbritannia*, *Saoud mot Frankrike* og *Finogenov m.fl. mot Russland*.

⁵⁵ Dom 09. oktober 1997 (25052/94) avsnitt 10 jf. 19 jf. 85-86.

⁵⁶ *Andronicou mot Hellas* avsnitt 192 annet innrykk jf. avsnitt 194.

Det neste spørsmålet er om mistenkte må utgjøre en *konkret og aktuell* fare for andre, for at det er ”absolutely necessary” å bruke makt etter EMK artikkel 2(2) bokstav b. Dette betyr at det i den aktuelle situasjonen må være konkrete holdepunkter som viser at mistenkte er farlig. Et eksempel på et konkret holdepunkt er dersom politiet vet at mistenkte er bevæpnet.

Ordlyden tilsier at mistenkte må utgjøre en konkret og aktuell fare for andre. Dersom maktbruk skal være ”absolutely necessary” må det være konkrete holdepunkter som viser at mistenkte er farlig. Tolkningen harmonerer med at EMK artikkel 2(2) er en snever unntaksregel, jf. punkt 3.1.

Ordlydsfortolkningen har støtte i rettspraksis. I denne forbindelse er saken *Juozaitiené og Bikulcius mot Litauen* relevant.⁵⁷ Saken gjaldt et tilfelle hvor politiet ble varslet om at en bilfører brøt ulike trafikkregler, som senere ble påvist å ha kjørt i beruset tilstand. Politiet tok i bruk skytevåpen for å pågripe bilføreren, og det endte med at vedkommende døde.⁵⁸ EMD uttalte at bruk av skytevåpen bare kunne være nødvendig om det var siste utvei for å avverge en klar og umiddelbar fare som bilføreren representerte.⁵⁹

EMD fant at bilføreren ikke utgjorde en *klar og umiddelbar fare* for andre eller for trafikksikkerheten.⁶⁰ For det første fant kjøringen sted ved midnatt i en middels stor by. For det andre var det ikke folk i gatene som kunne ha vært utsatt for fare, hvilket var støttet av at det ikke var noen øyevitner til hendelsen.⁶¹ På denne bakgrunn uttalte EMD at ”The Court therefore finds no *obvious indication of danger* posed by the escaping driver after he was trying to leave the site of the confrontation with the policemen.”⁶² Konklusjonene var at det forelå brudd på EMK artikkel 2(2).⁶³ Det er nærliggende å tolke avgjørelsen slik at det i situasjonen må være konkrete holdepunkter for at mistenkte representerer en fare for andre. Hensynet til å forebygge maktmisbruk støtter dette. Det kan øke faren for vilkårlighet dersom det er adgang til maktbruk uten at det foreligger en konkret og aktuell fare.

⁵⁷ Dom 24. april 2008 (70659/01)

⁵⁸ *Juozaitiené og Bikulcius mot Litauen* avsnitt 11-20.

⁵⁹ *Juozaitiené og Bikulcius mot Litauen* avsnitt 78.

⁶⁰ *Juozaitiené og Bikulcius mot Litauen* avsnitt 79.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Juozaitiené og Bikulcius mot Litauen* avsnitt 79 nest siste setning (min utheving).

⁶³ *Juozaitiené og Bikulcius mot Litauen* avsnitt 83-84.

Tor-Geir Myhrer tolker *Juozaitiené-dommen* slik at det implisitt i nødvendighetskravet er et krav om konkret risiko for den atferd som maktmiddelet skal forebygge.⁶⁴ Ut ifra dette uttaler Myhrer at generell og erfaringsmessig risiko normalt ikke er nok, men påpeker likevel at det er en glidende overgang mellom den konkrete risiko og den generelle og erfaringsmessige risiko. Han bruker som eksempel at dersom politiet har med kjenninger å gjøre i en spesifikk situasjon, som har et bestemt handlingsmønster i slike situasjoner, må det kunne karakteriseres som en konkret risiko.⁶⁵ Dette åpner for at det *kan* være tillatt med maktbruk i spesifikke situasjoner som erfaringsmessig innebærer fare. Hvor langt dette rekker er imidlertid usikkert ettersom den foreliggende praksis fra EMD ikke sier noe om dette. Hensynet til å forebygge vilkårlighet og maktmisbruk tilsier at det er en snever adgang.

På bakgrunn av rettskildene besvares spørsmålet om mistenkte må utgjøre en konkret og aktuell fare for andre, med at det må foretas en tredelt vurdering. For det første er det tillatt med maktbruk dersom mistenkte utgjør en konkret og aktuell fare for andre, jf. ordlydsfortolkningen og *Juozaitiené-dommen*. For det andre *kan* det være tillatt med maktbruk i spesifikke situasjoner som erfaringsmessig innebærer risiko for fare, jf. betraktningene til Myhrer. På denne bakgrunn er det for det tredje ikke tillatt med maktbruk dersom mistenkte ikke utgjør en konkret fare, eller det er en situasjon som erfaringsmessig innebærer fare.

3.2.2. Kan pågripelsen oppnås uten å bruke makt?

Rettspraksis viser at det er et moment i vurderingen av hva som er "absolutely necessary", hvorvidt pågripelsen kan foretas uten omfattende bruk av makt. Vurderingen henger sammen med at maktbruk skal være siste utvei for å foreta en pågripelse, og er således begrunnet i hensynet til å forebygge vilkårlig og maktmisbruk (jf. tolkningen i punkt 3.1.1).

Saken *Finogenov m.fl. mot Russland* er illustrerende for vurderingen. Saken gjaldt politiets beslutning om å storme en bygning med bruk av gass jf. punkt 2.2 femte avsnitt. I

⁶⁴ Tor-Geir Myhrer, *Bastet og bundet. Rettslige rammer for bruk av håndjern*, Oslo 2012 s. 65 siste avsnitt.

⁶⁵ Tor-Geir Myhrer 2012 s. 65 siste avsnitt.

vurderingen av om maktbruken var ”absolutely necessary” stilte EMD spørsmål om aksjonens formål kunne vært nådd uten maktbruk.⁶⁶

EMD fremhevet at myndighetene hadde forsøkt å forhandle med terroristene, og ut ifra de faktiske omstendighetene i saken kunne det ikke kreves at andre metoder ble forsøkt.⁶⁷ Som begrunnelse for dette ble det vist til at situasjonen var svært alvorlig med en umiddelbar fare for tap av menneskeliv, ettersom terroristene var bevæpnet og dedikert til sin sak.⁶⁸ I tillegg ble gislens fysiske og psykiske tilstand forverret jo lengre tid som gikk før myndighetene grep inn med makt.⁶⁹ EMD fremhevet at det er politiets vurdering på pågripelsestidspunktet som er avgjørende.⁷⁰ EMD konkluderte med at beslutningen om å ende forhandlingene og storme bygningen, ikke var i strid med EMK artikkel 2(2).⁷¹

Også saken *Andronicou mot Hellas* er illustrerende. Saken gjaldt politiets bruk av våpen for å pågripe en person som holdt kjæresten sin som gissel i hans leilighet, og truet henne med en pistol jf. punkt 3.2.1. EMD uttalte at myndighetene hadde forsøkt å avverge situasjonen gjennom overtalelse og dialog med mistenkte, noe som viste at myndighetene brukte bevæpnede tjenestemenn som siste utvei.⁷² EMD viste til at situasjonen var meget alvorlig ettersom kjæresten hadde hylt om hjelp, mistenkte var bevæpnet og hadde ved en tidligere anledning banket henne, noe som indikerte at han var voldelig.⁷³ På denne bakgrunn kunne politiet med god grunn tro at forhandlingene var forgjeves, og at bevæpnede tjenestemenn måtte gå inn i huset.⁷⁴ EMD konkluderte med at politiets maktbruk ikke var i strid med EMK artikkel 2(2).⁷⁵

På denne bakgrunn, vil EMD i vurderingen av om maktbruk er ”absolutely necessary” se etter om politiet har forsøkt å roe ned situasjonen gjennom dialog, overtalelse og forhandlinger

⁶⁶ Finogenov m.fl. mot Russland avsnitt 219.

⁶⁷ Finogenov m.fl. mot Russland avsnitt 224

⁶⁸ Finogenov mot Russland avsnitt 226.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Finogenov mot Russland avsnitt 219.

⁷¹ Finogenov mot Russland avsnitt 226.

⁷² *Andronicou mot Hellas* avsnitt 183 annet innrykk.

⁷³ *Andronicou mot Hellas* avsnitt 184 de to siste setningene.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Andronicou mot Hellas* avsnitt 194.

med mistenkte. Avgjørelsene kan tolkes slik at jo farligere mistenkte er og jo mer alvorlig situasjonen er, dess mindre kreves av forsøk på metoder som ikke involverer maktbruk. Dersom uskyldige sivile er involvert og mistenkte er bevæpnet, må det tas hensyn til at politiet må handle raskt for å avverge situasjonen.

3.2.3 Tjenestemannens feilvurdering av situasjonens faregrad

I det følgende skal jeg behandle hvilken betydning det har at politiet feilvurderer situasjonens faregrad. Tjenestemennene kan oppfatte situasjonen som farlig ved å tro at mistenke er bevæpnet og har begått voldelig kriminalitet. Dette kan senere vise seg å være feil.

Ordlyden sier ingenting om en slik situasjon. Den nærmere veiledningen er fastlagt i praksis fra EMD.

I denne forbindelse er *McCann m.fl. mot Storbritannia* relevant.⁷⁶ Britiske myndigheter hadde mistanke om at tre IRA- medlemmer på vei til byen Gibraltar ville sprengne en bombe der. De ble ikke stanset på grensen, men skygget inn i Gibraltar av britiske soldater. Soldatene var informert om at de mistenkte hadde en bombedetonator på seg. Med denne kunne de mistenkte utløse en bombe som myndighetene trodde var plassert i en bil i Gibraltar. Da en av de tre mistenkte gjorde en håndbevegelse avfyrte soldatene skudd. Det resulterte i at de mistenkte døde. Senere viste det seg at de mistenkte ikke var bevæpnet eller hadde bombedetonator på seg, eller at det var en bombe i den aktuelle bilen.⁷⁷ I realiteten utgjorde de mistenkte dermed ingen umiddelbar fare for andres liv, og kunne vært pågrepet på andre måter.

EMD slo fast at maktbruk kan være absolutt nødvendig etter EMK artikkel 2(2) i tilfeller hvor den er "based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken."⁷⁸

⁷⁶ Dom 27. september 1995 (18984/91).

⁷⁷ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 13 jf. 61 jf. 93 og 96.

⁷⁸ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 200 annet innrykk.

Det følger av uttalelsen at EMD har oppstilt en skjønnsmargin for tjenestemenn i vurderingen av situasjoner. Vilkåret er at tjenestemannen handlet i god tro jf. ”honest belief”. Dette angir en subjektiv vurdering av hvordan situasjonen fremsto for den enkelte tjenestemannen på det aktuelle tidspunktet.

Regelen er begrunnet i hensynet til å unngå at EMK artikkel 2 pålegger staten og offentlige tjenestemenn et utålelig og uforholdsmessig ansvar, som i verste fall kan sette deres egne liv eller andres liv i fare.⁷⁹ En slik tolkning er lagt til grunn i senere rettspraksis, og regelen om tjenestemenns skjønnsmargin må ut ifra dette anses for å være sikker rett.⁸⁰

Spørsmålet er hva som kan gi nærmere grunnlag for tjenestemannens ”honest belief”.

EMD har ikke uttrykkelig presisert hvilke momenter som inngår i denne vurderingen. Svaret må derfor bero på de forhold som vektlegges i rettspraksis. I *McCann-saken* vektla EMD at soldatene var blitt fortalt av sine overordnede at de tre mistenkte hadde en fjernkontroll som kunne detonere en bilbombe, som ville forårsake alvorlige skader og tap av uskyldige liv.⁸¹ Soldatene var i tillegg informert om at de mistenkte var bevæpnet og ville motsette seg arrestasjonen.⁸² På denne bakgrunn konkluderte EMD med at soldatenes maktbruk ikke var et brudd på EMK artikkel 2(2) fordi soldatene handlet i god tro.⁸³ Avgjørelsen viser at EMD aksepterte soldatenes oppfatning av situasjonens faregrad som en ”honest belief”, fordi de handlet i tråd med informasjonen de var gitt fra sine overordnede.

I saken *Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria* kom EMD til motsatt resultat. Saksforholdet var at politiet observerte en person som vandret alene på en gårds plass midt på natten. Politiet forsøkte å få personen til å stoppe, men han lystret ikke og sprang unna. For å stoppe mannen avfyrte politiet skudd, som traff vedkommende og resulterte i at han ble livstruende skadet.⁸⁴ EMD uttalte at mistenktes atferd var en faktor som ga tjenestemennene grunn til å tro at

⁷⁹ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 200 annet innrykk.

⁸⁰ *Makratzis mot Hellas* i avsnitt 66, *Andronicou mot Hellas* i avsnitt 192 og *Finogenov m.fl. mot Russland* avsnitt 219.

⁸¹ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 195.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 200 første setning jf. siste setning.

⁸⁴ Dom 10. juni 2010 (63106/00) avsnitt 6-8.

vedkommende hadde begått et lovbrudd.⁸⁵ Det var imidlertid ikke konkrete holdepunkter for tjenestemennene til å tro at han var farlig, slik at det var nødvendig å bruke skytevåpen for å stoppe han.⁸⁶ På denne bakgrunn konkluderte EMD med at det forelå brudd på EMK artikkel 2.⁸⁷

Samlet sett taler avgjørelsene for at tjenestemennenes gode tro om situasjonens faregrad ikke kan basere seg på løse antagelser. Den gode troen må ha grunnlag i konkrete holdepunkter, slik som for eksempel informasjonen de får fra sine overordnede. Staten må i tillegg vise til objektive bevis som støtter dette. I *Gül mot Tyrkia* ble dette uttalt slik at tjenestemennenes oppfatning av situasjonens faregrad ”was found to lack credibility and was unsupported by any other satisfactory evidence.”⁸⁸

På den ene side ivaretar regelen samfunnsmessige interesser. Det vil være urimelig å kreve at politiet skal vente med å agere helt til mistenkte avfyrrer skudd med den risiko at eget eller uskyldige liv går tapt. Regelen tar hensyn til at det i praksis er mange vanskelige situasjoner politiet kan havne i, hvor de må foreta hurtige og spontane vurderinger på stedet.

På den annen side kan regelen av bevismessig årsaker være vanskelig å praktisere, noe som svekker borgernes forutberegnelighet. EMDs avgjørelser gjør det ikke helt klart hvilke konkrete momenter som kan danne grunnlag for tjenestemenns gode tro. Det kan også stilles spørsmål ved hvordan situasjonen skal bedømmes dersom en av tjenestemennene trodde at mistenkte var bevæpnet og farlig, mens en annen ville avvente maktbruken. Det er grunn til å tro at EMD vil akseptere et slikt tilfelle ettersom det er den enkelte tjenestemanns oppfatning av situasjonen som er avgjørende. I tillegg skjer vurderingen raskt og spontant, uten tid til konferanse om oppfattelse av situasjonen.

3.3 Nærmere om vilkåret ”strictly proportionate”

I dette punktet skal jeg behandle vilkåret om at maktbruken må være ”strictly proportionate” for å foreta en pågripelse. Ifølge rettspraksis beror dette for det første på en vurdering av

⁸⁵ Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria avsnitt 48.

⁸⁶ Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria avsnitt 48

⁸⁷ Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria avsnitt 50.

⁸⁸ Dom 14. desember 2000 (22676/93) avsnitt 81 nest siste setning.

politiets valg av maktmiddel (punkt 3.3.1). For det andre beror det på en vurdering av maktbrukens omfang (punkt 3.3.2). For det tredje er formålet med maktbruken et moment i vurderingen (punkt 3.3.3).

3.3.1 Valg av maktmiddel

I det følgende skal det vises til to avgjørelser angående EMDs vurdering av om politiets valg av maktmiddel var ”strictly proportionate”.

Den første avgjørelsen er *Dimov m.fl. mot Bulgaria*. Saken gjaldt politiets bruk av skytevåpen, granater og eksplosiver for å pågripe en person jf. punkt 2.2 fjerde avsnitt. EMD uttalte at politiet var berettiget til å bruke skytevåpen, fordi de var blitt skutt mot og derfor visste at mistenkte var bevæpnet og farlig.⁸⁹ Dette kan tolkes dit hen at politiets bruk av skytevåpen beror på om mistenkte selv er bevæpnet. I teorien er det lagt til grunn at proporsjonalitetskravet innebærer at politiet generelt ikke kan bruke skytevåpen, med mindre mistenkte selv er bevæpnet eller på annen måte setter andres liv i fare.⁹⁰ Begrunnelsen for dette er både det ujevne styrkeforholdet mellom partene, og at det i slike situasjoner ikke foreligger en umiddelbar fare for livet til tjenestemennene.

Når det gjaldt politiets bruk av eksplosiver og håndgranater, uttalte EMD at dette var uforholdsmessig *sterke* midler for å foreta pågripelsen.⁹¹ EMD viste til at det ikke forelå en umiddelbar trussel mot uskyldige liv som påkrevde at politiet raskt måtte få kontroll over situasjonen, men at det var tid til å omringe huset og å planlegge pågripelsen nøye.⁹² EMD konkluderte med at eksplosiver og håndgranater ikke var proporsjonalt etter omstendighetene.⁹³ Avgjørelsen kan tolkes slik at dersom et maktmiddel skal være proporsjonalt, må pågripelsen ikke kunne vært foretatt ved å bruke svakere maktmidler. I

⁸⁹ Dimov mot Bulgaria avsnitt 77.

⁹⁰ Peer Lorenzen mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, København 2011 s. 150 første avsnitt.

⁹¹ Dimov mot Bulgaria avsnitt 78.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Dimov mot Bulgaria avsnitt 78 annen setning.

teorien gis det uttrykk for at et inngrep er konvensjonsstridig dersom formålet kan nås ved lempeligere midler.⁹⁴ Begrunnelsen for dette er å forebygge maktmisbruk.

Den andre avgjørelsen er *Finogenov m.fl. mot Russland*. Saken gjaldt politiets bruk av gass for å pågripe terrorister som holdt 900 gisler fanget inne i et teater i Moskva. Gassbruken endte med at 129 gisler døde jf. punkt 2.2 femte avsnitt. EMD stilte spørsmål om det var et proporsjonalt inngrep av myndighetene å bruke gass.⁹⁵

Domstolen uttalte at gassen var *egnet* til oppnå formålet med aksjonen ettersom den tilrettela for at myndighetene kunne frigjøre gislene.⁹⁶ EMD konkluderte med at bruken av gassen var proporsjonal.⁹⁷ Avgjørelsen kan forstås slik at for at et maktmiddel skal være proporsjonalt, må det være egnet til å foreta pågripelsen. Dette betyr at det må være nyttig og formålstjenlig. I teorien gis det uttrykk for at et inngrep er konvensjonsstridig dersom det ikke er egnet til å realisere formålet.⁹⁸ I EMDs resonnement ligger det videre at et maktmiddel kan være egnet, selv om uskyldige liv går tapt. I denne situasjonen kunne det i verste fall endt med at 900 uskyldige gisler døde.

På denne bakgrunn innebærer proporsjonalitetsprinsippet at politiet må velge det mildeste maktmiddelet først, og kan som utgangspunkt ikke bruke våpen med mindre mistenke er bevæpnet. For å være proporsjonal må maktmiddelet være egnet og formålstjenlig i den aktuelle situasjonen. De nevnte avgjørelsene er en presumpsjon for at jo større fare mistenkte utgjør overfor sivile liv, dess sterkere maktmidler er politiet berettiget å ty til.

3.3.2 Maktens omfang

I det følgende skal det vises til to avgjørelser angående EMDs vurdering av om maktens omfang var ”strictly proportionate”.

⁹⁴ Jørgen Aall 2011 s. 143 første avsnitt.

⁹⁵ *Finogenov m.fl. mot Russland* avsnitt 227.

⁹⁶ *Finogenov m.fl. mot Russland* avsnitt 234.

⁹⁷ *Finogenov m.fl. mot Russland* avsnitt 236.

⁹⁸ Jørgen Aall 2011 s. 143 første avsnitt.

Den første avgjørelsen er *Wasilewska og Kalucka mot Polen*.⁹⁹ Politiet hadde informasjon om at det skulle finne sted en konfrontasjon mellom to bevæpnede og kriminelle gjenger. Da politiet ankom det aktuelle stedet, forsøkte to av de mistenkte å flykte i bil. Fem politimenn avfyrte totalt førti skudd mot bilen for å stoppe den. Det endte med at en av de mistenkte ble alvorlig skadet og den andre døde.

EMD påpekte at de fem politimennene avfyrte mellom fem og elleve skudd hver etter at bilen hadde passert tjenestemennene.¹⁰⁰ På dette tidspunktet utgjorde ikke de mistenkte noen direkte fare for politiet.¹⁰¹ På denne bakgrunn konkluderte EMD med at politiets grad av makt ikke var proporsjonal for å foreta pågripelsen, og det forelå derfor brudd på EMK artikkel 2.¹⁰² Avgjørelsen illustrerer at graden av makt må stå i forhold til situasjonens faregrad, og må opphøre når mistenkte ikke lenger representerer en fare. Dersom politiet kan avverge situasjonen og pågripe mistenkte ved å avfyre ett skudd, er det uproporsjonalt å avfyre flere skudd. Begrunnelsen for dette er å forebygge maktmisbruk.

Den andre avgjørelsen er *Saoud mot Frankrike*. Saken gjaldt politiets bruk av magedeie i forbindelse med pågripelse av en mann, og er nærmere omtalt i punkt 2.2 sjette avsnitt. Det skal fremheves to momenter fra avgjørelsen som er relevant for vurderingen om maktens omfang er proporsjonal. For det første fremhevet EMD at politiet holdt den pågrepne i magedeie i trettifem minutter, til tross for at han hadde roet seg ned og ikke utgjorde en fare for andre.¹⁰³ Det er rimelig å tolke dette slik at maktbrukens varighet oversteg hva som var proporsjonalt, ettersom politiet hadde fått kontroll over situasjonen. Avgjørelsen illustrerer at maktbruken skal opphøre så snart den pågrepne har roet seg ned og politiet har kontroll over situasjonen.

For det andre fremhevet EMD at politiet var klar over at den pågrepne var sårbar på grunn av sin psykiske sykdom.¹⁰⁴ Det er rimelig å tolke dette slik at tjenestemenn må ta hensyn til den pågrepnes personlige forutsetninger i hvor langt maktbruken går. Begrunnelsen for dette er at

⁹⁹ Dom 23.februar 2010 (28975/04 og 33406/04) avsnitt 6-13 jf. 16.

¹⁰⁰ *Wasilewska og Kalucka mot Polen* avsnitt 53 første og annet innrykk.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Wasilewska og Kalucka mot Polen* avsnitt 57-58.

¹⁰³ *Saoud mot Frankrike* avsnitt 101-102.

¹⁰⁴ *Saoud mot Frankrike* avsnitt 100.

maktbruk kan ha ulike konsekvenser, alt ettersom hvilke personlige forutsetninger den pågrepne har. Av samme grunn vil det være relevant å ta hensyn til forhold som alder og kjønn. En spesiell type maktteknikk kan eksempelvis være farligere overfor en 70 år gammel person enn en person på 30 år, og således lettere uproporsjonal.

På denne bakgrunn er maktens omfang uproporsjonal dersom maktens varighet ikke opphører når politiet har fått kontroll over situasjonen, og dersom graden av makt ikke står i forhold til situasjonens farlighetsgrad. I vurderingene er det relevant å vektlegge personlige forutsetninger hos den pågrepne.

3.3.3 Intensjonen med maktbruken

Ifølge rettspraksis er intensjonen med maktbruken et av momentene som inngår i vurderingen av om maktbruken var i strid med EMK artikkel 2(2). EMD uttalte i *Wasilewska og Kalucka mot Polen* følgende om dette:

”The deliberate or intended use of lethal force is only one factor, however, to be taken into account in assessing its necessity.”¹⁰⁵

Uttalelsen sier imidlertid ikke noe om den konkrete vurderingen. Det fremgår av ordlyden i EMK artikkel 2(2) bokstav b at formålet med maktbruken er å foreta en lovlig pågrepelse. I henhold til EMK artikkel 5(1) bokstav c jf. artikkel 5(3) er formålet med en pågrepelse å fremstille den pågrepne for en kompetent rettslig myndighet. Hensynet til konsekvens og harmoni taler derfor for at det som hovedregel ikke er proporsjonalt å bruke makt med den hensikt å drepe mistenkte.

Et snevert unntakstilfelle kan imidlertid tenkes. I den tidligere omtalte *McCann-saken* godtok EMD at soldatene skjøt mot de mistenkte for å drepe dem, fordi soldatene trodde at de mistenkte ville sprengte en bombe med den konsekvens at mange uskyldige sivile ville dødd.¹⁰⁶ Jørgen Aall uttaler også at drapshensikt kan tenkes å være konvensjonsmessig

¹⁰⁵ Wasilewska og Kalucka mot Polen avsnitt 42 annen setning.

¹⁰⁶ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 199 jf. 200.

dersom det er uomgjengelig for å nå formålet med maktbruken, slik som å redde liv.¹⁰⁷ I slike ekstreme situasjoner kan det ikke kreves at tjenestemenn avventer situasjonen, med den konsekvens at sivile liv går tapt.

3.4 Nærmere om kravet til ”planning and control”

I dette punktet skal jeg behandle kravet til ”planning and control” med maktbruk ved pågripelser.

Det fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden i EMK artikkel 2(2) at det stilles krav til planlegging og kontroll med maktbruken. Kravet er utviklet i rettspraksis. Første gang EMD formulerte et slikt krav var i *McCann m.fl. mot Storbritannia* (se punkt 3.2.3 for saksforholdet). EMD uttalte følgende:

” In keeping with the importance of this provision (art. 2) in a democratic society, the Court must, in making its assessment, ... taking into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination.”¹⁰⁸

Uttalelsen viser at det er en nær sammenhengen mellom vurderingen av selve maktanvendelsen og forutgående planlegging av handlingen. I *McCann m.fl. mot Storbritannia* konkluderte flertallet av dommerne med at utilstrekkelig planlegging og kontroll av operasjonen krenket EMK artikkel 2(2), til tross for at tjenestemennenes maktbruk ikke krenket EMK artikkel 2(2).¹⁰⁹ Dette betyr at EMDs vurdering av planleggingskravet ikke er betinget av at selve maktbruken er i strid med EMK artikkel 2(2). Dette viser at EMD foretar en formålsorientert tolkning av EMK artikkel 2, ettersom kravet bidrar til å gjøre beskyttelsen av retten til liv mest mulig reell og effektiv.

¹⁰⁷ Jørgen Aall 2011 s. 154 under punkt 9.2.2 bokstav a.

¹⁰⁸ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 150

¹⁰⁹ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 200 siste setning jf. 213-214. Jf. avhandlingens punkt 3.2.3 hvor det fremgår at selve maktbruken ikke krenket artikkel 2(2) fordi tjenestemennene handlet i god tro.

Planleggingskravet skal ivareta flere formål. For det første skal forutgående planlegging sikre at det tas tilstrekkelig hensyn til mistenktes rett til liv.¹¹⁰ For det andre skal planleggingskravet i størst mulig grad forebygge at tjenestemennene tyr til overdreven maktbruk under utførelsen av oppdraget.¹¹¹ I tillegg skal kravet sørge for at myndighetene tar alle praktisk mulige forholdsregler i valg av midler og metoder for å gjennomføre pågripelser.¹¹² På denne bakgrunn forebygger kravet vilkårlighet og maktmisbruk, ved at det i størst mulig grad skal sørge for at det ikke oppstår situasjoner som krenker EMK artikkel 2(2).

Det følger av EMDs oppstilte begrensning at staten kan krenke EMK artikkel 2(2) på grunn av utilfredsstillende planlegging og kontroll med maktbruk ved pågripelser. Kravet er således en skranke ved at politiets valg av maktmidler og metoder skal være forsvarlig planlagt og kontroller på forhånd. I det følgende skal momentene som EMD vurderer for å avgjøre om planleggingen tilfredsstillende EMK artikkel 2 behandles (punkt 3.4.1-3.4.3). Deretter i punkt 3.4.4 drøftes det tilfellet at politiet ikke har tilstrekkelig tid til planlegging.

3.4.1 Sakens faktiske omstendigheter må være tilstrekkelig vurdert

EMD har understreket at en avgjørende faktor i planleggingen av en pågripelsesaksjon, er å vurdere all tilgjengelig informasjon om sakens faktiske omstendigheter. Det er ved å vurdere sakens faktiske omstendigheter at politiet kan danne seg et bilde av situasjonens faregrad, og ut ifra dette ta praktiske forholdsregler i valg av maktmidler og metoder for å gjennomføre pågripelsen.

I denne forbindelse er saken *Nachova m.fl. mot Bulgaria* relevant. Saken gjaldt politiets bruk av skytevåpen for å pågripe to personer som hadde rømt fra fengsel, se punkt 2.2 tredje avsnitt. EMD uttalte at som et absolutt minimum må politiet vurdere hvilken type lovbrudd som er begått av personen som skal pågripes, og hvilken grad av fare personen dermed representerer.¹¹³ Disse momentene er sammenfallende med de to kriteriene for å vurdere om

¹¹⁰ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 201.

¹¹¹ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 194.

¹¹² Dom 28. juli 1998, *Ergi mot Tyrkia* (23818/ 94) avsnitt 79 fjerde innrykk.

¹¹³ *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 103 i det uthevede sitatet.

det foreligger en nødvergesituasjon jf. punkt 3.2.1. Dette viser hvordan de oppstilte begrensningene for maktbruk har en innbyrdes og logisk sammenheng.

I *Nachova-saken* hadde politiet verken vurdert hvilken type kriminalitet de to mistenkte hadde begått eller om de var bevæpnet og dermed utgjorde en fare for andre, slik at planleggingen ikke var tilstrekkelig utført etter EMK artikkel 2(2).¹¹⁴ Hvorvidt annen informasjon må vurderes i forkant av pågripelsen beror på hvor prekær og alvorlig situasjonen er, samt hvor viktig informasjonen er. Det ligger likevel en praktisk begrensning i at politiet kun kan vurdere informasjonen som er tilgjengelig på pågripelsestidspunktet.

3.4.2 Alternative strategier til omfattende maktbruk må vurderes

EMD har videre fremhevet betydningen av at alternativer til omfattende maktbruk diskuteres under planleggingen. Dette henger sammen med at omfattende maktbruk skal være siste utvei for å foreta en pågrepelse jf. punkt 3.2.2. I tillegg skal det sørge for at myndighetene tar alle praktisk mulige forholdsregler i valg av maktmidler og metoder for å gjennomføre pågripelser.

Saken *McCann m.fl. mot Storbritannia* er illustrerende. Saken gjaldt en planlagt pågripelsesaksjon mot tre personer som var mistenkt for terrorisme (se punkt 3.2.3 for nærmere om saksforholdet).

EMDs flertall stilte spørsmål ved hvorfor de mistenkte ikke var arrestert på grensa inn til Gibraltar, ettersom myndighetene trodde de kom til å sprengte en bombe når de var inne i byen.¹¹⁵ Britiske myndigheter anførte at de på dette tidspunktet ikke hadde tilstrekkelig bevis for å varetektsfengsle og sikte de tre mistenkte for terror.¹¹⁶ Domstolen var ikke enig i dette, og la vekt på at muligheten for å avverge at bomben gikk av og skadet befolkningen i byen, veide tyngre enn hensynet til at myndighetene skulle sikre seg tilstrekkelig bevis.¹¹⁷ Følgelig var beslutningen om å ikke stoppe de mistenkte på grensa en alvorlig feilberegning av de som

¹¹⁴ *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 103, med videre henvisning til Kammeravgjørelsen jf. dens avsnitt 114.

¹¹⁵ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 203.

¹¹⁶ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 204

¹¹⁷ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 205.

var ansvarlige for planleggingen av pågripelsen, noe som resulterte i at skytingen ”was a foreseeable possibility if not a likelihood.”¹¹⁸ EMD konkluderte derfor med at aksjonen ikke var planlagt i overensstemmelse med EMK artikkel 2(2).¹¹⁹

EMD sier dermed at de som var ansvarlige for planleggingen skulle ha vurdert i større grad muligheten for å pågripe de mistenkte på grensa. Dette kunne vært gjort dersom praktiske forholdsregler og alternative strategier til omfattende maktbruk i større grad var vurdert og diskutert under planleggingen. Ut ifra dette kan legges til grunn at det er uforenlig med EMK artikkel 2(2), dersom alternative strategier og metoder overhodet ikke har vært et tema under planleggingen. I hvilken grad det kreves at alternative strategier er vurdert, vil bero på den tilgjengelige informasjonen om sakens omstendigheter (se foregående punkt 3.4.1). Jo mer politiet vet om de faktiske omstendighetene, dess bedre kan de vurdere hvilke alternativer til maktbruk som er egnet for å foreta pågripelsen.

3.4.3 Betydningen av informasjonen og instruksjonene som gis til tjenestemennene

EMD har også uttalt at det skal vurderes om informasjonen og instruksjonene som blir gitt til de involverte tjenestemennene tar tilstrekkelig hensyn til mistenktes rett til liv, jf. *McCann mot Storbritannia*.¹²⁰

Som nevnt i forrige punkt, konkluderte EMD i *McCann-saken* med at britiske myndigheters planlegging av pågripelsesaksjonen mot de tre mistenkte ikke var i overensstemmelse med EMK artikkel 2(2).

EMD fremhevet også at informasjonen som ble gitt til tjenestemennene var for unyansert. Planleggingen var for ensidig rettet mot at de tre mistenkte kom til å sprengre en bilbombe, noe som medførte at alternative scenarioer ikke var tilstrekkelig vurdert.¹²¹ Ifølge EMD medførte dette at en rekke hypoteser om de faktiske forholdene ble formidlet til soldatene,

¹¹⁸ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 205 siste setning.

¹¹⁹ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 213- 214.

¹²⁰ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 201.

¹²¹ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 208.

hvilket gjorde ”the use of lethal force almost unavoidable.”¹²² EMD la i tillegg vekt på at soldatene var opplært og instruert om at når de åpnet ild, skulle de fortsette å skyte til de mistenkte var drept. Ettersom soldatene var gitt slike instruksjoner, skulle de ansvarlige for planleggingen foretatt en grundigere evaluering av hvilken informasjon de ga til soldatene.¹²³ EMD fant at informasjonen og instruksjonene som var gitt til tjenestemennene krenket EMK artikkel 2(2).¹²⁴

EMDs resonnement illustrerer planleggingskravets preventive formål. Tjenestemennenes bilde av situasjonen og dens faregrad dannes i stor grad på bakgrunn av informasjonen de mottar. Dersom informasjonen ikke er nyansert og gir uttrykk for tvil hvor det er tvil, vil situasjonen fremstå som farligere enn den er for de involverte tjenestemennene. Dette i kombinasjon med instruksjoner om å skyte for å drepe, øker sannsynligheten betydelig for maktanvendelse i strid med EMK artikkel 2(2).

I *Nachova m.fl. mot Bulgaria* uttalte EMD at planleggingen av pågripelsen krenket EMK artikkel 2, ettersom tjenestemennene var blitt instruert om å bruke alle tilgjengelige midler for å foreta pågripelsen.¹²⁵

Ut ifra dette kan det være uforenlig med EMK artikkel 2 å gi tjenestemenn instruksjoner om å bruke alle tilgjengelige midler, og spesielt kritikkverdig er det å gi instruksjoner om å bruke makt for å drepe. Videre kan det være uforenlig med bestemmelsen dersom de ansvarlige for planleggingen ikke gir uttrykk for tvil angående situasjonens faregrad, forutsatt at det er tvil.

3.4.4 Utilstrekkelig tid til planlegging

I det følgende skal jeg drøfte hvilken betydning EMD tillegger det forhold at politiet ikke har tilstrekkelig tid til å planlegge pågripelsesaksjonen. Dette kan eksempelvis gjelde hasteoperasjoner hvor politiet må rykke ut umiddelbart, eller situasjoner hvor de tar en person på fersk gjerning i å begå voldelig kriminalitet.

¹²² McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 210.

¹²³ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 211.

¹²⁴ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 213-214.

¹²⁵ Nachova m.fl. mot Bulgaria avsnitt 103.

EMDs dom *Makaratzis mot Hellas* er relevant fordi den gjaldt en uplanlagt pågripelsesaksjon.¹²⁶ Politiet var vitne til at sjåføren av en bil kjørte på rødt lys i sentrum av Athen. Istedenfor å stoppe for politiet kjørte føreren videre. Situasjonen utviklet seg til en biljakt, og etter at føreren hadde passert fem veisperringen, startet politiet å avfyre skudd mot bilen for å få sjåføren til å stoppe. Det endte med at føreren ble livstruende skadet.¹²⁷

EMD uttalte innledningsvis at det måtte vurderes om operasjonen var organisert på en måte som reduserte faren for tap av liv i størst mulig grad.¹²⁸ EMD anså politiets pågripelsesaksjon for å være høyst ukontrollert og kaotisk.¹²⁹ Det ble likevel uttalt følgende.

”The Court does not of course overlook the fact that the applicant was injured during an *unplanned operation* which gave rise to developments to which the police were called upon to *react without prior preparation* ...”¹³⁰

EMD sier med dette uttrykkelig at Domstolen ikke overser det faktum at pågripelsesaksjon var uplanlagt og at politiet måtte reagere uten tid til forberedelser. EMD uttalte videre at det må tas hensyn til politiets ressurser og prioriteringer, vanskelighetene med å beskytte et moderne samfunn og det uforutsigbare ved menneskelig atferd.¹³¹ Dette taler for at kravet til planlegging må tolkes og tilpasses de mange vanskelige situasjoner politiet står overfor i praksis. Dette illustrerer hvordan EMD forsøker å finne en rimelig balanse mellom samfunnets interesser og individets interesser. Det er trolig av betydning at politiet forsøkte å stoppe bilføreren med fem veisperringer først.

EMD konkluderte med at den ukontrollerte og uorganiserte pågripelsesaksjonen skyldtes at politimennene ikke hadde fått tilstrekkelig opplæring i maktbruk, i tillegg til at lovgivningen ikke ga klare vilkår og retningslinjer for bruk av skytevåpen.¹³² Ut ifra dette kan det slutes at

¹²⁶ Dom 20. desember 2004 (50385/99).

¹²⁷ *Makaratzis mot Hellas* avsnitt 11-12.

¹²⁸ *Makaratzis mot Hellas* avsnitt 59-60.

¹²⁹ *Makaratzis mot Hellas* avsnitt 67-68.

¹³⁰ *Makaratzis mot Hellas* avsnitt 69 første setning (min uthevning).

¹³¹ *Makaratzis mot Hellas* avsnitt 69 annen setning.

¹³² *Makaratzis mot Hellas* avsnitt 70-71.

i tilfeller hvor politiet ikke har tilstrekkelig tid til planlegging, vil EMD nøye undersøke om staten har overholdt sine positive forpliktelser til å lovregulere maktbruk og gi tjenestemenn opplæring i slik maktbruk. Forpliktelsene behandles i kapittel 4. Avgjørelsen viser således den indre sammenhengen mellom de ulike begrensningene for omfattende maktbruk. Det overordnede formålet er hele tiden å forebygge vilkårlighet og maktmisbruk for å styrke borgernes rettssikkerhet.

På den ene side kan det innvendes mot dette at hensynene som begrunner planleggingsplikten gjør seg like sterkt gjeldende ved spontane pågripelser som pågripelser hvor politiet har tid til å forberede seg. I begge situasjonene er det viktig å unngå vilkårlighet og maktmisbruk.

På den annen side ivaretas den enkeltes rettssikkerhet langt på vei ved tilstrekkelig lovregulering av maktbruk, og opplæring av tjenestemenn i maktbruk. I tillegg må enkeltindividets interesser avveies mot samfunnsmessige interesser. Det er i samfunnets interesse at politiet kan utføre sine arbeidsoppgaver på en effektiv og hensiktsmessig måte. Det vil være urimelig å kreve at politiet skal utsette en pågripelse i påvente av at saken er tilstrekkelig planlagt og organisert. Borgernes trygghetsfølelse er avhengig av et politi som reagerer på lovbrudd når de begås, og ikke lang tid etterpå. Disse betraktningene gjør seg enda sterkere gjeldende dersom mistenkte er bevæpnet eller på annen måte utgjør en fare for andre.

Kapittel 4 Statens positive forpliktelser som skranke for maktbruk

I dette kapitlet skal jeg behandle skrankene for maktbruk ved pågripelser som følger av statens positive forpliktelser etter EMK artikkel 2.

4.1 Plikten til å lovregulere offentlig tjenestemenns maktbruk

I dette punktet skal statens plikt til å lovregulere maktbruk i medhold av EMK artikkel 2 behandles.

Det følger av EMK artikkel 2(1)(1) at ”Everyone’s right to life shall be protected by law”. Ordlyden slår fast at staten har en plikt til å beskytte borgernes liv gjennom lovgivning. Dette gir uttrykk for en av statens positive forpliktelser etter bestemmelsen. Det fremgår imidlertid ikke uttrykkelig av ordlyden hva plikten innebærer. Pliktens nærmere innhold er fastlagt i rettspraksis.

EMDs dom *Makaratzis mot Hellas* er relevant for tolkningen av EMK artikkel 2(1)(1). Saken gjaldt politiets bruk av skytevåpen i forbindelse med pågripelsen av en bilfører (se punkt 3.4.4 for saksforholdet). EMD uttalte:

”The first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps within its internal legal order to safeguard the lives of those within its jurisdiction.”¹³³

EMD konstaterte at plikten primært innebærer at staten må vedta straffelovgivning for å forhindre straffbare handlinger, i tillegg til å ha et effektivt håndhevingsapparat.¹³⁴ EMD gikk et steg videre og uttalte at offentlige tjenestemenns maktbruk må være tilstrekkelig regulert av nasjonal lovgivning. Det ble uttalt følgende:

”Nonetheless, Article 2 does not grant a *carte blanche*. Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, policing operations must

¹³³ Makaratzis mot Hellas avsnitt 57 første setning.

¹³⁴ Makaratzis mot Hellas avsnitt 57 annen setning.

be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force ... and even against avoidable accident.”¹³⁵

Det fremgår av uttalelsen at plikten til å lovregulere maktbruk er begrunnet med at uregulerte handlinger av offentlige tjenestemenn er uforenlig med en effektiv beskyttelse av menneskerettighetene. Dette illustrerer hvordan EMD tolker artikkel 2 formålsorientert med sikte på å gjøre retten til liv mest mulig reell og effektiv i praksis. Videre fremgår det av uttalelsen at lovreguleringen skal beskytte borgerne mot vilkårlighet og maktmisbruk. Plikten til å lovregulere maktbruk må også sees i sammenheng med prinsippet om ”rule of law”, som skal ivareta borgernes rettssikkerhet og forutberegnelighet jf. siste ledd i fortalen til EMK. I tillegg skal lovregulering sikre maktfordelings- og kontrollhensyn, ved at den utøvende myndighets kompetanse til maktanvendelse er begrenset av på forhånd fastsatte regler.¹³⁶

Det følger av den oppstilte begrensningen at staten kan ha krenket sin positive forpliktelse etter EMK artikkel 2(1)(1), dersom offentlige tjenestemenns maktbruk ved pågripelse ikke har rettslig grunnlag i nasjonal lovgivning. Plikten til å lovregulere maktbruk utgjør således en skranke for maktbruk ved pågripelser, ved at adgangen til å bruke makt er betinget av at dette er rettslig regulert på forhånd. For å fastlegge hvilke rammer dette innebærer, skal det i det følgende redegjøres for kriteriene for at plikten inntre (punkt 4.1.1) og de innholdsmessige kravene til lovreguleringen (punkt 4.1.2).

4.1.1 Plikten omfatter maktbruk staten kjente eller burde kjenne til at kunne utgjøre en livsfare

I det følgende skal jeg behandle kriteriene for at plikten til å lovregulere politiets maktbruk etter EMK artikkel 2(1)(1) inntre.

Ettersom statens plikt til å lovregulere offentlig tjenestemenns maktbruk er presisert i rettspraksis, er ordlyden ikke veiledende. Den videre drøftelsen vil derfor bero på hvilke kriterier EMD har oppstilt.

¹³⁵ Makaratzis mot Hellas avsnitt 58 jf. avsnitt 59 annen setning jf. avsnitt 71- 72.

¹³⁶ Jørgen Aall 2011 s. 106 avsnittet før punkt 7.3.

Saken *Osman mot Storbritannia* gjaldt en mannlig lærer som hadde så sterke følelser for en gutt på skolen, at politiet etter hvert ble underrettet.¹³⁷ Det endte med at læreren skjøt den aktuelle eleven og hans far. Eleven ble livstruende skadet og faren døde. For EMD ble det gjort gjeldende at staten hadde brutt sin positive forpliktelse etter EMK artikkel 2(1)(1) fordi politiet hadde unnlatt å treffe rimelige sikkerhetstiltak for å beskytte livet til eleven og faren hans.¹³⁸

Saken gjaldt direkte statens plikt til å iverksette preventive tiltak for å beskytte individer mot *ikke-statlige aktørers* kriminelle handlinger jf. EMK artikkel 2(1)(1). Jørgen Aall uttaler likevel at dommens synspunkter er anvendelig også i forhold til andre farlige handlinger og aktiviteter.¹³⁹ Også Sivilombudsmannen legger til grunn at dommen gir uttrykk for en generell test av om staten har overholdt sin positive forpliktelse.¹⁴⁰ Dette tilsier at *Osman-dommen* er relevant for rekkevidden av statens positive forpliktelse til å lovregulere politiets maktbruk etter EMK artikkel 2(1)(1).

EMD uttalte i *Osman-dommen* at dersom staten skal ha brutt sin positive forpliktelse til å beskytte retten til liv etter EMK artikkel 2(1)(1), må det bevises at:

”the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.”¹⁴¹

Den sentrale problemstillingen for rekkevidden av plikten til å lovregulere politiets maktbruk er dermed om staten ”knew or ought to have know at the time of the existence of a real and

¹³⁷ Dom 28. oktober 1998 (23452/94) avsnitt 10-12 jf. 21.

¹³⁸ *Osman mot Storbritannia* avsnitt 106 jf. 103

¹³⁹ Jørgen Aall 2011 s. 160 bokstav b sammenholdt med s. 161 siste avsnitt.

¹⁴⁰ Sivilombudsmannens uttalelser i forbindelse med Obiora-saken 16. februar 2010 (Sak nr. 2007/2439) under punkt 3.2.1 sjette avsnitt.

¹⁴¹ *Osman mot Storbritannia* avsnitt 116 annet innrykk, første setning.

immediate risk to the life”.¹⁴² Ut ifra dette kan det utledes to kriterier for at plikten til å lovregulere maktbruk etter EMK artikkel 2(1)(1) inntreffer.

For det første må det foreligge ”a real and immediate risk to the life”. Dette innebærer at det er et vilkår at den aktuelle maktbruken utgjør en reell og umiddelbar risiko for tap av liv. Vilkåret angir en objektiv vurdering.

For det andre er det et vilkår at staten ”knew or ought to have known at the time of the existence”. Dette innebærer at det er et vilkår at staten kjente eller burde kjent til at den aktuelle maktbruken innebar en risiko for tap av liv. Vilkåret angir en subjektiv vurdering. EMD konstaterte i *Osman-dommen* at den subjektive vurderingen ikke er sammenfallende med grov uaktsomhet eller forsett.¹⁴³ Det er tilstrekkelig å bevise at myndighetene ikke gjorde alt som med *rimelighet* kunne forventes for å unngå risikofaktoren, hvilket beror på en konkret helhetsvurdering.¹⁴⁴ Dette taler for at vurderingen ligger nær opp til en uaktsomhetsvurdering.

Saken *Saoud mot Frankrike* gjaldt politiets bruk av maseleie i forbindelse med en pågrep, som endte med at den pågrepne døde (se punkt 2.2 sjette avsnitt). De to ovenfor nevnte kriteriene ble anvendt i spørsmålet om franske myndigheter hadde brutt sin positive forpliktelse til å beskytte den pågrepnes rett til liv, jf. EMK artikkel 2(1)(1).¹⁴⁵ EMD sa innledningsvis at rekkevidden av statens positive forpliktelser må tolkes slik at staten ikke pålegges et utålelig og uforholdsmessig ansvar.¹⁴⁶ Som en følge av dette er et eventuelt brudd på forpliktelsen betinget av at myndighetene har unnlatt å gjøre noe som med *rimelighet* kunne ha avverget en *reell og umiddelbar fare* for tap av liv.¹⁴⁷

¹⁴² Sivilombudsmannens uttalelser i forbindelse med Obiora-saken 16. februar 2010 (Sak nr. 2007/2439) under punkt 3.2.1 fjerde jf. sjette avsnitt.

¹⁴³ *Osman mot Storbritannia* avsnitt 116 annet innrykk.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Saoud mot Frankrike* avsnitt 98 flg.

¹⁴⁶ *Saoud mot Frankrike* avsnitt 99.

¹⁴⁷ *Ibid.*

EMD uttalte at mageleie er *identifisert* som en *svært farlig* pågripelsessteknikk, fordi trykket mot personens kropp kan medføre kvelning.¹⁴⁸ Ved å vise til at mageleie er svært farlig fordi det kan medføre kvelning, sier EMD at bruk av mageleie utgjør en reell og umiddelbar fare for tap av liv. Dette er en vurderingen av det objektive vilkåret. Begrepsbruken ”svært farlig” taler for at risikoens alvor er et moment i vurderingen. Videre er det nærliggende å tolke EMD dit hen at når faren ved mageleie er identifisert, er det uaktsomt av franske myndigheter å unnlate å forebygge skadefølgene gjennom lovregulering av bruk av mageleie. Dette er en vurdering av det subjektive vilkåret.

EMD bemerket også i sitt resonnement at politiet var blitt fortalt av den pågrepnes søstre, at han var særlig sårbar på grunn av sin psykiske sykdom.¹⁴⁹ Dette indikerer at det er relevant å vektlegge om den pågrepne var spesielt sårbar for maktbruken. EMD påpekte at franske myndigheter ikke hadde utarbeidet konkrete retningslinjer for bruk av mageleie som pågripelsesteknikk, og konkluderte med at franske myndigheter hadde brutt sin positive forpliktelse til å beskytte den pågrepnes rett til liv etter EMK artikkel 2.¹⁵⁰

På denne bakgrunn kan staten holdes ansvarlig for unnlattelse av å lovregulere maktbruk som staten kjente eller burde kjent til at kunne utgjøre en fare for liv. I vurderingen vektlegger EMD om staten unnlot å gjøre det som med rimelighet kunne forventes for å avverge faren, når det tas hensyn til hvor reell og umiddelbar faren er, farens alvorlighet og om den pågrepne er spesielt sårbar for maktbruken.

4.1.2 ”Protected by law”- innholdsmessige krav

I det følgende skal jeg behandle hvilke krav som følger av at maktbruken må være regulert ”by law” jf. EMK artikkel 2(1)(1).

EMDs dom *Sunday Times mot Storbritannia* har prinsipielle uttalelser om hva som ligger i EMKs lovbegrep.¹⁵¹ Saken gjaldt et inngrep i ytringsfriheten jf. EMK artikkel 10(2), men er

¹⁴⁸ Saoud mot Frankrike avsnitt 102

¹⁴⁹ Saoud mot Frankrike avsnitt 100.

¹⁵⁰ Saoud mot Frankrike avsnitt 103-104.

¹⁵¹ Dom 26. april 1979 (6538/74).

likevel relevant for å tolke lovbegrepet i EMK artikkel 2. Grunnen til dette er at EMD fastslo at lovbegrepet i EMKs bestemmelser tolkes likt, for å realisere formålet med konvensjonen.¹⁵²

Ifølge *Sunday Times-dommen* omfatter konvensjonens lovbegrep både skrevne og uskrevne rettskilder, og har sammenheng med at enkelte medlemsstater har tradisjon for common law.¹⁵³ Som uskrevne rettskilder omfattes rettspraksis og sedvane.¹⁵⁴ Skreven rett er ikke bare rettsregler av lovs rang, også administrative forskrifter med hjemmel i lov omfattes.¹⁵⁵ Derimot vil ikke administrativ praksis alene være tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag.¹⁵⁶

Det følger videre av *Sunday Times-dommen* at det ikke er tilstrekkelig at inngrepet er gjort i samsvar med nasjonal rett, dersom hjemmelsgrunnlaget ikke er tilgjengelig og tilstrekkelig klart og presist utformet.¹⁵⁷ EMD viser med dette at lovbegrepet er et autonomt begrep, som betyr at den nasjonale klassifikasjonen av hva som anses som lov ikke er avgjørende.¹⁵⁸

4.1.2.1 Tilgjengelighetskravet

EMD har stilt krav om at hjemmelsgrunnlaget må være tilgjengelig for borgerne jf. *Sunday Times mot Storbritannia* i avsnitt 49. Tilgjengelighetskravet er begrunnet i at borgerne skal kunne gjøre seg kjent med gjeldende rett og innrette seg etter de reglene som til enhver tid gjelder.¹⁵⁹ Dette styrker således borgernes forutberegnelighet.

Sunday Times-dommen gjaldt et inngrep i ytringsfriheten i form av et publiseringsforbud jf. EMK artikkel 10(2). Dommen dreide seg derfor om normer som primært er adressert mot enkeltindivider og skal virke styrende på folks adferds, hvor hensynet til borgernes forutberegnelighet og innrettelse gjør seg gjeldende med styrke. Vilkårene for politiets

¹⁵² *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 48.

¹⁵³ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 47.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Fremgår forutsetningsvis av *Nachova m.fl. mot Bulgaria*, hvor bruk av skytevåpen var regulert av bulgarske forskrifter.

¹⁵⁶ Dom 08. juni 2004, *Hilda Hafsteinsdottir mot Island* (40905/98) avsnitt 56 første innrykk.

¹⁵⁷ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49.

¹⁵⁸ Se også Jørgen Aall 2011 s. 104 første avsnitt.

¹⁵⁹ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49.

maktbruk er imidlertid primært adressert til myndighetene. Spørsmålet er hvordan tilgjengelighetskravet stiller seg for normer som er primært adressert til myndighetene.

I denne forbindelse er saken *Nachova m.fl. mot Bulgaria* av interesse. Sakens gjaldt politiets bruk av skytevåpen for å pågripe to personer som hadde rømt fra fengselet og er nærmere omtalt i punkt 2.2 tredje avsnitt. EMD fant at de bulgarske forskriftene som regulerte bruk av skytevåpen ikke var offentliggjort, og således ikke tilfredsstilte kravene til beskyttelse ”by law” som er påkrevd i et demokratisk samfunn.¹⁶⁰ EMD konkluderte med at statens forpliktelse til å beskytte retten til liv ved lovgivning etter EMK artikkel 2 var krenket.¹⁶¹

Avgjørelsen kan tolkes dit hen at tilgjengelighetskravet innebærer en plikt for staten til å offentliggjøre reglene om politiets maktbruk, til tross for at reglene primært er adressert til myndighetene. Det er dermed ikke tilstrekkelig at reglene for politiets maktbruk kun er kjent for polititjenestemenn. For normer som primært retter seg mot myndighetene, er tilgjengelighetskravet begrunnet i hensynet til å redusere faren for vilkårlighet og maktmisbruk.¹⁶² Dersom reglene er offentlige, kan det føres kontroll med at maktbruken utøves på grunnlag av på forhånd fastsatte regler. Dette setter begrensninger for den utøvende myndighets kompetanse. Adgang til offentlig kontroll vil igjen fremme idealet om et demokratisk samfunn.

4.1.2.2 Klarhets- og presisjonskravet

I tillegg til tilgjengelighetskravet har EMD stilt krav om at hjemmelsgrunnlaget må være formulert på en tilstrekkelig klar og presis måte. jf. *Sunday Times mot Storbritannia* i avsnitt 49. Kravet er begrunnet i forutberegnelighetshensyn, ved at borgerne skal kunne forutse konsekvensene av en gitt handling og regulere egen atferd deretter.¹⁶³

¹⁶⁰ Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 99-100.

¹⁶¹ Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 102.

¹⁶² Jørgen Aall 2011 s. 116 punkt 7.6.2.3.

¹⁶³ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49.

EMDs dom *Makaratzis mot Hellas* er illustrerende for hvilke klarhetskrav som stilles til hjemmelsgrunnlaget som regulerer maktbruk. Saken er nærmere omtalt i punkt 3.4.4, og gjaldt politiets bruk av skytevåpen i forbindelse med pågripelsen av en bilfører.

For det første uttalte EMD at lovgivningen må angi og definere i hvilke *begrensede* tilfeller tjenestemenn kan bruke makt og skytevåpen.¹⁶⁴ Dette tilsier at det er uforenlig med EMK artikkel 2(1)(1) å ha lovgivning som gir politiet en vid skjønsmessig fullmakt til omfattende maktanvendelse i enhver situasjon.

For det andre uttalte EMD at "the system in place did not afford to law-enforcement officials clear guidelines and criteria governing the use of force in peacetime."¹⁶⁵ Med andre ord inneholdt ikke den greske lovgivningen klare vilkår og retningslinjer for maktbruk. EMD konkluderte med at greske myndigheter hadde brutt sin positive forpliktelse til å ha på plass tilstrekkelig lovregulering av offentlig tjenestemenns maktbruk jf. EMK artikkel 2(1)(1).¹⁶⁶

Hvor klare og presise vilkårene for maktbruk må være utformet er vanskelig å si generelt, men veiledning kan søkes i hensynene som begrunner plikten til å lovregulere maktbruk. Som nevnt i punkt 4.1 skal plikten til å lovregulere politiets maktbruk forebygge vilkårlighet og maktmisbruk, og sikre kontroll med at maktbruk utøves etter på forhånd fastsatte regler. For at loven skal ha sin tiltenkte effekt, må den være utformet så klart og presist at den reduserer fare for maktmisbruk, og gjør det mulig å kontrollere maktbruken i ettertid. Også det forhold at det gjelder inngrep i retten til liv, tilsier at det stilles strenge krav til hjemmelens presisjon.¹⁶⁷

Ifølge rettspraksis må hensynet til å utforme lovene klart og presist avveies mot hensynet til at lovene skal kunne utvikle seg dynamisk i takt med samfunnsutviklingen.¹⁶⁸ I EMDs dom *McCann m.fl. mot Storbritannia* er det holdepunkter for at en viss grad av skjønn er tillatt i utformingen av vilkårene for offentlig tjenestemenns maktbruk (se punkt 3.2.3 for saksforholdet). I saken anførte klagerne at loven ikke eksplisitt brukte begrepet "absolutely

¹⁶⁴ Makaratzis mot Hellas avsnitt 59 annen setning.

¹⁶⁵ Makaratzis mot Hellas avsnitt 70 tredje setning.

¹⁶⁶ Makaratzis mot Hellas avsnitt 71-72.

¹⁶⁷ Jørgen Aall 2011 s. 108-109.

¹⁶⁸ Sunday Times mot Storbritannia avsnitt 49 de to siste setningene.

necessary” og var for vag og generelt utformet.¹⁶⁹ EMD konstaterte at statene har et visst skjønn for hvordan de skal implementere bestemmelsene i EMK, så lenge innholdet av den nasjonale regelen samsvarer med konvensjonen.¹⁷⁰ Domstolen fant det bevist at britiske domstoler tolket loven i samsvar med det strenge vilkåret ”absolutely necessary”, og konkluderte følgelig med at det ikke forelå brudd på EMK artikkel 2(1)(1).¹⁷¹ Avgjørelsen kan tas til inntekt for at det ikke er konvensjonsstridig med en viss grad av skjønnsmessige vilkår og retningslinjer, så lenge det fremgår av andre rettskilder at loven tolkes strengt. Det må da forutsettes at disse rettskildene er tilgjengelig for borgerne.

Ut ifra dette kan det slås fast at loven ikke kan gi politiet en vid skjønnsmessig fullmakt til omfattende maktanvendelse, men må angi i hvilke begrensede tilfeller det er tillatt. Loven må i tillegg angi klare og presise vilkår og retningslinjer for den konkrete maktanvendelsen.

4.2 Statens plikt til å lære opp polititjenestemenn i maktbruk

Temaet i dette punktet er statens plikt til å gi polititjenestemenn adekvat og tilstrekkelig opplæring i maktbruk som følger av EMK artikkel 2.

Det fremgår ikke av ordlyden at staten har en opplæringsplikt i medhold av EMK artikkel 2. Opplæringsplikten er utviklet i rettspraksis og kommer klarest til uttrykk i saken *Nachova m.fl. mot Bulgaria*. Saken gjaldt politiets bruk av skytevåpen i forbindelse med pågripelsen av to personer som hadde rømt fra fengselet, jf. punkt 2.2 tredje avsnitt. EMD uttalte:

”In particular, law enforcement agents must be trained to assess whether or not there is an absolute necessity to use firearms, not only on the basis of the letter of the relevant regulations, but also with due regard to the pre-eminence of respect for human life as a fundamental value”¹⁷²

Opplæringsplikten er hjemlet i staten positive forpliktelse til å beskytte retten til liv etter EMK artikkel 2, og er begrunnet i hensynet til å sikre borgerne en effektiv beskyttelse mot

¹⁶⁹ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 151 annet innrykk.

¹⁷⁰ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 152-153.

¹⁷¹ McCann m.fl. mot Storbritannia avsnitt 154-155.

¹⁷² Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 97 annen setning.

vilkårlighet og maktmisbruk.¹⁷³ Dette innebærer at plikten i størst mulig grad skal forebygge at offentlige tjenestemenn tyr til maktbruk som kan være i strid med EMK artikkel 2, og utgjør således en skranke. Uttalelsen gjaldt direkte bruk av skytevåpen, men den er likevel prinsipielt og generelt begrunnet. Hensynet til å unngå vilkårlighet og maktmisbruk gjelder for alle typer maktbruk.

Polititjenestemenn gjør et viktig samfunnsmessig arbeid ved å opprettholde ro og orden. I tjenesteutøvelsen kan de havne i mange vanskelige og farlige situasjoner. Opplæring i maktbruk bidrar til å trygge yrkesutøvelsen, ved at det setter tjenestemenn i stand til å avverge farlige situasjoner som kan medføre skader for dem selv og andre.

Det følger av det ovennevnte at staten kan krenke sin positive forpliktelse etter EMK artikkel 2, dersom den ikke sørger for å gi polititjenestemenn adekvat og tilstrekkelig opplæring i maktbruk. Spørsmålet er hvilke innholdsmessige krav som kan stilles til opplæringen.

Det fremgår av uttalelsen ovenfor fra *Nachova-saken* at tjenestemenn skal opplæres i å vurdere hvorvidt maktbruk er absolutt nødvendig på grunnlag av det nasjonale regelverket, og med respekt for menneskelivet som en grunnleggende verdi. Dette illustrer den nære sammenhengen det er mellom statens plikt til å lovregulere maktbruk og tjenestemenns opplæring i regelverket. Opplæringsplikten fremstår som en forutsetning for at lovgivningen skal ha tilsiktet virkning i praksis. EMD sa ikke noe om den konkrete vurderingen.

Med unntak av det ovennevnte viser den foreliggende rettspraksis at EMD er tilbakeholden med å gi konkrete og spesifikke føringer for innholdet av opplæringsplikten. Dette kan ha sammenheng med at opplæringsplikten ikke har en like langvarig og solid forankring i konvensjonssystemet som forbudet mot å ta liv og statens plikt til å beskytte livet ved lovgivning har.

Det nærmere innholdet av opplæringsplikten er spesifisert i Europarådets Ministerkomité sin anbefaling ”The European Code of Police Ethics”¹⁷⁴, og FN’s ”Basic Principles on the Use of

¹⁷³ Storkammeravgjørelsen i *Nachova* m.fl. mot Bulgaria avsnitt 97 første setning.

¹⁷⁴ Vedtatt av Ministerkomitéen 19. september 2001 i Recommendation Rec(2001)10. (Tilgjengelig på: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=223251>).

Force and Firearms by Law Enforcement Officials”.¹⁷⁵ Det skal først sies noe om den rettskildemessige relevansen av disse kildene. Det følger av *Makaratzis-saken* at EMD tillegger FNs internasjonale prinsipper rettslig relevans i vurderingen av om staten har overholdt sine positive forpliktelser etter EMK artikkel 2.¹⁷⁶ Ut ifra dette er det relevant å tolke statens opplæringsplikt i lys av de samme prinsippene. Det forhold at FNs ikke-bindende prinsipper er en relevant tolkningsfaktor, tilsier at også Europarådets Ministerkomité sin anbefaling er relevant. Det styrker anbefalingens rettskildemessige relevans at den er vedtatt av et av Europarådets egne organer, og således gir uttrykk for de rådende synspunktene i organisasjonen.

Fra Europarådets ”The European Code of Police Ethics” er punktene 26- 30 relevant. Det vil være for omstendelig å gjennomgå alle. I henhold til punkt 26 skal treningen være basert på grunnleggende demokratiske verdier, rettssikkerhetsprinsipper og beskyttelse av menneskerettigheter. Av særlig interesse er punkt 29, som fastslår at politiet skal ha praktisk trening i maktbruk og dets begrensninger. Det fremgår samme sted at treningen skal ta hensyn til etablerte menneskerettighetsprinsipper, og særlig EMK med tilhørende rettspraksis. Dette kan tolkes dit hen at treningen skal bestå av praktiske øvelser som involverer opplæring i skrankene for maktbruk etter EMK artikkel 2.

Fra FNs ”Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials” er prinsipp 1 og 20 relevant. Det fremgår av prinsipp nr.1 at staten og politiets tjenestemenn skal holde de etiske dilemmaene ved bruk av makt under stadig vurdering. Dette tilsier at opplæringen skal ha en teoretisk del, hvor det legges til rette for refleksjon og diskusjon rundt ulike problemstillinger.

Av særlig interesse er prinsipp nr. 20, hvor det fremgår at treningen skal være praktisk rettet. For det første utdypes det at treningen skal legge særlig vekt på alternative metoder til maktbruk. Som eksempler fremheves løsninger som forhandlinger, overtalelse og dialog. Dette viser hvordan opplæringen skal forebyggende maktmisbruk. Dersom tjenestemenn er

¹⁷⁵ Vedtatt på FNs åttende kongress om kriminalitetsforebygging og behandling av lovovertridere, 7. september 1990. (Tilgjengelig på: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/firearms.pdf>)

¹⁷⁶ Makaratzis mot Hellas avsnitt 59 siste setning.

trent i å avverge situasjoner uten å ty til maktbruk, er sjansen trolig større for at dette også vil gjøres i virkelige situasjoner.

For det andre utdypes det at politiet skal gjennomgå sine opplæringsrutiner i lys av faktiske hendelser. Etter min mening er en effektiv måte å forberede tjenestemenn på virkelige situasjoner, å ha øvelser i maktbruk på bakgrunn av faktiske hendelser. For at slike øvelser skal være mest mulig effektive, bør de være tilpasset de ulike stressnivåene og de mange ytre forholdene som kan oppstå. Ved å benytte seg av rollespill og iscenesette ulike scenarioer, kan tjenestemenn trenes i å foreta hurtige valg under stress.

På bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet omfatter opplæringsplikten både en praktisk og et teoretisk del. Det praktiske innebærer å trene på maktbruk ved å foreta ulike øvelser basert på faktiske situasjoner, samt å trene på teknikker som ikke involverer maktbruk. Den teoretiske opplæringen består i å diskutere og integrere menneskerettslige og etiske problemstillinger i politiets utdanning og arbeid. På en slik måte skapes kunnskap om menneskerettslige problemstillinger, som er relevant for politiets tjenesteutøvelse.

4.3 Etterforskningsplikten

I dette punktet skal statens etterforskningsplikt i medhold av EMK artikkel 2 behandles.

Det følger ikke direkte av ordlyden i EMK artikkel 2 at staten har en plikt til å etterforske dødsfall som følge av myndighetenes maktbruk. Plikten er utviklet i rettspraksis og ble for første gang uttalt i *McCann m.fl. mot Storbritannia* (se punkt 3.2.3 for saksforholdet). EMD uttalte:

”The obligation to protect the right to life under this provision (art. 2), read in conjunction with the State's general duty under Article 1 (art. 2+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.”¹⁷⁷

¹⁷⁷ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 161 annen setning.

EMD hjemler etterforskningsplikten i statens positive forpliktelse til å beskytte retten til liv etter EMK artikkel 2 jf. ”under this provision (art.2)”. I denne forbindelse tolker EMD også artikkel 2 i lys av EMK artikkel 1 jf. ”read in conjunction”. EMK artikkel 1 pålegger staten en plikt til å sikre enhver borger konvensjonens rettigheter og friheter. Det viser hvordan EMD tolker bestemmelsene i EMK i lys av hverandre og ser de i sammenheng.

EMD har uttalt at etterforskningsplikten ikke er betinget av at selve maktbruken innebærer et brudd på EMK artikkel 2 jf. *Ramsahai m.fl. mot Nederland*.¹⁷⁸ Dette innebærer at staten i en konkret sak kan ha krenket sin positive forpliktelse til å etterforske maktbruk, til tross for at EMD finner at selve maktbruken ikke krenket EMK artikkel 2(2). Det følger videre av rettspraksis at etterforskningsplikten også gjelder når offentlig tjenestemanns maktbruk resulterer i livstruende skader.¹⁷⁹

Etterforskningsplikten skal ivareta borgernes tillit til politiet. I *Ramsahai m.fl. mot Nederland* ble dette uttalt slik at ”What is at stake here is nothing less than public confidence in the State’s monopoly on the use of force”.¹⁸⁰

Etterforskningsplikten er begrunnet i at forbudet mot vilkårlig maktbruk etter EMK artikkel 2(2) ikke er effektivt i praksis, om det ikke eksisterer prosedyrer for å prøve lovligheten av maktbruken.¹⁸¹ Dette innebærer at etterforskningsplikten skal bidra til å forebygge maktmisbruk, og utgjør således en skranke. Dette viser også hvordan EMD tolker EMK artikkel 2 formålsorientert, ettersom plikten skal bidra til å gjøre beskyttelsen av retten til liv mest mulig reell og effektiv. Plikten kan bidra til å forebygge vilkårlighet og maktmisbruk, ved at etterforskning i en sak kan avdekke generelle svakheter ved rutinene og opplæringen i maktbruk. Ut ifra dette kan rutinene og opplæringen i maktbruk endres og forbedres. Etterforskningsplikten kan også ha en preventiv effekt på den enkelte polititjenestemann. Vissheten om at maktbruk blir etterforsket og mulig straffeforfulgt, kan medvirke til at den enkelte utviser forsiktighet i tjenesteutøvelsen.

¹⁷⁸ Dom 15. mai 2007 (52391/ 99) avsnitt 322.

¹⁷⁹ Fremgår av avsnitt 51-53 i *Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria*, jf. punkt 2.3 i avhandlingen om at EMD i denne saken tolket artikkel 2 formålsorientert slik at den omfatter potensielt dødelig makt.

¹⁸⁰ *Ramsahai m.fl. mot Nederland* avsnitt 325 siste setning.

¹⁸¹ *McCann m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 161 første setning.

For å sikre at forbudet mot vilkårlig maktbruk etter EMK artikkel 2(2) er så reelt og effektivt som mulig, har EMD oppstilt noen konkrete krav til etterforskningen. Kravene presenteres i punktene 4.3.1- 4.3.4.

4.3.1 Uavhengige etterforskere

I det følgende behandles kravet til at etterforskerne må være uavhengige.

Uavhengighetskravet er begrunnet i hensynet til borgernes tillit til politiet og rettssystemet.¹⁸² For å ivareta borgernes tillit til politiet er det viktig at det ikke fremstår som om etterforskerne dekker over kritikkverdige forhold for å beskytte kollegaer.

I EMDs dom *Ramsahai m.fl. mot Nederland* var saksforholdet at en bevæpnet mann stjal en scooter fra en tilfeldig person på gata.¹⁸³ To politimenn ble varslet og fulgte etter mannen for å pågripe han. Politiet innhentet vedkommende og det oppstod en skuddveksling mellom politimennene og mannen. Det endte med at mistenkte ble skutt i nakken og døde, hvorpå politiet i Amsterdam igangsatte etterforskning.

EMD uttalte at personene som er ansvarlige for etterforskningen og som gjennomfører den, skal være uavhengig fra personene som etterforskes.¹⁸⁴ Domstolen presiserte at dette ikke bare gjelder hierarkisk og institusjonell uavhengighet, men også praktisk uavhengighet.¹⁸⁵ Med andre ord er det de reelle forholdene og forbindelsene som er avgjørende.

EMD påpekte i *Ramsahai-saken* at etterforskerne og de to tjenestemennene som ble etterforsket var kollegaer ettersom de tilhørte samme politistyrke.¹⁸⁶ Etter en tid ble det koblet inn et uavhengig politiorgan for å føre tilsyn med etterforskningen, men ifølge EMD endret ikke dette situasjonen.¹⁸⁷ EMD konkluderte med at det forelå brudd på EMK artikkel 2 fordi

¹⁸² Ramsahai m.fl. mot Nederland avsnitt 325.

¹⁸³ Ramsahai m.fl. mot Nederland avsnitt 14-22.

¹⁸⁴ Ramsahai m.fl. mot Nederland avsnitt 325.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Ramsahai m.fl. mot Nederland Avsnitt 335.

¹⁸⁷ Ramsahai m.fl. mot Nederland avsnitt 336- 337.

etterforskerne ikke var institusjonelt uavhengig.¹⁸⁸ Ut ifra dette kan det slås fast at etterforskerne må være uavhengig gjennom hele prosessen.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at etterforskerne er hierarkisk og institusjonelt uavhengig fra de som etterforskes. *Kelly m.fl. mot Storbritannia* er et eksempel på at etterforskerne ikke var praktisk og reelt uavhengig av de som ble etterforsket. Saken gjaldt britiske sikkerhetsstyrkers aksjon mot et varslet terroristangrep, hvor ni personer døde som følge av bruk av skytevåpen.¹⁸⁹

EMD slo innledningsvis fast at etterforskerne var institusjonelt uavhengig fra de som ble etterforsket.¹⁹⁰ Dette kunne imidlertid ikke gi tilstrekkelig grad av sikkerhet og beskyttelse når ”the investigation itself has been for all practical purposes conducted by police officers connected, albeit indirectly, with the operation under investigation.”¹⁹¹ På denne bakgrunn konkluderte EMD med at det forelå brudd på EMK artikkel 2.¹⁹² Dette illustrerer hvordan manglende praktisk og reell uavhengighet er egnet til å svekke borgernes tillitt til etterforskningen og dermed ikke forenlig med EMK artikkel 2.

4.3.2 Offentlighet

I det følgende behandles kravet til at etterforskningen skal være offentlig. EMD uttalte i den ovenfor nevnte *Kelly-saken* at det må være tilstrekkelig grad av offentlighet i etterforskningen.¹⁹³ Offentlighetskravet er begrunnet i hensynet til å sikre ansvarlighet rundt etterforskningen og ivareta borgernes tillit til politiet.¹⁹⁴ Åpenhet og ansvarlighet bidrar således til at etterforskningen tåler offentlighetens lys, som igjen skaper troverdighet.

Det følger av *Kelly-saken* at hvilken grad av offentlighet som kreves vil variere fra sak til sak, men i alle tilfeller skal de pårørende involveres på en måte som ivaretar deres legitime

¹⁸⁸ Ramsahai m.fl. mot Nederland avsnitt 341.

¹⁸⁹ Dom 04. mai 2001 (30054/96) avsnitt 12-25 jf. 28.

¹⁹⁰ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 114

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 136 første strekpunkt.

¹⁹³ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 98.

¹⁹⁴ *Ibid.*

interesser i saken.¹⁹⁵ Det er dermed ikke et absolutt krav om offentlighet og innsyn på etterforskningsstadiet, og det må tas hensyn til at sakene kan inneholde sensitive opplysninger som kan skade enkeltindivider eller andre etterforskningsaker dersom de blir allment kjent.¹⁹⁶ Kravet kan derfor måtte gjennomføres på et senere stadium i prosessen, slik som ved hovedforhandling. Dette illustrerer hvordan EMD avveier hensynene bak offentlighetskravet, opp imot hensynet til politiets taushetsplikt og behov for arbeidsro for å kunne utføre en effektiv etterforskning.

Kelly-saken illustrerer hva som ligger i vurderingene. EMD viste til at dette var en sak hvor ni menn ble skutt og drept av offentlige tjenestemenn, og følgelig var en offentlig forklaring viktig.¹⁹⁷ EMD uttalte at de *pårørende* ikke hadde fått informasjon om påtalemyndighetens vurdering av at tjenestemennenes maktbruken ikke var straffbart og beslutningen om å ikke straffefølge dem.¹⁹⁸ De pårørende var dermed nektet adgang til informasjon av avgjørende betydning, som medførte at de ikke kunne påklage påtalemyndighetens beslutning.¹⁹⁹ EMD uttalte videre at påtalemyndigheten ikke hadde en begrunnet beslutning tilgjengelig for å berolige *offentligheten* om at rettssikkerhetsprinsipper hadde blitt respektert i saken.²⁰⁰ EMD konkluderte med at det verken forelå tilstrekkelig grad av offentlighet eller involvering av de pårørende under etterforskningen, noe som medførte at EMK artikkel 2 var krenket.²⁰¹

Avgjørelsen er en presumpsjon for at allmennhetens rett til informasjon er større i saker av stor offentlig interesse, enn i saker med mindre offentlig oppmerksomhet. Avgjørelsen kan også tolkes dit hen at en viktig del av de pårørendes legitime interesser er å gis muligheten til deltagelse og innsyn i saken i en slik grad at de kan utfordre påtalemyndighetens beslutning om å ikke tiltale de involverte tjenestemennene. EMD viser med dette at de legger stor vekt på hensynet til at de pårørende skal kunne forsone seg med etterforskningens avslutning.

¹⁹⁵ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 98.

¹⁹⁶ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 98 jf. 115 de to siste setningene.

¹⁹⁷ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 118 første setning.

¹⁹⁸ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 118 tredje setning.

¹⁹⁹ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 117 siste setning.

²⁰⁰ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 118 fjerde setning.

²⁰¹ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 136 annet strekpunkt.

4.3.3 Krav til bevissikring

I det følgende skal kravet til bevissikring behandles. I den allerede nevnte *Nachova-saken* uttalte EMD at staten må ta alle nødvendige steg for å sikre bevis i saken, inkludert avhør av øyenvitner og sikring av rettsmedisinske bevis.²⁰² Begrunnelsen for bevissikringskravet er at etterforskningen skal være egnet til å avgjøre om maktbruken var ”absolutely necessary”, og til å identifisere de ansvarlige.²⁰³ Det er ved å sikre bevis at etterforskerne kan fastslå hendelsesforløpet og legge grunnlaget for å vurdere om maktbruken var ”absolutely necessary”.

EMD påpekte i *Nachova-saken* at etterforskerne til grunn forklaringen fra den ene av de involverte tjenestemennene uten noen nærmere undersøkelse.²⁰⁴ Det ble heller ikke foretatt noen rekonstruksjon av hendelsen, noe som innebar at påtalemyndigheten gikk glipp av informasjon som kunne gjort det mulig å vurdere tjenestemennenes beskrivelse av situasjonen.²⁰⁵ På denne bakgrunn konkluderte EMD med at artikkel 2 var krenket.²⁰⁶

EMD har fremhevet at kravet til bevissikring ikke er en resultatforpliktelse, men en innsatsforpliktelse.²⁰⁷ Dette kan tolkes slik at Domstolen ikke ønsker å pålegge statene en plikt til å oppklare hendelser. Dette kunne ha medført at kvaliteten på etterforskningen ble underprioritert for å unngå konvensjonsbrudd. Istedenfor forsikrer EMD seg om at myndighetene foretar en tilfredsstillende etterforskning ved å stille strenge krav til bevissikring, noe som vil kunne gjøre en nasjonal domstol i stand til å avsi dom i saken.

4.3.4 Krav til hurtighet

I det følgende behandles kravet til at etterforskningen skal være hurtig. EMD uttalte i den allerede nevnte *Kelly-saken* at etterforskningen skal være hurtig.²⁰⁸ Dette er begrunnet i

²⁰² Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 113.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 116.

²⁰⁵ Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 115.

²⁰⁶ Storkammeravgjørelsen i *Nachova m.fl. mot Bulgaria* avsnitt 119.

²⁰⁷ *Ramsahai m.fl. mot Nederland* avsnitt 324 tredje setning.

²⁰⁸ *Kelly m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 97.

hensynet til å ivareta borgernes tillit til politiet.²⁰⁹ Kravet har nær sammenheng med at etterforskningen skal være egnet til å kaste lys over hendelsesforløpet. Jo lengre tid det tar for etterforskningen igangsettes og jo lengre den pågår, dess vanskeligere vil det være å sikre bevis i saken.

EMD konstaterte likevel i *Kelly-saken* at det skal tas hensyn til vanskeligheter som kan hindre progresjon i etterforskningen i den enkelte sak.²¹⁰ Dette illustrer hvordan EMD forsøker å finne en rimelig balanse mellom individets interesser og de vanskelige situasjonene som politiet møter i sitt arbeid.

Tidsaspektet har for det første betydning for hvor hurtig etterforskningen igangsettes. I denne forbindelse er *Ramsahai m.fl. mot Nederland* illustrerende, se punkt 4.3.1 for saksforholdet. EMD påpekte at det gikk femten og en halv time fra dødsfallet til politiets etterforskningsenhet var koblet inn, noe som ifølge EMD var en uakseptabel forsinkelse.²¹¹ Som en følge av dette kan det slås fast at femten timer er for lenge før undersøkelsene starter.

Tidsaspektet har for det andre betydning for etterforskningens progresjon og avslutning. I saken *Yasa mot Tyrkia* viste EMD til at myndighetene verken kunne vise til et konkret resultat eller fremdrift i etterforskningen fem år etter hendelsen.²¹² EMD konkluderte med at etterforskningen ikke var effektiv og dermed et brudd på EMK artikkel 2.²¹³

²⁰⁹ Kelly m.fl. mot Storbritannia avsnitt 97.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Ramsahai m.fl. mot Nederland avsnitt 334 jf. 339 siste setning.

²¹² Dom 02.september 1998 (22495/93) avsnitt 103

²¹³ Yasa mot Tyrkia avsnitt 107.

Kapittel 5 Avslutning

Det fremgår av innledningen at avhandlingens problemstilling er hvilke skranker for maktbruk ved pågripelser som følger av EMK artikkel 2. I avhandlingen har jeg sett på hvilke skranker som følger av statens negative og positive forpliktelser etter bestemmelsen.

Det er en skranke at maktbruken må være "absolutely necessary" jf. EMK artikkel 2(2). Vilkåret begrenser adgangen til omfattende maktbruk, ved at den er betinget av at personen som skal pågripes er mistenkt for å ha begått voldelig kriminalitet og utgjør en fare for andres liv eller legeme. Som hovedregel må mistenkte representere en konkret og aktuell fare. Unntak kan tenkes i spesifikke situasjoner som erfaringsmessig innebærer fare. EMD vil også vurdere om politiet har forsøkt metoder som ikke involverer omfattende maktbruk. Polititjenestemenn har en skjønnsmargin for å feilvurdere situasjonens faregrad, dersom den er basert på god tro.

Det er også en skranke at maktbruken må være "strictly proportionate". Vilkåret setter begrensninger for valg av maktmiddel og maktens omfang. Maktbruken er uproporsjonal dersom den ikke opphører når politiet har avverget faresituasjonen, eller dersom graden av makt ikke står i forhold til situasjonens farlighetsgrad. Videre må maktmiddelet være egnet og formålstjenlig i den aktuelle situasjonen for å være proporsjonalt, og politiet må velge det minst inngripende maktmiddelet først. Jo større fare mistenkte utgjør overfor sivile liv, dess sterkere maktmidler er politiet berettiget å ty til.

Videre er kravet til "planning and control" en skranke for maktbruken. Kravet setter begrensninger ved at politiets valg av maktmidler og metoder skal være forsvarlig planlagt og kontrollert. I denne forbindelse vektlegger EMD om politiet har vurdert alternativer til omfattende maktbruk, og om det på forhånd er vurdert hvorvidt mistenkte har begått voldelig kriminalitet og utgjør en fare for andre. I tillegg vektlegger EMD om informasjonen og instruksene som gis til tjenestemennene tar hensyn til mistenktes rett til liv. Videre tar EMD hensyn til at noen situasjoner krever rask handling fra politiet, og vil i slike situasjoner vurdere om staten har overholdt sine forpliktelser til å lovregulere maktbruk og lære opp tjenestemenn i maktbruk.

I tillegg er det en skranke at maktbruk ved pågripelser må være lovregulert på forhånd jf. EMK artikkel 2(1)(1). I tråd med EMDs praksis omfatter plikten maktbruk som staten kjente eller burde kjenne til at kunne utgjøre en livsfare. Lovreglene må for det første være tilgjengelig for borgerne. For det andre må reglene angi i hvilke begrensede tilfeller politiet kan bruke omfattende makt, og gi klare og presise vilkår og retningslinjer for den konkrete maktanvendelsen.

For å forebygge vilkårlighet og maktmisbruk pålegger EMK artikkel 2 staten en plikt til å gi polititjenestemenn tilstrekkelig og adekvat opplæring i maktbruk. Opplæringen omfatter både praktiske øvelser for å håndtere maktbruk, og teoretisk kunnskap angående relevante etiske og menneskerettslige problemstillinger.

Til sist pålegger EMK artikkel 2 staten en etterforskningsplikt som skal bidra til å gjøre forbudet mot vilkårlig maktbruk i EMK artikkel 2(2) reelt og effektivt. Etterforskningen skal være hurtig og offentlig, og etterforskerne skal være uavhengige de som etterforskes. I tillegg skal etterforskningen sikre bevis og være egnet til å avgjøre om den konkrete maktanvendelsen var "absolutely necessary".

Kildeliste

Lover og internasjonale konvensjoner:

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

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1950.

Vienna Convention on the Law of The Treaties, vedtatt 23. mai 1969.

United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, vedtatt 16. desember 1966.

United Nations International Covenant on Economic, Cultural and Social Rights, vedtatt 16. desember 1966.

United Nations Universal Declaration of Fundamental Human Rights, vedtatt 10. desember 1948.

Forarbeid:

NOU 2009: 12 Et ansvarlig politi

Avgjørelser fra EMD:

<u>Dato</u>	<u>Saknr.:</u>	<u>Parter:</u>
06.11.2012	(30086/05)	Dimov m.fl. mot Bulgaria
10.06.2012	(63106/00)	Vasil Sashov Petrov mot Bulgaria
20.12.2011	(18299/03 og 27311/03)	Finogenov m.fl. mot Russland
23.02.2010	(28975/04)	Wasilewska og Kalucka mot Polen
24.04.2008	(70659/01)	Juozaiteiené og Bikulcius mot Litauen
15.05.2007	(52391/99)	Ramsahai m.fl. mot Nederland
09.10.2007	(9375/02)	Saoud mot Frankrike
11.01.2006	(52562/99 og 52620/99)	Sørensen og Rasmussen mot Danmark
06.07.2005	(65900/01)	Stec m.fl. mot Storbritannia

06.07.2005	(43577/98 og 43579/98)	Nachova m.fl. mot Bulgaria
20.12.2004	(50385/99)	Makaratzis mot Hellas
08.06.2004	(40905/98)	Hilda Hafsteinsdottir mot Island
29.04.2002	(2346/02)	Pretty mot Storbritannia
04.05.2001	(30054/96)	Kelly m.fl. mot Storbritannia
14.12.2000	(22676/93)	Gül mot Tyrkia
28.10.1998	(23452/94)	Osman mot Storbritannia
02.09.1998	(22495/93)	Yasa mot Tyrkia
28.07.1998	(23818/94)	Ergi mot Tyrkia
09.10.1997	(25052/94)	Andronicou mot Hellas
27.09.1995	(18984/91)	McCann m.fl. mot Storbritannia
24.03.1988	(10465/83)	Olsson mot Sverige
07.07.1980	(14038/88)	Soering mot Storbritannia
26.04.1979	(6538/74)	Sunday Times mot Storbritannia
25.04.1978	(5856/72)	Tyrer mot Storbritannia
21.06.2011	(31151/08)	Obiora mot Norge (avvisningsavgjørelse)

Litteratur:

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011).

Harris, David J., Michael O'Boyle, Colin Warbrick, Ed Bates and Buckley, Carla, *Law of the European Convention on Human Rights*, Second edition (Oxford 2009).

Lorenzen, Peer mfl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art.1- 9)*, 3. udgave (København 2011).

Myhrer, Tor- Geir, *Bastet og Bundet. Rettslige rammer for bruk av håndjern* (Oslo 2012).

Andre kilder:

Sivilombudsmannens uttalelser 16.februar 2010 (Sak 2007/2439) (tilgjengelig på sivilombudsmannen.no)

Spesialenhetens vedtak i sak nr. 060621/ 200600496 (tilgjengelig på spesialenheten.no)

Riksadvokatens vedtak 21.desember 2007: R 9571307 2286/07-63 JKØ/mw
(tilgjengelig:<http://www.adressa.no/incoming/article1410469.ece5/BINARY/Riksadvokaten+Obiora-avgjørelse>)

Internett:

Council of Europe Recommendation on the European Code of Police Ethics:
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=223251>

UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials:
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>

Spesialenhetens Årsrapport for 2013:
<http://www.spesialenheten.no/Portals/85/docs/Spesialenheten-Arsrapport-2013.pdf>

Regjeringens forslag om generell bevæpning av polititjenestemenn:
<http://www.regjeringen.no/pages/38500565/plattform.pdf>

Riksadvokatens uttalelser i Aconcha- Kohns saken:
<http://www.riksadvokaten.no/no/dokumenter/avgjorelser/Riksadvokatens+avgjorelse+i+klage+sak+om+dodsfall+under+polititransport.9UFRrQ3S.ips>

Antall ord i oppgaven: 17 673.