

UiO : **Det juridiske fakultet**

EMKs territorielle anvendelsesområde i lys av H.F. and others v. France

H.F. and others v. France: Kontekst og implikasjoner for ekstraterritoriell
jurisdiksjon, med særlig vekt på «special features»-unntaket

Kandidatnummer: 569.

Leveringsfrist: 25.11.2023

Antall ord: 17262



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Om dommen.....	1
1.3	Faktisk og rettslig aktualitet.....	2
1.4	Metode og rettskildebilde	4
1.5	Avgrensninger og presiseringer	6
1.6	Videre fremstilling	7
2	JURISDIKSJONSBEGREPET	8
2.1	Formålet med jurisdiksjon som terskelkriterium	8
2.2	EMK artikkel 1 og den øvrige folkeretten	9
2.3	Historisk utvikling	10
2.3.1	De første avgjørelsene: Tyrkisk maktutøvelse på Kypros.....	10
2.3.2	Banković: En ny, restriktiv æra	11
2.3.3	Al-Skeini: Forkasting av «legal space»	12
2.4	Utgangspunkt	12
2.4.1	Territorialprinsippet.....	12
2.5	Unntak nr.1: Kontroll-doktrinen	13
2.5.1	Ratione loci: «Effektiv kontroll» over territorium	13
2.5.2	Ratione personae: «State agent authority and control».	14
2.6	Unntak nr. 2: Prosessuell tilknytning.....	14
2.7	Unntak nr. 3: «Special features»	16
2.7.1	Generelt om «special features»: Et alternativt prosessuelt grunnlag for jurisdiksjon	16
2.7.2	Generelle prinsipper som kan utledes av rettspraksis.....	17
2.7.3	Foreløpig oppsummering av «special features» frem til H.F. and others v. France	19
3	EN ANALYSE AV H.F. AND OTHERS V. FRANCE.....	20
3.1	Utgangspunktene for jurisdiksjon	20
3.2	Kontroll-kriteriet	22
3.3	Prosessuell tilknytning	22
3.3.1	Prosessuell tilknytning på bakgrunn av innledet straffesak.....	23
3.3.2	Prosessuell tilknytning på bakgrunn av sivil sak.....	24
3.4	«Special features» som jurisdiksjonsgrunnlag.....	24
3.4.1	En avvisning av jurisdiksjon for artikkel 3 om torturforbudet.....	25

3.4.2	Jurisdiksjon for særtilfellet artikkel 3 tilleggsprotokoll 4	28
3.4.3	Ulike løsninger for jurisdiksjonsspørsmålet for artikkel 3 og artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4	32
3.4.4	Sammenligning med utvisnings- og utleveringssaker	33
3.5	En endelig avvisning av den funksjonelle tilnærmingen	35
3.5.1	Alternative jurisdiksjonsmodeller.....	35
3.5.2	Domstolens avvisning av den funksjonelle modellen som et mulig jurisdiksjonsgrunnlag.....	35
3.6	Domstolens behandling av individklageavgjørelsene fra FNS barnekomité.....	36
3.7	Oppsummering: Status quo for ekstraterritoriell jurisdiksjon etter H.F. and others v. France.....	37
4	KRITIKK OG RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER.....	38
4.1	Overordnede betraktninger om jurisdiksjonskonseptet.....	38
4.1.1	Behovet for å operere med en jurisdiksjonsbestemmelse som terskelkriterium	39
4.1.2	Fordeler og ulemper med ulike jurisdiksjonsmodeller	40
4.2	Domstolens rolle i politisk betente saker	43
4.2.1	Kritikken av EMD som restriktiv i jurisdiksjonsspørsmål	43
4.2.2	Forholdet mellom gode generelle regler og konkret rimelighet.....	45
4.2.3	Legitimitet	45
4.3	Fragmentering av menneskerettighetsbeskyttelse.....	46
4.4	Overføringsverdi	48
5	KONKLUSJON.....	49
6	KILDER.....	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er ekstraterritoriell jurisdiksjon etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 1. Fremfor å behandle temaet mer generelt, er denne oppgaven begrenset til å analysere storkammerdommen H.F. and others v. France (2022) fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).¹ Selve dommen tar for seg én begrenset problemstilling. Den underliggende jussen strekker seg imidlertid langt videre og dommen føyer seg inn i et lappeteppes av praksis som ennå ikke er endelig fastsatt.

Temaet munner ut i følgende problemstilling:

- *Hva er gjeldende rett for ekstraterritoriell jurisdiksjon etter EMK artikkel 1 etter H.F. and others v. France og hvilke implikasjoner får dommen for jurisdiksjonslæren?*

Avhandlingen er ikke en domsanalyse av H.F. and others som sådan, men jeg bruker dommen som et verktøy og en sentral rettskilde for å kartlegge hva som er gjeldende rett for at EMK («Konvensjonen») i det hele tatt skal komme til anvendelse etter EMK artikkel 1. Samlet sett vil jeg sette H.F. and others v. France i kontekst av EMDs tidligere praksis og undersøke hva slags implikasjoner den får for ekstraterritoriell jurisdiksjon.

Avhandlingen behandler særlig «special features»-unntaket. Dette er et nytt og sentralt utviklingstrekk i EMDs jurisdiksjonslære. H.F. and others illustrerer dette utviklingstrekket, og dommen representerer en reell, men snever, utvidelse av jurisdiksjonslæren. Jeg vil undersøke både hva dommen betyr for jurisdiksjonslæren generelt og «special features»-unntaket spesielt.

1.2 Om dommen

Klagerne i saken var to franske par som hadde døtre som reiste til Syria i 2014 og 2015 for å delta i Den islamske stat (IS). Da IS tapte sitt siste territorium i 2019 ble klagernes døtre og barnebarn værende igjen i Al-Hol og Al-Roj-leirene, som er styrt av de kurdiske selvstyremyndighetene i nord- og øst-Syria. Spørsmålet for EMD («Domstolen») var om Frankrike hadde en positiv forpliktelse til å sikre menneskerettighetene deres etter EMK artikkel 3 og artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. Det var ikke omtvistet at forholdene i leiren utgjorde umenneskelig og

¹ H.F. and Others v. France [GC], no. 24384/19 og 44234/20, 2022.

nedverdiggende behandling. Stridens kjerne var om Frankrike hadde jurisdiksjon over dette forholdet og dermed var ansvarlig for å ikke ha bistått kvinnene og barna.

Norge var ett av flere europeiske land som intervenerte til støtte for Frankrike. Statene argumenterte for at de verken hadde kontroll over det aktuelle territoriet eller de aktuelle personene og at saken måtte avvises på grunn av manglende jurisdiksjon.

EMDs Storkammer avsa dom i september 2022. Dommen ble avsagt under dissens, med 14 mot tre stemmer. Domstolen konkluderte med at staten ikke hadde jurisdiksjon over klagen som gjaldt artikkel 3 om torturforbudet og at klagen derfor falt utenfor Konvensjonens anvendelsesområde. Samtidig konkluderte den med at klagen om artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 om forbud mot utvisning av egne statsborgere var innenfor Konvensjonens nedslagsfelt og derfor kunne realitetsbehandles. Domstolen konkluderte med at det ikke eksisterte en generell materiell rett til repatriering. Frankrike ble imidlertid dømt for å ikke ha gode nok prosessuelle rammeverk til å behandle repatrieringssøknadene, jf. artikkel 3 andre ledd i tilleggsprotokoll nr. 4.

Domstolen delte seg i tre fraksjoner. Det ene mindretallet avsa et særvotum om at staten burde ha blitt dømt for brudd på materielle rettigheter i tillegg til prosessuelle, mens det andre mindretallet avsa en dissens der de mente at artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 ikke kom til anvendelse på forholdet.

1.3 Faktisk og rettslig aktualitet

Etter EMK artikkel 1 skal staten sikre rettighetene og frihetene til personer innenfor sitt myndighetsområde («jurisdiction»). For at EMK i det hele tatt skal komme til anvendelse i en konkret sak må saksforholdet være innenfor statens jurisdiksjon. Dersom dette ikke er tilfellet, må klagen avvises. Jurisdiksjon er et terskelkriterium for konvensjonsanvendelse.

EMD har i en rekke saker tatt stilling til EMKs territorielle anvendelsesområde. Problemstillingen er ikke ny, og den første avgjørelsen ble avsagt av Kommisjonen i *Cyprus v. Turkey* fra 1975. Det er avsagt en rekke avgjørelser siden den tid. Noen typetilfeller har blitt behandlet flere ganger, for eksempel krenkelser på det tyrkisk-okkuperte området på Kypros,² i

² *Cyprus v. Turkey*, nos. 6780/74 og 6950/75, 1975, *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections) 1995, *Loizidou v. Turkey* (merits) 1996 og *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, 2001.

utbryterrepublikken Transnistria der både Russland og Moldova blir anklaget for krenkelser,³ den amerikansk-britiske invasjonen av Irak,⁴ statsklager mot Russland etter aggresjon i nabo-
tater⁵ og NATOs out of area-operasjoner i etterkant av årtusenskiftet.⁶ Disse avgjørelsene har
blitt behandlet i en rekke forskningsartikler og masteroppgaver.

Repatriering av statsborgere fra konfliktområder er et eksempel på en ny problemstilling som
ikke passer inn i den tradisjonelle læren. Problemstillingen ble først aktualisert i 2019 i forbin-
delse med debatten om repatriering av fremmedkrigere, deres enker og barn fra Syria. Spørs-
målet var så politisk betent at FrP gikk ut av regjering i januar 2020.⁷ I norske medier ble repa-
triering først og fremst diskutert som et etisk og politisk spørsmål. Den rettslige dimensjonen
ble ikke, med noen unntak,⁸ trukket frem i like stor grad.

Ekstraterritoriell jurisdiksjon er et felt i bevegelse, både hos EMD og andre menneskerettig-
hetsorganer. Det er også et tema som er gjenstand for rettsvitenskapelig debatt og problemstil-
lingen er av både teoretisk og praktisk interesse. Særlig i etterkant av 2019 har det skjedd en
utvikling i jurisdiksjonslæren til EMD for prosessuelle forpliktelser. H.F. and others føyer seg
inn i denne utviklingen og dommen etablerer et nytt grunnlag for jurisdiksjon som hittil ikke
har vært sett i EMD-praksis. Formålet med denne avhandlingen er å undersøke og identifisere
dette utviklingstrekket og si noe om hva som kan være konsekvenser og eventuelle fallgruver.

I tillegg til at H.F. and others illustrerer dette utviklingstrekket og innebærer et nytt grunnlag
for ekstraterritoriell jurisdiksjon, er det også andre grunner til å merke seg dommen. For det
første bekrefter Domstolen det klassiske utgangspunktet om at jurisdiksjon primært er territo-
rielt og at staten enten må ha kontroll over territoriet (*ratione loci*) eller personer (*ratione per-
sonae*) for å ha jurisdiksjon. For det andre avviser Domstolen en funksjonell tilnærming om at

³ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, 2004 og *Catan and Others v. the Republic of
Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04 and 2 others, 2012.

⁴ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (dec.), no. 61498/08, 2009.

⁵ *Ukraine v. Russia (re Crimea)* (dec.) [GC], nos. 20958/14, 2020 og 38334/18, og *Georgia v. Russia (II)* (merits),
no. 38263/08, 2021.

⁶ *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway* (dec.) [GC], nos. 71412/01 og
78166/01, 2007, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07, 2011, *Hassan v. the United
Kingdom* [GC], no. 29750/09, 2014, *Hanan v. German* [GC] no. 29750/09, 2021, *Marković and Others v. Italy*
[GC], no. 1398/03, 2006.

⁷ NRK, «Frp ut av regjering», (2020).

⁸ Se Einarsen og Harlem (2021) og Hellestveit (2022).

jurisdiksjon kan baseres på kapasitet til å handle, som er en annen jurisdiksjonsmodell som har vært diskutert i teorien. Det ble spekulert i om Domstolen åpnet for dette i *Carter v. Russia*,⁹ som omhandlet drap av en russisk dissident i London. En funksjonell tilnærming til jurisdiksjon er nå uttrykkelig avvist. For det tredje tar Domstolen for første gang stilling til innholdet i og tolkningen av artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. For det fjerde er dommen metodisk interessant fordi den skiller seg fra FNs barnekomité's avgjørelser i liknende saker.

Til tross for at dommen på flere områder er klargjørende, er det ikke uten videre klart hvilken overføringsverdi den får. Domstolen avgjør saken konkret og etablerer en ny jurisdiksjonsregel som foreløpig kun gjelder for en snever bestemmelse i en tilleggsprotokoll. Dommen skiller seg fra tidligere praksis og det kan tenkes at den er startskuddet for en mer fleksibel tilnærming til jurisdiksjonsspørsmålet. Hvilke implikasjoner *H.F. and others* får for jurisdiksjon i klimasakene var et av spørsmålene EMD-dommer Arnfinn Bårdsen stilte partene under spørsmålsrunden i Storkammer i *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others* i oktober 2023.¹⁰ Svaret på spørsmålet er ennå ikke avklart.

I en stadig mer globalisert verden der krenkelser ofte er grensekryssende, er det nødvendig å klargjøre menneskerettighetsinstrumenters geografiske nedslagsfelt. Ekstraterritoriell jurisdiksjon er av avgjørende betydning i saker om klima, terror og deling av personopplysninger og liknende.

1.4 Metode og rettskildebilde

EMK er en traktat. Domstolen viser ofte til den alminnelige folkerettslige tolkningslæren i Wienkonvensjonen om traktatrett (VCLT) artikkel 31 nr. 1 ettersom dette er uttrykk for sedvanerett. Utgangspunktet for tolkningen er en naturlig språklig forståelse av ordlyden, konteksten for bestemmelsen og konvensjonens gjenstand og formål.

Det er noen særtrekk ved EMDs tolkningslære som skiller seg fra andre traktater. Ettersom ordlyden i bestemmelsene i EMK ofte er vage og generelt formulerte legger Domstolen gjennomgående stor vekt på rettssetninger fra tidligere dommer i tolkningen og

⁹ *Carter v. Russia*, no. 20914/07, 2021.

¹⁰ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen [Videoklipp 3:09:27.] (2023).

rettsanvendelsesprosessen. Gjennom praksis har det blitt utviklet detaljerte prinsipper og vurderingsnormer på de fleste menneskerettsområder.

EMD er ikke formelt bundet av sine tidligere dommer, men det skal tungtveiende grunner til for å fravike tidligere praksis. I denne oppgaven vil derfor tidligere rettspraksis, i tillegg til konvensjonsteksten, være den sentrale rettskilden for å klarlegge innholdet i jurisdiksjonsregelen.

Videre har EMD gjennomgående lagt lite vekt på forarbeidene (*travaux préparatoire*) i sin tolkningslære i tråd med VCLT artikkel 32. På en annen side er tolkningslæren formålsoverorientert og EMD har ved diverse anledninger påpekt at rettighetene skal være «praktiske og effektive» og ikke «teoretiske og illusoriske».¹¹ Dette tilsier at tolkningen må være pragmatisk slik at den ikke ender med å undergrave rettighetene. Rettighetene må ses som en helhet, slik at de harmonerer og at det er en intern sammenheng mellom dem.

Videre er Konvensjonen et «levende instrument»¹² som skal tolkes i lys av dagens samfunnsforhold. Domstolen legger derfor ikke avgjørende vekt på den opprinnelige intensjonen, men tilpasser bestemmelsene slik at de nettopp skal være «praktiske og effektive» for å sikre dagens menneskerettighetsutfordringer. Det gjelder her noen åpenbare skranker: rettighetene må ha rot i bestemmelser i Konvensjonen.

I avvisningsavgjørelsen *Banković* avsnitt 65 uttalte Domstolen at den dynamiske tolkningsmetoden ikke gjelder for artikkel 1 ettersom den er bestemmende for hele Konvensjonens virkeområde. Det har skjedd en rettsutvikling siden avgjørelsen ble avsagt og utsagnet er ikke nødvendigvis representativt for gjeldende rett. Dette poenget blir drøftet i del 3.4.2.

Domstolen referer ofte til andre traktater med henvisning til at Konvensjonen ikke eksisterer i et folkerettslig vakuum.¹³ Det varierer om Domstolen vektlegger tilsynelatende relevante folkerettskilder eller ikke. Domstolens metode når det kommer til harmonisering med andre rettskilder er et av temaene som blir analysert i oppgavens del 3.

¹¹ *H.F. and others v. France* avsnitt 208.

¹² *Tyrer v. the United Kingdom*, no. 5856/72, 1978, avsnitt 31.

¹³ *Loizidou v. Turkey (merits)* avsnitt 43.

Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmargin er to viktige begreper når Domstolen tolker omfanget av konvensjonsforpliktelser. Gjennom tilleggsprotokoll nr. 15, som trådte i kraft i 2021, er disse begrepene nå inntatt i Konvensjonens fortale.¹⁴ Subsidiaritetsprinsippet handler om at nasjonale myndigheter har hovedansvaret for å sikre rettighetene i EMK og at Domstolens rolle er subsidiær. Skjønnsmarginen sier noe om statens handlingsrom og varierer mellom ulike områder. På et område der staten har en snever skjønnsmargin skal det i utgangspunktet mindre til for å konstatere krenkelse. Dersom det ikke foreligger konsensus på europeisk nivå om et forhold, f.eks. aktiv dødshjelp,¹⁵ vil dette som regel tale for at de nasjonale myndighetene har en større skjønnsmargin.

1.5 Avgrensninger og presiseringer

Begrepet jurisdiksjon kan ha flere betydninger i EMK-sammenheng. Jurisdiksjon kan brukes synonymt med domsmyndighet, det vil si hvilke saker Domstolen har kompetanse til å dømme i. Denne oppgaven handler ikke om dette, men om i hvilke tilfeller *konvensjonstatene* har jurisdiksjon over et gitt forhold etter EMK. Oppgavens jurisdiksjonsbegrep brukes på den samme måten som den norske oversettelsen «myndighetsområde» i EMK artikkel 1.

Tidlig i prosessen ønsket jeg å undersøke dommens plassering i det samlede rettskildebildet og sammenligne jurisdiksjonsregelen i EMK med jurisdiksjonsbestemmelsen i andre menneskerettighetsinstrumenter, slik som FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs konvensjon om barns rettigheter (BK). Det ble etter hvert klart at en slik sammenligning ville ha gått på bekostning av dybden i analysen av H.F. and others. Konvensjonene vil nå bli nevnt og trukket frem i den overordnede drøftingen av alternative jurisdiksjonsmodeller og harmonisering. Formålet med oppgaven er å plassere dommen innenfor EMDs praksis og ikke det samlede rettskildebildet generelt. Det blir derfor ingen systematisk sammenligning av de ulike konvensjonenes jurisdiksjonsbegrep, til tross for at dette i seg selv er en interessant tematikk.

Den viktigste avgrensningen i avhandlingen er den materielle. Selv om den underliggende problemstillingen i H.F. and others v. France er om EMK gir en rett til repatriering, handler

¹⁴ Protokoll nr. 15 om endring av Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter – CETS 213, artikkel 1.

¹⁵ Mortier c. Belgique, no. 78017/17, 2022, avsnitt 142.

ikke oppgaven om repatriering som sådan. Jeg avgrenser derfor mot det materielle spørsmålet om artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 gir en rett til repatriering. Problemstillingen er interessant og den første av sitt slag for EMD, men faller utenfor oppgavens overordnede tema om ekstraterritoriell jurisdiksjon. Oppgaven er strengt prosessuell og undersøker hva som skal til for at staten skal ha jurisdiksjon over et saksforhold. Hvorvidt det foreligger en underliggende konvensjonskrenkelse, er derfor ikke av betydning for oppgaven. Dette tilhører realitetsvurderingen, mens jeg kun tar for meg jurisdiksjonsvurderingen som er en prosessforutsetning for at klager skal kunne realitetsbehandles.

1.6 Videre fremstilling

Avhandlingen begynner i del 2 med en forklaring av jurisdiksjonskonseptet og formålet med jurisdiksjonsregelen. Jeg går gjennom de ulike jurisdiksjonsgrunnlagene og rettspraksis frem til H.F. and others.

Det er i utgangspunktet mye å skrive om jurisdiksjon, men jeg har gjort noen nødvendige avgrensninger av hensyn til oppgavens omfang. Utover et historisk tilbakeblikk og en kort redegjørelse, går jeg ikke inngående inn på kontroll-doktrinen, Al-Skeini-dommen og Banković-avgjørelsen. Dette var diskusjonstemaer tidlig på 2010-tallet, men rettstilstanden på dette området er i dag avklart. Hovedvekten av del 3 er jurisdiksjon på grunnlag av såkalte «special features». Dette er et unntak fra territorialprinsippet som hovedsakelig har vært behandlet i saker avsagt etter 2019. Jeg forsøker å utforske eksisterende praksis og undersøke hvilke hensyn som ligger bak «special features»-unntaket. Jeg trekker frem momenter som gjennomgående har vært av betydning i disse sakene og oppstiller en vurderingsnorm på bakgrunn av funnene. Vurderingsnormen blir et verktøy i min påfølgende analyse i del 3.

Domsanalysen i del 3 sammenligner H.F. and others med tidligere praksis som ble gjennomgått i del 2. Jeg knytter også noen kommentarer til Domstolens avvisning av en funksjonell jurisdiksjonsmodell (del 3.5) og forholdet til individklageavgjørelsene til barnekomiteen (del 3.6).

I del 3.7 forsøker jeg å sammenfatte funnene mine og si noe om hva som er rettstilstanden for ekstraterritoriell jurisdiksjon i etterkant av H.F. and others. Jeg argumenterer for at Domstolen er tilpasningsdyktig i møte med nye grensekryssende menneskerettighetsutfordringer og etablerer et fornuftig jurisdiksjonsgrunnlag i den konkrete saken. Dommen er imidlertid ikke den

siste i sagaen om ekstraterritoriell jurisdiksjon, og døren til nye grunnlag er ikke ettertrykkelig lukket.

I del 4 tar jeg et skritt tilbake og ser på mer overordnede problemstillinger og jeg undersøker om det er noen fallgruver og konsekvenser av rettsutviklingen. Del 4 er firedeelt og bygger videre på analysen i del 3. I 4.1 knytter jeg noen betraktninger til jurisdiksjonsbegrepet som rettslig konstruksjon, om dagens modell er formålstjenlig og om noen av de alternative modellene er bedre egnet til å fange kompleksiteten til grensekryssende saker. I del 4.2 løfter jeg blikket og diskuterer hvordan Domstolen må balansere rollen som dynamisk og fremoverlent rettsutvikler uten å undergrave sin egen legitimitet, slik at statene ikke lenger ønsker å ta del i ordningen. I del 4.3 diskuterer jeg om det har oppstått fragmentering av menneskerettighetsbeskyttelsen til de ulike konvensjonene og argumenterer for at dette ikke nødvendigvis blir et problem. Del 4.4 vurderer om dommen kan bidra til å avklare jurisdiksjonsspørsmålet i fremtidige saker og ser på utfordringene som venter for klimasakene i EMD. Til slutt kommer jeg med noen sammenfattende oppsummeringer i del 5.

2 Jurisdiksjonsbegrepet

2.1 Formålet med jurisdiksjon som terskelkriterium

Jurisdiksjon er en kompleks juridisk konstruksjon med store praktiske konsekvenser. I norske prosesser ville jurisdiksjon blitt omtalt som en prosessforutsetning: dersom staten ikke utøver jurisdiksjon kommer ikke EMK til anvendelse og saken må avvises som uegnet for prøving. Domstolen kan prøve jurisdiksjonsspørsmålet uavhengig av partenes anførsler.¹⁶ Rettskildene nevner ikke formålet med jurisdiksjonsbestemmelsen eksplisitt.

Det overordnede formålet med menneskerettighetskonvensjoner generelt må være å sikre menneskerettighetsbeskyttelse for flest mulig i tråd med menneskerettighetenes universelle natur. I EMK artikkel 1 ligger det likevel en erkjennelse: det er ikke praktisk mulig for statene å sikre menneskerettighetene verden over. Det må gjelde noen iboende begrensninger som gjør at statene har en realistisk mulighet til å hindre krenkelser og at de ikke blir pålagt umulige eller urimelige byrder. Jurisdiksjon er en måte å sikre en effektiv og rimelig allokering av menneskerettighetsforpliktelser på.

¹⁶ Vasiliciuc v. Republic of Moldova, no. 69829/11, 2017, avsnitt 22 og Veronica Ciobanu v. Republic of Moldova, no. 53360/99. 2021, avsnitt 25.

Fra forarbeidene fremgår det at det opprinnelig ble foreslått at statene skulle sikre og beskytte menneskerettighetene til personer bosatt på statens eget territorium. Dette ble ikke vedtatt fordi en slik begrensning var for restriktiv. Løsningen ble «jurisdiksjon», altså myndighetsområde. I begrepet ligger det åpenbare: for at en stat skal være ansvarlig må handlingen være innenfor dens myndighet, og på den annen side, dersom en stat har myndighet over et forhold vil den også være i stand til å hindre menneskerettighetskrenkelser.

Da Konvensjonen ble vedtatt i 1950, hadde konvensjonskonsipistene neppe i tankene de grensekryssende problemstillingene som etter hvert ville oppstå. Et annet poeng var at EMK ikke skulle være detaljert. Noe av lovgivningsteknikken lå nettopp i at reglene skulle være fleksible til de menneskerettighetsutfordringene som oppsto. Domstolen fikk da oppdraget å utvikle rettssetninger og utkrystallisere prinsipper for anvendelsen av de ulike artiklene.

2.2 EMK artikkel 1 og den øvrige folkeretten

Det heter i EMK artikkel 1 at «De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon.» Bestemmelsen er sentral og gir uttrykk for en rekke regler. For det første angir den pliktsubjektene, i dette tilfellet De høye Kontraherende Parter, statspartene til EMK. Videre sier den noe om Konvensjonens bindende karakter, «skal sikre», og hvem som er rettighetssubjektene («enhver»). Til slutt sier den noe om det materielle anvendelsesområdet («de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjonen») og det territorielle anvendelsesområdet («innen sitt myndighetsområde»). Det sistnevnte vilkåret er relevant i denne oppgaven.

Jurisdiksjon er et sentralt folkerettslig begrep, og Domstolen har ved en rekke anledninger gjentatt at Konvensjonens jurisdiksjonsbegrep må forstås på bakgrunn av utgangspunktene i folkeretten.¹⁷ Samtidig er EMDs jurisdiksjonsbegrep autonomt og uavhengig av det nasjonalrettslige og det folkerettslige jurisdiksjonsbegrepet. Et eksempel på et skille er at folkeretten gir staten lovgivningsjurisdiksjon over egne statsborgere etter det aktive personalprinsippet, mens EMK i utgangspunktet ikke opererer med statsborgerskap som et relevant jurisdiksjonskriterium.

¹⁷ Ukraine v. Russia (re Crimea), no. 20958/14 og 38334/18, 2017, avsnitt 344.

Folkerettens regler om statsansvar¹⁸ kan tidvis kan minne om EMKs jurisdiksjonsregler. Det er imidlertid noen viktige forskjeller. For å konstatere statsansvar for folkerettsbrudd må to vilkår være oppfylt: 1) det må foreligge et folkerettsbrudd og 2) handlingen må kunne attribueres (tilskrives) staten. I EMD-praksis er attribusjonsspørsmålet en del av realitetsvurderingen og må holdes atskilt fra jurisdiksjonsspørsmålet. Manglende jurisdiksjon fører til avvisning av saken, mens manglende attribusjon fører til frifinnelse etter en realitetsvurdering av EMD. Forskjellen mellom folkerettens statsansvarslære og EMDs jurisdiksjonslære blir ikke behandlet nærmere i denne avhandlingen.

2.3 Historisk utvikling

2.3.1 De første avgjørelsene: Tyrkisk maktutøvelse på Kypros

Domstolen avsa sin første fellende dom i 1961,¹⁹ mens den første jurisdiksjonsavgjørelsen ble avsagt av Kommisjonen²⁰ i 1975 i saken *Cyprus v. Turkey*. Kommisjonens drøftelse baserte seg i stor grad på folkerettens jurisdiksjonsbegrep om at flaggstaten har ansvar for diplomatisk og konsulært personell, skip, fly o.l.

Kommisjonen understreket at jurisdiksjon ikke var begrenset til statens territorium, men gjaldt rettighetene til alle personer under faktisk autoritet og ansvar, uavhengig om dette var innenfor egne landegrenser eller i utlandet.²¹ Kommisjonen konkluderte med at Tyrkia utøvde jurisdiksjon over det aktuelle området og personene på Kypros.²²

Synspunktene ble fulgt opp i *Loizidou*-avgjørelsene (kjennelse fra 1995 og dom fra 1996). Også her ble det vektlagt at Tyrkias okkupasjon over nordlige Kypros medførte at Tyrkia hadde «effektiv kontroll» over et område utenfor eget territorium.²³ Derfor hadde Tyrkia jurisdiksjon over handlingene som ble begått der.²⁴ Det samme ble gjentatt i enda en sak fra 2001 mellom Kypros og Tyrkia, der synspunktene fra de tre øvrige sakene ble gjentatt med samme konklusjon. I

¹⁸ Den internasjonale folkerettskommisjonen (ILC) utkast til regler om statsansvar (ARSIWA) artikkel 2.

¹⁹ *Lawless v. Ireland* (No. 3), no. 332/57, 1961.

²⁰ Kommisjonen var en del av et tidligere system som nå er avskaffet. Kommisjonens oppgave var å forta innledende undersøkelser om klagen var egnet for prøving.

²¹ *Cyprus v. Turkey* (1) avsnitt 8.

²² *Ibid.* avsnitt 10.

²³ *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections) avsnitt 62.

²⁴ *Ibid.* avsnitt 64.

denne saken påpekte Domstolen at en annen konklusjon ville medføre et vakuum i menneskerettighetssystemet.²⁵

2.3.2 Banković: En ny, restriktiv æra

I etterkant av sakene mellom Kypros og Tyrkia skjedde det en innstramning med Banković-avgjørelsen fra 2001. Avgjørelsen representerte en ny og mer restriktiv æra for ekstraterritoriell jurisdiksjon. Saken ble behandlet én måned etter terrorangrepet 11. september 2001. Avvisningsavgjørelsen må ses på som et utslag av at Domstolen sto foran et veiskille der det skjedde store utenrikspolitiske endringer på kort tid.²⁶ En erkjennelse av jurisdiksjon i out-of-area-operasjoner kunne potensielt få enorme og ukjente rettsvirkninger.

I avvisningsvedtaket *Banković and others v. Belgium and others* klagde seks jugoslaviske statsborgere Belgia og 16 andre land, inkludert Norge, inn for EMD. De hevdet at NATO-styrkene hadde krenket retten til liv etter artikkel 2 da de bombet en radiostasjon i Beograd som førte til at klagernes familiemedlemmer mistet livet.

Mens de tidligere Kypros/Tyrkia-avgjørelsene hadde tatt et mer åpent folkerettslig utgangspunkt om at jurisdiksjon ikke var begrenset til statens territorium, ble det i Banković understreket at den klare hovedregelen er at jurisdiksjon primært er territorielt.²⁷ Omformuleringen av utgangspunktet satte rammer for den videre drøftelsen og etterfølgende praksis. I avsnitt 61 uttalte Domstolen at unntak fra territorialprinsippet måtte være eksepsjonelle.

I Banković avviste Domstolen et virkningsprinsipp om at statene hadde ansvar for alle stats handlinger som fikk konsekvenser i utlandet.²⁸ Domstolen uttalte også at det ikke var støtte i artikkel 1 for å skreddersy («divided and tailored») jurisdiksjonsbegrepet til de ulike konvensjonsforpliktelsene.²⁹ Domstolen uttalte at Konvensjonen hadde et regionalt anvendelsesområde, et såkalt «legal space».³⁰ Konvensjonen gjaldt derfor innenfor det samlede landområdet

²⁵ *Cyprus v. Turkey (2)* avsnitt 78.

²⁶ Aall (2022) s. 55.

²⁷ Banković avsnitt 61.

²⁸ Ibid. avsnitt 75.

²⁹ Ibid. avsnitt 75.

³⁰ Ibid. avsnitt 80.

til Europarådets medlemsland. Saken ble avvist blant annet fordi handlingene skjedde i Serbia og dermed utenfor Konvensjonens «legal space».

2.3.3 Al-Skeini: Forkasting av «legal space»

Frem til Al-Skeini fungerte Banković som det primære prejudikatet for ekstraterritoriell jurisdiksjon. Selv om noen av utgangspunktene fra Banković fortsatt er gjeldende rett i dag, for eksempel at jurisdiksjon primært er territorielt og unntak krever begrunnelse, er flere av synspunktene fraveket eller modifisert. I dag henviser Domstolen som regel til avsnittene 130-142 i Al-Skeini i redegjørelse for de generelle prinsippene.

Al-Skeini gjaldt seks irakere som hadde blitt drept eller skadet av britiske soldater i Irak i 2003, i etterkant av Bush og Blairs invasjon av Irak. De etterlatte anførte at Storbritannia hadde brutt sin positive forpliktelse til å etterforske dødsfallene.

Dommen inneholdt to viktige korrigeringer fra Banković. For det første fravek Domstolen Banković eksplisitt i avsnitt 137 og uttalte at det måtte være klart at konvensjonsrettighetene kunne bli «divided and tailored». For det andre forkastet Domstolen ideen om et «legal space» som Konvensjonen gjaldt innenfor. Domstolen uttalte at selv om EMK var et regionalt menneskerettinstrument, utelukket ikke dette at staten kunne ha jurisdiksjon utenfor det samlede territoriet til Europarådets medlemsland. En slik forståelse ville føre til et vakuum i menneskerettighetsbeskyttelsen.

Konklusjonen var at Storbritannia hadde jurisdiksjon over forholdet. Avgjørelsen er fulgt opp i en rekke saker i etterkant og er fortsatt det primære prejudikatet for ekstraterritoriell jurisdiksjon i dag.

2.4 Utgangspunkt

2.4.1 Territorialprinsippet

I utgangspunktet er jurisdiksjon territorielt. Staten er ansvarlig for handlinger og unnlaterer innenfor egne landegrenser. Dette er hovedregelen også i folkeretten.³¹ Dersom en person befinner seg utenfor statens landegrenser vil personen i utgangspunktet være utenfor statens

³¹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, s. 136, avsnitt 109. Se også VCLT artikkel 29 om at dersom ikke annet er bestemt gjelder en traktat på statens territorium.

jurisdiksjon med mindre det er påvist unntaksregler som kommer til anvendelse. Unntak kan oppstå når statens handlinger produserer «effects outside their own territory», men dette er ikke tilstrekkelig i seg selv.³²

Gjennom rettspraksis har det blitt etablert en rekke unntak for ekstraterritoriell jurisdiksjon. Unntakene er ikke nødvendigvis enkle å rubrisere ettersom Domstolen ofte går konkret til verks. Felles for unntakene er at staten bør ha en reell mulighet til å sikre konvensjonsrettighetene.

2.5 Unntak nr.1: Kontroll-doktrinen

Den klassiske kontroldoktrinen skiller mellom to typetilfeller: staten må enten ha «effektiv kontroll» over et annet territorium eller «kontroll og autoritet» over individer gjennom statsagenter. Det ble ikke spesifisert i Al-Skeini om disse unntakene var uttømmende. Det har i etterkant blitt klart at det de ikke er det.

2.5.1 Ratione loci: «Effektiv kontroll» over territorium

Al-Skeini-dommen fra EMDs Storkammer fra 2011 er det primære prejudikatet for jurisdiksjon basert på «effektiv kontroll» (avsnitt 138 og utover). Det er ikke krav om at kontrollen over territoriet må være lovlige. Kriteriet er «effektiv kontroll», og ikke «overall control» slik det ble antydnet i Banković. Det er ikke nødvendig med kontroll på detaljnivå. I vurderingen av hva som utgjør «effektiv kontroll», må Domstolen se på styrken av statens militære tilstedeværelse, i tillegg til militær, økonomisk og politisk støtte i den lokale underordnede administrasjonen.

Jurisdiksjon kan oppstå der staten opererer på et annet territorium på grunn av «consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory».³³ Regelen er i samsvar med reglene i folkeretten: dersom en stat operer på en annens stats territorium med samtykke, invitasjon eller aksept innebærer ikke dette et inngrep i suvereniteten.

Georgia v. Russia (II)-dommen handler om den konkrete grensedragningen for når kontroll anses som «effektiv». I den nevnte dommen valgte Domstolen å skille mellom perioden med skuddveksling og aktiv krig, og da krigen roet seg etter en våpenhvile. Domstolen uttalte at i den innledende fasen av krigen var det «context of chaos» som tilsa at ingen egentlig hadde

³² Banković avsnitt 61, 67, 71 og Catan and Others avsnitt 104.

³³ Al-Skeini and Others v. the United Kingdom avsnitt 135.

«effektiv kontroll». Etter en avtale om våpenhvile, var det enighet mellom partene at Russland utøvde «effektiv kontroll». Det var da etablert jurisdiksjon. Dommen har blitt kritisert for å være for formalistisk og oppstille et kunstig skille mellom to datoer.³⁴ Samtidig er jurisdiksjon etter kontroll-doktrinen i dag et ja/nei-spørsmål hvor det ikke skjer en gradering av jurisdiksjonsbegrepet avhengig av hvor mye kontroll det er den enkelte dagen. Det er derfor nødvendig å operere med et skjæringspunkt.

2.5.2 Ratione personae: «State agent authority and control».

I Al-Skeini ble det klart at «kontroll og autoritet» over personer gjennom statsagenter også kunne gi opphav til jurisdiksjon. Det er irrelevant om personen er europeisk statsborger. Det avgjørende må være om staten gjennom sine agenter har utøvd «autoritet eller kontroll» over klageren, uavhengig av klagerens statsborgerskap.

Det finnes en rekke eksempler på denne typen jurisdiksjon i rettspraksis. I Öcalan v. Turkey³⁵ ble klageren arrestert i Kenya. Kenyanske myndigheter overga klageren til tyrkiske myndigheter som ventet på å arrestere ham på flyplassen i Nairobi. Domstolen fant det klart at klageren reelt sett var under tyrkisk autoritet og kontroll idet han ble overlatt til tyrkiske myndigheter, selv om Tyrkia i dette tilfelle opererte utenfor eget territorium. I Al-Sadoon and Mufdhi, som for øvrige hadde likhetstrekk med Al-Skeini, konkluderte Domstolen med at irakiske fanger som ble holdt internert i britisk-kontrollerte militærfengsler, var innenfor Storbritannias jurisdiksjon. Dette var fordi Storbritannia utøvde fullstendig og eksklusiv kontroll over fengslene og personene som ble holdt der.

2.6 Unntak nr. 2: Prosessuell tilknytning

Utenfor den tradisjonelle kontroll-doktrinen, som gjelder for alle typer menneskerettighetsforpliktelser, har vurderingene vært mer kontekstspesifikke. Det kan være hensiktsmessig å skille mellom materielle og prosessuelle rettigheter i jurisdiksjonsvurderingen. For prosessuelle rettigheter, typisk plikten til å etterforske og eventuelt straffeforfølge drap etter artikkel 2, kan det oppstå jurisdiksjon («jurisdictional link») enten fordi 1) staten iverksetter en etterforskning eller på grunn av en nasjonal rettsprosess, eller 2) på grunn av «special features». «Special features»

³⁴ Milanović (2021).

³⁵ Öcalan v. Turkey [GC], no. 46221/99, 2005.

blir behandlet i del 2.7, mens denne delen tar for seg prosessuell tilknytning som selvstendig jurisdiksjonsgrunnlag.

Markovic-dommen³⁶ fra 2006 er en av de første sakene der jurisdiksjon ble etablert på selvstendig prosessuelt grunnlag. Klagen stammet fra det samme forholdet som Banković, altså om NATO-bombinger over Serbia. Klagerne tok saken til italienske høyesterett som konkluderte med at den ikke hadde kompetanse til å behandle oppreisningskravet til klagerne. Klagerne mente at de nasjonale domstolenes avvisning var en krenkelse av artikkel 6 om retten til rettferdig rettergang. Domstolen konkluderte med at artikkel 1 kombinert med artikkel 6 kunne gi opphav til ekstraterritoriell jurisdiksjon for kravet om at de nasjonale domstolene måtte behandle det materielle erstatningskravet. Dersom en sivil sak blir brakt til nasjonale domstoler, krever artikkel 1 at staten respekterer de rettighetene som følger av artikkel 6. Domstolen konkluderte med at «once a person brings a civil action in the courts or tribunals of a State, there indisputably exists, without prejudice to the outcome of the proceedings, a “jurisdictional link” for the purposes of Article 1». ³⁷

Det er ikke tilstrekkelig at det er iverksatt en rettsprosess dersom prosessen ikke har tilknytning til saksforholdet eller staten. ³⁸

Dersom det nasjonale rettssystemet gir en rett til å gå til sak, må artikkel 6-rettighetene sikres selv om hendelsen skjedde i utlandet. Jurisdiksjonsvurderingen har ikke påvirkning på sakens materielle utfall. I Markovic konkluderte Domstolen med at artikkel 6 ikke var brutt.

Dersom det er iverksatt etterforskning i en straffesak i utlandet, kan dette etablere et selvstendig prosessuelt jurisdiksjonsgrunnlag, jf. *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*. ³⁹

³⁶ *Markovic and others v. Italy* [GC], no. 1398/03, 2006.

³⁷ *Ibid.* avsnitt 54.

³⁸ *Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom* (dec.), no. 11987/11, 2014, avsnitt 28.

³⁹ *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], no. 36925/07, 2019.

2.7 Unntak nr. 3: «Special features»

2.7.1 Generelt om «special features»: Et alternativt prosessuelt grunnlag for jurisdiksjon

I noen tilfeller kan det oppstå ekstraterritoriell jurisdiksjon for klager om brudd på artikkel 6 dersom det er iverksatt nasjonale rettsprosesser. Den prosessuelle tilknytningen fungerer i disse tilfellene som et selvstendig jurisdiksjonsgrunnlag, jf. Markovic. Dette ble behandlet i del 2.6. I andre saker blir det ikke iverksatt etterforskning eller andre prosesser i det hele tatt. Det kan likevel være etablert jurisdiksjon for prosessuelle forpliktelser, det må i så fall foreligge «special features», eller særtrekk, ved saken.

Hva som ligger i «special features» er ikke uten videre klart. Domstolen har anvendt dette unntaket i saker om prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2 om retten til liv. Jurisdiksjonsformen er aktuell i de tilfellene hvor det ikke foreligger prosessuell tilknytning på selvstendig grunnlag etter artikkel 2 eller 6, jf. del 2.6. Domstolen har ikke eksplisitt utelukket at «special features» kan gjelde for materielle forpliktelser, men det hadde ikke frem til H.F. and others vært noen eksempler på dette i rettspraksis.

«Special features»-tilfellene fra domstolspraksis handler om dødsfall på utenlandsk territorium. Utgangspunktet er at konvensjonsstaten der drapet skjer har en prosessuell forpliktelse etter artikkel 2 til å etterforske dødsfallet. I noen tilfeller kan det imidlertid oppstå unntakssituasjoner der andre stater er menneskerettslig forpliktet til å etterforske dødsfallet, samarbeide med andre staters myndigheter,⁴⁰ fullbyrde straffegjennomføringen⁴¹ eller liknende. Rettspraksis har handlet om den prosessuelle delen av artikkel 2, men i Razvozhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia ble det klart at «special features» også gjelder for den prosessuelle siden av artikkel 3 og 5.

Det har blitt avsagt en rekke dommer etter 2019 som har etablert jurisdiksjon på bakgrunn av «special features», men Domstolen har aldri utbrodert de generelle prinsippene. Det er derfor ikke klart hva som ligger i begrepet «special features» bortsett fra at det er noen særtrekk som kan gi opphav til jurisdiksjon for prosessuelle forpliktelser etter EMK artikkel 2, 3 og 5.

⁴⁰ Romeo Castaño v. Belgium, no. 8351/17, 2019, avsnitt 38-42.

⁴¹ Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan, no. 35587/08, 2014.

Domstolen uttaler i hver av sakene om «special features» at den ikke må utpensle prinsippene *in abstracto* ettersom «these features will necessarily depend on the particular circumstances of each case and may vary considerably from one case to the other».⁴² Jeg vil derfor forsøke å systematisere rettspraksis for å kartlegge innholdet i «special features»-normen.

2.7.2 Generelle prinsipper som kan utledes av rettspraksis

Basert på syv dommer vil jeg oppstille en vurderingsnorm eller en momentliste ettersom Domstolen selv ikke har gjort dette. Dette er ikke en uttømmende angivelse av momenter, ettersom alle avgjørelsene er konkret begrunnet. Vurderingsnormen vil fungere som et analyseverktøy i oppgavens del 3.

Et av prejudikatene for det prosessuelle «special features»-grunnlaget er *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*. Saken gjaldt drap på tre mennesker på den delen av Kypros som er kontrollert av kypriotiske myndigheter. Både kypriotiske og tyrkiske myndigheter (TRNC) iverksatte etterforskning av drapene. De mistenkte ble avhørt av TRNC, men det skjedde lite utvikling i saken. Kypriotisk politi ba om utlevering av de siktede, men ble avvist av de tyrkiske myndighetene. Et av spørsmålene i saken var om Tyrkia hadde prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2 til å effektivt etterforske drapene og straffeforfølge de skyldige gjennom samarbeid med Kypros, til tross for at drapene skjedde på den kypriotisk styrte delen av øya.

I dommen blir det etablert jurisdiksjon på to grunnlag. For det første var det åpnet etterforskning av TRNC. Dette utgjorde et selvstendig prosessuelt grunnlag for jurisdiksjon. Domstolen uttalte likevel i avsnitt 192, i et obiter dictum, at det også var etablert jurisdiksjon på bakgrunn av «special features» i saken. I denne vurderingen trakk Domstolen frem to «special features». For det første var det en generell okkupasjonssituasjon på Kypros som indirekte førte til at Kypros var forhindret i å sikre menneskerettighetene. Domstolen gjentok at Konvensjonen var et regionalt menneskerettighetsinstrument med formål å sikre menneskerettighetene innenfor alle konvensjonsstatene. Å ikke holde Tyrkia ansvarlig, ville føre til et vakuum i menneskerettighetsbeskyttelsen. Det andre momentet var at Kypros var forhindret i å fortsette etterforskningen og dermed ikke kunne oppfylle konvensjonsforpliktelsene. Disse to momentene utgjorde til sammen «special features» som ga opphav til jurisdiksjon for den prosessuelle delen av artikkel 2.

⁴² *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey* avsnitt 190 og *Carter v. Russia* avsnitt 132.

Georgia v. Russia (II) handlet om krigen i Georgia i 2008. Domstolen vurderte om Russland hadde «effektiv kontroll» over georgisk territorium og dermed var forpliktet til å sikre hele katalogen av menneskerettigheter i EMK. Domstolen konkluderte med at det ikke forelå «effektiv kontroll» underveis i den aktive krigen på grunn av «context of chaos»⁴³ der verken Georgia eller Russland hadde jurisdiksjon. Til tross for at Russland ikke hadde «effektiv kontroll» over territoriet i denne perioden hadde Russland jurisdiksjon for de prosessuelle forpliktelsene etter artikkel 2 på grunn av «special features». Domstolen vektla at Russland hadde tilnærmet «effektiv kontroll», at Georgia var praktisk forhindret i å etterforske drap og at humanitærretten stilte krav til etterforskning. Russland var dermed forpliktet til å etterforske drap også i perioden før våpenhvilen. I etterkant av våpenhvilen hadde Russland «effektiv kontroll» og hadde jurisdiksjon også over materielle rettigheter.

Tre av de andre sakene om «special features» har store likhetstrekk. Alle sakene handler om grenseoverskridende etterforskning og straffegjennomføring for drap utført i en annen stat. I sakene Makuchyan and Minasyan v. Hungary and Azerbaijan, Romeo Castaño v. Belgium og Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan ble «special features» konstatert på bakgrunn av en kombinasjon av internasjonale forpliktelser, hhv. Transfer-konvensjonen,⁴⁴ det europeiske arrestordre-samarbeidet⁴⁵ og Minsk-konvensjonen,⁴⁶ og at statene hadde forpliktet seg bilateralt til samarbeid.

Hanan-dommen gjaldt en klage om at den tyske staten ikke i tilstrekkelig grad hadde etterforsket drapet av klagerens sønner i Afghanistan etter et tysk luftangrep. Flertallet undersøkte kun de prosessuelle grunnlagene for jurisdiksjon og ikke kontrolldoktrinen. Mindretallet vurderte også kontrolldoktrinen og konkluderte med at Tyskland ikke hadde territoriell eller personell kontroll. I motsetning til i *Güzelyurtlu and others* kom Domstolen til at det ikke forelå en prosessuell tilknytning som i seg selv kunne føre til ekstraterritoriell jurisdiksjon. Domstolen undersøkte derfor om det var noen «special features». Domstolen la vekt på at Tyskland etter humanitærretten var forpliktet til å undersøke det tyske luftangrepet som en potensiell

⁴³ Georgia v. Russia (II) avsnitt 126.

⁴⁴ Council of Europe Convention on the Transfer of Sentenced Persons, Strasbourg, 1983.

⁴⁵ Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Luxembourg, 2002.

⁴⁶ Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases (The Minsk Convention), Minsk 1993.

krigsforbrytelse. For det andre var afghanske myndigheter rettslig forhindret i å iverksette en etterforskning, mens tysk påtalemyndighet etter nasjonal rett var pålagt å etterforske. Samlet sett utgjorde disse momentene «special features» som etablerte en prosessuell tilknytning som tilsa jurisdiksjon.

Carter v. Russia gjaldt målrettede drap. Dommen handlet om en russisk politisk dissident, Aleksander Litivenko, som sannsynligvis ble drept ved forgiftning av russiske agenter i London. Domstolen påpekte at russiske myndigheter formelt sett hadde iverksatt etterforskning, men at de presuntive gjerningsmennene, som var russiske statsborgere, nøytraliserte grunnlovsbeskyttelse mot utlevering. Britiske myndigheter var dermed forhindret i å straffeforfølge drapet, som skjedde i London. Domstolen la vekt på at Russland hadde eksklusiv jurisdiksjon mot drapsmennene som var anklaget for en grov menneskerettighetskrenkelse, og dette utgjorde en «special feature» som kunne etablere jurisdiksjon for Russland. Formålsbetraktninger tilsa også denne løsningen. Det ville være en alvorlig mangel i konvensjonsbeskyttelsen, dersom den ikke kom til anvendelse for tilfellene med målrettede drap av politiske dissidenter i andre konvensjonsstater.

2.7.3 Foreløpig oppsummering av «special features» frem til H.F. and others v. France

Basert på de ovennevnte dommene kan det utledes noen momenter som har blitt tillagt vekt av EMD. Domstolen har gjennomgående lagt vekt på om det finnes avtaler mellom statene som tilsier at prosessuelle forpliktelser oppstår i et annet land enn drapet ble begått. Her har det vært tale om utleveringsavtaler eller overføringskonvensjoner. I europeisk sammenheng kan arrestordre-samarbeidet være en slik avtale. Det har også vært vektlagt om statene har samarbeid seg imellom, for eksempel ved at det er inngått avtaler om å følge opp straffegjennomføring eller straffeforfølging, eller ved at den ene staten har forespurt bistand og overgitt nødvendig informasjon. Etter rettspraksis er kombinasjonen av disse to momentene i utgangspunktet tilstrekkelig, jf. Makuchyan and Minasyan v. Hungary and Azerbaijan, Romeo Castaño v. Belgium og Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan. Det er også av betydning om nasjonal rett eller internasjonal humanitærrett pålegger statene å etterforske eller straffeforfølge lovbruddet.

Begrepet «legal space», som er det samlede territoriet til konvensjonsstatene, er ikke lenger en nødvendig forutsetning for jurisdiksjon etter Al-Skeini-dommen. Likevel blir konseptet «legal space» vist til i blant annet Carter v. Russia. Dette må ses på som en formålsbetraktning om effektivitet og et moment, fremfor et eget vilkår. Det ville være en alvorlig mangel i

konvensjonsbeskyttelsen dersom en borger fra en av konvensjonsstatene kunne begå et målrettet drap og få beskyttelse i en annen konvensjonsstat. En slik forståelse ville undergrave hele systemet med en europeisk rettsorden. I Hanan-dommen hadde Tyskland jurisdiksjon selv om drapet skjedde i Afghanistan, langt utenfor Europarådsstatenes samlede territorium. Likevel er formålsbetraktningene sterkere i tilfellene som er «within the legal space» for at det ikke skal oppstå et vakuum i beskyttelse innad mellom konvensjonsstatene.

Enkelte av momentene som blir tillagt vekt som «special features», synes å være begrunnet i reelle hensyn. Et av hensynene som har gjennomgående har vært tillagt vekt er effektivitetsbetraktninger. I tilfellene slik som Carter, Guzelyurtu, Hanan og Georgia, var staten der drapet fant sted av ulike grunner hindret i å straffeforfølge. Dersom disse statene hadde hatt mulighet, både rettslig og faktisk, til å gjennomføre de prosessuelle pliktene i artikkel 2, er det grunn til å tro at det ikke hadde blitt konstatert ekstraterritoriell jurisdiksjon for en annen stat. Det er dermed av stor betydning hvilken stat det er mest nærliggende at følger opp forholdet, dersom territorialstaten av ulike grunner er forhindret. Dersom det ikke blir etablert jurisdiksjon blir rettighetene illusoriske og teoretiske, fremfor effektive og praktiske.

Oppsummert er momentene i vurderingsnormen 1) om det foreligger internasjonale konvensjonsbaserte forpliktelser, 2) om det foreligger andre bilaterale forpliktelser 3) om forholdet er innenfor Konvensjonens «legal space», altså om den andre staten også er part til EMK, 4) om landet der krenkelsen er begått er forhindret, praktisk eller rettslig, i å følge opp saken og 5) hvilke land som det av effektivitetshensyn er mest nærliggende at følger opp saken.

3 En analyse av H.F. and others v. France

3.1 Utgangspunktene for jurisdiksjon

Klagerne anførte at staten hadde krenket artikkel 3 om torturforbudet og artikkel 3 andre ledd i tilleggsprotokoll nr. 4 om retten til adgang til eget territorium ved ikke å repatriere døtrene og barnebarna.

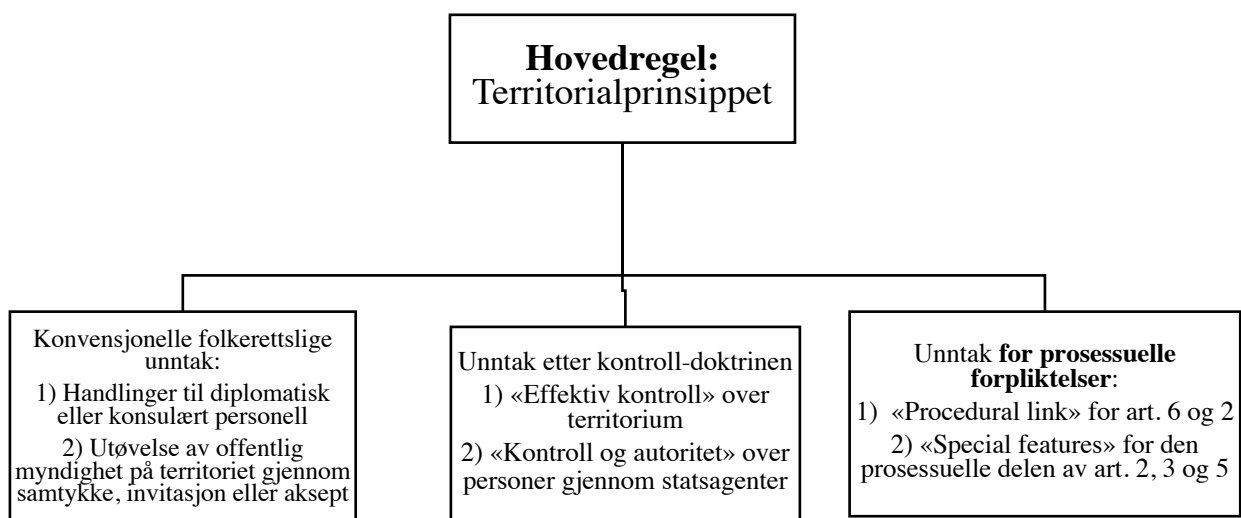
Domstolen starter drøftelsen med å redegjøre for de generelle prinsippene for ekstraterritoriell jurisdiksjon som har utviklet seg de siste 48 årene i avsnitt 185. Utgangspunktene er klassiske og blir gjentatt i de fleste saker om ekstraterritoriell jurisdiksjon: 1) jurisdiksjon er et terskelkriterium og en nødvendig betingelse for konvensjonsanvendelse, 2) begrepet må tolkes i tråd

med folkeretten, 3) jurisdiksjon er primært territorielt, men 4) i noen tilfeller kan statens handlinger og unnlaterelser som produserer virkninger utenfor eget territorium gi opphav til ekstraterritoriell jurisdiksjon.

Domstolen går så i avsnitt 186 gjennom de klassiske typetilfellene for ekstraterritoriell jurisdiksjon og viser blant annet til kontrolldoktrinen under aktive konflikter og jurisdiksjonstilknytning som forutsetning for prosessuelle forpliktelser. Domstolen bruker faktum fra *M.N. and Others v. Belgium* som eksempel på at åpning av en rettsprosess mot staten ikke alltid gir en prosessuell tilknytning som fører til jurisdiksjon. *Markovic*, som er det primære prejudikatet, blir fremhevet senere.

Redegjørelsen for de generelle utgangspunktene er tradisjonell og avviker ikke fra praksis de siste ti årene siden *Al-Skeini* ble avsagt, selv om «special features» er et relativt nytt unntak.

Domstolen går deretter videre i å anvende de generelle prinsippene på den konkrete saken. Domstolen spalter opp vurderingen i tre trinn: 1) foreligger det noen form for «effektiv kontroll», 2) har en nasjonal rettsprosess etablert jurisdiksjon eller 3) er det andre omstendigheter («connecting ties») som tilsier at staten har jurisdiksjon. Inndelingen er pedagogisk og ryddig. Tidligere har Domstolen ramset opp ulike unntak uten å forsøke å rubrisere eller rydde opp i praksisen. Avsnittet kan oppsummeres i denne figuren:



3.2 Kontroll-kriteriet

I avsnitt 191 bekrefter Domstolen at kontroll-doktrinen fortsatt er gjeldende rett. Det blir raskt avvist at det foreligger noen form kontroll, verken «autoritet og kontroll gjennom statsagenter» over personene eller «effektiv kontroll» over al-Hol eller al-Roj-leirene. Domstolen skiller ikke mellom artikkel 3 og artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 i denne vurderingen, ettersom resultatet hadde blitt det samme.

Ved en nærlesning av faktum blir det klart at det ikke foreligger noen form for kontroll. Frankrike hadde tidligere hatt en minimal deltakelse i en internasjonal koalisjon. Da saken gikk for Domstolen var det ingen franske soldater i området, ingen deler av den lokale administrasjonen var underlagt franske myndigheter eller mottok fordeler fra fransk militære.

Det var lite som tydet på «autoritet eller kontroll» over personer. Klagernes døtre var under de kurdiske selvstyre myndighetenes «kontroll», den franske ambassaden i Syria var stengt og det var ingen representanter for den franske staten eller militært personalt på syrisk territorium.

I avsnittet «whether France exercises control over the relevant area» undersøker Domstolen kontroll over både personer og territorium, selv om underoverskriften kun nevner territoriell kontroll. Domstolen skiller ikke eksplisitt mellom de to formene for kontroll, men dette fremgår implisitt. Det er ikke hensiktsmessig å operere med et strengt skille, og noen ganger kan grensedragningene være vanskelige, jf. Al-Skeini. Det vil ofte være kontroll over både territorium og personer. Med faktum i H.F. and others er det lettere å spalte opp vurderingen.

Det var ikke omtvistet mellom klagere og staten at det ikke var grunnlag for «effektiv kontroll». En annen konklusjon ville ha vært overraskende, basert på EMDs tidligere praksis.

3.3 Prosessuell tilknytning

I avsnitt 193 til 196 diskuterer Domstolen om «whether a jurisdictional link is created by the opening of domestic proceedings». Klagere hadde anført at ettersom fransk påtalemyndighet hadde åpnet etterforskningen mot den ene datteren for terrorforbrytelser, hadde det oppstått jurisdiksjon på prosessuelt grunnlag. I tillegg hevdet klagere at siden de selv hadde begjært midlertidig forføyning for å få døtrene hjem, oppsto det en prosessuell jurisdiksjonstilknytning også på bakgrunn av dette.

Slik det ble redegjort for i del 2.6 kan det oppstå jurisdiksjon på bakgrunn av prosessuell tilknytning for klager om artikkel 6 og artikkel 2, jf. Markovic-dommen. En grunnleggende forutsetning er at den nasjonale rettsaken gjelder det samme forholdet som saken for Domstolen.

3.3.1 Prosessuell tilknytning på bakgrunn av innledet straffesak

Hensynet bak den selvstendige prosessuelle tilknytningen for straffesaker etter artikkel 2 er at når myndighetene i et land har iverksatt etterforskning av et dødsfall, har de selv forpliktet seg til å fullføre etterforskningen.

Domstolen innleder drøftelsen med å påpeke de åpenbare forskjellene med *Güzelurtlu and others* og dermed svekke overføringsverdien til denne dommen. I *Güzelurtlu* hadde de etterlatte etter den drepte gått til sak med påstand brudd på den prosessuelle delen av artikkel 2 fordi tyrkisk politi hadde bremsset etterforskningen av drapene på kypriotisk territorium. Tyrkia hadde ved å iverksette etterforskningen påtatt seg prosessuelle forpliktelser og dette tilsa at det forelå ekstraterritoriell jurisdiksjon. Denne dommen har imidlertid begrenset overføringsverdi til *H.F. and others*, ettersom det var tale om ulike situasjoner. Et annet grunnleggende skille mellom sakene, som Domstolen ikke selv trekker frem, er at det gjennomgående er de etterlatte og fornærmede som går til sak med påstand om manglende etterforskning eller straffeforfølgning, mens det i *H.F. and others* var det foreldrene til kvinnene som var mistenkt for terrorforbund.

Klageres datter ble etterforsket for terrorforbund. Den nasjonale etterforskningen gjaldt altså en annen sak enn påstandene for EMD om krenkelse av torturforbudet. De nasjonale prosessene hadde derfor ingen effekt på jurisdiksjonsspørsmålet. Konklusjonen på dette punktet var klar, og hensynene bak selvstendig prosessuell tilknytning gjorde seg ikke gjeldende i saken. Likevel fungerer dommen som et prejudikat som fastslår at det må være sammenheng mellom den nasjonale etterforskningen og klagen for Domstolen. *M.N. and others* og *Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom* er begrunnet i noen av de samme hensynene – hvem som helst kan ikke gå til sak hvor som helst med den virkning at det blir etablert jurisdiksjon med påfølgende rett til realitetsbehandling av klagen. Regelens begrunnelse er selvsagt. Det som skiller *H.F. and others* fra de to andre dommene, er at de to andre sakene ble avvist fordi personene ikke hadde noen tilknytning til staten. Det hadde imidlertid klagerne og deres døtre i *H.F. and others* som var franske statsborgere. Dommen utvider altså avgrensningen, slik at ikke det bare må være sammenheng mellom personene og staten som blir saksøkt, men også mellom den nasjonale rettsprosessen og saken som er anlagt for Domstolen.

Domstolen gjentok også et reelt hensyn fra Hanan. Dersom alle åpninger av etterforskninger om terrormistenkte statsborgere i utlandet medfører jurisdiksjon, vil konsekvensen være at statene ikke har insentiver til å åpne etterforskninger.

3.3.2 Prosessuell tilknytning på bakgrunn av sivil sak

Domstolen tok så stilling til anførselen om at begjæring om midlertidig forføyning medførte jurisdiksjon på prosessuelt grunnlag i avsnitt 195. Domstolen viste her til *M.N. and others v. Belgium-avgjørelsen*, der en syrisk familie hadde søkt visum på den belgiske ambassaden i Libanon. Klagen ble avvist fordi klagerne ikke hadde noen tilknytning til Belgia.

Domstolen uttalte at det i *H.F. and others* var mer hensiktsmessig å undersøke innholdet i begjæringen om midlertidige forføyning. Domstolen uttalte nasjonale rettsprosesser i denne saken ikke hadde noen direkte innvirkning på om klagen falt inn under Frankrikes jurisdiksjon. Disse uttalelsene er i tråd med at Domstolen tidligere har avvist et virkningsprinsipp som opphav til jurisdiksjon.

Domstolen viser ikke til *Markovic* som er det klareste prejudikatet for at en innledet sivil sak kan fungere som et selvstendig jurisdiksjonsgrunnlag. På dette punktet er Domstolen mer summarisk enn pedagogisk. I *Markovic* var det tilstrekkelig at klagerne hadde gått til sivil sak mot staten, slik at artikkel 6 kombinert med artikkel 1 tilsa jurisdiksjon. Dette synspunktet kan isolert sett tale for at også klagernes begjæring om midlertidig forføyning er en sak som etablerer jurisdiksjon. En nærlesing av *Markovic* avviser imidlertid en slik tolkning. I *Markovic* gjaldt den underliggende klagen at klagerne ikke hadde tilgang til en domstol, slik artikkel 6 krever, jf. *Golder v the United Kingdom*.⁴⁷ Dette skiller seg fra saksforholdet i *H.F. and others*, der det ikke var noen påstander om krenkelse av artikkel 6.

3.4 «Special features» som jurisdiksjonsgrunnlag

I del 2 ble det redegjort for hva slags rettsstiftende faktum Domstolen tidligere har etablert jurisdiksjon på bakgrunn av. En rekapitulering viser at frem til *H.F. and others* kunne jurisdiksjon oppstå på bakgrunn av «effektiv kontroll» over territorium og «kontroll og autoritet» over personer gjennom statsagenter for alle typer rettigheter. For prosessuelle rettigheter kan

⁴⁷ *Golder v. the United Kingdom*, no. 4451/70, 1975.

jurisdiksjon også oppstå på bakgrunn av prosessuell tilknytning, enten i seg selv eller i kombinasjon med «special features».

Under underoverskriften «connecting ties» undersøker Domstolen om jurisdiksjon kan oppstå i tilfeller der det ikke er «effektiv kontroll» eller en prosessuell tilknytning som egenhendig er i stand til å etablere jurisdiksjon. «Connecting ties» må forstås som en henvisning til «special features»-unntaket.

Domstolen undersøker jurisdiksjon separat for klagene om brudd på artikkel 3 og brudd på artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4. På dette punktet kommer «divided and tailored»-tilnærmingen klart frem. Domstolen understreker at jurisdiksjonsspørsmålet kan ha ulikt utfall avhengig av hvilke bestemmelser det er tale om. Dette poenget om «divided and tailored» kom ikke frem i drøftelsen om «effektiv kontroll» eller «procedural link» på selvstendig grunnlag. Noe av grunnen til dette kan være at det ikke var hensiktsmessig å sondre mellom de to klagene, all den tid det var åpenbart at ingen av dem ville føre frem.

3.4.1 En avvisning av jurisdiksjon for artikkel 3 om torturforbudet

Domstolen undersøkte først jurisdiksjon for artikkel 3 om forbud mot tortur, nedverdiggende og umenneskelig behandling. Domstolen uttaler ikke om det er den prosessuelle eller materielle siden av artikkel 3 det er tale om. Uten at det blir presisert, må det være den prosessuelle siden som er aktuell ettersom «special features» kun gjelder som jurisdiksjonsgrunnlag for den prosessuelle delen av artikkel 3, og ikke den materielle. Hva som eventuelt er innholdet i den prosessuelle forpliktelsen, blir ikke klargjort. En redegjørelse av innholdet i forpliktelsen ville ha vært et obiter dictum ettersom Domstolen kommer til at det ikke er jurisdiksjon for denne delen av klagen.

Innledningsvis avviser Domstolen at statsborgerskap i seg selv er et grunnlag for å etablere jurisdiksjon. Dette er et utslag av at Konvensjonen gjelder «everyone» og gjennomgående ikke anser statsborgerskap som et menneskerettslig relevant moment. Dette er også i tråd med menneskerettighetenes universelle natur. I dissensen kommer dette poenget frem, mindretallet viser til Hannah Arendts betraktninger om statsborgerskap som retten til å ha rettigheter, og at

klagernes døtre burde ha rett til liv og fysisk integritet fordi de er mennesker og ikke fordi de er født i Frankrike.⁴⁸

Domstolen oppstiller tre hovedmomenter i jurisdiksjonsvurderingen. Det første momentet kommer frem i avsnitt 200, der Domstolen avviser at alle avgjørelser som påvirker noen i utlandet gir opphav til ekstraterritoriell jurisdiksjon. Dette er i tråd med det Domstolen tidligere har uttalt i *Banković*⁴⁹ om at det ikke gjelder et virkningsprinsipp om at alle statens handlinger har virkninger i utlandet fører til jurisdiksjon. Det andre momentet er at verken nasjonal rett eller folkeretten pålegger staten en forpliktelse til å repatriere statsborgerne. Konvensjonen i seg selv gir heller ikke en rett til diplomatisk eller konsulær beskyttelse. Det tredje momentet er at repatriering krever aktive forhandlinger fra Frankrike og organisering av en operasjon. Frankrikes evne og kapasitet til å hente franskmenn hjem kunne i seg selv ikke være et grunnlag for jurisdiksjon. Dette momentet, som avviser en funksjonell jurisdiksjonsmodell, blir mer utførlig drøftet i avsnitt 3.5 og 3.6.

Basert på disse momentene konkluderte Domstolen i avsnitt 203 med at klagen på artikkel 3 falt utenfor Frankrikes jurisdiksjon. Et funn om jurisdiksjon på bakgrunn av en funksjonell tilnærming eller et virkningsprinsipp ville ha utvidet Konvensjonens anvendelsesområde uten støtte i rettspraksis.

Domstolen nevner ikke om at den undersøker den prosessuelle eller materielle delen av artikkel 3. På dette punktet er skillet mellom det prosessuelle og materielle flytende. Det hadde derfor vært interessant om Domstolen klargjorde om undersøkelsen kun gjaldt den prosessuelle forpliktelsen etter artikkel 3, og dermed var i samsvar med tidligere praksis. Dersom vurderingen gjaldt den materielle delen av artikkel 3, medfører dette at «special features» også gjelder for materielle kjerneforpliktelser (artikkel 2, 3 og 5). Dette hadde vært en utvidelse av statsansvaret selv om det ikke førte frem i denne saken.

Vurderingsnormen jeg stilte opp i del 2.7.3 for «special features» trakk frem momentene: (1) internasjonale forpliktelser, (2) bilaterale forpliktelser, (3) «legal space», (4) eventuell

⁴⁸ H.F. and others v. France, Joint partly dissenting opinion of judges Yudkiviska, Wojtyczek and Roosma avsnitt 12.

⁴⁹ *Banković* avsnitt 75 om «cause-and-effect-notion of jurisdiction».

forhindring i oppfølging og (5) hvilken stat som det er mest nærliggende at følger opp saken. I H.F. and others legger Domstolen vekt på noen andre momenter.

Domstolens tre hovedmomenter er at 1) ikke alle avgjørelser på nasjonalt grunnlag gir grunnlag for jurisdiksjon, 2) at det ikke finnes noen nasjonal eller internasjonal forpliktelse til repatriering og 3) at repatriering krever forhandlinger. Det første og det tredje momentet skiller seg fra vurderingsnormen/momentlisten min. Det er ikke overraskende at Domstolen undersøker om det foreligger nasjonale eller internasjonale forpliktelser som tilsier repatriering, som moment nr. 2. Dette har vært vektlagt i mange av de tidligere dommene om «special features» og er trukket frem som moment nr. 1 og 2 i min vurderingsnorm.

Til tross for at vektleggingen av nasjonale og internasjonale forpliktelser er i tråd med tidligere praksis, skiller dommen på dette punktet seg noe fra Hanan. Domstolen konkluderte i Hanan med at et moment for jurisdiksjon var at Tyskland er bundet av humanitærretten og Roma-statuttene som krever straffeforfølgning. Dette er generelle forpliktelser som de fleste stater er bundet av. I H.F. and others trekker ikke Domstolen frem humanitærretten i det hele tatt selv om fellesartikkel 1 i Genève-konvensjonene er tolket⁵⁰ slik at statene, også nøytrale stater, må gjøre det de kan for at tilstander i strid med humanitærretten skal opphøre.⁵¹ Dette momentet ble trukket frem i realitetsbehandlingen av innholdet i artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. Bestemmelsen i Genève-konvensjonene er vagt utformet og bærer preg av å være en slags programerklæring eller formålsbestemmelse. Fra et slikt perspektiv er det naturlig at Domstolen ikke vektlegger dette. Samtidig skiller dommen seg fra Hanan på dette punktet, som kanskje er en av de mer ytterligeregående «special features»-dommene.

Domstolen vektlegger ikke at forholdet er utenfor Konvensjonens «legal space». Etter Al-Skeini er det på det rene at «legal space» ikke er et vilkår for konvensjonsanvendelse. Dette er trolig grunnen til at momentet ikke er vektlagt. I saker om «special features» har «legal space» først og fremst vært et støttemoment og en formålsbetraktning som kan tale for jurisdiksjon, men ikke et avgjørende eller viktig moment. Det har heller ikke vært trukket frem i andre saker utenfor Europa.

⁵⁰ Kommentartutgaven av Genève-konvensjonene, Den internasjonale Røde Kors-komiteen (ICRC).

⁵¹ Genève-konvensjonene, 1949, Genève. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, avsnitt 158.

Domstolen undersøker ikke moment nr. 4, om landet der krenkelsen er begått er praktisk og rettslig forhindret i å følge opp forholdet, eller moment nr. 5, om hvilke land som det av effektivitetshensyn er mest nærliggende at følger opp saken, se del 2.7.3.

H.F. and others skiller seg fra tidligere praksis ettersom den ikke gjelder straffeforfølgning eller etterforskning etter artikkel 2. Likevel er noen av hensynene fra sakene om drap på utenlandsk territorium overførbare. Det underliggende formålet med å operere med moment nr. 4 og 5 må være å hindre et vakuum i menneskerettighetsbeskyttelse og sørge for at rettighetene blir praktiske og effektive fremfor teoretiske og illusoriske. Dette er reelle hensyn. Det er derfor av stor betydning om staten der handlingen er begått kan sikre rettighetene, og dersom svaret er nei, hvilken annen stat som av effektivitetshensyn er mest nærliggende til å følge opp saken. I H.F. and others kunne Domstolen ha undersøkt disse momentene. Det var ikke omtvistet at de kurdiske selvstyremyndighetene i Syria ikke hadde evne eller kapasitet til å sikre rettighetene til, og eventuelt straffeforfølge, kvinnene. De var villige til å overlevere dem til Frankrike, kvinnene var franske statsborgere og det franske straffesystemet hadde kapasitet til å straffeforfølge kvinne og sørge for omsorg for barna. Det hadde derfor av effektivitetshensyn vært mest nærliggende at Frankrike fulgte opp saken og sikret rettighetene til franske statsborgere, når dette ikke var mulig for verken syriske myndigheter eller kurdiske selvstyremyndigheter. En slik allokering hadde vært rimelig og Domstolen kunne ha drøftet dette mer utførlig. Momenter i klagerens favør ble ikke trukket frem.

3.4.2 Jurisdiksjon for særtilfellet artikkel 3 tilleggsprotokoll 4

Domstolen undersøkte så artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. Artikkelen gir to rettigheter: retten til å ikke bli sendt i eksil fra eget land og retten til å komme inn i landet man er statsborger i. Den er en av få bestemmelser som kun gjelder for statsborgere. Bestemmelsens andre ledd er ikke behandlet i domstolspraksis tidligere og H.F. and others er den første dommen der det har blitt konstatert brudd på artikkelen.

Bestemmelsens andre ledd lyder: «No one shall be deprived of the right to enter the territory of the State of which he is a national. »

Modellen i del 3.7 viser at klagen om brudd på artikkel 3 nr. 4 ikke passer inn i noen av de etablerte kategoriene. Det foreligger ikke kontroll, verken over personer eller territorium, og

klagen gjelder ikke prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2, 3 eller 5. Ettersom det på dette tidspunktet ikke var noe rettspraksis om tilsvarende situasjoner, måtte Domstolen undersøke om ekstraterritoriell jurisdiksjon kunne oppstå utenfor modellen i del 3.7.

Domstolen påpekte at siden rettigheten spesifikt gjaldt statsborgere, var dette et selvsagt og viktig, argument for ekstraterritoriell jurisdiksjon. Derimot var ikke statsborgerskapet, døtrenes tidligere liv i Frankrike, kombinert med ønsket om retur, i seg selv nok til å utgjøre et grunnlag for jurisdiksjon.

Domstolen understreket at nasjonalitet/statsborgerskap aldri kan være et eget jurisdiksjonsgrunnlag, men at det kan være et moment, med henvisning til Banković. Det aktuelle avsnittet i Banković gjentar utgangspunktet om at jurisdiksjon primært er territorielt og nevner ikke statsborgerskap. Banković har ikke nødvendigvis overføringsverdi på dette punktet, og henvisninger til Banković må vurderes konkret ettersom enkelte uttalelser fortsatt er gjeldende rett, mens det på andre områder har skjedd en rettsutvikling. I uttalelsen om at statsborgerskap aldri kan være et eget grunnlag for jurisdiksjon skiller ikke Domstolen mellom artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 og andre konvensjonsbestemmelser. Det er ikke begrunnet hvorfor ikke statsborgerskap kan gi opphav til jurisdiksjon for en bestemmelse som tross alt kun gjelder statsborgere i utlandet.

Domstolen understreket også at avslaget på repatriering ikke formelt fratok klagernes døtre og barnebarn retten til å komme inn i egen stat, jf. avsnitt 207. Avslaget var derfor ikke en konsekvens av offentlig myndighetsutøvelse. Domstolen påpeker her det åpenbare, dersom de hadde kommet til landegrensen, måtte staten ha sluppet dem inn.

I avsnitt 208 undersøker Domstolen om den grensekryssende situasjonen til klagernes døtre har betydning for jurisdiksjonsspørsmålet. Domstolen gjentar så en rekke av de generelle tolkningsprinsippene. Domstolens henvisning til at Konvensjonen må tolkes som en helhet og fremme intern sammenheng er et frempek om at den er i ferd med å lage en ny regel ettersom tilfellet ikke passer inn i de etablerte kategoriene.

Domstolen påpeker i avsnitt 209 det helt åpenbare som verken staten eller klagerne bestrider. Det ligger et iboende ekstraterritorielt element i artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4 som skiller seg fra de andre konvensjonsbestemmelsene. Dersom artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 kun gjaldt

for statsborgere som allerede befant seg på nasjonalt territorium ville bestemmelsen ha vært meningsløs ettersom ingen i praksis kan påberope seg den.

Domstolen har da to muligheter. Den kan enten tolke bestemmelsen strengt etter ordlyden og holde seg til den etablerte rettspraksisen om jurisdiksjon med kontrolldoktrinen og prosessuell tilknytning. Resultatet av dette vil da være at artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 står igjen som en utdatert bestemmelse tømt for funksjon og meningsinnhold. Det andre alternativet er å tolke bestemmelsen i lys av dagens forhold og tilpasse den nåtiden. Dette gir en effektiv beskyttelse, men innebærer også at tolkningen kan miste noe av forankringen i rettskildene. Det siste alternativet, som Domstolen velger å følge, er mest i tråd med Konvensjonens lovgivningsteknikk og formål. Domstolens tilnærming her skiller seg fra uttalelsene i Banković om at dynamisk tolkning ikke gjelder for artikkel 1.⁵² Det er også eksempel på en «divided and tailored»-tilnærming der Domstolen tilpasser jurisdiksjonsbestemmelsen til ulike konvensjonsrettigheter.

Domstolen sammenligner artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4 med artikkel 12 (4) i SP, som inneholder en liknende regel. Menneskerettighetskomiteen utgir generelle kommentarer, i motsetning til EMD, som gir utfyllende veiledning til tolkningen. Generell kommentar 27 til SP artikkel 12 nevner ikke retten til repatriering generelt, men understreker at rettigheten til å komme tilbake til sitt eget land er mangefasettert og også gjelder mennesker utenfor territoriet.

I avsnitt 210 understreker Domstolen hvorfor den valgte det andre tolkningsalternativet og henviser til globalisering og nye grensekryssende utfordringer. Eksil er ikke lenger en relevant problemstilling i dag. Konvensjonen må tolkes i lys av dagens utfordringer for sikkerhet og forsvar, diplomatisk og konsulær beskyttelse, humanitærrett og internasjonalt samarbeid. Domstolen understøtter dette i avsnitt 211, og viser her også til andre instrumenter.

Konklusjonen kommer i avsnitt 212. Domstolen åpner for at det kan oppstå ekstraterritoriell jurisdiksjon for artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 dersom det foreligger «specific features». Domstolen skiller ikke mellom prosessuelle og materielle forpliktelser, slik at unntaket må gjelde for alle forpliktelser etter artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. «Specific features» må være det samme som «special features», spesielt sett i lys av at «special features»-begrepet blir brukt

⁵² Banković avsnitt 56.

i resten av drøftelsen. Uten at det kommer klart frem, driver Domstolen her rettsutvikling og etablerer en ny regel for jurisdiksjon. Regelen er til forveksling lik den prosessuelle reglen om «special features», men den er likevel ny i den forstand at den tilsynelatende kan gi opphav til jurisdiksjon også for materielle forpliktelser etter artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. I realitetsvurderingen tolker Domstolen innholdet i artikkel 3 andre ledd i tilleggsprotokoll nr. 4 slik at bestemmelsen kun gir en prosessuell rett til repatriering og ikke en materiell rett. Likevel åpner H.F. and others for at jurisdiksjon kan oppstå for alle artikler 3 tilleggsprotokoll nr. 4-forpliktelser, både materielle og prosessuelle, så lenge det foreligger «special features».

Til tross for at Domstolen i dommen utvikler en ny regel vil den ikke utpensle noen generelle prinsipper for anvendelse av denne regelen. Saken bli avgjort konkret og dette begrenser overføringsverdien.

Domstolen går deretter gjennom momentene i avsnitt 213 som kan utgjøre såkalte «special features» i denne saken. Domstolen ramser opp momentene: i) klagerne hadde sendt en rekke offisielle forespørsler om assistanse, ii) forespørselene hadde bakgrunn i at klagernes familiemedlemmer levde under umenneskelige forhold, iii) formen og lengden på interneringen og at eneste mulighet til retur var ved bistand av Frankrike og iv) kurdiske myndigheter hadde indikert at de var villige til å overlate kvinner og barn til andre lands myndigheter.

Disse momentene utgjorde ifølge Domstolen samlet sett «special features» som kunne gi grunnlag for jurisdiksjon etter artikkel 1.

Momentene som her blir trukket frem skiller seg noe fra momentene fra min vurderingsnorm for «special features» for prosessuelle forpliktelser, se del 2.7.3. De to siste momentene (iii og iv) om mulighet for retur og kurdiske myndigheters samarbeidsvillighet har noen likhetstrekk med vurderingsnormen min. Det tredje og fjerde momentet bygger på de samme effektivitetsbetraktningene og reelle hensynene som har vært vektlagt i saker om prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2. I begge tilfeller er det av betydning hvilken stat det er mest nærliggende at følger opp et forhold dersom territorialstaten er forhindret.

Ettersom H.F. and others er den første dommen som åpner for å bruke «special features» som grunnlag for jurisdiksjon for materielle forpliktelser er det vanskelig å si noe generelt om hvilke momenter som er avgjørende. Det er likevel mulig å si noe om terskelen for «special features»

etter artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 sammenlignet med «special features» for prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2, 3 og 5.

3.4.3 Ulike løsninger for jurisdiksjonsspørsmålet for artikkel 3 og artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4

Utenfra er det vanskelig å forstå hvorfor momentene som fører til «special features» for klagen om artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 ikke gjelder for klagen om artikkel 3 når de faktiske forholdene er de samme. Momentet om at forespørslene hadde bakgrunn i at klagernes familiedlemmer levde under umenneskelige forhold burde gjøre seg gjeldende i enda større grad for klagen om brudd på torturforbudet. Hvorfor Domstolen kommer til ulike løsninger for de to klagenes er ikke åpenbart.

Den mest innlysende forskjellen er at statsborgerskap er et relevant skille for artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4, men ikke artikkel 3. Det er lett å tenke at det i realiteten er statsborgerskap og paragrafens iboende ekstraterritorielle natur som de facto er de avgjørende «special features». Dette stemmer ikke. Statsborgerskap og paragrafens iboende natur er ikke «special features» i seg selv. Derimot bruker Domstolen statsborgerskap og den iboende ekstraterritorielle dimensjonen som begrunnelse for reglen om at «special features» kan gi opphav for ekstraterritoriell jurisdiksjon etter artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4.

Uten at det kommer tydelig frem er det tale om to ulike regler og derfor er antakeligvis «special features»-normen ulik. Dette er den avgjørende forskjellen mellom de to vurderingene. For artikkel 3 blir vurderingen mer lik den momentlisten jeg tidligere har oppstilt for prosessuelle forpliktelser. For vurderingen av artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 finnes det imidlertid ingen norm ennå, ettersom dette er første gang ekstraterritoriell jurisdiksjon blir behandlet etter denne paragrafen.

Formålsbetraktninger tilsier at tersklene må være ulike. Selv om Domstolen ikke nevner det uttrykkelig, tilsier formålsbetraktninger at terskelen for å etablere jurisdiksjon for artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4 må være relativt lav. Dersom terskelen blir for høy, vil bestemmelsen bli virkningsløs og nesten aldri komme til anvendelse, i motsetning til artikkel 3, som fortsatt vil være effektiv og praktisk i de fleste tilfeller. Det er på bakgrunn av disse hensynene og den iboende ekstraterritorielle delen at Domstolen åpner for at det kan etableres jurisdiksjon for materielle forpliktelser etter artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4. Det er vanskelig å si noe konkret

om hvilken terskel som ligger til grunn for «special features» for artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4, ettersom dommen er konkret begrunnet. Det er likevel åpenbart at det er en lavere terskel enn for «special features» som prosessuelt grunnlag etter artikkel 3. Dette er fordi de samme momentene som utgjør «special features» for klagen på artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 ikke fører frem for klagen på artikkel 3.

Fra et realpolitisk perspektiv er det mindre forpliktende og mer forutsigbart for Domstolen å etablere jurisdiksjon etter en snever bestemmelse i en tilleggsprotokoll. Dersom det ble etablert jurisdiksjon for den prosessuelle delen av artikkel 3 ville dette gi et mye større nedslagsfelt og mer omfattende konsekvenser. Domstolen er ikke blind for at den navigerer i et politisk minefelt og avgrensning av virkeområdet er trolig et viktig poeng for Domstolen. Dersom det er lav terskel for ekstraterritoriell jurisdiksjon etter artikkel 3 vil det innebære en omfattende forpliktelse som gjelder over alt, blant annet i fengsel, psykiatrien, utlendingsforvaltningen og liknende. Fra et slikt perspektiv er det enklere å oppfylle innholdet i artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. Dette kan begrunne ulike terskler.

3.4.4 Sammenligning med utvisnings- og utleveringssaker

Dersom man ser problemstillingen i et enda bredere perspektiv kan man kjenne igjen tilnærmingen med ulike terskler for ulike bestemmelser fra EMDs praksis generelt. En interessant parallell kan være utvisnings- og utleveringssaker, som på sett og vis er motstykket til statsborgers rett til å komme tilbake til eget territorium. Mens regelen om non-refoulement er en negativ rettighet, er en eventuell rett til repatriering en positiv forpliktelse.

Også utlevering- og utvisningssaker har en ekstraterritoriell dimensjon ettersom stater kan bli menneskerettslig ansvarlig for forholdene i landene de returnerer utenlendinger til, jf. *Soering v. the United Kingdom*. Det er likevel noen viktige forskjeller. I saker som *Soering* befant personen seg på statens territorium da vedtaket ble fattet, i motsetning til *H.F. and others* der klagerens døtre og barnebarn var i Syria. Det er derfor ikke tale om ekstraterritoriell jurisdiksjon i tradisjonell forstand i utvisnings- og utleveringssaker, ettersom vedtaket er fattet på statens territorium. Vedtaket kan likevel få ekstraterritoriell virkning i utlandet.

Den ekstraterritoriale virkningen ved utlevering og utvisning gjelder kun for noen spesifikke bestemmelser. Her står artikkel 2 og artikkel 3 i særstilling, men også artikkel 6 har blitt vurdert

av EMD. Det finnes ingen formell rangering av rettighetene i EMK, men særlig retten til liv etter artikkel 2 og torturforbudet i artikkel 3 er ansett som kjernerettigheter.

Allerede i 1989 anerkjente Domstolen i Soering-dommen at artikkel 3 kan ha ekstraterritoriell virkning i utleveringssaker. Det avgjørende er om det er «substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment» i mottakerstaten.⁵³ Det er ikke nødvendig at det faktisk skjer en krenkelse, men det må være en reell risiko for dette. Også utvisning til andre EU-land i håndhevelsen av Dublin-forordningen, som er EU-forpliktelser, kan medføre menneskerettighetsbrudd dersom forholdene for utenlendinger er i strid med artikkel 3, se *MMS and Belgium v. Greece*.

Over 20 år etter Soering-dommen konkluderte Domstolen i *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom* med at utvisning eller utlevering også kunne krenke artikkel 6 dersom det medførte en «flagrant denial of justice». Det ble understreket at denne testen var streng og at mottakerstatens prosessordning må være så fundamentalt i strid med kravene til rettfærdig rettergang at den uthuler selve kjernen i rettigheten, jf. *Ahorangeze v. Sweden*⁵⁴ og *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*.⁵⁵ Terskelen er derfor relativt høy for at utvisning skal føre til brudd på artikkel 6, sammenlignet med saker om tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling etter artikkel 3.

At det skal mer til for ekstraterritoriell virkning for artikkel 6 enn for artikkel 2 og 3 er et eksempel på at EMD operer med ulike terskler avhengig av den underliggende rettigheten i saker med en ekstraterritoriell dimensjon. Dette viser at Domstolens tilnærming i *H.F. and others* med ulike terskler for artikkel 3 og artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4 ikke er ny.

Det kan være god grunn til gradering av tersklene mellom ulike bestemmelser. Mens torturforbudet er en terskelbestemmelse som må ligge fast, ser prosesssystemene og straffelengdene ulik ut innad mellom konvensjonsstatene og mellom tredjestater. En lengre straffelengde enn det som er vanlig i Europa er ikke nødvendigvis i strid med artikkel 6, og utlevering til stater med

⁵³ *Soering v. the United Kingdom*, no. 14038/88, 1989, avsnitt 91.

⁵⁴ *Ahorangeze v. Sweden*, no. 37075/09, 2011, avsnitt 115.

⁵⁵ *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, no. 8139/09, 2012, avsnitt 260.

livstidsstraff har blitt tillatt i domstolspraksis så lenge det er mulig med prøveløslatelse. For tortur er ikke denne forskjellen i praksis mellom stater relevant, og terskelen for tortur tar ikke kulturelle og regionale forskjeller i betraktning.

3.5 En endelig avvisning av den funksjonelle tilnærmingen

3.5.1 Alternative jurisdiksjonsmodeller

Ideen om en funksjonell jurisdiksjonsmodell ble født ved særavtaket til den maltesiske dommer Bonello i Al-Skeini-dommen i 2011.⁵⁶ I særavtaket argumenterte han for en alternativ jurisdiksjonsmodell (funksjonalitetstesten), fremfor den tradisjonelle tilnærmingen. I den funksjonelle modellen oppstår jurisdiksjon på bakgrunn av evne og mulighet til å overholde menneskerettighetsforpliktelsene. Kapasitet til å handle og kontroll over rettighetssituasjoner er etter denne modellen tilstrekkelig til å etablere jurisdiksjon.

En rekke rettsteoretikere⁵⁷ tok Carter v. Russia til inntekt for at Domstolen åpnet døren på gløtt for en funksjonell modell fordi Domstolen uttalte at staten hadde jurisdiksjon på grunn av «exercise of physical power and control over his life».⁵⁸ Kontroll over liv eller rettighetssituasjoner har tidligere ikke vært relevant i jurisdiksjonsspørsmålet for EMD.

3.5.2 Domstolens avvisning av den funksjonelle modellen som et mulig jurisdiksjonsgrunnlag

I avsnitt 199 avviser Domstolen at kapasitet til å handle er et mulig grunnlag for jurisdiksjon. Domstolen uttaler at «the mere reliance by the applicants on France's operational capacity to repatriate, (...), does not suffice to constitute a special feature capable of triggering an extra-territorial jurisdictional link.»

Dette blir også understreket i avsnitt 202, der Domstolen avviser at muligheten og kapasiteten til å gi klagernes døtre assistanse kan utgjøre et selvstendig jurisdiksjonsgrunnlag. Kapasitet er likevel ikke helt irrelevant og inngår som et moment, og et reelt hensyn, i vurderingen av «special features».

⁵⁶ Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, Concurring opinion of Judge Bonello avsnitt 4-20.

⁵⁷ Se f.eks. Milanovic (2021).

⁵⁸ Carter v. Russia avsnitt 157.

3.6 Domstolens behandling av individklageavgjørelsene fra FNS barnekomité

EMK eksisterer ikke i et vakuum og Domstolen viser ofte til andre menneskerettighetsinstrumenter med liknende regler. Dette bidrar til å harmonisere menneskerettighetsbeskyttelsen til ulike menneskerettskonvensjoner. Innholdet i reglene er ikke alltid overlappende og uttalelser fra andre menneskerettighetsorganer er ikke bindende for EMD, men kan brukes til å fastlegge innholdet i en konvensjonsoverskridende norm.

Da H.F. and others var til behandling i EMD, hadde barnekomiteen allerede avsagt individklageavgjørelser i tilnærmet identiske saker.⁵⁹ Domstolen kommenterer ikke barnekomiteens behandling av jurisdiksjonsspørsmålet, selv om tredjepartsintervenientene til støtte for klagerne hadde vist til disse avgjørelsene. Det var noen forskjeller mellom sakene i den forstand at barnekomiteen behandlet påstander om brudd på flere bestemmelser,⁶⁰ i tillegg til at BK ikke inneholder en egen bestemmelse om retten til innreise i eget land for statsborgere. Disse forskjellene er ikke avgjørende all den tid barnekomiteen ikke benytter seg av en «divided and tailored»-tilnærming.

Artikkel 2 i barnekonvensjonen har også «jurisdiksjon» som terskelkriterium for konvensjonsanvendelse. Det hadde derfor vært klargjørende om Domstolen knyttet noen kommentarer til hvordan barnekomiteen tolket «jurisdiksjons»-begrepet i en identisk sak med liknende tolkningsspørsmål. Domstolen trekker imidlertid ikke barnekomiteens avgjørelser inn når den fastsetter normen for jurisdiksjonsspørsmålet. Avgjørelsene blir først trukket inn i den realitetsvurderingen av om staten har overholdt sin prosessuelle plikt til å behandle forespørselene.

Skillet mellom underliggende rettigheter og prosessuelle spørsmål kan være en grunn til at Domstolen først trekker frem barnekomiteens avgjørelser i realitetsvurderingen. Håndhevingsorganene er ulikt innrettet med ulik klageadgang, og det er derfor ikke selvsagt at jurisdiksjonsbestemmelsene skal tolkes likt.

⁵⁹ L.H. et al. v. France og F.B. et al. v. France.

⁶⁰FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York, 1989, artikkel 2, 3, 6, 20, 24 og 37 5 (1)– (2) og 7 (e)–(f).

En annen grunn til at EMD ikke kommenterer avgjørelsene fra barnekomiteen kan være at barnekomiteen anvender en funksjonell jurisdiksjonsmodell som Domstolen har tatt avstand fra. Forskjellen i tilnærming til jurisdiksjonsspørsmålet blir behandlet i del 4.1.

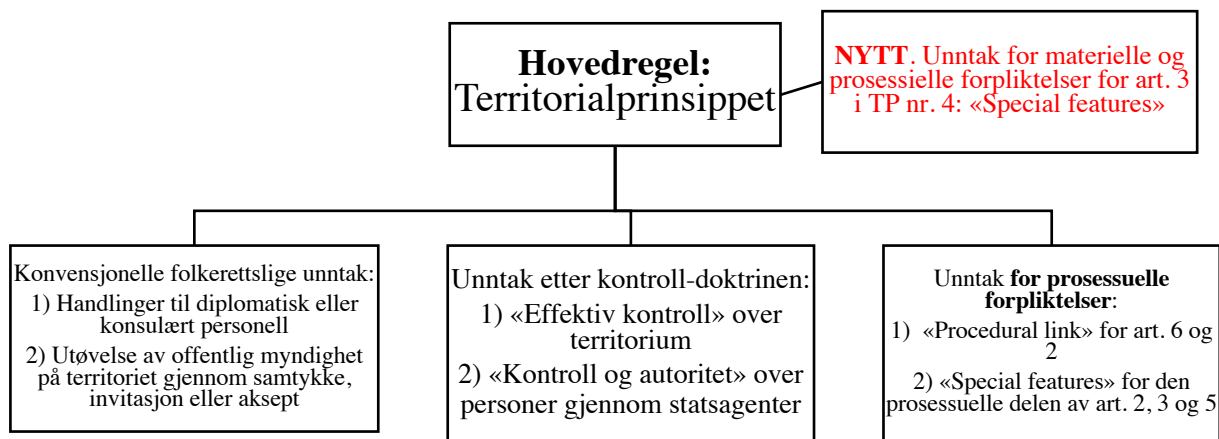
3.7 Oppsummering: Status quo for ekstraterritoriell jurisdiksjon etter H.F. and others v. France

Domsanalysen viser at H.F. and others innebærer noen konsolideringer av det som har vært gjeldende rett frem til nå, noen presiseringer, samt et nytt grunnlag for ekstraterritoriell jurisdiksjon. Utgangspunktet er fortsatt territorialprinsippet slik det har vært siden Banković. Jurisdiksjonsmodellen til EMD gjelder fortsatt fremfor den funksjonelle modellen.

De alminnelige unntakene i tråd med folkeretten er fortsatt gjeldende rett slik de har vært siden konvensjonsutarbeidelsen. Dommen rydder til en viss grad opp i rettspraksis og det er klargjørende at Domstolen oppstiller en tre-trinnstest for å undersøke jurisdiksjon.

Status for kontroll-doktrinen er den samme som før dommen ble avsagt, og dommen har lite å tilføye på dette området. Til tross for at faktum stammer fra etterdønningene av en krigssituasjon kommer ikke «effektiv kontroll»-kriteriet på spissen på samme måte som i f.eks. Georgia v. Russia (II). Dommen bidrar til presiseringer om prosessuell tilknytning som selvstendig jurisdiksjonsgrunnlag og klargjør at klagen for Domstolen må gjelde de samme påstandene som for nasjonale domstoler.

Dommen er først og fremst interessant og nyskapende når det kommer til det noe uklare «special features»-unntaket. Tidligere har unntaket kun vært aktuelt i saker om prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2, 3 og 5. I H.F. and others utvikler Domstolen en ny regel der «special features» kan gi opphav til jurisdiksjon for både materielle og prosessuelle forpliktelser etter artikkel 3 tilleggsprotokoll nr. 4. Etersom artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 er relativt snever, er det uklart hva slags konsekvenser dette får for andre saker. Likevel er det ikke utelukket at «special features» potensielt *kan* gi grunnlag for andre materielle forpliktelser slik at klagerne ikke kun er henvist til kontroll-doktrinen ved materielle klager. Etersom Domstolen ikke har utpenslet noen generelle prinsipper for anvendelsen av det nye «special features»-unntaket er det vanskelig å si noe om hvilke momenter som er avgjørende. Terskelen synes likevel å være lavere enn for «special features» for prosessuelle forpliktelser. Konsekvenser og eventuelle fallgruver ved det nye «special features»-unntaket blir diskutert i del 4.



4 Kritikk og rettspolitiske betraktninger

4.1 Overordnede betraktninger om jurisdiksjonskonseptet

Jurisdiksjon er en kompleks rettslig konstruksjon med store praktiske konsekvenser for menneskerettighetsbeskyttelsen. Dommer Bonello kalte i sitt særvotum i Al-Skeini den daværende doktrinen for «one of those infelicitous legal fictions a court of human rights can well do without.»⁶¹ Domstolen ble særlig i etterkant av Banković-avgjørelsen kritisert for å være overdrevent ortodoks og restriktiv i sin tilnærming til jurisdiksjonsspørsmålet. Til dels gikk kritikken på at rettspraksis var lite konsekvent, «patch work case law», til dels gikk den på at utfallene av jurisdiksjonsreglene var støtende og undergravde menneskerettighetsbeskyttelsen. I denne delen undersøker jeg om det er nødvendig og hensiktsmessig å operere med et jurisdiksjonsvilkår i det hele tatt, og om eventuelt tilnærmingen som FNs traktatorganer benytter er mer formålstjenlig. Disse spørsmålene er tett sammenknyttet med del 4.2 om Domstolens rolle i politisk betente saker og del 4.3 om fragmentering av menneskerettighetsbeskyttelsen etter ulike konvensjoner.

⁶¹Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, Concurring opinion of Judge Bonello avsnitt 14.

4.1.1 Behovet for å operere med en jurisdiksjonsbestemmelse som terskelkriterium

Det kan tenkes at en jurisdiksjonsbestemmelse som terskelkriterium for konvensjonsanvendelse strengt tatt ikke er nødvendig. ØSK inneholder ikke en jurisdiksjonsbestemmelse, i motsetning til SP og BK artikkel 2 (1) som nevner jurisdiksjon eksplisitt som en forutsetning for konvensjonsanvendelse. Den mest påfallende forskjellen mellom ØSK på den ene siden og SP og BK på den andre, er at førstnevnte konvensjon i hovedsak inneholder positive forpliktelser. Mangelen på jurisdiksjonsbestemmelse kan tolkes på to måter: enten som at statene etter ØSK har menneskerettighetsforpliktelser overalt eller kun på eget territorium. Etter VCLT artikkel 29⁶² må det være klart at det siste alternativet, om territoriell anvendelse, er det mest nærliggende tolkningsalternativet. Jurisdiksjonsbestemmelser er nettopp en måte å fravike utgangspunktet om at konvensjonen kun gjelder på territoriet.

Til tross for at jurisdiksjonsbestemmelser er en måte å unngå utgangspunktet i VCLT artikkel 29, må det gjennom lovgivningsteknikk gå an å utforme en traktat uten jurisdiksjon som terskelkriterium for anvendelse.

Å ikke operere med jurisdiksjon som terskelkriterium fører ikke nødvendigvis til at statene er ansvarlige for rettigheter overalt hele tiden. Dersom det først konstateres at staten har jurisdiksjon, kreves det også at handlingene, dersom brudd på negative forpliktelser, kan tilskrives staten. Den primære teknikken for å avgrense statsansvar vil da være attribusjon som en del av realitetsvurderingen. Attribusjon og liknende realitetsvurderinger, eventuelt en adekvansvurdering, er også avgrensninger som kan utgjøre en sikkerhetsventil i de sakene der staten ikke kan klandres og ikke har tilknytning til saken. Derfra kan man også operere med en presumsjon om at statene i større grad er ansvarlig for krenkelser innenfor eget territorium enn utenfor. Enkelte teoretikere, som Scheinin,⁶³ har tatt til orde for at det ikke er noen meningsfull forskjell mellom jurisdiksjon og attribusjon, og at førstnevnte vilkår ikke er hensiktsmessig.

Et eksempel på hvordan dette kan fungere i praksis er EUs charter om grunnleggende rettigheter, som ikke inneholder noen jurisdiksjonsbestemmelse. Et utslag er denne forskjellen kommer frem i *M.N. and Others v. Belgium*. Saken ble avvist på EMDs Storkammer på bakgrunn av

⁶² VCLT artikkel 29: «Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.»

⁶³ Scheinin (2012) s. 212.

statens manglende jurisdiksjon over individene som søkte asyl på ambassaden. EU-domstolen tok stilling til det samme saksforholdet i *X and X v. Belgium*,⁶⁴ uten å avvise saken på grunn av jurisdiksjon, men klagerne tapte likevel saken fordi den påberopte rettsregelen ikke kom til anvendelse på deres saksforhold. Dette viser at det finnes andre mekanismer som kan avgrense statsansvar.

Hovedinnvendingen mot en slik alternativ tilnærming er at attribusjon ikke fungerer like godt for å avgrense positive forpliktelser. Ved negative forpliktelser, som f.eks. retten til liv, vil staten tross alt ha et handlingsalternativ og mulighet til å f.eks. ikke slippe bomber fra luften slik som i *Banković*. Det vil være enkelt for statene å unngå å gjennomføre handlinger utenfor eget territorium som de ikke kunne ha gjort på eget territorium. Dette gjelder imidlertid ikke for positive menneskerettighetsforpliktelser, og det er særlig her det er behov for en slags allokering av forpliktelser og ansvar mellom statene. Det vil være både urimelig og uforholdsmessig tyngende dersom staten skal ha positive forpliktelser til å beskytte ulike rettigheter over alt. Det er derfor nødvendig med et avgrensende vilkår.

Det er likevel mulig å se for seg at begrensninger av de positive forpliktelsene inngår realitetsbehandlingen. Positive forpliktelser er sjeldent ubegrensede, og det er mulig å tenke seg at det som i dag er jurisdiksjonsspørsmål kan være en del av den materielle vurderingen av omfanget at statens positive forpliktelser. Likevel vil avgrensningene antakeligvis likne på de momentene som i dag inngår i jurisdiksjonsvurderingen. Det innebærer at man ikke nødvendigvis kommer vesentlig lengre uten jurisdiksjon som terskelvilkår, i hvert fall ikke for positive forpliktelser.

4.1.2 Fordeler og ulemper med ulike jurisdiksjonsmodeller

Dersom menneskerettighetskonvensjonene opererer med jurisdiksjonsbestemmelser som terskelkriterium, må det være et formål at bestemmelsen fører til en naturlig og rimelig allokering av menneskerettighetsforpliktelser. Det vil være vanskeligere for statene å akseptere en jurisdiksjonmodell som fører til omfattende menneskerettighetsforpliktelser utenfor statens landegrense, dersom kriteriet ikke har forankring i rettskildene eller er godt begrunnet.

⁶⁴*X and X v. Belgium*, C-638/16 PPU, 2017.

EMD opererer med én modell for jurisdiksjon, se illustrasjon i del 3.7. Dette er ikke den eneste mulige jurisdiksjonsmodellen og ordlyden i EMK artikkel 1 sier lite om utformingen.

Både barnekomiteen og menneskerettighetskomiteen har en annen tilnærming enn EMD. Komiteenes tilnærming blir behandlet samlet og undersøkt som et alternativ til EMDs jurisdiksjonsmodell.

Både barnekomiteen og menneskerettighetskomiteen opererer med jurisdiksjon som en terskelbestemmelse for konvensjonsanvendelse, jf. SP artikkel 2 (1)⁶⁵ og BK artikkel 2 (1). Bestemmelsene er ikke identiske med EMK artikkel 1, men begge nevner at statene må respektere og beskytte rettighetene innenfor sin «jurisdiksjon».

SP artikkel 2 (1) har blitt tolket av menneskerettighetskomiteen i blant annet individklageavgjørelsene *A.S. and others v. Malta*,⁶⁶ *A.S. and others v. Italy*⁶⁷ og General Comment 36 (2018) on the right to life. I de to individklageavgjørelsene tok menneskerettighetskomiteen stilling til om henholdsvis Malta og Italia hadde jurisdiksjon over, og eventuelt positive forpliktelser til å redde, flyktninger som druknet i internasjonalt farvann på vei til Europa. Menneskerettighetskomiteen viste til uttalelsene i den generelle kommentaren om at jurisdiksjon oppsto der statene hadde kontroll over ofrenes rettigheter. Med henvisning til andre konvensjoner om redning til sjøs, konkluderte menneskerettighetskomiteen med at statene hadde effektiv kontroll over en eventuell redningssituasjon og at det var kausal og forutsigbar sammenheng mellom statenes manglende handlinger og utfallet i saken. Det ble konstatert jurisdiksjon i begge saker, men saken mot Malta ble avvist på grunn av manglende uttømming av nasjonale rettsmidler. Menneskerettighetskomiteen stiller ikke opp en stringent analysemodell, i motsetning til EMD, men har mer frirettslige resonnementer om at der statene har kapasitet til å handle, må de også gjøre det. Modellen har derfor et funksjonelt preg, i tillegg til at den bruker virkningsprinsippet som EMD har avvist.

⁶⁵ SP artikkel 2 (1) inneholder uttrykket «within its territory and subject to its jurisdiction». ICJ, som er det eneste organet som tolker SP med bindende virkning, uttalte i avsnitt 109 i *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)* at dette var alternative vilkår og at jurisdiksjon kunne utøves utenfor statens territorium.

⁶⁶ *A.S. et al. v. Malta*, CCPR/C/128/D/3043/2017, 2021.

⁶⁷ *A.S. et al. v. Italy*, CCPR/C/130/DR/3042/2017, 2021.

Barnekomiteen har i individklageavgjørelsene om repatriering og Chiara Sacchi et al.-avgjørelsen⁶⁸ en funksjonell tilnærming. Staten har ansvar i de tilfellene der statenes unnlater og handlinger har negativ påvirkning på barns rettigheter utenfor territoriet, jf. Sacchi avsnitt 10.7, og dersom statene har «effektiv kontroll» over utslippene. I repatrieringsavgjørelsene ble det vektlagt at statene hadde «the capability and the power»⁶⁹ til å sikre barnas rettigheter.

Den funksjonelle tilnærmingen har støtte i teorien, blant annet hos Moreno-Lax, og også hos tidligere EMD-dommere Alberquerque og Bonello. Der EMDs tilnærming er et snevert og konkret puslespill, fremstår en funksjonell modell som mer effektiv. Det er heller ikke nødvendig å innfortolke unntak i den. Den er fra et slikt perspektiv mer anvendelig og mer prinsipielt forankret. Det er også antakelig den mest menneskerettsvennlige modellen ettersom den utvilsomt fører til at konvensjonene oftere kommer til anvendelse. Dette er i tråd med målsettingen om universelle rettigheter.

Samtidig er den funksjonelle tilnærmingen mindre stringent, og til tross for at den er mer fleksibel, er den også mer uforutsigbar. Det er per i dag litt forskjellige vilkår i individklageavgjørelsene og det kan være vanskelig å omgjøre en funksjonell tilnærming til et betryggende rettslig vilkår. Et kapasitetskrav som avgjørende vilkår kan fort være skjønnspreget og føre til vilkårlige utfall. Kapasitet er ikke en statisk størrelse og vil kunne variere betraktelig etter situasjonen. Det kan også tenkes at det vil føre til en gradering av menneskerettsforpliktelse ettersom kapasitet også avhenger av statenes økonomi og størrelse.

Dersom staten har jurisdiksjon i alle tilfeller der den har kapasitet vil dette føre til en utvidelse av menneskerettighetenes virkeområde, særlig for positive forpliktelser. Det er vanskelig å se for seg at statene vil akseptere omfattende positive forpliktelser utenfor eget territorium. Jo mer byrdefulle menneskerettsforpliktelsene er, jo klarere begrunnelse og forankring i rettskildene trenger de for at statene skal akseptere det. Dette poenget blir nærmere behandlet i del 4.2 og 4.3 om domstolens legitimitet.

⁶⁸ Chiara Sacchi et al. v. Argentina, CRC/C/88/D/104/2019, 2021.

⁶⁹ L.H. et al. v. France avsnitt 9.7 og F.B. et al. v. France avsnitt 8.8.

En slags mellomløsning har blitt presentert av professor Milanovic i boken *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*.⁷⁰ Han tar til orde for å skille mellom positive og negative forpliktelser i jurisdiksjonsspørsmålet i tråd med «divided and tailored»-tilnærmingen. Ettersom stater har handlingsalternativer for negative rettigheter, er det ikke for mye å forlange at de ikke griper inn i rettigheter på andre territorier dersom det hadde vært en menneskerettighetskrenkelse på eget territorium. Dersom stater etter EMK artikkel 3 ikke kan utsette egne innbyggere for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling burde de ikke kunne gjøre dette på andre territorier heller. En slik tilnærming, uten jurisdiksjon som terskelkriterium for negative forpliktelser, kunne ført til at saker som Banković ble realitetsbehandlet.

Samtidig mener Milanovic at det er nødvendig å ha en jurisdiksjonsbestemmelse for positive forpliktelser. En funksjonell modell vil kunne utvide statsansvaret på en lite bærekraftig måte og pålegge statene urimelige byrder. Han kritiserer menneskerettighetskomiteens og barnekomiteens tilnærming i individklageavgjørelsene. Han påpeker også at en funksjonell jurisdiksjonsmodell fører til vilkårlige utfall og at modellen undergraver formålet med jurisdiksjon, nemlig allokering av forpliktelser. Han mener modellen fører til et omfang av forpliktelser som verken er praktisk eller politisk gjennomførbart.

Modellen til Milanovic, med jurisdiksjon som terskelkriterium for positive forpliktelser, men ikke negative, er heller ikke feilfri. Den gir heller ikke garanti mot vilkårlige utfall. Den største utfordringen er at det ofte er flytende overganger mellom positive og negative rettigheter. Denne vanskelige grensdragningen vil kunne være av avgjørende betydning i Milanovics modell og dette kan føre til usikkerhet. Likevel fremstår denne modellen som mer betryggende og lettere å akseptere blant statene enn en ren funksjonell modell.

4.2 Domstolens rolle i politisk betente saker

4.2.1 Kritikken av EMD som restriktiv i jurisdiksjonsspørsmål

I prinsippet må materielle og prosessuelle spørsmål holdes atskilt siden de eksisterer i to forskjellige akser. Likevel er det en tett sammenheng. En altfor rigid og formalisert prosessordning kan føre til at legitime underliggende krav går tapt. Da ender man opp med de situasjonene hvor rettighetene er teoretiske og illusoriske, fremfor effektive og praktiske. Denne tankegangen

⁷⁰ Milanovic, M. (2011).

finner man igjen i Domstolens tilnærming til spørsmålet om uttømming av nasjonale rettsmidler, der den ofte er fleksibel.

EMD har blitt kritisert for kontroll-doktrinen, dels fordi den har vært tolket for strengt og dels fordi doktrinen er lite effektiv i møte med andre menneskerettighetsutfordringer.⁷¹ I Al-Skeini rettet Domstolen opp de strengeste delene av Banković om «legal space», og i en rekke påfølgende dommer konkluderte Domstolen med at det forelå jurisdiksjon i konfliktsituasjoner. I etterkant av Al-Skeini har Domstolen gjennom sin rikholdige praksis klart å kalibrere doktrinen slik at den ligger relativt fast. Kontroll-doktrinen kan dermed ikke møtes med den samme kritikken som da de første sakene ble behandlet. Et mulig «tilbakeslag» ifølge kritikere, se dissensen til dommer Alberquerque,⁷² er avgrensningen av effektiv kontroll under aktive krigssituasjoner der det er «context of chaos». Utover dette kan ikke lenger kontroll-doktrinen sies å være kontroversiell.

Kontroll-doktrinen er riktignok ikke tilpasset andre menneskerettighetsutfordringer. Utviklingen av «special features»-unntaket har ført til en utvidelse av ekstraterritoriell jurisdiksjon for prosessuelle forpliktelser, som har vært brukt i saker om drap på fremmed territorium. Særlig i etterkant av 2019 har jurisdiksjon blitt konstatert i flere saker på bakgrunn av «special features». En innvendig her er at «special features» kun gjelder for prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2, 3 og 5. Samtidig er det viktig å ikke undervurdere betydningen av prosessuelle forpliktelser som en effektiv måte å beskytte rettigheter på.

I H.F. and others blir det åpnet for at artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4 kan gi grunnlag for ekstraterritoriell jurisdiksjon for både materielle og prosessuelle rettigheter, med en lavere terskel. Dette innebærer en reell, men snever, utvidelse av ekstraterritoriell jurisdiksjon. Domstolen tilpasser seg her nye grenseoverskridende utfordringer. «Special features»-unntaket har noe av den fleksibiliteten som er etterspurt av tilhengerne av den funksjonelle modellen. Den åpner også i større grad for vektlegging av reelle hensyn. I mangel på en klar vurderingsnorm er det imidlertid vanskelig å si noe om hvordan fremtidige tilfeller blir behandlet. Regelen er per nå snever og gjelder kun for artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. Hvorvidt jurisdiksjon kan oppstå i nye saker på bakgrunn de samme resonnementene som i H.F. and others, blir diskutert i del 4.4.

⁷¹ Se Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, Judge Bonellos concurring opinion, og Georgia v. Russia (II), Partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque avsnitt 1-30.

⁷² Ibid.

4.2.2 Forholdet mellom gode generelle regler og konkret rimelighet

I H.F. and others motbeviste Domstolen at det var fastlåst i gamle doktriner og ute av stand til å tilpasse seg nye utfordringer. «Problemet» er derfor ikke nødvendigvis at Domstolen er for lite fleksibel og for restriktiv. Mange av sakene som er avsagt er konkret begrunnet i det aktuelle faktumet. Dette svekker prejudikatsverdien og gjør det vanskeligere å stille opp gode og generelle regler til fremtidige saker. På dette området bidrar «special features»-unntaket til mindre forutberegnelighet, i motsetning til for eksempel kontroll-doktrinen som er generell og kan brukes i ulike situasjoner.

Konkret rimelighet er viktig og utfallene i sakene er ofte fornuftige, men det kan gå på bekostning av gode generelle prinsipper. Dette kan gjøre det vanskeligere for statene å forutberegne hvilke tilfeller den er ansvarlig for. Samtidig er Domstolen varsom og får kontroll over rettsutviklingen. Altfor brede utlegninger om generelle prinsipper og kategoriske utsagn kan føre til en rettsutvikling som Domstolen ikke har kontroll over. Dersom Domstolen da må gå tilbake og rette opp i tidligere rettspraksis, slik Al-Skeini måtte korrigere Banković, vil dette også føre til en uklar rettsstilstand. Jurisdiksjon er et spørsmål av grunnleggende betydning for hele Konvensjonens virkeområde, og Domstolens mer varsomme og konkrete tilnærming kan derfor være positiv. Den konkrete tilnærmingen ligger tett opp til rettskildene og drøftelsene er omstendelige sammenlignet med FN-komiteene som har kortere og mer kategoriske redegjørelser. Hvor tett de ulike organene legger seg opp til rettskildene får betydning for håndhevingsorganenes legitimitet.

4.2.3 Legitimitet

Domstolen står i en konstant spagat, der den må være en menneskerettighetsgarantist og relevant rettsutvikler i Europa, samtidig som den er avhengig av legitimitet hos statene. Dersom Domstolen er for fremoverlent eller radikal i sin tilnærming, spesielt til det betente jurisdiksjonsspørsmålet, kan den ende med å undergrave sin egen legitimitet og relevans. Jurisdiksjon handler om forholdet mellom ulike stater og allokering av menneskerettighetsforpliktelser. Det er vanskelig å se for seg at konvensjonsstatene finner det rimelig å bli holdt ansvarlig for handlingene til tredjestater. En omfattende jurisdiksjonsregel kan på sikt være en bremsekloss for internasjonalt samarbeid, for eksempel ved at det blir vanskeligere å få stater til å melde inn troppebidrag i internasjonale konflikter. I ytterste konsekvens kan en radikal og progressiv tolkning føre til at statene ønsker å trekke seg fra EMD. Fremtredende politikere, som Storbritannias

tidligere innenriksminister, Suella Braverman er har for eksempel truet med å trekke Storbritannia fra EMD fordi hun mener domstolen er for politisert.⁷³ Samtidig må Domstolen ikke inngå kompromiss med menneskerettighetene i frykt for statene ettersom den da vil miste betydning som menneskerettighetsgarantist. Det ville vært en fallitterklæring om Domstolen i alle saker føyde seg etter statenes krav.

Foreløpig nyter Domstolen jevnt over respekt hos de fleste konvensjonsstatene og avgjørelsene blir stort sett fulgt opp. Domstolen har en unik rolle som menneskerettighetsbeskytter og avsier bindende avgjørelser. I norsk rett er EMD det menneskerettighetsorganet med sterkest gjennomslagskraft. Nettopp av denne grunn kan den konkrete og «trygge» jurisdiksjonstilnæringen, utviklet i tråd med alminnelig metodelære, være hensiktsmessig for å nå denne balansen og samtidig holde seg relevant som menneskerettighetsgarantist.

4.3 Fragmentering av menneskerettighetsbeskyttelse

FNs menneskerettighetskomité og barnekomiteen har gått lengre i sin tolkning av jurisdiksjon etter henholdsvis SP og BK, jf. del 4.1. Forskjeller i tilnærming til jurisdiksjonsspørsmålet må ses i lys av klageadgangen og andre prosessuelle og institusjonelle siden av konvensjonene, se del 3.6. Dersom ulike håndhevingsorgan tolker relativt like jurisdiksjonsbestemmelser ulikt, kan det bidra til at noen type saker som blir avvist fra EMD blir realitetsbehandlet og potensielt får medhold hos FN-organer. Det kan føre til en fragmentarisk menneskerettighetsbeskyttelse i strid med målet om harmonisering.

Samtidig er det ikke gitt at nasjonale rettsanvendere vil gi ulikt vern til ulike menneskerettighetsinstrumenter. Slik det ble drøftet i avsnitt 4.2.3 om legitimitet, kan en for progressiv og radikal tolkning av konvensjoner føre til at organet undergraver sin egen legitimitet. Forskjellen i tilnærming til jurisdiksjonsspørsmålet i repatrieringssakene har ikke gått ubemerket hen. Marius Emberland, som representerte den norske regjeringen i intervensjonen i H.F. and others v. France, har skrevet en kritisk analyse av barnekomiteens metode i *Human Rights Law Review*.⁷⁴ Han argumenterer for at barnekomiteen etablerer jurisdiksjon i strid med både rettskildene og alminnelig metode for traktattolking. Han sammenligner individklageavgjørelsene med

⁷³ The Guardian, European court of human rights: Suella Braverman makes fresh attack on European court of human rights, 24. september 2023, <https://www.theguardian.com/law/2023/sep/24/suella-braverman-makes-fresh-attack-on-european-court-of-human-rights>.

⁷⁴Emberland (2023).

EMDs tilnærming og påpeker at til tross for at H.F. and others utvider jurisdiksjonslæren, klarer Domstolen å navigere det politiske minefeltet jurisdiksjon er, ved hjelp av tradisjonell traktatstolkning, relevant kildemateriale og er transparent i tolkningen sin. Emberland påpeker at individklagesakene kan bidra til å svekke rettskildevekten av barnekomiteens uttalelser i tolkning av BK.

Synspunktet er godt begrunnet og henger tett sammen med spørsmålet om legitimitet. Norge har ikke ratifisert individklageordningen som gir barn individuell klagerett etter barnekonvensjonen. Finland og Danmark er de eneste nordiske landene som har ratifisert den tredje tilleggsprotokollen om individklageordningen. Noe av grunnen til at Norge ikke er tilsluttet individklageordningen er den progressive tilnærmingen til barnekomiteen som kan innebære at statene ikke lenger har kontroll over det de har tilsluttet seg. Senest i januar 2022 understreket daværende utenriksminister Anniken Huitfeldt i et brev til Utenriks- og forsvarskomiteen at noe av grunnen til at Norge ikke er tilsluttet individklageordningen er at «praksis fra FNs barnekomité har også vist at komiteen på enkelte punkter tolker konvensjonen på en vidtrekkende måte som ikke er i samsvar med Norge og andre likesinnede staters forståelse.»⁷⁵ I denne forbindelse trekkes individklagesakene om repatriering frem som et eksempel på en vidtrekkende tolkning som tilsier at Norge ikke burde ta del i individklageordningen.

I norsk rett legger domstolene gjennomgående stor vekt på EMD-praksis. Den rettskildemesige vekten av FN komiteers generelle kommentarer er varierende avhengig av om det er tale om tolkningsuttalelser om gjeldende rett eller uttalelser om optimal praksis, se feks. Rt-2015-1388 avsnitt 154, Rt-2012-1985 avsnitt 136 og Rt-2009-1261 avsnitt 40-44. I uttalelser om optimal praksis har de generelle kommentarene mindre rettskildevekt. I nyere rettspraksis skiller Høyesterett ikke mellom rettskildevekten til individklageavgjørelser og generelle kommentarer, jf. Rt-2015-193 avsnitt 42. Dersom nasjonale rettsanvendere oppfatter at individklageavgjørelser ikke er i tråd med rettskildene og tradisjonell metode for traktatstolkning kan dette svekke rettskildevekten.

Det er derfor ikke gitt at beskyttelsen til de ulike konvensjonene hadde vært ulik dersom en tilsvarende sak hadde nådd norske domstoler. Det mest nærliggende er antakeligvis at nasjonale domstoler hadde fulgt tilnærmingen til EMD fremfor FN-komiteene.

⁷⁵Utenriksdepartementet (2022).

4.4 Overføringsverdi

H.F. and others er konkret begrunnet og pensler ikke ut noen generelle prinsipper for «special features». Jurisdiksjonsgrunnlaget «special features» for materielle rettigheter er per i dag begrenset til å gjelde artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. Det er derfor vanskelig å dra slutninger om overføringsverdien til liknende saker.

I en av klimasakene for EMDs Storkammer, Duarte Agnohistino and Others v. Portugal and 32 Others, som venter dom våren 2024, er ekstraterritoriell jurisdiksjon det vanskeligste prosessuelle hinderet. Det er per nå vanskelig å se at klimasakene passer inn i de etablerte kategoriene, men etter H.F. and others er det klart at ekstraterritoriell jurisdiksjon etter EMK artikkel 1 er et rettsområde i bevegelse der det kan skje en utvikling.

Det er lite sannsynlig at Domstolen åpner for at jurisdiksjon er etablert på bakgrunn av at statene har «effektiv kontroll» over utslippene. Dette hadde vært en funksjonell tilnærming som Domstolen har avvist.

En mulighet kan være å plassere klagen om brudd på artikkel 2 i den etablerte «special features»-kategorien for prosessuelle forpliktelser. I så fall kan vurderingsnormen i del 2.7.3 være nyttig til å hente frem noen momenter som er tillagt vekt tidligere. Dommene om drap på utenlandsk territorium skiller seg fra klimasakene og det ikke sikkert at Domstolen mener at dommene har overføringsverdi.

Selv om det er usannsynlig at Domstolen er like progressive som FN-komiteene, viser H.F. and others at Domstolen er tilpasningsdyktig og villig til å ta «divided and tailored»-tilnærmingen på alvor. EMD kunne ha hoppet over gjerdet der det var lavest og avvist Duarte fordi de nasjonale rettsmidlene ikke var uttømt. Når Domstolen likevel velger å løfte saken til Storkammer, viser det at EMD tar sakene på alvor og ikke setter seg selv på sidelinjen når klimaendringer kan forringe realiseringen av menneskerettigheter.

I H.F. and others utvidet Domstolen «special features» unntaket til å gjelde for en snever materiell rettighet. Det kan hende at EMD legger seg på en liknende linje og oppretter et snevert, men rettskildemessig forankret, jurisdiksjonsgrunnlag som føyer seg inn i lappeteppet av unntak. Et snevert og konkret begrunnet jurisdiksjonsgrunnlag vil være lettere for statene å

akseptere fremfor brede og mer kategoriske uttalelser om at staten er ansvarlig der den har kapasitet til å beskytte menneskerettigheter.

5 Konklusjon

I denne avhandlingen har jeg undersøkt ekstraterritoriell jurisdiksjon etter EMK artikkel 1 i lys av storkammerdommen H.F. and others v. France. Dommen er del av en bredere kontekst og kan ikke ses isolert fra den historiske utviklingen fra de første avgjørelsene på Kypros til Al-Skeini og Banković og nå senere «special features»-unntaket. Dommen konsoliderer at de klassiske utgangspunktene i kontroll-doktrinen fortsatt er gjeldende rett, men viser også at ekstraterritoriell jurisdiksjon kan oppstå utenfor disse typetilfellene. På dette punktet er dommen klargjørende og nyskapende. Dommen innebærer også en utvidelse av jurisdiksjonslæren.

«Special features» som grunnlag for jurisdiksjon for prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2, 3 og 5 er relativt nytt og lite forsket på. Til tross for at Domstolen ikke utpensler noen generelle prinsipper eller en vurderingsnorm, viser min gjennomgang i del 2.7.3 at det er noen gjennomgående hensyn og momenter som er tillagt vekt i klager om brudd på prosessuelle forpliktelser. Gjennomgangen av rettspraksis viser at Domstolen har vektlagt effektivitetshensyn og hvilke stater som er nærliggende til å følge opp saken dersom territorialstaten av ulike grunner er forhindret. Særlig dersom krenkelsen er innenfor Konvensjonens «legal space» gjør effektivitetshensynene seg gjeldende. I andre saker har Domstolen undersøkt om det er noen andre konvensjoner eller bilaterale avtaler som tilsier at en annen stat enn territorialstaten har prosessuelle forpliktelser. Normen jeg har oppstilt kan si noe om hvilke momenter som er av betydning for prosessuelle forpliktelser etter «special features»-unntaket i fremtidige saker.

I H.F. and others kom Domstolen til at det ikke var etablert ekstraterritoriell jurisdiksjon på bakgrunn av «special features» for klagen på artikkel 3. Domstolen konkluderte likevel med, på bakgrunn av de samme faktiske forholdene, at det var etablert jurisdiksjon på grunn av «special features» for klagen på artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4. Jeg argumenterte i del 3.4.5 for at dette var et resultat av Domstolen hadde etablert et nytt jurisdiksjonsgrunnlag for artikkel 3 i tilleggsprotokoll nr. 4, som skilte seg fra det allerede eksisterende «special features»-unntaket for prosessuelle forpliktelser etter artikkel 2, 3 og 5. Ettersom det er tale om ulike jurisdiksjonsgrunnlag er det naturlig at tersklene er ulike for «special features». Dette er i tråd med

«divided and tailored»-tilnærmingen, og at ulike bestemmelser har ulike terskler er noe som også går igjen i utvisnings- og utleveringssaker.

Dommen er konkret begrunnet og avgrenset til å gjelde ekstraterritoriell jurisdiksjon for en snever bestemmelse i en tilleggsprotokoll. Dette kan gjøre at overføringsverdien til andre saker er mindre. Samtidig er Domstolen transparent i resonnementene sine og forankrer begrunnelsen i rettskildene. Dette kan være viktig for at Domstolen beholder legitimitet hos statene. Ekstraterritoriell jurisdiksjon er et politisk minefelt og en utvidelse krever god begrunnelse. Balansen, både mellom legitimitet hos statene og effektiv menneskerettighetsbeskyttelse og konkret rimelighet og gode generelle regler, blir tydelig i denne saken.

Domstolen avviser en funksjonell tilnærming, til tross for at denne har vært populær i teorien og har fått feste seg hos FN-komiteer. Den funksjonelle tilnærmingen er mer menneskerettsvennlig, men slik gjennomgangen i del 4 viser er den ikke nødvendigvis et godt alternativ til EMDs nåværende jurisdiksjonslære. Særlig for positive forpliktelser kan en funksjonell jurisdiksjonsmodell føre til en vilkårlig allokering av byrder og forpliktelser. Dette undergraver noe av formålet med jurisdiksjon som terskelbestemmelse.

H.F. and others er neppe den siste dommen i sagaen om ekstraterritoriell jurisdiksjon. Dette er et felt i bevegelse og dommen er et eksempel på et nytt grunnlag som ikke passer inn i tidligere mønstre. Avhandlingen har forsøkt å systematisere noen av disse utviklingstrekkene. Det er noen fallgruver EMD må unngå i fremtidige saker. Dersom utviklingen blir frakoblet rettskildene, for resultatorientert og progressiv kan dette føre til at EMD undergraver sin egen legitimitet. Samtidig må ikke Domstolen være for restriktiv i frykt for å støte medlemsstatene etter som det vil føre til en dårligere menneskerettighetsbeskyttelse. Det er vanskelig å si noe sikkert om overføringsverdien til nye områder, som klima. Det er imidlertid klart at det er en pågående rettsutvikling der Domstolen har mulighet til å posisjonere seg som en garantist for nye grensekryssende menneskerettighetsutfordringer som ikke var aktuelle da Konvensjonen ble vedtatt.

6 Kilder

Litteraturliste

Litteratur

Aall, J. (2022) *Rettstat og menneskerettigheter 1: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter*. 1. utgave, Bergen: Fagbokforlaget.

Baumgärtel, M. (2020), «Reaching the Dead-End: M.N. and Others and the Question of Humanitarian Visas », *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/>, hentet 10.10.2023.

Bertelsen, T.E. (2011), *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. 1. utgave, Oslo: Gyldendal akademisk.

Council of Europe (2023), «Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights: Obligation to respect human rights – Concepts of “jurisdiction” and imputably», *Council of Europe Registry*, hentet 10.10.2023.

Djik P. m.fl. (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Antwerpen- Oxford: Intersentia.

Duffy, H. (2021), «Georgia v. Russia: Jurisdiction, Chaos and Conflict at the European Court of Human Rights», *Just Security*, <https://www.justsecurity.org/74465/georgia-v-russia-jurisdiction-chaos-and-conflict-at-the-european-court-of-human-rights/>, hentet 10.10.2023.

Dzehtsiarou, K. (2021) «The Judgement of Solomon that went wrong: Georgia v. Russia (II) by the European Court of Human Rights», *Völkerrechtsblog*, doi: 10.17176/20210126-191100-0, hentet 10.10.2023.

Einarsen, T. og Harlem, M. (2021) «Europas ansvar for egne borgere i Syria og den kommende storkammersaken», *Rett24*, <https://rett24.no/articles/europas-ansvar-for-egne-borgere-i-syria-og-den-kommende-storkammersaken>, hentet 10.10.2023

Emberland, M. (1999). «Det ekstraterritorielle vernet i EMK artikkel 3 – en oppdatering», *Jus-sens Venner Vol.34, Utg.1 Side 31–47*, <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/ISSN1504-3126-1999-01-02>.

Emberland, M. (2023), «The Committee on the Rights of the Child’s Admissibility Decisions in the ‘Syrian Camps Cases’ against France: a Critique from the Viewpoint of Treaty», *Human*

Rights Law Review, Volume 23, Issue 2, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngad008>, hentet 10.10.2023.

European Court of Human Rights, *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others* (no. 39371/20), *Grand Chamber hearing* [Videoklipp] (27. September 2023), <https://www.echr.coe.int/w/duarte-agostinho-and-others-v-portugal-and-others-no-39371/20->, hentet 10.10.2023.

Gavron, J. & Leach, P. (2021) «Damage Control After Georgia v Russia (II) – Holding States Re-Sponsible for Human Rights Violations During Armed Conflict », *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2021/02/08/damage-control-after-georgia-v-russia-ii-holding-states-responsible-for-human-rights-violations-during-armed-conflict/>, hentet 10.10.2023.

Giuffré, M. (2021), «A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights», *Questions of International Law*, http://www.qil-qdi.org/extraterritorial-jurisdiction-a-dialogue-between-international-human-rights-bodies-forthcoming/#_ftn48, hentet 10.10.2023.

Hamid, L. (2019), «Ilășcu: From Contested Precedent to Well-Established Case-Law», *Strasbourg Observers* , <https://strasbourgobservers.com/2019/10/31/ilascu-from-contested-precedent-to-well-established-case-law/>, hentet 10.10.2023.

Harris, D.J. et al. (2018), *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Oxford: Oxford University Press.

Hellestveit, C. (2022) «Geografisk retrett for menneskerettane?», *Dag og tid*, <https://www.dagogtid.no/samfunn/geografisk-retrett-for-menneskerettane-6.121.26962.8cc9c1ec25>, hentet 10.10.2023

Jacobs, White and Ovey (2014), *The European Convention on Human Rights*, 7. utgave, Oxford: Oxford University Press.

Kjølbros, J.F. (2023), *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, 6. utgave, København: Djøf Forlag.

Larsen, K.M. (2008), «Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test», *European Journal of International Law*, Volume 19 Issue 3 s. 509–531, <https://doi.org/10.1093/ejil/chn029>.

Milanovic, M. (2011), «Applicability of the ECHR to British Soldiers in Iraq», *The Cambridge Law Journal* 70 (1), s. 4-7., doi:10.1017/S000819731100002X.

Milanovic, M. (2012), «Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg», *European Journal of International Law*, Volume 23 Issue 1, s. 121–139, <https://doi.org/10.1093/ejil/chr102>.

Milanović, M. (2021), «European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko», *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/european-court-finds-russia-assassinated-alexander-litvinenko/>, hentet 10.10.2023.

Milanovic, M. (2011), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford: Oxford University Press.

Milanović, M. (2021), «Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Banković in the Contexts of Chaos», *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>, hentet 10.10.2023.

Milanović, M. (2023), «The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad and the Ugly – Part I», *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-i/>, hentet 10.10.2023.

Milanović, M. (2023), «The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad and the Ugly – Part II», *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/the-european-courts-admissibility-decision-in-ukraine-and-the-netherlands-v-russia-the-good-the-bad-and-the-ugly-part-ii/>, hentet 10.10.2023

Milanović, M., & Papić, T. (2018). «The Applicability of the ECHR in Contested Territories», *International & Comparative Law Quarterly* 67(4), s. 779-800, doi:10.1017/S0020589318000234.

Minervini, G. (2022), «H.F. and others v. France: Has the time finally come to rethink extraterritorial jurisdiction? », *Academia Diritto e Migrazioni*, <https://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2022/12/sodapdf-converted-8.pdf>, hentet 10.10.2023.

Moiseieva, A. (2021), «The ECtHR in Georgia v. Russia – a farewell to arms? The effects of the Court's judgment on the conflict in eastern Ukraine», *EJIL: Talk!*,

<https://www.ejiltalk.org/the-ecthr-in-georgia-v-russia-a-farewell-to-arms-the-effects-of-the-courts-judgment-on-the-conflict-in-eastern-ukraine/>, hentet 10.10.2023.

Moreno-Lax, V. (2020). «The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model” », *German Law Journal* 21(3), s. 385-416, doi:10.1017/glj.2020.25.

Mustasaari, S. (2022), «The Issue of Extraterritorial Jurisdiction in the Repatriation of Children Detained in Syrian Camps: Shortcomings in the ECtHR Judgment in H.F. and Others v. France», *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2022/11/01/the-issue-of-extraterritorial-jurisdiction-in-the-repatriation-of-children-detained-in-syrian-camps-shortcomings-in-the-ecthr-judgment-in-h-f-and-others-v-france%E2%80%9C/>, hentet 10.10.2023.

NRK (2020), «Frp ut av regjering», <https://www.nrk.no/norge/frp-gar-ut-av-regjering-1.14867637>, hentet 10.10. 2023.

Reid, K. (2007), *A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 3. utgave, London: Thomson: Sweet & Maxwell.

Risini, I. (2021), «Human Rights in the Line of Fire: Georgia v Russia (II) before the European Court of Human Rights», *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/human-rights-in-the-line-of-fire/m>, hentet 10.10.2023.

The Guardian, (2023), «European court of human rights: Suella Braverman makes fresh attack on European court of human rights», <https://www.theguardian.com/law/2023/sep/24/suella-braverman-makes-fresh-attack-on-european-court-of-human-rights>., hentet 15.11.2023.

Utenriksdepartementet, (2022) «Uttalelse fra Utenriksdepartementet ang. Dokument 8:56 S (2021- 2022) – representantforslag fra representantene Lie, Almeland og Lund, Oslo, 26. januar 2022», <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2021-2022/inns-202122-179s.pdf>., hentet 15.11.2023.

Sandelowsky-Bosman, C. & Liefgaard, T. (2020) «Children Trapped in Camps in Syria, Iraq and Turkey: Reflections on Jurisdiction and State Obligations under the United Nations Convention on the Rights of the Child», *Nordic Journal of Human Rights* 38:2, s. 141-158, doi: 10.1080/18918131.2020.1792090.

Scheinin, M. (2012) «Just Another Word? Jurisdiction in the Roadmaps of State Responsibility and Human Rights» i *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Langford et al., Cambridge: Cambridge University Press, doi:10.1017/CBO9781139002974.

Van Baelen, A. (2021), «What Is Fair in Law & War? Discussing States' Conduct and Compliance with Human Rights Standards During Military Operations Abroad in *Hanan v. Germany*», *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/2021/04/09/what-is-fair-in-law-war-discussing-states-conduct-and-compliance-with-human-rights-standards-during-military-operations-abroad-in-hanan-v-germany/>, hentet 15.11.2023.

Norske rettskilder

Domsregister:

Rt-2009-1261

Rt-2012-1985

Rt-2015-1388

Rt-2015-193

Internasjonale rettskilder

Traktater

BK

FNs konvensjon om barnets rettigheter,
New York 20. november 1989

CEST

*Council of Europe Convention on the
Transfer of Sentenced Persons*, Stras-
bourg, 21. mars 1983

EAW

*Council Framework Decision of 13 June
2002 on the European arrest warrant and
the surrender procedures between Mem-
ber States*, Luxembourg, 13. juni 2002.

ECS	<i>Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter, Nice 7. desember 2000</i>
EMK	<i>Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].</i>
EMK TP4	<i>Protokoll nr. 4 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen, Strasbourg 16. september 1963</i>
EMK TP15	<i>Protokoll nr. 15 om endring av Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter – CETS 213, Strasbourg, 24. juni 2013</i>
GC I-IV	<i>Genèvekonvensjone: Geneve-konvensjonen om forbedring av såredes og sykes kår i de væpnede styrker i felten (I), Geneve-konvensjonen om forbedring av såredes, sykes og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs (II), Geneve-konvensjonen om behandling av krigsfanger (III) og Geneve-konvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid (IV), Genève 12. august 1949</i>
Minsk-konvensjonen	<i>Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases (The Minsk Convention), Minsk, 22. Januar 1993</i>
SP	<i>FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, New York 16. desember 1966</i>
VCLT	<i>The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23 May 1969</i>

ØSK

FNs internasjonale konvensjon om om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, New York 16. desember 1966

Andre dokumenter som gir uttrykk for sedvanerett
ARISWA

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission, November 2001

Forarbeider og andre internasjonale dokumenter

Travaux préparatoire

Travaux préparatoire de l'article 1er de la Convention Européenne des Droit de l'Homme. Strasbourg, (1977), Human Rights Library, Council of Europe

Rettspraksis

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom

Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom (dec.), no. 11987/11, 28. januar 2014

Ahorugeze v. Sweden

Ahorugeze v. Sweden, no. 37075/09, 27. oktober 2011

Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom

Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom (dec.), no. 61498/08, 30. juni 2009

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC], no. 55721/07, 7. juli 2011

Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan	Aliyeva and Aliyev v. Azerbaijan, no. 35587/08, 31. juli 2014
Banković and Others v. Belgium and Others	Banković and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, 12. desember 2001
Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway	Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway (dec.) [GC] nos. 71412/01 og 78166/01, 2. mai 2007
Carême v. France	Carême v. France [GC], no. 7189/21, 29. mars 2023 (høring)
Carter v. Russia	Carter v. Russia, no. 20914/07, 21. september 2021
Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia	Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia [GC], nos. 43370/04 and 2 others, 19. oktober 2012
Cyprus v. Turkey	Cyprus v. Turkey (Commission decision), no. 6780/74, 26. may 1975
Cyprus v. Turkey	Cyprus v. Turkey [GC] (2001), no. 25781/94, 12. mai 2001
Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others	Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others [GC], no. 39371/20, 27. september 2023 (høring)
Georgia v. Russia	Georgia v. Russia (II) [GC] (merits), no. 38263/08, 21. januar 2021
Golder v. the United Kingdom	Golder v. the United Kingdom, no. 4451/70, 21. februar 1975

Gray v. Germany	Gray v. Germany, no. 49278/09, 22. mai 2014
Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey	Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey [GC], no. 36925/07, 28. mars 2018
H.F. and Others v. France	H.F. and Others v. France [GC], nos. 24384/19 and 44234/20, 14. september 2022
Hanan v. Germany	Hanan v. Germany [GC], no. 4871/16, 16. februar 2021
Hassan and Others v. France	Hassan and Others v. France, nos. 46695/10 and 54588/10, 4. desember 2014
Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia	Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [GC], no. 48787/99, 8. juli 2004
Lawless v. Ireland	Lawless v. Ireland (No.3), no. 332/57, 1. juli 1961
Loizidou v. Turkey	Loizidou v. Turkey (merits) (1996), no. 15318/89, 18. desember 1996
Loizidou v. Turkey	Loizidou v. Turkey (preliminary objections), no. 15318/89, 23. mars 1995
M.N. and Others v. Belgium	M.N. and Others v. Belgium (dec.) [GC], no. 3599/18, 5. mai 2020
Makuchyan and Minasyan v. Hungary and Azerbaijan	Makuchyan and Minasyan v. Hungary and Azerbaijan, no. 17247/13, 26. mai 2020

Markovic and Others v. Italy	Markovic and Others v. Italy [GC], no. 1398/03, 14. desember 2006
Medvedyev and Others	Medvedyev and Others [GC], no. 3394/03, 6. mai 2009
MMS and Belgium v. Greece	MMS and Belgium v. Greece, no. 30696/09, 21. januar 2011
Mortier c. Belgique	Mortier c. Belgique, no. 78017/17, 04. oktober 2022
Öcalan v. Turkey	Öcalan v. Turkey, no. 46221/99, 12. mars 2003
Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom	Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, no. 8139/09, 17. januar 2012
Pretty v. the United Kingdom	Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, 29. april 2002
Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia	Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia, 75734/12, 2695/15 and 55325/15, 19. november 2019
Romeo Castaño v. Belgium	Romeo Castaño v. Belgium, no. 8351/17, 9. september 2019
Soering v. the United Kingdom	Soering v. the United Kingdom [P], no. 14038/88, 7. juli 1989
Stephens v. Malta	Stephens v. Malta (no. 1) no. 11956/07, 21. april 2009,
Tyrer v. the United Kingdom	Tyrer v. the United Kingdom, no. 5856/72, 25. april 1978.

Ukraine v. Russia (re Crimea)	Ukraine v. Russia (re Crimea) (dec.) [GC], nos. 20958/14 and 38334/18, § 344, 16. desember 2020
Vasiliciuc v. Republic of Moldova	Vasiliciuc v. Republic of Moldova, no. 15944/11, 2. mai 2017
Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland	Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland [GC], no. 53600/20, 29. mars 2023 (høring)
Veronica Ciobanu v. Republic of Moldova	Veronica Ciobanu v. Republic of Moldova, no. 69829/11, 9. februar 2021
Victor-Emmanuel De Savoie v. Italy	Victor-Emmanuel De Savoie v. Italy, no. 53360/99, 24. april 2003
Öcalan v. Turkey	Öcalan v. Turkey [GC], no. 46221/99, 12.mai 2005.
<i>Praksis fra EU-domstolen</i>	
Sak C-638/16 PPU X and X v. Belgium	ECLI:EU:C:2017:173
<i>Uttalelser fra FNs menneskerettskomiteer</i>	
Barnekomiteen, Chiara Sacchi et al. v. Argentina, CRC/C/88/D/104/2019, 11. november 2021	
Barnekomiteen, F.B. et al v France, CRC/C/86/D/R.77/2019, 25. februar 2021	
Barnekomiteen, L.H. et al v France, CRC/C/85/D/79/2019-CRC/C/85/D/109/2019, 2. november 2020	
Menneskerettighetskomiteen, General Comment no. 27 Article 12 (Freedom of Movement), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2. november 1999	
Menneskerettighetskomiteen, General Comment No. 36 on article 6: right to life, CCPR/C/GC/36, 3. september 2019	

Menneskerettighetskomiteen, A.S. et al. v. Italy, CCPR/C/130/DR/3042/2017, 28. april 2021

Menneskerettighetskomiteen, A.S. et al. v. Malta, CCPR/C/128/D/3043/2017, 28. april 2021