
**ET FORSVAR FOR RETSSTATSPRINCIPPET I EN
UDFORDRENDE TID**

EN JURIDISK OG FILOSOFISK AFHANDLING

Darragh K. Connell

BCL (NUI), LL.M (Cambridge), advokat

RESUMÉ

Man hører ofte i krisetid det argument, at en ændring af omfanget og karakteren af de ulykker, der truer et samfund, retfærdiggør en ændring af det pågældende samfunds system af borgerlige frihedsrettigheder, og at denne proces bedst forstås ud fra devisen om, ”at finde en ny balance mellem frihed og sikkerhed”. Denne strengt utilitaristiske og konsekvensetiske tankegang er afspejlet i Tony Blairs skrækkelige udtalelse i kølvandet på 11. september: ”Spillereglerne har ændret sig”.

Denne afhandling anfører det synspunkt, at enhver ændring af rettigheder kræver selvstændig begrundelse. Som Jeremy Waldron skriver, ”... hvis sikkerhed nu vejer tungere end frihed på en måde, det ikke var tilfældet den 10. september 2001, må der være komplicerede grunde til, at det forholder sig sådan”. Samtidig med at analysen i denne afhandling accepterer den kompleksitet, der er kernen i diskussionen om retsstatsprincippet, ligger den inden for den opfattelse af retsstatsprincippet, som er baseret på klassiske, liberale menneskerettigheder.

Afhandlingen starter således med at undersøge det filosofiske grundlag for en liberal opfattelse af retsstatsprincippet. Der henvises til forfattere som f.eks. Isaiah Berlin og Immanuel Kant i forbindelse med opbygningen af et billede af et system, hvor den enkeltes rettigheder er altafgørende, og hvor alle mennesker gives lige moralsk status.

Afhandlingen beskriver dernæst nærmere og på mere formalistisk vis de grundlæggende krav til et standardsystem for lov og orden. Der lægges særlig vægt på kravene til vished og lovgivningens ikke-tilbagevirkende kraft.

En væsentlig del af afhandlingen beskæftiger sig med to områder, hvor den epokedefinerende ”krig mod terror” har haft en massiv indflydelse på retsstatsprincippet. For det første vil bestemmelser om nødbeføjelser blive behandlet. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols holdning til fravigelser af beføjelserne i henhold til artikel 15 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil i særdeleshed blive kritisk vurderet. Der vil blive argumenteret for, at hele balancen mellem frihed og sikkerhed er illusorisk og i sidste ende ødelæggende for en liberal opfattelse af menneskerettigheder og retsstatsprincippet. Det vil således blive hævdet, at paradigmet om normaltilstand-regel og nødtilstand-undtagelse, hvor diskussionen om nødbeføjelser uundgåeligt finder sted, undlader at inddrage kompleksiteten i en moderne ”offentlig nødsituation” og i særdeleshed den normative kraft, som nødbeføjelser har på retsstatsprincippet generelt.

Det andet forhold, der behandles i detaljer, er anvendelsen af tortur – en praksis, der desværre er blevet taget i brug igen i de senere år. Der stilles det spørgsmål, hvorvidt tortur nogensinde kan retfærdiggøres i et moderne, demokratisk samfund, der bygger på retsstatsprincippet. I særdeleshed vil den indvirkning, som Alan Dershowitz' ide om torturkendelser har på retsstatsprincippet, blive kritisk analyseret. Endelig vil det blive hævdet, at legalisering af tortur vil have en underminerende virkning på de demokratiske strukturer i den moderne stat, og at der bør gøres alt for at knuse direkte og indirekte tortur i kølvandet på krigen mod terror.

Afslutningsvis vil det blive hævdet, at en analyse af retsstatsprincippet ud fra et menneskerettighedssynspunkt er et nødvendigt barometer, ud fra hvilket vi kan vurdere de foranstaltninger, der træffes af staten for at imødegå den reelle terrortrussel. Letkøbte begrundelser for en ændring af det nuværende system af frihedsrettigheder på grundlag af en nødvendig ”rebalancering” bør undgås. Det anføres, at en redelig undersøgelse af en given foranstaltnings menneskerettighedskompatibilitet er afgørende med hensyn til at sikre, at frygt og mistro ikke bliver kendetegnende for vores samfund.

BIBLIOGRAFI

ARTIKLER OG BØGER

J. Waldron, 'The Theoretical Foundations of Liberalism' in Waldron (ed.) *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991* (1993) kap. 2; også i *Philosophical Quarterly* (1987) 127-150

A. Sen, 'Elements of a Theory of Human Rights', 2004 *Philosophy and Public Affairs* (32:4)

De Ruggiero, 'What is Liberalism?' (del II: kapitel I) and 'Liberalism and Democracy' (del II: kapitel II) fra *History of European Liberalism* (1959)

J. Shklar 'The Liberalism of Fear' in Rosenblum (ed.) *Liberalism and the Moral Life* (1989), pp. 21-39

J. Locke, *Second Treatise on Government*, Chs. II ('Of the State of Nature'), VII ('Of Political or Civil Society'), IX ('Of the Ends of Political Society and Government')

I. Kant, *The Groundwork of the Metaphysic of Morals*

Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, kapitel 1 'Of the Absolute Rights of Individuals'

B. Constant, 'The Liberty of the Ancient Compared with that of the Moderns', *Political Writings*, Cambridge texts in the History of Political Thought (2003) 309-328

A. de Tocqueville, *Democracy in America* Vol. II (del IV) kapitel 6 ('What Kind of Despotism Democratic Nations Have to Fear')

I. Berlin, 'Two Concepts of Liberty' i hans *Four Essays on Liberty* (1969) og i samlingen af hans arbejder redigeret af Henry Hardy, *Liberty* (2002)

J.S. Mill, *On Liberty*, I, III og IV

J. Waldron, 'Security and Liberty: the Image of Balance', 11 *Journal of Political Philosophy* (2003) 191-21

K. Marx, 'On the Jewish Question', *Early Political Writings*, Cambridge Texts in the History of Political Thought (1994) 28-56

R. Bork, 'The Limits of "International Law"', 18 *National Interest* (Winter 1989-90) 3

Goldsmith and Posner, *The Limits of International Law* (2005)

O. Gross and F. Ni Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)

S Marks and A Clapham, *International Human Rights Lexicon* (Oxford: OUP, 2005), 'Detention', 'Disappearance' and 'Terrorism'

H. Duffy, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005)

J. Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994)

C. Gearty, *Can Human Rights Survive?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)

International Commission of Jurists, *Assessing Damage, Urging Action*, Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, 2009

F. Johns, 'Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception' 16(4) *EJIL* (2005) 613–635

S. McCrory, 'The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance' *HRL Rev* 2007, 7(3) 545.

S. Sottiaux, *Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 2008)

A. Svensson & L. McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of The*

International Monitoring Organs (International Studies in Human Rights) (Haag: Nijhoff Publishers, 1998)

R.A. Wilson, (ed.), *Human Rights in the 'War on Terror'* (New York: Cambridge University Press, 2005)

A. Dershowitz, 'Should the Ticking Bomb Terrorist Be Tortured?', kapitel 4 i *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to The Challenge* (New Haven, Conn.; London: Yale University Press, 2002)

S. Marks, 'Apologising for Torture', 73 *Nordic Journal of International Law* (2004) 365-385

K. Greenberg and J. Dratel (eds.), *The Torture Papers* (Cambridge: CUP, 2005) (especially J. S. Bybee, 'Memorandum for Alberto Gonzales, Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 USC §§2340-2340A', 1 August 2002, pp 172-217)

"Ceausecu looked into my eyes, and he knew he was going to die" The Times, 24.

december, 2009, tilgængelig på

<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/europe/article6967099.ece>

K. Hoff and J. Stiglitz "*The Creation of the Rule of Law and the Legitimacy of Property Rights: The Political and Economic Consequences of a Corrupt Privatisation*" (2007) World Bank Policy Research Working Papers

Rapport om dansk antiterrorlovgivning, tilgængelig på [http://www.adh-geneva.ch/RULAC/national legislation.php?id_state=55](http://www.adh-geneva.ch/RULAC/national_legislation.php?id_state=55)

EN FÆLLES PUBLIKATION FRA CENTER FOR DEFENSE INFORMATION OG WORLD SECURITY INSTITUTEs KONTOR I BRUXELLES “*COUNTERTERRORISM IN THE EUROPEAN UNION: A WHO’S WHO OF THE AGENCIES INVOLVED*”, tilgængelig på

<http://www.cdi.org/PDFs/EU%20Counterterrorism%20Francis%20Rheinheimer.pdf>

RETSSAGER

Lawless mod Irland (No. 3) (1979-80) 1 E.H.R.R. 15

Brogan et al mod Det Forenede Kongerige (1989) 11 E.H.R.R. 117

A mod Det Forenede Kongerige (2009) 49 E.H.R.R. 29 Grand Chamber

Irland mod Det Forenede Kongerige, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, 18. januar 1978

Aksoy mod Tyrkiet, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, 18. december 1996

Committee Against Torture, General Comment No. 2, gennemførelse af artikel 2 af statsparter, 24. januar 2008, CAT/C/GC/2

Human Rights Committee, General Comment No. 20, Article 7, (1992)

Selmouni mod Frankrig, dom fra Den Europæiske
Menneskerettighedsdomstol, 28. juli 1999

Chahal mod Det Forenede Kongerige, dom fra Den Europæiske
Menneskerettighedsdomstol, 26. oktober 1996

Saadi mod Italien, Application No. 37201/06, dom fra Den Europæiske
Menneskerettighedsdomstol, Grand Chamber, 28. februar 2008

Agiza mod Sverige, CAT/C/34/D/233/2003, 20. maj 2005

Liversidge mod Anderson [1942] AC 206

INDHOLDSFORTEGNELSE

I. Indledning

II. Filosofisk grundlag for en opfattelse af retsstatsprincippet baseret på individuelle rettigheder

III. Definition af retssikkerhed

IV. Retsstatsprincippet i terrorismens tidsalder

a. Nødbeføjelser

b. Tortur

VI. Konklusion

I. Indledning

”Hvor end loven ender, begynder tyranniet”

- John Locke, *Second Treatise of Government* (1690)

Hvis menneskeheden i det tidlige 21. århundrede skal lære bare én lektie af de flere tusinde års civilisation, der er gået forud for vores tid, bør det være den enkle erkendelse af ideernes rene magt. Ideer i alle afskygninger og af alle årgange har ført til revolution og oprør, inspireret nationer til undergang og katastrofe, truet magtfulde imperier og vedtagne doktriner og indgydt kulturer og kontinenter tillid og arrogance til at dominere fjerntliggende lande. Ideers evne til hurtigt eller gradvis at ændre selve karakteren af verden omkring os må ikke undervurderes. Til dette formål skrev Ludwig von Mises i 1927 forudseende nok:

Det er ideer, der inddeler mænd i kæmpende fraktioner, giver dem våben i hænderne og bestemmer mod hvem og for hvem, våbnene skal anvendes. Det er alene ideer og ikke våben, der i den sidste ende er tungen på vægtskålen.

Endvidere udgør ideer om, hvordan samfundet bør fungere, kernen i

lovgivningen. Enhver lov, enhver grundlov eller ethvert charter er en fremstilling af, hvor magten i et vilkårligt samfund ligger. Fordelingen af ressourcer, tildelingen af skyld og befolkningens værdier afhænger alle af det gældende lovsystem. Der har siden gammel romersk lov og frem til vore dages menneskerettighedsaftaler eksisteret en allestedsnærværende anerkendelse af, som Locke postulerer ovenfor, at uden lov findes ingen orden.

Loven kan ikke desto mindre anvendes som præcis det værktøj til undertrykkelse, der ofte er manifesteret i indførelsen af en tvangsorden for samfundet. Det er selvindlysende, at Sydafrika med sin apartheid, Mugabes Zimbabwe og Hitlers Tyskland alle virkede med og afhang af hjemmel i loven. Således har love eller rettere ideerne bag sådanne love haft indvirkning på menneskets tyranni såvel som dets frigørelse.

En vurdering af lovens *rolle* i verden er uden tvivl af største vigtighed i det 21. århundrede – en æra, der indtil videre er defineret af ”krigen mod terror”. Svagheden ved international lov med hensyn til at stille magtfulde realpolitiske interesser til ansvar kan stå som modsætning til den stigende forfinelse af nationale udenretlige konfliktmekanismer i kombination med den generelle vækst i den administrative stat. Innovative og grænseoverskridende juridiske, regulerende systemer i en eller anden form er formodentlig nu påkrævet for at håndtere vor tids epokedefinerende

spørgsmål: klimaforandringer, global finansiel regulering og nye økonomiske magters opdukken.

Det er inden for denne geopolitiske malstrøm passende, at nærværende afhandling søger at takle det ældgamle spørgsmål om, hvad der præcis menes med retsstatsprincippet. Som nævnt ovenfor er spørgsmål om magt og straf, stat og samfund samt kontrol og frihed kernen i dette forsøg. Det synspunkt, der fremsættes heri, er ikke-undskyldende i sin opfattelse af retsstatsprincippet set gennem menneskerettighedsprismet.

Med det formål undersøges med den anvendte struktur først kort det filosofiske grundlag for en sådan opfattelse af retsstatsprincippet. En filosofisk tilgang er rent faktisk af yderste vigtighed i lyset af den meget uklare brug og misbrug af begrebet retsstatsprincippet i en moderne, samfundsmæssig diskurs – ofte til skade for menneskerettighederne.

Filosofi vokser i høj grad ud af et ønske om at erstatte holdning med viden og retorik med fornuft. For en filosof er det ikke tilstrækkeligt bare at have en mening om tro; man skal være i stand til at give en rationel forklaring på sin overbevisning. I al væsentlighed prøver filosofi at erstatte samfundstro med rationel viden. En sådan søgen efter viden fører til uundgåelige spændinger med samme hykleri, der regelmæssigt forherliger begrebet retsstatsprincippet uden nogensinde på meningsfuld vis at forstå dets natur.

På baggrund af dette filosofiske grundlag søger anden halvdel af denne

afhandling mere præcist at definere, hvad der forstås ved retsstatsprincippet med særlig reference til de karakteristika, der beskriver vores moderne opfattelse af retsstatsprincippet.

En væsentlig del af afhandlingen beskæftiger sig med den trussel mod det menneskerettighedsbaserede retsstatsprincipparadigme, som terrorisme og mere præcis antiterrorforanstaltninger udgør. Forhold vedrørende nødbeføjelser og tortur beskrives i detaljer.

II. Filosofisk grundlag for en opfattelse af retsstatsprincippet baseret på individuelle rettigheder

I centrum af vestlig frihed og demokrati ligger den holdning, at det individuelle menneske, Guds barn, er prøvestenen for værdi, og hele samfundet, grupper samt staten eksisterer for dets nytte. Således skal udvidelsen af frihed for det individuelle menneske være det ultimative mål og den varige praksis i ethvert vestligt samfund.

Robert F. Kennedy, Day of Affirmation
Address

University of Cape Town, 6. juni, 1966

Menneskerettigheder beskrives sandsynligvis bedst som rettigheder, der tilvejebringer de nødvendige forudsætninger for, at samfundet kan skænke mennesker deres fulde værdighed. En værdighed, der udøves gennem en rettighed, der ikke kun bygger på rettighedshaverens interesser, men en moralsk rettighed, hvis dyd er hensynet til de forpligtelser, vi skylder hinanden. Denne følelse af ”en rettighed” beskrives bedst i en sammenhæng, hvor naturen opfattes som værende skaber af moralske bydende nødvendigheder. En sådan opfattelse baseret på værdierne ved individuel menneskelig frihed som f.eks. tolerance, respekt, lighed, værdighed og frihed danner en sammenhæng for en vurdering af retsstatsprincippet i en given situation. Den forholdsvis nye udvikling i international lovgivning om menneskerettigheder danner normative rammer

for en sådan opfattelse, der skal fostres.

Verdenserklæringen om Menneskerettigheder blev vedtaget den 10. december 1948 som et direkte svar på rædslerne under 2. verdenskrig. I realiteten omfatter verdenserklæringen og andre dokumenter som f.eks. FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder en nutidig menneskerettighedsdoktrin, der inkorporerer den anskuelse, at alle mennesker har en grundlæggende og lige moralsk status, der værnes om af menneskerettighedsbegrebet. Det er lige præcis denne ide om lighed, der udgør bolværket for en opfattelse af retsstatsprincippet på grundlag af menneskerettighederne.

Skønt det kun er 52 år siden, at den fulde betydning af menneskerettighederne blev kodificeret, er udviklingen af dette begreb om retsstatsprincippet ledsaget af tilsynekomsten og optagelsen af forskellige filosofiske og moralske ideer, hvoraf den mest indflydelsesrige var liberalismens oplysningsbegreb. Dette afsnit udforsker en række af liberalismens store tænkere og kritikere og undersøger, hvordan deres synspunkter har indvirket på teori og praksis i nutidens internationale menneskerettigheder.

Det hævdes fra begyndelsen, at liberalismens hovedteser – naturretten, moralsk autonomi, menneskeværdighed og -lighed – dannede et normativt fundament for, som Judith Shklar udtrykker det, ”en politisk doktrin med ét

altoverskyggende formål: at sikre de politiske forudsætninger, der er nødvendige for udøvelsen af personlig frihed”. Dette normative fundament følges af forestillinger om retsstatsprincippet baseret på respekt for personlig frihed.

Liberalismen præsenterer adskillige opfattelser af personlig frihed. Benjamin Constant erkendte således en sondring mellem antik og moderne frihed. Førstnævnte er ganske enkelt frihed til direkte at øve indflydelse på politik gennem debatter og afstemninger i offentlige forsamlinger. Med henblik på at understøtte denne grad af deltagelse var statsborgerskab en tyngende moralsk forpligtelse, der krævede betydelige investeringer i form af tid og energi. I modsætning hertil var moderne frihed baseret på borgerlige frihedsrettigheder, retsstatsprincippet og frihed fra overdreven indblanding fra statens side. Repræsentativt demokrati ville erstatte fortidens direkte deltagelse, en nødvendig konsekvens af den moderne stats størrelse.

Isaiah Berlin videreudviklede Constants sondring inden for en overgribende liberal struktur af værdipluralisme. Frihed var både positiv og negativ for Berlin. Han definerede den negative frihed som den ”frihed”, der blev anvendt af Thomas Hobbes, dvs. manglende tvang i et menneskes private aktiviteter fra en udefra kommende part. I modsætning hertil kan den positive frihed, idet der trækkes på den aristoteliske definition af statsborgerskab, forstås som den enkeltes rolle i valget af, hvem der leder det samfund, som denne deltager i. Berlin erklærede, at begge

frihedsbegreber repræsenterer gyldige menneskelige idealer, og at begge er nødvendige i ethvert frit og civiliseret samfund. Berlin erkendte ikke desto mindre de naturlige farer ved den positive friheds tendens til at føre til dyrkelse af autoritære principper i skikkelse af et statsligt formynderisk styre.

Denne frygt for statens tvangsmagt er en af liberalismens afgørende facetter. Tænkere som f.eks. John Locke er af den faste overbevisning, at det enkelte individ har naturretigheder uafhængigt af den politiske anerkendelse, det har fået tildelt af staten. Det var denne Locke'ske tradition, der dannede grundlag for den amerikanske forfatnings bekræftelse af ukrænkeligheden ved livet, friheden og jagten på lykke.

Judith Shklar går videre i sin diskussion af det bredere begreb ”frygtens liberalisme”, der har ”frihedsbegrebet på sit højdepunkt”, således at ”begrænset styring og kontrol af uligt fordelt politisk magt udgør minimale forudsætninger, uden hvilke frihed er utænkeligt i ethvert politisk organiseret samfund”. Skønt disse forudsætninger utvivlsomt er nødvendige, hævdede hun, at frygtens liberalisme kan føre til uønsket irrationalitet i staten. Et eksempel på en sådan irrational frygt i staten fremgår klart af udviklingen af Tea Party-bevægelsen i USA i modsætning til universel sundhedspleje, tilsyneladende på grund af ”frygten for upersonlig storadministration”.

Idet der vendes tilbage til afhandlingen om oprindelsen til det rettighedsbaserede retsstatsprincip, hævdes det, at bidraget fra den tyske

filosof Immanuel Kant har været markant. Faktisk er en lang række af Kants centrale temaer inden for moralfilosofien fortsat særdeles fremtrædende i nutidens retfærdiggørelse af menneskerettigheder. Således giver Kant i *"Grundlæggelse af sædernes metafysik"* et middel til retfærdiggørelse af menneskerettighederne som grundlag for individuel selvbestemmelse baseret på den menneskelige fornufts styrke. Kant udtrykker sin teori som "det kategoriske imperativ", som han formulerer som følger: "Du skal handle således, at den maksime, under hvilken Du handler, skal kunne være en almen lov". Derfor er det universelle ved moralske principper, der styrer menneskelige relationer, en betingelse for individuel moralsk autonomi og grundlæggende lighed. Dette er i al væsentlighed ensbetydende med en ren form for lighed, hvor moralsk ret behandles som et mål i sig selv. På denne vis er en verden af rationelle væsner mulig som et "formålenes rige", hvor ethvert medlem ved sin egen grundsætning eller selvpålagte regler bliver et lovgivende medlem af et universelt formålenes rige. Det formelle princip ved disse grundsætninger er "Så handl, som om grundsætningerne også skulle tjene som universel lov for alle rationelle væsener". Det hævdes, at en sådan fortolkning, skønt den er meget abstrakt, er i overensstemmelse med den moderne opfattelse, at menneskerettigheder er rettigheder, som vi universelt har som selvstændige og ligeværdige væsner. På tilsvarende vis sikrer det kategoriske imperativ, at, som De Ruggiero bemærker, "individet er mere end bare et individ, da dets samvittighed for individet repræsenterer

en lov, en myndighed, der allerede indeholder universelle elementer af dets væsen”.

Den kulturelle relativisme kritiserer liberalismens universalistiske teori om menneskerettighederne. Ifølge tilhængere af relativismen er menneskerettighederne, specielt som der værnes om dem i FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder, grundlæggende af vestlig oprindelse og er således ikke anvendelige til problemer i andre dele af verden, hvor fælles menneskerettigheder eller kulturelt følsomme normer traditionelt har været de fremtrædende temaer i et bestemt samfund. Dette argument førte delvis til at begynde med til oprettelsen af FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og i nyere tid til udviklingen af såkaldte tredjegerationsrettigheder. Skønt diskussionen mellem universalisme og kulturel relativisme i sig selv er et separat spørgsmål, forbliver advarslen den, at selv i en afhandling om moderne menneskerettigheder tiltrækker liberalismens universalistiske fordomme om rettigheder sig ikke enstemmig billigelse.

Liberalismen kan også sættes i modsætning til de konkurrerende utilitaristiske idealer, som John Stuart Mill har gjort sig til talsmand for. Utilitarismen søger at opnå den ”største lykke for det størst mulige antal mennesker”. At individuelle rettigheder ikke er placeret i centrum af denne matrice giver alvorlig grund til bekymring. Faktisk afviser John Rawls i ”*A Theory of Justice*” ideen om, at lykken for to forskellige personer meningsfuldt

kan regnes sammen, da det betyder, at en gruppe af mange behandles som én sansende enhed. Uheldigvis er den utilitaristiske øvelse med at afveje det enkelte menneskes rettigheder over for det bredere samfunds rettigheder blevet fremtrædende i løbet af de seneste år i domstolenes vurderinger af menneskerettigheder, særligt i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Som det vil blive diskuteret nedenfor, har Jeremy Waldron fremhævet den vildfarelse, det er at afveje individuel frihed og national sikkerhed i forbindelse med antiterrorlovgivningen.

Jeremy Bentham hævdede også notorisk, at det er ”rent vås: naturligt og ufortabeligt retorisk vås – opstyltet vås” at tale om naturretigheder. For ham giver naturen en baggrund, mod hvilken vi ønsker, at der fandtes sådan noget som rettigheder, men de eksisterer ikke, førend loven skaber dem.

Til trods for besværlighederne ved irrationalitet og en mangel på kulturel følsomhed sætter liberalismen et stærkt forsvar op for lige rettigheder, eftersom borgerne skal have rettigheder for at bevare deres frihed og beskytte sig selv mod misbrug. Et liberalt samfund er i denne henseende, som Shklar bemærker, nødvendigvis ”et demokratisk samfund, eftersom det uden tilstrækkelig magtlighed til forsvar af den enkeltes rettigheder kun er et håb”. Det vil senere blive hævdet, at det er dette demokratiske princip, der kæder menneskerettigheder og frihed sammen med retsstatsprincippet.

I modsætning hertil overvejer Marx, idet han refererer til den hegelianske betragtning om ”abstrakt frihed”, at abstrakte liberale demokratiske rettigheder dækker over en vis realitet, som han senere henviste til som ”basis”. Tilsynekomsten af lighed er for ham absolut farlig. Menneskerettigheder repræsenterer således *adskillelsen* af menneske fra menneske mere end menneskets sande *frigørelse*. Denne kritik af menneskerettigheder og liberalisme holder ikke, uanset hvor overbevisende den måtte være, til en omhyggelig praktisk undersøgelse, da Marx’s alternativ, baseret på en virkeliggørelse af frihed gennem opløsning af staten, kan betragtes som værende søgt på grund af statens iboende natur som en juridisk enhed i et moderne samfund.

Alligevel er demokrati ikke i sig selv frihed, eftersom liberalismen er i fare uden en tilgængelig, retfærdig og uafhængig dømmende magt i kombination med en mangfoldighed af politisk aktive grupper. Alexis De Tocqueville fordømte således farerne ved et apatisk borgerskab i et demokrati. Det var efter hans mening ”langt vigtigere at modstå apati end anarki eller despotisme, da apati kan føre til det ene eller det andet nærmest vilkårligt. I den moderne æra, hvor politisk apati er udbredt, skal vi aktivt forhindre undermineringen af friheder i lyset af den apatiske mangel på interesse.

Endelig forårsagede liberalismens individuelle, rettighedsfokuserede principper betydelige og endda revolutionerende politiske omvæltninger i selve sammensætningen af lov og samfund. Sådanne idealer var i det 18.

århundrede udtrykt i dokumenter som f.eks. den amerikanske uafhængighedserklæring. Tilsvarende fortsatte ideen om individuelle rettigheder med at give genlyd i det 19. århundrede som eksemplificeret af Mary Wollstencrafts "Et forsvar for kvindernes rettigheder".

Det lykkedes ikke i første halvdel af det 20. århundrede for liberalismens idealer at forhindre nationalistisk krigsmageri og totalitarismens gennembrud, der sluttede med det meningsløse tab af menneskeliv på steder som f.eks. Somme, Gallipoli og Normandiet.

Den fuldstændige ødelæggelse under begge verdenskrige førte direkte til Verdenserklæringen om Menneskerettigheder. Forordet til erklæringen understreger, at "anerkendelse af den mennesket iboende værdighed og af de lige og ufortabelige rettigheder for alle medlemmer af den menneskelige familie er grundlaget for frihed, retfærdighed og fred i verden". Disse prisværdige idealer var ikke nye idealer, men mere en afspejling af en dybere og forsømt liberalisme som hos Locke og Kant, Berlin og Constant. I en tid efter 11. september er det afgørende at sikre, at hverken Verdenserklæringen om Menneskerettigheder eller de liberale idealer, der var grundlaget for den, glemmes i krigen mod terror. Som De Ruggiero udtrykker det: "Frihed er ikke en pyntegenstand eller en luksus, men et ansvar, et offer, en disciplin." Det er den ældgamle pligt for dem, der forsvarer friheden.

III. Definition af retsstatsprincippet

A. Retsstatsprincippet som uklart begreb?

I nyere tid har termen ”retsstatsprincip” tiltrukket beundrere lige fra politikere, advokater over økonomer til videnskabsmænd. Med en sådan mangfoldighed af fortalere eksisterer der den iboende risiko, at definitions-mæssige variationer af retsstatsprincippet vil skabe usikkerhed om den underliggende grundsætning, hvorved retsstatsprincippet hurtigt ender med at blive meningsløst ordgyderi.

Faktisk har Joseph Raz kommenteret tendensen til at benytte retsstatsprincippet som en symbolsk beskrivelse af de positive aspekter ved ethvert givent politisk system. John Finnis har beskrevet retsstatsprincippet som ”det navn, der oftest gives til den situation, hvor retssystemet juridisk set er i god form”. Judith Shklar har antydnet, at udtrykket måske har mistet sin betydning på grund af ideologisk misbrug og generel overdreven brug:

”Det kan meget vel være blevet endnu et selvtilfreds retorisk påhit, der pryder offentlige udtalelser fra angloamerikanske politikere. Man skal derfor ikke spille intellekt på sådan en smule skræppen fra den regerende klasse.”

Jeremy Waldron anerkender i sin kommentar til *Bush mod Gore*, hvor begge sider påberåbte sig retsstatsprincippet, det udbredte indtryk, at udtalelsen af

disse magiske ord blot betød sådan noget som ”Hurra for vores side!”

Brian Tamanaha har beskrevet retsstatsprincippet som ”et overdrevent flygtigt begreb”, der giver anledning til ”voldsom afvigelse mellem forskellige opfattelser”, og analogt til begrebet ”god” i betydningen ”alle går ind for det, men har forskellige meninger om, hvad det er”.

Overalt i den vestlige verden har den lovgivende magt for længst indset det ekstremt vanskelige i at formulere en kortfattet og præcis definition, der egner sig til brug i en lov, og har foretrukket at overlade opgaven med definitionen til domstolene selv, hvis og når lejligheden opstod.

Økonomerne Hoff og Stiglitz har et mere snævert syn på begrebet og foreslår, at [de] med retsstatsprincip mener ”veldefinerede og håndhævede ejendomsrettigheder, bred adgang til disse rettigheder og forudsigelige regler, der håndhæves på ensartet vis til løsning af tvister om ejendomsret”.

Kernen i det eksisterende princip er, hævdes det, at samtlige personer og myndigheder i staten, hvad enten de måtte være offentlige eller private, bør være bundet af og berettiget til fordelene ved de love, der eventuelt udstedes og administreres offentligt af domstolene. Denne erklæring kan, selv hvis den som generelt princip var præcis, ikke anvendes uden undtagelse eller forbehold. Der eksisterer f.eks. nogle sager, hvor retfærdigheden kun kan ske fyldest, hvis de ikke er offentlige, nemlig familieretstvister, der involverer mindreårige. Ikke desto mindre hævdes det energisk, at en enhver fravigelse

stiller krav om nøje overvejelse og klar begrundelse. Denne formulering giver udtryk for den grundlæggende sandhed, der blev fremlagt af Thomas Paine i 1776:

”Således som kongen er lov i en absolut regering, bør loven i frie lande være konge; og der bør ikke være nogen anden.”

B. Retsstatsprincippet mod styring ved hjælp af loven

Modsætningen til den tilsyneladende korrekte overholdelse af retsstatsprincippet af dem, der faktisk søger *styring ved hjælp af loven*, udtrykkes kort og koncist i udskriften fra retssagen mod den rumænske diktator Nicolae Ceausescu og hans kone Elena. Den rumænske revolution i 1989 var en ugelang række af mere og mere voldelige optøjer og kampe i slutningen af december 1989, der kulminerede med omstyrtelsen af den sovjetstøttede regering. Under de blodige kampe i gaderne den 22. december stormede vrede folkemasser Ceausescus kontorer. Den engang agtede og ærede leder flygtede med helikopter, men blev pågrebet uden for byen. Ved en hemmelig retssag blev Nicolae og Elena Ceausescu anklaget for at have beordret drab på 60.000 mennesker. Dommen, der dømte Nicolae og Elena Ceausescu til døden, blev læst op efter kun nogle få timer. Domstolen oplyste, at de havde 10 dage til at appellere dommen, men straffen skulle udføres omgående – en sidste ironisk hilsen til Kafka. Den redigerede udskrift af retssagen mod Nicolae og Elena Ceausescu lyder som følger:

Statsadvokaten

Ærede formand for retten, vi skal i dag afsige dom over de tiltalte Nicolae Ceausescu and Elena Ceausescu, der har begået følgende strafbare forhold: forbrydelser mod folket. De udførte handlinger, der er uforenelige med menneskelig værdighed og social tankegang. De handlede på tyrannisk og kriminel vis og ødelagde det folk, som de hævdede at være ledere for. På grund af de forbrydelser, de har begået mod folket, nedlægger jeg på vegne af ofrene for disse to tyranner påstand om dødsstraf. [Han læser dernæst op fra et anklageskrift, der anfører folkemord, ødelæggelse af statsbygninger og underminering af økonomien].

Anklageren

Hørte De anklagerne? Har De forstået?

Ceausescu

Jeg svarer ikke. Jeg vil kun svare på spørgsmål foran Nationalforsamlingen. Jeg anerkender ikke denne domstol. Anklagerne er ikke korrekte, og jeg vil ikke besvare et eneste spørgsmål her.

Anklageren

Bemærk! Han anerkender ikke de nævnte punkter i anklageskriftet.

Ceausescu

Jeg besvarer ingen spørgsmål. Der blev ikke løsnet et eneste skud på slotspladsen. Ikke et eneste skud. Der var ingen, der blev skudt.

Anklageren

Der har indtil nu været 34 tilskadekomne.

Elena Ceausescu

Se, og det kalder de folkemord.

Anklageren

Der foregår skyderier i alle distriktshovedstæder. Folket var slaver. Hele intelligentsiaen løb bort.

Elena Ceausescu

Landets intelligentsia vil få at høre, hvad De anklager os for.

Anklageren

Nicolae Ceausescu bør fortælle os, hvorfor han ikke vil besvare vores spørgsmål. Hvad forhindrer ham i at gøre det?

Ceausescu

Jeg vil besvare alle spørgsmål, men kun foran Nationalforsamlingen, foran arbejderklassens repræsentanter. Fortæl folket, at jeg vil besvare alle deres

spørgsmål. Hele verden bør vide, hvad der foregår her.

Anklageren

Hvad er De i virkeligheden?

Ceausescu

Jeg gentager: Jeg er Rumæniens præsident og øverstkommanderende for den rumænske hær. Jeg er folkets præsident. Jeg vil ikke længere tale med jer provokatører, og jeg vil ikke tale med organisatorerne af det politiske kup og med lejesoldater. Jeg har intet med dem at gøre.

Anklageren

Bemærk venligst: Ceausescu anerkender ikke de nye juridiske magtstrukturer i landet. Han betragter fortsat sig selv som landets præsident og øverstkommanderende for hæren. Hvorfor ødelagde De landet? Hvorfor eksporterede De alt? Hvorfor lod De folket sulte?

Ceausescu

Jeg vil ikke besvare dette spørgsmål. Det er løgn, at jeg lod folket sulte. En løgn, en lodret løgn. Dette viser, hvor lidt patriotisme der er, hvor mange forræderiske forbrydelser der blev begået.

Anklageren

Vi har altid talt om lighed. Vi er alle lige. Enhver bør blive betalt i

overensstemmelse med indsats. Nu har vi endelig set Deres villa på tv, guldallerkjerne, som De spiste af, Deres importerede fødevarer, den luksuriøse festligholdelse.

Elena Ceausescu

Utroligt. Vi bor i en almindelig lejlighed, lige som alle andre borgere. Vi har sørget for en lejlighed til alle borgere gennem tilsvarende love.

Anklageren

Hr. Formand, vi kender de to anklagede skyldige. Jeg anmoder om dødsstraf.

Forsvareren

Skønt han – lige som hende – har udført vanvittige handlinger, ønsker vi at forsvare dem. Vi ønsker en lovlige retssag. [Idet han henvender sig til de anklagede:] I har handlet groft uansvarligt. I har ført landet til kanten af ruin, og I vil blive dømt på grundlag af anklageskriftet. I er skyldige i disse forbrydelser, skønt I ikke vil indrømme det. Til trods herfor beder jeg retten om at komme med en afgørelse, som vi også senere vil være i stand til at retfærdiggøre. Vi må ikke give mulighed for det mindste indtryk af ulovligheder. Elena og Nicolae Ceausescu bør straffes i en virkelig lovlige retssag.

Anklageren

Jeg er en af dem, der som advokat gerne ville have modsat mig dødsstraffen, da den er umenneskelig. Men vi taler ikke om mennesker.

Derefter sluttede fjernsynsudsendelsen, og speakeren siger, at afgørelsen lyder på dødsstraf.

Det mest slående aspekt ved denne isnende udskrift er, at en retssag, hvor ukorrekt og korrump den end måtte være, overhovedet fandt sted. Hvorfor henrettede oprørerne, der kun var ude på at vælte diktaturet, ikke Elena og Nicolae Ceausescu summarisk? Hvorfor gjorde de sig den ulejlighed at hverve dommere, retsreportere, forsvarere og anklagere på et tidspunkt, hvor revolutionens skæbne var uvis?

I sidste ende kan man sige, at den evne, en ”retssag” havde til at legitimere deres bredere revolutionære anstrengelser, vejede tungt for dem, der konspirerede for at overstyrte regimet. På den anden side er dette brændende ønske om lovlig legitimering af uoverensstemmende *ulovlige* handlinger blevet fremsat af mange undertrykkende myndigheder over for revolutionære kræfter, fredelige eller ej. Den kraft, som en lovlig retfærdiggørelse har, er blevet udnyttet af mange berygtede verdensledere fra Stalin (Moskvaprocesserne) over Robespierre (Terrorregimet) til velsagtens George W. Bush (The Guantanamo Bay Military Tribunals). Sådan juridisk

fiktion søger ikke kun at tjene interesserne hos propagandister og trofaste støtter, men også at opfylde bestræbelserne på at sikre indenlandsk orden via samfundskontrol *ved hjælp af lovgivningen*.

Det var navnlig Karl Marx, der i et af sine tidlige arbejder udtrykkeligt henviste til denne evne ved loven til at forhindre enhver betydelig ændring i sammensætningen af ledelsesstrukturer i et samfund.¹ Skønt den generelle marxistiske foragt for Oplysningstiden for længst stort set er blevet miskrediteret, er der den fordel ved synspunktet, at styring ved hjælp af loven på effektiv vis kan benyttes som øverste kontrolinstrument.

Velordnet kontrol med samfundet er ikke umiddelbart en dårlig ting. De situationer, hvor sådan kontrol kan være til skade for samfundet som helhed, opstår, når de for gennemførelsen af loven ansvarlige myndigheder ikke vil stå selvstændigt til ansvar, eller mere drastisk når vilkårene for selve loven krydser den vanskelige linje mellem uforsvarlig og uforholdsmæssig overtrædelse af esoteriske sæder og skikke i den iboende menneskelige frihed, som er kernen i en liberal opfattelse af retsstatsprincippet. Disse

¹ "Konstitueringen af den politiske stat og opløsningen af det borgerlige samfund i de uafhængige individer – som forholder sig til *retten* ligesom stands- og lavsmenneskene forholdt sig til *privilegiet* – fuldbyrdes ved én og samme akt. Men mennesket, der er medlem af det borgerlige samfund, det upolitiske menneske, optræder nødvendigvis som det *naturlige* menneske. Menneskerettighederne optræder som "*naturlige* rettigheder", thi det selvbevidste handlingsliv koncentrerer sig i den *politiske* handling. Det egoistiske menneske er det passive, blot forhåndenværende resultat af det opløste samfund, genstand for den umiddelbare vished, altså *naturlig* genstand ... Endelig gælder mennesket som samfundsbürger for det egentlige menneske, som menneske i modsætning til statsbürger, fordi det repræsenterer det menneskelige i sanselig, individuel, *konkret* eksistens, mens det *politiske* menneske kun er det abstraherede, kunstige menneske, mennesket som allegorisk, moralsk person. Det virkelige menneske anerkendes først i skikkelse af det egoistiske individ, det sande menneske først i skikkelse af den abstrakte statsbürger." Marx, *Zur Judenfrage (Om jødespørgsmålet) 1844*

situationer definerer, hvornår retsstatsprincippet ændres til styring ved hjælp af loven.

Skønt ”retsstatsprincippet hviler på en granskning af beviserne på tidligere adfærd for at fastslå ansvarlighed, skænke retfærdighed og forhindre dårlig opførsel i fremtiden”, kan der ikke trækkes nogen tydelig linje eller fastslås nogen tvedelt adskillelse mellem disse to forskelligartede, men udflydende felter inden for retsorden. For fuldt ud at forstå de signaler, der adskiller disse to begreber, er det nødvendigt først at spørge, hvad der er de grundlæggende træk ved retsstatsprincippet og dernæst afveje dette begreb med både frihed og demokrati i en tredelt konfiguration for at fastslå, hvor vejen går mellem retsstatsprincippet og styring ved hjælp af loven.

C. Grundlæggende træk ved retsstatsprincippet

De formalistiske krav til retsstatsprincippet kan passende opdeles i en række ikke-udtømmende underregler. Disse krav eksisterer side om side med og har i virkeligheden samme udbredelsesområde som en liberal opfattelse af retsstatsprincippet baseret på de ovenfor diskuterede menneskerettigheder.

(i) Tilgængelighed

Loven skal for det første være tilgængelig og så vidt muligt forståelig, tydelig og forudsigelig. Dette synes indlysende: Hvis alle er underlagt loven, skal de uden yderligere problemer være i stand til at finde ud af, hvad den er, selv

om det betyder at tage imod rådgivning (som det normalt vil være tilfældet), og det givne svar bør være tilstrækkeligt klart til at danne grundlag for handling. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har også udtrykt det meget specifikt:

”... loven skal være tilstrækkeligt tilgængelig: Det skal være muligt for borgerne at få en indikation, der er tilstrækkelig under omstændighederne ved de lovregler, der gælder i en given sag ... en norm kan ikke betragtes som en ”lov”, medmindre den formuleres med tilstrækkelig nøjagtighed, således at borgerne kan tilpasse deres adfærd: det skal være muligt for dem – om nødvendigt med passende rådgivning – at forudse i en grad, der er rimelig under omstændighederne, de konsekvenser, som en given handling måtte have”.

I lyset af den lovgivningsmæssige hyperaktivitet, der synes at være blevet et permanent træk ved vores regeringsførelse, fører alene mængden af den eksisterende lovgivning til alvorlige tilgængelighedsproblemer – til trods for internettet. De seneste års massive strøm af straffelovgivning har medført meget reelle assimileringproblemer. Ikke al denne lovgivning er direkte forståelig. Loven skal, uanset at den måtte være afledt af en anden lov eller dom, formuleres i vendinger, som en dommer uden unødvendige problemer kan forklare til en jury, eller en ikke-uddannet fuldmægtig kan forklare til lægdommere. Og dommerne må ikke udvikle loven til at skabe nye

forseelser eller udvide eksisterende strafbare forseelser, således at en type adfærd, der ikke hidtil har været strafbar, nu bliver strafbar, da det ville være en overtrædelse af grundprincippet om, at en person ikke bør kunne straffes for en handling, der ikke var forbudt på tidspunktet for dens udførelse.

(ii) Love bør anvendes på grundlag af principper – ikke vilkårlige skøn

Den anden underregel er, at spørgsmål om juridisk ret og ansvar normalt bør afklares ved anvendelse af loven og ikke ved udøvelsen af skøn. Jo bredere et skøn er, uanset det måtte blive udøvet af en embedsmand eller en dommer, jo større er spillerummet for subjektivitet og dermed vilkårlighed, som er antitesen til retsstatsprincippet. Denne underregel stiller krav om, at et skøn normalt bør defineres i snæver forstand, og udøvelsen heraf bør være rimeligt begrundet. Disse krav opfyldes af loven i stort set alle vestlige lande, da et skøn medfører et valg mellem to mulige afgørelser og påbud, og spillerummet for valg er sædvanligvis meget begrænset.

Der kan for det første ikke udøves noget skøn over de fakta, på baggrund af hvilke en beslutningstager, en embedsmand eller en dommer går frem. En vurdering af sådanne fakta kan selvfølgelig være nødvendig og afhænger af bevisets indvirkning på beslutningstagerens opfattelse. Vurderingen kan være korrekt eller forkert, men hvis beviset fører beslutningstageren til en konklusion, har denne ingen beføjelser til at nå en anden. Tilsvarende

afhænger flertallet af såkaldte skøn på en forudgående vurdering, der, når først den er foretaget, på effektiv vis sætter den kurs, der skal følges, og ikke giver nogen valgmuligheder. Selv de mindst begrænsede dommerskøn – som f.eks. tilkendelsen af omkostninger – styres af principper og praksis. Der er sandt at sige ikke noget, der hedder et uhindret skøn, hverken juridisk eller officielt, og det er det, retsstatsprincippet stiller krav om.

(iii) Love bør gælde universelt, dog ikke hvor undtagelser er berettigede

Den tredje underregel er, at et lands love bør gælde lige for alle, dog ikke i det omfang at objektive forskelle retfærdiggør en differentiering. Skønt man passende kan fastsætte en særlig lovbestemmelse for nogle kategorier af personer som f.eks. børn, fanger og psykisk syge på baggrund af disse kategoriers særlige karakteristika, er lovgivning rettet mod rødhårede uforeneligt med retsstatsprincippet. I langt nyere tid har forskellige love rundt omkring i Europa ikke kun accepteret, men også indført hindringer for udøvelsen af religiøs overbevisning hos romerske katolikker og jøder samt hindringer for kvinder, der ikke på rationel vis kan forbindes med et aspekt ved deres køn.

Det ville være beroligende at behandle denne underregel som værende udelukkende af antikvarisk interesse. Men det ville være urealistisk, som behandlingen af ikke-statsborgere her og der afslører. Situationen for ikke-

statsborgere uden ret til bolig er forskellig fra den situation en statsborger med ret til bolig er i på den indlysende og vigtige vis, at den ene kan fjernes, og den anden ikke kan. Det er den afgørende forskel, og en differentiering af relevans for den er uangribelig og helt uundgåelig. Men den retfærdiggør ikke en differentiering uden relevans for den forskel.

Rettigheder i henhold til habeus corpus, retfærdig rettergang og retssikkerhed skal gælde alle uanset nationalitet. I sagen *A mod Det Forenede Kongerige* ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastsatte det britiske parlament f.eks. i kapitel 4 i loven om antiterror, kriminalitet og sikkerhed fra 2001 bestemmelser om tidsubestemt tilbageholdelse uden rettergang og dom for ikke-statsborgere, der var under mistanke for international terrorisme, mens statsborgere, der kvalitativt var vurderet til at udgøre samme trussel, var undtaget for den byrde. Efter 11. september har den amerikanske regerings handlinger i denne henseende været rystende, som den amerikanske højesteret har erkendt i sager som f.eks. *Hamdan mod Rumsfeld*. Som en amerikansk akademisk forfatter har udtrykt det:

”Stort set ethvert sikkerhedsinitiativ fra regeringens side, der implicerer borgerlige frihedsrettigheder – herunder strafbar tale, etnisk profilering, skyld ved association, anvendelse af administrative foranstaltninger med henblik på at omgå sikkerhedsforanstaltningerne i straffeprocessen samt forebyggende tilbageholdelse – bygger på en foranstaltning, der er rettet

mod ikke-statsborgere.”

Der ligger en dyb sandhed i dommer Jacksons betragtning i den amerikanske højesteret i 1949:

”Jeg betragter det som en sund doktrin, at byer, stater og forbundsregeringen skal udøve deres beføjelser, således at der ikke diskrimineres mellem deres indbyggere, bortset fra efter en rimelig differentiering, der er rimeligt forbundet med formålet med reguleringen. Denne lighed er ikke alene abstrakt retfærdighed. Ophavsmændene til forfatningen vidste, og vi bør ikke glemme det i dag, at der ikke findes nogen mere effektiv og praktisk garanti mod vilkårlig og urimelig styring end at stille krav om, at de lovprincipper, som embedsmændene ville pålægge en minoritet, skal pålægges generelt. Omvendt er der intet, der så effektivt baner vej for vilkårlig handling, som at lade embedsmændene vælge og vrage over for hvem, de vil anvende lovgivningen og således undgå den politiske gengældelse, der måtte overgå dem, hvis et større antal mennesker var berørt. Domstolene kan ikke træffe nogen bedre foranstaltning for at sikre, at lovene er retfærdige, end at kræve, at de er lige i deres virkemåde.”

Tres år senere må vi erkende, at dette ikke blot er en sund doktrin, men også en støttepille i selve retsstatsprincippet.

(iv) Loven skal inkorporere passende beskyttelse af menneskerettighederne

Den fjerde underregel, der siger, at loven skal yde passende beskyttelse af de grundlæggende menneskerettigheder, stammer fra den opfattelse af retsstatsprincippet, der bygger på menneskerettigheder, som blev præsenteret i begyndelsen af denne afhandling. Det er vigtigt at bemærke, at det ville være universelt accepteret, at dette synspunkt er omfattet af den traditionelle opfattelse af retsstatsprincippet. Professor Raz har skrevet:

”Et udemokratisk retssystem, der bygger på afvisning af menneskerettighederne, på omfattende fattigdom, raceadskillelse, seksuel ulighed og raceforfølgelse, kan i princippet være mere i overensstemmelse med kravene i henhold til retsstatsprincippet end et retssystem i de mere oplyste vestlige demokratier ... Det ville være et uendeligt værre retssystem, men det ville være uovertruffent i én henseende: i sin overensstemmelse med retsstatsprincippet ... Loven kan ... indføre slaveri uden at krænke retsstatsprincippet.”

På den anden side siger forordet til Verdenserklæringen om Menneskerettigheder af 1948, at ”det er af afgørende betydning, at menneskerettighederne beskyttes af loven, hvis ikke mennesket som en sidste udvej skal tvinges til at gøre oprør mod tyranni og undertrykkelse”.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol henviser til ”begrebet retsstatsprincippet, hvorfra hele konventionen henter sin inspiration.” Europa-Kommissionen har konsekvent behandlet demokratisering, retsstatsprincippet, respekten for menneskerettighederne og god regeringsførelse som uadskillelige.

Skønt man må anerkende den logiske kraft i Professor Raz’ påstand, gøres det gældende, at en sådan påstand er uforenelig med et syn på retsstatsprincippet, der er baseret på klassiske liberale normer, som bygger på menneskerettighederne. En stat, der på brutal vis undertrykte eller forfulgte dele af sit folk, kunne derfor ikke anses for at følge retsstatsprincippet, selv om transporten af den forfulgte minoritet til koncentrationslejren eller den tvungne udsættelse af pigebørn på bjergsiden var genstand for detaljerede love, der var behørigt vedtaget og omhyggeligt overholdt. At påstå dette vil være det samme som at berøve retsstatsprincippet mange af dets dyder og krænke de grundlæggende liberale idealer, der understøtter retsstatsprincippet.

Sandt nok er der et element af uklarhed i indholdet af denne underregel, da afgrænsningen af de grundlæggende menneskerettigheder ikke er tydelig. I det væsentlige skal retsstatsprincippet stille krav om juridisk beskyttelse af sådanne menneskerettigheder, hvis de anses for fundamentale for et givent samfund.

(v) Retfærdigheden bør udøves rettidigt

Den femte underregel fastsætter bestemmelser for løsning uden uoverkommelige omkostninger eller overdreven forsinkelse af reelle civile tvister, som parterne ikke selv er i stand til at løse. Det synes at være en indlysende følge på princippet om, at alle er bundet af og berettiget til lovens fordele, at man bør være i stand til som sidste udvej at gå til domstolene for at få sine rettigheder og forpligtelser afgjort. Det anerkender således retten til uhindret adgang til en domstol som en grundlæggende rettighed, der er beskyttet af retsstatsprincippet.

Hvis dette accepteres, må følgende spørgsmål stilles: hvordan skal den fattige mand eller kvinde sættes i stand til at håndhæve sine rettigheder i henhold til loven? Hvis det forudsættes, at der eksisterer en uafhængig advokatstand, må indhentning af juridisk bistand og advokatbistand nødvendigvis have en omkostning, og eftersom juridiske tjenesteydelser optager meget faglig tid, er de uundgåeligt dyre.

Det fremgår tydeligt af en afgørelse fra Den Europæiske MenneskeDOMSTOL i sagen *Airey mod Irland*, at der skal fastsættes bestemmelser for juridisk bistand af en eller anden art med henblik på at opnå passende meningsfuld adgang til retfærdighed. Desuden har betingede salærer, forskellige ordninger om gratis retshjælp og småsager, om man kan lide det eller ej, suppleret bestemmelserne om grundlæggende retshjælp på tværs af Europa.

Der er dog den risiko, at omkostningerne ved at opnå oprejsning kan føre til, at den nægtes nogen af dem, der har størst behov for det. Retsstatsprincippet kræver simpelthen, at juridisk oprejsning skal være en økonomisk overkommelig vare.

(vi) Embedsmænd skal udøve deres beføjelser inden for deres juridiske myndighed

Den sjette underregel kommer af frygten for statens tvangsbeføjelser, der i vid udstrækning understøtter en klassisk-liberal opfattelse af verden som beskrevet af Judith Shklar i ”*The Liberalism of Fear*”. Den går på, at ministre og embedsmænd på alle niveauer udøver deres beføjelser på rimelig vis, i god tro, med det tilsigtede formål og uden at overskride dem. Det er helt fundamentalt. For skønt borgerne i et demokrati bemyndiger de institutioner, der repræsenterer dem, til at udarbejde love, der, hvis de er behørigt udarbejdet, er bindende for alle, for hvem de gælder, og det tilfalder den udøvende magt, den siddende regering, at gennemføre disse love, er der intet, der bemyndiger den udøvende magt til at handle på anden måde end i fuld overensstemmelse med disse love.

Domstolenes historiske rolle har naturligvis været at kontrollere overskridelser af den udøvende magt, og den rolle er blevet betydeligt udvidet i de senere år på grund af regeringsmagtens større kompleksitet og offentlighedens større vilje til at udfordre regeringsbeslutningerne (i bredeste

forstand). Magtdelingen er i denne henseende afgørende for at garantere integriteten i domstolenes udfyldelse af denne rolle.

Der er nogle lande rundt omkring i verden, hvor alle retsafgørelser er populære hos regeringen, men der er uundgåeligt steder, hvor den fremherskende beretning om offentlige forhold handler om styring ved hjælp af loven, og hvor en liberal opfattelse af retsstatsprincippet kun er fjern utopi. Ikke desto mindre er spændingen mellem den dømmende og den udøvende magt steget selv i Vesteuropa i krisetid som f.eks. i det landskab, vi ser efter 11. september. I en tid, hvor der er formodede trusler mod den nationale sikkerhed, går regeringerne forståeligt nok helt til grænsen af, hvad de mener er deres retmæssige beføjelser for at beskytte offentligheden, og dommernes pligt til at kræve, at de ikke går videre, skal opfyldes, hvis retsstatsprincippet skal følges. Dette er et ømtåleligt område, eftersom historien peger på, at regeringer i krisetid har haft tendens til at overreagere, og domstolene har haft tendens til ikke at være særlig gode vagthunde. De advarende ord, som dommer William Brennan fra den amerikanske højesteret udtalte i 1987, er fortsat relevante:

”Der er langt mindre at være stolt af og en god del at være flov over, når man tænker på den tarvelige behandling, som de borgerlige frihedsrettigheder har fået i USA, når landet har været i krig, og der har været formodede trusler mod den nationale sikkerhed ... Hver gang en

formodet sikkerhedskrise er overstået, har USA angerfuldt indset, at ophævelsen af de borgerlige frihedsrettigheder var unødvendig. Men USA har vist sig ikke at være i stand til at forhindre en gentagelse af fejlen, når den næste krise har indfundet sig.”

Spørgsmålet om menneskerettigheder og retsstatsprincippet i krisetid gennemgås i detaljer nedenfor.

(vii) Udøvelsen af retsstatsprincippet bør baseres på rimelighed og retfærdighed

Den syvende og næstsidste underregel, der går ud på, at procedurer fra statens side, der fører til dom, bør være rimelige og retfærdige, er sandt nok ganske uklar i sig selv. Retsstatsprincippet synes dog ikke at stille krav om mindre. De generelle argumenter for åbne høringer er velkendte og er opsummeret i erklæringen om, at retfærdighed tydeligt og utvivlsomt skal betragtes som et faktum og i den observation, at ”demokratier dør bag lukkede døre”.

Anvendelsen af denne underregel på almindelige civilprocesser sker stort set uden problemer, når blot man husker på, at ikke alle afgørelser er strengt retslige. Som formanden for højesteretten i Australien gjorde opmærksom på, så ”betyder retsstatsprincippet ikke, at advokater skal regere”.

Der er større mulighed for problemer, når en person står over for negative

konsekvenser som følge af, hvad denne menes eller siges at have gjort eller ikke gjort, uanset at det måtte være i forbindelse med en formel strafferetlig tiltale eller f.eks. i forbindelse med deportation, sikkerhedsfængsling, genfængsling eller afslag på prøveløsladelse. Hvilke krav stilles der almindeligvis til retfærdighed i sådanne sammenhænge?

For det første skal afgørelserne træffes af dommere, der er uafhængige og upartiske, uanset hvordan dette end defineres: uafhængige i betydningen, at de frit kan afgøre en sag på dens retlige og faktuelle materielle indhold, som de ser det, at de ikke er underlagt udefrakommende indflydelse eller pres, og upartiske i betydningen, at de så vidt det er menneskeligt muligt, er fordomsfrie, upartiske i forhold til personlige interesser og partimæssig loyalitet af nogen art. Desuden er man nødt til at acceptere visse kerneprincipper: at en sag ikke bør afgøres endeligt mod en part, før denne har haft tilstrækkelig mulighed for at blive hørt; at en person, der kan blive underlagt ansvar eller straf, bør oplyses tilstrækkeligt om, hvad der siges mod ham; at anklageren bør give tilstrækkelig oplysning om materiale, der måtte være en hjælp for modparten eller til skade for sig selv; at der, hvor modpartens interesser ikke kan beskyttes tilstrækkeligt uden professionel hjælp, som modparten ikke har råd til, bør ydes offentlig hjælp så vidt det er praktisk muligt; at en part, der er under anklage, bør have tilstrækkelig mulighed for at forberede sit svar på, hvad der siges mod ham; og at den anklagede er uskyldig, så længe der ikke foreligger bevis på det modsatte.

(viii) National praksis skal overholde forpligtelser i henhold til international ret

Den ottende og sidste underregel er, at det eksisterende retsstatsprincip stiller krav om overholdelse fra statens side af dennes forpligtelser i henhold til international ret, der, uanset om den bygger på en traktat eller international sædvane og praksis, regulerer nationernes adfærd. Jeg mener ikke, at dette udsagn er kontroversielt. Det første præsident Bush sagde, da han stod over for en fælles samling i kongressen i september 1990 efter Iraks invasion af Kuwait, var, at en ny verden var ved at komme til syne:

”en verden, hvor retsstatsprincippet erstatter jungleloven. En verden, hvor nationerne erkender det fælles ansvar for frihed og retfærdighed. En verden, hvor de stærke respekterer de svages rettigheder ... Amerika og verden skal støtte retsstatsprincippet. Og det vil vi.”

Selvfølgelig lærer historien os, at større demokratiske stater lejlighedsvis tyr til juridiske spidsfindigheder for at retfærdiggøre anvendelsen af magt under tvivlsomme omstændigheder. Uden hensyn til tvivlsom statspraksis stiller retsstatsprincippet krav om, at en stat ikke må skride til handlinger, som den anerkendte som skamløst ulovlige, eller at advokater, der råder regeringen i en sådan stat på ledelsesniveau, offentligt skal støtte handlinger, som de ikke kunne finde nogen juridisk berettigelse for. Begge forhold vil være at vise

ringe respekt for det eksisterende forfatningsmæssige retsstatsprincip.

Disse otte regler danner en formalistisk ramme for eksistensen af retsstatsprincippet, der er i overensstemmelse med en menneskerettighedsbaseret opfattelse af dette ideal. Lovens flygtighed dikterer, at disse normer kan ændres en anelse over tid for at varetage forskellige forhold, men de overgribende mindstekrav ved disse otte underregler bør fungere som et kompas for beslutningen om, hvorvidt en særlig juridisk bestemmelse fastlægges, eller en administrativ handling finder sted, i overensstemmelse med retsstatsprincippet. Det næste spørgsmål er, hvordan retsstatsprincippet efter 11. september har håndteret betydelige udfordringer. Derfor vil to særlige sager blive behandlet i det følgende. Først retsstatsprincippet i en offentlig nødsituation med særlig henvisning til truslen fra terrorisme. Dernæst vil forbuddet mod tortur blive behandlet i lyset af en terrortrussel.

IV. Retsstatsprincippet i terrorismens tidsalder

”... i krig tier loven ikke. Den kan blive ændret, men taler same sprog i både krig og fred. Det har altid været en af frihedens søjler, et af frihedsprincipperne, som vi nu med den seneste retspraksis kæmper for, at dommerne ikke gør forskel på folk og står mellem borgeren og ethvert forsøg på krænkelse af dennes frihed fra den udøvende magts side, på vagt for at sikre, at ethvert tvangsmiddel er retfærdiggjort i loven.”

Lord Atkin, *Liversidge mod Anderson* [1942] A. C. 206
at 211

A. Nødbeføjelser

Når man tænker over de moderne, krisefokuserede begrundelser for at fravige retten til frihed i den epokedefinerende krig mod terror, bliver man mindet om den vigtige dissens afgivet af Lord Atkin i sagen *Liversidge mod Anderson*, der er citeret ovenfor. Tre punkter, der gengiver hovedindholdet i Lord Atkins erklæring, vil blive fremsat nedenfor. For det første: ideen med at foretage en afvejning af frihed og sikkerhed er, selv i krisetid, illusorisk og ødelæggende for selve essensen i menneskerettighederne. For det andet: selv om domstolenes overordentlig imødekommende fortolkning af ”offentlig nødsituation” er blevet modereret af strengere krav om proportionalitet i forhold til de forholdsregler, der tages, krænker ideen om fastlæggelse af en fravigelse fra menneskerettighederne i krisetid principielt den liberale opfattelse af disse rettigheder. For det tredje: nødbeføjelser har via normaliseringsprocessen en nedbrydende virkning på retsstatsprincippet og retten til frihed. Endelig vil der blive argumenteret for, at retten til frihed har været under konstant angreb under krigen mod terror, en dystopisk

udvikling for alle, der beskæftiger sig med retsstatsprincippet og beskyttelse af menneskerettighederne.

Man hører ofte i krisetid det argument, at en ændring i omfanget og karakteren af de ulykker, der truer et samfund, retfærdiggør en ændring af det pågældende samfunds system af borgerlige frihedsrettigheder, og at denne proces bedst forstås ud fra devisen om, at ”finde en ny balance mellem frihed og sikkerhed”.

Denne strengt utilitaristiske og konsekvensetiske tankegang er afspejlet i Tony Blairs skrækkelige udtalelse i kølvandet på 11. september:

”Spillereglerne har ændret sig”. Det påstås imidlertid, at enhver tilpasning af rettigheder kræver en selvstændig begrundelse. Som Jeremy Waldron bemærker: ”... hvis sikkerhed nu vejer tungere end frihed på en måde, det ikke var tilfældet den 10. september 2001, må der være komplicerede grunde til, at det forholder sig sådan”. Grundlæggende er selvstændige begrundelser for en ændring af fundamentale frihedsrettigheder ikke indeholdt i og kan bestemt heller ikke blot sættes ind i en grov formel, hvor frihed afvejes mod sikkerhed.

En indlysende kritik af afvejningsformlen er den ulighed, der ligger i dens anvendelse. Det er let at mene, at frihedsrettighederne vil blive indskrænket *i lige grad for alle* i krisetid. Hvad der snarere sker, er en indskrænkning af rettighederne for en minoritet med afvigende mening i forhold til sikkerhedsinteresserne i samfundet som helhed (hvor minoriteten med

afvigende mening selvfølgelig ikke indgår i ”samfundet”). Således vendes der på grund af afvejningsspørgsmålets upålidelighed op og ned på begrebet samfundspålydende – hvor alle opgiver noget til fordel for det fælles bedste – således at det bliver en kraft, der for en etnisk eller religiøs minoritet er ødelæggende for den personlige frihed.

En anden delvis begrundelse, der fremføres, er, at alvoren af terrorangrebet/den nationale nødsituation ifølge sagens natur retfærdiggør indskrænkningen af den beskyttelse, der ydes til dem, der er tiltalt for visse forbrydelser. Selvfølgelig er hele forestillingen om, at terrormistænkte fortjener mindre juridisk beskyttelse, kontraintuitiv, eftersom – som det påpeges af Dworkin – straf af en uskyldig person for en alvorlig forbrydelse er en stor uret, der forhindrer den egentlige gerningsmand i at blive straffet. Conor Gearty postulerer i sin Hamlyn Lecture Series fra 2009 kaldet ”Can Human Rights Survive?”, at ”fra et menneskerettighedssynspunkt har den enkeltstående, mest katastrofale arv fra krigen mod terror været den fortrængning, der er sket af den strafferetlige model, som bygger på retfærdighed og retfærdig rettergang, til fordel for en sikkerhedsmodel, som bygger på frygt og mistro.”

En tredje, beslægtet, kritik af afvejningssynsvinklen er, at en indskrænkning i frihed uvægerligt falder sammen med en udvidelse af de beføjelser, der gives til staten, hvilket i sig selv er en trussel mod den individuelle frihed, som Judith Shklar har udtrykt det. Selve de midler, staten får til bekæmpelse af

trusler, der er fremsat af specifikke terrorgrupper, anvendes mod fjender af staten i bredere forstand. Et særligt eksempel herpå er anvendelsen af terrorbekæmpelsesbeføjelser i forbindelse med immigrationskontrol, som A. C. Grayling kort har behandlet i ”Liberty in the Age of Terror”. På trods af den faktiske eksistens af hjemmedyrkede terrortrusler, anses asylansøgere over en bred kam for at udgøre en potentiel trussel mod staten. En sådan holdning afspejles i den fordomsfuldhed mod ikke-statsborgere, der findes i den britiske lov om antiterror, kriminalitet og sikkerhed fra 2001, som er emnet i sagen *A mod Det Forenede Kongerige*, der behandles nedenfor.

Endelig kan afvejningen af frihed og sikkerhed i krisetid ikke på ordentlig vis forklare den kompleksitet, der er forbundet med forsøget på at øge sikkerheden i samfundet, når det står over for en nødsituation. Ved uærligt at forudsætte, at friheden indskrænkes i lige grad for alle, og ved at undlade at anerkende den trussel om misbrug, der er uløseligt forbundet med overdragelsen af nødbeføjelser til staten, er begrundelsen for en grovjustering af de borgerlige frihedsrettigheder med henvisning til afvejning hverken rimelig eller rimeligt motiveret.

Nedenfor behandles det andet spørgsmål, nemlig domstolenes reaktion på, at en stat erklærer en offentlig nødsituation. Fravigelse af visse rettigheder under sådanne omstændigheder er tilladt i henhold til artikel 15, stk. 1, i den Europæiske Menneskerettighedskonvention, på trods af at ufravigeligheden af rettigheder såsom retten til livet (artikel 2) og forbuddet mod tortur

(artikel 3) er bevaret i artikel 15, stk. 2, selv i krisetid. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols opfattelse af begrebet i artikel 15 har to facetter: Fastsættelse af, hvornår der foreligger en offentlig nødsituation, og den proportionale iværksættelse af foranstaltninger til imødegåelse af den offentlige nødsituation.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og i særdeleshed de nationale domstole har valgt en ekstremt imødekommende holdning til, hvornår der foreligger en offentlig nødsituation. I den skelsættende afgørelse i *Irland mod Det Forenede Kongerige* stadfæstede Menneskerettighedsdomstolen på grundlag af en fravigelse af artikel 15, at der forelå en overtrædelse af artikel 5 ved brugen af internering i Nordirland i 1970'erne. Som Domstolen bemærkede: ”De nationale myndigheder er i princippet i en bedre position end den internationale dommer til at afgøre både eksistensen af en sådan nødsituation og arten og omfanget af fravigelser, der er nødvendige for at afparere den.”

Denne afgørelse blev stærkt kritiseret af Bonner i tidsskriftet *The International and Comparative Law Quarterly*, idet han fremførte det synspunkt, at en for bred forståelsesmargin underminerer den effektive beskyttelse af menneskerettighederne. Ikke desto mindre tager Vercher i ”*Terrorism in Europe*” det synspunkt, at udfaldet i *Irland mod Det Forenede Kongerige* ikke var helt overraskende, eftersom Domstolen nogle år tidligere var nået til en lignende konklusion i *Lawless mod Irland*, hvor den gav

Republikken Irland en bred forståelsesmargin i forbindelse med erklæringen om, at der forelå en nødsituation på trods af det lave voldsniveau under IRA's grænsekampagne i perioden 1956-62.

Mere nyligt har Domstolen i *Aksøy mod Tyrkiet* accepteret, at vold udøvet af kurdiske separatister havde givet anledning til en "offentlig nødsituation" i Tyrkiet. I *A mod Det Forenede Kongerige* anlagde Domstolen ligeledes et bredt syn på kravet om overhængende fare i artikel 15, stk. 1, idet den udtalte, at det "ikke kan fortolkes så snævert, at det kræver, at en stat venter på, at ulykken slår ned, før den iværksætter foranstaltninger til at imødegå den". Denne holdning står i modsætning til den Inter-Amerikanske Menneskerettighedsdomstols mere håndfaste holdning til afgørelse af både indholdsmæssige og proceduremæssige spørgsmål om nødsituationer.

I spørgsmålet om proportionalitet har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol været strengere i sin bedømmelse af, om de foranstaltninger, der blev truffet som reaktion på en offentlig nødsituation, var "strengt påkrævede af situationens tvingende nødvendighed". Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt således i *A mod Det Forenede Kongerige*, at kapitel 4 i den britiske lov om terrorisme, kriminalitet og sikkerhed fra 2001, som fastslog, at ikke-britiske terrormistænkte kunne tilbageholdes uden retssag og høring på ubestemt tid, ikke stod i rimeligt forhold til den trussel, som terrorismen udgjorde, og desuden havde man med valget af et diskriminerende immigrationstiltag som reaktion på et

sikkerhedsspørgsmål ikke taget forholdsregler i forhold til den trussel, som al-Qaeda udgjorde. Den imødekommende afgørelse om, at der forelå en gyldig "offentlig nødsituation" var således forbundet med en nærmere overvejelse om proportionaliteten af de foranstaltninger, der var iværksat som følge af den offentlige nødsituation.

Selv om Domstolen i Strasbourgs strengere holdning bør roses, betyder betingelsen om "strengt påkrævet", at den afvejning af frihed over for sikkerhed, der behandles ovenfor, til en vis grad afspejles i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols tilgang til foranstaltninger, der er truffet i kølvandet på en offentlig nødsituation. Desuden er det tvivlsomt, om fravigelsen i artikel 15 er forenelig med selve menneskerettighedsbegrebet. En liberal opfattelse af menneskerettigheder tilsiger, at rettighederne, der bygger på menneskeværdighed og lighed, gælder for alle under hensyntagen til andres rettigheder. Når visse rettigheder suspenderes i krisetid, er det således en krænkelse af selve essensen i menneskerettighederne, eftersom disse rettigheder bør gælde med samme, hvis ikke større, kraft i krisetid. Endnu mere bekymrende er det, at resolutioner fra FN's Sikkerhedsråd kan [engelsk sætning er ufuldendt]

Endelig er der det tredje spørgsmål om paradigmet om normaltilstand-regel, nødtilstand-undtagelse. Gross og Ni Aolain bemærker, at selve begrebet nødtilstand i sig selv indeholder forestillinger om midlertidig varighed og usædvanlig fare stillet over for en baggrund af "normaltilstand". En sådan

”modstillingsdialektik” kan imidlertid ikke afspejle, at en nødsituation sjældent er af den ideelle midlertidige art, og at det, der starter som en nødsituation, kan forvandles til normalitet. Som Conor Gearty bemærker ”bliver [nødretslove] væsentlige redningsmænd af vores samfund, et værn mod et ellers uundgåeligt barbari: kort sagt vores tidsalders nye sunde fornuft.” På denne måde bliver antiterrorforanstaltninger forankret i det nationale retssystem. Et eksempel på besmittelsen af den juridiske proces på grund af nødbeføjelser er den udvidelse af ophævelsen af retten til ikke at udtale sig, der er sket i Storbritannien og Irland, fra personer, der kun er anklaget for terrorforbrydelser, til enhver, der er anklaget for *en hvilken som helst* ”alvorlig” forbrydelse.

Afslutningsvis kan det siges, som Gross og Ni Aolain understreger: ”Idealerne om demokrati, individuelle rettigheder, ansvarlighed og retsstatsprincippet tyder på, at regeringen selv ved akut fare er begrænset både formelt og materielt i den række aktiviteter, den kan forfølge og de beføjelser, den kan udøve for at beskytte staten.” Den engang så udbredte politiske realisme, eksemplificeret ved Donald Rumsfeld og Dick Cheney, indebærer, at juridiske regler og normer er for ufleksible og stive til at kunne opfylde statens sikkerhedsbehov.

Fravigelsesprocedurerne i henhold til artikel 15 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 4, stk. 1, i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder giver beklagelig

troværdighed til dem, der taler om frihedsrettighedernes utilstrækkelighed i krisetid. Der kan således ske en afvejning af frihed i en upålidelig og grov formel til beregning af samfundssikkerheden, og selv om tiltagene skal være proportionale, kan menneskerettighederne lovligt fraviges på ubestemt tid i en offentlig nødsituation. Det omvendte burde være tilfældet, eftersom menneskerettighederne er lige så relevante i ufredstid, om ikke mere. Man må ikke glemme, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev udfærdiget for at beskytte menneskerettighederne. Den er ikke blot et udtryk for en stats realpolitiske bekymringer. Selv om afgørelser som den i *A mod Det Forenede Kongerige* skal bydes velkommen, bør vi fordømme de parametre for debatten om krænkelse af friheden af hensyn til sikkerheden, der opstilles i et paradigme om normaltildstand/nødtildstand og den illusoriske forfølgelse af en genvurdering af frihed over for sikkerhed ved hjælp af en dårligt defineret afvejningsøvelse, hvis vi virkelig skal give virkning til Lord Atkins korrekte erklæring om, at loven (og menneskerettighederne) taler samme sprog i fredstid såvel som i krig.

B. Tortur

”Den tredje nat lå jeg i mit eget blod og afføring, så træt og forslået, at jeg ikke kunne bevæge mig. Tre vagter løftede mig op i stående stilling og gav mig den hidtil værste omgang tæsk. Vagterne beordrede mig til at indtale min tilståelse på bånd. Jeg nægtede og blev tævet, indtil jeg indvilgede.” Dette var den beretning om tortur udøvet af Viet Cong, som den amerikanske præsidentkandidat, John McCain, afgav. Ironisk nok kunne lignende beretninger fyre år senere indsamles fra fangerne i Guantanamo og Abu Ghraib. I denne afhandling undersøges rammerne for internationale menneskerettigheder på baggrund af forbuddet mod tortur og tvungen forsvinden. Først undersøges de indbyggede vanskeligheder i definitionen af tortur. Dernæst bliver den ”retfærdiggørende juridiske *exceptionalisme*”, der er fremsat af teoretikere som Alan Dershowitz, kritisk behandlet. Endelig bliver den nuværende behandling af tortur i et menneskeretligt perspektiv analyseret.

Til sidst vil det blive postuleret, at domstolenes behandling af tortur i de senere år har udviklet sig væk fra den illusoriske skelnen mellem tortur og umenneskelig og nedværdigende behandling. Desuden bør teorier om juridisk *exceptionalisme*, som f.eks. torturgarantier, ikke indarbejdes i de normative rammer for menneskerettigheder. Endelig vil det blive postuleret, at accepten af, at tortur kun finder sted i exceptionelle tilfælde, løsriver tortur fra den bredere tvangskontekst, hvori den foregår, og dermed skjuler, at en undskyldning *post facto* kan udgøre en retfærdiggørelse ad bagdøren.

Først behandles selve forbuddets beskaffenhed. Det hedder i artikel 5 i Verdenserklæringen om Menneskerettigheder, at ”Ingen skal udsættes for tortur eller grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling.” Artiklen åbner ikke mulighed for undtagelser eller fravigelser i krigstid eller i nationale nødsituationer. Et lignende sprog findes i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder (artikel 7) og i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (artikel 3), mens spørgsmålet uddybes i FN’s konvention mod tortur. Den adfærd, som disse artikler forbyder, overlapper ofte isolationsfængsling og tvungen forsvinden generelt, som det ses af den nylige brug af ”ekstraordinære overførsler” (ulovlige fangetransporter). I denne henseende danner den nyligt vedtagne internationale konvention om beskyttelse af alle personer mod tvungen forsvinden, der bygger på det arbejde, som FN’s arbejdsgruppe om tvungen forsvinden har udført, rammerne for et lignende ufravigeligt forbud specielt mod tvungen forsvinden.

Det gøres gældende, at Menneskerettighedsdomstolens holdning til artikel 3 har udviklet sig normativt i de senere år. Oprindeligt havde Domstolen en restriktiv opfattelse af, hvad tortur var, idet den foretrak at træffe afgørelse om, at medlemslandene havde anvendt umenneskelig og nedværdigende behandling. I sagen *Irland mod Det Forenede Kongerige* sondrede Domstolen således mellem tortur og ”umenneskelig og nedværdigende behandling” på grund af det ”særlige stigma” ved tortur og forskellen i intensitet på den

lidelse, der påføres. På trods af at den 520 sider lange rapport fra Menneskerettighedskommissionen konkluderede, at der var udøvet tortur, var Menneskerettighedsdomstolens bemærkelsesværdige afgørelse, at anvendelsen af fem overvågningsteknikker i forskellige interneringscentre i Nordirland over en længerevarende periode blot udgjorde umenneskelig og nedværdigende behandling. Domstolen syntes også uberettiget at begrænse tortur til sager, hvor den blev anvendt til ”et tilsigtet formål” som f.eks. at opnå en tilståelse. Som Marks bemærker, tager dette snævre synspunkt ikke hensyn til, at tortur ofte handler om en magtdemonstration snarere end om et nærmere præciseret formål.

De forskellige tilgange til den juridiske definition af tortur kan ses i de dissenser, der er afgivet af den britiske dommer Sir Gerald Fitzmaurice og den irske dommer Philip O’Donoghue. Førstnævnte understreger nødvendigheden af, at artikel 3 læses med en vis fornemmelse for proportionalitet og objektivitet, idet han gør opmærksom på, at artikel 3 ikke afgrænser en mindre grad af mishandling. Efter hans mening skulle den mishandling, der kræves for at opfylde kravet om at være umenneskelig og nedværdigende, være væsentlig – på grænsen til barbari. Det gøres gældende, at der her kan trækkes paralleller til de såkaldte torturnotater fra Guantanamo, der på fremragende vis er gennemgået af Philippe Sands i kapitel 9 i ”Lawless World”. Specielt skrev vicesstatsanklager Jay Bybee i august 2002, at fysisk smerte for at være tortur skal være af ”en intensitet,

der svarer til den, der ledsager alvorlige fysiske skader som død eller organsvigt.”

Et modsat syn på tortur fremsættes af dommer O’Donoghue i *Irland mod Det Forenede Kongerige*. Han finder, at der er sket brud på forbuddet mod tortur i artikel 3, og trækker på de metoder, der er nærmere beskrevet i Kommissionens rapport, som f.eks. at berøve personer deres søvn, udsætte dem for høj støj og kræve, at de står op ad en væg med lemmerne udstrakt i længere tid. Med henvisning til situationsbestemte tilfælde som f.eks. nedbrændingen af Bombay Street blev dette mere holistiske syn på torturpåstandene ikke støttet af Menneskerettighedsdomstolens legalistiske opfattelse af, at grænsen mellem umenneskelig eller nedværdigende behandling og tortur ikke var blevet overskredet.

Ikke desto mindre begyndte Domstolen i 1990’erne at skifte holdning hen imod dommer O’Donoghues bredere opfattelse af tortur i henhold til artikel 3. I sagen fra 1996 om en tilbageholdt, der var hængt op i armene, mens hans hænder var bundet bag hans ryg, fandt Domstolen således staten skyldig i tortur (*Aksøy mod Tyrkiet*). Siden da synes Domstolen at være mere villig til at kende stater skyldige i tortur og har endda i *Selmouni mod Frankrig* afgjort, at eftersom Konventionen er et ”levende instrument” kan behandling, som den tidligere havde karakteriseret som umenneskelig eller nedværdigende, i fremtiden anses for tortur. I ovennævnte sag var et stort antal slag og ydmygelse af en narkomistænkt tilstrækkelig til at udgøre tortur.

Dette bredere syn på tortur ses i den amerikanske menneskerettighedsdomstols afgørelse i *Cantoral-Benavides mod Peru*.

I forbindelse med det andet spørgsmål om, hvorvidt tortur nogensinde exceptionelt kan retfærdiggøres, er Alan Dershowitz' synspunkter særligt interessante. Med anvendelse af det arketypiske eksempel med en tikkende tidsindstillet bombe hævder han, at tortur vil finde sted og rent faktisk finder sted. Således er den internationale menneskerettighedslovgivnings absolutte forbud mod tortur ikke kun naivt, men også snæversynet, eftersom det går uden om den virkelige debat om, hvorvidt tortur bør finde sted uden for retssystemet eller inden for det. Idet han trækker på erfaringer fra Israel, gør han sig til talsmand for, at det skulle være muligt at få en torturkendelse fra en dommer, når tortur søges anvendt. Efter hans mening ville en sådan praksis åbne mulighed for gennemsigtighed og ansvarlighed ved anvendelse af tortur i de vestlige lande.

Det gøres gældende, at dette argument af flere grunde er fuldstændig forkert. Som Dorfman påpeger: juridisk exceptionalisme legitimerer tortur gennem en normaliseringsproces, således at forestillingen om exceptionelle omstændigheder har tendens til at blive udstrakt over tid, hvorved forbuddets normative retsstatsværdi nedbrydes. Det flytter ligeledes debattens fokus fra torturhandlingerne til torturudøverens egne konsekvensetiske begrundelser, hvorved man ignorerer, at tortur ofte handler mere om at demonstrere magt og dominans over en person end at

indsamle oplysninger. Endelig er systemet med torturkendelser praktisk talt uigennemførligt, eftersom det vil være usandsynligt, at en dommer, der præsenteres for beviser på et nært forestående angreb, hvor tvivlsomt det end måtte være, vil nægte at udstede en sådan kendelse, og i et scenarie med en tikkende tidsindstillet bombe vil den tid, der er nødvendig for at få sådan en kendelse, i alle tilfælde blive suspenderet.

Det er klart, at international menneskerettighedslovgivning afviser argumentet om juridisk exceptionalisme, eftersom det er statueret, at forbuddet mod tortur gælder uanset konteksten eller ofrets handlemåde. I *Saadi mod Italien* afviste Menneskerettighedsdomstolen ligeledes det argument, som Storbritannien som tredjemand fremførte, nemlig at risici ifølge artikel 3 kunne afvejes mod sikkerhedsgrunde for udvisning efter afgørelsen i *Chahal mod Det Forenede Kongerige* om, at stater ikke kan deportere eller udvise en person, som muligvis vil blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf i modtagerlandet.

Med hensyn til brugen af beviser, der er opnået ved overtrædelse af artikel 3, har Menneskerettighedsdomstolen også indtaget en absolutistisk holdning, som det ses i *Jalloh mod Tyskland*, således at beviser opnået gennem tortur i en anden stat under ingen omstændigheder kan anvendes i en retssag. Dette blev bekræftet i Storbritanniens højesteret i sagen *A mod Secretary of State Home Department* og gentaget af en appeldomstol i sagen vedrørende Binyam Mohammed.

Afslutningsvis, kommenterer Susan Marks i forbindelse med det tredje punkt, at den internationale menneskerettighedslovgivning giver mulighed for, at tortur kan retfærdiggøres ad bagdøren, eftersom den lægger vægt på specifikke begivenheder snarere end på den overgribende tvangskontekst. Hun citerer eksemplet med fotografierne fra Abu Ghraib og bemærker, at reaktionen fra George Bush og Donald Rumsfeld var anger på grund af den ”uamerikanske opførsel”. Den trinvis anger på grund af handlinger foretaget af ”nogle få rådne æbler” tilslører, at tortur uundgåeligt finder sted inden for en bredere samfundsmæssig ramme af umenneskeliggørelse. Således kunne en sammenhæng, hvor der sker en ulovlig invasion og alle og enhver stemples som ”terrorist”, i dette tilfælde anses for ikke at være helt menneskelig. Det gøres gældende, at man skal være forsigtig med, at menneskerettighedslovgivningen ligger under for det overforenklede synspunkt, at der med udtryk af beklagelse følger en forsikring om, at der ikke er noget at bekymre sig om. Hvis man gør det, ville det åbne mulighed for, at den kendsgerning, at man indrømmer specifikke handlinger, ville blive berettigelse for den generelle struktur, der gjorde det muligt for torturen overhovedet at finde sted.

Konkluderende kan det siges, at torturlandskabet efter 11. september giver udfordringer til retsstatsprincippet. Den moderne, brede holdning, som Menneskerettighedsdomstolen har indtaget i sager som f.eks. *Selmouni*, afspejler det prisværdige synspunkt, at tortur i en hvilken som helst form er

absolut uforenelig med et samfund, der er baseret på retsstatsprincippet og demokrati. Juridisk exceptionalisme bør derfor fortsat afvises til fordel for de normative fordele, der er ved et absolut forbud. Desuden bør menneskerettighedslovgivningen være forsigtig med at tillade, at stater gennem anger frasiger sig ansvaret for at forhindre spredningen af en kultur præget af tortur. Den italienske general Chiasas ord, da han modtog en anmodning om at tortere en mistænkt i sagen om kidnapningen af den tidligere italienske premierminister Aldo Moro, er en barsk påmindelse om den normative vigtighed af et absolut forbud mod tortur: ”Italien kan overleve tabet af Moro, men kan ikke overleve indførelsen af tortur.”

VI. Konklusion

Der har været en hed debat om den trussel mod retsstatsprincippet, som såvel terrorisme som en reaktionær antiterrorindsats udgør. Med henblik på at deltage i denne debat har denne afhandling anlagt en ikke-forsvarende, liberal opfattelse af retsstatsprincippet baseret på en vestlig klassisk liberal tradition, der er gennemsyret af menneskerettigheder og individuel frihed.

Det er indlysende, at der må gøres en indsats for at modvirke den trussel mod selve opfattelsen af frihed, som dem, der udøver vilkårlig vold og fostrer ekstremisme, udgør. Følgelig afhænger retsstatsprincippet af en udtalt men grundlæggende handel mellem individet og staten, den regerede og regenten, hvorved begge ofrer noget af den frihed og magt, de ellers ville have. En person, der lever i et samfund, accepterer stiltiende, at han eller hun ikke kan udøve tøjlesløs frihed i en naturtilstand som hos Locke og undergiver sig dermed de begrænsninger, der er pålagt af den lovgivning, der er behørigt vedtaget, på grund af de fordele som den alt i alt giver. Staten accepterer på sin side, at den hverken hjemme eller i udlandet må gøre alt det, den har magt til, men kun det, som den lovgivning, den er underlagt, bemyndiger den til.

Den vanskelighed, der er skabt af den hob af antiterrorforanstaltninger, som på det seneste er vedtaget af forskellige vestlige regeringer, er, at denne lovgivning alt for ofte gennemføres på forhastet vis uden behørig

hensyntagen til de normative konsekvenser for den massive udvidelse af statsmagten.

De begrundelser, der fremføres, om at sådan lovgivning er påkrævet for at finde en ”ny balance” mellem borgerlige frihedsrettigheder og sikkerhedsinteresser, er et slør, bag hvilket ofte intolerante værdidomme afsiges, som på skadelig og uforholdsmæssig vis påvirker hverdagen for uskyldige medlemmer af et givent samfund til fordel for det bredere ”fælles bedste”. Sådanne utilitaristiske begrundelser yder et utilstrækkeligt grundlag for, at den individuelle frihed kan blomstre ifølge en klassisk liberal opfattelse af verden.

Fundamentalt kræves der selvstændige begrundelser og velovervejet offentlig diskussion for at sikre, at der ikke på vegne af borgerne vedtages nye snæversynede love, som i sidste instans er ødelæggende for retsstatsprincippet. Sikkerhedshensyn bør ikke give carte blanche til indførelse af tilfældige restriktioner mod de friheder, der findes i de vestlige samfund. Der skal fremføres gyldige, begrundende argumenter ud over det paradigme om normaltilstand-regel/nødtilstand-undtagelse, som er nærmere beskrevet af Gross og Ni Aolain om, hvorfor borgerlige frihedsrettigheder og menneskerettigheder skal begrænses.

Desuden må en begrænsning af sådanne rettigheder være i overensstemmelse med en berettiget offentlig nødvendighed. Vi må således

anerkende, at kropsvisitation af *enhver* person, der er anklaget for et strafbart forhold, er lige så stødende mod retsstatsprincippet som kropsvisitation af en langvarigt tilbageholdt terrormistænkt, hvor der ikke foreligger mistanke om, at den pågældende person er bevæbnet (situationen vil selvfølgelig være anderledes i tilfælde af en mistænkt selvmordsbomber). Således er proportionalitet ikke det eneste kriterium, hvorefter sådanne foranstaltninger skal måles. Andre overvejelser, man bør gøre sig, er menneskeværdighed, respekt for menneskerettighederne og bekymring for den normative nedbrydende virkning, som en foranstaltning som f.eks. kropsvisitation har på retsstatsprincippet i et samfund.

Den enkeltes rettigheder påvirkes bedst inden for de retssikkerhedsgarantier, der findes i en stats strafferetssystem. Som Gearty bemærker: den ”fortrængning, der er sket af den strafferetslige model, som er baseret på retfærdig rettergang, til fordel for en sikkerhedsmodel, som er baseret på frygt og mistro” bør fordømmes. Frygt og mistro er terroristernes våben. Vestlige liberale demokratier bør ikke på deres side anvende de samme værktøjer mod deres egne folk. Den dag, hvor frygt og mistro bliver et samfunds kendetegn, er den dag, hvor en opfattelse af retsstatsprincippet i et menneskeretligt perspektiv også dør. For at afslutte med det citat fra John Locke, der indledte denne afhandling:

”Hvor end loven ender, begynder tyranniet.”