

# **VALGFRI PROTOKOLL TIL ØSK – MULIGE VIRKNINGER AV TILSLUTNING**

Av Henning Harborg



## INNHALDSFORTEGNELSE

<b>1. Innledning – mandatet og enkelte kommentarer til det .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Kritikken mot UDs anskaffelse og forholdet til sivilt samfunn .....</b>	<b>9</b>
2.1. Anskaffelsen og kritikken mot den.....	9
2.2. Kontakt med representanter for sivilt samfunn.....	10
2.3. Betydning for utredningen .....	12
<b>3. Oversikt over FNs menneskerettighetskonvensjoner og håndhevelsesmekanismer.....</b>	<b>14</b>
3.1. Kjernekonvensjonene og status for Norge.....	14
3.2. Konvensjonsorganene .....	15
3.3. Håndhevelsesmekanismer .....	16
3.3.1. Statsrapporter .....	16
3.3.2. Statsklager .....	17
3.3.3. Undersøkelser.....	17
3.3.4. Generelle kommentarer .....	18
3.3.5. Individklager .....	19
3.4. Statistikk fra individklageordningene .....	20
3.5. Individklageordningenes virkninger for Norge.....	20
3.5.1. Innledende bemerkninger .....	20
3.5.2. Krenkelse av torturkonvensjonen .....	21
3.5.3. Krenkelse av rasediskrimineringskonvensjonen .....	21
3.5.4. Krenkelser av SP .....	22
3.5.5. Synspunkter på betydningen av individklageordningene .....	25
3.6. Innholdet i og særtrekk ved ØSK.....	25
<b>4. Debatten om rettsliggjøring av ØSK-rettighetene.....</b>	<b>28</b>
4.1. Problemstillingen: justiciability .....	28
4.2. Hovedpunkter i den norske debatten .....	30
4.3. Manglende klarhet på grunn av vage formuleringer og manglende praksis som konkretiserer rettighetene .....	32

4.4.	Graden av forpliktelse i ØSK-rettighetene .....	34
4.5.	Synspunktene på håndhevelsesmekanismer ved etableringen av ØSK.....	34
4.6.	Oppsummering.....	36
<b>5.</b>	<b>Standpunkter til protokollen i andre land .....</b>	<b>37</b>
5.1.	Kort om metoden .....	37
5.2.	Danmark .....	37
5.3.	Finland .....	37
5.4.	Irland.....	38
5.5.	Island .....	38
5.6.	Nederland .....	38
5.7.	Portugal .....	39
5.8.	Spania .....	40
5.9.	Storbritannia.....	41
5.10.	Sverige .....	42
5.11.	Tyskland.....	42
<b>6.</b>	<b>Utviklingen av den valgfrie protokollen til ØSK .....</b>	<b>43</b>
6.1.	Problemstillinger .....	43
6.2.	Initiativ og forhistorie.....	43
6.3.	Arbeidsgruppen og dens arbeid .....	47
6.4.	Spørsmålet om hvilke rettigheter klageordningen skulle omfatte .....	49
6.5.	Retningslinjer for komiteens prøving – protokollens art. 8(4).....	52
6.5.1.	Diskusjoner om skjønnsmargin mv. i arbeidsgruppens første sesjoner.....	52
6.5.2.	De Albuquerquees første utkast – diskusjonen i fjerde sesjon.....	53
6.5.3.	Diskusjonen i femte sesjon – to nye utkast.....	54
6.5.4.	De avsluttende forhandlingene og det endelige kompromisset.....	55
<b>7.</b>	<b>Prosessforutsetninger .....</b>	<b>57</b>
7.1.	Innledende bemerkninger .....	57
7.2.	Passiv søksmålskompetanse (hvilke stater kan klages inn) – protokollen art. 1.....	57
7.3.	Aktiv søksmålskompetanse – protokollen art. 2 .....	57
7.4.	Tidsmessige forhold – protokollen art. 3(2) bokstav a.....	59
7.5.	Krav til sakens innhold – protokollen art. 3(2) bokstav d og e.....	59

7.6.	Uttømming av nasjonale rettsmidler – protokollen art. 3(1).....	60
7.7.	Litispensens – protokollen art. 3(2) bokstav c.....	62
7.8.	Rettskraft – protokollen art. 3(2) bokstav c.....	63
7.9.	Misbruk av klageretten ("abuse") – protokollen art. 3(2) bokstav f.....	64
7.10.	Klageren må være offer for en menneskerettskrenkelse ("the victim requirement") – protokollen art. 2 og 4.....	64
<b>8.</b>	<b>Hva slags saker vil komiteen kunne behandle, hvordan og med hvilken virkning? .....</b>	<b>66</b>
8.1.	Problemstillinger .....	66
8.2.	Typer av forpliktelser og betydningen for muligheten for individuell klagebehandling.....	66
8.3.	Plikten til å respektere – klagesaker om negative rettigheter .....	69
8.3.1.	Den klassiske tilnærmingen til saker om negative rettigheter.....	69
8.3.2.	Saker om inngrep i art. 8(1) bokstav a .....	69
8.3.3.	Saker om inngrep i art. 13(3).....	70
8.3.4.	Saker om inngrep i art. 15(3).....	72
8.3.5.	Kan samme tilnærming gjøres for andre rettigheter i ØSK? .....	72
8.4.	Særlig om diskrimineringsaker .....	74
8.5.	Plikten til å oppfylle – klagesaker om utpreget positive rettigheter.....	76
8.5.1.	Problemstillinger .....	76
8.5.2.	Vurderingstemaet og momenter i vurderingen .....	78
8.5.3.	Prøvingsintensitet – i hvilken grad har statene en skjønnsmargin .....	81
8.5.4.	Faktisk grunnlag for komiteens avgjørelser .....	83
8.5.5.	Forskjeller på komiteens vurdering av individklagesaker og landrapporter – reparasjon av krenkelser .....	85
8.5.6.	Betydningen av klagers egne forhold.....	87
<b>9.</b>	<b>Hvilken materielle virkninger vil individklageordningen kunne ha?.....</b>	<b>87</b>
9.1.	Skillet mellom materielle og prosessuelle virkninger.....	87
9.2.	Momenter i kartleggingen av materielle virkninger .....	88
9.3.	Saksmengde.....	89
9.4.	Komiteens prøving – temaer og intensitet.....	89
9.5.	Uttalelsenes vekt.....	90
9.5.1.	Skillet mellom rettskrafts- og rettskildevirkninger.....	90
9.5.2.	Rettskraftsvirkninger .....	91
9.5.3.	Rettskildevirkninger.....	93

9.5.4.	Er det dekning for norske myndigheters syn om at avgjørelser fra FN-komiteene langt på vei kan sammenliknes med dommer fra EMD?.....	94
9.5.5.	Hvilken betydning vil det ha for rettskildeverdien at norske myndigheter velger ikke å følge komiteens anbefalinger?.....	98
9.6.	Økonomiske og administrative konsekvenser av en individklageordning .....	99
<b>10.</b>	<b>Virkninger for norske domstolers behandling av saker som gjelder ØSK .....</b>	<b>100</b>
10.1.	Problemstillinger .....	100
10.2.	Betydning for domstolenes metode og tolkning av ØSK.....	100
10.3.	Vil norsk tilslutning medføre at man på lempe på kravene i tvisteloven § 1-3 eller gjøre andre grep for å sikre prøving av krenkelser i Norge? .....	102
<b>11.</b>	<b>Oppsummering og konklusjoner .....</b>	<b>105</b>
	<b>Vedlegg.....</b>	<b>107</b>

## 1. INNLEDNING – MANDATET OG ENKELTE KOMMENTARER TIL DET

FNs generalforsamling vedtok 10.12.2008 en tilleggsprotokoll til konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Protokollen ble åpnet for undertegning i september 2009. Før det tas en beslutning om Norge skal signere og ev. ratifisere protokollen, ønsker UD en uavhengig utredning av mulige virkninger av tilslutning.

Det overordnede elementet i UD's mandat for oppdraget er at det skal foretas en juridisk analyse av konsekvenser av en eventuell norsk tilslutning til protokollen. For øvrig skal utredningen ifølge mandatet inneholde følgende hovedpunkter:

- En redegjørelse for protokollens retts tekniske oppbygning, graden av skjønnsmargin som ligger i ØSKs materielle bestemmelser og den rettslige og faktiske betydningen en individklageordning om disse rettigheter vil kunne ha for norske myndighetsorganer, hvilke rettigheter i konvensjonen det særlig kan ventes klagesaker om, samt hvilke implikasjoner en internasjonal overprøving av disse spørsmålene i forbindelse med mulige individklagesaker mot Norge eventuelt vil kunne ha nasjonalt.
- Informasjon fra et utvalg land om deres vurderinger av konsekvenser knyttet til mulig tilslutning til protokollen, både land som har valgt å undertegne protokollen og land som har valgt ikke å undertegne protokollen.
- En redegjørelse for sentrale/hovedlinjer i konsekvenser så langt av norsk tilslutning til andre individklageordninger knyttet til FN's menneskerettskonvensjoner. Det skal i den forbindelse redegjøres for eventuelle særtrekk ved individklageordningen til ØSK sammenlignet med de andre individklageordningene Norge er tilsluttet.
- Synspunkter på funn/momentene som er relevante i vurderingen av økonomiske og administrative konsekvenser

Spørsmålet om norsk tilslutning til protokollen er etter hvert betydelig debattert. Hovedargumentene i debatten kan grovt grupperes i to. I den ene skålen ligger risikoen for økt rettsliggjøring av politiske spørsmål med tilhørende svekkelse av handlingsrommet til lovgiver og norske myndigheter, samt risiko for svekket forutsigbarhet i rettspleien gjennom at vage, målsetningspregede normer gis rettslig innhold. I den andre skålen ligger ønsket om å sikre håndhevelse av ØSK-rettighetene i norske anliggender, samt ønsket om at Norge skal bidra til å styrke FN og kontrollordningene med sikte på gjennomslag i andre land. Avgjørelsen av om Norge skal ratifisere protokollen eller ikke, fordrer en avveining av disse hensynene.

Det er grunn til å presisere at det ligger utenfor mandatet for denne utredningen å gi råd om hvorvidt Norge bør undertegne og ratifisere protokollen eller ikke. Bakgrunnen for utredningen er et ønske om i størst mulig grad å kartlegge mulige virkninger av en ev. norsk tilslutning til den valgfrie protokollen. Dette må forstås slik at det ønskes en redegjørelse for og vurdering av den førstnevnte gruppen av argumenter, dvs. hvilke virkninger tilslutning vil ha for norske beslutningstakere og

rettsanvendere. De utenrikspolitiske hensyn skal ikke analyseres eller vurderes. Enn mindre er det min oppgave å gi råd om den brede politiske avveiningen av om tilslutning bør skje eller ikke.

Innledningsvis er det også grunn til å knytte enkelte kommentarer til selve hovedpunktet i mandatet om at det ønskes ”en juridisk analyse av konsekvenser av en eventuell norsk tilslutning”. Oppdraget dreier seg om et forsøk på å forutse mulige konsekvenser av norsk tilslutning til protokollen. Det er strengt tatt ikke en *juridisk* analyse i egentlig forstand. Det handler ikke om å vurdere rettstilstanden eller hvordan det vil være, men heller hvordan rettstilstanden vil påvirkes av en ev. tilslutning, samt hvordan tilslutning vil påvirke forholdet mellom de øverste statsorganer og i hvilken grad det vil medføre en overføring av myndighet til FN, og da primært ØSK-komiteen. Analysen er heller ikke begrenset til rettslige virkninger. Som presisert i mandatets pkt.2 må det gjøres en vurdering både av den faktiske og rettslige betydningen en individklageordning vil ha. Den viktigste presiseringen er likevel at det dreier seg om *mulige* konsekvenser. En vesentlig faktor for hvilken betydning tilslutning vil ha, er i hvilken grad individklageordningen vil bli benyttet i Norge og i andre land. Om dette er det vanskelig å spå – se nærmere i kapittel 9. Av betydning er også hvordan ØSK-komiteen vil tolke og anvende både konvensjonsrettighetene og protokollens bestemmelser. Også dette byr på utpregede spådommer. Riktignok finnes det et visst materiale fra denne og tidligere ØSK-komiteer som sier noe om hvordan konvensjonsbestemmelsene oppfattes i dag, men det er vanskelig eller umulig å gi presise spådommer både om komiteens fremtidige sammensetning og virke.

Spesifikt til punktet i mandatet om ”hvilke rettigheter i konvensjonen det særlig kan ventes klagesaker om”, vil jeg presisere at det etter min oppfatning må forstås som et spørsmål om hva slags saker ØSK-komiteen vil kunne ta til behandling, se kapittel 8. Det lar seg av flere grunner ikke gjøre å forutsi hvilke bestemmelser klager mot Norge vil gjelde. For det første ville det kreve en detaljert gjennomgang av norsk lovverk og ordninger om arbeidslivet, folketrygden, sosialytelser, offentlige og private boliger, helsevesenet mv. En slik gjennomgang faller klart utenfor denne utredningen. For det andre er det en kjensgjerning at rettighetene per i dag ikke har et helt presist innhold. Formuleringen av dem er gjennomgående vage, og det eksisterende rettskildegrunnlaget er for lite til at rettighetene kan konkretiseres i en slik grad at det muliggjør en grundig analyse av hvilke bestemmelser som vil være særlig aktuelle for Norge. Til dette kommer at spørsmålet om konvensjonsmessighet i mange saker vil avhenge av den innklagede statens samlede ressurser. Hvordan det skal praktiseres, er det vanskelig å mene noe om før komiteen ev. kommer i gang.

## 2. KRITIKKEN MOT UDS ANSKAFFELSE OG FORHOLDET TIL SIVILT SAMFUNN

### 2.1. *Anskaffelsen og kritikken mot den*

Utenriksdepartementet (UD) sendte 16.12.2010 ut tilbudsinnbydelse om "kjøp av konsulenttjeneste vedr. juridisk analyse knyttet til valgfri protokoll om individklagerett til FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-konvensjonen)". Det fremkommer av anskaffelsesprotokollen at tilbudsinvitasjon ble sendt Hans Petter Graver, Eivind Smith, Karl Harald Søvig og meg. Ingen tilbud innkam innen den opprinnelige fristens utløp 12.1.2011, og denne ble utvidet med én dag. Jeg innga tilbud 13.1.2011, og det fremkommer av protokollen at jeg var den eneste som innga tilbud. Det fremkommer videre at jeg ble ansett å ha "tilfredsstillende løsnings spesifikk kompetanse" og relevant "erfaring for oppdraget, erfaring fra offentlig utredningsarbeid og erfaring fra arbeid i multilateral organisasjon og annet internasjonalt arbeid". Avtale ble inngått 27.1.2011.

Det fra forskjellig hold vært reist kritikk mot kontraktstildelingen og forhistorien til denne. Tolv organisasjoner<sup>1</sup> sendte 14.2.2011 brev til UD der det bl.a. het:

"[V]i er svært kritiske til hvordan Utenriksdepartementet har håndtert hele prosessen med å få på plass en utredning om implikasjonene for Norge ved en tilslutning til tilleggsprotokollen til Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Det har vært en meget lukket prosess der organisasjonene har fått lite eller ingen informasjon til tross for at vi fra først stund har spilt inn våre synspunkter på hvor viktig det er med åpenhet, og en prosess som har forankring og troverdighet hos de ulike interessentene i saken. ...

I alle våre innspill til departementet har vi understreket betydningen av at den som får utredningsoppdraget, i tillegg til å ha den rette kompetansen, må være en person som troverdighet hos alle interessentene i saken. Og at det må være åpenhet omkring selve anskaffelsesprosessen. Dette er viktig ikke minst på bakgrunn av det er stor uenighet mellom ulike interessenter rundt spørsmålet om Norge skal undertegne tilleggsprotokollen. Det er uenighet både om det er ønskelig, og om hva som er implikasjonene og om betydningen av den nasjonalt og internasjonalt."

Organisasjonene viste deretter til at de først 28.1.2011 hadde blitt kjent med at anskaffelsesprosessen var igangsatt, og ba om en redegjørelse fra UD for hvordan anskaffelsesprosessen og tildelingen hadde skjedd, derunder om forholdet til lov om offentlige anskaffelser. UD besvarte henvendelsen ved brev av 21.2.2011 til organisasjonene. UD gjennomgikk

---

<sup>1</sup> Amnesty International Norge, FIAN Norge, Advokatforeningens MR-utvalg, Plan Norge, Den norske Helsingforskomité, Norsk Psykologforenings MR-utvalg, Spire, FIVAS, Changemaker, Mellomkirkelig Råd for den norske kirke, Human Rights House Foundation og ICJ-Norge

kontraktstildelingen og oversendte invitasjonen, anskaffelsesprotokollen og andre grunnlagsdokumenter. UD viste videre til at utrederen skulle ha "møter med sivilt samfunn for å motta deres synspunkter på spørsmål som omfattes av utredningen".

Jeg har ingen kunnskap om at andre mulige utredere har blitt foreslått eller vurdert, og jeg har ingen foranledning til å kommentere eller vurdere tildelingen. Jeg ser det heller ikke som min oppgave.

## **2.2.     *Kontakt med representanter for sivilt samfunn***

Det er i mandatet presisert at utrederen skal ha kontakt med og involvere representanter for sivilt samfunn. Jeg sendte 24.5.2011 ut en åpen invitasjon til bidrag til utredningsprosessen. Det ble der invitert til et fellesmøte 8.6.2011 og til å gi skriftlige innlegg. Jeg skrev også at dersom noen organisasjoner skulle ønske å gi innspill eller diskutere bestemte spørsmål med meg i et eget møte, var jeg meget interessert i det. Invitasjonen ble sendt alle medlemmer av NGO-forum for menneskerettigheter, samt Spire, Fivas, Changemaker, LO og NHO.

Invitasjonen ble besvart ved brev av 7.6.2011 fra 17 organisasjoner<sup>2</sup> til meg. Organisasjonene forklarte at de ikke ønsket å delta i møtet:

"Vi, de 17 undertegnende organisasjonene, antar at De er gjort kjent med at organisasjonene er svært kritiske til myndighetenes håndtering av hele prosessen omkring FNs tilleggsprotokoll til konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, noe som blant annet fremkommer av vårt brev til Utenriksdepartementet 14. februar 2011 signert av 12 norske organisasjoner. Vår kritikk omfatter myndighetenes rolle i FN under utarbeidelsen og forhandlingene om ordlyden i tilleggsprotokollen, og den manglende åpenhet og inkludering fra myndighetenes side som prosessen på nasjonalt plan har vært preget av. Vi har også merket oss at flere relevante aktører ikke har mottatt noen invitasjon til møtet og til å komme med innspill til utredningen.

Organisasjonene velger derfor å takke nei til å delta på fellesmøtet 8. juni. Vi ønsker heller ikke på andre måter å spille inn til den pågående utredningen De er ansvarlig for. Organisasjonene ønsker ikke, på tampen av en utredning, å legitimere en prosess vi har tatt avstand i fra.

Det er første gang organisasjonene velger å gå til det skritt å avvise en slik invitasjon, men det er også første gang organisasjonene erfarer at myndighetenes ivaretagelse av sitt ansvar av å ha en åpen, forutsigbar og inkluderende prosess har vært under enhver kritikk.

Organisasjonene vil selv sørge for å kommunisere sine synspunkter til alle relevante aktører."

---

<sup>2</sup> Åtte av de tolv som sendte brev av 14.2.2011 til UD samt Antirasistisk senter, Dommerforeningens MR-utvalg, FOKUS – Forum for Kvinner og Utviklingsspørsmål, Forum for utvikling og miljø, Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon, Juss-Buss, Norges Handikapforbund, Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner og Velferdsalliansen

Fire av de organisasjonene<sup>3</sup> som underskrev brevet av 14.2.2011 til UD undertegnet ikke brevet av 7.6.2011, men ingen av disse har heller deltatt i den senere prosessen.

Jeg forsto brevet fra organisasjonene slik at de var skeptiske til å delta i prosessen fordi "flere relevante aktører ikke [hadde] mottatt noen invitasjon til møtet og til å komme med innspill til utredningen", samt at de opplevde at de kom inn på tampen av utredningen. Jeg skrev derfor 8.6.2011 et brev til organisasjonene der jeg viste til det jeg oppfattet som misforståelser i kommunikasjonen. Jeg viste til at det aldri hadde vært min mening at invitasjonen til å delta i prosessen skulle være eksklusiv, men tvert imot at alle interesserte, både organisasjoner og enkeltpersoner, skulle gis anledning til å delta. Jeg understreket også viktigheten av at organisasjonene ikke fikk inntrykk av at deres bidrag til gjennomføringen av utredningen ikke er av vesentlig betydning, eller at deres innspill ikke ville få den oppmerksomhet og vekt de fortjener. Jeg viste til at invitasjonen ikke kom på "tampen av" utredningen idet det var søkt om utsettelse av fristen.

Samme dag sendte jeg ut nye invitasjoner til fellesmøte 24.6.2011, og også til sær møter og skriftlige innspill. Det ble i de nye invitasjonene gjort enda tydeligere at innspill er ønsket fra alle som ønsker å bidra. Invitasjonen ble sendt til samme adressater som den første, men også til hele adresselisten til Norsk senter for menneskerettigheter.

Organisasjonene ønsket imidlertid likevel ikke å delta i prosessen. Av et nytt brev av 21.6.2011 fremkommer det at begrunnelsen verken var at enkelte organisasjoner ikke var invitert eller tidspunktet for møtet, men heller at man ikke ønsket å legitimere prosessen:

"Hovedgrunnen til at organisasjonene takket nei til å delta på det opprinnelige møtet 8. juni, og til å komme med innspill til utredningen skyldes at vi er svært kritiske til UD's håndtering av prosessen omkring TP-ØSK. Mangelen på åpenhet, forutsigbarhet og inkludering av det sivile samfunn har kjennetegnet UD's arbeid knyttet til TP-ØSK fra første stund, inkludert anbudsprosessen ved ansettelsen av utreder. Organisasjonene ønsker derfor ikke å delta i og dermed legitimere en prosess vi tar avstand ifra. Vår posisjon står ved lag, og vi takker derfor nei til invitasjonen om nytt møte 24. juni og til å bidra til utredningen."

Møtet 24.6.2011 ble avholdt, men kun med én deltaker. I tillegg hadde jeg et sær møte med Norsk senter for menneskerettigheter som ga interessante syn på protokollen og spørsmålet om tilslutning til den.

---

<sup>3</sup> Advokatforeningens MR-utvalg, Norsk Psykologforenings MR-utvalg, Changemaker og Human Rights Foundation

### 2.3. *Betydning for utredningen*

Det umiddelbare følge av organisasjonenes beslutning om ikke å bidra til utredningen, var at det ikke ble mulig å etterleve punktet i mandatet om kontakt med sivilt samfunn. Dette har også medført at det har vært mindre behov for løpende kontakt med andre departementer enn UD.

Selv om det er svakhet for utredningen at representantene for sivilt samfunn ikke ønsket å bidra, er det ikke slik at deres synspunkter på de overordnede spørsmål ikke er kjent. De har i andre sammenhenger gitt uttrykk for sitt grunnleggende syn på norsk tilslutning til den valgfrie protokollen. En oppsummering, som etter det jeg forstår er dekkende for de fleste organisasjoners syn, er gitt av Norsk senter for menneskerettigheter i anledning UPR-gjennomgangen i 2009:

“The protocol’s fundamental importance lies in sending a clear message to governments and courts throughout the world that economic, social and cultural rights are both justiciable and more than mere aspirations. In fact, these rights are already recognized and justiciable within the Norwegian legal system. By signing the Protocol, Norway would give a clear indication that the country is willing to be internationally accountable and that other countries should follow.”<sup>4</sup>

Amnesty har gitt uttrykk for tilsvarende synspunkter:

#### **“FN svekkes**

Vi vil gi norske myndigheter honnør for at de har vært en pådriver for å styrke menneskerettighetsforankringen under FN-toppmøtet om millenniumsmålene i New York nylig. Men det er av like stor viktighet å gi mennesker som lever i land som verken har evne eller vilje til å ivareta deres rettigheter en mulighet til å bli hørt og å få oppreisning når deres rettigheter brytes. Ved å prioritere nasjonal selvråderett foran FNs menneskerettighetssystem, bidrar Norge til å svekke FN.”<sup>5</sup>

NGO-forum innga 20.4.2009 en skyggerapport<sup>6</sup> til UPR-gjennomgangen av Norge i desember 2009, og anbefalte der sterkt vedtakelse av protokollen. Det samme gjorde Norwegian Forum on the Rights of the Child.

De grunnleggende syn på spørsmålet om tilslutning er derfor kjent selv om organisasjonene valgte ikke å bidra til denne utredningen. Blant de spørsmål jeg særlig ønsket å diskutere med organisasjonene var om tilslutning var ønsket primært på grunnlag av signaleffekten, eller om det er spesielle temaer eller bestemte sakstyper de selv gjerne skulle prøvd gjennom individuelle klagesaker. Hvis det er noen som allerede i dag ser behov for å få prøvet norske reglers eller norske systemers forhold til ØSK, er det god grunn til å tro at det er nettopp menneskerettsorganisasjonene.

<sup>4</sup> The Norwegian Centre for Human Rights, *Submission to the Universal Periodic Review of Norway*, 6th UPR Session Nov/Dec 2009, sendt 20.4.2009

<sup>5</sup> Fra [www.amnesty.no](http://www.amnesty.no), publisert 23.9.2010: *Norge - en bremsekloss i FNs menneskerettighetsarbeid*

<sup>6</sup> *Submission from the Norwegian NGO-Forum for Human Rights regarding the Universal Periodic review of Norway, scheduled for December 2009*, innsendt 20.4.2009

Derfor ville det vært veldig interessant å diskutere slike spørsmål med dem, særlig med sikte på den del av mandatet som gjelder hvilke rettigheter i konvensjonen det kan ventes klagesaker om.

Spekulasjoner om dette må derfor tas med det forbehold at jeg ikke har hatt noen dialog med organisasjonene om disse, men man får et visst inntrykk fra organisasjonenes uttalelser i andre sammenhenger, f.eks. gjennom deres skyggerapporter til UPR. De inneholder generelt lite om ØSK-rettigheter, men har to avsnitt om hhv. retten til bolig og minstestandarder for sosialstønad. I det første tok NGO-forum til orde for at retten til bolig bør gjennomføres ved at det gjøres tydeligere i norsk lovgivning at kommunene har et ansvar for å tilby alle innbyggere anstendige boligforhold (*adequate housing*). I det annet påpekes mangelen av en nasjonal minstestandard for sosialstønad, og at den stønaden som ytes ofte er utilstrekkelig, uforutsigbar og skjevt fordelt. Det foreslås derfor at det etableres en minstestandard som holder et rimelig nivå (*an adequate level*), som f.eks. det SIFO har beregnet som nødvendig for et anstendig liv i Norge. Sistnevnte ble for øvrig også tatt opp i SMRs rapport av samme dato. Jeg har likevel ikke inntrykk av at dette er temaer organisasjonene har umiddelbare planer om å gjøre gjenstand for rettslig prøving.

Mitt klare inntrykk er at organisasjonene er mest opptatt av signaleffekten ved norsk tilslutning, samt at tilslutning vil være et bidrag til å få på plass de ti ratifikasjonene som er nødvendig for at protokollen skal tre i kraft. Det vises i den sammenheng til uttalelsen fra Amnesty (sitert ovenfor) om at Norge bør bidra til å "gi mennesker som lever i land som verken har evne eller vilje til å ivareta deres rettigheter en mulighet til å bli hørt og å få oppreisning når deres rettigheter brytes". Det er lite som tyder på at det foreligger klare legalstrategier som inkluderer planer om å utfordre det eksisterende regelverket for nasjonale eller internasjonale instanser. Det er i den sammenheng grunn til å påpeke at ØSK ble inkorporert i norsk rett så tidlig som i 1999 uten at det har vært rettet rettslige angrep på gjeldende ordninger. Jeg nevner også at flere av organisasjonene deltok i et møte arrangert av SMR 21.6.2011 om norsk tilslutning til protokollen. Enkelte av dem, bl.a. FIAN Norge som er blant de mest aktive pådriverne for norsk tilslutning, tok ordet for å forklare sin støtte for norsk tilslutning. Forklaringen var nettopp behovet for å få satt protokollen i kraft slik at den kan bli virksom i land der behovene er større enn i Norge.

### 3. OVERSIKT OVER FNs MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONER OG HÅNDHEVELSESMEKANISMER

#### 3.1. Kjernekonvensjonene og status for Norge

Etter vedtakelsen i FNs generalforsamling av Verdenserklæringen om menneskerettigheter (Verdenserklæringen) 10. desember 1948, er det i FN vedtatt ni juridisk bindende konvensjoner som av FN selv gjerne omtales som kjernemenneskerettighetskonvensjonene (*the core international human rights instruments*). Disse er:

- Rasediskrimineringskonvensjonen (RDK), vedtatt 21.12.1965, i kraft 4.1.1969
- Konvensjonen om sivile og poliske rettigheter (SP), vedtatt 16.12.1966, i kraft 23. mars 1976
- Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), vedtatt 16.12.1966, i kraft 3. januar 1976
- Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK), vedtatt 18.12.1979, i kraft 3.9.1981
- Torturkonvensjonen (TK), vedtatt 10.12.1984, i kraft 26.6.1987
- Barnekonvensjonen (BK), vedtatt 20.11.1989, i kraft 2.9.1990
- Konvensjonen om rettighetene til arbeidsmigranter og deres familie (CMW), vedtatt 18.12.1990, i kraft 14.3.2003
- Konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), vedtatt 13.12.2006, i kraft 3.5.2008
- Konvensjonen om beskyttelse mot tvungen forsvinning (CED), vedtatt 20.12.2006, i kraft 23.12.2010

Tabellen nedenfor gir en oversikt over ikrafttredelsestidspunkter og når Norge har signert og ratifisert konvensjonene.

Konvensjon	I kraft	Norge	
		Signert	Ratifisert
RDK	4.1.1969	21.11.1969	6.8.1970
ØSK	3.1.1976	20.3.1968	13.9.1972
SP	23.3.1976	20.3.1968	13.9.1972
KDK	3.9.1981	17.7.1980	21.5.1981
TK	26.6.1987	4.2.1985	9.7.1986
BK	2.9.1990	26.1.1990	8.1.1991
CMW	14.3.2003	Ikke	Ikke
CRPD	3.5.2008	2007	Ikke
CED	23.12.2010	2007	Ikke

Som tabellen viser har Norge ratifisert de seks konvensjonene enten før ikrafttredelse eller raskt deretter (rasediskrimineringskonvensjonen og barnekonvensjonen). Norge signerte i 2007 konvensjonene om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne og beskyttelse mot tvungen forsvinning, men har ennå ikke ratifisert dem. Migrantkonvensjonen er verken signert eller ratifisert av Norge.

### 3.2. *Konvensjonsorganene*

For samtlige av de ni konvensjonene er det etablert et konvensjonsorgan (en komité) som skal overvåke deltakerstatenes etterlevelse av konvensjonene. Med unntak for SP der konvensjonsorganet bærer navnet Menneskerettskomiteen (*the Human Rights Committee*), er samtlige komiteer gitt navn etter konvensjonstittelen (Rasediskrimineringskomiteen, ØSK-komiteen, Torturkomiteen osv.). Komiteene er med unntak for ØSK alle etablert gjennom bestemmelser i konvensjonen selv. ØSK er etter konvensjonen forutsatt håndhevet av Det økonomiske og sosiale råd (ECOSOC), men dette etablerte i 1978 en egen arbeidsgruppe til å forestå håndhevelsen. Ved resolusjon 1985/17 besluttet ECOSOC at denne arbeidsgruppen skulle omdøpes til Committee on Economic, Social and Cultural Rights. I samme resolusjon ble det nedsatt kriterier for medlemskap i komiteen, etter mønster fra de andre konvensjonene.

Komiteene består av uavhengige eksperter valgt av medlemslandene på møter mellom disse (*Meetings of States Parties*). Antallet medlemmer varierer fra 10 til 23, og det kan ikke komme mer enn ett medlem fra et medlemsland. Medlemmene velges for fire år av gangen, med adgang til fornyelse. Etter de to nyeste konvensjonene (om hhv. rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne og beskyttelse mot tvungen forsvinning) er adgangen til gjenvalg begrenset til én periode, slik at samlet maksimal funksjonstid er åtte år, mens det for de øvrige ikke er noen begrensninger. Kravene til medlemmene er formulert noe forskjellig i konvensjonene, men det gjennomgående er at det stilles krav til "høy moralsk karakter" eller "høy moralsk anseelse" og at medlemmene skal ha "anerkjent kompetanse på det området som omfattes av konvensjonen". I enkelte av konvensjonene påpekes også det nokså selvsagte at medlemmene skal være "of impartiality". Det stilles ingen krav til laveste eller høyeste alder eller til bestemt utdannelsesbakgrunn. Komiteene velger selv sin leder (*chairperson*).

For ØSK er valgbarhetskriteriene nedfelt i ECOSOCs resolusjon 1985/17. Disse minner om kriteriene i de øvrige konvensjoner, men med den forskjell at det stilles visse krav til geografisk sammensetning:

"The Committee shall have eighteen members who shall be experts with recognized competence in the field of human rights, serving in their personal capacity, due consideration being given to equitable geographical distribution and to the representation of different forms of social and legal systems; to this end, fifteen seats will be equally distributed among the regional groups, while the additional three seats will be allocated in accordance with the increase in the total number of States parties per regional group;"

Komiteene sitter ikke samlet hele året, men møtes i sesjoner av 2-4 ukers varighet. Menneskerettskomiteen og Kvinnediskrimineringskomiteen har tre årlige sesjoner, én i New York og to i Genève, mens de øvrige komiteene har to årlige sesjoner i Genève.

### **3.3. Håndhevelsesmekanismer**

#### *3.3.1. Statsrapporter*

Komiteene har forskjellige håndhevelsesmekanismer til sin rådighet i overvåkningsarbeidet. Felles for alle konvensjoner er at det er etablert et rapporteringssystem. Etter dette systemet skal medlemsstatene med foreskrevne mellomrom rapportere om gjennomføringen av konvensjonen i staten. Det vanlige er at statene skal inngi første rapport innen ett eller to år etter at staten ble bundet av konvensjonen, og deretter med den hyppighet som er foreskrevet av konvensjonen eller komiteen. Til Rasediskrimineringskomiteen skal det f.eks. rapporteres annet hvert år, mens det skal rapporteres hvert fjerde år til Menneskerettskomiteen og hvert femte år til ØSK-komiteen.

Det forventes at det rapporteres om skritt og tiltak som er gjennomført og som er av betydning for etterlevelsen av konvensjonen, samt om relevant samfunnsutvikling, særlige problemområder mv. Samtlige komiteer har utviklet retningslinjer for statsrapportenes innhold, og det er vedtatt prosedyrebestemmelser som skal regulere behandlingen av dem. Komiteene har adgang til å be om utfyllende informasjon, og andre enn statene selv, særlig NGO-er, skal kunne bidra til rapporteringsprosessen gjennom å gi utfyllende informasjon, skyggerapporter mv.

Rapportbehandlingen skjer vanligvis ved at en arbeidsgruppe (bestående av en del, men ikke alle, komitémedlemmer) som møtes i en uke rett i forkant av en ordinær sesjon, utvikler en liste over problemstillinger som skal tas opp med vedkommende stat (*List of Issues*). Dette gjøres på grunnlag av rapporten selv og andre kilder til kunnskap, f.eks. opplysninger fra NGO-er. Listen sendes staten med en frist for skriftlige svar. Staten sender deretter svar på spørsmålene, men også andre enn staten kan furnere komiteen med ytterligere informasjon og synspunkter. Deretter tas rapporten opp til behandling under en av de påfølgende sesjonene. Dette skjer i et formelt møte i komiteen. Staten peker ut en rekke representanter som forbereder seg på de temaene som er behandlet skriftlig, og representantene møter hos komiteen og besvarer spørsmål fra dennes medlemmer. Det vil gjerne være oppfølgingsspørsmål til de temaer som er behandlet skriftlig eller beslektede temaer. Møtene er åpne for publikum. Varigheten på slike møter varierer, men det er vanlig at de varer fra 1-3 timer, men slik at enkelte særlig interessante land kan ta lenger tid. Referater fra møtene (*Summary Records*) gjøres offentlig tilgjengelig så snart de er ferdigstilt.

Etter møtene har et av komitémedlemmene ansvar for å utarbeide et utkast til konklusjoner. Utkastet diskuteres i komiteen som – etter varierende grad av diskusjon og tidsbruk – finner enighet om et dokument med komiteens konklusjoner (av komiteene kalt *Concluding Observations* eller *Concluding Comments*). Disse inneholder som regel tre hovedbolker; positive sider (*Positive Aspects*), Hovedbekymringer (*Principal Areas of Concern*) og forslag og anbefalinger (*Suggestions and Recommendations*).

Komiteene har forskjellige oppfølgingsmekanismer (*Follow-up mechanisms*) av mer eller mindre formell karakter. Tradisjonelt har oppfølgingen bestått i at komiteen i konklusjonene ber staten følge opp forskjellige temaer, og å rapportere om dette i neste periodiske rapport. Stadig flere av komiteene har imidlertid også utviklet mer rettede mekanismer. Disse består i at komiteen identifiserer enkelte av punktene i konklusjonene som anses som særlig viktige, og at det bes om opplysninger om oppfølgingen av disse i løpet av et år. Deretter vil et komitémedlem med særlig ansvar for oppfølging (*the Rapporteur on Follow-up*) gå gjennom informasjonen fra staten og vurdere om staten har tatt tilstrekkelige skritt. Rapportøren kan i denne gjennomgangen også basere seg på opplysninger fra andre enn staten. Rapportørens synspunkter gjengis i en rapport.

### 3.3.2. Statsklager

RDK, TK, SP og Migrantkonvensjonen åpner for såkalte statsklager (*Inter-State Complaints*), dvs. klager fra en stat mot en annen om konvensjonsbrudd. Etter RDK gjelder adgangen alle medlemsstater, mens den etter de tre andre konvensjonene forutsetter særskilt vedtakelse fra den innklagede stat. Denne håndhevelsesmekanismen kan være prinsipielt interessant, men har så langt aldri vært i bruk for noen av de relevante komiteene.

### 3.3.3. Undersøkelser

To av komiteene, Torturkomiteen og Kvinnediskrimineringskomiteen, har etter de respektive konvensjoner adgang til på eget initiativ å foreta undersøkelser av om det foreligger alvorlige eller systematiske krenkelser av konvensjonen i en medlemsstat. Vilkårene er at komiteen har fått troverdig informasjon som inneholder velbegrunnede indikasjoner på slike krenkelser, samt at vedkommende stat har vedtatt særskilt komiteens kompetanse til å gjennomføre slike undersøkelser.

Komiteen skal gjennom hele prosessen søke samarbeid med vedkommende stat og få dens bistand i prosessen. Med statens samtykke kan komiteen peke ut bestemte medlemmer til å foreta besøk til staten for å gjøre undersøkelser på stedet. Undersøkelsesprosedyren er ikke offentlig, og det er derfor ikke enkelt å få kunnskap om bruken av den.

Også den valgfrie protokollen til ØSK inneholder en undersøkelsesmekanisme. Som for Torturkomiteen og Kvinnediskrimineringskomiteen vil den være frivillig og rettes mot alvorlige og systematiske krenkelser.

#### 3.3.4. *Generelle kommentarer*

Selv om det neppe er formelt riktig å omtale det som en håndhevelsesmekanisme, er det verdt å nevne at samtlige komiteer utvikler generelle kommentarer (*General Comments*) til konvensjonene. Dette er en virksomhet som ikke er regulert i konvensjonene, men som samtlige komiteer driver og som oppfattes som en viktig del av komiteenes arbeid.

Kommentarene har alle spesifikke temaer. Mange av dem omhandler en bestemt rettighet, f.eks. slik at man gjennomgår en artikkel eller et ledd i en artikkel. Andre gjelder mer generelle eller gjennomgående temaer som rettighetenes natur, statenes rapporteringsplikter, ikke-diskriminering o.l. Komiteene velger selv ut temaene, og kommentarene blir – så vidt jeg vet – til ved at et komitémedlem gis i oppgave å utvikle et førsteutkast til kommentar. Dette utkastet diskuteres deretter i plenumsmøter i komiteen inntil man er enige om teksten. Prosessen kan være langvarig, og det er ikke uvanlig at den strekker seg over flere sesjoner i komiteen.

Kommentarene varierer i lengde og dybde, men det må være riktig å si at det er en klar tendens i retning av at de blir stadig mer omfattende. Det er en tendens som gjelder i alle komiteer. Mens de tidlige kommentarene stort sett var helt kortfattede (ofte bare noen få avsnitt, og sjelden mer enn et par sider) og begrenset seg til å gi uttrykk for enkelte hovedpunkter, er mange av de generelle kommentarene avgitt de siste årene omfattende dokumenter på 15-20 sider med grundigere redegjørelser for en rekke problemstillinger innenfor det overordnede temaet.

Komiteene gir i uttalelsene sitt syn på forståelsen av konvensjonsbestemmelsene, refererer komiteens praksis om bestemmelsen, samt redegjør for andre internasjonale instrumenter som berører samme tema. De nyere kommentarene kan i det ytre nærmest ha form av fagartikkel, men inneholder sjelden eller aldri drøftelser. Komiteene gir deskriptive redegjørelser for innholdet i rettighetene og statenes forpliktelser, og kommentarene har derfor preg av autoritative tolkningsuttalelser – noe de i mange sammenhenger også behandles som.

### 3.3.5. *Individklager*

For fem av de ni konvensjonene finnes det operative individklageordninger. Dette gjelder SP, RDK, TK, KDK og CRPD. For CMW, ØSK og CED er det vedtatt slike ordninger, men de har ennå ikke trådt i kraft i påvente av det tilstrekkelige antallet ratifikasjoner. Ordningene etableres enten ved valgfrie protokoller (SP, KDK, CRPD og ØSK) eller ved bestemmelser i selve konvensjonene (RDK art. 14, TK art. 22, CMW art. 77 og CED art. 30). Felles for ordningene er at en stat må vedta særskilt komiteens kompetanse til å behandle slike klager. Dette gjøres ved ratifikasjon eller annen tilslutning til den relevante valgfrie protokollen, eller ved særskilt erklæring om at man anerkjenner komiteens myndighet etter konvensjonsbestemmelsen.

For alle konvensjoner utenom KDK og ØSK var individklageordningene påtenkt som håndhevelsesmekanismene helt fra vedtakelsen av vedkommende konvensjon. For KDK ble individklageklageordningen etablert ved en valgfri protokoll vedtatt 6.10.1999, og trådte i kraft 22.12.2000. Norge tilsluttet seg individklageordningen 5.3.2002. Individklageordningen etter ØSK ble som allerede sagt vedtatt 10.12.2008 og vil tre i kraft tre måneder etter at det nødvendige antall ratifikasjoner foreligger.

Norge har ratifisert de valgfrie protokollene til SP og KDK, og har avgitt erklæring etter RDK art. 14 og TK art. 22. Norge har vært bundet av klageordningene etter SP, RDK og TK helt siden de kom i gang, og etter KDK altså siden 2002, ca. halvannet år etter at ordningen trådte i kraft. Den siste av de fem operative ordningene (CPRD) gjelder ikke Norge som ikke har ratifisert konvensjonen.

Individklageordningene innebærer at enkeltpersoner eller grupper av enkeltpersoner kan sende klager til komiteen med påstand om at en eller flere av deres rettigheter etter konvensjonen er krenket. Komiteene kan avgi uttalelser (*Views*) om at klagerens rettigheter er krenket, og foreslå måter krenkelsen kan repareres på. Komiteene følger opp sine anbefalinger gjennom en oppfølgingsprosedyre (*Follow-up procedure*). Statene avkreves informasjon om hvilke tiltak de har gjennomført for å etterleve anbefalingene, gjerne gjennom mange runder med korrespondanse. Det er mange eksempler på at "follow up"-sakene holdes åpne i mange år.

Samtlige individklageordninger stiller en rekke krav til saken og partene for at saken skal kunne tas til realitetsbehandling i komiteen (*admissibility criteria*). Disse prosessforutsetningene skal gjennomgås i kapittel 7.

### 3.4. Statistikk fra individklageordningene

Utbredelsen av og saksmengden i de allerede eksisterende klageordningene varierer betydelig. Klageordningen til Menneskerettskomiteen er i en klasse for seg med 113 medlemsstater og over 2000 registrerte saker. Klageordningen til Kvinnediskrimineringskomiteen ligger i den andre enden av skalaen med 27 registrerte saker hittil, hvorav bare seks har kommet til realitetsbehandling.

Norge har hittil vært part i til sammen 26 saker i de fire klageordningene, 17 til Menneskerettskomiteen, seks til Torturkomiteen og tre til Rasediskrimineringskomiteen. Av de 26 sakene verserer tre ennå, 13 har blitt avvist (kjent *inadmissible*) og ti har blitt realitetsbehandlet. Av de ti realitetsbehandlede sakene har fem endt med krenkelse og fem uten. Tabellen nedenfor gir en oversikt over antall stater som er underlagt de forskjellige ordningene, samt antall saker av forskjellige typer totalt og for Norge.

Konvensjon	Antall stater	Verserende saker	Avviste saker	Hevede saker	Realitetsbehandlede saker		Totalt
					Krenkelse	Ikke	
SP – totalt	113	300	565	293	718	149	2034
SP – Norge		2	9	0	3	3	17
TK – totalt	64	101	62	118	60	121	462
TK – Norge		1	3	0	1	1	6
RDK – totalt	54	4	17	0	10	14	45
RDK – Norge		0	1	0	1	1	3
KDK – totalt	102	10	8	3	5	1	27
KDK – Norge		0	0	0	0	0	0

\*Tallene er à jour per 6.4.2011 for SP, per 6.6.2011 for TK, per 14.3.2011 for RDK og per 2.3.2011 for KDK

### 3.5. Individklageordningenes virkninger for Norge

#### 3.5.1. Innledende bemerkninger

En redegjørelse for hvilke virkninger de eksisterende klageordningene har hatt for Norge, krever gjennomgang av de avgjørelsene der det er statuert krenkelse. Det er nødvendig å gå inn i både grunnlaget for krenkelsen og hvilke oppfølgingstiltak avgjørelsene foranlediget. De saker som ikke har ledet til krenkelse, har ikke hatt annen virkning enn at de har påført staten utgifter til sakførsel, men sakstallet er så lite at det er liten grunn til å dvele ved dette.

Som sagt i forrige avsnitt er det statuert krenkelse i fem saker, én fra Torturkomiteen, én fra Rasediskrimineringskomiteen og tre fra Menneskerettskomiteen. Disse går gjennom nedenfor i avsnitt 3.5.2-3.5.4 før det trekkes konklusjoner om virkningen av klageordningene hittil i avsnitt 3.5.5.

### *3.5.2. Krenkelse av torturkonvensjonen*

Den ene saken som har endt med krenkelse i Torturkomiteen er sak 294/2004, *Nadeem Ahmad Dar v. Norway*. Avgjørelsen er datert 16.5.2007.

Saken gjaldt en pakistaner som søkte beskyttelse i Norge, men som ikke vant frem for norske myndigheter eller domstoler og som derfor skulle uttransporteres fra Norge. Klagesaken gjaldt opprinnelig et påstått brudd på torturkonvensjonen art. 3 ved at klageren ville kunne bli utsatt for tortur eller umenneskelig behandling ved retur til Pakistan. Komiteen ba i 2004 om at klageren ikke skulle sendes ut mens saken var til behandling for komiteen. Denne adgangen til å be om midlertidige tiltak (*interim measures*) er regulert i komiteens prosedyrereglement. Norge nektet å etterkomme anmodningen, og klageren ble deretter uttransportert i september 2005. Klageren fikk imidlertid i april 2006 bosettingstillatelse i Norge, og saken om risiko ved retur ble derfor trukket. Klageren påsto i stedet at hans rettigheter var krenket ved at han hadde blitt uttransportert i strid med en stående anmodning fra Torturkomiteen om midlertidig beskyttelse. Dette vant han frem med, men komiteen fant at krenkelsen var tilstrekkelig reparert gjennom bosettingstillatelse. Det var derfor ikke nødvendig å følge opp saken ytterligere fra norske myndigheters side.

Dar ønsket senere å få fastslått ved dom at uttransporteringen i 2005 var rettsstridig, men saken ble avvist av Høyesterett pga. manglende rettslig interesse, se Rt. 2008 s. 513. Dar er senere utvist fra Norge på annet grunnlag.

### *3.5.3. Krenkelse av rasediskrimineringskonvensjonen*

I sak 30/2003, *The Jewish community of Oslo, the Jewish community of Trondheim, Rolf Kirchner, Julius Paltiel, the Norwegian Antiracist Centre and Nadeem Butt v. Norway*, fant Rasediskrimineringskomiteen krenkelse av konvensjonen. Avgjørelsen er datert 22.8.2005.

Saken springer ut av den såkalte Sjøliesaken i Rt. 2002 s. 1618 som gjaldt rasistiske ytringer om jøder og innvandrere i den nynazistiske gruppen Boot Boys' demonstrasjon på torget i Askim i 2000. Sjølie ble dømt for brudd på straffeloven § 135a i lagmannsretten, men ble frifunnet av Høyesterett bl.a.

under henvisning til Grunnloven § 100. Klagerne brakte saken inn for Rasediskrimineringskomiteen og hevdet at de var ofre for krenkelser av Rasediskrimineringskonvensjonen art. 4 og 6 fordi de etter den rettsstilstand Høyesterett la til grunn, ikke nøytt tilstrekkelig beskyttelse mot spredning av rasediskriminerende og hatefulle ytringer.

Klagerne vant frem i Rasediskrimineringskomiteen som fant at klagernes rettigheter var krenket. Komiteen foreslo ikke bestemte tiltak for å reparere krenkelsen overfor klagerne individuelt, men foreslo at "the State party take measures to ensure that statements such as those made by Mr. Sjølie in the course of his speech are not protected by the right of freedom of speech under Norwegian law". Komiteen ba videre om informasjon innen seks måneder om hvilke skritt Norge hadde tatt på bakgrunn av komiteens uttalelse.

I sin oppfølgingsrapport av 21.2.2006 forklarte Norge at det siden domfellelsen av Sjølie var gjort endringer i både Grl. § 100 og strl. § 135a (riktignok uten at de kunne sies å være foranlediget av komiteens uttalelse). Det ble også vist til den nye diskrimineringsloven og etableringen av det nye likestillings- og diskrimineringsombudet, og konkludert med at man følte seg trygg på at tilsvarende ytringer for fremtiden ville bli straffet. Likestillings- og diskrimineringsombudet skrev i mai 2006 til komiteen at det fortsatt var behov for å avklare en del spørsmål etter straffeloven § 135a for å sikre overensstemmelse med alle sider av art. 4. I komiteens siste rapport fra 2010<sup>7</sup> står saken fortsatt åpen som oppfølgingssak uten at det klargjøres hva komiteen ev. mangler for å kunne avslutte saken.

#### 3.5.4. *Krenkelser av SP*

Første gang Menneskerettskomiteen fant krenkelse av SP i sak mot Norge var i avgjørelse av 11.11.1999 i sak 631/1995, *Aage Spakmo v. Norway*,

Saken gjaldt krav om krenkelse av SP art. 9 om rett til personlig frihet. Bakgrunnen var at klageren hadde blitt anholdt av politiet og holdt arrestert to påfølgende dager i juli 1984, i hhv. én og åtte timer. Bakgrunnen for arrestasjonene var rivingsarbeider i Oslo. Politiet ba ham begge ganger om å stanse arbeidene på grunn av bråk, noe han nektet under henvisning til at han arbeidet iht. tillatelse. Klageren fremmet erstatningskrav for ulovlig frihetsberøvelse, men vant ikke frem for norske domstoler. Med åtte mot seks stemmer fant komiteen – femten år etter episoden – at art. 9 var krenket. Flertallet viste til at art. 9 krever at arrestasjoner ikke bare må være lovlige, men også rimelige og nødvendige (*reasonable and necessary*), og fant at arrestasjonen på én time den første

---

<sup>7</sup> CERD, A/65/18 (2010)

dagen måtte anses nødvendig, men at arrestasjonen på åtte timer den andre dagen oversteg det som kunne anses nødvendig. Flertallet uttalte at staten var forpliktet til å reparere krenkelsen ved rimelige tiltak, inkludert erstatning.

Staten tilkjente klageren erstatning på kr 2 000 samt dekning av sakskostnader på kr 70 000<sup>8</sup>. Dette ble meddelt komiteen som ledd i denne oppfølging, og saken er senere kvittert ut med "satisfactory response".

Den andre saken der Menneskerettskomiteen fant krenkelse var den såkalte KRL-saken (sak 1155/2003, *Leirvåg and others v. Norway*) der avgjørelse ble fattet 23.11.2004. Saken gjaldt manglende fritaksordningene i KRL-faget i den norske grunnskolen. Saken var anlagt av Human-Etisk Forbund og en del av deres medlemmer. De vant ikke frem for norske domstoler (i en sak der også ØSK ble påberopt), og noen av medlemmene tok saken videre til Menneskerettskomiteen, mens andre tok saken til EMD. Menneskerettskomiteen fant at det forelå krenkelse av SP art. 18(4) om foreldres "frihet til å sørge for sine barns religiøse og moralske oppdragelse i samsvar med deres egen overbevisning". Komiteen uttalte videre at staten var forpliktet til å reparere krenkelsen ved effektive og hensiktsmessige tiltak som ville sikre foreldrene og barna at sistnevnte får en utdanning som er i overensstemmelse med deres overbevisning (sic).

Staten gjennomførte flere lovendringer på bakgrunn av komiteens (og EMDs) uttalelse. For det første fjernet man henvisningen til formålsparagrafen fra fritaksbestemmelsen, og for det annet ble det laget en fritaksbestemmelse som dekket alle fag. Det ble også gjort endringer i rundskrivene om faget. Videre ble det innvilget midlertidig fritak i påvente av at lovendringene skulle tre i kraft. I behandlingen av Norges femte rapport til Menneskerettskomiteen i 2006, roste komiteen Norge for de tiltak som var gjennomført.

Den foreløpige siste norske saken der Menneskerettskomiteen har funnet krenkelse er sak 1542/2007, *Abdeel Keerem Hassan Aboushanif v. Norway*, den såkalte Restauratørsaken. Avgjørelsen er datert 2.9.2008. Saken gjaldt ankesiling uten begrunnelse i straffesaker, jf. straffeprosessloven § 321 andre ledd. Klager ble dømt for bedrageri og momsundragelser i tingretten, og anken ble nektet fremmet av lagmannsretten. Lagmannsrettens avgjørelse ble ikke begrunnet idet retten fant det klart at anken ikke ville føre frem. Komiteen fant at fraværet av begrunnelse utgjorde en krenkelse av SP art. 14(5).

---

<sup>8</sup> Report of the Human Rights Committee, A/55/40, datert 10.10.2000

Avgjørelsen hadde betydelig slagside idet den gjelder en omfattende praksis fra lagmannsrettens side. Det var tatt tusenvis av tilsvarende avgjørelser de siste årene, og komiteens syn innebar at det var gjort samme saksbehandlingsfeil i samtlige. Høyesterett (i storkammer) tok stilling til spørsmålet i en annen, tilsvarende sak allerede 19.12.2008<sup>9</sup> og fant enstemmig at manglende begrunnelse var en saksbehandlingsfeil som måtte lede til opphevelse. Virkningen var bl.a. at alle andre påankede ankenektelser måtte behandles på samme måte, og Høyesteretts ankeutvalg opphevet derfor de påfølgende månedene godt over 100 tilsvarende lagmannsrettsavgjørelser.

Det ble samtidig begjært gjenopptakelse av en del ankenektelser uten begrunnelse som hadde blitt rettskraftige (med eller uten anke til Høyesteretts ankeutvalg). Gjenopptakelseskomisjonen inntok imidlertid det standpunkt at det ikke var grunnlag for gjenopptakelse etter straffeprosessloven § 392 første ledd fordi avgjørelsene i Restauratørsaken og storkammerkjennelsen av 19.12.2008 måtte anses som resultater av en dynamisk rettsutvikling. Gyldigheten av gjenopptakelseskomisjonens avgjørelse ble angrepet for domstolene og avgjort av Høyesterett (i storkammer) 12.10.2010<sup>10</sup>. Høyesterett fant at det var grunnlag for gjenopptakelse, men begrenset adgangen slik at det bare kunne kreves av personer som fortsatt kunne ha brakt sin sak inn for Menneskerettskomiteen. Dette innebar en avgrensning i to retninger. For det første mente Høyesterett at anke til Høyesterett ville ha vært et effektivt rettsmiddel, slik at kun personer som anket lagmannsrettens avgjørelse kunne ha klaget til Menneskerettskomiteen<sup>11</sup>. For det annet fastsatte Høyesterett en tidsbegrensning. Som jeg skal komme tilbake til i avsnitt 7.4, gjelder det formelt ingen tidsfrister for saksanlegg til Menneskerettskomiteen, men en sak vil etter omstendighetene likevel kunne bli avvist på grunn av misbruk av retten til klage e.l. Høyesterett la til grunn en tidsfrist på fem år fra rettskraftig dom. Selv med de to begrensningene, åpnet Høyesteretts avgjørelse for gjenåpning av en lang rekke avgjørelser.

Til Menneskerettskomiteens oppfølging av den konkrete saken opplyste staten om at avgjørelsen om ankenektelse ville bli opphevet, og om at det ville bli gjennomført lovendringer som ville medføre at ankenektelser for fremtiden vil bli begrunnet. Det ble også opplyst om at klageren ville bli gitt erstatning for sakskostnader, men at spørsmålet om erstatning for økonomisk tap måtte henstå til straffesaken var endelig avgjort.

---

<sup>9</sup> Rt. 2008 s. 1764

<sup>10</sup> Rt. 2010 s. 1170

<sup>11</sup> På grunn av kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler, se nærmere avsnitt 7.6

### *3.5.5. Synspunkter på betydningen av individklageordningene*

Det overordnede bildet er etter min oppfatning at FNs individklageordninger så langt ikke har hatt vesentlig betydning for Norge. Krenkelser er kun konstatert i fem avgjørelser, og iallfall to av dem – Spakmo-saken fra Menneskerettskomiteen og Dar-saken fra Torturkomiteen – er svært konkrete og har medført endringer verken i regelverk eller praksis.

KRL-saken medførte endringer i fritaksordningene for KRL-faget. Det er antakelig av vesentlig betydning for et fåtalls personer som har opplevd misjonering i norsk skole som et problem, men kan neppe anses som et vesentlig samfunnsspørsmål i Norge.

Sjølie-saken fra Rasediskrimineringskomiteen er prinsipielt interessant fordi den gir et eksempel på en menneskerettighet som kan kollidere med Grunnloven eller andre menneskerettigheter. Høyesterett frifant Sjølie med grunnlag i ytringsfriheten, mens Rasediskrimineringskomiteen fant krenkelse av retten til ikke å bli utsatt for diskriminerende ytringer. Derved sto menneskerettighet mot menneskerettighet. Derved bød saken på vanskelige avveininger som det kan være forskjellige synspunkter på. At Rasediskrimineringskomiteen la større vekt på diskrimineringsvernet enn ytringsfriheten er kanskje ikke egnet til å overraske. Med en stadig utvidelse av antallet internasjonale klagesaker, kan tilsvarende dilemmaer oppstå oftere. Om tematikken var aldri så prinsipiell, kan det likevel ikke sies at avgjørelsen fikk nevneverdig virkning internt ettersom prosessen med endringer av Grunnloven og straffeloven var i gang før komiteens avgjørelse forelå.

Restauratørsaken er utvilsomt den saken som har størst ringvirkninger. De mest iøynefallende virkningene er imidlertid dem som gjelder bakover i tid. Det spesielle er at krenkelsen i realiteten utgjorde en systemsvikt, og derfor medførte oppheving av en lang rekke avgjørelser. Virkningene vil være enten at det ender uten dom i straffesaker som i ankerunden ble ansett som klare, eller at sakene behandles på nytt, med betydelig merarbeid for domstolene og påtalemyndigheten. Virkningen i fremover tid er at alle sivilingsbeslutninger må begrunnes. Det er for så vidt også en endring av betydning, med virkninger for bevisste ressursprioriteringer i strafferettspleien. I det store bildet er det likevel ikke grunn til å si at det er et uttrykk for vesentlig maktforskyvning.

### **3.6. Innholdet i og særtrekk ved ØSK**

Den internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) ble vedtatt av FNs generalforsamling 16.12.1966, samme dag som SP, og trådte i kraft 3.1.1976. Sammen med SP og Verdenserklæringen utgjør ØSK det som gjerne omtales som The International Bill of Rights.

ØSK har for tiden (september 2011) 160 medlemsstater. ØSK ble ratifisert av Norge 12.9.1972, og har altså vært bindende for Norge siden den trådte i kraft. Norge har ett virksomt forbehold til konvensjonen. Det gjelder art. 8(1)(d), og forbeholdet sier at den norske ordningen med å henvise arbeidskonflikter til Rikslønnsnemnda til avgjørelse ved tvungen lønnsnemnd ikke skal anses å være i strid med streikeretten.

De enkelte rettigheter er oppstilt i artiklene 6-15 og omhandler i korthet:

- Art. 6 gjelder retten til arbeid. Det presiseres at retten omfatter mulighet for enhver til å tjene sitt levebrød ved arbeid som man selv fritt velger eller godtar.
- Art. 7 gjelder retten til rettferdige og gode arbeidsforhold.
- Art. 8 gir enhver rett til å organisere seg og til å streike, og gir fagforeninger rett til å danne nasjonale forbund og til fritt å utøve sin virksomhet.
- Art. 9 gjelder retten til sosial trygghet, innbefattet sosialtrygd.
- Art. 10 gjelder beskyttelse av og bistand til familien, særlig i forbindelse med at den stiftes, og om omsorgen for og utdanning av barna. Bestemmelsen omhandler også vern av mødre før og etter fødsler, samt beskyttelse av og bistand til barn og ungdom.
- Art. 11 gjelder retten til tilfredsstillende levestandard, herunder tilfredsstillende mat, klær og bolig. Videre anerkjennes den enkeltes fundamentale rett til å være trygget mot sult.
- Art. 12 gjelder retten til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk.
- Art. 13 gjelder retten til utdanning, og presiserer at grunnskoleundervisning skal være tvungen og gratis. De som ikke har nådd dette mål ved tiltredelsen, må i løpet av en toårsperiode sette opp en plan for gradvis å nå dette mål (art 14). Videregående utdanning skal ifølge art 13. være gjort tilgjengelig for alle, særlig ved gradvis innføring av gratis undervisning.
- Art. 15 gir enhver rett til å delta i kulturlivet og nyte fruktene av vitenskapens fremgang.

De materielle bestemmelsene og statenes forpliktelser er i stor grad – nærmest gjennomgående – formulert på en annen måte enn i søsterkonvensjonen SP og i EMK. Dette gjelder ikke minst den grunnleggende bestemmelsen i art. 2. Denne står helt sentralt for forståelsen av konvensjonen og karakteren av dens rettigheter. Art. 2 fastslår at medlemsstatene er forpliktet til "å sette alt inn på at de rettigheter som anerkjennes ... gradvis blir gjennomført fullt ut med alle egnede midler, og da særlig ved lovgivningstiltak". Denne forpliktelsen gjelder medlemsstatene hver for seg, men også gjennom internasjonal bistand og internasjonalt samarbeid.

Dette er en helt annen formulering av forpliktelsene enn dem man finner i SP og EMK. Etter SP art. 2 forplikter medlemsstatene seg til å *respektere* de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen, og å *sikre* dem for alle som befinner seg på statens territorium og er undergitt dens jurisdiksjon. Tilsvarende heter det i EMK art. 1 at medlemsstatene *skal sikre* enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er oppstilt i konvensjonen. Dette er forpliktelser som i utgangspunktet er av en annen karakter enn dem i ØSK art. 2. SP og EMK krever umiddelbar etterlevelse, dels ved at statene ikke skal gripe inn i de rettigheter (friheter) som reguleres i konvensjonene, dels ved positive

forpliktelser til å sikre rettighetene. ØSK art. 2 gir derimot rettighetene – etter ordlyden – mer preg av programerklæringer eller målsetninger ved å pålegge statene plikt til å sette alt inn slik at rettighetene *gradvis* kan gjennomføres.

Tilsvarende forskjeller finnes i formuleringen av de materielle rettighetene. I SP og EMK formuleres i stor grad bestemmelsene som materielle rettigheter for individene, typisk ved formuleringer som ”enhver har rett til ...” (EMK) eller ”enhver skal ha rett til...” (SP). Andre varianter er rene forbudsbestemmelser formulert som ”ingen må bli...” eller ”ingen skal bli...”, eller rene påbud som ”[a]lle som er berøvet friheten, skal behandles humannt”. I ØSK er derimot gjennomgangstonen en annen. Der heter det i de aller fleste tilfeller at medlemsstatene ”anerkjenner retten til ...”. Helt gjennomført er dette imidlertid ikke. Mer forpliktende formuleringer benyttes i noen bestemmelser. I art. 8 rett om rett til å organisere seg og til å streike heter det at medlemsstatene ”forplikter seg til å sikre” retten. I art. 13(3) og om frihet til å velge andre skoler enn de offentlige, og i art. 15(3) om ”den frihet som er uunnværlig for vitenskaplig forskning og skapende virksomhet”, heter det at statene ”forplikter seg til å respektere”. Disse formuleringene ligger nærmere dem som gjennomgående benyttes i SP og EMK. Det er imidlertid også variasjoner i formuleringen av forpliktelsene i SP. Også der er det en del rettigheter som *anerkjennes*, f.eks. retten til fredelige sammenkomster i art. 21 og retten for menn og kvinner i gifteferdig alder til å inngå ekteskap og stifte familie i art. 23(2).

En vesensforskjell mellom de materielle bestemmelser i ØSK på den ene side og EMK og SP på den annen side er også at ØSK i betydelig større grad enn de to andre konvensjonene spesifiserer bestemte tiltak statene forplikter seg til å gjennomføre for å realisere rettighetene. Tiltakene er beskrevet fra det helt uspesifiserte (”de nødvendige tiltak”), via klarere målsetninger (f.eks. ”tiltak ... skal omfatte ... fastsettelse av retningslinjer og fremgangsmåter for å sikre en jevn økonomisk, sosial og kulturell utvikling, samt full og produktiv sysselsetting”<sup>12</sup>), til ganske spesifikke plikter (f.eks. ”teknisk og yrkesmessig veiledning”<sup>13</sup> og ”de tiltak, innbefattet utarbeidelsen av konkrete programmer, som er nødvendige ... [f]or å forbedre metodene for fremstilling, oppbevaring og distribusjon av matvarer”<sup>14</sup>). Slike bestemmelser finnes, med enkelte unntak, ikke i EMK og SP. Det eneste unntak som er verdt å nevne er SP art. 23(4) som sier at medlemsstatene ”skal ta passende forholdsregler for å sikre ektefellene likestilling med hensyn til rettigheter og plikter ved inngåelse av ekteskap, under ekteskapet og ved dets oppløsning”.

---

<sup>12</sup> Art. 6(2)

<sup>13</sup> Art. 6(2)

<sup>14</sup> Art. 11(2)

Det er også vesensforskjeller i håndhevingen av konvensjonene. Der EMD og Menneskerettskomiteen allerede fra starten av var ment å ta stilling til individuelle klagesaker, var forutsetningen at håndhevelse av ØSK skulle skje gjennom landrapportering til ECOSOC. Det var først etter ni års virksomhet det overhodet ble nedsatt et egentlig konvensjonsorgan. Dette skjedde gjennom ECOSOCs resolusjon 1985/17 som etablerte ØSK-komiteen (se avsnitt 3.2). Bakgrunnen for at det ikke ble gjort tidligere (i konvensjonen selv) var bl.a. at sosialistiske stater motsatte seg etableringen av et slikt organ<sup>15</sup>. Bakgrunnen var imidlertid også, som jeg skal komme tilbake til i avsnitt 4.5, synspunkter om at ØSK-rettighetene var av en annen karakter enn de sivile og politiske og derfor burde håndheves på annen måte.

## 4. DEBATTEN OM RETTSLIGGJØRING AV ØSK-RETTIGHETENE

### 4.1. *Problemstillingen: justiciability*

Både i Norge og andre land har det i mange år versert en debatt om muligheten for å håndheve ØSK i enkeltsaker. Debatten har imidlertid blitt intensivert de seneste årene som følge av utarbeidelsen og vedtakelsen av den valgfrie protokollen, og er vel i dag omgjort til en debatt om tilslutning til den protokollen.

ØSK-rettighetenes karakter og gjennomslagskraft er et tema som etter hvert er viet stor plass i både akademisk og politisk meningsutveksling, og som gjerne reises som et spørsmål om rettighetenes *justiciability*. Begrepet *justiciability* er ikke helt entydig, men forstås i de fleste sammenhenger som det kjennetegn på rettigheter eller regler at de kan anvendes av domstoler. En nær slektning av begrepet *justiciability* er begrepet *self-executing* (som gjerne oversettes til selvkraftig). Begrepet brukes i monistiske stater om konvensjoner eller konvensjonsbestemmelser som kan påberopes overfor og anvendes av de nasjonale domstoler. Monistiske stater kjennetegnes ved at folkeretten uten videre regnes som en del av nasjonal rett, og det må da tas stilling til om den enkelte konvensjon eller folkerettsregel er egnet til direkte anvendelse. Dette er spørsmålet om selvkraftighet.

I Norge, der det stilles særlig krav om særskilt gjennomføring av folkeretten for at den skal bli en del av norsk rett, er selvkraftighet ikke et tema. Men det faktum at en konvensjon er inkorporert, er likevel ikke ensbetydende med at alle dens rettigheter vil kunne håndheves av domstolene. Med

---

<sup>15</sup> Se Malcolm Langford, *Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter 2009 s. 1 flg

sikte på ØSK uttalte Høyesterett i KRL-saken<sup>16</sup> at det måtte vurderes om ”bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter”. Dette ble utdypet slik at bestemmelsen ”må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter”. Slik jeg forstår det, er den prøven Høyesterett legger opp til ser, nettopp et spørsmål om den påberopte rettigheten er *justiciable*.

Til spørsmålet om ØSK-rettighetenes *justiciability* må det gjøres en vesentlig presisering: I flere arbeider ser man at det stilles spørsmål ved om økonomisk, sosiale og kulturelle rettigheter som sådan er *justiciable*. I norsk sammenheng kan spørsmålet virke meningsløst. Det er i vår rettstradisjon ngen tvil om at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter kan rettsliggjøres og håndheves av domstolene. En lang rekke av de saker som behandles av norske domstoler gjelder nettopp økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Det er tilfellet f.eks. for trygdesaker, saker etter sosialtjenesteloven, arbeidsrettssaker, patent- og varemerkesaker osv. Alt dette er saker om økonomiske, kulturelle og sosiale rettigheter. Likevel forekommer det sjelden eller aldri at ØSK påberopes for å underbygge de krav som er fremsatt. Poenget er at rettighetene i disse tilfellene er omgjort til rettskravsbestemmelser, og da er det opplagt at de er gjenstand for domstolsbehandling – men da altså av den norske lovgivningen.

Noe annet er spørsmålet om rettighetene, slik de er formulert i ØSK, er egnet til håndhevelse av domstoler (eller et internasjonalt håndhevelsesorgan). Det er et spørsmål om det kan trekkes konkrete rettigheter og plikter ut av ØSK alene. Det er et ganske annet spørsmål, og det er det spørsmålet som er interessant i vurderingen av tilslutning til protokollen. Individklager om rettighetene i ØSK reiser spørsmål ved om *disse rettighetene* er egnet til direkte håndhevelse.

Denne presiseringen virker kanskje ganske selvsagt, men i overraskende mange av drøftelsene om hvorvidt ØSK-rettigheter er *justiciable* ses det hen til andre grunnlag for slike rettigheter enn ØSK selv. Særlig en del avgjørelser av den sørafrikanske høyesterett er trukket frem som eksempler på at ØSK-rettigheter er håndhevet på nasjonalt plan. Disse sakene gjelder imidlertid anvendelse av den sørafrikanske konstitusjonen, ikke av ØSK. Det er da et spørsmål hvilken overføringsverdi sakene har. Nasjonale domstoler anvendelse av nasjonale regler, hva enten de er av lovs eller grunnlovs rang, er noe annet enn internasjonal håndhevelse av konvensjonen.

---

<sup>16</sup> Rt. 2001 s. 1006

## 4.2. *Hovedpunkter i den norske debatten*

Blant tilhengerne av norsk tilslutning til protokollen finner man en rekke organisasjoner som har sitt virke innenfor menneskerettighetsfeltet. Amnesty, FIAN Norge m.fl. har som nevnt innledningsvis tatt til orde for tilslutning<sup>17</sup>. Den fremste debattanten har nok likevel vært Norsk senter for menneskerettigheter (SMR). SMR var representert i arbeidsgruppen som utviklet protokollen, og har etter dens vedtakelse publisert flere arbeider om den valgfrie protokollen. Det kan særlig vises til et eget hefte av Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter (nr. 1 for 2009). Også kritikere av protokollen har sluppet til i publikasjonene, men senterets egne debattdeltakere har gjennomgående vært positive til protokollen. Særlig Malcolm Langford bør nevnes. Han har skrevet flere artikler om temaet, og er også mannen bak SMRs egen utredning om norsk tilslutning, fremlagt på et møte ved SMR 21.6.2011<sup>18</sup>. Utredningen består av tre deler: i) en gjennomgang av den valgfrie protokollen og hovedpunkter i den (avsnitt 2, Overview of the Protocol), ii) tilbakevisning av de vanligste argumentene som har blitt fremsatt mot protokollen og norsk tilslutning til den (kapittel 3, Concerns with the Justiciability), og iii) en gjennomgang av argumenter for norsk tilslutning (National Benefits and Foreign Policy Goals).

Av de pro-argumenter som trekkes frem av Langford og andre, er hovedpoenget selvsagt at protokollen vil åpne for prøving og reparasjon av krenkelser, og at vanskeligstilte derved gis bedre beskyttelse av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Langford trekker i den forbindelse frem undersøkelser som viser at domstolshåndhevelse av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i utviklingsland har hatt betydelig positiv effekt<sup>19</sup>. I tillegg påpekes det at utviklingen av praksis i ØSK-komiteen vil bidra til konkretisering av klargjøring av rettighetenes innhold, samt at protokollen vil gi økt oppmerksomhet om økonomisk, sosiale og kulturelle rettigheter. Individklageordningen vil også reparere den skjevhet som har eksistert i håndhevelsen av de forskjellige kategorier av menneskerettigheter, og ordningen vil understreke menneskerettighetenes udelelighet og gjensidige avhengighet. Det legges også vekt på utenrikspolitiske hensyn, særlig at vestlige land bør gå foran for å påvirke andre land der behovene er enda større.

Skepsisen til individklageordningen og norsk tilslutning til denne har i første rekke blitt målbåret av regjeringsadvokaten, med støtte fra Inge Lorange Backer, tidligere ekspedisjonssjef i Lovavdelingen. Regjeringsadvokaten var skeptisk til inkorporasjon av ØSK i sin høringsuttalelse til forslaget om

---

<sup>17</sup> Se også referat av 4.11.2009 fra åpent møte i UD 27.10.2009.

<sup>18</sup> Malcolm Langford, *Reasonable or risky? Norwegian ratification of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*

<sup>19</sup> Varun Gauri og Daniel Brinks, *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, 2008

menneskerettslov, og har senere skrevet to brev til UD om den valgfrie protokollen<sup>20</sup> der det har blitt argumentert mot tilslutning.

Individuell klagerett til ØSK-komiteen var også tema på Nordisk juristmøte i Stockholm i august 2011. Diskusjonen skjedde på grunnlag av en innledning fra danske Jacob Mchangama<sup>21</sup>. Temaet var om det er hensiktsmessig at nordiske stater ratifiserer protokollen, og Mchangama oppstilte en rekke teser som primært var ment å underbygge at det ikke er hensiktsmessig.

Innvendingene mot individklagebehandling av ØSK-rettigheter ligger i hovedsak på to plan. For det første er mange av kritikerne av individuell klageadgang opptatt av konvensjonsrettighetenes vage utforming, rettighetenes preg av målsetninger heller enn rettslige forpliktelser, den gradvise realiseringen av rettighetene og manglende holdepunkter i konvensjonen for at rettighetene er tenkt håndhevet ved individklager. Det påpekes også at det mangler et rettskildemateriale som gjør det mulig å si noe om rettighetenes innhold, hvilket medfører svekket forutsigbarhet. Disse innvendingene handler altså i hovedsak om at rettighetene er så lite konkrete at de er egnet til håndhevelse i enkeltsaker. Dersom rettighetene skulle bli påberopt for en norsk domstol i dag, ville dette være argumenter mot at rettighetene kan være relevante, eller iallfall mot at de kan ha nevneverdig vekt, ved løsningen av det rettsspørsmål domstolen skal ta stilling til. Jeg skal si litt mer om disse argumentene i avsnitt 4.3-4.5.

For det andre fremmes det en rekke innvendinger mot *ønskeligheten* av at det etableres individklageordninger. Dette handler ikke så mye om at det er vanskelig å trekke konkrete føringer ut av rettighetene, men heller om at slik konkretisering vil kunne ha uønskede virkninger. Stikkordene her er maktfordeling nasjonalt, og avståelse av myndighet til FN, representert ved ØSK-komiteen. Det hevdes at de håndhevende myndigheter, hva enten det er nasjonale domstoler eller et internasjonalt organ, vil gripe inn avgjørelser som er av utpreget politisk karakter, og derved medføre en forskyvning av avgjørelser fra lovgiver og/eller forvaltning til domstolene. Denne side av debatten griper rett inn i rettsliggjøringsdebatten som ble reist i den såkalte maktutredningen som ble avsluttet i 2003<sup>22</sup>. Synspunktene her er at rettsliggjøring av ØSK-rettighetene – dvs. utdyping av disse gjennom domstolspraksis – vil medføre økt domstolsmakt ved at spørsmål om ressursallokering, også typisk fordelingspolitiske spørsmål, kan bli lagt til domstolene. For å vurdere styrken i disse argumentene, må man gjøre seg en oppfatning om hvordan individklageordningen vil fungere og

---

<sup>20</sup> Brev av 6.1.2006 og 22.10.2009

<sup>21</sup> Jacob Mchangama, *Sociale Rettigheter – FN-konventionen og de nordiske lande*

<sup>22</sup> Se dens sluttrapport i NOU 2003:19 Makt og demokrati, Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen, jf. også St.meld. nr. 17 (2004–2005).

hvilke virkninger den vil ha. Det må altså vurderes hva slags saker komiteen vil kunne prøve, med hvilken prøvingsintensitet og med hvilken virkning. Dette skal i hovedsak gjøres i kapitlene 8 og 9.

#### ***4.3. Manglende klarhet på grunn av vage formuleringer og manglende praksis som konkretiserer rettighetene***

En ikke uvesentlig del av skepsisen mot en individklageordning under ØSK bunner i rettighetenes vage formulering og at det er vanskelig å legge et konkret innhold i dem, noe som vil – fremholdes det – skape uforutsigbarhet. Som nevnt allerede i avsnitt 3.5, og som jeg skal komme fyldig tilbake til kapittel 8, inneholder ØSK forskjelligartede bestemmelser. De oppstiller enkelte forpliktelser som det er vanskelig å tenke seg at enkeltpersoner kan påberope seg, men de har også bestemmelser som i utforming minner om rettighetene i SP og EMK. Flere av artiklene er også bygd opp slik at de inneholder rettigheter for enkeltindivider i ett ledd, mens de i neste oppstiller statlige forpliktelser som neppe er ment å kunne påberopes av enkeltpersoner. Art. 11 kan tjene som eksempel. Den anerkjenner i første setning "retten for enhver til en tilfredsstillende levestandard for seg selv og sin familie, herunder tilfredsstillende mat, klær og bolig, samt til stadig bedring av sine leveforhold", mens den i påfølgende ledd beskriver ganske spesifikke tiltak som medlemsstatene må gjennomføre for å sikre etterlevelse. Det gjelder f.eks. "tiltak, innbefattet utarbeidelsen av konkrete programmer, som er nødvendige, for å forbedre metodene for fremstilling, oppbevaring og distribusjon av matvarer ved fullt ut å utnytte den tekniske og vitenskapelige kunnskap".

Det er grunn til å tro at de spesifikke tiltakene som er listet opp sjelden vil bli påberopt i individklagesaker. Det virker f.eks. lite sannsynlig at enkeltborgere vil påberope seg manglende etterlevelse av plikten til å utarbeide konkrete programmer for fremstilling av matvarer. Det er også et spørsmål om disse tiltakene overhodet kan sies å utgjøre individuelle rettigheter. Ved siden av ev. inngreps- og diskrimineringsaker (se avsnitt 8.3 og 8.4) er det grunn til å tro at det som vil stå i fokus for klagesaker er de overordnede rettigheter, dvs. selve retten til arbeid, sosialtrygd, bolig o.l. Spørsmålet vil da være om vedkommende stat har gjort det som er nødvendig for å etterleve denne plikten (se avsnitt 8.5).

Det er etter min oppfatning ikke til å komme utenom at de overordnede ØSK-rettighetene er vage i sin utforming, og også at det per i dag ikke eksisterer et rettskildemateriale som gjør det enkelt å fastslå rettighetenes presise innhold. Etter min mening bør det nærmest være objektivt konstaterbart at rettighetenes grenser i dag ikke er klare, og at det derfor er vanskelig å forutsi hva komiteen vil komme til i en detaljutpensling av rettighetenes innhold i klagesaker. Om denne vagheten i seg selv bør være et argument mot tilslutning, er imidlertid et annet spørsmål.

Også de sivile og politiske rettigheter hadde, den gang de ble nedfelt i konvensjonene, uklart innhold. Det kan ikke den gang ha vært veldig mye enklere å fastslå hvor grensene for privatlivet gikk enn det er i dag å legge et konkret innhold i retten til arbeid. Kanskje kan det hevdes at de ØSK-rettighetene er (enda) vagere i sin utforming enn de fleste sivile og politiske rettighetene, men vi snakker i så fall om gradforskjeller. Menneskerettighetene, slik de er nedfelt i de internasjonale instrumentene, er gjennomgående generelle og vage. Vagheten er langt på vei en følge av rettighetenes natur og funksjon. Menneskerettighetene, iallfall dem som er beskyttet i de generelle konvensjonene som SP, ØSK og EMK, er per definisjon prinsippbestemmelser. Det er bestemmelser som skal legge rammer for statenes myndighetsutøvelse på ulike livsområder og som derfor skal regulere svært ulike situasjoner. Bestemmelsene har, og skal ha, et svært vidt anvendelsesområde, og mange av rettighetene må derfor formuleres så vagt, generelt og prinsipielt som tilfellet er. I den grad vaghet skulle være et avgjørende argument mot å etablere en individklageordning for ØSK, kunne det derfor også vært et argument mot etablering av individklageordninger for SP og EMK.

Slike ordninger ble imidlertid etablert, og derfor har EMK og SP gått gjennom utvikling som har gitt dem et mer presist innhold enn det ØSK har i dag. Konvensjonsorganene har gjennom et betydelig sakstilfang kunnet avsi så mange avgjørelser at det har medført en omfattende konkretisering av rettighetene. Denne virksomheten omtales gjerne som tolkning av rettighetene, men det er en annen form for tolkning enn den som normalt foretas av norske lovtekster i norske domstoler. Det ligger i rettighetenes prinsipiell og vage formulering at selve konvensjonsteksten ofte vil gi liten veiledning, og det foreligger heller ikke forarbeider (i særlig grad) eller andre dokumenter som inneholder autoritative uttalelser om forståelsen. Kartleggingen av rettighetenes innhold er derfor mer av en utfyllingsprosess en egentlig tekstfortolkning.

Gjennom denne utfyllingsprosessen har bestemmelsene i EMK og SP (med noen unntak) utviklet seg fra overordnede prinsipper til et detaljert regelsett. Dette må ikke forstås slik at jeg mener at det i en konkret sak nødvendigvis er enkelt å finne konstatere konvensjonens grenser og derved tvistens løsning. Rettsanvenderen må ta stilling til et omfattende rettslig materiale, særlig praksis fra konvensjonsorganene, og det materialet kan ofte være uklart og motstridende. Øvelsen kan derfor være komplisert, men det er likevel dekning for å si at rettighetene i EMK og SP har utviklet seg fra prinsippbestemmelser til detaljregler.

En av hovedforskjellene mellom SP og EMK på den ene side og ØSK på den annen side er at det per i dag ikke finnes et sammenliknbart rettskildemateriale som utfyller ØSK. Riktignok foreligger det en del generell kommentarer fra ØSK-komiteens og et materiale fra dennes behandling av statsrapporter som kaster lys over forståelsen av rettighetene, men dette har et vesentlig mer

beskjedent omfang og en ganske annen rettskildeverdi enn avgjørelser i individuelle klagesaker. Slik sett vil en individklageordning for ØSK *i dag* innebære vesentlig mer uforutsigbarhet enn hva som gjelder for ØSK og EMK. Spørsmålet er imidlertid om det bør være et argument for ikke å etablere en ordning som kan bidra til å konkretisere rettighetene i ØSK, slik at de på sikt kan få – som rettighetene i EMK og SP – et mer presist og definerbart innhold.

Etter min oppfatning bør derfor ikke vagheten som sådan være et argument mot en individklageordning for ØSK. Den samme vagheten preget de sivile og politiske rettighetene før de ble konkretisert nettopp gjennom individklageordninger. Det skal i denne sammenheng også bemerkes at hvis den eneste bekymringen mot individuell håndhevelse av ØSK-rettighetene var at rettighetene er vanskelige å konkretisere fordi det mangler et tilstrekkelig rettskildemateriale til å kunne trekke presise grenser, ville det nærmest være selvmotsigende å gå imot etableringen av en ordning som nettopp skal produsere et slikt materiale.

#### **4.4.     *Graden av forpliktelse i ØSK-rettighetene***

I forlengelsen av vagheten i formuleringen av ØSK-rettighetene, vises det gjerne til at bestemmelsene er formulert med mindre grad av forpliktelse enn sivile og politiske rettigheter. Dette gjelder både den overordnede bestemmelsen i art. 2 om gradvis oppfyllelse og det faktum at statene i de enkelte bestemmelser stort sett "anerkjenner" rettigheter. F.eks. var Mchangamas første tese til Nordisk juristmøte at "[d]er er afgørende forskel på rettighederne i CCPR og CESC", en tese som i stor grad var basert på formuleringene i ØSK art. 2 og *anerkjennelsen* av rettigheter i de materielle bestemmelsene.

Det er vanskelig å være uenig i at rettigheter som *anerkjennes* og som skal realiseres progressivt, i utgangspunktet må anses som målsetninger heller enn konkrete forpliktelser som er egnet til håndhevelse i domstols- eller domstolsliknende prosesser. Det er imidlertid ikke til hinder for at synet på forpliktelsene kan endre karakter. Det faktum at statene ved vedtakelsen av konvensjonen vurderte bestemmelsene til å være av mindre forpliktende karakter, hindrer ikke statene fra senere å akseptere større grad av forpliktelser. Heller ikke dette kan derfor i mine øyne være et vesentlig argument mot at statene – om de ønsker det – etablerer en individklageordning.

#### **4.5.     *Synspunktene på håndhevelsesmekanismer ved etableringen av ØSK***

Verdenserklæringen fra 1948 inneholdt både sivile og politiske og økonomiske, sosiale og kulturell rettigheter. Da arbeidet med å utvikle juridisk bindende konvensjoner ble påbegynt kort tid etter at

verdenserklæringen ble vedtatt, ble det imidlertid raskt klart at det måtte lages to forskjellige konvensjoner, en for førstegenerasjonsrettighetene (de sivile og politiske) og en for andregenerasjonsrettighetene (de økonomiske, sosiale og kulturelle).

Delingen i to konvensjoner har i litteraturen fått en rekke forklaringer. Et hovedpunkt, som anerkjennes av de fleste forfattere, var ideologiske forskjeller i den stadig mer omfattende konflikten mellom øst og vest. De sivile og politiske rettighetene anses som utpreget vestlig tankegods ettersom de skulle sikre demokratiet og verne enkeltindividet mot maktovergrep fra myndighetenes side. Med unntak for retten til rettferdig rettergang dreier de sivile og politiske rettighetene i stor grad om *grenser* for statenes myndighetsområde. De økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene omhandler derimot statenes *ansvar* for borgernes livsforhold, og anses derfor i større grad som utslag av østlig tankegods.

Også andre begrunnelser for todelingen er fremholdt i litteraturen, og da særlig de prinsipielle forskjeller i rettighetenes innhold og de mulige metoder for å håndheve dem. Det er særlig grunn til å trekke frem en artikkel fra 2004<sup>23</sup> av Michael J. Dennis og Davis P. Stewart, to jurister ansatt i det amerikanske utenriksdepartementet. Artikkelen inneholder en imponerende historisk gjennomgang av utarbeidelsen av ØSK. Den dokumenterer at etablering av individuell klagerett ble diskutert under utarbeidelsen, men at det ble forkastet som følge av rettighetenes forskjellige karakter og målsetningen om gradvis oppfyllelse. Forfatterne oppsummerer gjennomgangen slik:

“To summarize, the historical record reveals that the differences in implementation mechanisms were based, to use Cassin's words, upon "two great differences" between the prospective covenants: "Firstly economic, social and cultural rights had been placed under the aegis of the specialized agencies and, secondly, the Commission had repeatedly stressed that application of those rights would be a gradual process." n191 While political confrontations certainly influenced delegates' views, the main concerns unquestionably revolved around the difficulties that states would face in implementing economic, social, and cultural rights. Most states, [\*489] including the USSR and China, opposed oversight mechanisms; there was almost no support to establish adjudicative procedures or to make the rights in question otherwise "justiciable."<sup>24</sup>

At det ved utarbeidelsen av ØSK ikke var meningen at ØSK skulle gjøres gjenstand for individuelle klagesaker, har senere vært blant argumentene mot etablering av en individuell klageordning nå. Mchangamas andre tese til Nordisk juristmøte var f.eks. nettopp at ØSK CESCRC ikke er "udformet med henblik på juridisk håndhævelse".

---

<sup>23</sup> Michael J. Dennis og Davis P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?*, *American Journal of International Law* 2004 s. 462 flg, se særlig s. 476-490

<sup>24</sup> S. 489-490

Historisk sett er det neppe grunn til å trekke i tvil at håndhevelsesmekanismene var utslag av bevisste valg både om hva medlemsstatene ville ha og hva de ikke ville ha. Spørsmålet er imidlertid hvilken betydning dette bør ha i dag. At statene opprinnelig fant en individuell klagemekanisme uhensiktsmessig eller uønsket, er ikke til hinder for at statene – i lys av den senere utvikling – endrer syn og åpner for en utvikling der rettighetene kan konkretiseres og gis et tydeligere og mer forpliktende, rettslig innhold. Dette poengteres også av Dennis og Stewart når de konkluderer med at:

“There is no reason why the international community cannot now reconsider the matter. But the current proposal must be evaluated, at least in part, by assessing the continued vitality of the concerns that drove the drafters to reach the conclusion they did----the lack of criteria for evaluating complaints, overlapping and duplication of functions with the specialized agencies, and practical considerations that include the number of potential complaints.”

#### **4.6. Oppsummering**

At rettighetene opprinnelig ble formulert med lavere grad av forpliktelse enn rettighetene i andre konvensjoner, og at man tidligere forutsatte at håndhevelsesmekanismene skulle være forskjellige, kan ikke være til hinder for at statene senere velger å etablere en individklageordning. Disse argumentene bør derfor neppe være avgjørende i spørsmålet om tilslutning. På grunn av rettighetenes vaghet vil det kunne være betydelig uforutsigbarhet ved en individklageordning der rettighetenes innhold skal konkretiseres av ØSK-komiteen. Samtidig vil en slik utvikling rettslig sett ikke være prinsipielt vesensforskjellig fra den man har sett for SP og EMK.

Noe annet er spørsmålet om en individklageordning vil innebære saker som i større enn SP og ØSK medfører rettsliggjøring av utpreget politiske temaer. Noe annet er også spørsmålet om hvordan rettslig prøving av ØSK-rettigheter vil fungere, og om den er en hensiktsmessig håndhevelsesmekanisme for ØSK-rettigheter nasjonalt og internasjonalt. Slike spørsmål skal vurderes i kapitlene 8-10.

## **5. STANDPUNKTER TIL PROTOKOLLEN I ANDRE LAND**

### **5.1. Kort om metoden**

Øvrige lands standpunkt til protokollen kan i seg selv ha betydning for Norges vurdering av tilslutning, og debatten i andre land kan også inneholde synspunkter av verdi for den norske debatten. På den bakgrunn, og på bakgrunn av det eksplisitte punktet i mandatet, er det innhentet informasjon om andre lands vurderinger av tilslutning.

Henvendelser ble sendt til et utvalg på ti land, hhv. de fire andre nordiske og Irland, Nederland, Portugal, Spania, Storbritannia og Tyskland. Utvalget ble gjort dels på grunnlag av kulturlikheter, og dels for å med stater som kan sies å ha representert de to fløyene i debatten om protokollen i arbeidsgruppen. Særlig Finland, Portugal og Spania markerte seg der som forkjempere for individklageordningen. Spania er det eneste europeiske landet som hittil har ratifisert protokollen.

### **5.2. Danmark**

Fra dansk side er det blitt vist til synspunkter Danmark gjorde gjeldende i arbeidsgruppen, slik de er referert i de offentlige tilgjengelige rapportene derfra. Disse viser betydelig skepsis mot protokollen på det grunnlag at rettighetene generelt er lite egnet til individklagebehandling, og at komiteen vil kunne komme til å overprøve medlemsstatenes overveielser i vesentlige samfunnsspørsmål, særlig av fordelingspolitisk art.

### **5.3. Finland**

Finland har ikke selv utført en utredning av mulige virkninger av tilslutning, men forbereder ratifikasjon av protokollen. Et utkast til proposisjon om ratifikasjonen er i ferd med å ferdigstilles. Det er blitt vist til at tilslutning ikke ville ha stor betydning for finske borgere ettersom menneskerettskonvensjoner både fra Europarådet og FN kan påberopes for finske domstoler. Det er mange eksempler på at finske domstoler, og særlig de høyeste, viser til menneskerettskonvensjoner, men det gjelder EMK i større grad enn FN-konvensjonene.

#### **5.4. *Irland***

Fra irsk side er det blitt opplyst at spørsmålet om Irlands undertegning og ev. ratifikasjon av tilleggsprotokollen er til vurdering i ulike berørte regjeringskontorer. Arbeidet med et beslutningsunderlag er allerede satt i gang, og det er sannsynlig at det vil foreligge en avklaring på om protokollen skal undertegnes før Irlands UPR (Universal Periodic Review) Menneskerettsrådet i oktober. Avgjørelsen av spørsmålet om ratifikasjon ligger lenger frem i tid.

NGO-er og det sivile samfunn er opptatt av at Irland skal åpne for individklagerett under ØSK, men fra myndighetene pekes det på at saken ikke er enkel og vil kreve prinsipiell gjennomtenkning av en rekke spørsmål, bl.a. hvordan individklageordningen vil slå ut for nasjonal lovgivning.

#### **5.5. *Island***

På islandsk side ble det i fjor gjort en foreløpig vurdering av spørsmålet om tilslutning til protokollen. Det understrekes at det ikke er trukket noen konklusjoner eller tatt noen beslutning, men den foreløpige vurderingen går bl.a. ut på at protokollens bestemmelser om klageadgang for individer og grupper er så åpent formulert at det er vanskelig å forutse virkningene av tilslutning. Man finner det derfor ønskelig å se an praksis etter hvert som andre land måtte velge å slutte seg til.

#### **5.6. *Nederland***

Nederland var blant de første landene som undertegnet tilleggsprotokollen da dette ble gjort 24.9.2009. Den daværende regjering hadde som en del av sin menneskerettspolitik et mål om i større grad å vektlegge økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Undertegnelsen av tilleggsprotokollen ble sagt å være en bekreftelse fra regjeringens side på at ØSK-rettigheter er vel så viktige som sivile og politiske rettigheter. Tilleggsprotokollen er imidlertid fremdeles ikke ratifisert i Nederland. Man har ikke kunnet anslå når spørsmålet vil bli avgjort. Spørsmålet ble tatt opp i parlamentet i juni i år. Sosial- og arbeidsminister Henk Kamp ble spurt om ratifisering av protokollen, og svarte at saken fremdeles overveies innad i regjeringen.

Tilleggsprotokollen er et dagsaktuelt tema i Nederland, og har vært gjenstand for debatt. Nederlandsk UD har mottatt spørsmål om tilslutningsprosessen fra parlamentet, sivilsamfunnet og andre ministerier.

Et sentralt spørsmål i den nederlandske debatten har vært om konvensjonen kan påberopes i nasjonale rettssaker. Etter den nederlandske grunnloven kan ØSK påberopes overfor og anvendes direkte av nasjonale domstoler. Dette har likevel ennå ikke forekommet.

### **5.7. Portugal**

Portugal undertegnet tilleggsprotokollen 24.9.2009. Den portugisiske regjeringsadvokaten Catarina De Albuquerque ledet arbeidsgruppen i FN som førte protokollen i pennen (se nærmere under kapittel 6 nedenfor). Portugisiske myndigheter har derfor fulgt prosessen nøye og har til hensikt å ratifisere protokollen. En høring om protokollen ble igangsatt i 2009. Alle ministerier er hørt og har stilt seg positive til tilslutning. De skriftlige høringsuttalelsene kan ikke utleveres ettersom de er unntatt offentlighet. Protokollen er i ferd med å gjennomgå en parlamentarisk godkjenningssprosess, før presidenten endelig kan undertegne ratifikasjonen av den. Det forventes at den blir ratifisert innen utløpet av 2011.

På portugisisk side er det blitt understreket at protokollen ikke innfører noe substansielt nytt eller materielle forpliktelser utover det som allerede følger av ØSK. For Portugals vedkommende har ØSK vært del av nasjonal rett siden ratifikasjonen 31.7.1978. Etter grunnloven har portugisiske borgere rett til å bringe påståtte brudd på ØSK inn for det nasjonale rettsapparatet. En fremlagt oversikt skal vise at det har vært 45 slike saker for forfatningsdomstolen siden 1984. Tilleggsprotokollen vil kun medføre at et legges til et nytt, internasjonalt nivå til rettsprosessen. Ettersom en klagesak bare kan sendes ØSK-komiteen etter uttømming av nasjonale rettsmidler, tror ikke myndighetene at tilleggsprotokollen vil medføre en økt saksmengde nasjonalt, jf. tilsvarende klagemulighet til EMD. Man tror at protokollen vil kunne styrke den generelle kontrollen med implementeringen av ØSK. I tillegg vil protokollen kunne bidra til å understreke menneskerettighetenes "udelelighet" og at alle rettighetene er like viktige.

Portugisiske myndigheter mener at tilleggsprotokollen er i tråd med nasjonal lovgivning og at tilslutning i utgangspunktet ikke vil medføre økte utgifter for forvaltningen. Kun dersom myndighetene skulle etterleve en anbefaling fra ØSK-komiteen som innebærer økte kostnader, vil klageordningen kunne ha økonomiske og forvaltningsmessige konsekvenser for Portugal.

## 5.8. *Spania*

Spania har som eneste europeiske stat ratifisert protokollen. På spansk side er det lagt vekt på at etableringen av en individklageordning vil understreke at menneskerettighetene er universelle, udelelige og gjensidig avhengig av hverandre. Videre har man lagt vekt på at individklageordningen vil bidra til å overvinne den vanlige misforståelsen om at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter ikke er "justiciable". Det pekes videre på en individklageordning på internasjonalt nivå vil bidra til å styrke håndhevelsen av rettighetene, og derved borgernes beskyttelse, også nasjonal. Det fremheves som en realitet at regjeringer ikke vil styrke beskyttelsen av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter uten påtrykk fra judisielle eller kvasijudisielle ordninger eller politisk press.

Den spanske vurderingen er at det er tre måter individklageordningen vil bidra til å styrke gjennomføringen av ØSK på:

- Gjennom konkrete saker får man innblikk i reelle problemer i større grad enn evalueringen av landrapporter, og individklageordningen vil åpne for grundigere undersøkelser av disse. Individklageordningen vil kunne avsløre feil, svakheter og problemer som styringsmaktene og lovgiverne er ukjente med.
- Komiteenes uttalelser i klagesaker er mer spesifikke komiteenes generelle kommentarer, og vil derfor bidra til konkretisering av konvensjonens rettigheter.
- Selve eksistensen av en klageordning vil motivere statene til å sikre effektive rettsmidler nasjonalt.

Fra spansk side er det fremhevet syv utbredte misforståelser om protokollen:

- At økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter ikke er egnet til å anvendes av judisielle organer (at rettighetene ikke er "justiciable")
- At økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter er for vage til å være anvendelige i en individklageordning
- At økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter involverer spørsmål om ressursfordeling og valg av politikk som ikke bør overprøves av domstoler
- Reparasjon av krenkelser i enkeltsaker er ikke et effektivt middel for å sikre gjennomføring av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter
- En individklageordning for brudd økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter vil påføre statene store kostnader
- En individklageordning for brudd økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter vil medføre økte menneskerettsforpliktelser for statene
- En individklageordning for brudd økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter vil konkurrere eller være i strid med andre klageordninger

## 5.9. *Storbritannia*

Storbritannia har oversendt ØSK-komiteens konklusjoner<sup>25</sup> etter evalueringen av Storbritannias siste landrapport og Storbritannias kommentarer<sup>26</sup> til disse. Konklusjonene inneholdt en oppfordring til Storbritannia om å vurdere tilslutning til protokollen, men det er ikke noe som tyder på at en slik vurdering har kommet i stand.

Storbritannia har ikke tilsluttet seg individklageordningene til Menneskerettskomiteen, Torturkomiteen eller Rasediskrimineringskomiteen. Under en gjennomgang av Storbritannias forhold til de internasjonale menneskerettskonvensjonene i 2004, vurderte man også individklageordningene. Det ble da uttalt at:

“Successive UK Governments have not seen a compelling need to accept individual petition to the UN. The practical value to the individual citizen is unclear and there is also to be considered the cost to public funds of preparing submissions of the government’s opinion on the subject matter of the petition. This could be significant if individual petition were used extensively as a means of seeking to explore the legal meaning of a treaty’s provisions, a process which could not (as explained in the preceding paragraph) come to juridical conclusion in any case.”<sup>27</sup>

En følge av gjennomgangen var at man ville åpne for klageadgang til Kvinnediskrimineringskomiteen, og at man deretter ville “review this experiment” etter to år. Evalueringen ble foretatt av en uavhengig ekspert i 2008 som viste til at Storbritannia bare hadde mottatt to klager som begge var avvist. Konklusjonen var derfor at kvinner i Storbritannia ikke hadde “gained real benefits” fra den klageordningen.

Storbritannia har også oversendt kopi av kommentarer<sup>28</sup> fra den britiske regjeringen til en rapport av november 2004 fra the Joint Committee on Human Rights i parlamentet. Disse inneholder enkelte uttalelser om klageadgang til ØSK-komiteen. Kommentarene er datert januar 2006, dvs. nesten tre år før den valgfrie protokollen ble vedtatt:

“The UK believes some questions remain over a proposed optional protocol providing rights of individual petition under the ICESCR, and how such an optional protocol would function in practice. Some elements of the ICESCR may well lend themselves to an individual complaints mechanism, but a detailed legal analysis is needed to identify which provisions are in fact amenable to being made subject to such individual complaints.”

Det skal ikke senere ha vært nevneverdig debatt om disse spørsmål, det er derfor lite som tyder på at det er aktuelt for Storbritannia å tilslutte seg klageordningen til ØSK-komiteen.

<sup>25</sup> E/C.12/GBR/CO/5, datert 22.5.2009

<sup>26</sup> E/C.12/GBR/C=5/Add.1, datert 23.7.2009

<sup>27</sup> <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/hract/ngo/reviews/appendix5.pdf>

<sup>28</sup> Government Responses to Reports from the Committee in the Last Parliament, Eight Report of Session 2005-2006

### **5.10. Sverige**

Det er opplyst at den svenske regjeringen har besluttet at Sverige ikke skal slutte seg til protokollen. Det er ikke foretatt noen utredninger eller annen skriftlig forberedelse av beslutningen. Begrunnelsen for avgjørelsen fremgår av sosialministerens svar på skriftlig spørsmål i Riksdagen 12.5.2010:

”Den 10 desember 2008 antog FN:s generalforsamling enhälligt ett tilläggsprotokoll till den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ESK-konventionen) rörande enskild klagorätt. Sverige anslöt sig till konsensus vid antagandet, men höll samtidigt en röstförklaring i vilken Sveriges inställning till tilläggsprotokollet kortfattat berördes. Bland annat framhölls att Sverige inte är övertygat om att enskild klagorätt är det bästa sättet att främja de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna (ESK-rättigheterna), inte minst eftersom ESK-rättigheternas karaktär ofta gör det mycket svårt att med precision ange när en kränkning ska anses ha begåtts. Det föreliggande tilläggsprotokollet reser också andra komplicerade frågor, inte minst vad avser skrivningarna om en frivillig fond för tekniskt bistånd kopplad till protokollet. Från svensk sida har vi återkommande framhållit vikten av att de grundläggande ansvarsfrågorna, som stater ansvar gentemot individen, inte undergrävs vid utformningen eller tillämpningen av tilläggsprotokollet. Av ovan nämnda skäl, samt mot bakgrund av den betydande osäkerhet som finns kring hur ett framtida tilläggsprotokoll kan komma att tillämpas, kommer regeringen för närvarande inte att underteckna eller ratificera protokollet.”

### **5.11. Tyskland**

Tyskland har ennå ikke tatt stilling til spørsmålet om tilslutning til protokollen, og det er ikke klart når spørsmålet vil bli avklart. Konvensjonens regler om streikeforbud er den vanskeligste problemstillingen i spørsmålet om tilslutning, men det er også andre problemstillinger som skaper usikkerhet.

Det tyske instituttet for menneskerettigheter har laget en betenkning om konsekvensene ved en tysk tilslutning. Instituttet påpeker i betenkningen at ØSK også dreier seg om sivile og politiske rettigheter. En tysk tilslutning til tilleggsprotokollen vil bidra til å forsterke disse rettighetene. Instituttet viser til en dom fra den tyske forfatningsdomstolen i mars 2010 vedrørende Hartz IV om sosiale minstesatser og økonomisk støtte ved arbeidsledighet. Elementer ved Hartz IV ble kjent grunnlovsstridig, og forfatningsdomstolens vurdering var, ifølge senteret, helt i tråd med linjen til ØSK-komiteen. Instituttet mener at individklageretten vil synliggjøre motsetningene mellom lovgivning og praksis på dette feltet.

Flere tyske myndighetsorganer frykter at Tyskland vil oppleve en flom av klager ved en eventuell tilslutning til tilleggsprotokollen, men instituttet tviler på at det vil være tilfellet. Erfaringer fra klageordningene til Menneskerettskomiteen og Kvinnediskrimineringskomiteen tilsier at Tyskland har lite å frykte. Det har vært et svært begrenset antall klager, og meget få av disse har vært berettigede og sluppet gjennom til klagebehandling.

Ordningene med studiegebyr, økonomisk støtte til asylsøkere og streikeforbudet for enkelte yrkesgrupper er, ifølge instituttet, områder der Tyskland kan forvente individklager i tilfelle tilslutning til tilleggsprotokollen. Det forventes ikke at støtteordningene for asylsøkere vil være i strid med ØSK. Så lenge ikke svake samfunnsgrupper diskrimineres ved studiegebyrene, vil neppe denne ordningen heller være i strid med konvensjonen. Instituttet er mer i tvil når det gjelder de tyske reglene for streikeforbud, men heller mot at individklagerett vil kunne bidra til å trekke opp rammene for et lovlig streikeforbud.

## **6. UTVIKLINGEN AV DEN VALGFRIE PROTOKOLLEN TIL ØSK**

### **6.1. *Problemstillinger***

Jeg skal i dette kapittelet gå gjennom protokollens forhistorie fra de første initiativer i ØSK-komiteen tidlig på nittitallet frem til arbeidet i arbeidsgruppen som ble nedsatt av Menneskerettskommisjonen til å vurdere individuell klagerett og den endelige vedtakelsen (avsnitt 6.1 og 6.2). Ved siden av det overordnede spørsmålet om det overhodet burde etableres en individklageordning, var det i arbeidet med protokollen særlig tre temaer som medførte mye debatt. Det ene var hvilke rettigheter ordningen skulle omfatte. Dette behandles i avsnitt 6.3. Det andre var om det skulle utvikles retningslinjer for hvordan ØSK-komiteen skal behandle klager, bl.a. om man skulle nedfelle regulere statenes skjønnsmargin. Dette behandles i pkt. 6.4. Det tredje var hvilke prosessforutsetninger (*admissibility criteria*) som skulle oppstilles. Prosessforutsetningenes behandles i kapittel 7 nedenfor, der de bl.a. vil bli sammenliknet med de prosessforutsetninger som gjelder for de andre individklageordningene i FN-systemet.

### **6.2. *Initiativ og forhistorie***

Den valgfrie protokollen er et resultat av en lengre debatt av behovet og mulighetene for en individuell klageordning for ØSK-rettighetene. Selv om statene ved vedtakelsen av konvensjonene ikke ønsket en slik ordning, dukket spørsmålet opp relativt raskt etterpå. I en historisk gjennomgang

viser Malcolm Langford til diskusjoner om på et seminar i 1984 om retten til mat<sup>29</sup>. Etter etableringen av ØSK-komiteen har spørsmålet vært diskutert jevnlig, med komiteen selv som en pådriver for utviklingen av protokollen. I Michael J. Dennis og Davis P. Stewarts artikkel fra 2004<sup>30</sup> beskrives komiteens rolle slik:

“Virtually from its very first meetings in 1987, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has propounded the need for an individual complaints mechanism as an essential, even irreducible, means of giving effect to the Covenant”.

Etter drøftelser i komiteen i 1990 skrev daværende leder av ØSK-komiteen, Philip Alston, i 1991 en artikkel der han argumenterte for behovet for en individuell klageordning<sup>31</sup>. I 1993 fremmet komiteen et innlegg<sup>32</sup> (*a consolidated analytical paper*) til Verdenskonferansen om menneskerettigheter i Wien der den fremsatte en rekke argumenter for utviklingen av en slik protokoll. Komiteens argumenter for en klageordning er senere oppsummert slik:

“According to the CESCR, the adoption of such a procedure would greatly enhance the understanding of economic, social and cultural rights in general for the following reasons: (1) a more detailed complaints procedure would be able to bring relief in concrete cases; (2) the focus on a particular case would provide a framework for inquiry which is otherwise absent in a report on the general situation; (3) the mere possibility that complaints might be brought in an international forum would encourage governments to ensure more effective local remedies with respect to economic and social rights; (4) the possibility of an adverse finding by an international committee would give economic and social rights political salience; (5) the existence of a potential remedy at the international level would provide an incentive to individuals and groups to formulate some of their economic and social claims more precisely; and (6) a complaints procedure would produce a tangible result, which is far more likely to generate interest in and understanding of the Covenant as a whole and of specific issues.”<sup>33</sup>

Også komiteen selv har senere<sup>34</sup> oppsummert innlegget og fremhevet følgende forhold ved den påtenkte ordningen:

“(a) Any protocol to the Covenant will be strictly optional and will thus only be applicable to those States parties which specifically agree to it by way of ratification or accession;

<sup>29</sup> Malcolm Langford, *Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter 2009 s. 1 flg, på s. 6

<sup>30</sup> Michael J. Dennis og Davis P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?*, American Journal of International Law 2004 s. 462

<sup>31</sup> Philip Alston, *No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant*, i Asbjørn Eide and Jan Helgesen (eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years since the Four Freedoms Address. Essays in Honour of Torkel Opsahl*, Universitetsforlaget 1991, s. 79–100.

<sup>32</sup> UN Doc. A/CONF.157/PC/62/Add. 5

<sup>33</sup> Kitty Arambulo, *Drafting an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Can an Ideal Become Reality?* U.C. Davis Journal of International Law & Policy 1996

<sup>34</sup> I utkastet til Menneskerettighetskommisjonen, E/CN.4/1997/105, datert 18.12.1996

(b) The general principle of permitting complaints to be submitted under an international procedure in relation to economic, social and cultural rights is in no way new or especially innovative, given the precedents that exist within the International Labour Organization, United Nations Education Scientific and Cultural Organization, the resolution 1503 procedure of the Economic and Social Council, the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (the Protocol of San Salvador, of 1988), and proposals currently under consideration within the Council of Europe;

(c) Experience to date with a wide range of existing international petition procedures indicates that there is no basis for fears that an optional protocol will result in a vast number of complaints;

(d) Under an optional protocol procedure the State party concerned retains the final decision as to what will be done in response to any views adopted by the Committee; and

(e) That if the principle of the indivisibility, interdependence and interrelatedness of the two sets of rights is to be upheld in the work of the United Nations, it is essential that a complaints procedure be established under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, thereby redressing the imbalance that presently exists.”

Komiteen diskuterer i innlegget hvorvidt individuell klagerett bør gjelde alle de materielle bestemmelsene i konvensjonen eller bare enkelte. Fire forskjellige alternativer ble diskutert:

- i) at klageordningen bare skulle gjelde enkelte rettigheter (men slik at kretsen av rettigheter gradvis vil kunne bli utvidet)
- ii) at medlemsstatene ved tilslutning til protokollen kunne velge ut hvilke bestemmelser klageordningen skulle gjelde for vedkommende stat
- iii) at klageordningen skulle gjelde de materielle bestemmelsene i art. 6-15
- iv) at klageordningen skulle gjelde bestemmelsene i art. 1-15 i konvensjonen

Komiteen anbefalte det siste av disse alternativene.

Wienkonferansen munnet ut i den såkalte Wienerklæringen der komiteen i avsnitt 75 ble oppfordret til å fortsette arbeidet for å få etablert en individuell klageordning:

“The World Conference on Human Rights encourages the Commission on Human Rights, in cooperation with the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, to continue the examination of optional protocols to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”<sup>35</sup>

Deretter fortsatte arbeidet i komiteen, og Philip Alston utviklet til sammen fire rapporter som tjente som underlagsmateriale i komiteen<sup>36</sup>. I 1995 ble det holdt et ekspertmøte i Utrecht der man behandlet to forskjellige utkast til valgfri protokoll, ett produsert av Philip Alston og ett av Fried van Hoof. På bakgrunn av de to utkastene utviklet ekspertgruppen et utkast som gjerne omtales som *The*

---

<sup>35</sup> Vienna Declaration and Program of Action

<sup>36</sup> UN Docs. E/C.12/1991/WP.2, E/C.12/1992/WP.9, E/C.12/1994/12, and E/C.12/1996/CRP.2/Add.1.

*Utrecht Draft Optional Protocol*<sup>37</sup>. Basert på Alstons rapporter, Utrecht-utkastet og diskusjonen i komiteen, fremmet komiteen et utkast til valgfri protokoll<sup>38</sup> til behandling av Menneskerettskommisjonen i 1997. Flertallet i komiteen foreslo igjen en ordning som skulle inkludere samtlige bestemmelser i art. 1-15, uten noen form for valgfrihet for statene.

Kommisjonen sendte iht. beslutning 1997/104 og 1998/33, samt resolusjon 1999/25, utkastet til medlemsstater, IGO-er og NGO-er på høring. Svar fra medlemsstater, IGO-er og NGO er inntatt i ikke mindre enn syv dokumenter fra de følgende år<sup>39</sup>. Samtlige NGO-er var grunnleggende positive til etableringen av en klageordning, mens brorpartene av medlemsstatene uttrykte forbehold og tvil. Et lite antall medlemsstater ga sin tilslutning og støtte til utkastet til valgfri protokoll. Norge innga sine kommentarer 15.11.2000, og ga i hovedsak støtte til arbeidet:

”The Government of Norway furthermore supports the work to establish a complaints procedure on the basis of the principle of the indivisibility, interdependence and interrelatedness of human rights. The establishment of a complaints procedure, similar to the one existing for the International Covenant on Civil and Political Rights, would be a structured and concrete affirmation of this principle. It would also be a step towards strengthening economic, social and cultural rights.”

Norge ville ikke kommentere detaljene i utkastet, og presiserte, som jeg skal komme tilbake til i avsnitt 9.4.2, at medlemsstatene hadde det siste ord om hva som ev. skulle gjøres som svar på uttalelser fra ØSK-komiteen i klagesaker.

I 2000 besluttet Kommisjonen at det skulle holdes en “workshop on the justiciability of economic, social and cultural rights, with particular reference to the draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”. Denne ble holdt 5. og 6.2.2001, og basert bl.a. på rapporten derfra<sup>40</sup>, utpekte Kommisjonen i 2001 en uavhengig ekspert, Hatem Kotrane fra Tunisia, til å vurdere spørsmålet om et utkast til valgfri protokoll. Kotrane sendte rapporter til Kommisjonen i 2002<sup>41</sup> og 2003<sup>42</sup>. Kotrane støttet at det skulle etableres en arbeidsgruppe til å vurdere spørsmålet om etablering av en klageordning. I rapportene tok han til orde for at klageordningen burde begrenses slik at den gjaldt grove og åpenbare krenkelser eller svikt i etterlevelsen av alle rettighetene i konvensjonen:

---

<sup>37</sup> Final Utrecht Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted by the Utrecht expert Meeting on 28 January 1995

<sup>38</sup> E/CN.4/1997/105, datert 18.12.1996

<sup>39</sup> E/CN.4/1998/84, E/CN.4/1998/84/add.1, E/CN.4/1999/112, E/CN.4/1999/112/add.1, E/CN.4/2000/49, E/CN.4/2001/62, E/CN.4/2001/62/add. 1

<sup>40</sup> E/CN.4/2001/62/Add.2, datert 22 March 2001

<sup>41</sup> E/CN.4/2002/57

<sup>42</sup> E/CN.4/2003/53

“In the circumstances, the independent expert feels that the field of application of the procedure called for in the proposal to draft an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights needs to be restricted as regards the rights covered. This does not mean that certain rights encompassed by other international procedures of investigation or settlement should be excluded, for that would be to introduce a new, intolerable kind of discrimination among the various economic, social and cultural rights. Remedies for all the rights set forth in the Covenant, as the Committee on Economic, Social and Cultural Rights stoutly maintains in its draft, should be available under the current draft protocol. The idea is rather, given the difficulties mentioned above with how far the rights really lend themselves to such a procedure and the conflicting jurisdictions of other international bodies, to restrict the proposed new procedure by introducing a new criterion limiting it to “situations revealing a species of gross, unmistakable violations of or failures to uphold any of the rights set forth in the Covenant”. Such a criterion would at the same time allay the uncertainties and doubts voiced by many member States which fear that the proposed procedure might give rise to arbitrary appeals against simple oversights or shortcomings in the action they take under their policies and programmes to progressively achieve the various economic, social and cultural rights recognized in the Covenant.”<sup>43</sup>

Kotrane ga også uttrykk for at vurderingen av individklager burde vurderes av et annet organ enn det som vurderte landrapportene<sup>44</sup>.

### **6.3. Arbeidsgruppen og dens arbeid**

Kommisjonen besluttet i 2002<sup>45</sup> at det fra 2003 skulle etableres en arbeidsgruppe til å vurdere muligheter angående utviklingen av en valgfri protokoll til ØSK (*Open-ended Working Group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the ICESCR*). Arbeidsgruppen møttes til fem sesjoner, årlig fra 2004 til 2008<sup>46</sup>. En lang rekke land<sup>47</sup> deltok i arbeidsgruppen, og det gjorde også en hel del IGO-er, nasjonale og regionale menneskerettsorganisasjoner og NGO-er. Det ble forberedt omfattende dokumenter til hver sesjon. Disse besto av analyser, referater fra andre møter og symposier, redegjørelser for saker fra nasjonale domstoler, innspill fra NGO-er mv.

I de tre første tre sesjonene hadde arbeidsgruppen møter med eksperter, representanter for andre konvensjonsorganer (både regionale organer og FN-organer), Unesco, ILO mv. Mesteparten av tiden gikk likevel med til diskusjoner av forskjellige spørsmål av betydning for en ev. individklageordning. Diskusjonene gjaldt alt fra grunnleggende spørsmål om ØSK-rettighetenes karakter, og særlig i hvilken grad de er egnet for håndhevelse i individuelle klagesaker (*justiciability*), til mer tekniske

---

<sup>43</sup> E/CN.4/2002/57 avsnitt 34

<sup>44</sup> Avsnitt 41 og 42

<sup>45</sup> Resolusjon 2002/24

<sup>46</sup> Hhv. 23.2-5.3.2004, 10.-20.1.2005, 6.-16.2.2006, 16.-27.7.2007, 4.-8.2.2008 og 31.3-4.4.2008 (femte sesjon var delt på to møter)

<sup>47</sup> Antallet varierte fra sesjon til sesjon, men lå i samtlige sesjoner mellom 70 og 90

spørsmål om klagerett og andre prosessforutsetninger. Rapportene fra sesjonene viser skepsis, tvil og en hel del dårlig kamuflert motvilje fra mange av statene – men slett ikke fra alle. En del stater var også gjennomgående positive til etableringen av en individklageordning.

I den andre sesjonen ga arbeidsgruppen ordstyreren i mandat å utvikle en rapport som skulle inneholde elementer i en valgfri protokoll. Siktemålet var å tilrettelegge for fruktbare diskusjoner i den tredje sesjonen om hovedpunktene i en valgfri protokoll. Rapporten forelå 30.11.2005<sup>48</sup>, og ble grundig diskutert i tredje sesjon.

I den andre sesjonen gjorde arbeidsgruppen også et forsøk på å diskutere utkastet til valgfri protokoll fra ØSK-komiteen. Det ble poengtert at utkastet trengte å bli oppdatert, og i den tredje sesjonen – etter diskusjonen om hovedpunktene i en valgfri protokoll – ble det besluttet at det skulle utvikles et nytt utkast. Uten at det kan leses ut av de offisielle rapportene, hevder tilstedeværende at et nytt utkast var nødvendig også fordi en del av statene hadde "utviklet allergi" mot ØSK-komiteens forslag<sup>49</sup>. Beslutningen om å utvikle et nytt utkast ble formelt tatt iht. resolusjon 1/3 av 29.6.2006 fra Menneskerettsrådet om å utvide arbeidsgruppens mandat til også å omfatte forhandlinger om tekst til en valgfri protokoll.

Det var ordstyreren, Catarina de Albuquerque fra Portugal, som ble gitt mandatet. Hennes utkast<sup>50</sup> forelå i tide til den fjerde sesjonen. Den fjerde sesjonen handlet derfor i stor grad om å diskutere og bearbeide hennes utkast. På bakgrunn av diskusjonene i den fjerde sesjonen, ble det utarbeidet et revidert utkast<sup>51</sup>. Dette ble gjenstand for diskusjoner i den første delen av den femte sesjonen i februar 2008, og det ble deretter fremlagt enda et revidert utkast<sup>52</sup> til den andre delen av den femte sesjonen. Det ble der gjennomført nye diskusjoner før den endelige teksten ble vedtatt av arbeidsgruppen 4.4.2008. Denne ble lagt frem for generalforsamlingen til vedtakelse, og ble enstemmig vedtatt der 10.12.2008. Protokollen skal tre i kraft tre måneder etter at den tiende staten har ratifisert protokollen.

Signeringsseremonien ble holdt 24.9.2009 i New York. 20 stater signerte den dagen, og seks dagen etterpå. Senere har ytterligere ti stater signert. Hittil har tre stater ratifisert protokollen. Det er Ecuador, Mongolia og Spania.

---

<sup>48</sup> E/CN.4/2006/WG.23/2, *Elements for an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Analytical paper by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque*

<sup>49</sup> Malcolm Langford, *Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter 2009 s. 1 flg, på s. 9

<sup>50</sup> A/HRC/6/WG.4/2, datert 23.4.2007

<sup>51</sup> A/HRC/8/WG.4/2, datert 24.12.2007

<sup>52</sup> A/HRC/8/WG.4/2/Rev.2, datert 19.2.2008

#### 6.4. Spørsmålet om hvilke rettigheter klageordningen skulle omfatte

Under utarbeidelsen av protokollen var et av de grunnleggende spørsmål om den skulle gjelde alle rettigheter i konvensjon (*the comprehensive approach*) eller om statene skulle kunne velge hvilke av rettighetene det skulle være klageadgang for overfor vedkommende stat (à la carte-metoden). I tillegg ble det fremmet en rekke andre forslag for å begrense klageordningens rekkevidde. Et forslag fra Storbritannia var å begrense klageadgangen til diskrimineringsaker<sup>53</sup>. Norge foreslo å begrense klagebehandlingen til spørsmål om minimumsrettighetene var overholdt<sup>54</sup>, mens Tyskland foreslo å begrense klageadgangen til kjerne rettigheter<sup>55</sup> og Frankrike til alvorlige krenkelser<sup>56</sup>. Sveits ville inndele etter typer av forpliktelser og foreslo at klageadgangen bare skulle være åpen for påståtte brudd på plikten til å respektere og beskytte rettighetene, men ikke til å oppfylle dem<sup>57</sup> (se avsnitt 8.2 om denne tredelingen). Disse spørsmålene ble grundig debattert, men ingen av forslagene om å begrense klageordningens rekkevidde førte frem. Resultatet ble at det i protokollens art. 2 ble etablert en klagerett for alle "economic, social and cultural rights set forth in the Covenant by that State Party" – og det uten en eksplisitt rett til reservasjoner, noe som også ble foreslått under forhandlingene.

Valget av *the comprehensive approach* fremfor à la carte-metoden (eller noen av de andre foreslåtte begrensningene) var et grunnleggende valg av stor betydning for individklageordningens rekkevidde, og noe arbeidsgruppen kom frem til først etter betydelig grad av skepsis og uenighet fra mange land. Om valget medfører at ordningen blir mer brukt, er likevel ikke opplagt. Alt-eller-intet-tilnærmingen protokollen byr på kan avskrekke mange stater fra å ratifisere. At bare tre stater har ratifisert nesten to år etter signeringsseremonien, kan tyde på det.

Under forhandlingene i arbeidsgruppen var det heller ikke gitt at alternativet til à la carte-metoden var at klageadgangen skulle gjelde alle de materielle rettigheter i konvensjonen. Helt frem til siste del av den femte sesjonen verserte det tre alternativer. Det første var alle rettigheter i del I-III (art. 1-15), det andre var rettighetene i del II og III (art. 2-15) og det tredje var rettighetene i del III (art. 6-15).

Det første alternativet ble valgt, uten at dette nødvendigvis har stor betydning i praksis. For art. 1 om selvbestemmelsesrett tok diskusjonen utgangspunkt i at artikkelen er inntatt både i SP og ØSK. Det

---

<sup>53</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens tredje sesjon, E/CN.4/2006/47, avsnitt 29

<sup>54</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens tredje sesjon, E/CN.4/2006/47, avsnitt 93

<sup>55</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens andre sesjon, E/CN.4/2005/52, avsnitt 101

<sup>56</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens andre sesjon, E/CN.4/2005/52, avsnitt 88

<sup>57</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens andre sesjon, E/CN.4/2005/52, avsnitt 101 og rapporten fra arbeidsgruppens tredje sesjon, E/CN.4/2006/47, avsnitt 28

ble derfor reist spørsmål ved hensiktsmessigheten av klageadgang til to forskjellige komiteer for brudd på samme bestemmelse. Dette ble foreslått løst ved at det skulle presiseres at ØSK-komiteen kun skulle vurdere økonomiske, kulturelle og sosiale elementer i bestemmelsen. Det er mulig at det er dette som er presisert i innskuddet i art. 2 om at klageretten gjelder "economic, social and cultural rights". Dette innskuddet kom inn i siste runde i april 2008, uten at bakgrunnen for det er forklart i rapporten fra femte sesjon. Jeg tror imidlertid at bakgrunnen er diskusjonen om art. 1. Uten en slik forklaring virker innskuddet overflødig.

Uansett er det ikke helt enkelt å se at art. 1 reiser store spørsmål under individklageordningen. Menneskerettskomiteen har så langt holdt at art. 1 ikke er gjenstand for individuelle klagesaker ettersom art. 1 gir rettigheter til *folk*, mens klageretten tilligger enkeltpersoner, se f.eks. sak 167/1984 *Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada*:

"While all peoples have the right of self-determination and the right freely to determine their political status, pursue their economic, social and cultural development and dispose of their natural wealth and resources, as stipulated in article 1 of the Covenant, the question whether the Lubicon Lake Band constitutes a "people" is not an issue for the Committee to address under the Optional Protocol to the Covenant. The Optional Protocol provides a procedure under which individuals can claim that their individual rights have been violated. These rights are set out in part III of the Covenant, articles 6 to 27, inclusive."

Samme uttalelse er benyttet i flere saker senere. Med mindre arbeidsgruppen har ment at ØSK-komiteen bør ha en annen innfallsvinkel til art. 1, er det vanskelig å se at det har stor betydning om individklageretten formelt omfatter denne bestemmelsen eller ikke.

Det samme gjelder så vidt jeg kan forstå bestemmelsene i del II (art. 2-5). Bestemmelsene i art. 2(3), 4 og 5 er ikke rettighetsbestemmelser og trenger ingen ytterligere kommentar. Bestemmelsene i art. 2(1), 2(2) og 3 beskriver statenes forpliktelser nærmere. Det er i korte trekk snakk om forpliktelsen til gradvis oppfyllelse og plikter til ikke å diskriminere. Disse bestemmelsene vil kunne ha stor betydning i spørsmålet om det foreligger konvensjonsbrudd, men det er på ingen måte gitt at bestemmelsene bør eller skal utgjøre selvstendige grunnlag for krenkelser. ØSK art. 2(1) tilsvarende etter sin art SP art. 2(1), men slik at forpliktelsene etter sistnevnte er mer omfattende enn etter ØSK art. 2 (se avsnitt 3.6 ovenfor). Menneskerettskomiteen har i sin praksis så langt uttalt at bestemmelsen i SP art. 2 ikke alene kan gi grunnlag for konvensjonsbrudd:

"It recalled that the provisions of article 2 of the Covenant, which lay down general obligations for State parties, could not, in isolation, give rise to a claim in a communication under the Optional Protocol."<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Sak 1552/2007, *Lyashkevich, v. Uzbekistan*. Se også bl.a. Sak 316/1988, *C.E.A. v. Finland*

Synspunktet er altså at det ikke er tilstrekkelig å påberope SP art. 2 alene. Det må konstateres brudd på en av de andre bestemmelsene i konvensjonene. Hvis det foreligger brudd på en annen bestemmelse, vil det i prinsippet alltid foreligge brudd også på art. 2 ettersom staten i så fall ikke har respektert, beskyttet eller respektert rettigheten slik den plikter etter art. 2. Derved har det heller ikke selvstendig interesse i å fastslå brudd på art. 2. Jeg har vanskelig for å se at det er noen grunn til å behandle ØSK art. 2(1) annerledes.

Derimot kan det være spørsmål om å statuere brudd på diskrimineringsforbudet i art. 2(2) og plikten etter art. 3 til å sikre menn og kvinner lik rett til å nyte konvensjonsrettighetene. Plikten i art. 3 er likelydende med bestemmelsen i SP art. 3 (med unntak for benevnelsen på rettighetene), og Menneskerettskomiteen har ved noen anledninger funnet brudd på SP art. 3<sup>59</sup>. Komiteen har imidlertid samtidig funnet brudd på det generelle diskrimineringsforbudet i SP art. 26, og det er ikke uten videre enkelt å tenke seg situasjoner som vil rammes av SP art. 3 som ikke også vil være i strid med art. 26. Slik sett vil ØSK art. 3 kunne ha større selvstendig interesse enn motsatsen i SP.

Bestemmelsen i ØSK art. 2(2) inneholder et generelt, aksessorisk diskrimineringsforbud, prinsipielt sammenliknbart med siste halvdel av SP art. 2(1) og EMK art. 14. Disse bestemmelsenes kjerne er at konvensjonsrettighetene skal respekteres og sikres uten noen form for diskriminering, dvs. at kjønn, rase, hudfarge mv. ikke skal ha betydning for beskyttelsen under konvensjonen. Diskrimineringsforbudet er derfor ikke et selvstendig forbud, men et aksessorium til de øvrige rettighetene i konvensjonen. Det er ikke nødvendig å fastslå brudd på en annen konvensjonsrettighet for at diskrimineringsforbudet skal få anvendelse, men saksforholdet må falle innenfor anvendelsesområdet til en av de andre bestemmelsene i samme konvensjon. Som allerede forklart har Menneskerettskomiteen for SP art. 2 uttalt at bestemmelsen ikke vil være gjenstand for selvstendige klager. Heller ikke EMD avsier dommer om selvstendige krenkelser av art. 14, men uttaler som regel at det foreligger en krenkelse av en av de andre bestemmelsene, lest i sammenheng med art. 14.

Jeg har vanskeligheter for å se at det kan være grunnlag for selvstendige krenkelser av ØSK art 2(2), men det kan ikke utelukkes at man etter mønster av EMD vil statuere krenkelser av bestemmelsen lest i sammenheng med en av de materielle bestemmelsene i del III.

---

<sup>59</sup> Sak 35/1978, *Shirin Aumeeruddy - Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius* og sak 202/1986, *Graciela Ato del Avellanal v. Peru*

## 6.5. Retningslinjer for komiteens prøving – protokollens art. 8(4)

### 6.5.1. Diskusjoner om skjønnsmargin mv. i arbeidsgruppens første sesjoner

Som vist i forrige avsnitt, avslørte diskusjonene i arbeidsgruppen betydelig skepsis mot en individklageordning fra mange staters side. I tillegg til de mange forslagene om å begrense klageordningens rekkevidde, ble også statenes skjønnsmargin og komiteens prøvingsintensitet diskutert i arbeidsgruppene. Disse temaene ble tatt opp helt fra begynnelsen av, men med tiltakende styrke utover i arbeidet.

Det ble fra starten av gitt uttrykk for at statene ville ha en betydelig skjønnsmargin. I den første sesjonen uttalte f.eks. en av de innkalte ekspertene at det var "reasonable to expect that the international adjudicative body under the optional protocol would defer a broad margin of discretion to states"<sup>60</sup>. Dette ble gjentatt i den andre sesjonen av et deltakende medlem av ØSK-komiteen, Eibe Riedel. Han hevdet ved flere anledninger at komiteen ville innrømme statene en bred skjønnsmargin i forskjellige spørsmål:

"Commenting on a question raised by the representative of Angola as to how the Committee interpreted the imprecise terms "adequate" and "appropriate" in article 11, Mr. Riedel explained that the Committee had interpreted the terms so as to give States a broad margin of discretion, considering the appropriateness of measures on a country-by-country basis. ...

He explained that the Committee in its practice focused on States parties' obligation to take deliberate and targeted steps, but usually did not refer to an obligation to meet specific targets, thus leaving a wide margin of discretion to States parties on policy choices."<sup>61</sup>

Spørsmålene ble reist på nytt i den tredje sesjonen, denne gangen med særlig henblikk på de spørsmål som kan oppstå om ressursallokeringer, prioriteringer og andre spørsmål om utforming av nasjonal politikk. Canada, Norge og Storbritannia fremmet forslag om at protokollen burde inneholde "guarantees concerning States' margin of appreciation and a test of "reasonableness"" for å sikre mot innblanding i utformingen av den nasjonale politikken<sup>62</sup>. Til dette svarte Riedel:

"Mr. Riedel explained that the Committee's practice in examining States parties' reports was to grant a wide margin of discretion to States parties in taking their policy choices, as well as an opportunity to justify the lack of realization of a Covenant right by reasonable and objective criteria. The Committee merely examined whether a State party had done everything within its means to comply with its obligations. Its approach would be even more careful with regard to individual communications. It was legitimate, albeit unnecessary in the

<sup>60</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens første sesjon, E/CN.4/2004/44, avsnitt 36

<sup>61</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens andre sesjon, E/CN.4/2005/52, avsnitt 66 og 79

<sup>62</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens tredje sesjon, E/CN.4/2006/47, avsnitt 92

light of the Committee's self-restraint, to expressly provide for a "standard of reasonableness" in an optional protocol."<sup>63</sup>

### 6.5.2. *De Albuquerquees første utkast – diskusjonen i fjerde sesjon*

På bakgrunn av diskusjonene i arbeidsgruppens tre første sesjoner foreslo ordstyreren De Albuquerque i sitt første utkast<sup>64</sup> at det skulle inntas retningslinjer for komiteens behandling av klagesaker. Dette ble gjort i utkastets art. 8(4), en bestemmelse som senere skulle vise seg å bli helt sentral for forståelsen av protokollen:

"When examining communications under the present Protocol concerning article 2, paragraph 1 of the Covenant, the Committee will assess the reasonableness of the steps taken by the State Party, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means."

Så vidt jeg vet, er dette det første forsøket på å prøve å regulere konvensjonsorganets prøvingsintensitet ("standard of review") i noen av de eksisterende individklageordningene. Tradisjonelt overlates det til konvensjonsorganene å avgjøre omfanget av egen prøving. Det gjelder både FN-komiteene og EMD. Konvensjonsorganene har altså det som på tysk heter kompetenz-kompetenz: De fastlegger selv rammene for sin egen kompetanse. Forslaget var derfor, selv om spørsmålene hadde vært diskutert i arbeidsgruppen, av prinsipiell karakter. Til sammenlikning hadde ØSK-komiteen ikke med tilsvarende retningslinjer i sitt utkast til valgfri protokoll fra 1997<sup>65</sup>. Tvert imot betonet komiteen i sine kommentarer til utkastet at:

"Article 5 of the first Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights does not specify the procedures to be used by the Committee in examining communications, other than to state that its consideration shall take place in closed meetings. It is unnecessary for the draft protocol to be any more detailed and it would seem to be sufficient to indicate that the Committee is empowered to adopt its own procedures for the consideration of communications".<sup>66</sup>

De Albuquerque ga i sin *Explanatory Memorandum* følgende forklaring for sitt forslag:

"In paragraph 4, I have reflected a suggestion made by a number of delegates that an optional protocol should underline the need for the Committee to apply a standard of reasonableness in assessing questions concerning national policymaking and resource allocations. Other delegates argued that such standard was already implicit in the Covenant, and that there was no need to include such criteria in the optional protocol. Equally, the point was made that it would be difficult to define more specific criteria to assess the reasonableness of policies and resource allocations. Present article 8, paragraph 4, includes a

<sup>63</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens tredje sesjon, E/CN.4/2006/47, avsnitt 98

<sup>64</sup> A/HRC/6/WG.4/2

<sup>65</sup> E/CN.4/1997/105, datert 18.12.1996

<sup>66</sup> E/CN.4/1997/105, avsnitt 43

reference to a standard of “reasonableness” and, to underline its consistence with the nature of States parties’ obligations, the provision closely reflects the wording of article 2, paragraph 1, of the Covenant.”<sup>67</sup>

Forslaget ble debattert inngående i den fjerde sesjonen. Flere stater, blant dem Norge, ga uttrykk for bekymring over begrepet “reasonableness”, og USA foreslo at man i stedet burde snakke om “unreasonableness” – formodentlig for å understreke at det ikke burde være statens oppgave å underbygge at dens tiltak var rimelige, men heller klagerens oppgave å vise at statens tiltak var urimelige. Det ble også foreslått å ta inn en henvisning til “the broad margin of appreciation of the State party to determine the optimum use of its resources”<sup>68</sup>. Det siste forslaget ble støttet av bl.a. Norge, mens Mexico og en rekke NGO-er stilte seg kritiske under henvisning til at skjønnsmarginen ikke alltid kan være bred.

### 6.5.3. *Diskusjonen i femte sesjon – to nye utkast*

Til den femte sesjonen ble de forskjellige forslagene inkorporert i teksten slik at den ble fremlagt med en lang rekke alternativer:

**“When examining communications under the present Protocol, the Committee [shall focus on allegations of violations concerning the failure of a State party to [respect, protect and fulfil / realise / guarantee] the rights set forth in the Covenant]. In doing so, the Committee shall address [, where and as required,] the [[un]reasonableness] [and effectiveness / adequacy] of the steps taken by the State Party, [in conformity with article 2, paragraph 1 of the Covenant] to the maximum of its available resources, in relation to the subject of a communication under consideration. [In its assessment, the Committee shall take into account the [broad] margin of appreciation of the State party to determine the optimum use of its resources.]”<sup>69</sup>**

I første del av den femte sesjonen diskuterte statene alle de forskjellige alternativene, uten at man nærmet seg enighet eller for så vidt kom videre i diskusjonen. Statene var fortsatt uenige om hvorvidt ØSK-rettighetene overhodet egner seg for individklager, og i så fall hvilke retningslinjer som skulle gjelde for komiteens prøving. Forslag både om rimelighet, urimelighet og en bred skjønnsmargin var fortsatt på bordet da første del ble avsluttet.

Forut for andre del av femte sesjon ble et nytt utkast sendt ut etter at ordstyreren hadde hatt uformelle drøftelser med alle delegasjoner for å forsøke å finne konsensus om enkeltpunkter<sup>70</sup>. Den

---

<sup>67</sup> A/HRC/6/WG.4/2, avsnitt 29

<sup>68</sup> Rapporten fra arbeidsgruppens fjerde sesjon, A/HRC/6/8, avsnitt 95

<sup>69</sup> A/HRC/8/WG.4/2

<sup>70</sup> Catarina de Albuquerque, *Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights—The Missing Piece of the International Bill of Human Rights*, Human Rights Quarterly 2010 s. 144 flg.

nye versjonen inneholdt ikke alternativer, men både rimelighetsprøven og skjønnsmarginen var med – sistnevnte riktignok uten adjektivet ”bred”:

“When examining a communication under the present Protocol, the Committee shall consider, where relevant, the reasonableness of the steps taken by a State Party in conformity with article 2, paragraph 1, of the Covenant. In doing so, the Committee will respect a margin of discretion of a State party to determine the appropriateness of policy measures as long as they are consistent with the provisions of the Covenant.”<sup>71</sup>

#### 6.5.4. *De avsluttende forhandlingene og det endelige kompromisset*

Også andre del av femte sesjon bød på tøffe forhandlinger, og stadig nye forslag ble fremsatt. De fleste var forsøk på kompromissforslag med forskjellige variasjoner over de kjente temaene – rimelighet, urimelighet og skjønnsmargin. USA insisterte inntil det siste på henvisninger til en skjønnsmargin<sup>72</sup>, og det var ikke før det var to dager igjen av sesjonen at man begynte å nærme seg et utkast det kunne bli enighet om<sup>73</sup>. Ti stater gikk da sammen om å lage et kompromiss, og dette ble tatt videre av De Albuquerque i møter med delegasjonene den nest siste dagen. Den endelige løsningen besto i et helt nytt forslag som – så vidt jeg kan se – ikke hadde vært oppe i forhandlingene tidligere. Det ble holdt fast ved at komiteen skal prøve rimeligheten av de skritt statene har tatt i etterlevelsen av sine plikter etter del II av konvensjonen, men en eksplisitt henvisning til statenes skjønnsmargin ble tatt ut. I stedet ble det tatt inn en ny annen setning der det presiseres at komiteen i rimelighetsvurderingen skal ta høyde for at statene kan benytte en lang rekke forskjellige virkemidler for å gjennomføre konvensjonsrettighetene:

“When examining communications under the present Protocol, the Committee shall consider “of the steps taken by the State Party in accordance with Part II of the Covenant. In doing so, the Committee shall bear in mind that the State Party may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the Covenant.”

Ordlyden i siste setning er hentet fra den såkalte Grootboom-saken fra den sørafrikanske forfatningsdomstolen. Dommen er fra 2000 og er en av de sakene man oftest ser trukket frem som eksempler på domstolsprøvelse av økonomiske rettigheter (se avsnitt 4.1). Det skal imidlertid understrekes at dommen ikke tar stilling til rettighetene i ØSK, men retten til bolig etter art. 26 i den sørafrikanske grunnloven som krever at:

---

<sup>71</sup> A/HRC/8/WG.4/2/Rev.1

<sup>72</sup> Bruce Porter, *The Reasonableness Of Article 8(4) – Adjudicating Claims From The Margins*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2009 s. 40

<sup>73</sup> Brian Griffey, *The ‘Reasonableness’ Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Human Rights Law Review 2011 s. 275

“(1) Everyone has the right to have access to adequate housing.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.”

Det hører også med til historien at art. 38 i grunnloven gir krav på domstolsprøving av om rettighetene er oppfylt. I utlegningen av kravene etter art. 26 uttalte forfatningsdomstolen:

“The measures must establish a coherent public housing programme directed towards the progressive realisation of the right of access to adequate housing within the state’s available means. The programme must be capable of facilitating the realisation of the right. The precise contours and content of the measures to be adopted are primarily a matter for the legislature and the executive. They must, however, ensure that the measures they adopt are reasonable. In any challenge based on section 26 in which it is argued that the state has failed to meet the positive obligations imposed upon it by section 26(2), the question will be whether the legislative and other measures taken by the state are reasonable. A court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable. *It is necessary to recognise that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations.* Many of these would meet the requirement of reasonableness. Once it is shown that the measures do so, this requirement is met” (kursivert her).

Dommen fra Sør-Afrika må trekkes frem i redegjørelsen for forhistorien til protokollen art. 8(4) ettersom en av de sentrale formuleringene er hentet derfra. Det er imidlertid ikke holdepunkter for å hevde at de øvrige deler av Grootboom-dommen eller den sørafrikanske forfatningsdomstolens øvrige praksis om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter skal tjene som forbilder for forståelsen av ØSK eller ØSK-komiteens tilnærming til individklager. Tvert imot ville det vært helt unaturlig. For det første gjelder de sørafrikanske sakene nasjonal lovgivning (av grunnlovs rang) og ikke ØSK, og for det annet vil ikke FN-komiteene legge vesentlig vekt på praksis fra én medlemsstat. Formuleringene fra Grootboom-saken bør derfor i ettertid neppe tillegges annen betydning enn at de tjente som språklig forbilde for det alternativet som kom opp i de aller siste dagene av forhandlingene om protokollen til ØSK og som det lyktes å oppnå enighet om.

På den femte sesjonens siste dag var det ingen innsigelser til at den valgfrie protokollen, med det kompromissforslaget som er redegjort for, skulle oversendes til Menneskerettsrådet for vurdering.<sup>74</sup> Dette må imidlertid ikke forstås slik at det derved hersket full ro eller enighet i arbeidsgruppen. Flere stater brukte sine avsluttende merknader til å uttrykke sin bekymring for, eller til og med misnøye med, mange av bestemmelsene i protokollen, og en lang rekke stater tok forbehold om sitt syn.

---

<sup>74</sup> Brian Griffey, *The ‘Reasonableness’ Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Human Rights Law Review 2011 s. 275, på s. 302

Norge var blant disse statene, og var også en av statene som uttrykte bekymring nettopp for art. 8(4) fordi den ikke klargjorde statenes brede skjønnsmargin.

## **7. PROSESSFORUTSETNINGER**

### **7.1. Innledende bemerkninger**

Ved utarbeidelsen av protokollen måtte arbeidsgruppen ta stilling til hvilke kriterier som skal være oppfylt for at en klagesak skal kunne tas til realitetsbehandling av ØSK-komiteen. Jeg skal i dette kapittelet gjennomgå de prosessforutsetninger det til slutt ble enighet om.

Tilsvarende, men ikke fullt ut identiske, prosessforutsetninger oppstilles i de andre individklageordningene i FN-systemet. Arbeidsgruppen hadde disse ordningene som grunnlag for sine drøftelser og valg. Av den grunn, og fordi det i mandatet eksplisitt bes om en redegjørelse for særtrekk ved klageordningen etter ØSK, vil likheter og forskjeller til de øvrige ordningene bli påpekt fortløpende.

### **7.2. Passiv søksmålskompetanse (hvilke stater kan klages inn) – protokollen art. 1**

Etter alle individklageordninger i FN-systemet gjelder et ubetinget krav om at den innklagede staten har akseptert komiteens kompetanse til å behandle individuelle klagesaker. Dette gjelder selvsagt også protokollen til ØSK, der det er fastsatt i art. 1.

### **7.3. Aktiv søksmålskompetanse – protokollen art. 2**

Etter protokollens art. 2 kan klager sendes av eller på vegne av enkeltpersoner. Dette er felles for samtlige individklageordninger, og er selve essensen i disse ordningene: Enkeltpersoner skal kunne bringe klagesaker til FN-komiteen med påstand om at deres rettigheter er krenket, og komiteene skal kunne ta stilling til klagen, og – om klagen fører frem – anbefale en egnet måte å reparere krenkelsen på.

Det presiseres i art. 2 at klager også kan inngis av "grupper av enkeltpersoner". Det samme er presisert i klageordningene til RDK, KDK og CRPD, men ikke til Menneskerettskomiteen og TK (eller de to ordningene etter CMW og CED som er vedtatt, men ikke har trådt i kraft). Jeg er imidlertid usikker på om det ligger en reell utvidelse i tillegget om "grupper av enkeltpersoner". Også der en gruppe av enkeltpersoner går til sak, er det – så vidt jeg forstår – krav om at de forskjellige enkeltpersonene i

gruppen identifiseres. Det er altså ikke slik at gruppen som sådan kan opptre for komiteen. Det er den enkelte som vil ha partsrettigheter og ev. krav på reparasjon. På den annen side vil det også etter de fire ordningene som mangler tillegget om grupper, være adgang for flere enkeltpersoner til å gå til sak sammen, og til å la seg representere under ett (omtrent som etter de norske reglene om subjektiv kumulasjon). Det er derfor vanskelig å se noen reell virkning av tillegget om "grupper av enkeltpersoner".

Kravet om at klagen må komme fra enkeltpersoner innebærer avgrensninger i to retninger. For det første innebærer det at klage ikke kan sendes anonymt. For det annet – og viktigere – innebærer kravet at klager til FN-komiteene ikke kan fremmes på vegne av sammenslutninger som foreninger, selskaper, politiske partier osv. Dette er iallfall utvetydig fastslått av Menneskerettskomiteen for så vidt gjelder den valgfrie protokollen til SP<sup>75</sup>, og det er vanskelig å tenke seg at det samme uttrykket ("individuals") skulle tolkes annerledes av de øvrige komiteene. I EMD-systemet er løsningen en annen. Etter EMDs praksis tillates klager også fra sammenslutninger, derunder foreninger, politiske partier og kommersielle selskaper. Bakgrunnen for forskjellen er, etter hva jeg forstår, at EMK art. 34 beskriver kretsen av klageberettigete som "enhver person, frivillig organisasjon eller gruppe av enkeltpersoner". For klageordningen til ØSK-komiteen lå det i ordstyreren opprinnelige utkast<sup>76</sup> et forslag til en kollektiv klageordning for "international non-governmental organizations with consultative status before the United Nations Economic and Social Council", men forslaget ble forkastet og tatt ut av de senere versjoner av protokoller.

For ØSK-komiteen kan begrensningen til enkeltpersoner ha spesiell betydning for rettighetene i art. 8(1) bokstav b og c. Rettighetene i disse bestemmelsene er tillagt fagforeninger. Etter ordlyden forplikter medlemsstatene seg til å sikre:

"b. Rett for fagforeninger til å danne nasjonale forbund eller gruppevise sammenslutninger og rett for disse til å danne eller slutte seg til internasjonale fagforeningsorganisasjoner,

c. Rett for fagforeninger til fritt å utøve sin virksomhet uten andre begrensninger enn dem som følger av lov, og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller den alminnelige samfunnsorden eller for å verne andres rettigheter og friheter".

Det er vanskelig å lese dette annerledes enn at det er fagforeningene som er rettighetssubjekter etter bestemmelsene og som derfor burde være påtaleberettiget om man mener at rettighetene er krenket. Det er imidlertid ikke lett å harmonere med kravene i protokollens art. 2.

---

<sup>75</sup> Se sak 104/1981, *J.R.T. and the W.G. party v. Canada*, avsnitt 8 og sak 1002/2001, *Franz Wallmann, Rusella Wallmann and Hotel zum Hirschen Josef Wallmann v. AustriaK*, avsnitt 8.13

<sup>76</sup> A/HRC/6/WG.4/2, art. 3

#### **7.4. Tidsmessige forhold – protokollen art. 3(2) bokstav a**

Alle de gjeldende individklageordningene stiller krav til at klagesaken må gjelde faktiske forhold fra etter at ordningen trådte i kraft. Etter konvensjonsorganenes praksis (særlig Menneskerettskomiteens) oppstilles det visse unntak i tilfeller av fortsatte krenkelser ("continuing violations"), men dette er en ganske snever unntaksregel.

Viktigere er det at noen av ordningene (som EMD) opererer med tidsfrister for saksanlegg. Det gjelder RDK der det settes en seks månedersfrist, regnet fra nasjonale rettsmidler er uttømt (det vil normalt si fra den siste rettsavgjørelsen fra nasjonale domstoler), og det vil gjelde ØSK der det i protokollens artikkel 3 (2) bokstav a er fastsatt en ettårsfrist regnet fra samme utgangspunkt. I tillegg har TK i sine prosedyrebestemmelser (*Rules of Procedure*) nedfelt at en sak kan avvises dersom det har gått så lang tid fra nasjonale rettsmidler ble uttømt at det blir urimelig vanskelig å behandle saken. For de øvrige klageordninger gjelder ingen spesifikke tidsfrister. Som jeg skal komme tilbake kan fraværet av tidsfrister for de øvrige ordningene, sammen med rettskraftsreglene, ha betydning for mulighetene for å få samme sak opp for flere komiteer – se avsnitt 7.8.

#### **7.5. Krav til sakens innhold – protokollen art. 3(2) bokstav d og e**

Det stilles etter konvensjonene og konvensjonsorganenes praksis også krav til sakens innhold og styrke. For det første er det et selvsagt krav at saken ikke må være uforenlig med bestemmelsene i konvensjonen. Kravet er i protokollen til ØSK nedfelt i art. 3(2) bokstav d. Kravet innebærer imidlertid ikke mer enn det selvsagte: at saken må gjelde brudd på rettigheter som er beskyttet av konvensjonen. Det er formulert eksplisitt for alle ordningene utenom RDK, men gjelder åpenbart også for klager etter den konvensjonen.

For det annet må saken ikke gjelde en rettighet vedkommende stat har en gyldig reservasjon mot. Virkningen er i så fall den samme som under det første punktet: Klagen er ikke forenlig med de konvensjonsbestemmelser som gjelder for denne staten.

For det tredje, og viktigst, drives det i komiteene i en viss utstrekning materiell siling av klager, dvs. at komiteene avviser saker som anses åpenbart grunnløse eller ikke tilstrekkelig underbygd. Instrumentene som etablerer de første klageordningene (RDK, SP og TK) inneholder ikke bestemmelser som regulerer siling på materielt grunnlag, men særlig Menneskerettskomiteen har etablert en praksis hvoretter saker avvises på grunn av manglende underbygning (*lack of*

*substantiation*). I praksis er det ikke nevneverdig forskjell på denne avvisningsgrunnen og EMDs krav om at en sak ikke skal være åpenbart grunnløs (*manifestly ill-founded*). Verken CED art. 31 eller CMW art. 77 inneholder heller slike bestemmelser, men i de tre nyeste valgfrie protokollene som etablerer individklageordningene for. KDK, CPRD og ØSK, er det inntatt bestemmelser som sier at saken skal avvises dersom den "er åpenbart grunnløs eller ikke tilstrekkelig underbygget".

I protokollen til ØSK er disse vilkårene inntatt i art. 3(2) bokstav e. "Åpenbart grunnløs" og "ikke tilstrekkelig underbygget" er oppstilt som alternative avvisningsgrunner, uten at det fremstår som særlig klart hva forskjellen består i. Jeg har vanskelig for å se at det kan være nevneverdig realitetsforskjell. Den endelige teksten er identisk med den som ble foreslått i førsteutkastet, og vilkårene er ikke nevnt i referatene fra forhandlingene.

Bestemmelsen i art. 3(2) bokstav e inneholder også et tredje alternativ, nemlig at saken er basert utelukkende på opplysninger spredt av massemedier (*exclusively based on reports disseminated by mass media*). Som prosessforutsetning er dette alternativet prinsipielt interessant ettersom det ikke finnes i noen av de andre individklageordningene i FN-systemet. Vilåret var ikke en del av det opprinnelige utkastet, og kom inn sent i forhandlingene. Forbildet er etter alt å dømme den mer uformelle klageprosedyren til FNS menneskerettighetsråd om "consistent patterns of gross and reliably attested violations of all human rights and all fundamental freedoms occurring in any part of the world and under any circumstances" (arvtakeren til den tidligere 1503-prosedyren). Denne inneholder nettopp et slikt vilkår for at klager skal kunne tas til behandling. Alternativet fremstår umiddelbart ikke som særlig praktisk for individklageordningene til FN-komiteene. Forutsetningen for at det skal ha selvstendig betydning ved siden av de to andre alternativene i art. 3(2) bokstav a er at saken i utgangspunktet anses "tilstrekkelig underbygget". Det er vanskelig å se for seg at det kan være tilfellet ut fra presseklipp alene. Det mest interessante med innføringen av dette alternativet er kanskje derfor at det kan si noe om arbeidsgruppens forutsetninger om hva slags saker komiteen vil kunne få til behandling. Som jeg skal komme tilbake til, kan også bestemmelsen i art. 8(4) tilsa at arbeidsgruppen har sett for seg at komiteen i stor grad vil bli presentert for tilfeller av systemsvikt heller enn enkeltstående episoder eller hendelser.

#### **7.6. *Uttømming av nasjonale rettsmidler – protokollen art. 3(1)***

For alle individklageordninger i FN-systemet er subsidiaritetsprinsippet eksplisitt knesatt ved at det kreves at klageren må ha uttømt nasjonale rettsmidler for at komiteen skal kunne behandle saken. I protokollen til ØSK er den relevante bestemmelsen inntatt i art. 3(1). Det er inntatt ett unntak fra

kravet om uttømming av tilgjengelige nasjonale rettsmidler, nemlig at det vil ta urimelig lang tid. Dette vilkåret er oppstilt for alle individklageordningene.

For fire av ordningene (TK, KDK, CMW og CRPD) er det i tillegg oppstilt unntak for de tilfeller der det er usannsynlig at de nasjonale rettsmidler "vil medføre effektiv hjelp". Dette er ikke eksplisitt regulert for de to eldste klageordningene (SP og RDK), men særlig Menneskerettskomiteen har utviklet en praksis som tilsier at det ikke kan kreves at man uttømmer rettsmidler der det er usannsynlig at klagers sak ville ha ført frem. Det er grunn til å tro at denne praksisen har vært forbilde for de skrevne unntak som er gjort i de senere tekster, og det er derfor interessant at tilsvarende unntak ikke er tatt med i den yngste teksten, dvs. den valgfrie protokollen til ØSK. Det opprinnelige utkastet inneholdt et slikt unntak, men dette ble tatt ut av arbeidsgruppen uten annen forklaring i rapporten enn at:

"With regard to paragraph 1, the Working Group agreed to delete "or unlikely to bring effective relief". ICJ expressed concern about the deletion, arguing that no one should be required to exhaust futile remedies."<sup>77</sup>

Når et vilkår er foreslått og eksplisitt forkastet, skal det vanligvis mye til for å legge til grunn at vilkåret likevel skal gjelde. I så fall skal protokollen forstås slik at alle tilgjengelige rettsmidler må uttømmes, uavhengig av om det finnes realistiske muligheter til å vinne frem. Det er grunn til å tro at spørsmålet vil by ØSK-komiteen på utfordringer. For mange vil det fremstå som anstaltmakeri å kreve prøving av saken uten at det finnes berettiget håp om suksess. Bakgrunnen kan f.eks. være at organet har prøvet tilsvarende spørsmål tidligere uten at det har ført frem. I slike tilfeller er det vanskelig å se at det vil tjene noen aktører å kreve at rettsmiddelet benyttes. Alt man oppnår, er å tvinge parten og de nasjonale organer til å bruke tid og ressurser på et saksanlegg eller en anke som ikke har noe for seg. Man skal ikke se bort fra at ØSK-komiteen vil se bort fra diskusjonene i arbeidsgruppen og i stedet tiltre Menneskerettskomiteens praksis med henvisning til at ordlyden i protokollen til ØSK er identisk med den i protokollen til SP.

Vilkåret om uttømming av nasjonale rettsmidler kan også reise spesielle spørsmål for ØSK-komiteen som følge av rettighetenes karakter. Det dreier seg om positive forpliktelser som kan oppfylles gjennom sammensatte og mangefasetterte ordninger. Man kan f.eks. tenke seg en klage om brudd på art. 9 (retten til sosial trygghet innbefattet sosialtrygd) eller art. 11 (retten til en tilfredsstillende levestandard for seg og sin familie) enten fordi man har blitt nektet ytelse etter en bestemt sosial ordning eller fordi man mener at nivået på tilskuddet er utilstrekkelig. Dette kan f.eks. gjelde en bestemt ytelse etter folketrygdloven, rett til bolig etter sosialtjenesteloven § 3-4 eller rett til

---

<sup>77</sup> Rapporten fra den femte sesjonen, A/HRC/8/7, avsnitt 148

økonomisk stønad etter lov om sosiale tjenester i NAV § 18. Nasjonalt vil saken da normalt dreie seg om hvorvidt man har krav på ytterligere tilskudd etter det nasjonale regelverket, med eller uten henvisning til ØSK. Det vanlige ved behandling av individuelle klagesaker vil være at det skal vurderes konkret og isolert om vedtaket i den spesielle saken medfører brudd på den påberopte rettigheten, i dette tilfellet altså om klagerens rett til sosial trygghet eller tilfredsstillende levestandard er krenket ved at han ble nektet den ytelse han søkte om. Hvis det er temaet for ØSK, er det imidlertid grunn til å tro at staten vil vise til den norske velferdsstatens sammensatte karakter og hevde at den har andre velferdsordninger som kunne vært egnet til å fylle borgernes grunnleggende behov. Da oppstår spørsmålet om klageren også må ha søkt om støtte etter andre administrative ordninger før man kan fastslå at det foreligger en krenkelse. Spørsmålet er altså om andre forvaltningsmessige velferdsordninger utgjør et relevant rettsmiddel som må uttømmes. Dette er en problemstilling der det er få paralleller å finne innenfor de sivile og politiske rettigheter.

I behandlingen av det opprinnelige utkastet til protokoll foreslo Storbritannia at det skulle kreves uttømming av "all available judicial, *administrative* and other remedies"<sup>78</sup> (kursivert her), men dette ble ikke tatt med i den endelige protokollen. At forslaget ikke vant frem, kan likevel neppe tas til inntekt for at den endelige teksten "all available domestic remedies" ikke kan inkludere administrative ordninger egnet til å ivareta klagerens behov. I norsk sammenheng vil det f.eks. virke fremmed å konkludere med at ens rett til en tilfredsstillende levestandard er brutt fordi man ikke får en trygdeytelse uten at man har forsøkt å søke om stønad etter lov om sosiale tjenester i NAV.

### **7.7. *Litispensens – protokollen art. 3(2) bokstav c***

Med unntak for klageordningen etter RDK er det for alle ordninger bestemt at en sak ikke kan tas til behandling dersom den allerede er gjenstand for annen internasjonal undersøkelse. Med dette siktes både til de andre individklageordningene i FN og til regionale individklageordninger som f.eks. EMD. I protokollen til ØSK er bestemmelsen inntatt i art. 3(2) bokstav c.

Dette innebærer at en sak skal avvises fra alle andre komiteer enn Rasediskrimineringskomiteen dersom den allerede verserer for en annen internasjonal klageordning. Rasediskrimineringskomiteen kan derimot ta en sak til behandling selv om samme sak allerede er til behandling i Menneskerettskomiteen f.eks. etter SP art. 26. Så vidt meg bekjent har det imidlertid aldri skjedd. Bestemmelsene skal likevel ikke avfeies som upraktiske. Med stadig nye, til dels overlappende

---

<sup>78</sup> Rapporten fra den fjerde sesjonen, A/HRC/6/8, avsnitt 60

individklageordninger (særlig i diskriminerings saker – se nærmere neste avsnitt og avsnitt 8.4) åpnes det større og større muligheter for forum shopping.

### **7.8. Rettskraft – protokollen art. 3(2) bokstav c**

For fem av konvensjonene er det bestemt at saken ikke bare skal avvises der den allerede verserer for en annen internasjonal klageordning, men også der den *har vært* behandlet av en slik ordning. I dette ligger altså et prinsipp om at en sak kun skal avgjøres en gang (tilsvarende norske rettskraftsregler). Denne regelen gjelder for klageordningene etter TK, CMW, KDK, CPRD og ØSK. I protokollen til ØSK er bestemmelsen inntatt i art. 3(2) bokstav c sammen med litispensensregelen. Dersom en sak bringes inn for en av disse fem komiteene etter at den er behandlet av en annen komité eller et annet, relevant internasjonalt organ, skal saken altså avvises som allerede avgjort.

For de tre sistnevnte klageordningene (KDK, CPRD og ØSK) er det også presisert at det samme gjelder der samme komité har behandlet saken tidligere. Det er imidlertid ikke tilfellet for TK og CMW og heller ikke for SP, RDK eller CED som ikke har noen rettskraftsregler. I disse ordningene er det derfor ikke noe formelt til hinder for at en sak kan bringes inn for komiteen på nytt etter den er avgjort. For TK og CDW gir det den ganske paradoksale løsning at en sak skal avvises fordi den tidligere er behandlet av en annen komité, men ikke av den samme komité. Saker som er behandlet av samme komité kan imidlertid etter omstendighetene kunne avvises av andre grunner, se nedenfor om misbruk av klageretten.

I klageordningene etter SP, RDK eller CED, som ikke inneholder rettskraftsregler overhodet, vil det være adgang til å fremme sak også etter at en av de andre komiteene (eller EMD eller annet regionalt organ) har behandlet samme sak. Sammenholdt med det faktum at det heller ikke gjelder tidsfrister for saksanlegg til disse komiteene, åpner regelverket for betydelig grad av forum shopping. Det er ikke upraktisk at konvensjonsrettighetene overlapper hverandre. Dette gjelder ikke minst de forskjellige diskrimineringsvernene som oppstilles i særkonvensjonene og det generelle diskrimineringsvernet i SP art. 26. Særlig i diskriminerings saker og i saker om organisasjonsfrihet (og da spesielt friheten til å danne og operere fagforeninger) er det også betydelig grad av overlapp mellom ØSK og SP (se nærmere i avsnitt 8.3.2 og 8.4). Når reglene er utformet slik at det for klager til ØSK-komiteen gjelder BÅDE en tidsfrist og en rettskraftsbestemmelse som også dekker andre individklageordninger, men ingen av delene for klager til Menneskerettskomiteen, er resultatet at en og samme sak kan bringes inn for ØSK-komiteen først, og deretter for Menneskerettskomiteen hvis man ikke er fornøyd med utfallet i ØSK-komiteen.

### **7.9. Misbruk av klageretten ("abuse") – protokollen art. 3(2) bokstav f**

For alle ordninger utenom den etter RDK er det presisert at komiteen skal avvise saker som den anser som misbruk av klageretten. I protokollen til ØSK er den relevante bestemmelsen inntatt i art. 3(2) bokstav f. Forbildet er antakelig anglo-amerikanske regler om "abuse of process," og siktemålet er å kunne unnta fra realitetsbehandling saker som bærer preg av sjikane eller åpenbart ikke har redeligE hensikter. I de klageordninger som ikke inneholder rettskraftsregler kan det imidlertid også være aktuelt å bruke dette grunnlaget til å avvise en sak som allerede er avgjort av samme komité – iallfall der det ikke har inntrådt noe som skulle tilsi at saken står i en annen stilling.

### **7.10. Klageren må være offer for en menneskerettskrenkelse ("the victim requirement") – protokollen art. 2 og 4**

Samtlige klageordninger gjelder for personer som hevder å være utsatt eller offer for<sup>79</sup> en krenkelse av rettighetene i vedkommende konvensjon. I protokollen til ØSK fremkommer dette av art. 2 der det heter at klagesaker kan fremmes av enkeltpersoner "claiming to be victims of a violation".

I vilkåret om at man må være "victim" ligger at klageren må være personlig og direkte berørt (på ufordelaktig vis) av lovgivning, praksis, handlinger eller unnlatelser fra myndighetenes side. I vilkåret ligger for det første at saken må gjelde individuelle utslag eller virkninger for klageren, og ikke den generelle konvensjonsmessigheten av en bestemt regel, praksis eller ordning. Slik sett minner dette vilkåret mye om aktualitetskravet som gjelder i norsk sivilprosess, jf. tvistel. § 1-3. For det annet innebærer vilkåret at krenkelsen ikke allerede må være reparert. Hvis staten selv har tatt skritt som tilstrekkelig kompenserer de skader, ulemper eller tap klageren påberoper seg, vil ikke klageren lenger kunne anses å være offer for krenkelsen. Den valgfrie protokollen til ØSK inneholder i art. 4 en bestemmelse som er prinsipielt interessant i denne forbindelse:

"The Committee may, if necessary, decline to consider a communication where it does not reveal that the author has suffered a clear disadvantage, unless the Committee considers that the communication raises a serious issue of general importance."

Hvis man tar som utgangspunkt at det å ha opplevd en klar ulempe ("clear disadvantage") er en forutsetning for å være offer for en menneskerettskrenkelse – et utgangspunkt som iallfall rent språklig ikke fremstår som helt urimelig – kan bestemmelsen ved første øyekast se ut til å åpne for

---

<sup>79</sup> I menneskerettsloven av 21.5.1999 oversettes "victim of" med "utsatt for" i den valgfrie protokollen til SP, mens samme uttrykk er oversatt til "offer for" i den valgfrie protokollen til KDK.

behandling av generelle rettsspørsmål i større grad enn det som er mulig i de øvrige ordningene (altså at art. 4 skal ses som et unntak fra kravet om at man må være "victim"). Slik skal imidlertid ikke bestemmelsen forstås. Bestemmelsen kom inn på et sent stadium i forhandlingene om protokollen etter påtrykk fra Canada, Storbritannia og Polen for å gi komiteen adgang til å prioritere særlig viktige saker dersom den samlede saksmengden skulle bli u håndterlig. ØSK-komiteen gis altså kompetanse til å beslutte at en sak ikke skal behandles selv om klageren for så vidt kan sies å være utsatt for en menneskerettskrenkelse. Det dreier seg altså om en skjerping av kravet til å være "victim". Forbildet er etter alt å dømme den nye avvisningsgrunnen som i 2004 ble innført for klager til EMD ved protokoll 14 til EMK. Den nye avvisningsgrunnen ble tatt inn i art. 35 bokstav b og lyder:

"3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that: ...

b. the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal."

I EMK art. 35 snakkes altså om en "significant disadvantage" (i den norske versjonen oversatt til "ulempe av betydning") mens det i protokollen til ØSK snakkes om en "clear disadvantage". Den innholdsmessige forskjellen på disse begrepene er ikke iøynefallende. En forskjell er det imidlertid at bestemmelsen i EMK art. 35 bokstav b er en ren prosessforutsetning, mens bestemmelsen i art. 4 i protokollen til ØSK ikke er det. Art. 4 gir ØSK-komiteen *adgang* til å sile saker der klager ikke er påført en "clear disadvantage", men ikke en plikt. Forskjellen skyldes antakelig at allerede EMD er påført en u håndterlig saksmengde, og at bestemmelsen derfor *skal* benyttes. Art. 4 er derimot oppstilt som en adgang komiteen kan benytte dersom saksmengden skulle bli omfattende.

Det er imidlertid grunn til å påpeke at det etter art. 4 ikke er et vilkår for avvisning at komiteen pådrar seg en u håndterlig saksmengde. Komiteen står fritt til å avvise det den opplever som bagatellmessige saker også selv om den for så vidt skulle ha tid til å behandle dem. Hvilke linje komiteen vil legge seg på her, er det vanskelig å ha noen formening om. Tilsvarende er det vanskelig å spå om hvordan komiteen vil forstå uttrykket "clear disadvantage". Praksis fra EMD etter den nye bestemmelsen i EMK har i hovedsak gått ut på avvisning av saker med tvistegjenstander av ubetydelig økonomisk verdi. I de saker jeg har funnet, har det dreid seg om tvistegjenstander fra en halv til ca. 150 euro<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Sak 34784/02 *Vasilchenko v. Russia*, sak 36659/04 *Adrian Mihai Ionescu v. Romania*, sak 25551/05 *Korolev v. Russia*, sak 30934/05 *Gaftoniuc vs. Romania*, Sak 18774/09 *Rinck v. France*

## **8. HVA SLAGS SAKER VIL KOMITEEN KUNNE BEHANDLE, HVORDAN OG MED HVILKEN VIRKNING?**

### **8.1. *Problemstillinger***

I en analyse av hvilke virkninger norsk tilslutning vil ha, er en sentral del hvilken utbredelse individklageordningen vil få, derunder hvilke konvensjonsrettigheter det særlig er grunn til å vente klagesaker om. Det igjen byr på en sammensatt analyse av konvensjonen og protokollen. Man må forsøke å analysere hva slags saker komiteen vil kunne ta stilling til, og med hvilken prøvingsintensitet og –standard. Av sentral interesse er de forskjellige typer av forpliktelser statene har etter konvensjonen. Disse skal gjennomgås først. Dernest må det vurderes om disse kan håndheves i individuelle klagesaker, på hvilken måte, og ev. med hvilken virkning. Disse spørsmål skal gjennomgås i pkt. 8.3-8.5.

### **8.2. *Typer av forpliktelser og betydningen for muligheten for individuell klagebehandling***

Selv om ØSK art. 2 etter ordlyden begrenser statenes forpliktelser til å sette alt inn på gradvis gjennomført (1. ledd) samt å utøve rettighetene uten noen forskjellsbehandling (2. ledd), er det – etter mønster av bl.a. SP og EMK – vanlig å utlegge statenes forpliktelser etter ØSK som tredelte: Statene skal sikre, beskytte og oppfylle menneskerettighetene.

Plikten til å *respekt*ere menneskerettighetene innebærer at staten selv ikke skal begå menneskerettskrenkelser. Staten skal ikke gripe inn i individenes konvensjonsbeskyttede friheter og rettigheter. Det er altså en negativ forpliktelse for staten til å avstå fra inngrep. Eksempler fra ØSK-rettighetenes kan være statlige tiltak som begrenser adgangen til å melde seg inn i eller å drive fagforening (art. 8) eller begrenser foreldres frihet til å velge andre skoler enn de offentlige for sine barn (forutsatt at skolen fyller kravene i art. 13).

Plikten til å *beskytte* menneskerettighetene innebærer at staten skal beskytte individene mot inngrep i rettighetene fra tredjepersoner. Statene skal altså ha et håndhevelsesapparat der individer kan søke beskyttelse mot overtredelser fra andre private, og statene vil kunne bli holdt ansvarlige dersom håndhevelsen ikke er effektiv. Et eksempel under art. 7 kan være at staten ikke sikrer at private arbeidsgivere etterlever grunnleggende arbeidslivsstandarder, mens et eksempel under retten til bolig i art. 11(2) kan være at statene, f.eks. gjennom domstolene, ikke slår ned på diskriminering fra private utleiere.

Plikten til å *oppfylle* menneskerettighetene innebærer at staten selv skal bidra aktivt til at individene får de rettighetene konvensjonene gir krav på. Det kan f.eks. dreie seg om forpliktelser til å gjennomføre lovgivning, allokere ressurser, foreta opplæring og utdanning, gjøre undersøkelser mv. I ØSK-sammenheng utdypes plikten til å oppfylle gjerne som en plikt til å tilrettelegge og yte. Det er vanlig å skille mellom tiltaksforpliktelser (*obligations of conduct*) og resultatforpliktelser (*obligations of result*). Tiltaksforpliktelser pålegger statene, inntil et visst nivå, å forsøke å trygge rettighetene for individene. Hvordan nivået formuleres, kan imidlertid variere. I art. 2(1) snakkes det om å "sette alt inn" (*to the maximum of its available resources*). I andre sammenhenger snakkes det om rimelige tiltak<sup>81</sup>. I tillegg til den generelle forpliktelsen i art. 2 går man, som allerede nevnt i avsnitt 3.6 og 4.3, i de enkelte bestemmelser langt i å spesifisere bestemte tiltak statene skal gjennomføre for å realisere rettighetene. Desto mer spesifikk beskrivelsen av et tiltak er, jo mer konkret blir forpliktelsen. Resultatforpliktelser pålegger statene å nå bestemte mål eller nivåer. Det kan f.eks. være minimumsstandarder alle stater er forpliktet til å holde.

Hva slags forpliktelse som er påstått brutt, kan ha stor betydning for hvilken prøving som skal eller kan skje i enkeltsaker. En av grunnene til at det opprinnelig ble etablert en individklageordning for SP, men ikke for ØSK, var nettopp forskjeller i forpliktelsenes karakter (se avsnitt 4.5). De sivile og politiske rettighetene anses gjerne som negative rettigheter, mens de økonomisk, sosiale og kulturelle gjerne anses som positive rettigheter. Bakgrunnen er at de sivile og politiske rettighetene har preg av friheter som staten ikke skal gripe inn i, mens ØSK-rettighetene er typiske rettighetsbestemmer statene må yte noe for å oppfylle. Dette er en forenkling ettersom det er på rene at de sivile og politiske rettigheter både etter sin ordlyd og konvensjonsorganenes praksis også nedfører positive forpliktelser i en viss utstrekning. Samtidig er noen av ØSK-rettighetene også negative i karakter. Det kan derfor ikke gjøres et skarpt skille.

Selv om det ikke kan gjøres et skarpt skille, er det i utgangspunktet neppe tvilsomt at det er enklere å håndheve negative rettigheter enn positive i enkeltsaker. Negative rettigheter inneholder forbud mot handlinger eller tiltak fra statens side, og tema for klagebehandling vil derfor være om konvensjonsmessigheten av et konkret tiltak eller en bestemt handling. Det gir i de fleste tilfeller enkelt håndterlige bevis- og vurderingstemaer for den dømmende myndighet. Positive forpliktelser inneholder derimot påbud til statene om å foreta seg noe, og temaet for en klagesak vil være om det foreligger konvensjonsstridige unnlatelser. Dersom plikten er tilstrekkelig konkret, vil temaet for klagesaken kunne være enkelt håndterlig, men det vil være verre der den positive forpliktelsen er

---

<sup>81</sup> Se f.eks. the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, vedtatt av en ekspertgruppe i Maastricht 22.-26.1.1997

vagere eller til og med målsetningspreget. Det vil da kunne oppstå vanskelige spørsmål om hva domstolen skal prøve, og på hvilket grunnlag.

De utgangspunkter det er redegjort for ovenfor har vært gjenstand for massiv kritikk fra deltakere i debatten om individuell håndheving av ØSK-rettigheter. Det fremholdes gjerne at SP-rettigheter og ØSK-rettigheter er likeverdige, udelelige og avhengig av hverandre, og at det ikke kan trekkes klare grenser mellom dem på grunnlag av forpliktelsene de pålegger statene. Pius Langa, Chief Justice ved den sørafrikanske forfatningsdomstolen, skriver f.eks. under den talende overskriften "The Fallacy of the Distinction":

"The disparity in protection between civil and political rights, on the one hand, and economic, social and cultural rights, on the other, perhaps has its foundation in the manner in which these rights are enforced. The traditional understanding is that civil and political rights are more easily protected and enforceable by the courts because they involve a negative obligation on the State whereas socio-economic rights are largely dependent on the ability of the State to provide certain basic amenities through welfare systems and subject to resource and budgetary considerations. This traditional categorization of human rights is a fallacy more than it is real and underlies the reluctance to recognizing binding human rights law commitments and must be abandoned. ...

[T]here is an interaction between civil and political rights and economic, social and cultural rights and both clusters of rights need to be recognized for one to fully feel and appreciate that inherent worth and dignity of being a human being. For instance, freedom of expression or association is of little consequence if one is starving and malnourished.

Furthermore, these two sets of rights cannot be distinguished by the duties that arise from them. Both sets can give rise to negative duties to refrain from interfering with their exercise and positive duties to protect and promote their exercise."<sup>82</sup>

Det er ikke vanskelig å være enig i at et fullverdig menneskeliv krever etterlevelse både av sivile og politiske og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Det samme kan også sies om de såkalte tredjegerasjonsrettighetene som har tilkommet menneskerettighetsfloraen de siste tiårene, som f.eks. retten til utvikling og retten til miljø. At alle rettigheter er nødvendige, gjensidig avhengige og udelelige, er imidlertid ikke ensbetydende med at alle rettigheter er like velegnet for domstolsbehandling. Selv om det er riktig at SP og ØSK til dels er overlappende, og at det for noen rettigheter kan virke tilfeldig at de er plassert i den ene eller andre kategorien, er det vanskelig å komme utenom at de typiske ØSK-rettighetene vil by på vurderingstemaer som er vanskeligere for domstolen enn typiske negative plikter etter SP. Det er også, som jeg skal komme tilbake til, vanskelig å forstå annet enn at intensiv rettslig prøving av ØSK-rettighetene kan lede ØSK-komiteen eller nasjonale domstoler inn i spørsmål som av mange oppfattes som enda mer utpreget politiske.

---

<sup>82</sup> Pius Langa, *Taking Dignity Seriously. Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2009 s. 29

### 8.3. Plikten til å respektere – klagesaker om negative rettigheter

#### 8.3.1. Den klassiske tilnærmingen til saker om negative rettigheter

Hvis vi ser bort fra sakene om rettferdig rettergang<sup>83</sup> og positive forpliktelser, vil den jevne klagesak til EMD eller Menneskerettskomiteen dreie om inngrep i en rettighet. Den typiske sak vil reise spørsmål ved om staten gjennom en handling eller tiltak har krenket en av de grunnleggende friheter. Metoden for konvensjonsorganet vil først være å vurdere om handlingen eller tiltaket utgjorde et inngrep i rettigheten – dvs. om handlingen eller tiltaket negativt påvirker f.eks. familielivet, ytringsfriheten eller organisasjonsfriheten. Dernest, for det tilfellet at det foreligger et inngrep, oppstår det spørsmål om inngrepet kan rettferdiggjøres. For at det skal kunne rettferdiggjøres, må en rekke vilkår være oppfylt. Vilkårene varierer med rettighetsbestemmelsene, men det typiske er at inngrepet må være foreskrevet ved lov, tjene et legitimt formål og anses nødvendig i et demokratisk samfunn. Det siste vilkåret byr på en proporsjonalitetsvurdering der konvensjonsorganet må veie hensynene til individet mot de hensyn staten søker å ivareta gjennom tiltaket.

Dette er altså den klassiske tilnæringsmåte der det påberopes at staten har brutt en (negativ) forpliktelse til å avstå fra krenkelser av frihetene. Også ØSK inneholder rettigheter som er bygd opp på en tilsvarende måte, og som kan åpne for klagesaker med en tilsvarende tilnærming. Det gjelder særlig art. 8(1) bokstav a om retten til å danne eller slutte seg til en fagforening, art. 13(3) om foreldres frihet til å velge andre skoler for sine barn enn de offentlige og art. 15(3) om den frihet som er uunnværlig for vitenskaplig forskning og skapende virksomhet. Det er de tre bestemmelsene der konvensjonen ikke bare krever *anerkjennelse* av rettigheten, men at de *respekteres*.

#### 8.3.2. Saker om inngrep i art. 8(1) bokstav a

Etter art. 8(1) bokstav a forplikter medlemsstatene seg til å sikre "[r]ett for enhver til, for å fremme og beskytte sine interesser på det økonomiske og sosiale område, å danne fagforeninger og slutte seg til en fagforening etter eget valg bare avhengig av vedkommende forenings vedtekter". Bestemmelsen statuerer derved en konkret og individuell rettighet, langt på vei formulert på samme måte som de grunnleggende friheter i SP og EMK. Art 8 (1) bokstav a inneholder også en

---

<sup>83</sup> Hvilket unektelig ikke er et betydningsløst forbehold. Både i EMD og Menneskerettskomiteen gjelder en stor andel av sakene hhv. EMK art. 6 og SP art. 14 om rettferdig rettergang.

unntaksklausul av samme type som man finner for mange av frihetene i SP og EMK. Det heter i den at:

”Utøvelsen av denne rett må ikke underkastes andre innskrenkninger enn dem som følger av lov, og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller den alminnelige samfunnsorden eller for å verne andres rettigheter og friheter”.

Det er vanskelig å se at den skepsis som er formulert mot en individuell klageordning for ØSK (se avsnitt 4.2) rammer disse rettighetene i særlig grad. Et annet spørsmål er imidlertid hvilken verdi det har at det etableres enda en internasjonal klageordning for å vurdere fagforeningsfrihet. Ved siden av de muligheter som finnes i ILO-systemet, inneholder SP art 22 en nær sagt identisk rettighet som kan påberopes for Menneskerettskomiteen. Det reiser flere spørsmål. Ett er om det er hensiktsmessig at to søsterkomiteer i FN-systemet har kompetanse til å behandle klager etter identiske rettigheter, med den risiko det innebærer for avvikende praksis og påfølgende forum shopping. Et annet spørsmål foranlediges av fraværet av rettskraftsregel og tidsfrister i klageordningen til Menneskerettskomiteen. Det åpner for at en klager først bringer en sak inn for ØSK-komiteen, og deretter for Menneskerettskomiteen. Hensiktsmessigheten ved en slik ordning er ikke slående.

### 8.3.3. *Saker om inngrep i art. 13(3)*

Bestemmelsen i art. 13(3) inneholder en forpliktelse for statene til å *respektere* foreldres rett til å plassere sine barn i andre skoler enn de offentlige:

”Konvensjonspartene forplikter seg til å respektere foreldres og, når det er aktuelt, vergers frihet til å velge andre skoler for sine barn enn dem som er opprettet av offentlige myndigheter, forutsatt at skolene oppfyller eventuelle minstekrav til undervisningen fastsatt eller godkjent av staten, og til å sikre sine barn en religiøs og moralsk undervisning i samsvar med deres egen overbevisning.”

Bestemmelsen må ses i forbindelse med fjerde ledd som forutsetter en rett for enkeltpersoner og organisasjoner til å opprette og drive undervisningsinstitusjoner, forutsatt at institusjonen er i overensstemmelse med de minstekrav som det vises til i tredje ledd samt prinsippene fastsatt i første ledd. Art. 13(3) har, slik jeg ser det, et innhold og en utforming som gjør det vanskelig å se forskjeller i egnethet for individklager fra det som gjelder sivile og politiske rettigheter. I motsetning til art. 8(1) bokstav a inneholder imidlertid ikke bestemmelsen en egen unntaksbestemmelse, men dette er neppe av vesentlig betydning ettersom den uansett vil være underkastet den alminnelige unntaksbestemmelsen i art. 4:

”Konvensjonspartene erkjenner at en stat bare kan underkaste de rettigheter som staten har gjennomført i samsvar med denne konvensjon, slike begrensninger som følger av lov, og bare i den utstrekning dette er forenlig med rettighetenes natur og utelukkende med det formål å fremme den allmenne velferd i et demokratisk samfunn.”

For etableringen av en individklageordning er forpliktelsen i art. 13(3) prinsipielt interessant ettersom retten til å benytte privatskoler ikke er beskyttet i andre menneskerettskonvensjoner med individuelle klageordninger. Etableringen av en klagerett for ØSK innebærer derfor på dette punkt en nyvinning.

Om individklageordningen på dette punkt vil bli særlig praktisk for Norge, fremstår i dagens situasjon likevel som tvilsomt. Norsk privatskolelovgivning er utviklet med art. 13(3) for øye, og det vises i privatskolelovens formålsbestemmelse i § 1-1 til menneskerettsloven:

”Formålet med denne lova er å medverke til at det kan opprettast og drivast frittstående skolar, mellom anna skolar oppretta av religiøse og/eller etiske grunnar og skolar oppretta som eit fagleg-pedagogisk alternativ, slik at foreldre og elevar kan velje andre skolar enn dei offentlege, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett § 2 nr. 2.”

Det vises i forarbeidene nettopp til ØSK art. 13(3), og det fremkommer at lovens ordning er modellert bl.a. for å ivareta kravene i ØSK:

”Retten til å etablere skolar utanom det offentlege skoleverket er etter departementet sitt syn ein grunnleggjande demokratisk rett. Departementet viser til FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettar, artikkel 13 § 3, der retten til å velje opplæring for barn er nedfelt som ein del av foreldreretten. Artikkel 13 gir ein allmenn rett til alle foreldre til å velje skole for barna sine i samsvar med foreldra sine moralske eller religiøse overtvingning.

Departementet foreslår på denne bakgrunnen at den nye friskolelova skal opne for godkjenning av alle grunnskolar som oppfyller fastsette krav til innhald og kvalitet. Lovforslaget gir føresegner som er enklare å praktisere og opnar for større mangfald.”<sup>84</sup>

Med dagens lovgivning skulle problemer med ØSK derfor bare kunne oppstå dersom de krav til institusjonene som stilles etter norsk lovgivning er strengere enn de krav ØSK åpner for. ØSK må som andre menneskerettskonvensjoner tolkes autonomt, og en kan derfor ikke utelukke at ØSK-komiteen vil anse seg kompetent til å evaluere om de nasjonale krav (og etterlevelsen av dem) ligger innenfor ØSKs rammer. Hvordan ØSK-komiteen vil utlegge bestemmelsen, er det imidlertid vanskelig å mene noe om. Problemstillingen er så vidt berørt i General Comment No. 13 om retten til utdanning, men redegjørelsen holdes i helt generelle former. Alt som sies er:

---

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.33 (2002-2003), *Om lov om frittstående skolar (friskolelova)*, s- 7-8

“These minimum standards may relate to issues such as admission, curricula and the recognition of certificates. In their turn, these standards must be consistent with the educational objectives set out in article 13 (1).”

#### *8.3.4. Saker om inngrep i art. 15(3)*

Som art. 13(3) inneholder ØSK art. 15(3) inneholder rettigheter som ikke er beskyttet i andre konvensjoner. Også her representerer derfor individklageordningen etter ØSK en nyvinning. Art. 15(3) pålegger medlemsstatene å respektere ”den frihet som er uunnværlig for vitenskapelig forskning og skapende virksomhet”. Også denne er formulert og bygd opp på en måte som gjør at det – for så vidt gjelder egnethet for håndhevelse i enkeltsaker – er prinsipielt vanskelig å se forskjeller fra de friheter som håndheves av EMD og Menneskerettskomiteen. Som art. 13(3) mangler bestemmelsen riktignok en egen unntaksbestemmelse, men vil måtte leses sammen med art. 4.

Selv om bestemmelsens ordlyd og oppbygning tilsier at den bør være egnet for individklager, er det en kjensgjerning at rekkevidden av bestemmelsen er høyst uklar. Det er få holdepunkter i konvensjonsorganenes praksis om forståelsen. Jeg minner likevel om det som er sagt i avsnitt 4.3 om manglende klarhet som argument mot at man etablerer en ordning der et av poengene nettopp er å utfylle bestemmelsene slik at de får et klarere innhold.

Etter ordlyden kan bestemmelsen få stor betydning. Det er mange statlige tiltak som kan ha innvirkning på akademisk frihet eller friheten til skapende virksomhet. Man kunne f.eks. tenke seg bestemmelsen påberopt i saker om arbeidsrettslige beføyelser mot akademisk ansatte (som Nedkvitne-saken, der bestemmelsen ikke ble påberopt). Det er grunn til å tro at bestemmelsen kan overlappe yringsfriheten og meningsfriheten i SP art. 19, men det er som sagt vanskelig i dag å anslå noe om rekkevidden. Dersom ØSK-komiteen forholder seg til bestemmelsen med samme metode som EMD og Menneskerettskomiteen benytter i saker om yringsfrihet og andre grunnleggende friheter, vil bestemmelsen kunne påberopes i mange sammenhenger av en kreativ jurist.

#### *8.3.5. Kan samme tilnærming gjøres for andre rettigheter i ØSK?*

Også for en del av rettighetene som statene etter ØSK plikter å anerkjenne (men ikke sikre) kan man tenke seg at komiteen kan benytte samme tilnærming som EMD og Menneskerettskomiteen i saker om inngrep i de sentrale friheter. Det gjelder iallfall retten til arbeid etter art. 6, retten til gode arbeidsvilkår etter art. 7 og retten til å delta i det kulturelle liv etter art. 15(1) bokstav a. Prinsipielt er det ikke vanskelig å tenke seg disse som friheter, og at de kan påberopes overfor ethvert tiltak som negativt berører muligheten til å leve ut friheten. Som inngrep i art. 6 eller 7 kan man for det første

tenke seg enhver offentligrettslig regulering der det stilles bestemte vilkår for å ta et arbeid. For det annet kan man tenke seg arbeidsrettslige beføyelser mot offentlig ansatte arbeidstakere (enkeltindivider), og for det tredje beslutninger om å legge ned eller flytte offentlige virksomheter eller etater. For det fjerde, og i ytterste konsekvens, kan man anse enhver politisk beslutning av betydning for det generelle arbeidsmarkedet som et inngrep i retten til arbeid. Dette er bare noen eksempler.

Mulige inngrep i retten til å delta i det kulturelle liv er enda bredere spekter. Konvensjonens kulturbegrep, slik det hittil er utlagt av ØSK-komiteen, er vidt:

“In the Committee’s view, culture is a broad, inclusive concept encompassing all manifestations of human existence. ...

The Committee considers that culture, for the purpose of implementing article 15 (1) (a), encompasses, inter alia, ways of life, language, oral and written literature, music and song, non-verbal communication, religion or belief systems, rites and ceremonies, sport and games, methods of production or technology, natural and man-made environments, food, clothing and shelter and the arts, customs and traditions through which individuals, groups of individuals and communities express their humanity and the meaning they give to their existence, and build their world view representing their encounter with the external forces affecting their lives.”<sup>85</sup>

Enhver offentligrettslig regulering som kan gripe inn i friheten til deltakelse i nevnte områder, kan altså i utgangspunktet utgjøre et inngrep i art. 15(1) bokstav a.

Dersom ØSK-komiteen skulle anse disse rettighetene som grunnleggende friheter og benytte den klassiske tilnæringsmåten, er ringvirkningene i så fall betydelige – og svært uoversiktlige. Så fort en klager kan vise til at ens rett til arbeid eller kulturdeltakelse er påvirket i negativ retning som følge av det tiltak som angripes, vil det avgjørende være om komiteen finner at tiltaket er begrunnet i legitime formål og om det er et forholdsmessig inngrep (“nødvendig i et demokratisk samfunn”). Per i dag er det ikke grunnlag for å anta at ØSK-komiteen vil anta en slik tilnæringsmåte. I komiteens redegjørelser for rettighetene i de generelle kommentarene er rettighetene ikke tillagt så omfattende innhold. Det uttales riktignok generelt i kommentarene om art. 6 og art. 15(1) bokstav a at forpliktelsene til å *respektere* rettighetene “requires States parties to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of that right”<sup>86</sup>, men i de (noe) mer utførlige

---

<sup>85</sup> General comment No. 21, *Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, vedtatt 21.12.2009, avsnitt 11 og 13

<sup>86</sup> General Comment No. 18, *Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, vedtatt 24.11.2005, avsnitt 22 og General comment No. 21, *Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, vedtatt 21.12.2009, avsnitt 48

gjennomgangene i de påfølgende avsnitt vises det til mer spesifikke plikter til å forby bestemte tiltak (som tvangsarbeid), samt å beskytte mot diskriminering.

#### **8.4. Særlig om diskrimineringsaker**

ØSK inneholder en rekke bestemmelser som skal verne mot diskriminering. For det første er medlemsstatene etter art. 2(2) generelt forpliktet "til å garantere at de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen, blir utøvet uten forskjellsbehandling av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig". Dette er, som tidligere nevnt, en bestemmelse som skal sikre at konvensjonsvernet ikke gjøres avhengig av noen av de diskrimineringsgrunner som er nevnt. Omfanget av sosiale ytelser f.eks. skal ikke være avhengig av rase, hudfarge, kjønn e.l. For det annet oppstilles det i art. 3 en plikt for medlemsstatene "til å sikre menn og kvinner lik rett til å nyte" alle konvensjonens rettigheter. For det tredje oppstilles det to spesifikke diskrimineringsforbud i hhv. art. 7 og art. 10:

- Etter art. 7(1) bokstav a nr. i "skal kvinnen sikres arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn mannens, med lik lønn for likt arbeid".
- Etter art. 10 nr. 3 skal bør det treffes særskilte tiltak til vern og bistand for alle barn og all ungdom "uten forskjellsbehandling på grunn av herkomst eller andre forhold".

Diskrimineringsbestemmelsene innebærer forpliktelser både til å respektere, beskytte og oppfylle: Statene skal *respektere* ved ikke selv å diskriminere, *beskytte* ved å tilby mekanismer som åpner for prøving og reparasjon av diskriminering mellom private og *oppfylle* ved bl.a. å etablere lovgivning som forbyr diskriminering. Det sentrale i denne forbindelse er imidlertid ikke pliktens karakter, men at plikten til ikke å diskriminere er blant de enklere å gjøre til gjenstand for individuell klagebehandling. Spørsmålet om en klager er forskjellsbehandlet på grunn av kjønn, rase, seksualitet e.l. byr på enkelt håndterlige bevis- og vurderingstemaer for dømmende myndigheter, og er derfor godt egnet til å bli underlagt slike håndhevingsmekanismer. ØSK-komiteen har ved flere anledninger fremholdt plikten til ikke å diskriminere som et helt sentralt element i de forskjellige rettighetene, og trakk den allerede i 1990 frem som en av de rettighetene som var egnet til domstolsbehandling:

"Among the measures which might be considered appropriate, in addition to legislation, is the provision of judicial remedies with respect to rights which may, in accordance with the national legal system, be considered justiciable. The Committee notes, for example, that the enjoyment of the rights recognized, without discrimination, will often be appropriately promoted, in part, through the provision of judicial or other effective remedies."<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> General Comment No. 3, *The nature of States parties obligations*, vedtatt 19.12.1990

Når individklageordningen trer i kraft, er det derfor neppe tvilsomt at komiteen vil behandle klager om påstått diskriminering. Slike klager kan gjelde alle de materielle rettighetene i konvensjonen, og som nevnt vil det antakelig også kunne påberopes selvstendige krenkelser av art. 3.

Det er etter min oppfatning likevel et spørsmål hvilken verdi det har å åpne for en individklageordning for ØSK hvis diskrimineringsaker skulle være den dominerende sakstypen. Det er vanskelig å identifisere diskrimineringsaker etter ØSK som ikke allerede kan fremmes i en av de andre individklageordningene, og særlig til Menneskerettskomiteen ettersom SP art. 26 inneholder et helt generelt diskrimineringsforbud:

”Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling for øvrig.”

Bestemmelsen stiller ikke bare krav til likhet *for* loven, altså at loven skal praktiseres uten forskjellsbehandling av de opplistede grunner, men også til likebehandling *i* loven. Dette betyr at dersom en medlemsstat utformer eller praktiserer sitt lovverk slik at retten til f.eks. arbeid, sosialtrygd, bolig eller deltakelse i kulturlivet er forskjellig på grunn av kjønn, rase, hudfarge eller annet, vil det ikke bare utgjøre en krenkelse vedkommende bestemmelse i ØSK, men også av SP art. 26. Derved vil saken kunne bringes inn for Menneskerettskomiteen på nøyaktig samme grunnlag som den kan bringes inn for ØSK-komiteen (under den selvsagte forutsetningen av staten har tilsluttet seg begge systemer). Det er grunn til å påpeke at mange av sakene om art. 26 som Menneskerettskomiteen har hatt til behandling, har omhandlet trygdeytelser. I en av de første sakene anførte Nederland at SP art. 26 måtte forstås med det forbehold at den ikke kunne få anvendelse på forskjellsbehandling av rettigheter som var beskyttet av ØSK. Dette vant imidlertid ikke staten frem med:

“The State party contends that there is a considerable overlapping of the provisions of article 26 with the provisions of article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The Committee is of the view that the International Covenant on Civil and Political Rights would still apply even if a particular subject-matter is referred to or covered in other international instruments, for example the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, or, as in the present case, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Notwithstanding the interrelated drafting history of the two Covenants, it remains necessary for the Committee to apply fully the terms of the International Covenant on Civil and Political Rights. The Committee observes in this connection that the provisions of article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights do not detract from the full application of article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

The Committee has also examined the contention of the State party that article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights cannot be invoked in respect of a right which is specifically provided for under article 9 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (social security, including social insurance). In so doing, the Committee has perused the relevant travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights, namely the summary records of the discussions that took place in the Commission on Human Rights in 1948, 1949, 1950 and 1952 and in the Third Committee of the General Assembly in 1961, which provide a "supplementary means of interpretation" (art. 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). The discussions, at the time of the drafting, concerning the question whether the scope of article 26 extended to rights not otherwise guaranteed by the Covenant, were inconclusive and cannot alter the conclusion arrived at by the ordinary means of interpretation referred to in paragraph 12.3 below."<sup>88</sup>

Menneskerettskomiteens praksis medfører altså liten tvil om at alle eller iallfall de fleste diskrimineringsaker etter ØSK også kunne vært brakt inn for Menneskerettskomiteen. Dette er heller ikke de eneste klageordningene som vil overlappe hverandre i diskrimineringsaker. Der den påberopte diskrimineringsgrunnen er at man er kvinne, vil saken også kunne bringes inn for Kvinnediskrimineringskomiteen. Rettskrafts- og litispensensreglene er imidlertid slik at en sak ikke vil kunne bringes inn både for ØSK-komiteen og for Kvinnediskrimineringskomiteen. Man må altså velge mellom en av disse, mens man iallfall formelt kan bringe samme sak inn for Menneskerettskomiteen senere.

Dersom den anførte diskrimineringsgrunnen derimot er rase, vil saken – etter omstendighetene – kunne bringes inn for Rasediskrimineringskomiteen i tillegg til Menneskerettskomiteen og ØSK-komiteen. Ettersom det verken gjelder litispensens- eller rettskraftsregler for klager til Rasediskrimineringskomiteen, vil en sak kunne fremmes til ØSK-komiteen først, dernest til Rasediskrimineringskomiteen for samtidig behandling der, og så til slutt til Menneskerettskomiteen etter ferdigbehandling i de to øvrige komiteene.

## **8.5. Plikten til å oppfylle – klagesaker om utpreget positive rettigheter**

### **8.5.1. Problemstillinger**

Enkelte av de positive forpliktelsene i ØSK er så konkrete at klagesaksbehandlingen ikke vil by på spesielle utfordringer. Det gjelder særlig art. 13(2) bokstav a som sier at "[g]runnskoleundervisningen skal være tvungen og kostnadsfritt tilgjengelig for alle". En klage om krenkelse av den forpliktelsen vil ikke medføre vanskeligheter i valg av tilnæringsmåte eller vurderingstemaer.

---

<sup>88</sup> Sak 182/1984, *Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, avsnitt 12.1 og 12.2

Vanskeligere vil det derimot være der klageren påberoper krenkelse av de grunnleggende rettighetene i art. 6 om retten til arbeid, art. 9 om sosialtrygd, art. 11 om en tilfredsstillende levestandard for seg selv og sin familie, herunder tilfredsstillende mat, klær og bolig, samt til stadig bedring av sine leveforhold, eller art. 12. om retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk. Det etter min oppfatning viktigste og vanskeligste spørsmålet i forståelsen av hele protokollen og hvordan den vil virke, gjelder tilnærmingen og vurderingen av klager om brudd på de på disse forpliktelsene.

Disse ØSK-rettighetene er av helt grunnleggende karakter og skal ivareta basale behov hos alle borgere, og de er i utgangspunktet helt generelt formulert. De kjennetegnes ved at muligheten for oppfyllelse avhenger av statenes ressursituasjon, og at de kan etterleves gjennom en rekke forskjellige tiltak og virkemidler. I det siste ligger også et annet vesentlig kjennetegn, nemlig at det kan være stor grad av politisk uenighet om hvilke virkemidler som skal benyttes, og ikke minst hvilke rettigheter som skal gis prioritet i en begrenset ressursituasjon. I et velfungerende demokrati vil spørsmål om hvordan man skal tilrettelegge for arbeidsplasser, boliger og matproduksjon, hvordan helsevesenet best skal bygges opp og organiseres, hvilket omfang trygd og sosiale ytelser skal ha osv., være blant de meste sentrale politiske spørsmål – og gjerne dem som begrunner borgernes valg av de til enhver tid sittende styresmakter. Disse rettighetene ligger videre i kjernen for statenes plikt etter art. 2 til "å sette alt inn på at de ... gradvis blir gjennomført fullt ut med alle egnede midler".

Disse utgangspunkter kan medføre flere spørsmål og usikkerhetspunkter når det fremmes klagesaker med påstand om krenkelse av retten til f.eks. arbeid, bolig eller en tilfredsstillende levestandard. Foranledningen til klagen kan gjerne være konkret, f.eks. et forvaltningsvedtak med avslag på søknad om en trygdeytelse eller offentlig subsidiert bolig, men kravet kan også være generelt og begrunnet kun i det enkle faktum at man ikke har arbeid, bolig, mat e.l.

Etter min oppfatning er det særlig tre spørsmål det må tas stilling for å gjøre seg opp en oppfatning av hvordan klageadgangen vil virke i slike saker, og derved hvilken betydning den vil ha. To av dem ble viet mye oppmerksomhet under utviklingen av protokollen, nemlig i) hva som vil være vurderingstemaet for komiteen, dvs. hva som vil være normen for om statenes forpliktelser, og ii) hvilken prøvingsintensitet komiteen vil legge an. For disse spørsmål står bestemmelsen i protokollen art. 8(4) helt sentralt (se avsnitt 6.5). Art. 8(4) fremstår i det hele tatt som en helt vesentlig bestemmelse i protokollen, og forståelsen og praktiseringen av den vil være en nøkkel til hvordan individklageordningen vil fungere.

Et tredje vesentlig spørsmål er hva som skal være det faktiske grunnlaget for komiteens avgjørelser, dvs. hvilket materiale skal komiteen basere seg på. Dette er et spørsmål som ble viet betydelig

mindre oppmerksomhet i diskusjonene som ledet frem til protokollen og også senere. Det er etter min oppfatning like fullt et spørsmål av vesentlig betydning for forståelsen av hvordan denne klageordningen skal fungere i praksis – og for vurderingen av hensiktsmessigheten av den. Disse spørsmål skal gjennomgås i det følgende.

### 8.5.2. *Vurderingstemaet og momenter i vurderingen*

Allerede i sin General Comment No. 3<sup>89</sup> om forpliktelsesens karakter, uttalte ØSK-komiteen at det i kjernen av alle rettigheter ligger en minimumsstandard som statene må etterleve:

“On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party.”

I komiteens syn ligger også at denne minimumsstandard kan håndheves rettslig (at den er *justiciable*). Et mulig utgangspunkt kunne derfor vært at det er denne minimumsstandard komiteen skal håndheve i klagesaker. Dette var også synspunkter flere av statene var inne på i de tidlige diskusjonene i arbeidsgruppen. Den endelig vedtatte protokollen viser imidlertid ikke til rettighetenes kjerne eller et minimumsnivå, men sier i art. 8(4) at komiteen “shall consider the reasonableness of the steps taken by the State Party in accordance with part II of the Covenant”.

Komiteen skal altså vurdere *rimeligheten* av de tiltak staten har gjennomført iht. del II av ØSK. Del II inneholder de generelle bestemmelsene i art. 2-5, og det helt sentrale vil være plikten i art. 2 til “å sette alt inn på at” rettighetene “gradvis blir gjennomført fullt ut med alle egnede midler, og da særlig ved lovgivningstiltak”. Protokollen spør altså ikke etter minimumsstandarder, men byr på en rimelighetsvurdering. Etter ordlyden er det imidlertid ikke rimeligheten på beskyttelsesnivået som skal vurderes, men de *tiltak* som er gjennomført. Etter ordlyden skal det altså avgjøres om de tiltak staten har gjennomført, er rimelige.

En iøynefallende følge av at det er tiltakene og ikke nivået som er avgjørende, er at målestokken ikke vil være en autonom standard (et nivå) gjeldende for alle stater, men *denne* statens muligheter. Etter ordlyden er det avgjørende hvordan denne staten – i lys av dens tilgjengelige ressurser – har forsøkt å oppfylle forpliktelsene. Dette valget av individuell tilnærming har potensielt stor betydning for Norge og andre ressurssterke stater. Dersom målestokken var et globalt minimumsnivå, er det i

---

<sup>89</sup> General Comment No. 3, *The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1)*, vedtatt 14.12.1990

dagens situasjon vanskelig å tenke seg velbegrunnede klagesaker om brudd på positive forpliktelser fra Norges side. Dersom målestokken derimot er Norges ressurser, kan dette stille seg annerledes.

Rimelighetstesten byr på en rekke spørsmål. Det første gjelder anvendelsesområdet. Slik art. 8(4) er formulert, skal enhver sak vurderes ut fra rimeligheten av vedkommende stats tiltak etter del II. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at det har vært meningen. I saker som gjelder diskriminering eller brudd på negative forpliktelser, vil det gi liten mening å ta utgangspunkt i statens samlede tiltak for å oppfylle rettigheten. Som nevnt var man i arbeidsgruppen opptatt av de forskjellige typene av forpliktelser statene er underlagt (respektere, sikre, oppfylle), og flere stater foreslo at klageadgangen burde forbeholdes brudd på pliktene til å respektere og sikre. Jeg forstår det slik at behovet for retningslinjer for prøving oppsto som følge av at det ikke ble gjort en slik begrensning, dvs. fordi klageretten også skulle omfatte saker om generelle, positive plikter. Dette synes også å ha vært forutsetningen til De Albuquerque da hun først foreslo en slik rimelighetsvurdering, se hennes Explanatory Memorandum (også sitert i avsnitt 6.5.2):

”In paragraph 4, I have reflected a suggestion made by a number of delegates that an optional protocol should underline the need for the Committee to apply a standard of reasonableness in assessing questions concerning *national policymaking and resource allocations*.”

Det vanskeligste spørsmålet gjelder likevel rimelighetsvurderingens innhold. Som De Albuquerque viser til i forlengelsen av sitatet ovenfor, poengterte mange stater at det ville være vanskelig å definere ”specific criteria to assess the reasonableness of policies and resource allocations”. På bakgrunn av statenes ønske om større klarhet i hva en ev. rimelighetsvurdering skulle bestå i, avga ØSK-komiteen høsten 2007 en uttalelse om hvordan den *kunne* komme til vurdere medlemsstaters forpliktelser under art. 2 (*how it might consider...*)<sup>90</sup>. Uttalelsen er knapp (i underkant av fire sider) og inneholder i stor grad gjentakelser av det komiteen sa i General Comment No. 3 om forpliktelsesens karakter. Den inneholder imidlertid også en liste over momenter komiteen kan komme til å (*may*) legge vekt på:

“(a) The extent to which the measures taken were deliberate, concrete and targeted towards the fulfilment of economic, social and cultural rights;

(b) Whether the State party exercised its discretion in a non-discriminatory and non-arbitrary manner;

(c) Whether the State party’s decision (not) to allocate available resources was in accordance with international human rights standards;

---

<sup>90</sup> E/C.12/2007/1, *An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the “Maximum of Available Resources” under an Optional Protocol to the Covenant*, avgitt 21.9.2007

(d) Where several policy options are available, whether the State party adopted the option that least restricts Covenant rights;

(e) The time frame in which the steps were taken;

(f) Whether the steps had taken into account the precarious situation of disadvantaged and marginalized individuals or groups and, whether they were non-discriminatory, and whether they prioritized grave situations or situations of risk.”

Oppregningen gir etter min oppfatning ikke omfattende veiledning, men viser iallfall at det avgjørende ikke bare er tiltakenes innhold, men også deres begrunnelse og formål, samt tidspunktet for tiltaket. Jeg nevner at jeg har problemer med å forstå bokstav c i oppregningen, altså om beslutningen om ikke å allokere ressurser er i overensstemmelse med menneskerettighetsstandarder. Jeg forstår dette som den overordnede problemstillingen, og ikke et moment i vurderingen.

Komiteen lister også opp momenter som vil ha betydning for vurderingen av om ressursmangel vil være en frifinnelsesgrunn:

“(a) The country’s level of development;

(b) The severity of the alleged breach, in particular whether the situation concerned the enjoyment of the minimum core content of the Covenant;

(c) The country’s current economic situation, in particular whether the country was undergoing a period of economic recession;

(d) The existence of other serious claims on the State party’s limited resources; for example, resulting from a recent natural disaster or from recent internal or international armed conflict.

(e) Whether the State party had sought to identify low-cost options; and

(f) Whether the State party had sought cooperation and assistance or rejected offers of resources from the international community for the purposes of implementing the provisions of the Covenant without sufficient reason.”

Heller ikke dette gir etter min oppfatning utførlig veiledning, men det understreker iallfall at statens generelle utviklingsnivå, samt bakgrunnen for ev. ressursmangel, vil være av betydning. Gitt Norges økonomiske situasjon i overskuelig fremtid, er det neppe grunn til å fokusere på dette spørsmålet i vurderingen av om Norge bør tilslutte seg protokollen. Det fremstår som nokså klart at ressursmangel ikke bør utgjøre ryggraden i et ev. forsvar fra Norge mot klager på krenkelser av de grunnleggende forpliktelser av positiv karakter.

### 8.5.3. *Prøvingsintensitet – i hvilken grad har statene en skjønnsmargin*

Som vist i avsnitt 6.5 var statenes skjønnsmargin et sentralt tema i arbeidet med å utarbeide protokollen. Art. 8(4) ble til slutt vedtatt uten eksplisitt henvisning til statenes skjønnsmargin. I stedet inntok man en setning om at komiteen i vurderingen av tiltakene "shall bear in mind that the State Party may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the Covenant". Et første spørsmål er om det egentlig er noen forskjell på denne passussen og en henvisning til at statene har en skjønnsmargin.

Spørsmålet om prøvingsintensitet er et spørsmål om hvor langt statene skal gå i å erstatte medlemsstatenes avveininger med sine egne. Fordi etterlevelsen av ØSK-rettighetene i så stor grad byr på valg av politiske strategier og virkemidler, ønsket mange av statene en eksplisitt bestemmelse om at statene skal ha en bred skjønnsmargin. I dette ville i så fall ligge at komiteen måtte utvise betydelig tilbakeholdenhet i å overprøve statenes avveininger og prioriteringer. Spørsmålet blir derfor om tilsvarende tilbakeholdenhet er reflektert i annen setning i art. 8(4). Tatt på ordet sier setningen ikke annet enn at statene "shall bear in mind" (hvilket vel best oversettes til "ha i bakhodet" eller "ha in mente") at en lang rekke tiltak kan benyttes for å gjennomføre rettighetene. Språklig kan dette forstås som bare en påminnelse om at en lang rekke tiltak kan være relevante. Jeg tror imidlertid det er en for snever tolkning. Tar man bakgrunnen – de mange statenes bekymring for komiteens prøvingsintensitet – i betraktning, bør annen setning forstås som en påminnelse om at det ikke finnes én løsning på hvordan forpliktelsene skal etterleves, og som en retningslinje om at statens valg bør nyte en viss respekt. Selv om henvisninger til en skjønnsmargin ble foreslått og forkastet, synes jeg ikke det er spesielt spennig å forstå også kompromisset slik at det sender signaler til komiteen om å utøve tilbakeholdenhet i prøvingen.

En slik forståelse vil også være i tråd med uttalelser fra komitémedlemmet Riedel i arbeidsgruppen (se sitater i avsnitt 6.5.1) og fra den samlede komiteen i uttalelsen avgitt i september 2007<sup>91</sup>. I forlengelsen av de sitatene som er gjengitt i avsnitt 8.5.2, uttalte komiteen:

*"At all times the Committee bears in mind its own role as an international treaty body and the role of the State in formulating or adopting, funding and implementing laws and policies concerning economic, social and cultural rights. To this end, and in accordance with the practice of judicial and other quasi-judicial human rights treaty bodies, the Committee always respects the margin of appreciation of States to take steps and adopt measures most suited to their specific circumstances"* (kursivert her).

Bestemmelsen i art. 8(4) er også av andre oppfattet slik at den i realiteten oppstiller retningslinjer om en skjønnsmargin. Protokollen til ØSK er beskrevet i en rapport fra rapportøren om sosiale

---

<sup>91</sup> E/C.12/2007/1, *An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources" under an Optional Protocol to the Covenant*, avgitt 21.9.2007

rettigheter<sup>92</sup> til styringskomiteen for menneskerettigheter i Europarådet<sup>93</sup>, og rapportøren synes å oppfatte art. 8(4) slik at den viser til en skjønnsmargin for statene:

“It is important to note that no other UN communications procedure contains such a provision. It was included in the Optional Protocol to the Covenant in order to reassure states which feared that their margin of appreciation for possibly “complex” or “expensive” implementation of rights might not be respected by the Committee.

In this connection, it should nevertheless be pointed out that it is already the Committee’s practice, when considering states’ reports on the Covenant, to allow states considerable leeway in choosing their policies and justifying failure to implement a specific right on objective and reasonable grounds”<sup>94</sup>.

Per i dag er det altså både gode grunner og visse rettskildemessige holdepunkter for å hevde at medlemsstatene må innrømmes en skjønnsmargin i valget av virkemidler og spørsmål om ressursallokering. Gode grunner taler for at det samme bør gjelde i spørsmål om prioritering mellom forskjellige rettigheter, men det er antakelig – ut fra erfaringer fra andre konvensjonsorganer – mindre grunn til å vente gehør hos ØSK-komiteen for synspunkter om at høy grad av oppfyllelse av enkelte rettigheter kan oppveie lavere oppfyllelse av andre.

Det er likevel grunn til å peke på at ikke alle oppfatter art. 8(4) slik at den i realiteten gir anvisning på tilbakeholdenhet i prøvingen. Bruce Porter har inntatt det standpunkt at art. 8(4) medfører at komiteen ikke selv skal velge mellom alternative tiltak som er egnet til å oppfylle konvensjonen, men at bestemmelsen ikke inneholder en skjønnsmargin og at det ikke er noe som tilsier at man kan unnlate prøving ut fra betraktninger om at staten er i bedre posisjon til å utforme politikk eller allokere ressurser:

“Those States seeking an assurance that the Committee would not overstep its competence or authority by itself choosing among alternative means of achieving compliance received that assurance in the amended text. However, those advocating the unprecedented incorporation of a reference to margin of discretion in relation to a particular category of ESC rights claims – hoping to direct the Committee to compromise on the right to effective remedies in situations where the State’s resource allocation or socio-economic policy decisions are at issue, did not receive support. There is no suggestion in the adopted wording of Article 8(4) that a reasonableness standard *authorises or permits any denial of adjudication or remedy to any class of rights claimant or category of claim for the reason that the State is better placed to make policy choices or to allocate resources*”<sup>95</sup> (kursivert her).

Dersom komiteen skulle dele dette syn, er virkningene av tilslutning til protokollen potensielt dramatiske. Tatt på ordet synes Porter å mene at komiteen er like egnet som medlemsstatene til å

---

<sup>92</sup> Chantal Gallant, The CDDH Rapporteur on Social Rights

<sup>93</sup> Steering Committee for Human Rights (CDDH)

<sup>94</sup> Chantal Gallant, *Recent developments in the field of social rights*, 2nd Edition, November 2008

<sup>95</sup> Bruce Porter, *The Reasonableness Of Article 8(4) – Adjudicating Claims From The Margin*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2009 s. 40, på s. 50.

velge politikk og allokere ressurser, og at komiteen om nødvendig også bør gjøre dette i behandlingen av individklager. Jeg nøyer meg med å konstatere at synspunktet ligger langt fra det komiteen selv har gitt uttrykk for.

Det er likevel grunn til å minne om at statenes skjønnsmargin avgjøres av ØSK-komiteen. Som påpekt i avsnitt 6.5.2 vil konvensjonsorganene selv fastslå sin prøvingsintensitet gjennom anvendelse av art. 8(4). Som jeg skal komme tilbake til i avsnitt 9.2 bør man i vurderingen av tilslutning anlegge et langt tidsperspektiv. At komiteen i 2007 – i en uttalelse om hvordan den ”might” forholde seg – gir uttrykk for at statene vil innrømmes en skjønnsmargin, gir ingen garantier for hvordan praksis vil utvikle seg gjennom de kommende tiårene. Dersom komiteen skulle bli sammensatt av 18 meningsfeller av Porter, er det grunn til å forvente en aktivitet fra komiteens side som ikke vil harmonere med de forsikringer den så langt har gitt.

#### *8.5.4. Faktisk grunnlag for komiteens avgjørelser*

Ved prøving av klagesaker for de andre konvensjonsorganene – ikke minst EMD – er det et ideal at konvensjonsorganet i så liten grad som mulig skal foreta bevisvurderinger. Faktum skal primært fastlegges av de nasjonale domstoler, og konvensjonsorganet skal ideelt sett bare avgjøre om det etablerte faktum avslører brudd på menneskerettighetene. Dette uttrykkes gjerne slik at konvensjonsorganet ikke skal være en fjerdeinstans. Bakgrunnen er dels hensynet til konvensjonsorganenes arbeidsmengde, og dels konvensjonsorganenes manglende forutsetninger for å gjøre bevisvurderinger. I konvensjonsorganenes behandling er det ingen bevisumiddelbarhet for annet enn dokumentbevis, og disse må oversettes til et av konvensjonsorganenes arbeidsspråk for at de overhodet skal kunne tas i betraktning av samtlige som skal avgjøre saken. Det samlede bevismaterialet som fremlegges og vurderes skal derfor helst være begrenset. Det slår ikke alltid til, men det er det klare idealet.

Det er etter min oppfatning et sentralt spørsmål hvilket materiale ØSK-komiteen skal basere seg på når den etter art. 8(4) skal avgjøre om statens tiltak er rimelige. Artikkel 8 (1) inneholder samme generelle regel om dette som de fleste av de andre klageordningene i FN-systemet, nemlig at komiteen skal ta i betraktning alt mottatt materiale, under forutsetning av at det er oversendt motparten slik at det har vært mulighet for kontradiksjon:

“The Committee shall examine communications received under article 2 of the present Protocol in the light of all documentation submitted to it, provided that this documentation is transmitted to the parties concerned.”

I tillegg oppstilles det i art. 8(3) er særregel om adgangen til å innhente dokumentasjon fra bestemte kilder:

” When examining a communication under the present Protocol, the Committee may consult, as appropriate, relevant documentation emanating from other United Nations bodies, specialized agencies, funds, programmes and mechanisms, and other international organizations, including from regional human rights systems, and any observations or comments by the State Party concerned.”

Disse bestemmelser løser imidlertid ikke det overordnede spørsmålet om hvilket materiale komiteen må ha for å ta stilling til rimeligheten av de statlige tiltakene. Det spørsmålet er i mine øyne ikke enkelt. Hvordan dokumenterer egentlig en stat alle de tiltak den har gjennomført for å oppfylle en av ØSK-rettighetene – og også begrunnelsen, formålet og de andre momentene komiteen definerer som relevante? Man kan tenke seg at Norge klages inn for brudd på art. 9 og/eller 11 av som hevder ikke å få den nødvendige bistanden til livsopphold. Hva skal den norske staten da dokumentere? Skal man ha en reell mulighet til å gjøre en grundig evaluering av de norske ordningene, kan jeg vanskelig skjønne annet enn at man må sette seg inn i og forstå folketrygden, systemene for sosialtjenester og andre tilsvarende tiltak. Hvis man virkelig mener at ordningenes *rimelighet* – vurdert ut fra Norges samlede ressurser – skal vurderes, kan det neppe heller være nok å kjenne hovedprinsippene. Man må også være kjent med vilkårene for berettigelse, unntak og utmålingsprinsipper. Det er vanskelig å skjønne at dette kan gjøres innenfor rammene av en klagesak som skal avgjøres i løpet av noen timer. En slik sak vil kreve oversettelse og fremleggelse av et stort antall offentlige dokumenter, og den vil kreve store ressurser i komiteen.

Enda vanskeligere kan det bli for andre rettigheter der det ikke er like enkelt å definere alle tiltak som skal gjennomføre rettigheten. Hvilke tiltak gjennomføres f.eks. for å bedre arbeidsmarkedet? Det eksisterer selvfølgelig en rekke arbeidsmarkedstiltak og opplæringsprogrammer som kanskje kan sies å være kjernen i politikken, men også en rekke økonomiske tiltak av mer generell karakter har også som funksjon eller bifunksjon å stimulere arbeidsmarkedet.

Også målestokken – Norges samlede ressurser – byr på tilsvarende problemer. Skal man virkelig mene noe om tilstrekkelige ressurser settes av, må man sette seg detaljert inn i norsk økonomi på makronivå, og også i hva som går med til andre offentlige oppgaver.

Denne gjennomgangen inneholder etter min oppfatning ganske sterke argumenter for nødvendigheten av en bred skjønnsmargin, men den understreker også at slike saker som komiteen legger opp til gjennom art. 8(4) ledd i praksis kan bli vanskelig håndterbare og – om det virkelig skal gjennomføres en grundig vurdering av statenes samlede tiltak – svært ressurskrevende for staten.

### 8.5.5. *Forskjeller på komiteens vurdering av individklagesaker og landrappporter – reparasjon av krenkelser*

Den tilnærming til klagesaker det legges opp til gjennom art. 8(4) gjør det betimelig å stille spørsmål ved hvilken forskjell det egentlig vil være på komiteens vurderinger i individklagesaker og ved gjennomgang av landrappporter. Det overordnede bilde man får av art. 8(4) er at den byr på en gjennomgang og vurdering av statenes gjennomførte tiltak for å etterleve den bestemmelse som påberopes, og at det må gjøres på generelt grunnlag – dvs. ved gjennomgang av ordningene som sådan. Også i individklagesaker vil derfor statens generelle politikk og tiltak stå i sentrum – og ikke den konkrete klagerens situasjon. Det er i den sammenheng av interesse at de sørafrikanske sakene som ble trukket frem som forbilder ved utarbeidelsen av art. 8(4) omhandler helt generelle spørsmål. I sakene er det lite eller ingen omtale av de konkrete klagerens situasjon. De handler alene om statens tiltak. De sakene er fremmet etter særlige bestemmelser i den sørafrikanske konstitusjonen som gjennom svært vide regler om aktiv søksmålskompetanse går langt i å åpne for prøving av generelle rettsspørsmål<sup>96</sup>. Det er en tilnærming som er fremmed for de fleste individklageordninger som stiller krav til at klageren selv skal være "victim", og der fokus skal være på klagerens situasjon.

Slik jeg ser det vil det være store likheter mellom komiteens tilnærming til individklagesaker og til landrapportene. Begge vil primært bestå i prøving av landenes gjennomføringsregimer. Forskjellen blir i første rekke at man gjennom individklageordningen kan fremtvinge slike vurderinger utenfor den alminnelige rapporteringssyklusen (hvert femte år), samt at klagerens situasjon kan repareres gjennom individklageordningen.

Det siste er selvfølgelig ikke en uvesentlig forskjell. Selve hovedpoenget med individklageordninger er nettopp at ofrene for menneskerettskrenkelser skal få prøvet spørsmålet og få anbefalt adekvat reparasjon (*an appropriate remedy*) der det foreligger krenkelse. I uttalelsen fra september 2007 forklarer komiteen at den, etter mønster av de andre FN-komiteene, kan komme med flere anbefalinger der den har funnet krenkelse:

"In the context of an optional protocol, the Committee could make recommendations, inter alia, along four principal lines:

- (a) Recommending remedial action, such as compensation, to the victim, as appropriate;
- (b) Calling upon the State party to remedy the circumstances leading to a violation. In doing so, the Committee might suggest goals and parameters to assist the State party in identifying

---

<sup>96</sup> Konstitusjonenes art. 39. Bestemmelsen åpner bl.a. for at "anyone acting in the public interest" kan fremme sak om etterlevelsen av rettighetene i konstitusjonens Bill of Rights

appropriate measures. These parameters could include suggesting overall priorities to ensure that resource allocation conformed with the State party's obligations under the Covenant; provision for the disadvantaged and marginalized individuals and groups; protection against grave threats to the enjoyment of economic, social and cultural rights; and respect for non-discrimination in the adoption and implementation of measures;

(c) Suggesting, on a case-by-case basis, a range of measures to assist the State party in implementing the recommendations, with particular emphasis on low-cost measures. The State party would nonetheless still have the option of adopting its own alternative measures;

(d) Recommending a follow-up mechanism to ensure ongoing accountability of the State party; for example, by including a requirement that in its next periodic report the State party explain the steps taken to redress the violation."<sup>97</sup>

Den store forskjellen mellom individklageordningen og landrapporteringsmekanismen ligger i bokstav a. Tiltakene i de øvrige punktene ligger tett opp til det komiteen også kan foreslå i sine konklusjoner og anbefalinger etter behandling av en landrapport. I bokstav d er det til og med trukket en åpen forbindelse til landrapporteringen. Etter bestemmelsen i bokstav a skal det anbefales konkrete tiltak, f.eks. erstatning, for å reparere krenkelsen der dette anses hensiktsmessig.

Spørsmålet er imidlertid når slike tiltak vil være hensiktsmessige. Der klageren er i en særlig utsatt situasjon, altså der klageren påberoper individuelle omstendigheter som bare gjelder ham selv eller en snever krets, er det neppe tvil om at det vil være hensiktsmessig å anbefale konkrete tiltak for å avbøte de ulemper klager er utsatt for ved bruddet på konvensjonen. Det kan skje ved erstatning eller ved at det anbefales å tildele ham bolig e.l., avhengig av hvilken rettighet som er brutt. I inngreps- og diskrimineringsaker er det grunn til å tro at forholdene ofte kan ligge slik an at slike individuelle tiltak er hensiktsmessige. Det virker imidlertid ikke like sannsynlig i saker om positive forpliktelser. Saker som skal vurderes etter art. 8(4) er egnet til å avdekke systemsvikt – og det fremstår også som hensikten. Det er da grunn til å forvente at det i realiteten finnes en stor og ubestemt krets av ofre, selv om det bare er en eller noen få klagere i enkeltsaken. Tilfellet kan også være at klageren, som tross alt har vært ressurssterk nok til å trekke sin sak så langt som til ØSK-komiteen, ikke er blant dem som er hardest rammet – eller iallfall er blant dem med best forutsetninger for selv å avbøte ulempene.

Det kan stilles viktige spørsmål ved hensiktsmessigheten av å anbefale konkrete tiltak, f.eks. erstatning, der det er tusener, kanskje millioner andre, i samme situasjon som klageren. Dersom det gjøres, er en forutsigbar virkning et skred av sammenliknbare saker til komiteen. Viktigere er kanskje spørsmålet om hva som bør være komiteens oppgave i tilfeller av systemsvikt. Er det å tilby

---

<sup>97</sup> E.C.12/2007/1, *An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources" under an Optional Protocol to the Covenant*, avgitt 21.9.2007

reparasjon til det fåtalls klagerne som får fremmet sine klager for komiteen, eller er det å bidra til å løse systemsvikten? Hvis det siste anses som det viktigste, bør det utvises forsiktighet med å tilkjenne klageren erstatning eller annet som ikke kan tilbys alle i sammenliknbar situasjon.

#### *8.5.6. Betydningen av klagers egne forhold*

Selv om hovedspørsmålet i saker som behandles etter art. 8(4) vil være statens tiltak for å etterleve bestemmelsen, kan det også oppstå spørsmål om klagerens egne forhold, og da kanskje først og fremst om individuelle forhold kan tilsi at klageren ikke bør kunne gjøre krav på den rettighet som påberopes. Hvis klageren f.eks. gjør krav på å være offer for en krenkelse av sin rett til sosialtrygd, bolig eller helsestandard, antar jeg at det må gjøres en vurdering av klagerens behov og muligheter. Selv om de statlige tiltak for å oppfylle rettighetene er utilstrekkelige (landets ressursituasjon tatt i betraktning), vil ikke klageren kunne hevde å være offer hvis han ikke er i en situasjon der han rammes av utilstrekkeligheten.

I mange tilfeller vil det være uproblematisk å fastslå at klageren er i en slik situasjon, men ikke alltid. Det er ikke vanskelig å tenke seg at staten vil påberope at klageren ikke kan påberope seg rettigheten fordi han bør være i posisjon til å avbøte ulempen uten urimelige oppofrelser. Man kan f.eks. tenke seg en klage over utilstrekkelig sosialtrygd, og at staten mener at klageren er i posisjon til å få seg jobb og til å utføre denne. Man kan også tenke seg at bakgrunnen for avslaget er at klageren er utelukket fra dekning pga. individuelle forhold som tidligere misbruk av ordningen e.l. I slike saker må komiteen på et eller annet vis ta stilling til klagers forhold og betydningen av disse. Problemet er imidlertid at konvensjonen overhodet ikke omtaler slike spørsmål, og de er i svær beskjeden grad behandlet av komiteen i dens generelle kommentarer eller behandling av landrapporter. Det er ikke overraskende, ettersom disse ordningene ikke har fokus på enkeltpersoner. Men fraværet av slike regler representerer et usikkerhetsmoment. Det er et område der komiteen vil måtte utvikle regler helt fra scratch.

## **9. HVILKEN MATERIELLE VIRKNINGER VIL INDIVIDKLAGEORDNINGEN KUNNE HA?**

### ***9.1. Skillet mellom materielle og prosessuelle virkninger***

Det er i forrige kapittel forsøkt å gjøre en analyse av hva slags saker komiteen vil kunne få under behandling, hvordan de vil bli behandlet og med hvilken virkning. Å anslå hvilken betydning sakene

ev. vil ha, er en vanskelig øvelse, men like fullt en øvelse det må gjøres et forsøk på i vurderingen av tilslutning. Det kan skilles mellom materielle og prosessuelle virkninger. De materielle virkningene handler om individklageordningens for norsk lovgivning, praksis, budsjettvedtak o.l. De prosessuelle virkningene handler om individklageordningens virkninger for norske domstolers behandling av saker som reiser spørsmål om ØSK-rettigheter. De materielle virkningene skal behandles i dette kapittelet og de prosessuelle i neste.

## **9.2. Momenter i kartleggingen av materielle virkninger**

Kartleggingen av materielle virkninger handler om å gjøre seg opp en oppfatning av hvilken usikkerhet eller uforutsigbarhet individklageordningene representerer, samt i hvilken grad ordningen vil innebære at avgjørelser løftes fra lovgivende og utøvende myndigheter og inn i de dømmende organer – både nasjonale eller internasjonale. I tillegg handler det om hvilken gjennomslagskraft komiteens avgjørelser vil ha. I den grad ØSK-komiteens uttalelser behandles som råd, er maktforskyvning til internasjonale organer mindre å bekymre seg for enn dersom uttalelsene behandles som bindende avgjørelser.

Slik jeg ser det er derfor særlig tre forhold av betydning: i) antallet saker, ii) temaer for komiteens prøving og intensiteten av denne og iii) uttalelsenes vekt. Spørsmålene om komiteens prøving er i stor grad allerede er diskutert i kapittel 8. Behandlingen av prøvingen her vil derfor begrense seg til en del konklusjoner av de tidligere drøftelsene.

Det bør innledningsvis tas et vesentlig forbehold. Det gjelder tidsperspektivet for de vurderinger man nå foretar. De drøftelser som er gjort så langt tar utgangspunkt i de faktiske forutsetninger og det rettskildematerialet som eksisterer i dag. Den ordning man vurderer tilslutning til, er imidlertid en varig ordning, og det som gjelder i dag, kan godt se annerledes ut allerede om noen år. Internasjonale menneskerettigheter er et felt i dynamisk utvikling. Går man 25 år tilbake i tid, var situasjonen at ØSK-komiteen ennå ikke hadde startet sitt arbeid, Norge hadde til gode å oppleve at en at eneste norsk sak hadde blitt tatt til realitetsbehandling av et konvensjonsorgan (inkludert EMD) og FN-konvensjonene hadde knapt blitt påberopt for nasjonale rettsinstanser. I EMDs første 40 år (1958-1998) registrerte domstolen til sammen 45 000 saker. I 2010 alene registrerte domstolen 61 300 saker. På de første 40 årene avsa EMD 837 dommer, mot 1 625 i 2010 alene.

Det er få holdepunkter for at den dynamiske utviklingen vil avta. Det i seg selv gjør at en analyse av protokollens virkninger vanskelig kan bli annet enn spådommer. Og i forlengelsen av dette: Selv om bestemmelsenes vaghet ikke er til hinder for at statene *kan* etablere en klageordning (se avsnitt 4.3),

gjør vagheten at det er vanskelig å gjøre seg opp en oppfatning om hvor langt komiteen vil strekke rettighetene. Poenget er at rettighetene i dag ikke har skarpe grenser. De grensene vil det være opp til komiteen å trekke, og det gjør vurderinger av hvilke rettigheter det kan ventes klagesaker om, og hvor langt komiteen vil gå, nærmest til ren gjetting.

### **9.3. Saksmengde**

Gjennomgangen av statistikk fra de andre individklageordningene i FN-systemet (avsnitt 3.4) viser at ingen av systemene – til tross for stor utbredelse i form av mange medlemsstater – har blitt benyttet i veldig stor utstrekning. Drøyt 2 000 klager til Menneskerettskomiteen er riktignok et anselig antall saker isolert sett, men blekner når det sammenliknes med de nesten 450 000 sakene EMD har mottatt i samme tidsrom fra et betydelig mindre antall medlemsland. Statistikken viser også at enkelte av klageordningene, særlig de til Rasediskrimineringskomiteen og Kvinnediskrimineringskomiteen, i praksis knapt har vært i bruk.

Om en klageordning til ØSK vil bli benyttet i særlig utstrekning er vanskelig å forutse. Det vil avhenge ØSK-komiteens vilje til å utpense rettighetene. Når EMD i dag strever med en backlog på drøyt 160 000 saker, hevdes det gjerne at domstolen er offer for sin egen suksess. Det er et synspunkt som har mye for seg, men man kan også se det slik at saksmengden er et resultat av at domstolen har gått langt i å utpense rettigheter og å tildele enkeltpersoner erstatning for krenkelsers. Dersom ØSK-komiteen går dynamisk til verks, og utviser betydelig grad av velvilje og oppfinnsomhet i forslagene til adekvat reparasjon av krenkelsers, bør det ikke overraske om saksmengden blir omfattende. Det er interessant å notere at komiteen selv ikke forutså en uhåndterlig saksmengde da den foreslo en individklageordning for første gang i 1993 (se sitat i avsnitt 6.2<sup>98</sup>), men ingen kan gjøre annet enn å gjette om omfanget.

### **9.4. Komiteens prøving – temaer og intensitet**

Jeg har i kapittel 8 forsøkt å analysere hva slags saker det er grunn til å tro at komiteen vil kunne behandle, og hvordan de vil bli behandlet – særlig spørsmålet om statenes skjønnsmargin. De saker jeg antar at det vil bli enklest å angripe for komiteen er saker om inngrep i art. 8(1), 13(3) og 15(3), samt diskrimineringsaker. Av disse er det etter min oppfatning saker etter art. 15(3) som representerer mest utforsigbarhet for statene. Art. 8(1) tilsvarer langt på vei SP art. 22(1) der det

---

<sup>98</sup> Fra E/CN.4/1997/105: "Experience to date with a wide range of existing international petition procedures indicates that there is no basis for fears that an optional protocol will result in a vast number of complaints".

allerede er etablert en klageordning, og art. 13(3) byr på enkelt håndterlige temaer som like gjerne kunne vært plassert i SP. Diskrimineringsaker representerer heller ikke noe nytt. Som påpekt vil de fleste, og kanskje alle, diskrimineringsaker til ØSK også kunne fremmes til andre komiteer. Derimot åpner altså art. 15(3) for behandling av klagesaker om spørsmål som ikke i dag vil kunne bringes inn for FN-komiteene. Hvor langt komiteen vil gå i å utpensle "friheten som er uunnværlig for vitenskapelig forskning og skapende virksomhet" blir imidlertid bare spekulasjoner.

De store usikkerhetsmomentene ligger etter min oppfatning i de grunnleggende rettigheter til arbeid, sosial trygghet (herunder sosialtrygd), en tilfredsstillende levestandard (herunder klær, mat og bolig) og den høyeste oppnåelige helsestandard. Etterlevelsen av disse rettighetene innebærer en rekke strategivalg og vanskelige avveininger om fordelinger av ressurser. En avgjørelse fra komiteen om nivået på sosialtrygden, boligtilskudd e.l. vil derfor kunne ha betydelige konsekvenser. Hvis avgjørelsen skal etterleves, vil det kunne kreve vesentlige endringer i lovgivning og omfattende budsjettvedtak, gjerne med den virkning at andre utgifter må reduseres. På prinsipielt grunnlag må det også kunne hevdes at det vil innebære en forskyvning av avgjørelser fra nasjonal lovgiver og forvaltning til ØSK-komiteen.

Hvor langt usikkerheten strekker seg, vil bero på den skjønnsfrihet statene innrømmes av ØSK-komiteen. Som jeg allerede har vært inne på i avsnitt 8.5.3, er det gode holdepunkter for å hevde at statene bør og vil ha en betydelig skjønnsmargin, men også dette beror på den praksis ØSK-komiteen anlegger over tid.

## **9.5.     *Uttalelsernes vekt***

### *9.5.1.   Skillet mellom rettskrafts- og rettskildevirkninger*

Hvilken betydning individklageordningen vil ha, avhenger av hvilken vekt komiteens uttalelser og anbefalinger tillegges. Det må i denne sammenheng skilles mellom rettskraftsvirkningen og rettskildevirkningen av avgjørelsen. Rettskraftsvirkningen er et spørsmål om i hvilken grad anbefalingene må etterleves fra norske myndigheters side, mens rettskildevirkningen er et spørsmål om hvilken betydning avgjørelsen skal ha i senere saker, i denne sammenheng for norske domstoler.

### 9.5.2. *Rettskraftsvirkninger*

Det klare utgangspunktet er at komiteens uttalelser er rådgivende og at anbefalingene er nettopp anbefalinger. Selv om komiteens uttalelser (*Views*) gjerne omtales som avgjørelser, er de – i motsetning til dommer fra EMD – ikke folkerettslig bindende. Statene har gjennom tilslutningen til individklageordningen ikke gitt komiteen kompetanse til å fastslå med bindende virkning at konvensjonen er krenket. Komiteen kan kun gi uttrykk for sin oppfatning. I tillegg gir komiteene normalt anvisning på tiltak som bør gjennomføres både for å reparere den konkrete krenkelse og for å unngå at tilsvarende krenkelser skjer igjen. Det er imidlertid bare en anbefaling, og til syvende og sist er det opptil statene om og hvordan anbefalingen skal etterleves. Dette ble også poengtert av ØSK-komiteen i forklaringen til dens utkast til protokoll<sup>99</sup> som ble fremlagt for Menneskerettskommisjonen i 1997, som var med på å starte hele prosessen med å utvikle individklageordningen. Det heter der:

“(d) Under an optional protocol procedure the State party concerned retains the final decision as to what will be done in response to any views adopted by the Committee; ...”

Poenget ble også understreket fra Norges side i merknadene<sup>100</sup> til komiteens utkast:

“The Government of Norway will not at this stage comment on the draft text of the optional protocol. We would, however, like to recall the Committee’s analytical paper emphasizing that the *State party concerned under an optional protocol retains the final decision as to what will be done in response to any views adopted by the Committee*” (kursivert her).

Dette må selvsagt ikke forstås slik at statene kan stille seg fritt til konvensjonene. Konvensjonene er bindende, og brytes bestemmelsene der, begås det menneskerettsbrudd. Poenget er bare at det er ikke opp til konvensjonsorganene å avgjøre dette endelig.

I vurderingen av hvilken betydning det er grunn til å tro at ØSK-komiteens avgjørelser ev. vil bli tillagt, kan det være av interesse hvordan norskemyndigheter har forholdt seg til avgjørelsene fra de øvrige FN-komiteene. I de fem klagesakene der det er funnet krenkelse har Norges tilnærming så langt vært å følge anbefalingene slavisk, se avsnitt 3.5. Redegjørelsen der viser at Norge i alle tilfeller har gjennomført tilstrekkelige tiltak både for å reparere krenkelsen i den konkrete saken og for å avverge nye krenkelser.

Det er også grunn til å påpeke at lovgiver har tillagt avgjørelser fra Menneskerettskomiteen bindende virkninger i spørsmålet om gjenåpning av saken. Etter endring i 2001 av straffeprosessloven § 391 nr. 2 kan gjenåpning kreves:

---

<sup>99</sup> E/CN.4/1997/105, datert 18.12.1996

<sup>100</sup> E/CN.4/2001/62, datert 15.11.2000

”når en internasjonal domstol eller *FNs menneskerettskomité* i sak mot Norge har funnet at

- a) avgjørelsen er i strid med en folkerettslig regel som Norge er bundet av, og ny behandling må antas å burde føre til en annen avgjørelse, eller
- b) saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen er i strid med en folkerettslig regel som Norge er bundet av, hvis det er grunn til å anta at saksbehandlingsfeilen kan ha innvirket på avgjørelsens innhold, og gjenåpning er nødvendig for å bøte på den skade som feilen har medført.”

Tilsvarende kan gjenåpning begjæres etter tvisteloven § 31-3 (1) bokstav d ”hvis det i klagesak mot Norge i samme saksforhold er fastslått at saksbehandlingen har krenket en konvensjon som etter menneskerettsloven gjelder som norsk lov”. Bestemmelsen i tvisteloven tillegger altså avgjørelser fra Kvinnediskrimineringskomiteen samme virkning, og vil også gjelde avgjørelser fra ØSK-komiteen dersom protokollen ratifiseres. Forut for lovendringen i 2001 ga Utenriksdepartementet en høringsuttalelse om hvordan norske myndigheter bør stille seg til komiteenes uttalelser:

”Etter Utenriksdepartementets oppfatning bør imidlertid også uttalelser avgitt i klagesaker av andre konvensjonsorganer på menneskerettighetsområdet kunne gi grunnlag for gjenopptakelse, selv om uttalelsene ikke strengt tatt er bindende. For så vidt gjelder FNs menneskerettighetskomité, som håndhever FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), viser man til NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter, der det på s 127 uttales at «[d]enne juridiske forskjell har liten betydning, siden Komiteens syn respekteres i praksis.» I alle tilfeller der man er tilsluttet klageordninger av denne art, antar man at det må anses å ligge implisitt i tilslutningserklæringen at man under normale omstendigheter vil rette seg etter den konvensjonsforståelsen som konvensjonsorganet legger til grunn i en klagesak man er part i. Dette har man skapt en berettiget forventning om hos potensielle klagere.”

I Justisdepartementets vurdering av hvilke organers avgjørelser som burde gi grunnlag for gjenåpning<sup>101</sup>, la man tilsynelatende stor vekt på Utenriksdepartementets synspunkter og ikke minst opplysningen om at komiteens syn respekteres i praksis. Justisdepartementet uttalte at man ikke måtte overdrive betydningen av om organet avgir rettslig bindende uttalelser, ”især ikke hvor uttalelsene fra det aktuelle organ uansett respekteres i praksis”. Deretter konkluderte departementet:

”Etter departementets oppfatning peker de forhold som er nevnt ovenfor, først og fremst i retning av at lovendringen bør omfatte uttalelser fra FNs menneskerettskomité. Riktignok er ikke disse rettslig bindende, men i praksis blir de likevel tillagt stor vekt. Komiteen er et juridisk organ som Norge har lang erfaring med, og som er besatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer. I tillegg knytter uttalelsene seg til en FN-konvensjon som er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven.

Dersom norske myndigheter inntar samme grunnleggende standpunkt til uttalelser fra ØSK-komiteen som de har gjort til Menneskerettskomiteen, vil det bidra til øke betydningen av

---

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 70 (2000-2001) pkt. 5.4

individklageordningen. I så fall må man forvente at anmodninger vil bli fulgt, også der de vil medføre omlegging av politikk eller omfordeling av ressurser. Det vil være positivt for norske borgere som trenger komiteens bistand for å få håndhevet sine rettigheter, men vil styrke motforestillingene til dem som er skeptiske til økt rettsliggjøring.

### 9.5.3. *Rettskildevirkninger*

Hvilke rettskildevirkninger komiteenes avgjørelser skal ha for norske domstoler er et internrettslig anliggende. Spørsmålet om vekten av avgjørelser fra Menneskerettskomiteen ble drøftet i forarbeidene til menneskerettsloven. Justisdepartementet uttalte da:

”Departementet har i det ovenstående ikke skilt mellom avgjørelser fra FNs menneskerettskomité og avgjørelser fra håndhevingsorganene etter den europeiske menneskerettskonvensjon. I tvilstilfelle bør en domstol legge en viss vekt på at FNs menneskerettskomité ikke treffer rettslig bindende avgjørelser (derfor kalles også komiteens konklusjoner i klagesaker for « synspunkter » (« views »)) dersom det er spørsmål om å sette til side en norsk lovbestemmelse. Fra norsk side har man ellers så beskjeden erfaring med klagesaker for FNs menneskerettskomité, at det er for tidlig å si om det kan være andre grunner til å legge større vekt på avgjørelser fra håndhevingsorganene i Europarådet enn på synspunktene til FNs menneskerettskomité. I utgangspunktet har det imidlertid formodningen mot seg. Både Den europeiske menneskerettsdomstol og FNs menneskerettskomité er sammensatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer. Erfaring viser at synspunktene fra FNs menneskerettskomité i klagesaker har høy status.”<sup>102</sup>

Spørsmålet ble grundig drøftet i Rt. 2008 s. 1764 der Høyesterett i kjølvannet av Restauratørsaken måtte ta stilling til om det var en saksbehandlingsfeil at det manglet begrunnelse for en beslutning om å nekte en anke fremmet (se avsnitt 3.5.4). Høyesterett tok utgangspunkt i de prinsippene Høyesterett tidligere hadde statuert for anvendelsen av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 i forholdet mellom norske lovbestemmelser og EMK (se nærmere i vedlegget til denne utredningen), og la til at det ikke uten videre kan ”legges til grunn at avgjørelser av Menneskerettskomiteen har samme gjennomslagskraft som avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen”. Høyesterett viste deretter til uttalelsene i NOU 1993:18<sup>103</sup> om at den praktiske forskjell ikke nødvendigvis er så stor, bl.a. fordi ”statene i praksis retter seg etter avgjørelser FN-komiteen har truffet i klagesaker”. Det ble også vist til uttalelsen fra Justisdepartementet som er sitert ovenfor og justiskomiteens syn om at det er overordnet mål at

<sup>102</sup> Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 69-70

<sup>103</sup> På s. 18, sitert i avsnitt 9.4.2 i høringsuttalelsen til Utenriksdepartementet

”norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis”<sup>104</sup>. Høyesterett konkluderte til slutt med at

”På bakgrunn av det jeg her har gjennomgått av forarbeidene til menneskerettsloven, finner jeg det klart at en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde. At avgjørelser i enkeltsaker truffet av FNs menneskerettskomité fra 1. januar 2004 kan gi grunnlag for gjenåpning på lik linje med avgjørelser av internasjonale domstoler, jf. straffeprosessloven § 391 første ledd nr. 2, er ytterligere egnet til å understreke dette.”

#### 9.5.4. *Er det dekning for norske myndigheters syn om at avgjørelser fra FN-komiteene langt på vei kan sammenliknes med dommer fra EMD?*

Gjennomgangen i avsnitt 9.4.2 og 9.4.3 viser at avgjørelsene fra Menneskerettskomiteen tillegges tilnærmet samme vekt og betydning som dommer fra EMD. Etter min oppfatning er det grunnlag for å stille spørsmål ved om det er dekning for den grunnholdningen.

Et av premissene for grunnholdningen er at komiteens uttalelser i praksis blir fulgt. Dette ble slått fast i NOU 1993: 18 på s. 127, uten henvisning til kilder. Deretter er synspunktet lagt til grunn av Utenriksdepartementet i høringsuttalelsen fra 2000 om nye gjenåpningsregler, av Justisdepartementet i samme forbindelse og av Høyesterett i Rt. 2008 s. 1764. I forarbeidene til menneskerettsloven heter det at komiteens uttalelser har høy status, uten at grunnlaget for dette er utdypet.

Det er for meg ikke klart på hvilket grunnlag Menneskerettsutvalget i NOU 1993: 18 kunne slå fast at komiteens uttalelser blir fulgt i praksis. Det er også litt uklart hvilke staters oppfølging det er snakk om. Uttalelsen kan ikke gjelde Norges oppfølging ettersom det den gang ennå ikke var funnet krenkelse i noen norsk sak. I 1993 eksisterte det også, så vidt meg bekjent, kun et beskjedent materiale som kunne kaste lys over statenes oppfølging av komiteens uttalelser. Komiteens oppfølgingsmekanisme (se avsnitt 3.3.5) ble etablert i juli 1990. Denne består i at et av medlemmene utnevnes til *Special Rapporteur on Follow-up* og får i oppgave å innhente informasjon fra statene i saker der det er funnet krenkelser. Slik informasjonsinnhenting ble påbegynt i 1991, og opplysninger om utfallet er senere formidlet i komiteens årsrapporter<sup>105</sup>. De årsrapportene<sup>106</sup> som ble utgitt før NOU 1993: 18, inneholdt imidlertid svært lite informasjon om oppfølgingen.

<sup>104</sup> Innst.O.nr.51 (1998-1999) side 6

<sup>105</sup> De siste årene har man også begynt med egne Follow-up Progress Reports til hver sesjon, se f.eks. CCPR/C/98/3 og CCPR/C/98/3

<sup>106</sup> Årsrapportene for 1991 og 1992, hhv. A/46/40 og A/47/40

Lenger ut på 90-tallet begynte komiteen å rapportere om de aggregerte tall fra oppfølgingsmekanismen. Frem t.o.m. årsrapporten for 2002 trykte komiteen årlig en tekst der det ble anslått at uttalelsene ble etterlevd fullt i ca. 30 prosent av sakene:

“Attempts to categorize follow-up replies are necessarily subjective and imprecise. Roughly 30 per cent of the replies received could be considered satisfactory in that they display the State party’s willingness to implement the Committee’s Views or to offer the applicant an appropriate remedy. Other replies cannot be considered satisfactory because they either do not address the Committee’s recommendations at all or merely relate to one aspect of them. Certain replies simply indicate that the victim has failed to file a claim for compensation within statutory deadlines and that no compensation can therefore be paid to the victim.”

Senere er teksten endret slik at det ikke lenger angis en prosent, men i stedet heter generelt at:

“All attempts to categorize follow-up replies by States parties are inherently imprecise and subjective: it accordingly is not possible to provide a neat statistical breakdown of follow-up replies. Many follow-up replies received may be considered satisfactory, in that they display the willingness of the State party to implement the Committee’s recommendations or to offer the complainant an appropriate remedy. Other replies cannot be considered satisfactory because they either do not address the Committee’s Views at all or only relate to certain aspects of them.”

Også senere års rapporter viser at oppfølgingen av sakene varierer betydelig.

Viktigere enn oppfølgingen i andre land er etter min oppfatning spørsmålet om komiteen har en saksbehandling for individklagene som gjør at uttalelsene kan fortjene samme vekt som dommer fra EMD. Dette er et spørsmål det så langt har vært lite oppmerksomhet om i norske vurderinger av hvilken vekt FN-komiteenes uttalelser bør tillegges. Meg bekjent er spørsmålet bare så vidt berørt én gang. Det var i forarbeidene til endringen av gjenåpningsbestemmelsen i straffeprosessloven:

”En mulig innvending mot å la uttalelsene fra FNs menneskerettskomité gi rett til gjenopptakelse, er at uttalelsene er basert på skriftlig saksbehandling, at begrunnelsen ofte er knappere enn i avgjørelser fra EMD, og at de til tider kan være noe mer politisk pregede. Etter departementets syn er det neppe grunn til å legge avgjørende vekt på dette. Ingen av de høringsinstansene som støttet forslaget om en utvidelse, mente imidlertid at de forhold det her er pekt på var spesielt problematiske - heller ikke i sivile saker. Departementet er enig i det.”<sup>107</sup>

Dessverre er det så liten grad av åpenhet rundt de interne rutinene at det er vanskelig å gjøre en fullgod sammenlikning av saksbehandlingen i EMD og FN-komiteene. Jeg har imidlertid en del

---

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 70 (2000-2001) pkt. 5.4

erfaring som advokat i saker for EMD og som medlem av sekretariat til Menneskerettskomiteen<sup>108</sup>, og kan derfor gi noen indikasjoner. Disse tilsier at det er en del klare forskjeller.

I saker som realitetsbehandles i EMD lages det – antakelig fra sekretariatets side – oversikter over sakens faktum og de sentrale rettslige spørsmål. Oversiktene sendes partene som får uttale seg, og det drives også prosessledelse gjennom at domstolen ber om å få bestemte spørsmål belyst og partenes kommentarer til de spørsmål domstolen mener er avgjørende. Slik sikres det kontradiksjon rundt de avgjørende spørsmål, og slik skapes det en grad av sikkerhet for at domstolen har oppfattet faktum. For å sikre forståelsen for saken er det også regler om at den nasjonale dommeren skal være med i behandlingen. Det holdes rettsmøter i mange av sakene, der sakene prosederes muntlig med adgang for dommerne til å stille spørsmål. Etter saksforberedelsen og et ev. rettsmøte, avgjøres saken etter at det er holdt et nødvendig antall domskonferanser der alle dommere deltar og til slutt voterer. Så vidt jeg forstår, har alle dommerne saksdokumentene tilgjengelig.

Det er videre grunn til å påpeke det opplagte: EMD er en domstol. Dommerne har kontorer og fulltids virke. De omgås hverandre med tid og anledning til å diskutere sakene i den detalj de finner nødvendig.

Menneskerettighetskomiteen er en ganske annen organisasjon. Den består av 18 eksperter fra hele verden som møtes tre ganger hvert år, i tre uker av gangen. I løpet av de 15 møtedagene i en sesjon har de som regel to møter om dagen. I løpet av sesjonen skal de behandle landrapporter fra gjennomsnittlig 5-6 land, utarbeide ev. generelle kommentarer og avgjøre enkeltsaker innimellom. Antallet enkeltsaker som avgjøres i løpet av en sesjon varierer med komiteens andre gjøremål, men ligger i snitt mellom 20 og 25.

I alle saker oppnevnes det en rapportør som har ansvar for et utkast til avgjørelse. Utkastet produseres av sekretariatet, men med adgang for rapportøren til å gjøre endringer. Utkastet blir fremlagt for de andre medlemmene som – iallfall som den store hovedregel – avgjør saken på bakgrunn av utkastet alene. Saksdokumentene kopieres ikke opp til medlemmene. De kan få tilgang til dem, men det er i min erfaring en sjeldenhet at andre enn rapportøren har sett saksdokumentene. Partenes innlegg mv. oversettes ikke, og leses svært sjelden av andre enn sekretariatet og ev. rapportøren.

Under behandlingen av saken noteres det hvilke komitémedlemmer som er til stede, men det voteres ikke formelt. I enkelte saker er det så skarp dissens at det må gjøres en opptelling, men det

---

<sup>108</sup> Mitt ansettelsesforhold i FN varte fra mars 1998 til april 2000, og mine beskrivelser gjelder den praksis som dag gjaldt. Det må tas forbehold for senere endringer.

er ingen systemer for at medlemmene skal avkreves et syn på saken, og i det hele tatt ingen garantier for eller kontroll med at de har satt seg inn i saken på forhånd. Behandlingen i møtet skjer gjerne slik at rapportøren raskt redegjør for saken, og deretter åpnes det for diskusjon der medlemmene kan ta ordet. Noen ganger kan det bli ganske lange diskusjoner der et stort antall medlemmer deltar, andre ganger er det ingen diskusjon i det hele tatt, dvs. at utkastet vedtas enstemmig uten diskusjon. I slike tilfeller kan samlet behandlingstid være på under ti minutter. Det forekom at komitémedlemmer forlot rommet under behandlingen for å ta seg av andre gjøremål. Disse ble fortsatt tatt med i angivelsen av dem som hadde deltatt i saken, selv om de ikke satt gjennom diskusjonen.

Det er også et vesentlig trekk ved behandlingen at det som regel ikke produseres andre dokumenter enn utkastet, og det var – iallfall i min tid – ingen prosessledning overhodet. Det ble aldri stilt spørsmål man særlig ønsket besvart, aldri pekt på temaer det var viktig å få belyst. Det var ikke sjelden at det dukket opp spørsmål om faktum man ikke hadde svar på, og som man da bare måtte se bort fra.

Mitt overordnede inntrykk er simpelthen at det ikke er en domstolsbehandling, og komiteen minner heller ikke mye om en domstol. Det er en komité som gir råd, og som har en saksbehandling som er tilpasset nettopp det. Spørsmålet er om rådet da bør behandles som om det var en dom.

Det er også et spørsmål om komiteene har en sammensetning som gjør det naturlig å likestille avgjørelsene med dommer fra EMD. Det er riktig som påpekt i mange av de norske forarbeidene at komiteene er sammensatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer, men det er ikke ensbetydende med at de er egnet til å avsi dommer. Det er ikke gitt at evaluering av landrapporter og avgjørelse av enkeltsaker krever de samme egenskapene. Av ØSK-komiteens 18 medlemmer i dag<sup>109</sup> er det 13 jurister og fem ikke-jurister. Jeg mener ikke med det å si at det er en forutsetning å være jurist for å fungere godt i komiteen, men det er fortsatt en ganske fremmed tanke at en internasjonal *domstol* skal bemannes med ikke-jurister. Det er også av interesse at medlemmene ikke er heltidsansatte dommere, men har komitémedlemskapet som et biverv ved siden av annen virksomhet. Det medfører en del rollekombinasjoner det burde vært sett nærmere på dersom komiteens avgjørelser skulle være bindende. To av medlemmene er f.eks. ifølge cv-ene deres assisterende utenriksministre i sine respektive land. Det er en rolle mange vil mene er vanskelig å forene med å skulle avsi bindende avgjørelser i enkeltsaker. Etter min oppfatning er det derfor

---

<sup>109</sup> Alle medlemmenes cv-er er tilgjengelige på komiteens hjemmeside

grunnlag for å hevde at komiteen har en sammensetning som er tilpasset det å gi råd, men ikke det å avsi dommer.

*9.5.5. Hvilken betydning vil det ha for rettskildeværdien at norske myndigheter velger ikke å følge komiteens anbefalinger?*

Komiteenes anbefalinger om bestemte oppfølgingstiltak, med en frist på tre eller seks måneder for kommentarer, innebærer at staten må ta stilling til om, og i hvilken utstrekning, den vil etterleve anbefalingene. Hittil har Norge lojalt etterlevd anbefalingene, men bildet er som vist i avsnitt 9.5.4 langt mindre entydig for andre medlemsstater. Det klare utgangspunkt etter norsk tradisjon må være at det tilkommer regjeringen å beslutte hva som skal gjøres for å etterleve anbefalingen. Det vil si at det tilkommer regjeringen å forvalte rettskraftsvirkningen av avgjørelsen.

Derimot tilkommer det i utgangspunktet domstolene å forvalte rettskildevirkningen av den samme avgjørelsen. Det vil være domstolene som trekker konsekvensene av avgjørelsen i neste sak som reiser tilsvarende spørsmål. Dette kan medføre visse problemer i tilfeller der regjeringen skulle finne at det ikke er grunn til å etterleve anbefalingene, eller at de bare delvis bør etterleves.

Restauratørsaken kan tjene som eksempel. I avgjørelsen fra september 2008 anbefalte Menneskerettskomiteen at krenkelsen skulle repareres gjennom ny prøving av den konkrete saken, samt erstatning til klageren. Det ble også påpekt at staten var forpliktet til å gjennomføre tiltak for sikre at tilsvarende krenkelse ikke ble gjennomført senere, og komiteen satte en frist på 180 dager for staten til å informere om hvilke tiltak som var gjennomført. Saken gjaldt som nevnt bestemmelsen i straffeprosessloven § 321 annet ledd om adgangen til å nekte anker fremmet uten begrunnelse der lagmannsretten finner det klart at anken ikke kan føre frem. Regelen er et utslag av norske avveininger av ressursforvaltningen i domstolene. Synspunktet er i korte trekk at det på ankenivå ikke bør brukes mer tid og krefter enn nødvendig på de opplagte sakene, og at ressursene heller bør allokere til tvilstilfellene.

Man kan tenke seg forskjellige reaksjoner fra norske myndigheters side på avgjørelsen fra Menneskerettskomiteen. Man kunne – iallfall teoretisk – nektet enhver etterlevelse, eller man kunne gjort det motsatte og åpnet for fornyet prøving i et stort antall tilfeller. Men man kunne også tenkt seg en mellomløsning, nemlig å endre loven for å unngå nye krenkelser, men at man av hensyn til strafferettspleien for øvrig ikke ville eller kunne bruke store ressurser på fornyet behandling av allerede avgjorte straffesaker som hadde blitt bedømt som opplagte.

Som tidligere referert (avsnitt 3.5.4) tok Høyesterett allerede tre måneder senere<sup>110</sup> (dvs. lenge før utløpet av statens svarfrist til komiteen) stilling til spørsmålet. Høyesterett la til grunn at komiteens avgjørelse måtte ha betydelig vekt, og fant at manglende begrunnelse var i strid med konvensjonen. Som følge av denne avgjørelsen, opphevet Høyesterett de neste ukene godt over 100 lagmannsrettsavgjørelser<sup>111</sup>. Det kan hevdes at Høyesterett derved langt på vei tok avgjørelsen om hvordan man kan stille seg til komiteens anbefalinger, en avgjørelse som i utgangspunktet tilligger regjeringen.

Et prinsipielt interessant spørsmålet er hva som ville ha skjedd dersom regjeringen hadde inntatt det standpunkt at det ikke burde brukes betydelige ressurser på ny behandling av saker som i utgangspunktet var ansett opplagte. Spørsmålet kom ikke på spissen i den saken, men viser at krysningspunktet mellom avgjørelsens rettskraftsvirkninger og rettskildenvirkninger kan by på vanskelige avveininger. Dersom Norge skulle ratifisere protokollen til ØSK, kan det ikke utelukkes at man vil komme i situasjoner der regjeringen vil mene at anbefalingene ikke bør etterleves eller i hvert fall ikke fullt ut. I så fall vil det antakelig være fordelaktig å ha vurdert på forhånd hvilken virkning dette bør ha for domstolenes vektlegging av avgjørelsen, og om dette i det hele tatt kan reguleres. En tilslutning til protokollen bør etter min oppfatning i det hele tatt foranledige en generell gjennomgang av forholdet til FN-komiteenes avgjørelser, derunder de generelle synspunktene på avgjørelsens gjennomslagskraft.

## **9.6. Økonomiske og administrative konsekvenser av en individklageordning**

Det er i mandatet bedt om at det pekes på funn/momenter som er relevante i vurderingen av økonomiske og administrative konsekvenser. De usikkerhetsmomenter som er redegjort for, gjør at det er vanskelig å spå også om dette. Det gjelder både utgifter og administrative utfordringer forbundet med det å føre sakene, og konsekvenser av avgjørelsens resultat. Det er imidlertid grunn til å påpeke at det vil kunne bli vesentlig mer ressurskrevende å føre saker for ØSK-komiteen enn for de øvrige FN-komiteene. Det gjelder iallfall saker der komiteen skal vurdere virkningen av de samlede tiltak for å gjennomføre en rettighet. En slik sak vil kunne kreve innvirkning fra en rekke departementer og fagetater, og det vil kunne bli nødvendig å gjennomgå og legge frem et betydelig materiale.

---

<sup>110</sup> Rt. 2008 s. 1764

<sup>111</sup> Som nevnt i avsnitt 3.5.4 ble det senere også åpnet for gjenåpning av alle saker der i) den domfelte påanket lagmannsrettens avgjørelse, og ii) den rettskraftige avgjørelsen ligger mindre enn fem år tilbake i tid. Dette var de saker Høyesterett antok at de domfelte kunne fått realitetsbehandlet av Menneskerettskomiteen.

Det er også grunn til å peke på protokollen art. 14(3) hvoretter det skal etableres et fond som skal benyttes til å stille ekspertise og teknisk bistand til rådighet for medlemsstater for å styrke gjennomføringen av konvensjonen. Bidraget til fondet skal imidlertid være frivillig.

## **10. VIRKNINGER FOR NORSKE DOMSTOLERS BEHANDLING AV SAKER SOM GJELDER ØSK**

### ***10.1. Problemstillinger***

I tillegg til de mulige materielle virkninger av individklageordningen som er diskutert i kapittel 9, kan ordningen få virkninger for norske domstolers behandling av saker der ØSK påberopes. For det første er det grunn til å tro at individklageordningen kan få betydning for norske domstolers metode og tolkning i saker der ØSK påberopes. For det annet må det diskuteres om individklageordningen kan få betydning for omfanget av domstolsprøvelsen, dvs. om ordningen vil medføre at man må lempe på de ellers gjeldende krav til domstolsprøving i tvisteloven § 1-3, eller om det må gjøres andre grep for å få hensiktsmessig prøving i Norge av saker som kan gå til ØSK-komiteen.

### ***10.2. Betydning for domstolenes metode og tolkning av ØSK***

Menneskerettighetenes stilling i norsk rett har vært gjennom en betydelig utvikling de siste tiårene. Denne utviklingen er beskrevet i en egen utredning som er vedlagt denne. Utredningen viser at menneskerettighetene har fått økt gjennomslagskraft etter ikrafttreddelsen av menneskerettsloven, hvilket også var meningen. En av grunnene til at menneskerettighetenes økte gjennomslagskraft er den metode Høyesterett har anlagt i motstridsspørsmål, jf. bl.a. Rt. 2002 s. 557:

”Det er videre ... gitt uttrykk for at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettskonvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3.”

Norske domstoler skal altså foreta selvstendige tolkninger av de inkorporerte konvensjonene. Det skal i denne tolkingen legges vekt på konvensjonsorganenes praksis, men dersom denne ikke gir et klart svar, må norske domstoler selv søke å finne konvensjonsrettighetenes grenser. Denne tilnærmingen med selvstendig tolkning gjelder alle de inkorporerte konvensjonene, også ØSK. Men

Høyesterett klargjorde i KRL-saken<sup>112</sup> at det for ØSK også må stilles spørsmål ved om den påberopte bestemmelsen er egnet til direkte anvendelse (se også avsnitt 4.1):

”Ved den internrettslige anvendelse av konvensjoner som er inkorporert uten å være transformert til nasjonal lovtekst, må det tas stilling til om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt mål eller en minimumsstandard. Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter. Jeg viser til Ot.prp.nr.3 (1998-1999) side 11 med videre henvisning til NOU 1993:18 sidene 104-106 og proposisjonen side 23-24. Selv om konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK, jf. NOU 1993:18 sidene 125-126 og særlig sidene 164-165.”

Domstolenes metodiske tilnærming vil kunne påvirkes av at det etableres en individklageordning for ØSK. Dersom individklageordningen benyttes, vil det bli produsert et rettskildemateriale som kan ha betydning i flere sammenhenger. For det første vil ØSK-komiteens syn ha betydning for spørsmålet om rettighetene er egnet til direkte anvendelse (om de er *justiciable*). Da Høyesterett avgjorde KRL-saken, var nok tanken at spørsmålet om egnethet måtte avgjøres av norske domstoler suverent. Slik vil det ikke lenger være. Det er grunn til å forvente at norske domstoler vil legge vekt på ØSK-komiteens avgjørelser om rettighetenes karakter. Det er vanskelig å tenke seg at norske domstoler vil begrense prøvingen slik at de ikke tar stilling til spørsmål som ØSK-komiteen tar stilling til. Det vil iallfall gjelde dersom Norge ratifiserer protokollen. Det vil da følge av det alminnelige subsidiaritetsprinsippet at nasjonale domstoler (eller annet egnet organ) må ha samme prøvingsmuligheter som de internasjonale organene (se også neste avsnitt).

For det annet vil ØSK-komiteens avgjørelser ha betydning for kartleggingen av konvensjonens innhold. Selv om man kan nyansere spørsmålet om vekten av komiteenes uttalelser i større grad enn det som har vært gjort hittil i Norge (se avsnitt 9.4.4), er det ingen tvil om at komiteens avgjørelser vil være relevante rettskilder. Desto mer individklageordningen blir brukt, jo mer vil norske domstolers metode i saker som ØSK minner om den som benyttes for saker som gjelder EMK. Dette er imidlertid en virkning av individklageordningen som sådan, og ikke av norsk tilslutning til den. Så fort individklageordningen tas i bruk, vil det produseres materiale som vil være relevante rettskilder i Norge uavhengig av om Norge ratifiserer eller ikke. Man kan naturligvis spørre om Høyesterett vil forholde seg annerledes til komiteens avgjørelser når Høyesterett ikke risikerer overprøving i komiteen, men det blir bare spekulasjoner.

---

<sup>112</sup>Rt. 2001 s. 1006

At relevant rettskildemateriale vil tilkomme uansett, kan være et poeng i debatten om norsk tilslutning. En del motstandere av norsk tilslutning begrunner sin skepsis (bl.a.) i at rettighetene ikke kan rettsliggjøres. Økt rettsliggjøring er imidlertid en utvikling man kan oppleve uavhengig av om Norge åpner for individklager. Som følge av inkorporasjonen av ØSK vil norske domstoler uansett måtte håndheve rettighetene, og det vil skje i lys av avgjørelser fra komiteen.

### ***10.3. Vil norsk tilslutning medføre at man på lempe på kravene i tvisteloven § 1-3 eller gjøre andre grep for å sikre prøving av krenkelser i Norge?***

Jeg drøftet i avsnitt 8.5 komiteens prøving av saker der det er påstått krenkelser av positive forpliktelser. Protokollen art. 8(4) synes å legge opp til det avgjørende vil være virkningen av statens samlede tiltak i etterlevelsen av den påberopte rettighet. Det kan foranledige spørsmål etter tvistemålsloven § 1-3.

Forholdet til § 1-3 vil avhenge av hva som er temaet for saken, dvs. hva slags krav som foranlediger spørsmålet om brudd på ØSK. Dersom spørsmålet om konvensjonsbrudd kommer opp som et påstandsgrunnlag for et krav om erstatning eller et krav om at et forvaltningsvedtak er ugyldig, er forholdet til tvisteloven i § 1-3 i utgangspunktet uproblematisk. Noe annet er at et slikt påstandsgrunnlag vil kunne by både parter og domstoler på betydelige praktiske utfordringer. En gjennomgang av rimeligheten av det samlede norske velferdstilbudet – Norges ressursituasjon tatt i betraktning – innebærer bevissspørsmål det vil være praktisk og økonomisk vanskelig å håndtere. Det gjelder ikke minst fordi det ofte vil være en kommune, som sosialmyndighet, som vil være saksøkt i slike saker. Både for kommunen og den lokale domstol vil det kunne være en utakknemlig oppgave å få ansvaret for å ta stilling til konvensjonsmessigheten av de samlede tiltak.

Protokollen krever imidlertid ikke at spørsmålet om konvensjonsbrudd reises som ledd i et erstatningskrav eller et angrep på et forvaltningsvedtak. Protokollen synes å åpne for at man i klager til komiteen kan vise til sin generelle situasjon og kreve at det på det grunnlag fastslås krenkelse av retten til arbeid, sosialtrygd, bolig eller annet. Det virket altså som om det kan fremmes generelle krav med påstand om at det norske systemet er utilstrekkelig, og at klageren er rammet av dette. Slike saker vil foranledige spørsmål under tvisteloven § 1-3.

I utgangspunktet er søksmålsbetingelsene i tvisteloven ganske restriktive for søksmål om at en regel, praksis, handling eller situasjon er rettsstridig, lovstridig eller konvensjonsstridig. Avgjørelsen i Rt. 1994 s. 1244 (kvinnefengselsaken) kan tjene som eksempel. På den annen side stiller EMK art. 13 og SP art. 2(3) krav om en effektiv prøvingsrett nasjonalt. Bestemmelsene krever riktignok ikke at

prøvingen skjer ved en domstol, men i fravær av andre muligheter vil domstolsbehandling være det eneste praktiske. På den bakgrunn har adgangen til å få dom for menneskerettighetskrenkelser i norske domstoler blitt viet mye oppmerksomhet siden menneskerettsloven trådte i kraft.

I forarbeidene til tvisteloven gjorde Justisdepartementet<sup>113</sup> gjorde grundige avveininger av spørsmålet:

”På den annen side forekommer det tilfeller hvor det ikke finnes noe annet rettsmiddel til å få prøvd menneskerettsstrid enn søksmål for domstolene. Departementet anser det som utvalget klart at det må være adgang til å få fremmet et slikt søksmål når den aktuelle menneskerettskonvensjon stiller krav om et effektivt rettsmiddel, slik EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 gjør. Departementet viser her også til avgjørelsen i Rt-2003-301, som gjaldt et søksmål for å få prøvd om iverksettelse av en undersøkelsessak etter barnevernloven § 4-3 var i strid med EMK, jf 11.8.1 foran. Departementet er enig med utvalget i at dette hensiktsmessig kan oppnås innenfor rammen av den alminnelige regel om søksmålsbetingelsene i lovforslaget § 1-3.”

Spørsmålene er også behandlet i en rekke høyesterettssaker<sup>114</sup> etter at menneskerettsloven trådte i kraft. Selv om det kan være visse problemer med å avstemme alle avgjørelsene, tegner den samlede praksis etter min oppfatning et ganske klart bilde. Det klare utgangspunkt er at det må være adgang til domstolsprøving så langt konvensjonene krever det, og det betyr at man om nødvendig må utvide de rammer som tradisjonelt har vært satt. Hittil har spørsmålene i hovedsak handlet om rekkevidden av EMK art. 13, og det har blitt konkludert med at denne gir krav på dom for konvensjonsbrudd i større grad enn det som ellers ville vært tillatt etter norsk prosessrett. Forutsetningen må imidlertid være at spørsmålet ikke med rimelighet kan prøves på annen måte. I det siste ligger både i) at det ikke vil kunne gjøres krav på domstolsbehandling i større grad enn det reglene ellers tillater dersom det er andre tilgjengelige rettsmidler, og ii) at det ikke vil være adgang til å få særskilt dom for menneskerettighetsbrudd der konvensjonsspørsmålene kan reises prejudisielt som ledd i prøvingen av andre krav. I tillegg synes det ut fra rettspraksis klart at det ikke er grunnlag for å gjøre regelrette unntak fra aktualitets- og tilknytningskravene i § 1-3, men at det ikke vil stilles strenge krav til behovet for rettslig avklaring der spørsmålet er om det er begått menneskerettighetsbrudd. Det siste må imidlertid vurderes individuelt i lys av den påståtte krenkelsens alvorlighet mv.

I motsetning til SP og EMK, inneholder ikke ØSK en bestemmelse om rett til effektiv prøving<sup>115</sup>. Den rettspraksis som gjelder utvidelser av søksmålsadgangen på grunn av menneskerettsforpliktelser til effektiv prøving, er derfor ikke umiddelbart overførbart. Det kan imidlertid heller ikke være slik at

---

<sup>113</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) pkt. 11.8

<sup>114</sup> Se særlig Rt. 2001 s. 1123, Rt. 2003 s. 301, Rt. 2006 s. 460, Rt. 2006 s. 769, Rt. 2006 s. 1451, Rt. 2008 s. 513 og Rt. 2009 s. 477

<sup>115</sup> Bakgrunnen for er antakelig at ØSK-rettighetene skal realiseres gradvis, og at man opprinnelig ikke anså individklager som en naturlig måte å håndheve rettighetene på, se bl.a. avsnitt 3.6.

man fra fraværet av en klar bestemmelse om effektiv prøvingsrett kan slutte at de alminnelige norske begrensninger må gjelde. Til tross for at ØSK art. 2 ikke eksplisitt inneholder en rett til effektiv prøving, har ØSK-komiteen uttalt at den alminnelige forpliktelsen i art. 2(1) til å gjennomføre konvensjonen ved "alle egnede midler", kan inkludere en rett til domstolsprøving:

"Having already examined the terms of article 2(1) in its General Comment No. 3, the Committee reiterates that in order to achieve progressively the full realization of the Covenant, States parties must take deliberate, concrete and targeted steps within a reasonably short time after the Covenant's entry into force for the States concerned. The steps should include "all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures". In addition to legislation, the Committee understands the term "appropriate means" to include the provision of *judicial or other remedies*, where appropriate, as well as "administrative, financial, educational and social measures" (General Comment No. 3, para. 7, General Comment No. 9, paras. 3-5, 7)" (kursivert her).<sup>116</sup>

Om dette skal forstås slik at statene plikter å åpne for effektive rettsmidler i samme utstrekning som etter EMK art. 13 og SP art. 2(3), er imidlertid ikke opplagt. I General Comment No. 3 som det vises til, antydes det bare forsiktig at det bør åpnes for domstolsprøving av de rettigheter som etter internretten må anses egnede til domstolsbehandling, f.eks. vernet mot diskriminering:

"Among the measures which might be considered appropriate, in addition to legislation, is the provision of judicial remedies with respect to rights which may, in accordance with the national legal system, be considered justiciable. The Committee notes, for example, that the enjoyment of the rights recognized, without discrimination, will often be appropriately promoted, in part, through the provision of judicial or other effective remedies."<sup>117</sup>

Etter disse uttalelsene fremstår det som tvilsomt om det kan sies at statene etter ØSK har plikt til å utvide søksmålsgangen etter tvisteloven § 1-3 slik at den generelt gir adgang til dommer om konvensjonsbrudd (der spørsmålet ikke kan prøves på annen måte). Like fullt synes det av andre grunner å være nødvendig dersom Norge skulle ratifisere protokollen.

Selv om ØSK ikke inneholder en bestemmelse om effektiv prøvingsrett, er det vanskelig å skjønne annet enn at subsidiaritetsprinsippet må gjelde for denne klageordningen som for andre. Det tilsier i så fall at det må åpnes for prøving nasjonalt i minst samme utstrekning som ØSK-komiteen vil prøve påståtte brudd. Subsidiaritetsprinsippet handler om at påståtte menneskerettighetsbrudd primært skal prøves og repareres nasjonalt. Det er i alle parter interesse. Borgerne bør slippe å trekke sin sak til en internasjonal komité for å få fastslått sin rett, staten har en interesse i å rydde opp selv og slippe å få avgjørelser mot seg, og hensynet til konvensjonsorganenes arbeidsbyrde tillater ikke at de

---

<sup>116</sup> E/C.12/2007/1, An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources" under an Optional Protocol to the Covenant, avgitt 21.9.2007

<sup>117</sup> General Comment No. 3, *The nature of States parties obligations*, vedtatt 19.12.1990, avsnitt 5

kan ta stilling til alle saker. Derfor er det vanskelig å tenke seg en klageordning der prøvesrett går lenger internasjonalt enn nasjonalt.

Dersom man skal ratifisere protokollen, må man derfor etter min oppfatning etablere en ordning som åpner for at påståtte brudd kan prøves og repareres nasjonalt. Antakelig må det innebære en tillemping av vilkårene etter tvisteloven § 1-3 – dersom man mener at det er domstolene som skal stå for prøvingen. Det er imidlertid ikke gitt. Man kan tenke seg at prøvingen legges til annet uavhengig organ. Spørsmålene om hvordan prøving av påståtte krenkelse skal skje nasjonalt, er i det hele tatt blant de spørsmål som bør vurderes og avklares dersom Norge skal ratifisere protokollen. Det gjelder både hvilke organer som skal prøve spørsmålene, og hvordan de utfordrende vurderingstemaene bør behandles.

## **11. OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER**

Norge har foreløpig åpnet for individklager til fire av FN-komiteene. Disse komiteene har til sammen registrert 27 saker mot Norge og funnet krenkelse i fem av dem. Noen av avgjørelsene har medført lovendringer, og en av dem har medført ny og fordyrende praksis i domstolene. Det kan likevel ikke hevdes at individklageordningene samlet sett har hatt vesentlig betydning for Norge hittil.

Statenes forpliktelser etter ØSK er formulert på annen og mindre umiddelbar måte enn forpliktelsene i SP og EMK, og det ble ved vedtakelsen av ØSK bevisst valgt ikke å etablere en individklageordning. Ingen av disse forhold kan imidlertid tilsa at statene ikke kan revurdere tidligere oppfatninger og nå etablere en individklageordning.

ØSK-rettighetene er vagt formulert, og det eksisterer bare et spinkelt rettskildegrunnlag som kan gi grunnlag for slutninger om hvor grensene går. Det er derfor uforutsigbart hvilket utfall individklagesaker vil få. Også de sivile og politiske rettighetene er imidlertid vage i utgangspunktet, og den utvikling det legges opp til med utfylling og konkretisering av ØSK-rettighetene, er rettslig sett ikke prinsipielt annerledes enn den utvikling SP og særlig EMK har vært gjenstand for gjennom individklagebehandling.

Enkelte av ØSK-rettighetene har en formulering og oppbygning som langt på vei sammenfaller med de sivile og politiske rettigheter. Det gjelder art. 8(1) bokstav a, art. 13(3) og art. 15(3). Saker om inngrep i disse rettighetene vil kunne behandles og avgjøres med samme tilnærming som Menneskerettskomiteen og EMD. Heller ikke prøvingen av saker om diskriminering vil representere noe nytt eller spesielle utfordringer. Både diskrimineringssaker og saker etter art. 8(1) bokstav a vil

imidlertid allerede kunne behandles av Menneskerettskomiteen. Ved å åpne for at samme saker også kan bringes inn for ØSK, åpnes det muligheter for forum shopping og dobbeltbehandling. Rettskrafts- og fristreglene er slik at en sak først kan bringes for ØSK-komiteen, og deretter for Menneskerettskomiteen.

Klagesaker om brudd på statenes positive forpliktelser etter de grunnleggende bestemmelsene om rett til arbeid, sosialtrygd, mat, bolig, helse osv. vil by på betydelige utfordringer. Protokollen art. 8(4) byr på en vurdering av om statens samlede tiltak for å etterleve forpliktelsene – landets ressurser tatt i betraktning – er rimelige. Vurderingstemaet er vanskelig, og det er ikke lett å forstå hvordan prøvingen skal skje i praksis. En reell prøving synes å forutsette et bevismateriale som virker vanskelig håndterlig innenfor rammene av komiteens prøving. Det er i dag grunn til å tro at statene vil ha en betydelig skjønnsmargin, men dette vil bero på ØSK-komiteens praksis. Protokollen art 8(4) inneholder ikke en eksplisitt referanse til skjønnsmarginen, tross en rekke forslag under utarbeidelsen av protokollen. Avgjørelser om brudd på positive forpliktelser griper inn i grunnleggende politiske spørsmål og kan, om de etterleves, medføre vesentlige endringer i lovgivning og budsjetter.

Norge har så langt etterlevd alle avgjørelser fra FN-komiteene, og det finnes uttalelser både fra lovgiver og Høyesterett om at avgjørelsene bør ha vekt omtrent som dommer fra EMD. Det er grunnlag for å diskutere denne oppfatningen, og det bør gjøres i forbindelse med en ev. tilslutning til protokollen. Det bør også vurderes hvordan prøvingen av saker som reiser spørsmål om krenkelser av ØSK skal skje nasjonalt. Den prøving det legges opp til etter art. 8(4), kan stå i et anstrengt forhold til tvisteloven § 1-3.

## VEDLEGG

### **MENNESKERETTIGHETENES STILLING I NORSK RETT**

#### **1. Innledning**

Menneskerettighetenes stilling i norsk rett har vært gjennom en betydelig utvikling de siste tiårene. Det er grunnlag for å hevde at menneskerettighetene har fått betydelig økt gjennomslagskraft, og denne utviklingen kan være relevant bakgrunn i vurderingen av om det bør individklageordning for ØSK med virkning for Norge. Det redegjøres i dette vedlegget ganske detaljert for den utviklingen.

#### **2. Menneskerettighetenes gjennomslagskraft før menneskerettsloven**

EMK ble vedtatt 4.11.1950, ratifisert av Norge 15.1.1952 og trådte i kraft for Norge 3.9.1953. Konvensjonen ble første gang påberopt i den såkalte Iversen-saken i Rt. 1961 s. 1350 om en tannleges tjenesteplikt etter (midlertidig) lov om sivil tjenesteplikt for tannleger av 21.6.1956. Blant spørsmålene i saken var forholdet mellom lovens tjenesteplikt og forbudet i EMK art. 4 (2) mot "tvangsarbeid eller påtvunget arbeid". Høyesterett konkluderte med at det ikke var "noen motstrid mellom konvensjonen og vedkommende norske lov", og fant derfor at det ikke var nødvendig å gå "inn på spørsmålet om hvilken av disse sin i tilfelle av konflikt må gis fortrinnsrett". Omtrent siden da har det vært en pågående debatt om menneskerettighetenes stilling i norsk rett, med vedtakelsen av menneskerettighetsloven som den viktigste milepælen, men på ingen måte som en sluttstrek.

Rettskildemessig har debatten om menneskerettighetenes stilling i norsk rett vært en del av debatten om det generelle forholdet mellom folkeretten og norsk rett. Det grunnleggende utgangspunkt for den debatten er det dualistiske prinsipp: at folkeretten og norsk rett er separate rettssystemer. Ut fra tradisjonelle synspunkter innebærer det dualistiske prinsipp at folkeretten ikke er en del av norsk rett, dvs. at den ikke skaper rettigheter eller plikter for norske borgere, og at en traktat må gjennomføres i norsk rett (ved særskilt vedtak) for at den skulle påberopes og anvendes av norske domstoler (og andre rettsanvendere). Det dualistiske prinsipp suppleres imidlertid av det såkalte presumsjonsprinsippet, dvs. at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med folkeretten, og at man ved tolkningen av norsk lov, om mulig, bør velge en tolkning som innebærer at loven er i samsvar med folkeretten. Gjennom presumsjonsprinsippet kan altså folkeretten få betydning som tolkningsfaktor ved tolkningen av norske lover; den blir en rettskildefaktor det kan hentes argumenter fra ved kartleggingen av norsk rett.

Tradisjonelt ble presumsjonsprinsippet ansett bare å gjelde den såkalte alminnelige folkerett (den uskrevne folkerett), mens traktater måtte gjennomføres i norsk rett for å kunne bli relevante rettskilder. Dette synet tapte imidlertid tidlig støtte, og allerede i 1961 – i den første saken der EMK ble påberopt – er det ikke reist noen spørsmål ved om domstolene kunne ta konvensjonen i betraktning.

For menneskerettighetenes gjennomslagskraft i Norge innebærer presumsjonsprinsippet at der en lov åpner for flere tolkninger, bør man velge en tolkning som sikrer at menneskerettighetene etterlevs. På den måten har konvensjonene, og særlig EMK, fått betydning, og til dels betydelig gjennomslagskraft, i flere saker. At EMK hadde rettskildeværdi gjennom presumsjonsprinsippet lå under flere av de tidlige Høyesterettsavgjørelser der EMK ble påberopt, og ble eksplisitt uttalt i Rt. 1984 s. 1175 i en sak som gjaldt spørsmålet om en som var tvangsinnlagt i psykiatrisk sykehus i medhold av sikringsdom kunne kreve prøving av innleggelsen etter lov om psykisk helsevern § 9a, noe verken lovteksten eller forarbeidene tilsa. Høyesterett ga uttrykk for presumsjonsprinsippet på følgende generelle måte:

”Verken ordlyden i loven av 1961 - slik denne lyder etter lovrevisjonen i 1969 - eller lovforarbeidene gir direkte veiledning om hvorvidt adgangen til å kreve rettslig overprøving også står åpen for den som er tvangsinnlagt i psykiatrisk sykehus i medhold av sikringsdom. Avgjørelsen må treffes ut fra de reelle hensyn som her gjør seg gjeldende, herunder det hensyn at norsk lov så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater som Norge er bundet av - i dette tilfelle Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.”

Høyesterett fant etter bl.a. en gjennomgang av to relevante dommer fra Strasbourg at ”viktige rettssikkerhetshensyn” tilsa at sikringsdømte burde ha slik adgang. Uten at det sies eksplisitt, er det et klart inntrykk at forholdet til EMK art. 5 spilte en vesentlig rolle.

Noe annet er imidlertid hva som skal ha fortrinn av loven og menneskerettighetene der det ikke kan skje en harmonisering gjennom tolkning av den norske lovteksten. I situasjoner der det er på det rene at den norske loven må forstås på en måte som innebærer at den er i strid med menneskerettighetene, oppstår spørsmålet om norske domstoler skal opprettholde eller sette til side den løsning som følger av loven. Dersom vedkommende menneskerettighetskonvensjon ikke er inkorporert (eller på annen måte gjennomført i norsk rett), tilsier det dualistiske prinsipp at norske domstoler må opprettholde det resultat som følger av den norske loven<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> Dersom konvensjonen er inkorporert, står norske domstoler derimot overfor en kollisjon mellom to rettsnormer som begge ”tilhører” norsk rett, og må – i fraværet av føringer fra lovgiver – løse dette gjennom alminnelige prinsipper for harmonisering av motstrid.

En rekke svært tunge debattanter har likevel helt siden debattens tidlige faser tatt til orde for at menneskerettighetene bør gå foran, dvs. at norske domstoler ikke skulle være tvunget til å anvende norsk rett i strid med konvensjonen. Allerede i 1963 argumenterte daværende høyesterettsjustitiarius Terje Wold i de baner<sup>119</sup>. Han mente at EMK måtte anvendes av norske domstoler, også om det forelå motstridende norsk lov. Dette begrunnet han bl.a. ut fra prinsippene i EMK art. 13 om krav på effektiv prøving av en nasjonal instans. Dersom domstolene ikke skulle anvende EMK slik, ville man komme i en situasjon hvor norske domstoler ble nødt til å anvende norsk lov i strid med konvensjonen, hvoretter den enkelte borger kunne bringe saken inn for konvensjonsorganene.

I en prøveforelesning (til doktorgraden) påfølgende år ga Carsten Smith uttrykk for tilsvarende syn, om enn med en noe annen begrunnelse. Hans utgangspunkt var at folkeretten må anses som en del av norsk rett, og han mente at dersom det skulle oppstå motstrid mellom norsk lov og EMK, måtte det her som ellers foretas en totalvurdering, hvor bl.a folkerettsregelens legislative styrke vil spille inn. Senere har bl.a. Jan Helgesen, Carl August Flesicher og Rolv Ryssdal gitt uttrykk for at menneskerettighetsbestemmelser må veie så tungt at de bør gå foran norsk lov ved motstrid<sup>120</sup>. Helgesen ga uttrykk for at det ikke burde bare gjelde EMK, men også andre menneskerettighetskonvensjoner Norge er bundet av.

Synspunktene er svært prinsipielle og fremmet av svært tunge aktører i rettsdebatten, og det er i ettertid interessant å notere at synspunktene var fremme i debatten allerede i menneskerettighetskonvensjonenes barndom. Det kan likevel fastslås at de ikke fikk gjennomslag i norske domstoler. Det ble forut for menneskerettighetsloven ikke avsagt noen avgjørelser der Høyesterett åpent gir menneskerettighetene forrang fremfor norsk lov. I en prinsippavgjørelse i Rt. 1997 s. 580 (OFS-saken) om konvensjonsmessigheten av et streikeforbud nedfelt ved tvungen lønnsnemnd ble dette prinsipielt fastslått:

”Bestemmelser i menneskerettighetskonvensjoner Norge har ratifisert og avgjørelser av EMD kan likevel få internrettslig virkning ved at norske lovbestemmelser uttrykkelig fastslår at lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat, jf eksempelvis tvistemålsloven § 36a og straffeprosessloven § 4. Konvensjoner om menneskerettigheter, avgjørelser av EMD og anerkjente folkerettslige prinsipper kan også få internrettslig virkning fordi norsk rett antas å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran. Jeg nevner som eksempel at Stortingets utenriks- og konstitusjonskomite ved behandling av lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen

---

<sup>119</sup> Terje Wold, Den europeiske menneskerettskonvensjon og Norge, artikkel i Legal essays : a tribute to Frede Castberg on the occasion of his 70th birthday 4 July 1963

<sup>120</sup> En mer detaljert oversikt over debatten og synspunktene er gitt i pkt. 5.6 i NOU 1993: 18.

uttalte at norske domstoler må anvende lover, selv om dette medfører brudd på norske folkerettslige forpliktelser, jf Innst.O.nr.14 (1992-93 ) sidene 4-5.”

Som det vises til i sitatet fra OFS-dommen, ble det fra midten av 1980-tallet innført en del lovbestemmelser som regulerte forholdet til folkeretten innenfor lovens anvendelsesområde. Bestemmelsene fastslo at de forskjellige lovene gjaldt med ”de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”<sup>121</sup> eller at de skulle ”anvendes i samsvar med internasjonale bestemmelser Norge er bundet av”<sup>122</sup>. Den første av disse bestemmelsene var straffeprosessloven § 4, og bakgrunnen for den var ikke menneskerettighetene, men den norske ratifikasjonen av de fire Genèvekonvensjonene om havets folkerett. Det ble likevel klart at bestemmelsene også omfattet menneskerettighetskonvensjonene slik at de også skulle gå foran ved motstrid. Med innføringen av disse såkalt ”sektormonistiske” bestemmelsene, fikk derfor menneskerettighetene – iallfall teoretisk – økt gjennomslagskraft på de områdene bestemmelsene gjaldt. Bestemmelsene sier imidlertid ingenting om hva som skal til for å konstatere motstrid, og Høyesterett anla en metode som gjør at det kan stilles spørsmål ved i hvilken grad bestemmelsene egentlig medførte økt gjennomslagskraft for menneskerettighetene. I Rt. 1994 s. 610 (den såkalte bølgepappkjennelsen) om adgangen til å benytte forklaringer innhentet av prismyndighetene i en straffesak, uttalte Høyesterett seg generelt om menneskerettighetskonvensjonenes betydning:

”De tiltalte gjør gjeldende at det – uansett hva intern rett fører til – følger av rettssetninger som kan utledes av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og FN-konvensjonen om politiske og sosiale rettigheter, begge tiltrådt av Norge, at forklaringene må avskjæres som bevis i straffesaken. Ialffall må dette gjelde de forklaringer som de tiltalte har avgitt.

Til dette bemerker jeg først at jeg er enig i at norske domstoler må anvende prosessreglene på strafferettens område slik at rettergangen blir forenlig med våre traktatforpliktelser, og at det kan bli tale om å sette de norske regler til side om det skulle foreligge motstrid, jf straffeprosessloven § 4. For at en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den bør tillegges en slik virkning. Særlig må dette gjelde, antar jeg, dersom det blir tale om å endre en rettsstilling som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis. Ved bedømmelsen av hvorvidt en avgjørelse truffet av en internasjonal domstol skal gis en slik virkning i nasjonal rett, er det også av betydning om den bygger på et saksforhold i faktisk og rettslig henseende, som er jevnførbart med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol.”

Høyesterett stilte derved ganske strenge krav til rettskildegrunnlaget for at vedkommende menneskerettighetsbestemmelse er i strid med norsk lovgivning. Bakgrunnen er antakelig menneskerettighetenes gjennomgående generelle (og til dels vage) utforming. Konvensjonsbestemmelsene utvikles gjennom konvensjonsorganenes praksis, og Høyesteretts

---

<sup>121</sup> Straffeprosessloven § 4, tvistemålsloven § 36a og tvangsfullbyrdelsesloven § 1-4.

<sup>122</sup> Utlendingsloven (av 1988) § 4.

uttalelse skal antakelig forstås slik at det måtte følge klart og entydig av denne praksisen at bestemmelsen var til hinder for det resultat som ellers ville ha fulgt av en tolkning av den norske loven. I dette lå antakelig et krav både om at avgjørelsene fra Strasbourg gjaldt systemer og livsforhold som var sammenliknbare med de norske, og at avgjørelsene var så klart utformet at de etterlot liten grad av tvil.

### **3. *Menneskerettighetenes gjennomslagskraft etter menneskerettsloven***

Ved menneskerettsloven av 21.5.1999 ble EMK, SP og ØSK inkorporert i norsk rett, og da slik at de "ved motstrid [skal] gå foran bestemmelser i annen lovgivning". Forrangsbestemmelsen reiser en rekke prinsipielle rettskildemessige spørsmål, ikke minst når det gjelder senere lovbestemmelser – og ganske særlig bestemmelser lovgiver har vurdert konvensjonsmessigheten av. Slike spørsmål er imidlertid ikke tema for denne utredningen.

Det er neppe tvilsomt at menneskerettsloven har hatt stor betydning for menneskerettighetenes gjennomslagskraft, og det var også meningen. Allerede lovens tittel forklarer at poenget var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Ifølge Menneskerettsutvalget var det vesentligste hensyn signaleffekten, dvs. at "innarbeidelse av konvensjonene i lovgivningen oppfattes som en ny understrekning av at norske myndigheter tar menneskerettighetene alvorlig"<sup>123</sup>. Det ble også poengtert at inkorporasjon kunne "styrke gjennomslaget for norske myndigheters og ikke-statlige organisasjoners arbeid for respekt for menneskerettighetene i andre land, og generelt bidra til å øke menneskerettighetenes internasjonale status. Slik sett vil inkorporasjon av menneskerettighetskonvensjoner være et uttrykk for solidaritet med dem som kjemper for menneskerettighetene i land hvor brudd på rettighetene er et stort problem". Men selv om signaleffekten kanskje var det mest sentrale hensyn, ble det både av utvalget og departementet poengtert at loven også skulle sikre at norsk lovgivning tilfredstiller kravene i menneskerettighetskonvensjonene, i tillegg til å spre kunnskap om konvensjonene.

I Innst.O.nr.51 (1998-1999) ga også Justiskomiteen uttrykk for signalverdien. Det ble fremholdt at loven var "ei understreking av at norske styresmakter tek menneskerettane på alvor", og loven "vil styrke rettstryggleiken til eigne borgarar og samstundes gje oss truverde i vårt internasjonale arbeid". Det ble imidlertid også presisert at loven skulle bidra til at menneskerettighetene skulle sikres av domstolene:

---

<sup>123</sup> NOU 1993: 18 s. 82.

”Komiteen er samd med departementet i at dei grunnleggjande menneskerettskonvensjonar bør innarbeidast i lovgjevinga. Gjeldande praksis, som går ut på at ein utan vidare nøyer seg med å konstatere eller skape rettsharmoni gjennom atterhald eller spredte lovendingar, bør ein gå bort frå. Sjølv om konvensjonane er ratifisert frå norsk side og Noreg er bunden av dei, gjer vi dei uttrykkjeleg operative for norske domstolar gjennom lov. Med denne lovfestinga sikrar vi at menneskerettar fullt ut vert lagde til grunn ved norske domstolar.”

At menneskerettighetenes stilling i norsk rett ble styrket ved menneskerettsloven, skyldes en rekke forhold. Det viktigste i praksis er antakelig at kunnskapen om konvensjonene, og særlig EMK, raskt ble en helt annen. EMK ble satt på dagsordenen og ble, enkelt sagt, tatt i bruk av norske jurister. Resultatet ble en eksplosjonsartet vekst i antallet saker for norske domstoler der EMK påberopes. I NOU 1993: 18 pkt. 5.3.1 har utvalget tatt inn en list over saker der menneskerettskonvensjoner var påberopt for Høyesterett fra EMK trådte i kraft i 1953 og i de 40 årene frem til utvalgets rapport ble avgitt. Listen er på ca. 50 saker, hvorav i underkant av 40 gjaldt EMK. Til sammenlikning viser lovdatasøk foretatt i august 2011 at Høyesterett (eller kjæremålsutvalget eller ankeutvalget) i de tolv årene som har gått fra menneskerettslovens ikrafttredelse har avsagt 727 avgjørelser som inkluderer uttrykket ”EMK”. I tillegg kommer enkelte avgjørelser der man ikke har brukt forkortelsen ”EMK”, men heller konvensjonens fulle tittel i en eller annen form<sup>124</sup>. Denne sterkt økte anvendelsen av konvensjonene innebærer utvilsomt en *faktisk* styrking av menneskerettighetene.

Menneskerettighetene er imidlertid også *rettslig* styrket. Det har etter min oppfatning skjedd på iallfall to måter. Den mest iøynefallende er selve forrangsbestemmelsen. Selv om forrang også kunne utledes av de såkalt ”sektormonistiske” bestemmelsene, har det vært en styrke for konvensjonene at forrang ble knesatt som et generelt prinsipp. Jeg er som sagt ikke kjent med noen avgjørelser fra forut for menneskerettsloven der Høyesterett (eller andre domstoler) under henvisning til menneskerettighetene åpent satte til side løsninger som fulgte av norsk rett. Etter menneskerettsloven har det derimot skjedd flere ganger. Dobbeltstraffavgjørelsene er kanskje de beste eksemplene.

Det har i Norge vært tradisjon for at ett og samme faktum kan medføre både forvaltningsmessige reaksjoner og straff. Det har også vært tradisjonen at forvaltningens fagmyndigheter behandler den forvaltningsmessige siden av saken, mens politiet og domstolene behandler ev. straffereaksjoner. Fra 2002 har Høyesterett behandlet en rekke saker om det såkalte dobbeltstraffforbudet i EMK P7-4<sup>125</sup> der spørsmålet har vært om ilagte forvaltningsmessige reaksjoner (med et pønalt eller på annen

---

<sup>124</sup> Varierende bruk av ”EMK”, ”Den europeiske menneskerettskonvensjon” og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon” gjør det vanskelig å fremskaffe en eksakt oversikt ved hjelp av søkefunksjoner alene.

<sup>125</sup> Mer presist: forbudet mot at person (eller annet rettssubjekt) strafforfølges på ny for det samme forhold som han tidligere er straffet eller frifunnet for. P7-4 er altså en regel om negativ materiell rettskraft. Den skal sperre for ny strafforfølgning der dette allerede er gjennomført.

måte straffeliknende karakter) er til hinder for senere strafforfølgning på grunnlag av samme faktum. Høyesterett har bl.a. funnet at tilleggsskatt (både ordinær tilleggsskatt på 30 % og forhøyet tilleggsskatt) er til hinder for senere strafforfølgning<sup>126</sup>. Det samme gjelder bl.a. tilleggsavgift etter merverdiavgiftloven<sup>127</sup>, utestengning fra dagpenger etter folketrygdloven kap. 4<sup>128</sup> og tvangsplassering i barnevernet<sup>129</sup>. Virkningen av avgjørelsene var, i korte trekk, at senere strafforfølgelse likevel ikke kunne skje, til tross for at norsk lovgivning åpnet for det og at påtalemyndigheten fant det ønskelig. Derfor er det vanskelig å se på dette som annet enn rene motstridstilfeller der menneskerettighetene er gitt forrang i tråd med menneskerettsloven § 3. Det er videre grunn til å mene at resultatet måtte ha blitt et annet i fraværet av en lovfestet forrangsregel.

Den andre måten menneskerettighetenes rettslige stilling er styrket på, er etter min oppfatning gjennom domstolenes metodiske tilnærming til spørsmål om forholdet mellom menneskerettighetskonvensjonene og (tradisjonell) norsk rett. Som nevnt tok Høyesterett i Bølgepappkjennelsen i 1994 det utgangspunkt at en regel som kan bygges på folkerettslige kilder, må fremtre som "tilstrekkelig klar og entydig" for at den skal kunne gis forrang. Dette er vanskelig å forstå som annet enn et krav til klar praksis for konvensjonsorganene, og avgjørelsen tilsa at norske domstolers rolle burde være begrenset til å undersøke om det forelå tilstrekkelig klar praksis fra konvensjonsorganene til at man kunne konstatere konvensjonsstrid. I fravær av slik praksis, skulle man følge den norske regelen. I dette ligger at i fravær av klar praksis skulle norske domstoler ikke selv utvikle konvensjonen eller analysere dens grenser. Dette synspunktet ble fulgt opp i en rekke utvisningssaker der det ble uttalt at den skjønnsmargin (*margin of appreciation*) som innrømmes medlemsstatene av de internasjonale håndhevingsorganene, også må legges til grunn av norske domstoler<sup>130</sup>.

I forarbeidene til menneskerettsloven analyserte departementet betydningen av forrangsbestemmelsen, men la ikke klare føringer på hva som skal til, eller hvordan domstolene skulle gå frem, for å konstatere motstrid. Bølgepappkjennelsen ble kommentert flere steder, uten at departementet tok avstand fra den. I Ot. prp. nr. 3 (1998-99) s. 40-41 het det:

"På enkelte rettsområder finnes det i gjeldende lovgivning bestemmelser som gir internasjonale forpliktelser - herunder bestemmelser i menneskerettskonvensjoner - forrang fremfor de bestemmelser som ellers følger av loven (se kapittel 3.2.3). I forhold til menneskerettskonvensjoner, og da særlig den europeiske menneskerettskonvensjon, har man særlig erfaring med dette på straffeprosessens område gjennom bestemmelsen i

<sup>126</sup> Se bl.a. Rt. 2002 s. 557, Rt. 2004 s. 465, Rt. 2004 s. 1868 og Rt. 2010 s. 1121.

<sup>127</sup> Rt. 2003 s. 532

<sup>128</sup> Rt. 2003 s. 264

<sup>129</sup> Rt. 2003 s. 1827

<sup>130</sup> Rt. 1996 s. 551, Rt. 1996 s. 561, Rt. 1996 s. 568, Rt. 1996 s. 1510 og Rt. 1998 s. 1795

straffeprosessloven §4. Den grunnleggende avgjørelsen i Høyesterett om anvendelsen av denne bestemmelsen er den såkalte Bølgepappkjennelsen, jf Rt-1994-610.

Departementet foreslår at en tilsvarende forrang - i en noe annen språklig utforming - blir tatt inn i inkorporeringsloven. Dermed vil den ordning som er kjent fra straffeprosessens område - et felt hvor menneskerettighetene særlig står i fokus - bli gjort gjeldende generelt.<sup>131</sup>

Dette ble utdypet slik på s. 69:

”Departementet viser til de prinsipielle synspunkter i kapittel 8.4 foran, og til det syn som Høyesterett ga uttrykk for i Bølgepappsaken, Rt-1994-610 (på side 616-617). Det bør normalt bare bli tale om uten videre å legge avgjørende vekt på en uttalelse eller avgjørelse fra et konvensjonsorgan dersom den er klar og saksforholdet svarer til det som nå står for en norsk domstol. Hvis et av håndhevingsorganene har funnet at et spesielt saksforhold medfører en krenkelse av en av konvensjonene, er det vanligvis grunn til å tro at det vil komme til samme konklusjon også neste gang en tilsvarende sak blir forelagt det. Her som ellers er det imidlertid nødvendig å vurdere hvor langt presedensen rekker.”

Fra menneskerettslovens ikrafttredelse 21.5.1999 gikk det bare en drøy måned før Høyesterett første gang ble presentert for spørsmålet om norske domstolers anvendelse av EMK, og menneskerettslovens betydning i den anledning. Det var i den såkalte Rest-Jugoslavia-saken i Rt. 1999 s. 961 om sikkerhet for sakskostnader fra utenlandske saksøkere, noe som ble hevdet å være i strid med EMK art. 6. I den saken ga førstvoterende klart uttrykk for at norske domstolers rolle etter menneskerettslovens ikrafttredelse måtte være en annen en annen enn forutsatt i bølgepappkjennelsen. Staten hadde med grunnlag i bølgepappkjennelsen anført at det måtte være et vilkår for at A skulle kunne fritas fra å stille sikkerhet for saksomkostningene på grunnlag av EMK, at den EMK-baserte regel var tilstrekkelig klar og entydig. Dette var førstvoterende ikke enig i. Han viste til menneskerettsloven og forarbeidene til denne, bl.a. de uttalelser fra Justiskomiteen som er gjengitt ovenfor. Han uttalte deretter:

”Som det fremgår, forutsettes domstolene etter inkorporeringen av menneskerettigheter i norsk rett å foreta en selvstendig tolking av de menneskerettighetskonvensjoner som omfattes av inkorporasjonen. Ved tolkingen må domstolene blant annet legge vekt på praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol. Hvor stor vekt det skal legges på Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser, avhenger av hvor parallelt saksforholdet er, hvilken sammenheng uttalelsen er fremkommet i, og hvor klart og prinsipielt domstolen har uttalt seg, se Ot.prp.nr.3 (1998-99 ), side 68-69. Etter min mening vil det både være i strid med menneskerettslovens ordlyd og med Justiskomiteens uttalelse dersom domstolene i forhold til menneskerettighetsregler som omfattes av inkorporasjonsloven, skal operere med et synspunkt om at regelen må være tilstrekkelig klar og entydig for å kunne tilsidesette en annen norsk rettsregel.

Det at domstolene skal foreta en selvstendig tolking av de menneskerettighetskonvensjoner som omfattes av inkorporasjonsloven, innebærer imidlertid ikke at domstolene i alle tilfeller skal foreta full overprøving av de vurderinger som våre lovgivende myndigheter har foretatt.

---

<sup>131</sup> Ot. ptp. nr. 3 (1998-99) s. 40-41

Flere av bestemmelsene i menneskerettighetskonvensjonene gir uttrykk for målsetninger eller for at det skal foretas en avveining av motstående interesser. Ved overprøving av slike konvensjonsbestemmelser har Den europeiske menneskerettighetsdomstol innrømmet de nasjonale myndighetene en skjønnsmargin ("margin of appreciation"), se blant annet Einersen/Trier: Den europeiske menneskerettsdomstols prøvelseskompetanse - doktrinen om margin of appreciation, TfR-1991-side 570 ff. Ved tolkingen av menneskerettighetskonvensjonene må den skjønnsmargin som praktiseres av de internasjonale håndhevingsorganene, også legges til grunn av norske domstoler".

Flertallet på fire fulgte imidlertid ikke førstvoterende i dette spørsmålet:

"I drøftelsen av forholdet til de regler som følger av menneskerettighetskonvensjonen har jeg imidlertid på ett punkt et annet syn enn han. Blant annet under henvisning til en uttalelse i Innst.O.nr.51 (1998-99) distanserer førstvoterende seg fra den rettsoppfatning som er kommet til uttrykk i den såkalte bølgepappkjennelsen i Rt-1994-610. Denne rettsoppfatning tilkjenner at en regel som "kan bygges på folkerettslige kilder må fremtre som tilstrekkelig klar og entydig" for å slå gjennom overfor nasjonale prosessregler, og at dette især må gjelde dersom det er "tale om å endre en rettstilstand som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis".

Etter min mening er det verken nødvendig eller ønskelig å markere avstand til det som er sagt i bølgepappkjennelsen. Det kan nok reises tvil om rekkevidden og den nærmere betydning av rettsoppfatningen, som under enhver omstendighet må ses i lys av Høyesteretts praksis for øvrig når det gjelder forholdet mellom norske prosessregler og de regler som følger av EMK. Jeg går ikke nærmere inn på dette. . Det foreliggende saksforhold atskiller seg klart fra det som forelå i bølgepappsaken ved at det i den saken var spørsmål om generelt å sette til side den rettstilstand Høyesterett anså for å følge av norsk lovgivning. I vår sak er det ikke tale om å sette tvistemålsloven § 182 til side, men om å gjøre et unntak fra den eller - om man vil - fortolke den innskrenkende i et spesielt tilfelle hvor hensynet til individets rettsbeskyttelse gjør seg særlig sterkt gjeldende. Jeg kan således ikke se at uttalelsen i bølgepappkjennelsen er til hinder for det resultat førstvoterende går inn for og som jeg er enig i."

Fire av fem dommere ønsket altså ikke å markere motstand mot bølgepappformelen i den kjennelsen. Omslaget kom imidlertid under ett år senere, i den første plenumssaken om tilleggsskatt (Bøhlersaken) i Rt. 2000 s. 996. En enstemmig Høyesterett uttalte der:

"Selv om flertallet i denne avgjørelsen ikke ønsket å ta avstand fra klarhetsprinsippet, oppfatter jeg flertallet slik at det åpnet for en ikke ubetydelig modifikasjon av dette.

I forarbeidene til menneskerettsloven er klarhetskravet i bølgepappkjennelsen ikke uttrykkelig kommentert. I Justiskomiteens innstilling til Odelstinget blir det imidlertid fremholdt at et av formålene med inkorporeringen er at den « skal påverke rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan ». Komiteen viser i denne forbindelse til «domstolane sin fridom til sjølv å ha si eiga tolking av den internasjonale praksis og at denne fridomen naturleg vil få konsekvensar når det gjeld den vekt som for framtida må leggjast på norske rettsavgjerder frå perioden før inkorporeringa». I innstillingen blir det fremhevet som «det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis». Jeg viser til Innst.O.nr.51 (1998-1999) side 6 første spalte.

Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler. Ved harmonisering gjennom tolking kan en tilsynelatende motstrid falle bort.

Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkingsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.

I mange tilfeller kan det imidlertid være begrunnet tvil om hvordan EMK skal forstås. Dette kan for eksempel skyldes at flere av bestemmelsene i EMK er vage, og at det ved tolkingen av konvensjonen må foretas en avveining av ulike interesser eller verdier ut fra en felleseuropeisk rettsoppfatning eller praksis. Tvilen kan også skyldes at EMD ikke bare har som siktemål å avklare hva som følger av konvensjonen, men ved mange anledninger har fortolket konvensjonens bestemmelser dynamisk og rettskapende. EMD ser på EMK som « a living instrument which ... must be interpreted in the light of present day conditions », se for eksempel dom i saken Tyrer mot Storbritannia, 1978, Serie A nr. 26 ( EMD-1972-5856).

Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkingsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. Når det oppstår tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler - innenfor den metode som anvendes av EMD - også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.

Norske domstoler har ikke den samme oversikt som EMD over lovgivningen, rettsoppfatninger og praksis i andre europeiske land. Ved at norske domstoler ved avveining av ulike interesser eller verdier kan bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning, vil imidlertid norske domstoler kunne inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis. Dersom norske domstoler skulle være like dynamiske i sin fortolkning av EMK som det EMD er, ville man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på, vil dette kunne være uheldig.

På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen. Som alminnelig regel kan norske domstoler ved tolkingen av EMK heller ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. På grunnlag av konvensjonsorganenes praksis og de verdioppfatninger og tradisjoner som vårt samfunn bygger på, må norske domstoler søke å komme fram til hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås.”

Høyesterett uttrykte altså at dersom det er *rimelig klart* hva som følger av EMK, må norske domstoler legge dette til grunn selv om det er i strid med innarbeidet norsk lovgivning eller praksis. Så langt innebar ikke avgjørelsen et vesentlig avvik fra bølgepappkjennelsen. Dette var bare en endring fra ”klar og entydig” til ”rimelig klart”. Den store forskjellen gjaldt hvordan norske domstoler

skal opptre dersom det – ut fra konvensjonsorganenes praksis – *ikke* er rimelig klart hva som følger av EMK. Ifølge Høyesterett skal norske domstoler da selv ”søke å komme fram til hvordan konvensjonens bestemmelser skal forstås”. Det innebærer altså at norske domstoler selv skal tolke og kartlegge konvensjonens innhold. Det presiseres videre at norske domstoler i den øvelsen skal benytte samme tolkningsprinsipper som EMD, men slik at norske domstoler ikke skal være ”for dynamiske” og at de ikke skal bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.

Høyesteretts formuleringer om hvordan domstolene skulle forholde seg i tilfeller av tvil, skapte i ettertid en viss forvirring, men synspunktene ble presisert i plenumsavgjørelsen i Rt. 2002 s. 557 etter at Borgarting lagmannsrett hadde lest Bøhlerdommen slik at den stilte et krav om at den EMK-baserte regel måtte være rimelig klar for at det skulle konstateres motstrid:

”Det er videre i denne dommen på side 1007 flg. og i Rt-2001-1006 på side 1015-16, gitt uttrykk for at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettskonvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3. Når lagmannsretten har lagt til grunn at konvensjonstolkingen må være « rimelig klar » for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side, bygger den således på en misforståelse av Høyesteretts uttalelser i plenumsdommen fra 2000.”

Avgjørelsen er senere fulgt opp gjennom henvisninger i en rekke avgjørelser<sup>132</sup>. Høyesteretts redegjørelse i Bøhlersaken med de senere presiseringer i Rt. 2002 s. 557 synes derfor å ha festnet seg som den udiskutable forståelsen av hvordan norske domstoler skal forholde seg til menneskerettighetskonvensjonene.

#### **4. Er menneskerettsloven grunnlaget for dagens tilpasningsprinsipper?**

Når jeg nedenfor kommer til spørsmålet om Høyesteretts anvendelse av ØSK, kan det – iallfall prinsipielt – ha betydning hva som er grunnlaget for de tilpasningsmetoder Høyesterett har oppstilt. Det kan ha betydning om de skal anses som et utslag av menneskerettsloven (som også inkorporerer ØSK), eller om det er mer EMK-spesifikke prinsipper oppstilt på bakgrunn av EMKs særlig sentrale rolle (som igjen er en følge av den omfattende praksis som finnes fra Strasbourg).

---

<sup>132</sup> Rt. 2002 s. 764, Rt. 2002 s. 1271, Rt. 2003 s. 264, Rt. 2003 s. 359, Rt. 2004 s. 134, Rt. 2005 s. 833 og Rt. 2008 s. 1409.

Spørsmålet var oppe i plenumskjennelsen i Rt. 2003 s. 359. Høyesterett fikk der foranledning til å bekrefte at det har skjedd en betydelig endring i prinsippene for ”tilpasning mellom konvensjonen og andre norske rettsregler”, og også til å uttale seg om grunnlaget for endringen. Saken gjaldt gjenopptakelse av rettskraftige dommer i dobbeltforfølgningssaker. Domfellelsen hadde blitt rettskraftig i 1998, og spørsmålet var om gjenopptakelse kunne skje fordi Høyesterett i Rt. 2002 s. 557 hadde ”fraveket en lovtolkning som den tidligere har lagt til grunn”. Påtalemyndigheten anførte bl.a. at det var ”helt usannsynlig at den rettsoppfatningen Høyesterett bygde på i 2002, kunne ha fått gjennomslag i 1998”. Påtalemyndighetens hovedsynspunkt var at Høyesterett i 1998 ikke kunne ha kommet til samme resultat dersom man hadde anvendt klarhetskravet i Bølgepappkjennelsen. Det ble hevdet at vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 var avgjørende for at klarhetskravet ble oppgitt. Dette vant ikke påtalemyndigheten fram med. Høyesterett var enig i at ”resultatet i Rt. 2002 s. 557 neppe kunne vært nådd med det prinsipp for tilpasning mellom konvensjonen og andre norske rettsregler som det ble gitt anvisning på i Bølgepappkjennelsen”. Men Høyesterett fant at prinsippet ikke kunne anses forlatt som en følge av menneskerettsloven:

”Selv om klarhetsprinsippet først ble definitivt forlatt i Bøhlerdommen fra 2000, kan det etter min oppfatning ikke legges til grunn at det først ved menneskerettsloven ble etablert et slikt forrangsprinsipp som er nødvendig for det tolkningsresultat Høyesterett nådde i plenumskjennelsen fra 2002. Som påpekt av flertallet i avgjørelsen i Rt-1999-961, var EMK allerede før menneskerettsloven gjort til en del av norsk straffeprosess gjennom bestemmelsen i straffeprosessloven § 4. Det kan nok sies at loven skapte et «klima» for et større gjennomslag for konvensjonen, og derfor var viktig som tolkningsfaktor. Men det vil være å trekke dette for langt å si at den endrede rettsoppfatningen i kjennelsen 3. mai 2002 er et resultat av menneskerettsloven.”

Etter min oppfatning er disse synspunktene oppsiktsvekkende. Det er for så vidt riktig at forrangsregler kunne utledes av straffeprosessloven § 4, men det kunne jo da også vært gjort på tidspunktet for Bølgepappkjennelsen. Høyesterett viser i Bøhlerdommen til forarbeidene til menneskerettsloven, og tillegger disse tilsynelatende ganske stor betydning for den posisjon Høyesterett inntok. Det er videre på det rene at fire av dommerne i Rest-Jugoslavia-kjennelsen i 1999 ikke vil markere avstand til klarhetskravet. Hvordan Høyesterett da i 2003 kunne mene at klarhetskravet var oppgitt en eller annen gang mellom 1994 og 1998, fremstår som ganske mystisk.

Det er i denne sammenheng verdt å merke seg at Høyesterett senere har utlagt de nye tilpasningsprinsippene som en anvendelse av nettopp menneskerettighetsloven § 3, og i den sammenheng også har pekt på den lovgivervilje som lå bak menneskerettsloven. I Rt. 2005 s. 833 heter det:

”Men før jeg går inn på dette, og på vurderingen av forholdet til uskyldspresumsjonen i den foreliggende sak, viser jeg til de grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelsen av

forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 som er trukket opp av Høyesterett i plenumsdommen i Rt-2000-996, og senere flere ganger gjentatt, jf. plenumsdommene i Rt-2002-557 og Rt-2003-359. Det følger av disse at ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”

Dette utdypes ytterligere i Rt. 2008 s. 1409:

”Menneskerettsloven gjør EMK og SP til norsk rett. Etter lovens § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene « ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning ». Bak bestemmelsen ligger det en klar lovgivervilje om å styrke menneskerettighetene i norsk rett. De grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelse av forrangsbestemmelsen i § 3 er trukket opp i plenumsavgjørelsene i Rt-2000-996, Rt-2002-557 og Rt-2003-359.”

## **5. Særlig om FN-konvensjonene – SP**

Mange av de generelle uttalelsene i den praksis fra Høyesterett som er gjennomgått i pkt. 3, gjelder samtlige inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner. F.eks. sies det i Rt. 2002 s. 557 at ”norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan *en inkorporert menneskerettskonvensjon* skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av *konvensjonen*.” Samtidig handler de mer spesifikke drøftelsene av tolkningsprinsippene, forståelsen av konvensjonsorganenes praksis, skjønnsmarginer mv. utelukkende EMK. Slik sett dannes det et bilde av at det Høyesterett primært snakker om, er norske domstolers anvendelse av EMK.

Det foranlediger et spørsmål om Høyesterett vil forholde seg på samme måte til FN-konvensjonene. Som allerede redegjort for, drøftet Høyesterett i Rt. 2008 s. 1764 SPs gjennomslagskraft nøyte. Under overskriften ”[h]vilken gjennomslagskraft har Menneskerettskomiteens fortolkning av SP overfor intern norsk lovgivning?” drøftet Høyesterett rettskildeværdien av uttalelser fra Menneskerettskomiteen og fant at de måtte ha betydelig vekt som rettskilde. Det ble ikke sagt noe om situasjonen der det ikke foreligger klar praksis fra Menneskerettskomiteen, og jeg antar derfor at det må legges til grunn at Høyesteretts tilnærming til SP også i slike tilfeller vil være sammenfallende med den som gjelder EMK. Det vil i så fall si at man skal basere seg på den tolkning ”som har de beste grunner for seg”.

## 6. Særlig om FN-konvensjonene – ØSK

Hvilken tilnærming norske domstoler vil ha til ØSK er ikke avklart i samme grad. Riktignok omhandler mange av Høyesteretts uttalelser de inkorporerte konvensjonene generelt. Da gjelder de i utgangspunktet også ØSK. Så vidt meg bekjent har Høyesterett bare ved to anledninger kommet med uttalelser som kaster lys over norske domstolars anvendelse av ØSK. Den første gangen var i den såkalte KRL-saken, Rt. 2001 s. 1006. I den saken ble rettigheter i både EMK, SP og ØSK påberopt i et angrep på fritaksordningene fra KRL-faget. Høyesterett uttalte der:

”Etter menneskerettsloven er EMK, SP og ØSK med protokoller fra 21. mai 1999 inkorporert som norsk lov. ...

Ved den internrettslige anvendelse av konvensjoner som er inkorporert uten å være transformert til nasjonal lovtekst, må det tas stilling til om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt mål eller en minimumsstandard. Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter. Jeg viser til Ot.prp.nr.3 (1998-1999) side 11 med videre henvisning til NOU 1993:18 sidene 104-106 og proposisjonen side 23-24. Selv om konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK, jf. NOU 1993:18 sidene 125-126 og særlig sidene 164-165.

Når det er konstatert at en konvensjonsbestemmelse gir den enkelte konkrete rettigheter, må det tas stilling til forholdet mellom bestemmelsen(e) i konvensjonen og norsk rett. Dersom tolkingresultatet som følger av en inkorporert konvensjon framstår som rimelig klart, medfører forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at norske domstoler uten videre må anvende konvensjonsbestemmelsen selv om norsk lovgivning og praksis blir satt til side, jf. Rt-2000-996. I de tilfeller resultatet av tolkingen ikke framstår som rimelig klart, må norske domstoler foreta en selvstendig tolking av den enkelte bestemmelse i konvensjonen, jf. Rt-2000-996, Rt-2001-85 og Høyesteretts dom 23. mars 2001 i sak 2000/793 ( ( HR-2000-793). Ved denne tolking av EMK må domstolen anvende de samme prinsipper for tolking som EMD ...”.

I utgangspunktet skal det altså først gjøres en vurdering av om bestemmelsen er ”egnet til å bli umiddelbart anvendt av nasjonale myndigheter”. Dette igjen er et spørsmål om bestemmelsen kan ”konkretiseres til rettigheter og plikter”. Det sies imidlertid intet om hva som skal til for at bestemmelsen kan konkretiseres til rettigheter og plikter. Det kan være forskjellige grunner til at det er vanskelig å trekke konkrete rettigheter og plikter ut av en menneskerettsbestemmelse. En grunn kan være at det tilgjengelige rettskildematerialet er for lite. En prinsipielt annen grunn er at bestemmelsen har preg av politisk målsetning heller enn rettslig forpliktelse eller rettighet. Hvis fravær av rettskildemateriale skulle være tilstrekkelig til å si at rettigheten ikke kan konkretiseres, ville store deler av ØSK rammes. I lys av den senere uttalelsen om at ”spørsmålet om umiddelbar

anvendelse eksempelvis [kan] oppstå for visse bestemmelser i ØSK det”, og ikke minst i lys av de forarbeidene det vises til, er det imidlertid neppe det som er ment. Slik jeg forstår uttalelsen, inviteres domstolene til å vurdere bestemmelsens karakter, dvs. om den inneholder rettslige forpliktelser overfor enkeltpersoner eller om den har preg av uforpliktende målsetning. Dette harmonerer også best med den foregående setningen om at det overordnede er at det må ”tas stilling til om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt mål eller en minimumsstandard”.

Dersom domstolen finner at bestemmelsen ikke er av rettslig forpliktende karakter, vil virkningen være at bestemmelsen ikke skal anvendes av domstolen, altså at den ikke kan gi grunnlag for å sette norsk lovgivning eller praksis til side. Noe annet er spørsmålet om bestemmelsen likevel kan ha betydning som tolkningsfaktor – på samme måte som andre ikke-inkorporerte konvensjoner kan ha gjennom presumsjonsprinsippet. Det er så vidt jeg kan forstå ingen umulighet. Man kan tenke seg at man i valget mellom forskjellige tolkningsalternativer av en norsk lov, velger det alternativet som best ivaretar den påberopte konvensjonsrettigheten.

Dersom domstolen derimot finner at bestemmelsen er egnet til umiddelbar anvendelse, dvs. at den gir den enkelte rettigheter, skal metoden være som for EMD. Dersom det ut fra konvensjonsorganets er rimelig klart hva som følger av konvensjonen, skal dette uten videre legges til grunn. Er det derimot begrunnet tvil om hvordan konvensjonen skal forstås, må den norske domstolen foreta en selvstendig tolking av den bestemmelsen. I dagens situasjon der en individuell klageordning for ØSK ennå ikke har trådt i kraft, vil nasjonale domstoler i de færreste situasjoner stå overfor et rettskildemateriale som gir grunnlag for sikre konklusjoner. Det innebærer i praksis at der domstolen finner at den påberopte ØSK-bestemmelsen gir individuelle rettigheter, vil domstolen måtte foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Dette må gjøres på grunnlag av det spinkle rettskildematerialet som eksisterer (ev. generelle kommentarer samt konklusjoner i rapportbehandling). Dersom domstolen da skal velge det resultat som ut fra dens egen bedømmelse ”har de beste grunner for seg”, ligger det i kortene at domstolen står ganske fritt.

## **7. Oppsummering og synspunkter**

Høyesterett eliminerte ved avgjørelsen i Rt. 2002 s. 557 og de senere avgjørelser en enhver tvil om at klarhetskravet i bølgepappkjennelsen var forlatt. Det er i dag ingen tvil om at det tilligger norske domstoler å foreta en selvstendig tolkning av konvensjonene der hvor det er tvil om hvordan de skal forstås. Med den reservasjon at det *i første rekke* er konvensjonsorganene som skal utvikle konvensjonen, skal norske domstoler benytte samme metode som konvensjonsorganene og velge

den tolkning som har *de beste grunner* for seg. Norske domstolers rolle er ikke lenger å *konstatere* at konvensjonene, på bakgrunn av praksis fra konvensjonsorganene, er i strid med den løsning som følger av norsk rett. I fravær av klare føringer fra konvensjonsorganene, skal domstolene selv kartlegge konvensjonens innhold. Dersom den tolkning dommerne mener har de beste grunner for seg er i strid med norsk lovgivning eller praksis, må sistnevnte settes til side.

Som rettslig øvelse er denne metoden prinsipielt ikke vesensforskjellig fra den som benyttes ved prøving av en lovs eller et tiltaks grunnlovsmessighet. For domstolene er det i begge tilfeller spørsmål om å vurdere lovgivning opp mot en trinnhøyere norm, og da gjerne en norm som er vag og generell i sin utforming, og hvis innhold i større eller mindre grad har blitt konkretisert gjennom praksis. Forskjellene består i første rekke i tolkningsmetoder og tilgjengelig rettskildemateriale. Der grunnlovsspørsmål må løses ut fra tolkningsprinsipper fastsatt av Høyesterett selv, skal metodene ved anvendelsen av menneskerettskonvensjoner i utgangspunktet være konvensjonsorganenes. Rettskildematerialet er også et ganske annet. Ved kartleggelsen av innholdet i menneskerettskonvensjonene, vil praksis fra konvensjonsorganene stå sentralt, også der denne ikke er så klar at den kan sies å løse spørsmålet i seg selv. Særlig fra Strasbourg finnes det en så rikholdig praksis at det alltid vil finnes avgjørelser man kan trekke visse slutninger fra. I tillegg kommer at menneskerettskonvensjonene jo gjelder for et stort antall land, og at rettsavgjørelser fra andre land derfor kan kaste lys over konvensjonen. Den juridiske teori i konvensjonsspørsmål er også nærmest uendelig.

Den store forskjellen består likevel i at menneskerettighetene legger føringer på et mye større antall temaer og spørsmål enn Grunnloven. Dette understrekes av rikdommen i praksis fra konvensjonsorganene i Strasbourg og Genève, og etter hvert også fra våre nasjonale domstoler. Menneskerettighetene er et våpen for de kreative jurister. Det er bare fantasien som setter grenser for hvilke rettsspørsmål menneskerettighetene kan ha føringer på. For advokater handler det om å finne et spor eller vinkling som gjør at saken kan sies å berøre privatliv, ytringsfrihet, eiendomsrett eller annet. Det er etter min oppfatning slik sett liten tvil om at oppblomstringen av menneskerettigheter har medført at en lang rekke spørsmål som tidligere ville ha blitt ansett som politiske, i stedet får en rettslig ramme.

Gitt menneskerettighetenes vage utforming, innebærer overgangen fra klarhetskravet til den metode som er beskrevet og anvendt i avgjørelsene fra 2000 og 2002 etter min oppfatning en ikke uvesentlig endring i norske domstolers rolle og kompetanse. Norske domstoler har gjennom en *selvstendig kartlegging* av menneskerettighetenes innhold en adgang til å sette til side innarbeidet lovgivning eller praksis i et uoversiktlig antall tilfeller, og det kan også hevdes at det kan gjøres på et nokså fritt

grunnlag når det avgjørende til syvende og sist er hva domstolene mener har *de beste grunner* for seg. Satt helt på spissen kan det hevdes å innebære en adgang for domstolene til å erstatte det lovgiver mener har de beste grunner for seg til det domstolene mener har de beste grunner for seg.

Jeg presiserer at disse synspunkter ikke er uttrykk for kritikk mot domstolene. For det første er det svært gode holdepunkter for å hevde at domstolenes tilnærming til EMK er resultatet av en villet utvikling fra lovgivers side. Det er rekke uttalelser i forarbeidene, ikke minst fra justiskomiteen, som bygger oppunder at norske domstoler på selvstendig grunnlag skal tolke konvensjonen. Komiteen snakker riktignok om en "fridom til sjølv å ha si eiga tolking av den internasjonale *praksis*", og kan derfor neppe tas til inntekt for at norske domstoler skal velge det tolkningsresultat som domstolene mener at har de beste grunner for seg også i helt nye spørsmål der det ikke foreligger relevant praksis fra konvensjonsorganene. I praksis er dette imidlertid neppe en praktisk reservasjon. Med foreløpig unntak for ØSK, har konvensjonsorganene har gjennom årene produsert et så rikholdig rettskildemateriale at løsningen av konvensjonsspørsmål alltid vil ta utgangspunkt i avgjørelser fra konvensjonsorganene. Skal norske domstoler ha en frihet til å tolke og vektlegge disse avgjørelsene, har de i realiteten en frihet i kartleggingen av innholdet i rettighetene. Høyesterettspraksis om menneskerettighetene siden menneskerettslovens ikrafttredelse viser da også at Høyesteretts analyser kretser omkring avgjørelser fra Strasbourg eller Genève. Denne metoden, og den rollen den innebærer for norske domstoler, må derfor generelt kunne sies å ligge innenfor lovgivers forutsetninger ved vedtakelsen av menneskerettsloven.

For det annet finnes tungtveiende argumenter for at norske domstoler *må* ha en slik rolle. Konvensjonenes subsidiaritetsprinsipp bygger på at menneskerettighetsbrudd primært skal prøves og repareres nasjonalt. Da er det vanskelig å forestille seg et system der nasjonale domstolers prøving skulle være vesensforskjellig fra den som skjer av konvensjonsorganene. Norske domstoler må kunne gjøre en selvstendig vurdering av om de mener at den lovgivning eller praksis som angripes, er i strid med konvensjonene. Det er ikke tilstrekkelig at nasjonale domstoler bare skal undersøke om det foreligger klar praksis som utelukker den norske løsningen.

Noe annet er at prøvingen i konvensjonsorganene og i norske domstoler ikke fullt ut kan bli identiske. Rettskildematerialet, og vektingen av det, vil med nødvendighet være et annet for norske domstoler enn i Strasbourg. Det gjelder særlig nasjonale rettskilder. Uttalelser fra lovgiver vil ha større betydning for norske domstoler enn i konvensjonsorganene. Det gjelder ikke minst lovgivers uttalelser om konvensjonsmessigheten av en lov. Slike uttalelser vil neppe ha nevneverdig betydning i Strasbourg eller Genève, men det er grunn til å vente at norske domstoler tillegger dem vekt –

iallfall så lenge det ikke foreligger klar praksis som taler i en annen retning. Dette sies også eksplisitt av Høyesterett, se f.eks. Rt. 2005 s. 833:

” Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsopfatning.”

Tilsvarende må gjelde norske rettsavgjørelser. Særlig i ting- og lagmannsretten må høyesterettsavgjørelser om forståelsen av konvensjonene ha en helt annen vekt enn de vil ha i konvensjonsorganene.