

JURIDISK UTREDNING

Sosiale tjenester og menneskerettslige forpliktelser

Utført av Advokatfirmaet Wiersholm AS

v/ Jan Fougner, Erlend A. Methi og Mathias Bjerkøy

på oppdrag fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet

Innhold

1.	INNLEDNING	4
1.1	Utredningens bakgrunn og formål	4
1.2	Om arbeidet, metode, tematikken og avgrensninger	5
1.3	Oppsummering (norsk)	7
1.4	Summary (English)	9
2.	OM SOSIALE TJENESTER OG SOSIALTJENESTELOVEN	11
2.1	Bakgrunn, formål, definisjon mv.	11
2.2	Sosialtjenestelovens virkeområde	12
2.3	Nærmere om sosialtjenestelovens regulering av sosiale tjenester	13
3.	OVERORDNET OM MENNESKERETTLIGE RAMMER OG FORPLIKTELSER	15
3.1	Innledning	15
3.2	Særtrekk ved økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter – og sontringen mot sivile og politiske rettigheter	15
3.3	Gjennomføring, begrensingsadgang og skjønnsmargin (handlingsrom)	17
3.4	Betydningen av ulik gjennomføring i norsk rett	19
3.5	Folkerettslig metode – tolkningen av folkerettslige regler og særlig om traktatorganers praksis og uttalelser	20
4.	RELEVANTE KONVENSJONER OG BESTEMMELSER	25
4.1	Grunnloven	25
4.1.1	Innledning	25
4.1.2	Flere Grunnlovsbestemmelser dekkes av EMK-vernet	25
4.1.3	Grunnloven § 92	26
4.1.4	Grunnloven § 98 – diskrimineringsvern	26
4.1.5	Grunnloven § 110 første ledd andre punktum – rett til støtte fra det offentlige	26
4.1.6	Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum – barns økonomiske og sosiale trygghet	28
4.2	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)	29
4.2.1	Innledning	29
4.2.2	Overordnet om ØSK-rettighetene	29
4.2.3	ØSK artikkel 9 – sosial trygghet	30
4.2.4	ØSK artikkel 11 – tilfredsstillende levestandard	32
4.2.5	Skjønnsmargin, begrensingsadgang og minimumsrettigheter	34
4.3	Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)	36
4.3.1	Innledning	36
4.3.2	Aktuelle rettigheter under EMK	36
4.3.3	Jurisdiksjonsspørsmål / virkeområde	37
4.3.4	Statens skjønnsmargin på sosialtjenesteområdet	37
4.3.5	Nærmere om rommet for å stille vilkår	39
4.3.6	Betydningen av lovgivningen, prosess og "good governance"	40
4.3.7	Kort om forholdet til diskrimineringsvernet	42
4.3.8	Spørsmål om minimumsrettigheter (sosial nødhjelp, sikre husly mv.)	42
4.3.9	Europeisk konsensus	44
4.4	Den europeiske sosialpakt	44
4.4.1	Innledning	44
4.4.2	Sosialpaktens rettskildevekt i norsk rett	45
4.4.3	Sosialpaktens avgrensede virkeområde	47
4.4.4	Relevante bestemmelser i sosialpakten, særlig artikkel 13 og 31	48
4.4.5	Minimumsrettigheter for utlendinger som faller utenfor Sosialpaktens virkeområde?	49
4.5	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)	52

4.6	FNs barnekonvensjon og barns særlige rettigheter	53
4.6.1	Overordnet	53
4.6.2	Grunnloven § 104, barnekonvensjonens prinsipper og særlig om barnets beste	53
4.6.3	Barnekonvensjonens artikkel 26 og 27 om sosial trygghet og tilfredsstillende levestandard	55
4.7	Andre relevante konvensjoner	57
5.	SÆRLIG OM DISKRIMINERINGSVERNET	60
5.1	Innledning	60
5.2	Nærmere om reguleringene	60
5.3	Relevante diskrimineringsgrunnlag	62
5.4	Krav til sammenlignbarhet eller analoge situasjoner	63
5.5	Kravene til at forskjellsbehandlingen må være saklig, rimelig og forholdsmessig	63
5.5.1	Overordnet om vilkårene	63
5.5.2	Særlig om forholdsmessighetsvurderingen	65
5.5.3	Sikringsplikt, positiv forskjellsbehandling mv.	66
5.6	Nærmere om forskjellsbehandling på bakgrunn av oppholdsgrunnlag eller statsborgerskap	67
5.6.1	Enkelte utgangspunkter	67
5.6.2	Formål som kan begrunne forskjellsbehandling	68
5.6.3	Suverenitetsprinsippet og retten til å bestemme over egne grenser	70
5.6.4	Særlige spørsmål knyttet til uttalelser fra ØSK- og barnekomiteen	71
5.6.5	Momenter og trekk fra praksis ifm. forholdsmessighetsvurderingen	72
6.	SÆRLIGE PROBLEMSTILLINGER PÅ SOSIALTJENESTEOMRÅDET	78
6.1	Innledning	78
6.2	Handlingsrommet til å differensiere rettigheter mellom grupper	78
6.3	Betydningen av at en tjenestemottaker uten fulle rettigheter etter loven har barn	80
6.4	Adgangen til å kreve at en flyktning må bo i bosettingskommunen for å beholde retten til økonomisk sosialhjelp og hvor lenge man eventuelt kan opprettholde et slikt krav. Vil denne analysen forandre seg når den utenlandske borgeren f.eks. får permanent opphold eller norsk statsborgerskap?	81
6.5	Minimumsrettigheter for personer uten lovlig opphold	82
6.6	Muligheten for å innføre regler om, eller en praksis med, øvre økonomisk grense for tildeling av stønad, uavhengig av hvor mange medlemmer en familie som mottar stønad består av	85
6.7	Adgangen til å redusere stønaden ved brudd på vilkår	85
6.8	Omfanget av myndighetenes hjelpeplikt hvis det regulerte sikkerhetsnett har begrensninger	87
6.9	Betydningen av prosess	87
7.	FORKORTELSER	90
8.	KILDER	91

1. Innledning

1.1 Utredningens bakgrunn og formål

Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID) har engasjert Advokatfirmaet Wiersholm AS (Wiersholm) til å utføre en juridisk utredning av sosiale tjenester og menneskerettslige forpliktelser. Oppdraget ble gitt etter anbudskonkurranse og meddelt Wiersholm i brev av 4. oktober 2023. Deretter ble oppdragsavtale inngått.

AID ønsker med oppdraget å få oversikt over og mer kunnskap om menneskerettslige forpliktelser og implikasjonene disse har for utenlandske og egne statsborgeres rett til å motta sosiale tjenester, og da særlig implikasjonene for utenlandske borgere. Oppdragets formål, bakgrunn og nærmere beskrivelse fremgår av Bilag 1 til AIDs konkurransegrunnlag,¹ og har også blitt utdypet nærmere i møte mellom AID og Wiersholm ved oppstart. Det har også blitt avholdt et innspillmøte mellom AID og Wiersholm før utredningens ferdigstilling. Nedenfor følger en kort gjengivelse av oppdragets formål og bakgrunn.

I nyere tid har AID merket en økning i problemstillinger knyttet til sosialtjenesteområdet og menneskerettslige forpliktelser, og det er viktig for departementet å ha et godt grunnlag for å vurdere slike henvendelser med en tilstrekkelig forankring i det menneskerettslige rettskildegrunnlaget.² AID ser derfor et behov for en helhetlig gjennomgang av sosialtjenesteområdet opp mot menneskerettighetene. I bakgrunnen fra AID heter det videre at de sosiale tjenestene i NAV-kontoret er et nedre sikkerhetsnett i velferdsordningene og kan være en siste mulighet til å få dekket helt grunnleggende behov, som mat og tak over hodet. Det er derfor av stor betydning at regelverket og praksis er i overensstemmelse med menneskerettslige forpliktelser. Regelverket om sosiale tjenester har flest begrensninger i rettighetene for utenlandske statsborgere, jf. sosialtjenesteloven §2 med tilhørende forskrift om sosiale tjenester for personer uten fast bopel i Norge. Dette er også bakgrunnen for at utredningens behov og formål særlig er knyttet opp mot denne gruppen.

AID har også listet opp enkelte temaer som en antar kan være aktuelle å belyse i utredningen. Disse temaene behandles i utredningens punkt 6. Temaene kan etter Wiersholms syn løftes inn i tre mer overordnede problemstillinger:

- (i) Om og i hvilken grad det etter menneskerettighetene er tillatt å differensiere mellom eller forskjellsbehandle ulike grupper med hensyn til tjenestetilbudet som gis (f.eks. forskjellsbehandle pga. oppholdsgrunnlag).
- (ii) Hvorvidt det foreligger visse minimumsrettigheter eller minimumstilbud som alltid må oppfylles, herunder overfor personer som oppholder seg ulovlig i Norge.
- (iii) Om og i hvilken grad det etter menneskerettighetene er tillatt å stille vilkår til sosialtjenestetilbudet.

¹ Konkurransegrunnlag, "Sosiale tjenester og menneskerettslige forpliktelser – en utredning", Arbeids- og inkluderingsdepartementet, sak 23/2370.

² Et eksempel nevnt av AID er en utredning oversendt fra Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) om bostedsløse EØS-migranternes rett til husly, seneste versjon oppdatert 11. september 2023 (NIM 2023). Wiersholm kommer tilbake til dette temaet under særlig punkt 4.4.

1.2 Om arbeidet, metode, tematikken og avgrensninger

Wiersholms arbeid har blitt ledet av advokat og partner Jan Fougner. Utredningen er hovedsakelig ført i pennen av advokat og specialist counsel Erlend A. Methi med særlig bistand fra advokatfullmektig Mathias Bjerkøy.³ Andre ressurser har også bistått ved behov.

Arbeidet er en juridisk utredning, og utredningens problemstillinger er adressert og analysert ved tradisjonell juridisk rettsdogmatisk metode, og ut fra et mål om å redegjøre for slik Wiersholm forstår jussen *de lege lata* (slik jussen er). Samtidig bemerkes det at utredningen angår et område der overgangene mellom hva som er rettslig bindende rammer og hva som er mer normative føringer eller anbefalinger, kan være flytende. Wiersholm har forsøkt å redegjøre for dette der relevant, for eksempel ved å peke på uttalelser fra FN-komiteer som vi oppfatter mer som anbefalinger om en optimal praksis enn som en rettslig bindende fortolkning av den aktuelle konvensjonens forpliktelser. Wiersholm understreker også at formålet med utredningen har vært å redegjøre for sistnevnte og at vi på ingen måte har inntatt alt av anbefalinger og uttalelser som finnes på området fra ulike organer, for eksempel i tilknytning til ulike statsrapporteringer, men heller forsøkt å peke på visse kommentarer vi oppfatter som særlig sentrale eller relevante å kjenne til for myndighetene.⁴

Ettersom store deler av utredningen angår menneskerettslige konvensjoner, vil det si at såkalt folkerettslig metode har vært særlig relevant. Wiersholm har anvendt denne metoden i tråd med etablerte prinsipper og forsøksvis ut fra hvordan norsk Høyesterett tilnærmer seg den folkerettslige metoden og konvensjonstolkning.⁵ For norske lover og rettskilder, er norsk juridisk metode anvendt. For rettslige instrumenter som kan sies å ha utviklet visse egne tolkningsregler, har Wiersholm anvendt disse der relevant.⁶

I arbeidet har Wiersholm gjennomgått og sett hen til en rekke kilder, herunder konvensjoner og lover, rettspraksis fra nasjonale domstoler og Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), praksis og kommentarer fra relevante FN-komiteer og traktatorganer, juridisk teori fra Norge og internasjonalt, tidligere utredninger og forarbeider knyttet til relevant lovgivning mv. Ikke alle kilder som er gjennomgått er uttrykkelig nevnt i utredningen. Avslutningsvis i punkt 8 er det inntatt en liste over kildene som er nevnt i utredningen. I tillegg er noen ytterligere kilder inkludert i den grad utredningen bygger på disse på en slik måte at det anses relevant å nevne dem. På samme sted er det inntatt en liste over forkortelser som blir brukt i denne utredningen.

Wiersholms arbeid og utredning har munnet ut i herværende rapport. I rapporten redegjøres det først kort for sosiale tjenester og sosialtjenesteloven, for kontekstens del (punkt 2). Deretter gjennomgås menneskerettslige rammer og forpliktelser på et mer overordnet nivå, herunder særtrekk ved de såkalte økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene (punkt 3). Rapportens hoveddel redegjør for relevante konvensjoner og bestemmelser sett opp mot utredningens tema og problemstillinger (punkt 4). Det menneskerettslige diskrimineringsvernet, som står sentralt med hensyn til utredningens tema,

³ Jan Fougner har ledet flere store utredninger, blant annet Fougner-utvalget (NOU 2021: 9). Han er professor II i arbeidsrett på Handelshøyskolen BI og forfatter av en rekke fagbøker. Han har prosedert en rekke saker for Høyesterett, herunder flere på menneskerettighetsområdet, som plenumsdommene om lengeværende barn I og II. Erlend A. Methi har skrevet flere utredninger innenfor menneskerettighetsområdet, og han er blant annet en av forfatterne til lovkommentaren om åpenhetsloven. Han har tidligere vært fagdirektør ved Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM), og er blant annet medlem av Advokatforeningens menneskerettighetsutvalg og Juristenes Utdanningscenters (JUS) fagutvalg for menneskerettigheter. Mathias Bjerkøy har bidratt i flere utredninger vedrørende menneskerettslige problemstillinger.

⁴ Se også noe nærmere under punkt 3.5

⁵ Den folkerettslige metoden omtales nærmere under punkt 3.5

⁶ Dette gjelder kanskje i første rekke Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), hvis tolkningsmetode kan sies å være noe utdypet fra alminnelig folkerettslig metode av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Til dels kan en også si at Grunnloven har en egen tolkningsmetode som kan avvike noe fra alminnelig juridisk metode.

behandles deretter samlet og for seg (punkt 5). Til sist behandles AIDs etterspurte problemstillinger for seg, og som også oppsummerer rapporten på mange måter (punkt 6). En egen separat oppsummering er også inntatt innledningsvis (punkt 1.3). Etter Wiersholms syn svarer utredningen og rapporten ut oppdraget.

Selv om dette er en juridisk utredning, har Wiersholm etter ønske fra AID også forsøkt å skrive utredningen med et bredere publikum for øye og også for lesere som ikke er jurister eller som ikke har særlig kjennskap til utredningens tema. Dette er for eksempel bakgrunnen for at de konkrete temaene er inntatt som separate deler, selv om det kan bli noe gjentakende. Av samme grunn har Wiersholm spart visse utdypende kommentarer til fotnoter og noen steder foretatt mer generelle innledninger eller beskrivelser enn det som antagelig er nødvendig for noen som er kjent med utredningens tematikk og menneskerettighetene. Samtidig understrekes det at hovedformålet med utredningen er et juridisk arbeid og en rettslig analyse. Generelt har det også vært nødvendig å foreta visse prioriteringer og konsumeringer, herunder av pedagogiske hensyn.

Tematisk omhandler utredningen menneskerettslige forpliktelser knyttet til sosiale tjenester. Som et utgangspunkt faller tilgrensende rettigheter eller problemstillinger knyttet til for eksempel retten til helse og retten til opplæring utenfor utredningen. Utredningen er videre knyttet opp til begrepet sosiale tjenester i sosialtjenestelovens forstand, altså typisk ytelse i form av økonomisk sosialhjelp eller husly for å sikre livsopphold for dem som ikke kan sørge for dette selv gjennom arbeid eller andre ytelse. Utenfor utredningen faller dermed i utgangspunktet også spørsmål knyttet til andre ordninger og ytelse, som for eksempel folketrygden, barnetrygd, foreldrepenge, pensjonsordninger, forsikringsordninger og lignende.⁷

Utredningen er knyttet til forpliktelsene som følger av menneskerettighetene, slik disse normalt forstås, og Wiersholm har vurdert det slik at det er visse forpliktelser etter Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs barnekonvensjon, Den reviderte europeiske sosialpakten (Sosialpakten) og til dels FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), som har vært særlig relevante for utredningen. Vi har også sett til andre rettigheter og konvensjoner der relevant, som for eksempel FNs rasediskrimineringskonvensjon, FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og FNs flyktningskonvensjon, men stort sett konsumeres disse konvensjonenes forpliktelser av førstnevnte mer generelle konvensjoner og forpliktelser etter vårt syn.

Utenfor utredningen faller følgelig for eksempel forpliktelser etter alminnelig norsk lovgivning og forpliktelser som følger av EØS-avtalen og EU/EØS-retten. Spørsmålet for utredningen er altså hva menneskerettighetene krever, og ikke hva norsk alminnelig lovgivning eller EØS-avtalen krever, ei heller hva norsk alminnelig lovregulering i dag gir av rettigheter til norske borgere, EU/EØS-borgere eller andre. Wiersholm har heller ikke vurdert praktiseringen av relevante regler. Mer indirekte kan det likevel være en sammenheng med alminnelig lovgivning og/eller EØS-avtalen i noen henseender, ettersom for eksempel utlendingers oppholdsstatus og tilknytning til Norge kan spille inn i de menneskerettslige vurderingene. Wiersholm har forsøkt å vise til dette der relevant. Slik AIDs omtale av bakgrunnen for utredningen kan indikere, har også Wiersholm vurdert det slik at sammenhengen med EØS-avtalen er mest relevant opp mot Sosialpaktens bestemmelser. Årsaken er at Sosialpakten, ulikt de fleste andre relevante menneskerettslige forpliktelser, har et definert virkeområde med hensyn til overfor hvilke personer forpliktelsene gjelder.⁸

⁷ Samtidig er det viktig å bemerke at det i de menneskerettslige vurderingene vil være relevant å se på helheten av systemet og ytelsene som en person mottar, herunder f.eks. knyttet til helsehjelp eller andre ytelse.

⁸ Sosialpakten omtales nærmere under punkt 4.4.

1.3 Oppsummering (norsk)

Advokatfirmaet Wiersholm AS (Wiersholm) har på oppdrag fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID) foretatt en juridisk utredning av sosiale tjenester og menneskerettslige forpliktelser. I nyere tid har AID merket en økning i problemstillinger knyttet til dette området, og det er viktig for departementet å ha et godt grunnlag for å vurdere slike problemstillinger med en tilstrekkelig forankring i det menneskerettslige rettskildegrunnlaget. Særlig relevant er forpliktelsene overfor utenlandske statsborgere uten fulle rettigheter etter sosialtjenesteloven.

Utredningen forsøker særlig å besvare (i) om og i hvilken grad det etter menneskerettighetene er tillatt å differensiere eller forskjellsbehandle mellom ulike grupper med hensyn til tjenestetilbudet som gis (f.eks. forskjellsbehandle basert på oppholdsgrunnlag); (ii) hvorvidt det foreligger visse minimumsrettigheter som alltid må oppfylles, herunder overfor personer som oppholder seg ulovlig i Norge; og (iii) om og i hvilken grad det etter menneskerettighetene er tillatt å stille vilkår til sosialtjenestetilbudet.

Problemstillingene er vurdert etter tradisjonell juridisk eller folkerettslig metode, og ut fra et mål om å redegjøre for hva menneskerettighetene krever rettslig sett. Samtidig er ikke menneskerettigheter noe entydig begrep, og utredningen angår et menneskerettslig område – de såkalte økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene (ØSK-rettighetene) – der overgangene mellom hva som er rettslig bindende rammer og hva som er mer normative føringer, kan være flytende. Området er også preget av et fravær av autoritative kilder, som bidrar til at vurderinger kan bli usikre.

Utredningen har munnet ut i denne rapporten, som etter en innledning først redegjør kort for sosiale tjenester og sosialtjenesteloven (punkt 2). Deretter gjennomgås menneskerettslige rammer og forpliktelser på et mer overordnet nivå, herunder særtrekk ved ØSK-rettighetene sammenlignet med de sivile og politiske rettighetene (punkt 3). Rapportens hoveddel redegjør for relevante konvensjoner og bestemmelser sett opp mot utredningens tema og problemstillinger (punkt 4). Det menneskerettslige diskrimineringsvernet, som står sentralt med hensyn til utredningens tema, behandles deretter samlet og for seg (punkt 5). Til sist behandles noen konkrete etterspurte problemstillinger fra AID, som også kan sies oppsummere rapporten (punkt 6).

Oppsummert vil myndighetene etter Wiersholms syn ha et vidt menneskerettslig handlingsrom på ØSK-området generelt og på sosialtjenesteområdet spesielt. Dette inkluderer et vidt handlingsrom til å foreta avveininger, prioriteringer og differensieringer i rettighetstilbudet, og til å stille vilkår til dette.

For at en differensiering, eller forskjellsbehandling, i rettighetstilbudet skal være tillatt etter menneskerettighetene, må den kort fortalt være saklig, rimelig og forholdsmessig sett hen til formålet en søker å ivareta. En forskjellsbehandling på sosialtjenesteområdet ut fra eksempelvis oppholdsstatus i Norge, vil etter Wiersholms syn i mange tilfeller la seg begrunne som saklig, rimelig og forholdsmessig. Formål som kan begrunne forskjellsbehandling kan etter forholdene være en manglende eller svak tilknytning til riket, hensynet til å opprettholde et velfungerende sosialtjenestesystem (med tilstrekkelig legitimitet i befolkningen), innvandringsregulerende hensyn, integreringshensyn eller hensynet til å fremme selvforsørgelse. Samtidig som det er rom for brede kategoriseringer og differensieringer, bør en være oppmerksom på individuelle variasjoner som kan spille inn i forholdsmessighetsvurderingen. Et eksempel er om vedkommende forsørger barn. Hensynet til barnets beste skal tillegges stor vekt i vurderingen, selv om det ikke trenger bli avgjørende for resultatet.

Selv om det er rom til å forskjellsbehandle personer basert på oppholdsgrunnlag, og i særdeleshet dem som ikke har lovlig opphold, synes menneskerettslige krav tilsa at også personer uten lovlig opphold vil ha rett på hjelp i en reell nødssituasjon, og at en vil kunne ha krav på visse

minimumsrettigheter for å sikre seg det livsnødvendige. Innholdet og rekkevidden av slike minimumsrettigheter er imidlertid usikre, og hva som kreves må i alle tilfeller vurderes konkret. Et moment i vurderingen kan være om og i hvilken grad vedkommende har et valg med hensyn til situasjonen en befinner seg i og om en for eksempel kan returnere til et annet land. Statens eventuelle forpliktelser på dette området vil etter vårt syn være av en subsidiær karakter.

Til sist er det grunn til å bemerke at selv om menneskerettighetene ikke nødvendigvis stiller så konkrete krav, i den forstand at kun en gitt løsning er tillatt – kan de desto oftere forstås som å stille krav og rammer til myndighetenes prosess, avveiiinger og begrunnelser. Grovt sagt: Jo bedre prosess, jo større handlingsrom for myndighetene.

1.4 Summary (English)

On behalf of the Norwegian Ministry of Labour and Social Inclusion, Advokatfirmaet Wiersholm AS (Wiersholm) has conducted a legal investigation concerning Norwegian social services and human rights obligations.⁹ In recent times, the Ministry has observed an increase of issues related to this subject, and it is important to the Ministry to have in place a solid basis for assessing such issues, and ensuring that this basis is sufficiently rooted in human rights law. The obligations towards foreign nationals without full rights under the Norwegian Act relating to social services are of particular relevance.

In particular, the purpose of the investigation has been to answer (i) whether and to what extent it is permissible under human rights law to differentiate between various groups in terms of the social services rendered (for instance, differential treatment based on the grounds of residence); (ii) whether there are certain minimum rights that must always be met, including for individuals who are illegally residing in Norway; and (iii) whether and to what extent it is permissible under human rights law to set conditions for the rendering of social services.

The issues have been assessed using traditional legal or international law methods, with the aim of explaining what is legally required under human rights law. At the same time, "human rights" is not an unambiguous term, and the investigation concerns an area of human rights – the so-called economic, social and cultural rights (ESC rights) – where the transitions between what constitute legally binding frameworks and what constitute more normative guidelines can be fluid. This area of human rights law is also characterised by a lack of authoritative sources, and the results of the assessments may therefore be subject to uncertainty.

Our investigation has resulted in this report, which, following an introduction, first provides a brief account of the Norwegian social services and the Norwegian Act relating to social services (section 2). This is followed by a review of frameworks and obligations under human rights on a more general level, including the characteristics of the ESC rights compared to civil and political rights (section 3). The main part of the report explains the relevant conventions and regulations in view of the subject and issues that have been investigated (section 4). The human rights protection against discrimination, which is central to the subject of the investigation, is then considered collectively and separately (section 5). Finally, some specific issues are addressed, as requested by the Ministry, which can also be said to summarise the report (section 6).

In summary, in Wiersholm's view, the authorities will have a broad margin of appreciation in terms of human rights in the ESC area in general and in the social service area in particular. This includes a broad margin as to make assessments, priorities, and differentiations when rendering rights, and to set conditions for such rights.

For a differentiation, or differential treatment, to be permissible under human rights law when rendering social services, the differentiation must, in short, be objective, reasonable and proportionate in terms of the purpose/objective one seeks to safeguard. In Wiersholm's view, differential treatment in the area of social services based on, for instance, the status of residence in Norway, will in many cases be justified as objective, reasonable and proportionate. Grounds that may justify differential treatment can, depending on the circumstances, be such as a lack of or weak connection to the country, the consideration of maintaining a well-functioning system of social services (with sufficient legitimacy in the population), immigration regulatory considerations, integration considerations or the consideration of promoting self-sufficiency. While there is room for broad categorisations and differentiations, one

⁹ This is a Wiersholm in-house translation of the Norwegian summary provided in section 1.3.

should be aware of individual variations that may play a role in the proportionality assessment, for instance if the individual in question is providing for his/her children. The best interests of the child shall always be a primary consideration in an assessment, even though it does not have to be decisive for the result.

Although there is room for differential treatment of individuals based on their grounds for residency, in particular of those who do not have legal residence, human rights requirements seem to imply that even individuals without legal residence will have the right to receive help in genuine emergency situations, and that they may be entitled to certain minimum rights to secure the necessities of life. However, the content and scope of such minimum rights are not clear, and what is required must in all cases be assessed specifically. One factor in the assessment may be whether and to what extent the individual in question has a choice with regard to the situation he/she is in and whether the individual can, for instance, return to a different country. In our view, the government's possible obligations in this area will be of a subsidiary nature.

Finally, it should be noted that even if human rights law does not necessarily set such specific requirements in the sense that only one specific solution is permissible – it can all the more often be understood as setting requirements and frameworks for the authorities' processes, assessments and justifications. In simple terms: the better the process, the greater the authorities' scope of action.

2. Om sosiale tjenester og sosialtjenesteloven

2.1 Bakgrunn, formål, definisjon mv.

Sosiale tjenester og rettigheter til sosiale ytelser i dag er et resultat av utviklingen av den norske velferdsstaten. Selv om det har vært, og fortsatt er, politisk debatt om sosialpolitikken, er det generelt en bred støtte for behovet for sosiale tjenester, samtidig som omfang og utforming stadig diskuteres. Generelt sett er den norske velferdsstaten, med sine kollektive løsninger, velutbygd sammenlignet med de fleste andre land i verden, der en typisk har mindre innslag av kollektive løsninger dekket av fellesskapet, herunder både innen helse-, utdannings- og sosialområdet. Dette er et bakteppe å ha med seg for utredningens videre vurderinger av sosialtjenesteområdet opp mot menneskerettighetene.

Begrepet sosiale tjenester kan dekke mye og lar seg ikke nødvendigvis definere presist, men for denne utredningens vedkommende rommer det i all hovedsak de sosiale tjenestene som reguleres gjennom sosialtjenesteloven av 2009 med tilhørende forskrifter. Dette er tjenester som er rettet inn mot personer som ikke er i stand til å sørge for eget livsopphold gjennom arbeid eller på annet vis, og som skal bidra til å dekke helt grunnleggende behov i form av i første rekke økonomisk stønad, midlertidig botilbud og/eller rådgivning. Tjenestene skal representere det nedre sikkerhetsnettet som skal fange opp det som ikke fanges opp av andre ytelser og ordninger. Sosialtjenesteloven avgrenser blant annet mot kommunale sosiale tjenester av helse- og omsorgskaraktér, som hovedsakelig reguleres i helse- og omsorgstjenesteloven.¹⁰ Også ytelser etter folketrygden og lignende faller utenfor loven.¹¹

Formålet med sosialtjenesteloven er å bedre levekårene for vanskeligstilte, bidra til sosial og økonomisk trygghet, herunder at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig, og å fremme overgang til arbeid, sosial inkludering og aktiv deltakelse i samfunnet. Videre heter det i formålsbestemmelsen at loven skal bidra til at utsatte barn og unge og deres familier får et helhetlig og samordnet tjenestetilbud, samt at loven skal bidra til likeverd og likestilling og forebygge sosiale problemer.¹²

Det er i utgangspunktet den respektive kommune som har ansvar for å utføre oppgaver og yte tjenester etter loven, med mindre oppgavene ikke er lagt til et statlig organ, jf. sosialtjenesteloven § 3. Dette må ses i sammenheng med blant annet NAV-lovens reguleringer, som forplikter kommunene til å ha et felles NAV-kontor for ivaretagelse av oppgavene de er tillagt gjennom sosialtjenesteloven.¹³ Ansvaret til stat og kommune fremgår nærmere av sosialtjenestelovens kapittel 2. Staten har det overordnede ansvaret for at lovens regler blir fulgt, og har i første rekke et tilsynsansvar, se § 8. Staten har videre et ansvar for å yte et årlig rammetilskudd til dekning av kommunenes utgifter, jf. § 11.

Sosialtjenestelovens rettigheter er av en grunnleggende subsidær karakter – ytelsene er betinget av at den det gjelder ikke kan sørge for sitt livsopphold på annen måte, og øvrige forsørgelsesmuligheter må være uttømt.¹⁴ Det samme fremgår av lovens formål, der en del av formålet er å sette den enkelte i stand til å delta i arbeidslivet og samfunnet. Sosiale tjenester er altså i stor grad behovsbaserte og avhenger av en konkret og individuell vurdering.

¹⁰ Se også Kjellevold (2012) s. 10.

¹¹ Dette er også tjenester og ytelser som følgelig faller utenfor denne utredningens fremstilling, se punkt 1.2.

¹² Lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven) av 2009 § 1.

¹³ Lov om arbeids- og velferdsforvaltningen (NAV-loven) av 2006 § 13.

¹⁴ Se bl.a. innretning av sosialtjenesteloven § 18, se også Ot.prp. nr. 103 (2008–2009) s. 13.

2.2 Sosialtjenestelovens virkeområde

Utgangspunktet etter sosialtjenesteloven § 2 er at lovens bestemmelser gjelder for alle som oppholder seg i riket. Dette er imidlertid et utgangspunkt med klare begrensninger. I henhold til bestemmelsens andre punktum kan det gis forskrifter som begrenser lovens virkeområde for personer som ikke er norske statsborgere, eller som ikke har bopel i riket. Slike regler er gitt i forskrift om sosiale tjenester for personer uten fast bopel i Norge.¹⁵

Forskriften regulerer rettigheter for henholdsvis (i) utenlandske statsborgere med lovlig opphold, men uten bopel i riket (forskriften § 1); personer som har søkt om asyl og er i eller kan få statlig innkvartering (§ 2); personer som er bosatt i en kommune som mottar statlig integreringstilskudd for vedkommende (§ 3), og personer som ikke har lovlig opphold i riket (§ 4).

Forskriftens §§ 2 og 3 er relevante for personer som søker asyl eller har fått innvilget asyl i Norge, og inneholder visse egne reguleringer, i første rekke et bosettingskrav. Personer som faller inn under disse bestemmelsene og bosetter seg i en kommune på egen hånd, har ikke fulle rettigheter etter loven i kommunen de oppholder seg i. De kan henvises tilbake til et statlig botilbud eller bosettingskommunen, med mindre dette er "åpenbart urimelig", jf. henholdsvis § 2 andre ledd og § 3 tredje ledd.¹⁶

Personer som faller inn under § 4 har ikke krav på individuelle tjenester etter sosialtjenesteloven, med unntak av opplysning, råd og veiledning. Hvis en person som nevnt i § 4 ikke kan sørge for sitt livsopphold, og heller ikke kan få statlig innkvartering, har vedkommende i en nødssituasjon rett til økonomisk stønad og hjelp til å finne midlertidig botilbud i henhold til loven i en kort periode. Hjelp gis inntil vedkommende i praksis kunne forlatt landet. Det kan stilles krav om at vedkommende aktivt bidrar til egen utreise, blant annet kan det stilles krav om å skaffe nødvendige reisedokumenter, jf. § 4 andre ledd.

Rettighetene til personer som inngår i forskriften behandles også i NAVs rundskriv til sosialtjenesteloven, R35-00. Av rundskrivet fremgår det blant annet at "Norges forpliktelser i henhold til internasjonale konvensjoner gjelder for alle som oppholder seg i landet. Kommunen har en hjelpeplikt overfor personer i en nødssituasjon, også utover den lov- og forskriftsregulerte plikten til å yte hjelp".¹⁷

Hva som ligger i at det må foreligge en nødssituasjon er ikke nærmere presisert i verken loven, forskriften eller rundskrivet. Heller ikke "bopel" er nærmere definert, ei heller i forarbeidene. Det er også verdt å bemerke at bostedsløse som har oppholdsrett etter EØS-avtalen ikke er særlig omtalt.¹⁸

Lovens avgrensning av virkeområde og forskriftens reguleringer innebærer altså i alminnelighet grovt sagt at statsborgerskap eller fast bopel i Norge (som forutsetter at oppholdet er lovlig og ment av en

¹⁵ FOR-2011-12-16-1251. Et lignende generelt utgangspunkt, med til dels store unntak i praksis, kjenner en igjen fra den generelle reguleringen av utlendingers rettsstilling i utlendingsloven § 4.

¹⁶ I henhold til R35-00 pkt. 1.2.2.6 og 1.2.2.7, kan det gjøres unntak f.eks. der den det gjelder har nær familie i ny kommune, eller der vedkommende er selvforsørget, men trenger hjelp i en nødssituasjon. Dette er også et spørsmål som belyses nærmere under utredningens konkrete problemstillinger, se punkt 6.4 nedenfor.

¹⁷ R35-00 pkt. 1.2.1. Personene som faller inn under § 4 kan tilhøre en mangefasettert gruppe, og kan ha oppholdt seg i Norge i en kortere eller lengre periode uten lovlig opphold. Den reelle muligheten de har til å forlate landet vil også kunne variere. Dette kommer vi nærmere tilbake til senere i utredningen, se blant annet punkt 6.5 nedenfor.

¹⁸ Som aktualisert av NIMs utredning om EØS-migranternes rett til husly fra 2022 (oppdatert i 2023), se også bl.a. NIMs utredning s. 8. Wiersholm kommer nærmere tilbake til noe av dette under særlig punkt 4.4 om Sosialpakten. Se også punkt 1.2 innledningsvis om at EØS-avtalens krav faller utenfor denne utredningens fremstilling. Utlendingsloven kapittel 13 gir særlige regler for oppholdsrett for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen.

viss varighet),¹⁹ er inngangsvilkår for å ha rettigheter til sosiale tjenester utenfor rene nødsituasjoner.²⁰ Avgrensningen kan forklares ut fra et formål om å oppstille en skranke mot at utlendinger kan komme til Norge kun i den hensikt å motta sosiale tjenester. Lignende hensyn om at vedkommende ikke skal bli en byrde for offentlige velferdsordninger, kjenner en igjen fra utlendingslovens reguleringer om oppholdsrett.²¹

2.3 Nærmere om sosialtjenestelovens regulering av sosiale tjenester

Sosialtjenestelovens regulering av sosiale tjenester kan grovt deles inn i bestemmelser om økonomisk stønad, midlertid botilbud, veiledning, individuell plan og arbeidsrettet kvalifiseringsprogram. De tre sistnevnte omtales ikke nærmere her.²²

Økonomisk stønad til livsopphold reguleres i sosialtjenesteloven § 18, og skal gis til den som "ikke kan sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter". For den som er uten andre muligheter til å sørge for sitt livsopphold, er økonomisk stønad etter § 18 altså en rettighet. Det følger av lovens forarbeider at ytelsen er subsidiær, og det forutsettes at andre muligheter skal være prøvd før stønad ytes. For eksempel kan det innebære at sparepenger må benyttes eller formuesgjenstander må avhendes.²³ Stønadens bør ta sikte på å gjøre vedkommende selvhjulpne, jf. § 18 andre ledd, og det kan stilles vilkår til stønaden, jf. §§ 20 og 20 a.

Det er presisert i sosialtjenestelovens forarbeider at den økonomiske stønaden, som skal utmåles etter en individuell behovsprøving, ikke må "falle under en faglig forsvarlig minstandard".²⁴ Uttalelsen må ses i sammenheng med det generelle forsvarlighetskravet i sosialtjenesteloven § 4, som fastsetter at tjenester og ytelser etter loven skal være "forsvarlige". Hva som er "forsvarlig" er en såkalt rettslig standard, som innebærer at det forsvarlige kan endres med tiden ut fra faglig utvikling, endrede verdisyn og hva som vurderes som god praksis.²⁵ Vurderingen vil være grunnleggende skjønnsmessig og må vurderes ut fra den enkelte sak.²⁶ De vanligste ytelsene som tilkjennes er ifølge forarbeidene økonomisk stønad til boutgifter, mat, klær, strøm, telefon, husholdningsartikler og transportutgifter.²⁷ Det forutsettes at utgiftene som kan kreves dekket, er nødvendige og innenfor et nøkternt nivå for husstanden.

Avgjørelser som fattes kan opplagt ikke kan stride mot alminnelige forvaltningsrettslige regler og prinsipper, som skranke mot utenforliggende hensyn, usaklig forskjellsbehandling og grovt urimelige avgjørelser.²⁸ Lovens formål vil også utgjøre et viktig moment i vurderingene.²⁹ I tråd med lovens formål, heter det i rundskriv R35-00 at det skal tas særlig hensyn til barns behov.³⁰ Utgifter til barn og unge kan derfor være omfattet av livsoppholdsbegrepet, selv om tilsvarende ikke vil være omfattet for

¹⁹ Se også R35-00 pkt. 1.2.1.1 om "fast bopel i Norge".

²⁰ Se bl.a. Sivilombudets sak 2021/281 ang. NAVs plikt til å vurdere vilkåret om "lovlig opphold" ved søknad om økonomisk stønad. Se også NAVs veileder for NAV-kontoret ved vurdering av lovlig opphold for EØS-borgere, utarbeidet 2. februar 2018 (senest revidert 8. mai 2023) s. 3.

²¹ Se f.eks. utlendingsloven § 111 om oppholdsrett i inntil tre måneder for EØS-borgere.

²² Sosialtjenesteloven omtales nærmere i bl.a. Bjørgen/Köhler-Olsen (2023), Magnussen (2017) og Kjellervold (2012). Omtalen deres inkluderer noe omtale av forholdet til menneskerettighetene.

²³ Se f.eks. Ot.prp. nr. 103 (2008–2009) s. 13.

²⁴ Ot. Prp. nr. 103 (2008-2009) s. 14.

²⁵ Se Bjørgen/Köhler-Olsen (2023), note 2 til § 4.

²⁶ Se også Ot. prp. nr. 103 (2008–2009) pkt. 3.3.3.

²⁷ Ibid. s. 13.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Rundskriv R35-00 pkt. 2.4.1 og pkt. 4.18.1.1.

voksne. Av § 18 tredje ledd følger det uttrykkelig at det ikke skal tas hensyn til barnetrygd og inntekt av arbeid i fritid og skoleferier ved vurdering av søknad om stønad til familier. I henhold til fjerde ledd kan departementet gi veiledende retningslinjer om stønadsnivået.³¹ Det skjønnsmessige innholdet av §§ 4 og 18 innebærer at bestemmelsene som et utgangspunkt også er egnet til å konsumere og operasjonalisere menneskerettslige krav og vurderingsmomenter, som vi kommer tilbake til i mer detalj i andre deler av utredningen.³²

Loven gir rom for å sette vilkår for stønaden, jf. sosialtjenesteloven §§ 20 og 20a. Sistnevnte er en spesialregulering som fastsetter at det *skal* stilles vilkår om aktivitet for tildeling av stønad til personer under 30 år, til forskjell fra den generelle reguleringen i § 20, som fastsetter at det *kan* settes vilkår til stønaden. Rommet til å stille vilkår må forstås på bakgrunn av at rettighetene etter loven er subsidiære og behovsprøvde samt lovens formål om å fremme overgang til arbeid og aktiv deltakelse i samfunnet. Vilkårene må være i tråd med vilkårs læren og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, slik dette også er mer eller mindre inntatt direkte i loven – vilkårene må ikke være uforholdsmessig byrdefulle, de må ha nær sammenheng med vedtaket og ikke stride mot andre lovfastsatte regler og prinsipper. Ved brudd på vilkår kan det fattes vedtak om at stønaden reduseres.³³

Kommunenes forpliktelse til å finne "midlertidig botilbud for dem som ikke klarer det selv" er regulert i sosialtjenesteloven § 27. Det midlertidige botilbudet skal avhjelpe akutt bostedsløshet og er ikke ment å vare over tid. Det siktes til tilfeller der tjenestemottakeren ikke har et sted å sove eller oppholde seg det neste døgnet, slik dette utdypes i rundskriv R35-00. I rundskrivet heter det videre at botilbudet skal begrenses i omfang og lengde, og at opphold som varer mer enn tre måneder, kun unntaksvis bør forekomme.³⁴ Det er ikke stilt noe krav med tanke på hva slags botilbud kommunen skal finne eller ha, men forsvarlighetsstandarder i § 4 gjelder også for det midlertidige botilbudet. Det er heller ikke av betydning om botilbudet drives av private eller av kommunen.³⁵

I forarbeidene heter det at kommunens plikt til å skaffe midlertidig botilbud til personer i akutt nødsituasjon forvaltes i praksis gjennom, eller i faglig sammenheng med, plikten til å yte stønad til livsopphold. Dette sammen med hensynet til at personer med et akutt behov for "tak over hodet" skal vite hvor de vil få hjelp, uansett hvor i landet de befinner seg, gjør at kommunenes plikt til midlertidig botilbud likevel er inntatt uttrykkelig i loven.³⁶

³¹ Se Rundskriv fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet om statlige veiledende retningslinjer for økonomisk stønad for 2024, A-3/2023.

³² Se f.eks. punkt 4.6 og 6.3 nedenfor. Det bemerkes at det også har vært diskutert om loven i større grad bør vise til konkrete vurderingsmomenter eller hensyn, f.eks. eksplisitt vise til hensynet til barnets beste i loven. Dette kommer vi noe nærmere tilbake til nedenfor.

³³ Bruken av vilkår utdypes i R35-00 pkt. 4.20.1 flg. Vilkårsbruk kommer vi nærmere tilbake til under utredningens konkrete problemstillinger, se punkt 6.4 og 6.7 nedenfor.

³⁴ R35-00 pkt. 4.27.1 og 4.27.2.3

³⁵ Ot.prp. nr. 103 (2008–2009) pkt. 4.3.

³⁶ Ibid.

3. Overordnet om menneskerettslige rammer og forpliktelser

3.1 Innledning

Flere rettigheter og bestemmelser i Grunnloven og for Norge bindende menneskerettighetskonvensjoner kan ha betydning for utredningens problemstillinger. Det er imidlertid ingen konvensjoner eller bestemmelser som direkte regulerer spørsmål om for eksempel sosiale tjenester til utlendinger eller personer uten lovlig opphold. Det er heller ingen konkrete reguleringer av for eksempel minimumsrettigheter. Utredningens problemstillinger må vurderes på bakgrunn av generelle bestemmelser. Generelt sett er dette også et område preget av et visst fravær av autoritative kilder og rettspraksis sammenlignet med en del andre menneskerettighetsområder. Dette gjør at vurderinger kan være uklare eller usikre, og dette gjelder også flere av utredningens vurderinger.

Av rettigheter og konvensjoner vil særlig reguleringer i Grunnloven, ØSK, EMK, FNs barnekonvensjon og Sosialpakten være relevante – og det er disse som vil vies mest oppmerksomhet i det videre. Særlig diskrimineringsvernet under de ulike konvensjonene vil stå sentralt for utredningens problemstillinger, og dette behandles samlet under punkt 5. I grove trekk innebærer diskrimineringsvernet at en forskjellsbehandling under konvensjonene kun vil være tillatt dersom den er saklig, rimelig og forholdsmessig.

Før vi går nærmere inn på Grunnloven og konvensjonene, vil vi i dette punktet redegjøre kort for menneskerettighetene på et mer overordnet nivå, og særlig om særtrekk ved de såkalte økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene, som utredningens problemstillinger i første rekke angår.

Rettskildegrunnlaget på området er sammensatt. Dette skyldes ikke bare et fravær av kilder, men også at "menneskerettigheter" ikke er et entydig begrep, verken faktisk eller rettslig, og delvis at ulike menneskerettigheter og konvensjoner vil ha ulik rettslig betydning og rekkevidde. Mens noen menneskerettigheter danner relativt klare rettslige rammer og kompetanseskranker for politikk, lovgivning og forvaltningens myndighetsutøvelse, vil andre menneskerettigheter mer ha karakter av å være innsatsforpliktelser. Menneskerettighetene kan også ha betydning som tolkningsmomenter eller prosedyreføringer i mer konkrete spørsmål, for eksempel ved utformingen av ny alminnelig lovgivning, tolkning av eksisterende lovgivning eller forvaltningens skjønnsutøvelse. Noen ganger taler en gjerne også om at menneskerettighetene peker i retning av en optimal praksis, som da ikke er rettslig bindende. I alle vurderinger kan statenes avveining og prosess ha betydning også for de materielle vurderingene. En god prosess og gode avveininger kan generelt bidra til at statenes handlingsrom med hensyn til valg og vurderinger på menneskerettighetsområdet blir større.

Når det gjelder vurderingen av hvor grensene går og hvordan rettigheter best kan oppfylles i møte med andre hensyn, vil staten altså gjerne ha et visst handlingsrom, eller skjønnsmargin, avhengig av omstendighetene.³⁷ Hvor grensene går lar seg ikke alltid definere presist; overganger kan bli flytende og problemstillinger komplekse. Sosialtjenesteområdet er et godt eksempel på et område der bildet kan være komplisert. Menneskerettighetene setter her i liten grad detaljreguleringer. I stedet kan det handle mer om rammer og føringer, og der prosess, avveining, og statens begrunnelser for eksempelvis begrensninger, tiltak og differensieringer i tilbud, vil være av betydning.

3.2 Særtrekk ved økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter – og sontringen mot sivile og politiske rettigheter

På menneskerettighetenes område foretar en gjerne to sontringer som er viktige for utredningens del. For det første sontrer en ofte mellom såkalte sivile og politiske rettigheter (SP-rettigheter) på den ene siden, som ytringsfriheten og retten til privatliv, og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-

³⁷ Se nærmere under punkt 3.3 nedenfor.

rettigheter) på den andre siden, som retten til helse og retten til sosial sikkerhet. EMK og SP er henholdsvis Europarådets og FNs konvensjoner på SP-området, mens ØSK og Sosialpakten er deres motpoler på ØSK-området. Noen konvensjoner, som FNs barnekonvensjon, inneholder bestemmelser av begge kategorier.

For det andre kan en sondre mellom statens såkalte negative forpliktelser og statens positive forpliktelser, selv om overgangen mellom disse kan bli flytende og rubriseringen ikke nødvendigvis er avgjørende.³⁸ Mens negative forpliktelser innebærer at staten skal avstå fra inngrep i en rettighet (med mindre vilkårene for inngrep er oppfylt), innebærer positive forpliktelser at staten skal ta visse aktive skritt for å sikre eller realisere en rettighet. Grovt sagt vil ØSK-rettighetene tilhøre sistnevnte kategori, mens SP-rettighetene tilhører førstnevnte. Et særtrekk ved ØSK-rettighetene er altså at de i større grad enn SP-rettighetene omhandler statens eventuelle plikter til å yte noe til individene, la det være seg helsehjelp, utdanning, penger eller tjenester. Noen ganger omtales det som velferdsstatens rettigheter, og skillet mellom SP- og ØSK-rettighetene lar seg nok til dels også forklare i det tidligere politiske skillet mellom såkalte vestlige og kommunistiske land under den kalde krigen. Dette særtrekket ved ØSK-rettighetene, at statene ikke bare skal avstå fra å ikke gjøre noe, men faktisk yte noe, og det innenfor utpregede politiske temaer – har preget ØSK-rettighetenes utforming og rettslige karakter.

Hvor rettslig forpliktende menneskerettighetene er for myndighetene, vil variere fra konvensjon til konvensjon, så vel som fra rettighet til rettighet. Ordlyden vil særlig ha betydning, og ØSK-bestemmelsene er i all hovedsak formulert på en annen måte enn det en kjenner igjen fra EMK og SP.³⁹ Det er forskjell på om en bestemmelse fastsetter at myndighetene plikter å "legge forholdene til rette for", "bestrebe" eller "iverksette tiltak", slik ØSK-bestemmelsene gjerne er formulert, sammenlignet med om bestemmelsen er utformet som en ren rettighetsbestemmelse som fastslår at "enhver har rett til". Videre følger det av ØSKs innledende prinsipp i artikkel 2 at medlemsstatene er forpliktet "så vel hver for seg som gjennom internasjonal bistand og internasjonalt samarbeid [...] 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".⁴⁰ Til forskjell heter det innledningsvis i SP at konvensjonspartene skal "respektere" rettighetene i konvensjonen og "sikre" dem for enhver.⁴¹

Både dette prinsippet om gradvis realisering og den mer vage og uforpliktende ordlyden i de spesielle rettighetene i konvensjonen, gjør at ØSK-rettighetene har et noe større preg av å være målsetninger snarere enn konkrete forpliktelser, og at de i det minste er formulert med en lavere grad av forpliktelse enn SP-rettighetene.⁴² Dette illustrerer også at statenes handlingsrom generelt sett er (betydelig) større på ØSK-området enn på SP-området, der statene ofte vil ha en relativt stor frihet med hensyn til for eksempel valg av tiltak for å oppfylle rettighetene. Det har i det hele vært noe omdiskutert om ØSK-rettighetene egner seg for rettslig prøving i domstoler som sådan (rettighetenes såkalte "justiciability"), med mindre de ikke er operasjonalisert som rettskrav gjennom alminnelig lovgivning, for eksempel at et individ har rett på en sosialytelse hvis visse forutsetninger er til stede.⁴³

³⁸ F.eks. EMDs dom i *Palomo Sanchez og andre v. Spania* (2011) avs. 62.

³⁹ Se punkt 3.5 om at ordlyden danner det helt sentrale utgangspunktet for tolkningen av traktatforpliktelsene.

⁴⁰ Se nærmere nedenfor om ØSK-komiteens syn på såkalte "retrogressive measures", altså en tilbakegang eller reduksjon av oppfyllelsen av en ØSK-rettighet, se punkt 4.2.3 og 4.2.5.

⁴¹ SP art. 2 nr. 1.

⁴² Se også Harborg (2011) pkt. 4.6.

⁴³ Se nærmere hos Harborg (2011) pkt. 4. Se også Aall (2018) s. 32 om ØSK-rettighetenes "justiciability", samt Høstmælingen (2012) s. 48 flg. om ulikhetene mellom bl.a. SPs og ØSKs rettslige karakter.

På sosialtjenesteområdet kompliseres det rettslige bildet ikke bare av rettighetenes karakter, men også av fraværet av autoritative rettslige kilder som avklarer rettighetenes innhold og rekkevidde. Mens innholdet av ytringsfriheten og andre sivile og politiske rettigheter gjerne er utpenslet i praksis fra både nasjonale domstoler og særlig EMD, er kildegrunnlaget for ØSK-rettighetene langt skrynnere, og består i første rekke av konvensjonsbestemmelsene i tillegg til kommentarer fra ØSK-komiteen, hvis rettskildemessige vekt er av en annen karakter enn dommer fra EMD, se punkt 3.5 nedenfor.

Til bildet hører det også at Norge ikke er tilsluttet individklageordningen etter ØSK, noe som tidligere har vært vurdert i flere omganger, men ikke vært ønsket. En bakgrunn for dette er nettopp bestemmelsenes vage utforming. Dette har også vært bakteppet for at det tok noe tid før det i det hele tatt ble nedsatt et konvensjonsorgan i tilknytning til ØSK. Der EMD og FNs menneskerettighetskomité allerede fra henholdsvis EMKs og SPs begynnelse var ment å håndtere individklagesaker, var forutsetningen at håndhevelsen av ØSK (kun) skulle skje gjennom den periodiske statsrapporteringen, og det tok flere år før ØSK-komiteen ble etablert.⁴⁴

3.3 Gjennomføring, begrensingsadgang og skjønnsmargin (handlingsrom)

Menneskerettighetene er sjelden absolutte, heller ikke der de danner rettslige grenser. De aller fleste menneskerettigheter kan statene gripe inn i eller begrense på nærmere vilkår. Vurderingen vil særlig bero på om tungtveiende samfunnsmessige hensyn innebærer at inngrepet er nødvendig og forholdsmessig sett hen til formålet.⁴⁵ Formålet med inngrepet kan både være hensynet til andres menneskerettigheter og andre viktige samfunnshensyn.⁴⁶ Dette er en oppbygging en typisk kjenner igjen fra rettighetene i EMK og SP, men også ØSK har en begrensingsadgang.⁴⁷

Med hensyn til oppfyllelsen av menneskerettighetene, både ivaretagelsen av de negative og positive pliktene, vil statene som oftest altså ha en viss skjønnsmargin, eller visst handlingsrom, til å vurdere hvilke begrensninger som er nødvendige eller til å vurdere hva som utgjør en rimelig balanse mellom motstridende rettigheter eller hensyn. Annerledes stiller det seg der menneskerettslige krav er absolutte, for eksempel forbudet mot tortur eller kravet til hjemmel for ulike typer inngrep, der gir det mindre mening, om noen, å tale om et handlingsrom for statene.

Handlingsrommet kan følgelig knytte seg både til hvilke hensyn som anses som forholdsmessige for å legitimere et inngrep eller en begrensning, og til hvilke tiltak som anses nødvendige for å sikre eller en realisere en rettighet, herunder hvordan dette skal gjennomføres og avveies i møte med andre hensyn. Det kan også knytte seg til vurderingene av når en forskjellsbehandling anses saklig, rimelig og forholdsmessig og følgelig å ligge innenfor de menneskerettslige rammene, og ikke utgjør et brudd på diskrimineringsvernet. Sistnevnte vil stå særlig sentralt for utredningen, se nærmere under punkt 5.

Handlingsrommet vil ha sine grenser og vil påvirkes av rettighetenes karakter, der en vag og uforpliktende ordlyd vil gi et større handlingsrom, og det vil påvirkes av andre faktorer som inngrepets størrelse, formålet, kompleksiteten av hensynsavveingene, om det foreligger en konsensus i rettsstilstanden internasjonalt, samt kvaliteten på prosessen og begrunnelsen som ligger til grunn for

⁴⁴ Harborg (2011) pkt. 4 med videre henvisninger.

⁴⁵ Vilåårene for inngrep varierer noe, men sammenfattet må tre vilåår være oppfylt: (i) Inngrepet må ha tilstrekkelig rettslig grunnlag (i første rekke lovhjemmel), (ii) søke å ivareta et legitimt formål, og (iii) inngrepet må være nødvendig, herunder forholdsmessig sett hen til formålet. Forholdsmessighetsvurderingen blir ofte viktigst i praksis og vil bero på en sammensatt og helhetlig vurdering av formålet (behovet for inngrepet) versus hvor inngripende det er for individet. Formålet med inngrepet kan både være hensynet til andres menneskerettigheter og andre viktige samfunnshensyn. I forholdsmessighetsvurderingen vil det ofte være sentralt om det eksisterer lempeligere alternativer for å nå samme formål, tidvis omtalt som "minste inngreps prinsipp".

⁴⁶ Se bl.a. Kjlbro (2017) s. 886 flg.

⁴⁷ Merk at begrensingsadgangen under ØSK er noe omdiskutert, se nærmere under punkt 4.2.5.

myndighetenes vurderinger og valg.⁴⁸ Opp mot EMK taler en gjerne om statens *skjønnsmargin* som et uttrykk for det menneskerettslige handlingsrommet, og denne skjønnsmarginindoktrinen forbinder en særlig med EMKs og EMDs praksis.⁴⁹ Statens skjønnsmargin er også naturlig å forstå i sammenheng med det såkalte subsidiaritetsprinsippet, som grovt innebærer at traktatorganenes vurdering er å betrakte subsidiær i forhold til nasjonalstatenes, og at nasjonalstatene følgelig er dem som har det primære ansvaret for å sikre ivaretagelsen av menneskerettighetene innenfor sin jurisdiksjon. Som en viss motsats til subsidiaritet kommer et annet tolkningsprinsipp på menneskerettighetsområdet, nemlig at konvensjonsforpliktelsene skal tolkes dynamisk, som gjerne kommer til uttrykk ved at EMK så vel som FNs konvensjoner er ment å være et "living instrument" som skal tolkes i lys av endrede samfunnsforhold.⁵⁰ Det er typisk i denne sammenheng at det gjerne vil bli aktuelt å se hen til utviklingen i intern rett og graden av konsensus blant medlemsstatene.⁵¹

Det er noe omdiskutert om og i hvilken grad en skjønnsmarginindoktrine er en del av FNs menneskerettighetskonvensjoner, og kanskje da særlig i tilknytning til de sivile og politiske rettighetene regulert i spesielt SP. FN-komiteene anvender i langt mindre grad enn EMD eksplisitt begrepet skjønnsmargin eller handlingsrom. FNs menneskerettighetskomité, som er komiteen tilknyttet SP, har endog eksplisitt avvist en slik doktrine i noen tilfeller.⁵² I praksis synes komiteen likevel legge til grunn en skjønnsmargin, eller nasjonalt handlingsrom, i noen avgjørelser.⁵³ Etter Wiersholms syn kan kanskje denne forskjellen fra EMDs tilnærming oppsummeres som en forskjell på hvor inngående menneskerettighetskomiteen og EMD vil gå til verks når det kommer til å overprøve statens vurdering av om en begrensning eller tiltak anses forholdsmessig eller ikke, se også punkt 4.5 med eksempler fra praksis knyttet til religionsfriheten der relativt likelydende saker har fått et ulikt utfall i menneskerettighetskomiteen og EMD. Samtidig vil ikke nødvendigvis et fravær av skjønnsmargin gi noen automatikk i at praksis blir strengere etter SP eller EMK; det avgjørende vil være hvor terskelen for overtredelse legges, og dette vil bero på en skjønsmessig vurdering i disse sakene.⁵⁴

Med hensyn til ØSK-rettighetene i FN-konvensjonene så kan kanskje utgangspunktet se ut til være motsatt fra SP, og at en der i utgangspunktet opererer med en form for skjønnsmargin. Dette kan blant sies å være kommet til uttrykk i tilleggsprotokollene for både ØSK og barnekonvensjonen om individklageordningene,⁵⁵ og en ser også at dette har blitt lagt til grunn i praksis fra ØSK-komiteen.⁵⁶ Også praktisk sett er det grunner til å operere med en form for skjønnsmargin, eller handlingsrom, for

⁴⁸ Bakgrunnen for skjønnsmarginen er at EMD og andre domsorganer ikke skal overprøve myndighetenes vurderinger i detalj dersom myndighetene har foretatt en grundig og samvittighetsfull avveining av relevante kriterier. For nærmere omtale av skjønnsmarginen, se bl.a. Kjølbro (2017) s. 768 flg.

⁴⁹ Statens skjønnsmargin ("*margin of appreciation*") er referert til i en lang rekke avgjørelser fra EMD, og fremgår siden 2021 også av EMKs fortale.

⁵⁰ Se fra EMD f.eks. *Tyrer v. Storbritannia* avs. 31, og fra FNs menneskerettighetskomité f.eks. *Judge v. Canada* avs. 10.3.

⁵¹ Hellestia (2018) pkt. 3.

⁵² Se f.eks. FNs menneskerettighetskomité General Comment No 34 om ytringsfrihet, avs. 36 og *Ilmari Lämsman, et al. v. Finland* avs. 9.4. Se også nærmere omtale hos Hellestia (2018) pkt. 3, som vurderer det slik at: "*Selv om praksis har vært noe uklare, må det antas at prinsippet ikke kommer til anvendelse på området for sivile og politiske rettigheter*".

⁵³ Se f.eks. *E., B., S., C. og E. v. New Zealand* avs. 9.5. Se også Thorsnes (2014) s. 231–242. FNs menneskerettighetskomité er FN-konvensjonenes "parallell" til EMK, og generelt ansett for å være den rettslig sett "tyngste" FN-konvensjonen og FN-komiteen.

⁵⁴ Se Hellestia (2018) pkt. 3.

⁵⁵ Se FNs barnekonvensjon TP4 art. 10 (4) og ØSK TP1 art. 8 (4), der sistnevnte lyder: "*When examining communications under the present Protocol, the Committee shall consider the reasonableness 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*".

⁵⁶ Se *Rodriguez v. Spania* avs. 13.3, se nærmere omtale hos Hellestia (2018) pkt. 3 med henvisninger til praksis fra også andre av FNs komiteer.

statene når det kommer til oppfyllelse av eksempelvis rettighetene som følger av ØSK og FNs barnekonvensjon, hvis ordlyd i flere tilfeller er vagt formulert og/eller der det ved inngåelsen har vært til dels stor uenighet mellom konvensjonspartene.

Dette synspunktet ser en også igjen i juridisk teori.⁵⁷ I for eksempel Menneskerettighetsutvalgets utredning i tilknytning til grunnlovsreformen i 2014, heter det at "[i] henhold til de internasjonale konvensjonene er det på det rene at statene har en *vid skjønnsmargin* knyttet til hvordan de sosiale rettighetene skal oppfylles. Bakgrunnen for dette er statenes ulike økonomiske utviklingsnivå og behovet for ulike løsninger basert på folketall, geografi, samfunnsstruktur mv."⁵⁸ Av Høyesteretts praksis ser en også at en har tillagt myndighetene betydelig grad av skjønn når det kommer til gjennomføringen av FNs barnekonvensjon, selv om Høyesterett ikke nødvendigvis anvender begrepet skjønnsmargin eller handlingsrom.⁵⁹

I det videre vil Wiersholm derfor anvende begrepet handlingsrom, eller skjønnsmargin, både opp mot rettighetene etter EMK og rettighetene som er forankret i andre instrumenter, som Grunnloven, ØSK og FNs barnekonvensjon, selv om det ikke nødvendigvis kan ses på som noen doktriner som sådan innenfor FN-konvensjonenes områder slik det gjelder for EMK. For utredningens del må begrepet menneskerettslig skjønnsmargin eller handlingsrom i første rekke forstås som en praktisk beskrivelse av at når det kommer til hvordan en rettighet skal ivaretas eller avveies i møte med andre rettigheter eller hensyn, så vil lovgiver og øvrige myndigheter ha et *visst* slingringsmonn til å lande på ulike løsninger som kan være akseptable innenfor de menneskerettslige rammene.

Eksempler på områder der myndighetene kan ha et slikt handlingsrom kan være ved utforming av reguleringer og vilkår for sosialstøtneordninger, herunder rommet for å forskjellsbehandle grupper eller individer. Lignende vil en kunne snakke om et handlingsrom i praktiseringen av disse reguleringene. Med hensyn til både lovprosessen og forvaltningens praktisering av ordningen, vil kvalitet på prosess, avveining og begrunnelser kunne ha betydning for de materielle vurderingene. Menneskerettighetene stiller ikke så ofte konkrete krav, i den forstand at kun en gitt løsning er tillatt, særlig ikke på ØSK-området – men de kan kanskje desto oftere forstås som å stille krav og rammer til prosessen. Grovt sagt: Jo bedre prosess, jo større handlingsrom.⁶⁰

3.4 Betydningen av ulik gjennomføring i norsk rett

Norsk rett bygger på det såkalte dualistiske prinsipp. Det vil si at konvensjoner og folkerettslige regler ikke får direkte virkning i norsk rett før de er inkorporert eller transformert til norsk rett ved lov eller

⁵⁷ Se f.eks. Hellerslia (2018) pkt. 3, Tobin (2019) s. 19 og Thorsnes (2014) s. 231–242, særlig pkt. 2.3. Se også mer generelt i Elgesem (2013).

⁵⁸ Dokument 16 (2011–2012) s. 240. Vår kursivering.

⁵⁹ Se f.eks. Høyesteretts tilnærming i HR-2012-2398-P, selv om Høyesterett ikke nødvendigvis anvender begrepet skjønnsmargin eller handlingsrom, men f.eks. heller tilnærmer seg vurderingen som et spørsmål om domstolens prøvingsintensitet eller prøvingskompetanse av forvaltningens skjønnsutøvelse eller politiske vurderinger. Se f.eks. også lignende i HR-2020-2472-P angående vurderingen av myndighetenes ivaretagelse av Grunnloven § 112 og retten til miljø. I HR-2018-1958-A (Spiralnekt) om myndighetenes ivaretagelse av religionsfriheten brukes begrepet "*skjønnsmessig spillerom*", der dog opp mot vurderingen av religionsfriheten i EMK art. 9 eksplisitt, men religionsfriheten er også vernet av både SP art. 18 og Grunnloven § 16, og slik sett måtte Høyesterett også ligge innenfor rammene av disse rettighetene i sin vurdering. I en nylig artikkel i Lov og Rett diskuteres statens skjønnsmargin ved nasjonal domstolsprøving av inngrep i EMK – der forfatteren diskuterer om en nå ser en kursendring fra Høyesterett, og skriver at Høyesterett i flere avgjørelser fra 2022 har slått fast at den skjønnsmarginen som EMD innrømmer statene, ikke skal anvendes på tilsvarende måte ved nasjonal domstolsprøving av inngrep i EMK, se Karlsen, Lov og Rett 2023/9, s. 551–567. Men selv om Høyesterett kan sies å ha inntatt en mer nyansert holdning, så ser en likevel at Høyesterett gjør vurderinger med henblikk til prøvingsintensitet. Forfatteren peker også på at Høyesterett ikke har vært konsekvent. I HR-2022-731-A anvender f.eks. Høyesterett skjønnsmarginen på samme måte som EMD, mens HR-2022-718-A er et eksempel på en mer nyansert tilnærming, men der en viser til prøvingsintensitet.

⁶⁰ Se nærmere om betydningen av "good governance" i tilknytning til EMK under punkt 4.3.6 nedenfor.

vedtak av kompetent myndighet, alternativt at en ved passiv transformasjon konstaterer såkalt rettsharmoni. Dette dualistiske utgangspunktet modifiseres imidlertid av det såkalte presumsjonsprinsippet, som vi straks kommer tilbake til. Men uavhengig av gjennomføringen i norsk rett, er norske myndigheter forpliktet til å følge forpliktelser som Norge har bundet seg til gjennom ratifisering av internasjonale konvensjoner. Myndighetenes folkerettslige forpliktelse gjelder altså uavhengig av gjennomføringen av konvensjonene eller rettighetene i norsk rett.

Samtidig vil gjennomføringen i norsk rett ha betydning for i hvilken grad individene kan påberope seg og få prøvd rettighetene sine for domstolene. Dermed vil gjennomføringen også ha betydning for hvorvidt menneskerettighetene operasjonaliseres gjennom konkrete saker og i hvilken grad myndighetene i praksis vil bli holdt rettslig ansvarlig for eventuelle brudd på forpliktelsene.

Noen menneskerettigheter er, særlig siden 2014, inntatt i Grunnloven, og vil som følge av trinnhøydeprinsippet i norsk rett ha forrang over norsk lovgivning.⁶¹ Videre er fem konvensjoner inkorporert gjennom menneskerettsloven med forrang over alminnelig lovgivning.⁶² Noen ganger sier man at disse bestemmelsene har en semi-konstitusjonell trinnhøyde. Disse konvensjonene er EMK, SP, ØSK, FNs kvinnekonvensjon og FNs barnekonvensjon. Enkelte andre konvensjoner er gjennomført i norsk lov gjennom sektorlovgivning. Dette er for eksempel tilfellet for FNs rasediskrimineringskonvensjon, som er inkorporert gjennom likestillings- og diskrimineringsloven, men som ikke gjelder med forrang over norsk lovgivning.⁶³

Atter andre konvensjoner, som Norge altså har forpliktet seg folkerettslig til å følge, er ikke gjennomført i norsk rett overhodet. I slike tilfeller vil det nevnte presumsjonsprinsippet ha betydning. Dette prinsippet innebærer at norsk rett "så vidt mulig" skal tolkes i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelsene,⁶⁴ men ved "klar motstrid" mellom disse folkerettslige forpliktelsene og norsk lov, vil den norske interne retten gå foran.⁶⁵ Men uavhengig av dette og den interne gjennomføringen i norsk rett, vil altså myndighetene være folkerettslig forpliktet til å følge konvensjonens bestemmelser og rammer.

Oppsummert vil spørsmålet om inkorporering være av noe underordnet betydning for utredningens problemstillinger formelt sett, samtidig som det har en praktisk betydning, for eksempel med hensyn til i hvilken grad påståtte menneskerettsbrudd vil og kan prøves for domstolene. Sosialpakten, som er relevant for utredningens problemstillinger, er en av konvensjonene som Norge har bundet seg til, men ikke inkorporert i norsk lov.

3.5 Folkerettslig metode – tolkningen av folkerettslige regler og særlig om traktatorganers praksis og uttalelser

I tolkningen av hva som utgjør myndighetenes forpliktelser etter en konvensjon, må folkerettslig metode for traktattolkning anvendes. Denne metoden fremgår av Wien-konvensjonen av 1969 om traktatrett, hvis fortolkningsprinsipper er ansett for å utgjøre folkerettslig sedvane.⁶⁶ I tolkningen av menneskerettighetene inntatt i Grunnloven må imidlertid disse tolkes i tråd med norske tolkningsregler

⁶¹ Grunnloven har siden 2014 et eget kapittel E om menneskerettigheter.

⁶² Menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

⁶³ Likestillings- og diskrimineringsloven § 5. Ved eventuell motstrid med andre lover må avveiningen, ifølge forarbeidene, løses på grunnlag av alminnelige rettskildeprinsipper, jf. Ot. prp. nr. 33 (2004–2005) s. 203.

⁶⁴ HR-2020-1167-A avs. 88.

⁶⁵ Jf. HR-2016-00296-A avs. 44, som omtales nærmere i tilknytning til utredningens omtale av Sosialpakten under punkt 4.4 nedenfor. Avgjørelsen berører spørsmål om statens erstatningsansvar ved manglende gjennomføring av traktatforpliktelser.

⁶⁶ Norge er ikke tilsluttet Wien-konvensjonen, men ettersom prinsippene er ansett for å utgjøre folkerettslig sedvane vil de gjelde generelt, og er f.eks. også lagt til grunn av Høyesterett med hensyn til tolkningen av Norges forpliktelser, se f.eks. HR-2023-491-P med videre henvisninger til ICJs praksis.

og Høyesteretts praksis, men merk at flere av bestemmelsene er inspirert av internasjonale paralleller og at Høyesterett har fastholdt at menneskerettighetene skal tolkes i lys av de internasjonale konvensjonsforbildene.⁶⁷ Noen traktater kan også ha visse egne fortolkningsregler, noe en ser tilsnitt av for EMKs del, der EMDs praksis har dratt opp enkelte egne fortolkningsregler som kan sies å utbrodere utgangspunktene i Wien-konvensjonen.⁶⁸

Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 skal traktater tolkes lojalt ("in good faith") i samsvar med ordenes vanlige mening i den kontekst de er benyttet, og i lys av bestemmelsenes formål ("in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose"). Den naturlige forståelsen av ordlyden danner altså utgangspunktet for tolkningen, lest i den sammenheng ordlyden inngår i og i lys av konvensjonens formål. Det fremgår av artikkel 31 og artikkel 32 at andre kilder, som etterfølgende statspraksis og andre regler mellom statspartene og forarbeider, vil ha mer begrenset plass ved tolkningen.⁶⁹ Høyesterett har ansett at dette innebærer at det vil være lite rom for dynamisk fortolkning.⁷⁰ Bakgrunnen for ordlydens særlige stilling må forstås i det folkerettslige suverenitetsprinsippet,⁷¹ som innebærer at statene i all hovedsak kun er bundet av de folkerettslige reglene som de har *avtalt* seg til.⁷² Dermed blir også avtaleteksten styrende for tolkningen, og generelt sett vil ordlyden ha en mer sentral stilling i traktattolkning enn hva en er vant med fra alminnelig norsk juridisk metode for tolkning av lovregler.

Et særlig spørsmål med hensyn til tolkningen av de folkerettslige forpliktelsene er betydningen av praksis og uttalelser fra konvensjonenes overvåkningsorganer, tidvis også benevnt traktatkomiteer (eller FN-komiteer for komiteene som knytter seg til FN-konvensjonene). Wien-konvensjonens regler om traktattolkning omtaler ikke betydningen av slike uttalelser eller praksis eksplisitt.⁷³

Overvåkningsorganene er opprettet av konvensjonspartene, typisk bestående av uavhengige eksperter, og er på noe ulikt vis satt til å overvåke konvensjonspartenes etterlevelse av konvensjonene. I denne forbindelse vil overvåkningsorganene komme med ulike uttalelser. Uttalelsene vil grovt sagt produseres i tre henseender: (i) avsluttende merknader til statene i tilknytning til periodiske statsrapporter; (ii) utarbeidelse av generelle kommentarer (såkalte "General Comments"), eller (iii) uttalelser og vurderingen i individklager.

Samtlige av de ovennevnte sentrale konvensjonene som denne utredningen angår har slike overvåkningsorganer eller traktatkomiteer. FNs barnekomité overvåker FNs barnekonvensjon, FNs menneskerettighetskomité overvåker SP, FNs ØSK-komité overvåker ØSK, Sosialrettskomiteen overvåker Sosialpakten, og EMD overvåker EMK.⁷⁴ Av disse er Norge tilsluttet individklageordningene under EMK og SP samt en kollektiv klageordning under Sosialpakten. Norge er ikke tilsluttet

⁶⁷ HR-2015-206-A (Maria), se nærmere under punkt 4.1.

⁶⁸ Se nærmere om dette i NIMs veileder for utredning av menneskerettslige problemstillinger, oktober 2023, kap. 2.6.3. Utredningens problemstillinger ligger ikke an på en slik måte at Wiersholm anser det nødvendig å gå nærmere inn på fortolkningen av EMK.

⁶⁹ Jf. HR-2017-569-A avs. 44. I nylige HR-2023-491-P avs. 100 flg. går Høyesterett relativt grundig gjennom Wien-konvensjonen art. 31 og 32.

⁷⁰ Jf. HR-2017-569-A avs. 44.

⁷¹ Se også NIM (okt. 2023), kap. 2.5.

⁷² Unntak gjelder for såkalt folkerettslig sedvanerett eller *jus cogens*, men generelt sett skal det svært mye til for å oppfylle vilkårene for at en praksis utgjør folkerettslig sedvane og også er bindende for de statene som ikke har tilsluttet seg praksisen gjennom avtale. Et eksempel på folkerettslig sedvane kan nettopp sies å være suverenitetsprinsippet.

⁷³ Statuttene til Den internasjonale domstolen i Haag (International Court of Justice eller ICJ) art. 38 lister også opp kilder for å tolke folkeretten, som også vist til i HR-2023-491-P avs. 108. Se også omtale i Ruud/Ulfstein (2018) s. 71.

⁷⁴ Av de nevnte er Norge tilsluttet individklageordningen til SP, men ikke FNs barnekonvensjon og ØSK.

individklageordningene under ØSK og barnekonvensjonen. Slik tilslutning har blitt vurdert, men forkastet flere ganger av norske myndigheter.

EMDs avgjørelser er folkerettslig forpliktende for den stat saken angår.⁷⁵ Dette stiller EMD i en særstilling, både formelt og praktisk, sammenlignet med andre overvåkningsorganer. Dette har bidratt til at EMD har en rikholdig praksis fra enkeltsaker som bidrar til å gi EMK-rettlighetene innhold i det konkrete. Dette bakteppet har ført til at EMK og EMD har klart størst praktisk betydning i norsk rett sammenlignet med øvrige menneskerettskonvensjoner.⁷⁶

Til forskjell fra EMDs avgjørelser er ikke de andre komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker i seg selv rettslig bindende, verken for eller i den konvensjonsstaten saken vedrører. Heller ikke komiteenes uttalelser og anbefalinger i tilknytning til statsrapporter eller i generelle kommentarer er rettslig bindende. Dette er likevel ikke til hinder for at komiteenes praksis eller uttalelser kan ha en rettskildemessig betydning ved tolkning og anvendelse av den aktuelle konvensjonen i senere saker.⁷⁷ Rettslig sett gjelder dette da i første rekke praksis fra enkeltsaker og uttalelser i generelle kommentarer. Betydningen av avsluttende kommentarer i statsrapporter kommer vi tilbake til.

Som nevnt har ikke komiteenes uttalelser noen eksplisitt plass i den folkerettslige rettskildelæren, men praksis fra både Den internasjonale domstolen i Haag (International Court of Justice eller ICJ) og Høyesterett viser at uttalelsene vil kunne tillegges vekt.⁷⁸ Den rettskildemessige betydningen av uttalelsene vil imidlertid variere, og vekten av disse er også noe omdiskutert.⁷⁹ Høyesterett har flere ganger vurdert spørsmål om vekten av uttalelser fra FN-komiteene, men da i første rekke ikke uttalelser fra ØSK-komiteen, men fra FNs menneskerettighetskomité (om SP) og FNs barnekomité.⁸⁰ Høyesteretts vurderinger er til dels knyttet opp mot uttalelser fra forarbeidene til menneskerettsloven og andre forarbeider om vekten av slike uttalelser.⁸¹ I forarbeidene til barnelova er det vist til at generelle kommentarer fra FNs barnekomité er "verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen" og at det "bør legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis".⁸²

I flere av sakene har Høyesterett uttalt at det skal legges vekt på eller endog betydelig, stor eller relativt stor vekt på komiteenes uttalelser, men tidvis med visse modifikasjoner. Uttalelsens vekt kan særlig avhenge av hvor klart vedkommende organ gir uttrykk for forståelsen av konvensjonen, altså om det dreier seg om en tolkningsuttalelse basert på konvensjonens ordlyd og folkerettslig metode på den ene siden, eller om det dreier seg mer om en tilrådning om optimal praksis på konvensjonens område,

⁷⁵ Jf. EMK art. 46.

⁷⁶ Se også nærmere omtale under punkt 4.3 nedenfor.

⁷⁷ For en mer generell oversikt over betydningen av komitee-uttalelser, se bl.a. Meld. St. 39 (2015–2016) s. 12, Hellerslia (2018) s. 71–111, Bårdsen (2017) s. 160–187, og Emberland (2022) s. 542–544. I sistnevnte stilles det spørsmål ved en slik generell tilnærming til den rettskildemessige vekten av FN-komiteens praksis og kommentarer. Basert på ICJs avgjørelse i *Qatar v. De forente arabiske emirater* (2021), også vist til i neste fotnote, tar forfatteren til orde for en mer konkret vurdering av vekten ut fra kvaliteten på argumentene.

⁷⁸ Se f.eks. ICJs avgjørelse i *Ahmadou Diallo* (2010), avs. 66 (se også fotnote 93 nedenfor) og *Qatar v. De forente arabiske emirater* (2021) avs. 77 og avs. 101. Fra Høyesterett, se f.eks. HR-2015-342-A, avs. 42 og HR-2018-2096-A. Se også nærmere henvisninger i NIM (okt. 2023) kap. 2.6.4.

⁷⁹ Se f.eks. Emberland (2022) s. 543.

⁸⁰ Se bl.a. om MR-komiteen i Rt. 2008 s. 1764, avs. 81, om barnekomiteen i Rt. 2009 s. 1261, avs. 40-44, HR-2015-2524-P, avs. 150 flg., HR-2018-2096-A, avs. 14 og HR-2019-2301-A, avs. 78, om FNs komité for funksjonshemmede, HR-2016-2591-A, avs. 58–63.

⁸¹ Se Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 67–68 og Ot.prp. nr. 93 (2008–2009) s. 32.

⁸² Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 26.

som uttales mer løsrevet fra konvensjonsteksten, på den andre.⁸³ Det er i førstnevnte tilfeller Høyesterett typisk har uttalt at det skal legges betydelig vekt på komiteenes syn, mens sistnevnte tilfeller gjerne ender opp med å tillegges lite vekt om noe i den rettslige vurderingen.⁸⁴ En utfordring med tolkningen av generelle kommentarer er at de inneholder en sammenblanding av tolkning av materielle bestemmelser, anbefalinger om god praksis og prosessuelle forhold, slik at det kan være noe vanskelig å avgjøre hva som er hva. Skillet vanskeliggjøres av en flytende ordbruk som ikke alltid er konsekvent, for eksempel i bruken av "shall"/"should", "must"/"may" og "required"/"recommended".⁸⁵

Høyesterett har også i flere saker vist til komitevurderinger i individklager mot andre stater, og foretar ikke nødvendigvis noe skille mellom individklager og generelle kommentarer når rettskildeværdien av uttalelser skal fastlegges.⁸⁶ De fleste av sakene fra Høyesterett angår kommentarer og praksis fra FNs menneskerettighetskomité, hvis individklageordning Norge altså er tilsluttet, og som nok må sies å være det av FNs traktatorganer som er ansett for å ha den sterkeste faglige legitimiteten. Med hensyn til praksis fra enkeltsaker vil det også ha betydning om saken angår konvensjonsstaten selv eller om den angår andre land. Førstnevnte situasjon vil generelt ha en tyngre rettslig vekt enn sistnevnte,⁸⁷ selv om Høyesterett typisk også vil vise til relevant praksis fra særlig FNs menneskerettighetskomité i tilknytning til andre land i vurderingene av hva en konvensjonsforpliktelse innebærer.⁸⁸

I hvilken grad Høyesteretts syn om vekten til uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité kan overføres til andre traktatorganers uttalelser er følgelig ikke uten videre opplagt. For eksempel har ØSK-komiteens og Sosialrettskomiteens uttalelser i langt mindre grad enn uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité og til dels FNs barnekomité vært gjenstand for vurdering i Høyesterett. I et eksempel der en uttalelse fra ØSK-komiteen ble påberopt for Høyesterett, uttaler Høyesterett at uttalelser fra FN-komiteer "må generelt tillegges vekt ved tolkningen [...]. Men vekten avhenger blant annet av hvor klart vedkommende organ gir uttrykk for forståelsen".⁸⁹ I saken kom Høyesterett til at det ikke fremgikk klart av den påberopte uttalelsen at FN-komiteen hadde et slikt syn som ble påberopt for Høyesterett. Det ble videre vist til at et slikt syn ville bryte markant med en etablert rettsoppfatning.⁹⁰ For Sosialpaktens del er det få eksempler, men blant disse har Høyesterett tolket Sosialpakten annerledes enn Sosialrettskomiteen og ikke sett seg bundet av komiteens tolkninger.⁹¹

I Meld. St. 39 (2015–2016) om vurdering av tilslutning til individklageordningene til ØSK, FNs barnekonvensjon og CRPD (konklusjonen var ikke tilslutning) gjennomgås betydningen av konvensjonsorganenes uttalelser, og Utenriksdepartementet oppsummerer det lignende:

"På bakgrunn av høyesterettspraksis og uttalelser i forarbeidene til inkorporasjonslovgivningen kan det legges til grunn at uttalelser fra FNs konvensjonsorganer er en relevant rettskilde ved tolkning av konvensjonsforpliktelsene, men at det må *vurderes konkret* hvilken vekt de skal tillegges. Vekten vil blant annet kunne bero på hva slags type uttalelse det er snakk om og i hvilken sammenheng den er avgitt, i

⁸³ Se f.eks. Høyesteretts tilnærming i Rt. 2015 s. 1388 avs. 151 flg., Rt. 2009 s. 1261 avs. 44 og HR-2018-2096-A avs. 14.

⁸⁴ Se f.eks. HR-2018-2096-A avs. 14, så vel som avs. 16 på den ene siden versus avs. 20 på den andre.

⁸⁵ Se også Hellerslia (2018) pkt. 4 med videre henvisninger.

⁸⁶ Se f.eks. HR-2021-1975-S.

⁸⁷ Til illustrasjon, se vektleggingen i Rt. 2008 s. 1764.

⁸⁸ Ibid. avs. 113.

⁸⁹ HR-2015-342-A avs. 42.

⁹⁰ Ibid. avs. 43.

⁹¹ Se forutsetningsvis HR-2016-00296-A avs. 75 og Rt. 1997 s. 580, særlig s. 590. Se nærmere omtale under punkt 4.4

hvilken grad uttalelsen er forankret i konvensjonsteksten, og om den må ses på som en tolkningsuttalelse eller en anbefaling om optimal praksis, jf. Rt. 2015 s. 1388."⁹²

Den tredje kategorien av uttalelser fra komiteene er komiteenes såkalte avsluttende merknader ("Concluding Observations") i tilknytning til statenes periodiske rapporteringer, eller statsrapporteringer, om etterlevelsen av konvensjonen. Statene skal med jevne mellomrom rapportere til komiteene, som vurderer statenes rapporter, sammen med ofte supplerende rapporter fra sivilsamfunn, ombud og nasjonale menneskerettighetsinstitusjoner. På bakgrunn av informasjonen kommer komiteene med anbefalinger til statene. Generelt sett har disse avsluttende kommentarer i liten grad vært gjenstand for behandling i domstolene, verken i ICJ eller Høyesterett, og ingen av disse har eksplisitt kommentert vekten av disse kildene.⁹³ ICJ har tilsynelatende brukt slike avsluttende kommentarer som støtteargumenter i sine vurderinger.⁹⁴ Høyesterett har på sin side kommet inn på og diskutert slike uttalelser, uten at det egentlig har hatt noen materiell betydning for vurderingene så vidt Wiersholm er kjent med.⁹⁵

Som en tommelfingerregel vil nok de avsluttende merknadene i første rekke gi uttrykk for komiteenes rolle som tilsynsorgan og pådrivere for å oppnå en optimal praksis innen konvensjonenes saklige område, og de bør nok i langt mindre grad enn de generelle kommentarene og uttalelser fra individualsaker ses på som uttrykk for rettslig bindende fortolkninger. Dette kan naturligvis variere ut fra uttalelsene, men Wiersholms generelle inntrykk er at uttalelsene i avsluttende merknader i første rekke tilhører første kategori, og at de sjelden er særlig rettslig begrunnet. Til bildet hører det også at utarbeidelsen av de avsluttende kommentarene skjer under et tidspress og at de utarbeides i et langt større volum enn hva tilfellet er for generelle kommentarer.

Avsluttende merknader kan følgelig undertiden ha en viss rettskildemessig verdi, men de kan ikke tillegges samme vekt som generelle kommentarer og uttalelser fra individklager. Den nærmere verdien må vurderes konkret ut fra uttalelsens forankring og begrunnelse.⁹⁶ Selv om den rent rettslige verdien kan være (svært) begrenset, vil statsrapporteringen og komiteanbefalingene likevel ha en praktisk betydning på andre måter for statene. Rapporteringene kan tvinge statene til å foreta en gjennomgang av relevante menneskerettslige spørsmål og få sine synspunkter og hensynsavveininger utfordret gjennom de skriftlige rundene og høringen. Som følge av den begrensede rettskildemessige verdien vil avsluttende kommentarer vies lite oppmerksomhet i den påfølgende gjennomgangen av konvensjonsbestemmelsene, men vi vil knytte noen kommentarer til dem under henholdsvis behandlingen av ØSK, Sosialpakten og FNs barnekonvensjon. En annen grunn til dette er at disse avsluttende merknadene blir gitt med jevne mellomrom, og slik sett er både dynamiske og mer foranderlige, samtidig som de også innebærer en mer konkret dialog med myndighetene.

⁹² Meld. St. 39 (2015–2016) s. 23. Vår kursivering.

⁹³ I *Ahmadou Diallo* (2010), avs. 66 uttaler ICJ at det måtte legges "great weight" på uttalelser i individklagesaker og generelle kommentarer fra menneskerettskomiteen ved tolkningen av SP. Slik Hellerslia (2018) skriver i pkt. 2, må det antas bevisst at ICJ ikke nevnte avsluttende merknader.

⁹⁴ Se f.eks. ICJs rådgivende uttalelse av 9. juli 2014: "The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory", avs. 110 og 112.

⁹⁵ Se Rt. 2012 s. 1985 avs. 139.

⁹⁶ Se også Hellerslia (2018) pkt. 2 med videre henvisninger.

4. Relevante konvensjoner og bestemmelser

4.1 Grunnloven

4.1.1 Innledning

Siden 2014 har Grunnloven inneholdt et menneskerettighetskapittel og en rekke flere menneskerettighetsbestemmelser enn tidligere. De nye menneskerettighetene er inspirert av parallellene i internasjonale konvensjoner, og supplerer en del eksisterende menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven, som § 100 om ytringsfrihet.⁹⁷ Enkelte av de eksisterende menneskerettighetsbestemmelsene, slik som § 110 om statens ansvar for å legge forholdene til rette for arbeid, ble også noe endret, enten ved språklige tilpasninger til en ny tid eller materielle justeringer.

Flere av Grunnlovens bestemmelser har en side til utredningens problemstillinger, slik som retten til liv og forbudet mot umenneskelig behandling (§ 93), forbudet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling (§ 98), retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse (§ 102), vernet av barns rettigheter (§ 104), eiendomsvernet (§ 105), bevegelsesfriheten (§ 106) og reguleringen av arbeid og rett til støtte fra det offentlige (§ 110).

4.1.2 Flere Grunnlovsbestemmelser dekkes av EMK-vernet

Mange av de nevnte bestemmelsene vil imidlertid neppe ha noen særlig selvstendig betydning materielt sett ved siden av det vernet som alt følger av parallelle bestemmelser i EMK og andre internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av. Høyesterett har for eksempel fastholdt at vernet etter § 102 skal tolkes i lys av den parallelle reguleringen i EMK artikkel 8, og nøyd seg med å foreta materielle drøftelser opp mot sistnevnte når spørsmål om vernet av privatlivet mv. har kommet opp, basert på et syn om at grunnlovsvernet her ikke vil gå lengre enn og vil ivaretas av EMK-vernet.⁹⁸ Fordelene ved en slik tilnærming i praksis er også at EMK-vernet er utbrodert gjennom en langvarig og rikholdig rettspraksis.

Etter Wiersholms syn vil flere av nevnte grunnlovsbestemmelser ivaretas og konsumeres av EMK-vernet, og følgelig er det ikke nødvendig å behandle disse bestemmelsene selvstendig.⁹⁹ I tillegg til vernet av privatliv, familieliv og hjem (§ 102), så gjelder dette spesielt for retten til liv og forbudet mot umenneskelig behandling (§ 93), eiendomsvernet (§ 105) og bevegelsesfriheten (§ 106), som alle har paralleller eller lignende reguleringer i EMK gjennom henholdsvis EMK artikkel 2 og 3 (retten til liv og forbudet mot umenneskelig behandling), EMK TP 1 artikkel 1 (eiendomsvern) og EMK TP 4 artikkel 2 (bevegelsesfrihet).¹⁰⁰ Lignende paralleller finnes også i SP.

I det følgende vil Wiersholm derfor konsentrere seg om å si noe nærmere om innholdet i noen av de øvrige bestemmelsene i Grunnloven, og viser til vurderingene under delen om EMK for de øvrige, se punkt 4.3 nedenfor.

⁹⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 13.

⁹⁸ Se f.eks. Rt. 2015 s. 93 (Maria). I avs. 57 uttaler Høyesterett om Grl. § 102: "Bestemmelsen kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014, og bygger bl.a. på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 17 og EMK art. 8. Likhetsstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser."

⁹⁹ Se en lignende vurdering av NIM (2023) pkt. 4.1 (s. 10) for spørsmålet om bostedsløse EØS-migranternes rett til husly.

¹⁰⁰ Se f.eks. HR-2017-1127-U avs. 10, der Høyesteretts ankeutvalg synes legge til grunn at EMK art. 3 og Grunnloven § 93 andre ledd gir uttrykk for samme rettsregel.

4.1.3 Grunnloven § 92

Det følger av Grunnloven § 92 at "[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter". Tidligere kunne Grunnloven § 92 reist et spørsmål om hvorvidt alle internasjonale menneskerettighetsbestemmelser som Norge er bundet av er gitt grunnlovs trinnhøyde gjennom innføringen av og reguleringen i § 92. Et slikt syn på § 92 som en form for inkorporasjonsbestemmelse ble imidlertid kontant avvist av Høyesterett i HR-2016-2554-P (Holship).

Høyesterett fastholdt at det var klart at Grunnloven § 92 (kun) må forstås som et pålegg til domstolene og myndighetene om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.¹⁰¹ Med andre ord endrer ikke Grunnloven § 92 rettstilstanden fra tidligere og har slik sett liten, om noen, selvstendig rettslig betydning, verken generelt eller for utredningens problemstillinger spesielt.

4.1.4 Grunnloven § 98 – diskrimineringsvern

Det følger av Grunnloven § 98 at "[a]lle er like for loven. Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling".

Grunnloven § 98 er ikke basert på noen direkte paralleller i internasjonale konvensjoner, men er likevel et ekko fra sentrale konvensjoners reguleringer, og kan ses på som en form for konsumering av diskrimineringsvernet som alt følger av de aller fleste menneskerettighetskonvensjoner. Det er ikke klart hvorvidt og hvilken betydning Grunnloven § 98 vil få ved siden av reguleringene i de internasjonale konvensjonene.¹⁰² Bestemmelsen innebærer kort sagt at lovgiver og myndighetene ikke skal innføre lover og regler med et diskriminerende innhold, og vil også stille rammer for myndighetsutøvelsen. Men i første rekke vil nok bestemmelsen – som poengtert en rekke steder – fungere som et "tolkningsprinsipp for rettsanvenderen mer enn som en skranke for lovgiver".¹⁰³

Diskrimineringsvernet behandles nærmere samlet under punkt 5 nedenfor.

4.1.5 Grunnloven § 110 første ledd andre punktum – rett til støtte fra det offentlige

Grunnloven § 110 første ledd andre punktum i sin nåværende form kom inn ved grunnlovsreformen i 2014, og gir den som "ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, rett til støtte fra det offentlige". Ordlydens oppbygning tilsier at rettigheten er betinget, ettersom den enkelte ikke har krav på "støtte" med mindre vedkommende "ikke selv kan sørge for sitt livsopphold". Videre illustrerer ordlyden "ikke selv kan" at det ikke er den enkeltes vilje til å tjene til livets opphold som er det avgjørende, men snarere den enkeltes evne.¹⁰⁴

Ved første øyekast kan bestemmelsens utforming gi inntrykk av at det er tale om en individuell rettighet. Årsaken til at bestemmelsen ble utformet på denne måten fremgår imidlertid klart av Menneskerettsutvalgets rapport, som lå til grunn for vedtakelsen av de nye grunnlovsbestemmelsene og kan ses på som bestemmelsenes forarbeider. Der fremgår det at en bestemmelse om sosial trygghet måtte plasseres i samme kontekst som "arbeidslinjen", nettopp for å tydeliggjøre at ytelser

¹⁰¹ HR-2016-2554-P avs. 64–70 og 140.

¹⁰² Grunnloven § 98 behandles nærmere av Jørgen Aall i Mestad (2021) om Grunnloven § 98. Aall skriver bl.a. på s. 1041 at: "Selv om Grunnloven § 98 er mer vidtrekkende enn EMK art. 14, vil sistnevnte, slik den er tolket i EMDs praksis, likevel være av betydning for tolkningen av grunnlovsbestemmelsen så langt bestemmelsene overlapper".

¹⁰³ Innst. 186 S (2013–2014) kap. 2.1.6 s. 25, se også omtale i Dokument 16 (2011–2012) kap. 26.6.2.3 s. 147.

¹⁰⁴ Sinding Aasen, Henriette, i Mestad (2021) s. 1235. Se også Dokument 16 (2011–2012) s. 240.

som trygd og sosialhjelp er *subsidiære* i forhold til arbeids- eller næringsinntekt.¹⁰⁵ Det primære ansvaret for å sørge for sitt eget livsopphold tilligger dermed den enkelte selv.

Ved grunnlovfesting ble det videre gjort klart at den ordinære lovgivningen, herunder folketrygdloven og sosialtjenesteloven, allerede sikret sosial trygghet og en tilfredsstillende levestandard, og at disse regelsettene ga enkeltindivider rettigheter som kan påberopes overfor stat og kommune. Grunnlovfesting var dermed ikke ment å medføre øvrige rettslige endringer, ettersom de individuelle rettighetene til sosial trygghet "fortsatt og i all hovedsak fremkomme[r] av ordinær lovgivning".¹⁰⁶ På denne bakgrunn var det utelukkende "de overordnede prinsippene" – i betydningen sentrale tolkningsfaktorer for rettsanvenderen – som ble grunnlovsfestet,¹⁰⁷ slik at bestemmelsen nok i første rekke må leses som en fanebestemmelse som ikke i seg selv gir uttrykk for individuelle rettigheter.¹⁰⁸

Bestemmelsen er ikke etter sin ordlyd avgrenset til for eksempel norske borgere. Etter mønster fra øvrige menneskerettslige konvensjoner Norge har sluttet seg til, har bestemmelsen en universell tilnærming og omfatter i prinsippet alle individer innenfor norsk jurisdiksjon. Dette vil i prinsippet si at også personer uten lovlig opphold i Norge kan påberope seg bestemmelsen, eksempelvis ved avslag på stønad eller annen hjelp fra det offentlige.¹⁰⁹

Samtidig er det viktig å bemerke at bestemmelsen, sin absolutte utforming til tross, må forstås med en viss begrensingsadgang for myndighetene etter vårt syn, så fremt begrensningene er saklige og forholdsmessige og ellers i tråd med diskrimineringsvernet som følger av Grunnloven § 98. Selv om Menneskerettighetsutvalgets forslag om en generell begrensningshjemmel for flere av Grunnlovens menneskerettigheter ikke ble vedtatt, har Høyesterett likevel innfortolket en begrensingsadgang i en rekke av Grunnlovens øvrige menneskerettighetsbestemmelser.¹¹⁰ Etter Wiersholms syn er det naturlig å anta at det samme vil gjelde for Grunnloven § 110, i den grad bestemmelsen overhodet kan sies å oppstille individuelle rettigheter. I denne sammenheng er det interessant å merke seg at i tilknytning til forslaget, pekte Menneskerettighetsutvalget særskilt på at myndighetenes plikter overfor personer uten norsk statsborgerskap eller lovlig opphold ville kunne begrenses gjennom denne bestemmelsen, og uttalte særskilt at "[s]å lenge disse personene har tilbud om et minimum av mat, vann og husvære, samt tilgang på øyeblikkelig helsehjelp, kan ordinær lovgivning, under henvisning til den generelle begrensningshjemmelen, ha et redusert tilbud til disse personene".¹¹¹ Selv om begrensningshjemmelen ikke ble vedtatt, er det siterte fortsatt treffende i lys av Høyesteretts innfortolkede begrensingsadgang. Til bildet hører det også at Menneskerettighetsutvalgets forslag med hensyn til

¹⁰⁵ Dokument 16 (2011–2012) s. 240.

¹⁰⁶ Dokument 16 (2011–2012) s. 239.

¹⁰⁷ Dokument 16 (2011–2012) s. 239.

¹⁰⁸ Til tross for at bestemmelsen ikke kan sies å gi uttrykk for individuelle rettigheter, synes det klart at bestemmelsen utgjør en viktig skranke for det offentliges handlingsrom ved fastleggelsen av rettighetenes innhold, se også Mestad (2021) s. 1235. Det er rimelig å tolke bestemmelsen dithen at Stortinget ikke kan oppheve eller i vesentlig grad innskrenke rettighetene til sosialhjelp, og domstolene vil kunne ha kompetanse til å prøve om lovgiver og forvaltningsorganer i stor nok utstrekning ivaretar disse rettighetene, jf. Dokument 16 (2011–2012) s. 239. Terskelen vil imidlertid være høy, og det må foreligge "særdeles skjerpene omstendigheter og tungtveiende argumenter" for prøving, jf. Innst. 187 S (2013–2014) s. 22. I LB-2018-190115, som gjaldt spørsmål om et avslagsvedtak på søknad om arbeidstillatelse bl.a. var i strid med Grunnloven § 110, anførte staten at § 110 ikke gir individuelle rettigheter. Lagmannsretten tok ikke fullt ut stilling til anførselen, men sluttet seg likevel til at bestemmelsen "fremstår som en fanebestemmelse" som "ikke skulle gi den enkelte noen juridisk rett som kan gjennomføres ved saksanlegg mot staten". Selv om premissene er gitt i tilknytning til retten til arbeid i første punktum, er dommen likevel egnet til å gi uttrykk for hvordan domstolene tolker Grunnloven § 110. Anke i saken ble ikke tillatt for Høyesterett, jf. HR-2020-213-U.

¹⁰⁹ Sinding Aasen, Henriette, i Mestad (2021) s. 1235.

¹¹⁰ Se f.eks. HR-2015-206-A, særlig avs. 60. I skrivende stund foreligger det et forslag på Stortinget til en ny begrensningshjemmel til Grunnlovens menneskerettighetskapittel, se Dokument 12:36 (2019–2020).

¹¹¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 242.

sosial trygghet og levestandard, var enda videre enn det som faktisk ble vedtatt av Stortinget, og Menneskerettighetsutvalgets sitat knyttet seg altså til en videre variant.¹¹² Dette kan da tilsi at sitatet endog kan sies å gå lengre enn det vernet som i dag gjelder etter Grunnloven.

Diskusjonen om rekkevidden av Grunnloven § 110 første ledd andre punktum kan i alle tilfeller være av noe underordnet betydning i praksis, ettersom bestemmelsen bygger på lignende bestemmelser fra ØSK, særlig ØSK artikkel 9 og artikkel 11.¹¹³ Generelt sett er det etter Wiersholms syn tvilsomt at Grunnloven § 110 første ledd andre punktum stiller noen strengere forpliktelser for myndighetene enn det som måtte følge av relevante bestemmelser i ØSK. Dette gjelder særlig med hensyn til eventuelle forpliktelser overfor personer uten lovlig opphold.

4.1.6 Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum – barns økonomiske og sosiale trygghet

Barns rettigheter omtales særskilt under punkt 4.6 nedenfor, og Wiersholm omtaler der Grunnloven § 104 mer generelt, sammen med relevante rettigheter etter FNs barnekonvensjon.

I dette punktet vil Wiersholm kun knytte noen korte kommentarer til spesialbestemmelsen i Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum, som har en innretning som gjør den mer naturlig å omtale i forlengelsen av ovennevnte Grunnloven § 110 første ledd andre punktum, om retten til støtte fra det offentlige.

Etter Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum skal staten "legge forholdene til rette" for barnets utvikling, herunder "sikre" at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet.

At staten skal "legge forholdene til rette" for barnets utvikling er ifølge Menneskerettsutvalget ikke ment å kunne påberopes for domstolene, men er snarere ment som en politisk rettesnor.¹¹⁴ Det er derfor ikke antatt at denne delen av bestemmelsen kan gi grunnlag for direkte krav overfor domstolene. Det synes likevel klart at det oppstilles en skranke for lovgiver, ved at man i en lovgivningsprosess ikke kan velge å se bort fra barns behov for gode oppvekstvilkår og videre utvikling.

Ordlyden "sikre", som relaterer seg til nødvendig økonomisk, sosial og helsemessig trygghet, gir imidlertid uttrykk for en positiv forpliktelse for staten. Dette støttes av Menneskerettsutvalgets rapport, som blant annet uttalte at "når det gjelder de ytre rammene som staten særlig kan gjøre noe med, slik som økonomisk, sosial og helsemessig trygghet, får staten et større ansvar for å sikre disse forholdene".¹¹⁵ Uttalelsene kan indikere at denne delen av bestemmelsen i større grad gir individuelle rettigheter som kan prøves av domstolene, noe det er tatt til orde for i juridisk teori.¹¹⁶ Men rekkevidden av bestemmelsen er usikker, og så langt har ikke bestemmelsen blitt prøvd for domstolene.¹¹⁷ I alle tilfeller innebærer bestemmelsen at barn settes i en særstilling, sammenlignet med voksne, noe som øker statens ansvar for å sikre barns velferd. Dette kan også sies å følge av øvrige generelle deler av

¹¹² Ibid., i pkt. 39.7, der en ny bestemmelse i Grunnloven § 111 ble foreslått i forlengelsen av § 110, men dette forslaget ble altså ikke vedtatt av Stortinget. Forslaget til Grunnloven § 111 lød: "Det påligger Statens Myndigheter at respektere og sikre Retten til en tilfredsstillende Levestandard. Ligeledes påligger det Statens Myndigheter at fremme Befolkningens Helbred og sikre Retten til nødvendig Helbredshjelp".

¹¹³ Ibid. s. 236. Disse bestemmelsene kommer vi tilbake til under punkt 4.2 nedenfor.

¹¹⁴ Dokument 16 (2011–2012) s. 194.

¹¹⁵ Dokument 16 (2011–2012) s. 194.

¹¹⁶ Haugli, Trude, i Mestad (2021) s. 1175, som skriver: "Ved at staten pålegges plikt til å 'sikre' barn slik trygghet, vil dette sannsynligvis være forhold som kan prøves av domstolene".

¹¹⁷ Haugli, Trude, i Mestad (2021) s. 1177.

Grunnloven § 104 om barns rettigheter, samt flere av bestemmelsene i FNs barnekonvensjon, som vi kommer tilbake til nedenfor.

4.2 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

4.2.1 Innledning

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) omhandler de såkalte økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene som er listet opp i FNs verdenserklæring, og skal bidra til å realisere disse. ØSK er det sentrale rettslige instrumentet på dette området. ØSK ble ratifisert av Norge i 1972, og ØSK er nå inkorporert i norsk rett med forrang over alminnelig lovgivning gjennom menneskerettsloven, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

Gjennomføringen blir overvåket av FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-komiteén). Statspartene rapporterer jevnlig til komiteen. Sivilt samfunn utarbeider skyggerapporter om statens gjennomføring. Konvensjonsorganet utarbeider anbefalinger til statsparten etter å ha diskutert statens periodiske rapport og eventuelle skyggerapporter med statsparten. Norges første rapport ble levert i desember 1977. Norges sjette rapport ble levert i desember 2019 og diskutert med ØSK-komiteen i februar 2020. Norge er ikke en del av ØSK-komiteens individklageordning.

4.2.2 Overordnet om ØSK-rettighetene

Som nevnt tidligere i utredningen, er et særtrekk ved ØSK-rettighetene at de i større grad enn SP-rettighetene omhandler statens eventuelle plikter til å yte noe til individene. Videre har ØSK-rettighetene et større preg av å være målsetninger snarere enn konkrete forpliktelser, noe som blant annet illustreres av rettighetenes vage og uforpliktende utforming sammenlignet med SP-rettighetene. I det hele er det noe omdiskutert om og i hvilken grad ØSK-rettighetene kan prøves for domstolene. Se nærmere under punkt 3.2 ovenfor.

Dette innebærer at statenes handlingsrom generelt sett er (betydelig) større på ØSK-området enn på SP-området. Videre er rettskildegrunnlaget for ØSK-rettighetene langt skinnere, og består i første rekke av konvensjonsbestemmelsene i tillegg til kommentarer fra ØSK-komiteen, hvis rettskildemessige vekt vil variere og må vurderes konkret. Som nevnt er ØSK-komiteens og andre FN-komiteers uttalelser ikke rettslig bindende, og i vurderingen av hvilken vekt uttalelsene skal gis, vil det være særlig viktig å vurdere om komiteens kommentarer kan ses på som et uttrykk for konvensjonstolkning som er rettslig forankret, eller om kommentarene er mer løsrevet fra konvensjonsteksten og må ses mer på som en anbefaling om optimal praksis. Kommentarene fra ØSK-komiteen som nevnes i det videre, må forstås med dette generelle forbeholdet i mente, og de fleste av kommentarene vil nok i all hovedsak tilhøre sistnevnte kategori etter Wiersholms syn.

Norge er som nevnt heller ikke tilsluttet individklageordningen etter ØSK, og dette er også et valg som må forstås på bakgrunn av bestemmelsenes vage utforming. Det er imidlertid viktig å presisere at mangelen på tilslutning ikke innebærer at norske myndigheter ikke er forpliktet til å følge ØSK-rettighetene, i den utstrekning rettighetene krever, men innebærer (kun) at den norske stat ikke kan innklages for ØSK-komiteen for brudd på rettighetene. Brudd kan påberopes for norske domstoler, men det er altså en annen sak om og i hvilken grad en vil kunne nå frem med et slik søksmål for en domstol. Den lille rettspraksisen som finnes så langt, synes å tilsi at det skal mye til.¹¹⁸

¹¹⁸ Se TOSLO-2019-59563 som et eksempel, der bl.a. ØSK art. 6 og Grunnloven § 110 ble forgjeves anført, og anken i saken ble nektet fremmet av lagmannsretten, og deretter ble ankenektelsen forkastet av Høyesterett.

Menneskerettsutvalget anså i sine vurderinger at domstolene vil tilstå lovgiver en vid skjønnsmargin for spørsmål om hvilke ordninger som må etableres for å oppfylle ØSK-rettighetene.¹¹⁹

Flere bestemmelser i ØSK kan ha betydning for utredningens problemstillinger. Særlig artikkel 9 om sosial trygghet og artikkel 11 om retten til en tilfredsstillende levestandard er relevant, i tillegg til diskrimineringsvernet etter artikkel 2 og begrensingsadgangen i artikkel 4. For utredningens problemstillinger oppstår særlig spørsmålet om realiseringen av retten etter ØSK artikkel 9 og 11 åpner for å *forskjellsbehandle* mellom ulike personer og/eller om det er rom for å begrense rettighetene overfor visse personer – og i tilfellet om bestemmelsene oppstiller noen *minimumskrav* som vil gjelde for alle personer, for eksempel uavhengig av oppholdsgrunnlag, herunder om en befinner seg i Norge uten lovlig opphold og kan forlate landet. Diskrimineringsvernet behandles samlet under punkt 5, mens begrensingsadgang og minimumsrettigheter omtales i det følgende, i tillegg til senere i utredningen.¹²⁰

Før vi kommer nærmere inn på disse bestemmelsene, er det verdt å bemerke at ØSK generelt sett er underlagt et prinsipp om gradvis realisering av rettighetene, jf. ØSK artikkel 2 nr. 1. Dette er også et viktig bakteppe for å forstå rettighetenes rettslige karakter, som også skiller dem grunnleggende fra de sivile og politiske rettighetene. I korthet innebærer prinsippet om gradvis realisering en erkjennelse av at manglende ressurser kan være et hinder for full gjennomføring av konvensjonens rettigheter, og at statene derfor må kunne oppfylle sine forpliktelser ved å vise til at de har gjennomført rettighetene i den utstrekning de har ressurser til rådighet.

4.2.3 ØSK artikkel 9 – sosial trygghet

Gjennom ØSK artikkel 9 har konvensjonstatene forpliktet seg til å "recognize the right of everyone to social security, including social insurance".¹²¹ Konvensjonsteksten er kort, og det presiseres ikke nærmere hvilke konkrete ytelser det dreier seg om, og ordlyden "anerkjenner" ("recognize") indikerer at bestemmelsen som et utgangspunkt ikke tilsier noen tung rettslig forpliktelse. Videre er bestemmelsen generelt utformet, og det er nærliggende å se bestemmelsen mer som en paraplybestemmelse for de rettighetene som følger av de neste artiklene, herunder rettighetene til tilfredsstillende levestandard (artikkel 11), helse (artikkel 12) og utdanning (artikkel 13).¹²² For utredningens vedkommende må bestemmelsen særlig forstås i sammenheng med artikkel 11 nedenfor. Disse to bestemmelsene vil nok langt på vei kunne ses på som overlappende, og rubriseringen mellom dem er neppe avgjørende. Wiersholm behandler likevel bestemmelsene hver for seg for oversiktens skyld.

ØSK-komiteen har avgitt en generell kommentar om artikkel 9. ØSK-komiteen har her ansett retten til sosial trygghet som særlig viktig for å sikre grunnleggende menneskeverd for personer som befinner seg i en situasjon hvor de ikke er i stand til å realisere sine øvrige rettigheter.¹²³ Dette gjør også at det er naturlig å lese artikkel 9 i sammenheng med de påfølgende rettighetene.

¹¹⁹ Dokument 16 (2011–2012) s. 60.

¹²⁰ Allerede her nevnes at det i ØSK-komiteen, General Comment No. 14 avs. 43, på generelt grunnlag er uttalt at statene er forpliktet til å sikre tilfredsstillende av et visst minimumsnivå av hver av rettighetene som inngår i konvensjonen. Det samme er lagt til grunn i General Comment No. 19, hvor komiteen uttaler at "[s]tates parties have a core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights enunciated in the Covenant".

¹²¹ Den norske oversettelsen av art. 9 lyder slik: "[...] anerkjenner retten for enhver til sosial trygghet innbefattet sosialtrygd".

¹²² Se også Høstmælingen (2012) s. 304 med videre henvisninger.

¹²³ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 1. I avs. 9 uttaler komiteen at den enkelte ikke må bli utsatt for vilkårlige eller urimelige begrensninger av retten til sosial trygghet, og i avs. 24 uttales det at eventuelle begrensninger må være rimelige, forholdsmessige og transparente, samt at "withdrawal, reduction or suspension of benefits should be *circumscribed*, based on grounds that are *reasonable*, subject to *due process*, and *provided for in national law*". Vår kursivering.

I praksis henviser ØSK-komiteen ofte til ulike ILO-konvensjoner når den vurderer en stats overholdelse av artikkel 9.¹²⁴ Særlig relevant er ILO-konvensjon nr. 102 fra 1952, om minstestandard for sosial trygghet, som Norge delvis har ratifisert. Basert på denne konvensjonen forstås uttrykket "sosial trygghet" i artikkel 9 gjerne som ethvert tiltak, herunder penger eller andre ytelser, for å sikre beskyttelse mot mangel på inntekt forårsaket av sykdom, funksjonsnedsettelse, alder mv., mangel på tilgang til helsetjenester, og utilstrekkelig støtte til å forsørge familier med barn.¹²⁵

Ifølge ØSK-komiteen innebærer artikkel 9 videre ulike negative og positive forpliktelser for statene, herunder å respektere, beskytte og fullbyrde den enkeltes rettighet.¹²⁶ Mens forpliktelsen til å "respektere" innebærer at statlige organer skal avstå fra å gripe inn i den enkeltes utøvelse av retten til sosial trygghet,¹²⁷ innebærer forpliktelsen til å "beskytte" at staten må ha tilstrekkelige mekanismer for å forhindre at tredjeparter griper inn i denne retten.¹²⁸ ØSK-komiteen anerkjenner at forpliktelsen til å "fullbyrde" medfører størst utfordringer, og har grovt sagt uttalt at fullbyrdesforpliktelsen kan deles inn i de tre gruppene *legge til rette for, fremme og gi* ("provide") sosial trygghet.¹²⁹ Konvensjonskommentaren til artikkel 9 tolker denne inndelingen slik at sosial sikkerhet ikke innebærer en rett til å bli støttet av staten under enhver omstendighet, men at staten snarere spiller en subsidiær rolle til individers innsats for å sørge for egen sosial trygghet.¹³⁰ Følgelig kan det slutes at staten skal gripe inn direkte i de tilfeller hvor en person, på grunn av forhold som rimeligvis er utenfor hans eller hennes kontroll, er ute av stand til å realisere sosial trygghet på egenhånd.¹³¹ I en norsk sammenheng er det naturlig å se det slik at sosialtjenesteloven sammen med andre relevante lover og tiltak, som særlig folketryktdloven eller helselovgivning, er viktige tiltak for å ivareta ØSK artikkel 9.

Under henvisning til at retten til sosial trygghet gjelder for *enhver*, har ØSK-komiteen viet særlig oppmerksomhet til utlendinger, flyktninger, statsløse personer, asylsøkere og andre marginaliserte mennesker og grupper. Blant annet har den uttalt at alle – uavhengig av nasjonalitet, bosted eller innvandringsstatus – har rett til primær og helsemessig nødhjelp,¹³² og at statene må gi disse menneskegruppene særlig oppmerksomhet.¹³³

Med henblikk til at sosial trygghet er ansett som en grunnleggende del av individets menneskeverd, har ØSK-komiteen i sine generelle kommentarer identifisert visse *minimumskrav* eller *kjernerettigheter* som retten til sosial trygghet må omfatte. Blant annet vises det til at staten i det minste må sørge for tilgang til essensiell helsehjelp, grunnleggende ly og bolig ("basic shelter and housing"), vann, sanitær og matvarer.¹³⁴ Uttalelsene kan imidlertid være noe vanskelig å forstå, all den tid komiteen i neste

¹²⁴ Saul (2014) s. 618.

¹²⁵ ILO-konvensjon nr. 102 omtales bl.a. nærmere i NOU 2021: 8 *Trygd over landegrensene – Gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser*, punkt 13.2.8 I

¹²⁶ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 43.

¹²⁷ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 44.

¹²⁸ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 46.

¹²⁹ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 47–51.

¹³⁰ Saul (2014) s. 633.

¹³¹ ØSK-komiteens General Comment No. 19 inneholder en utførlig gjennomgang av komiteens syn på de materielle rettighetene i art. 9, hvor det bl.a. gis uttrykk for at denne retten har vesentlige økonomiske aspekter. Den fundamentale betydningen av sosial trygghet for menneskelig verdighet tilsier imidlertid at denne retten blir gitt passende ("appropriate") prioritet i lovgivning og politikk. Komiteen advarer mot tiltak som medfører tilbakeslag i denne rettigheten ("retrogressive measures"), og legger til at staten må ha bevisbyrden for at slike tiltak eventuelt blir truffet etter at andre alternativer er vurdert, og ut fra en helhetsvurdering.

¹³² ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 37.

¹³³ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 31.

¹³⁴ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 59.

setning anbefaler ("recommends") at stater som ikke klarer å overholde minimumskravene selv kan velge en kjernegruppe tilpasset etter eget behov.¹³⁵ Komiteen gir ikke ytterligere veiledning om hvorvidt bestemte sosiale risikoer og eventualiteter alltid må tas hensyn til eller om en viss kombinasjon av risikoer alltid må adresseres.¹³⁶

I en annen generell kommentar – om diskrimineringsvernet – er ØSK-komiteen mer direkte når den uttaler at alle barn innenfor en stats territorielle jurisdiksjon har rett til utdanning, tilgang til tilstrekkelig ("adequate") mat og helsehjelp, og at dette gjelder for "everyone", i betydningen uten hensyn til nasjonalitet, herunder flyktninger, asylsøkere, statsløse individer, fremmedarbeidere, individer som er utsatt for menneskehandel og individer uten dokumentert status.¹³⁷ I en annen kommentar har ØSK-komiteen uttalt at statene har forpliktet seg til å sikre et *minimumsnivå* av rettigheter som tilligger enhver fysisk person.¹³⁸

Wiersholm er generelt sett usikker på i hvilken grad ovennevnte uttalelser kan anses som et uttrykk for rettslige forpliktelser. Etter vårt syn er de fleste uttalelsene nok naturlige å forstå mest som anbefalinger om en optimal praksis. Samtidig er det etter vårt syn antagelig nærliggende å se det slik at ØSK gir visse minimumsrettigheter for å sikre en person mot nødsituasjoner, uavhengig av vedkommendes oppholdsstatus eller lignende, slik vi kommer tilbake til under punkt 4.2.5 samt mer generelt under punkt 6.5

Videre vil bestemmelsen lest i sammenheng med diskrimineringsvernet i ØSK artikkel 2 (2) innebære en skranke for myndighetene mot å diskriminere mellom personer og grupper med hensyn til for eksempel stønads- og trygdeordninger. Dette vil si at en forskjellsbehandling mellom personer eller grupper kun vil være tillatt dersom den er saklig, rimelig og forholdsmessig. Diskrimineringsvernet behandles samlet under punkt 6 nedenfor, der forskjellsbehandling basert på oppholdsgrunnlag også omtales spesielt.

4.2.4 ØSK artikkel 11 – tilfredsstillende levestandard

Gjennom ØSK artikkel 11 har konvensjonsstatene forpliktet seg til å anerkjenne retten for enhver ("everyone") til en tilfredsstillende levestandard ("adequate standard of living") for seg selv og sin familie, herunder "adequate food, clothing and housing". Statene er videre pålagt å treffe nødvendige tiltak ("appropriate steps") for å sikre virkeliggjørelsen ("ensure the realization") av denne rettigheten.

Selv om bestemmelsen er noe mer ordrik enn artikkel 9, så er også artikkel 11 vag, generell og uforpliktende i sin utforming. Begge bestemmelsene bærer etter sin ordlyd preg av å være innsatsforpliktelser snarere enn konkrete resultatforpliktelser.

Ifølge sosialtjenestelovens forarbeider skal bestemmelsen forstås som en rett til en "minimumsstandard av nødvendige basisgoder" og at disse basisnødvendighetene skal kunne nytes "under verdige forhold".¹³⁹ Forarbeidene indikerer også at artikkel 11 må forstås som å være subsidiær

¹³⁵ ØSK-komiteen, General Comment No. 19, avs. 59.

¹³⁶ Se nærmere i Saul (2014) s. 645.

¹³⁷ ØSK-komiteen, General Comment No. 20, avs. 30.

¹³⁸ ØSK-komiteen, General Comment No. 3, avs. 10. Bl.a. uttales at "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".

¹³⁹ Ot.prp. nr. 103 (2008–2009) s. 12: "I henhold til konvensjonens artikkel 9 har alle rett til sosial trygghet, herunder sosialtrygd. I henhold til artikkel 11 har enhver rett til en tilfredsstillende levestandard for seg og sin familie, herunder tilfredsstillende mat, klær og bolig. Bestemmelsen må forstås som en rett til en minimumsstandard av nødvendige basisgoder og mulighet for deltakelse i hverdagslivet og samfunnslivet, samt at enhver skal gis mulighet til å nyte basisnødvendigheter under verdige forhold (Eide mfl. 2001). Det forutsettes at den enkelte utnytter egne muligheter for å oppnå en tilstrekkelig levestandard."

i sin natur, og at det "forutsettes at den enkelte utnytter egne muligheter" først. Wiersholm er kort fortalt enig i forarbeidenes oppsummering av bestemmelsen, men vi vil i det videre knytte noen nærmere kommentarer til bestemmelsen. Synspunktet støttes også av Menneskerettsutvalgets rapport, som videre har uttalt at ordlyden "tilfredsstillende" må forstås strengt objektivt og innebærer at den enkelte ikke kan kreve en god levestandard, ei heller at myndighetene må sikre levestandarden på en slik måte som er ønskelig for den enkelte.¹⁴⁰

ØSK har ikke utarbeidet noen generell kommentar om retten til en "tilfredsstillende levestandard", på samme måte som for ØSK artikkel 9. Imidlertid er det separate kommentarer for deler av bestemmelsen, om henholdsvis bolig,¹⁴¹ mat,¹⁴² og vann.¹⁴³ Vedrørende *bolig* uttaler komiteen først at retten gjelder for alle, uansett alder, økonomisk posisjon, gruppetilhørighet eller andre slike faktorer.¹⁴⁴ Videre bør den, etter komiteens syn, ikke tolkes innskrenkende eller begrensende, men snarere slik at den enkelte har en rett til å bo et sted i sikkerhet, fred og verdighet.¹⁴⁵ Etter NIMs syn må denne uttalelsen sannsynligvis leses som en anbefaling om optimal praksis og ikke som en tolkningsuttalelse om forpliktelsene etter konvensjonen.¹⁴⁶ Dette er en vurdering Wiersholm deler.¹⁴⁷ Samtidig er det verdt å merke seg at ØSK-komiteen, i tilknytning til norske periodiske statsrapporteringer under ØSK, har gitt visse kritiske merknader til det kommunale botilbudet i Norge i sine tidligere avsluttende merknader.¹⁴⁸ Imidlertid må nok disse merknadene i statsrapporter i første rekke forstås som anbefalinger om optimal praksis.¹⁴⁹

Hva gjelder *mat*, har ØSK-komiteen uttalt at tilgjengeligheten på mat i en mengde og kvalitet som er tilstrekkelig til å tilfredsstillende individets kostbehov, samt en bærekraftig tilgang på slik mat, ligger i kjernen av rettigheten.¹⁵⁰ FNs høykommissær for menneskerettigheter har uttalt at retten til mat ikke er det samme som en rett til å bli matet (i betydning at staten deler ut gratis mat til dem som trenger det), men snarere at man selv har ansvaret for å skaffe seg mat ved hjelp av egen innsats og egne ressurser.¹⁵¹ Det samme må kunne sies å gjelde for retten til *vann*, som ifølge ØSK-komiteen omfatter enhvers rett til tilstrekkelig, trygt, akseptabelt, fysisk tilgjengelig og prismessig overkommelig vann for personlig og huslig bruk.¹⁵²

¹⁴⁰ Dokument 16 (2011–2012) s. 241.

¹⁴¹ ØSK-komiteen, General Comment No. 4 og 7.

¹⁴² ØSK-komiteen, General Comment No. 12.

¹⁴³ ØSK-komiteen, General Comment No. 15.

¹⁴⁴ ØSK-komiteen, General Comment No. 4, avs. 6.

¹⁴⁵ ØSK-komiteen, General Comment No. 4, avs. 7.

¹⁴⁶ NIM (2023) s. 15.

¹⁴⁷ Retten til bolig etter ØSK art. 11 omtales også nærmere i Høstmølingen (2012) s. 308–309.

¹⁴⁸ Se ØSK-komiteens avsluttende merknader til sjettede statsrapportering fra 2. april 2020, E/C.12/NOR/CO/6 avs. 34–35, og f.eks. tidligere i E/C.12/NOR/CO/5 avs. 15. I E/C.12/NOR/CO/6 avs. 38–39 har ØSK-komiteen også visse kritiske bemerkninger til tilgangen til helsetjenester for irregulære migranter, og anbefaler bl.a. at myndighetene tar "effective measures to ensure that all persons in the State party have access to primary health-care services, regardless of their residence status" (avs. 39).

¹⁴⁹ Se generelt om avsluttende merknader i punkt 3.5 ovenfor.

¹⁵⁰ ØSK-komiteen, General Comment No. 12, avs. 8.

¹⁵¹ FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR). "The Right to Adequate Food", Fact Sheet 34 (2010) s. 3-4. Høykommissæren uttaler at "[t]he right to food requires States to provide an enabling environment in which people can use their full potential to produce or procure adequate food for themselves and their families. However, when people are not able to feed themselves with their own means, for instance because of an armed conflict, natural disaster or because they are in detention, the State must provide food directly". Høykommissærens uttalelser har i seg selv liten, om noen, rettskildemessig vekt, men kan gi en nyttig pekepinn om hvordan rettighetene må forstås.

¹⁵² ØSK-komiteen, General Comment No. 15, avs. 2.

Oppsummert vil nok artikkel 11, i likhet med artikkel 9, i første rekke innebære en potensiell skranke som en minimumsrettighet, og en skranke mot diskriminering med hensyn til boligrettigheter mv., se nærmere omtale ovenfor i tilknytning til artikkel 9. Diskrimineringsvernet behandles som nevnt samlet under punkt 6 nedenfor. Minimumsrettigheter kommer vi tilbake til i neste punkt og også senere i utredningen, særlig under punkt 6.5.

4.2.5 Skjønnsmargin, begrensingsadgang og minimumsrettigheter

Hvorvidt ØSK-rettighetene må forstås med en lignende begrensingsadgang som de sivile og politiske rettighetene, slik en kjenner igjen fra EMK og SP, er et noe omdiskutert spørsmål. Det samme er spørsmålet om og i hvilken grad en opererer med en skjønnsmargin eller lignende handlingsrom med hensyn til oppfyllelsen av rettighetene, se punkt 3.5 ovenfor. På bakgrunn av bestemmelsens vage og generelle utforming, så vel som andre kilder, gir det etter vårt syn som nevnt god mening å omtale at også ØSK-rettighetene gir en skjønnsmargin, eller handlingsrom, for myndighetene ved oppfyllelsen av rettighetene; for eksempel med hensyn til valg og tiltak for hvordan rettighetene oppfylles, og hva som for eksempel utgjør "nødvendige tiltak" for å oppfylle en tilfredsstillende levestandard etter artikkel 11 eller i vurderingen av hva som anses "tilfredsstillende". Et slikt syn støttes av for eksempel Menneskerettighetsutvalgets rapport knyttet til grunnlovslovfestingen av, der det heter at "det [er] på det rene at statene har en *vid skjønnsmargin* knyttet til hvordan de sosiale rettighetene skal oppfylles".¹⁵³

Lignende er det etter vårt syn rimelig å forstå det slik at ØSK-rettighetene generelt sett inneholder en begrensingsadgang for myndighetene. Tidvis må statene balansere menneskerettighetene mot andre rettigheter eller tungtveiende samfunnsmessige hensyn, og dette gjelder vel så mye for ØSK-rettighetene som for SP-rettighetene. En begrensingsadgang synes å følge eller anerkjennes av ØSK artikkel 4, selv om bestemmelsens utforming er noe ulik og snevrere enn begrensingsreguleringen en kjenner igjen fra EMK og SP, og spørsmålet slik sett kan bli noe mer diskutabelt.¹⁵⁴ Alternativt kan en begrensingsadgang nærmest tolkes direkte inn i flere av de konkrete rettighetsbestemmelsene som følge av deres vage utforming. Synet om at også ØSK inneholder en begrensingsadgang er både lagt til grunn av Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling og i juridisk teori.¹⁵⁵ Under henvisning til ØSK artikkel 4 har Lovavdelingen lagt til grunn at innføring av nye restriksjoner eller inngrep i rettigheter som rammer ytelser til enkelte grupper av personer må ha (i) grunnlag i lov, (ii) forfølge et legitimt formål, og (iii) ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.¹⁵⁶ Dette er med andre ord det tradisjonelle begrensingsmønsteret for menneskerettigheter som en kjenner igjen fra EMK og SP.

Wiersholm deler Lovavdelingens syn, og bemerker at dette også synes å kunne utledes gjennom en helhetlig lesning av ØSK-komiteens kommentarer, selv om disse er noe sprikende. ØSK-komiteen har blant annet uttalt at det å redusere oppfyllelsen av en ØSK-rettighet ("retrogressive measures"), krever grunnleggende overveielser og må være fullt ut rettfærdiggjort under henvisning til helheten av rettighetene som er fastsatt i konvensjonen.¹⁵⁷ Dette tilsier etter vårt syn blant annet at prinsippet i ØSK artikkel 2 om gradvis realisering av rettighetene, ikke kan tolkes slik at staten er forpliktet til alltid å

¹⁵³ Dokument 16 (2011–2012) s. 239. Vår kursivering.

¹⁵⁴ ØSK art. 4 lyder slik: "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."

¹⁵⁵ Se hhv. JDLOV-2010-3126 og Saul (2014) s. 242, der forfatterne bl.a. uttaler at "limitations concern a state's power to restrict the provision or protection of a right in order to pursue some other, countervailing, weightier public interest", se s. 247.

¹⁵⁶ JDLOV-2010-3126.

¹⁵⁷ ØSK-komiteen, General Comment No. 3, avs. 9.

forbedre rettighetssituasjonen for individene. Selv om målsetningen ved konvensjonsinngåelsen var en gradvis realisering, og på det tidspunktet nok kunne forstås som et mål om en stadig stigende kurve, vil det kunne inntre situasjoner i fremtiden som gjør at tilbakeslag, begrensninger eller reduksjoner fra et oppnådd nivå vil være nødvendige – bordet kan altså ikke sies å fange, men det krever i tilfellet at slike begrensninger eller reduksjoner er rettferdiggjort i henhold til ovennevnte.

ØSK-komiteens uttalelser tilsier imidlertid som nevnt ovenfor at det er en viss *kjerne* i rettighetene som ikke kan begrenses, og som må overholdes uavhengig av statens ressursnivå.¹⁵⁸ En slik forståelse synes også være lagt til grunn av Menneskerettighetsutvalget, som viser til at plikten som påhviler statens myndigheter i korte trekk "har en hard kjerne bestående av visse minstekrav til helse, vann, mat, varme og husvære", og "[j]o lengre man beveger seg bort fra denne kjernen, desto større vil det politiske handlingsrom være".¹⁵⁹ Synet om at et visst minimumsnivå av rettigheter gjelder for enhver, uavhengig av juridisk status og oppholdsgrunnlag, er også lagt til grunn i juridisk teori.¹⁶⁰ Menneskerettighetsutvalgets siterte setning ovenfor knyttet til Grunnloven,¹⁶¹ kan gi en pekepinn på de rettslige kravene etter ØSK også som et utgangspunkt, og at kravene vil rette seg til at alle må gis et minimum av mat, vann og husvære i en reell nødsituasjon, samt tilgang på øyeblikkelig helsehjelp. Menneskerettighetsutvalget peker på at dette først og fremst vil kunne være aktuelt for personer uten lovlig opphold og for personer på gjennomreise.¹⁶² Samtidig er det få kilder knyttet til hvor dette minimumsnivået eventuelt ligger, og rekkevidden og omfanget av en slik plikt er usikker etter vårt syn. I alle tilfeller må spørsmålet måtte bero på en konkret vurdering ut fra flere faktorer, herunder situasjonen til vedkommende selv og hvilke valg og påvirkningsmuligheter personen selv har. Også opp mot ØSK må eventuelle minimumsrettigheter være av en grunnleggende subsidiær karakter etter vårt syn. Vi kommer tilbake til dette spørsmålet under særlig punkt 6.5 nedenfor.¹⁶³

Ut over dette minimumsnivået er det grunn til å anta at statene vil ha et vidt handlingsrom (eller skjønnsmargin) ved oppfyllelsen av ØSK-rettighetene, så lenge oppfyllelsen skjer innenfor særlig diskrimineringsvernets rammer, og alternativt begrensningsadgangens rammer,¹⁶⁴ med andre ord at en eventuell forskjellsbehandling må være saklig, rimelig og forholdsmessig. Vurderingen blir relativt sammenfallende om en ser på det som et spørsmål om begrensning av den enkeltes rettigheter, og også her vil det henge sammen med hvorvidt det foreligger et saklig (legitimt) formål og om begrensningen er forholdsmessig sett hen til formålet. Av relevans for denne utredningens problemstillinger bemerker Wiersholm at Menneskerettsutvalget så det slik at det må være "klart at det ved gjennomføringen av økonomiske og sosiale rettigheter kan være saklig å legge vekt på hva slags tilknytning en person har til riket, for eksempel om oppholdet er varig eller forbigående, lovlig eller ulovlig".¹⁶⁵ Generelt sett vil en forskjellsbehandling med hensyn til sosiale tjenester basert på

¹⁵⁸ ØSK-komiteen, General Comment No. 3, avs. 10.

¹⁵⁹ Dokument 16 (2011–2012) s. 241.

¹⁶⁰ Se f.eks. Kjellevoid (2012), som på s. 24 stiller spørsmålet om all hjelp kan avskjæres fra det tidspunktet vedkommende i praksis kunne forlatt landet, men som konkluderer med at det er "grunnlag for å hevde at også disse personene må ha rett til å få dekket sitt nødvendige behov". Se også Saul (2014) s. 247, som uttaler at "limitations cannot lawfully reduce an ICESCR right beneath its 'minimum core'". Tilsvarende er også lagt til grunn av NIM, som uttaler at: "Statene har imidlertid en viss adgang til å behandle personer ulikt basert på oppholdsstatus. Kjernen av rettighetene må likevel ivaretas for alle på statens territorium", se NIM (2023) s. 10.

¹⁶¹ Se punkt 4.1.5 ovenfor med henvisning til Dokument 16 (2011–2012) s. 242.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Se også om minimumsrettigheter knyttet til EMK under punkt 4.3.8 nedenfor. EMK har den fordel at det er mer praksis knyttet til de konkrete vurderingene.

¹⁶⁴ Se f.eks. Dokument 16 (2011–2012) s. 239–240. Menneskerettsutvalget uttaler på s. 240 at "[d]et er liten grunn til å tro at domstolene vil sette seg i de politiske myndigheters sted" når det kommer til begrensninger i rettigheter utover et minimumsnivå.

¹⁶⁵ Dokument 16 (2011–2012) s. 142.

oppholdsgrunnlag være saklig, rimelig og forholdsmessig etter Wiersholms syn. Se nærmere om diskrimineringsvernet under punkt 5 nedenfor.

4.3 Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

4.3.1 Innledning

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er Europarådets sentrale menneskerettighetskonvensjon. EMK har en helt sentral plass i norsk rett, både fordi EMK er inkorporert med forrang over alminnelig norsk lov gjennom menneskerettsloven,¹⁶⁶ og fordi en rikholdig praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) gir et godt grunnlag for tolkning av konvensjonens bestemmelser og deres rekkevidde i konkrete spørsmål. Videre er EMDs dommer bindende for medlemslandene.¹⁶⁷ Dette har gitt EMK en større praktisk betydning i norsk rett sammenlignet med så å si alle andre norske menneskerettighetsforpliktelser, der kildegrunnlaget normalt er langt skinnere.

EMK angår i utgangspunktet sivile og politiske rettigheter, og ikke økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og EMK inneholder for eksempel ikke noen rett til sosiale tjenester, bolig eller rett til helsehjelp. Under Europarådets konvensjoner dekkes ØSK-rettighetene i første rekke av Sosialpakten, som er en søsterkonvensjon av EMK og som utfyller EMK.

EMKs betydning for utredningens problemstillinger knyttet til sosialtjenesteområdet er derfor i første rekke noe mer avledet. Likevel viser EMDs praksis at EMK ikke er helt uten betydning i denne sammenheng. Gjennom praksis har EMD tolket flere av EMK-rettighetene til å kunne gi rettigheter som kan anses å være av en mer sosial betydning eller som av andre grunner kan ha betydning for spørsmål som utredningen aktualiserer. EMDs praksis er videre interessant fordi den også gjerne blir vist til i praksis og kommentarer under andre konvensjoner, for eksempel av FNs menneskerettighetskomité og ØSK-komiteen, så vel som nasjonale domstoler som Høyesterett.¹⁶⁸ Følgelig vil EMDs praksis om EMK kunne gi noen interessante rettesnorer for det menneskerettslige vernet generelt sett på dette området.

Derfor vil vi i det følgende gå noe nærmere inn på praksis fra EMD og EMKs vern enn det utredningens tema kanskje tilsier som et utgangspunkt. Også fraværet av praksis fra andre organer i enkeltsaker underbygger nytten av å se noe nærmere på EMDs praksis for å illustrere konkrete problemstillinger og hensynsavveininger.¹⁶⁹

4.3.2 Aktuelle rettigheter under EMK

EMK oppstiller i seg selv ingen krav om at en må ha et system for trygdeytelser eller sosialtjenester. Dette er det opp til statene selv å velge. Men dersom en stat velger å ha et slikt system, så kan et slikt system danne rettigheter for den enkelte under eiendomsvernet etter EMK TP 1 artikkel 1. Hvis ytelsene knytter seg til for eksempel foreldrepenger eller andre familieytelser, så kan slike ytelser også falle innenfor anvendelsesområdet til EMK artikkel 8 om retten til privatliv, familieliv og hjem.¹⁷⁰ Dersom et slikt system først er innført, så må det også gjennomføres på en måte som er i overensstemmelse

¹⁶⁶ Jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3.

¹⁶⁷ Dette fremgår av EMK art. 46, som fastslår at: "The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case which they are parties".

¹⁶⁸ ØSK-komiteen har f.eks. latt seg inspirere av EMDs praksis om diskrimineringsvernet i sine kommentarer, se nærmere under punkt 5.

¹⁶⁹ Av samme grunn kommer også EMDs praksis i fokus under gjennomgangen av relevante momenter i diskrimineringsvurderingen under punkt 5.

¹⁷⁰ Se f.eks. EMDs dom i *Dhahbi v. Italia* avs. 41, med ytterligere referanser til EMDs praksis.

med diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14.¹⁷¹ Det er flere eksempler på at EMD har kommet til at det foreligger uforholdsmessige inngrep i eiendomsvernet eller privatlivs-/familielivsvernet i tilknytning til sosiale ytelser, og/eller en diskriminerende utøvelse av vernet ved at ytelser tilkjennes noen personer innenfor statens jurisdiksjon, men ikke alle – og denne forskjellsbehandlingen ikke er godt nok begrunnet som saklig og rimelig.

EMK artikkel 8 vil også kunne aktualiseres i tilknytning til forvaltningens vilkårsstillelse for ytelser, dersom vilkårene griper inn i privatlivet eller familielivet. Vilkårsstillelse vil også kunne aktualisere retten til bevegelsesfrihet innenfor territoriet og til fritt å velge sitt bosted etter EMK TP 4 artikkel 2.

Videre vil EMK artikkel 2 (retten til liv) og EMK artikkel 3 (forbud mot umenneskelig behandling) kunne få betydning dersom en situasjon er av tilstrekkelig alvorlig karakter, slik at det dreier seg om fare for liv eller at noen vil oppleve umenneskelig behandling. Det skal svært mye til før en vil befinne seg i en situasjon der manglende tiltak fra statens side kan bryte med EMK artikkel 2 eller artikkel 3, men dette viser at EMK etter forholdene vil kunne kreve at alle personer på en stats territorium vil ha krav på visse minimumsrettigheter eller et sikkerhetsnett.¹⁷²

4.3.3 Jurisdiksjonsspørsmål / virkeområde

EMK gjelder som et utgangspunkt for alle innenfor konvensjonens jurisdiksjon, og den alminnelige tilnærmingen til et EMK-spørsmål vil normalt ikke være hvorvidt vedkommende person – selv om en for eksempel oppholder seg i landet ulovlig – har et vern etter EMK eller ikke, men om begrensninger av vedkommende sine rettigheter er lovlig som følge av at det enten kan begrunnes som nødvendig og forholdsmessig i tråd med mange av EMK-rettighetenes vilkår for inngrep eller begrensninger, eller at det kan begrunnes som en saklig og rimelig forskjellsbehandling og følgelig ikke utgjør et brudd på diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14. I utgangspunktet vil handlingsrommet når det gjelder forskjellsbehandling mellom personer med lovlig og ulovlig opphold med hensyn til økonomiske ytelser være betydelig etter EMK. Dette vil vi belyse nærmere i det videre. Diskrimineringsvernet behandles også ytterligere under punkt 5 samlet.

4.3.4 Statens skjønnsmargin på sosialtjenesteområdet

De fleste av EMKs rettigheter, som EMK artikkel 8 eller EMK TP 1 artikkel 1, kan begrenses på nærmere vilkår. Grovt sagt er vilkårene at begrensningene har tilstrekkelig hjemmel, at de forfølger et legitimt formål og er nødvendige, herunder forholdsmessige, sett hen til formålet.

Spørsmålene for utredningens del gjelder imidlertid i første rekke ikke klassiske inngrepsspørsmål (statens såkalte negative plikter), men spørsmål om staten har gjort tilstrekkelig i form av tiltak for å sikre rettighetene (statens såkalte positive plikter). I tillegg vil spørsmål om disse tiltakene mv. er gjennomført i overensstemmelse med diskrimineringsvernet kunne være særlig aktuelle.

EMD har flere ganger slått fast at rubriseringen av om det dreier seg om statens positive eller negative plikter ikke er avgjørende, siden vurderingsmønsteret vil bli relativt likt.¹⁷³ I praksis vil gjerne

¹⁷¹ Se eksempler på dette i *Stec og andre v. Storbritannia* (2006) avs. 54-55; *Andrejeva v. Latvia* (2009) avs. 77; *Stummer v. Østerrike* (2011) avs. 82-83; *Efe v. Østerrike* (2013) avs. 45-46.

¹⁷² Se f.eks. *Budina v. Russland* (2009), der klageren anførte at pensjonen hennes var for lav til at hun kunne overleve. EMD utelukket ikke muligheten for at statens ansvar kunne aktualiseres av art. 3 i en situasjon der en søker, som var helt avhengig av statlig støtte, befant seg i en situasjon med alvorlig mangel eller nød som er uforenlig med menneskelig verdighet. EMD undersøkte klagerens økonomiske situasjon og andre forhold for å avgjøre hvorvidt klagerens situasjon falt inn under forbudet mot nedverdiggende behandling, men kom til at dette ikke var tilfellet. Se f.eks. også *M.S.S. v. Belgia og Hellas* (2011).

¹⁷³ Se f.eks. *Palomo Sanchez og andre v. Spania* (2011) avs. 62, der domstolen på generelt grunnlag uttaler at: "While the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar".

vurderingen, uavhengig av rubrisering, kunne ut i et spørsmål om inngrepet eller tiltaket (eller mangel på tiltak) var forholdsmessig. Men statene vil normalt underlegges en strengere vurdering når det angår spørsmål om å avstå fra et inngrep sammenlignet med å utføre positive tiltak for å sikre EMK-rettighetene. I slike tilfeller er skjønnsmarginen mindre og det vil kreves mer av statene for å begrunne at deres handlinger har vært forholdsmessige. Generelt sett gir EMD statene en vid skjønnsmargin når det kommer til statens valg av positive tiltak og ytelser for å sikre EMK-rettighetene, og normalt sett altså en videre skjønnsmargin sammenlignet med situasjoner der staten selv skal avstå fra inngrep i EMK-rettighetene, eksempelvis avstå fra inngrep i ytringsfriheten. Se også nærmere om dette under punkt 3.3 ovenfor, der også EMDs skjønnsmargin doktrine omtales mer generelt.

Når det kommer til statenes økonomiske og sosiale tiltak spesielt, har EMD fastholdt at statene normalt har en vid skjønnsmargin.¹⁷⁴ EMD har anerkjent at den enkelte stat står nærmere til å vurdere eget samfunn og egne behov, og EMD vil normalt akseptere statenes politiske og lovgivningsmessige tiltak og valg på området. EMD har videre anerkjent at statene vil ha behov for generelle og brede reguleringer for å sikre at et velferdssystem fungerer i praksis, herunder at statene differensierer mellom ulike grupper med hensyn til ytelser gjennom bruken av brede kategoriseringer.¹⁷⁵

Det er en høy terskel for at statenes valg og løsninger anses for å være i strid med EMK, og EMD har for eksempel anvendt formuleringer som at de vil akseptere statenes vurderinger av hva som er samfunnets behov, med mindre vurderingen er "manifestly without reasonable foundation".¹⁷⁶

I *Stummer v. Østerrike*, som gjaldt en klagers anførsel om at det var diskriminerende at fengselsarbeid var unntatt fra opparbeiding av alderspensjon og at dette fratok ham mottak av pensjonsytelser, oppsummerer EMD rettstilstanden slik:

"Similarly, a *wide margin of appreciation* is usually allowed to the State under the Convention when it comes to *general measures of economic or social strategy*. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle *better placed than the international judge* to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and *the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is 'manifestly without reasonable foundation'*."¹⁷⁷

I vurderingen av skjønnsmargin vil ulike faktorer spille inn generelt sett, herunder inngrepet karakter/størrelse, den aktuelle rettigheten, formålet, kompleksiteten av avveingene, om det foreligger en konsensus i rettstilstanden internasjonalt, samt kvaliteten på prosessen og begrunnelsen som ligger til grunn for statens inngrep eller avveiging.¹⁷⁸ I *Carson v. Storbritannia* ble klagerne, som hadde bopel i utlandet, ikke hørt med at det var diskriminerende når de av den grunn ble behandlet mindre

¹⁷⁴ Jf. *Andrejeva v. Latvia* (2009) avs. 83. I *Luczak v. Polen* (2007), som gjaldt nektelse av tilknytning til en sosial sikkerhetsordning for bønder, der klageren ble nektet på grunn av sin nasjonalitet, fant retten at opprettelsen av et bestemt sosialt sikkerhetssystem for bønder, som er sterkt subsidiert fra offentlige midler og gir dekning til dem som er tatt opp i det på mer gunstige vilkår enn et generelt sosial sikkerhetssystem, kunne betraktes som å forfølge en økonomisk eller sosial strategi som faller innenfor statens skjønnsmargin (avs. 52).

¹⁷⁵ *Runkee og White v. Storbritannia* (2007) avs. 39, og *Popovic og andre v. Serbia* (2020) avs. 74–80. Sistnevnte gjaldt påstått diskriminerende behandling av sivile mottakere av uføreytelser, som mottok et lavere beløp av samme ytelser enn de som ble klassifisert som militære mottakere, til tross for at de hadde nøyaktig samme paraplegiske funksjonshemming. I avs. 74–80 redegjør domstolen for hvorfor dette ikke utgjorde et brudd på art. 14 lest i sammenheng med EMK TP 1 art. 1.

¹⁷⁶ Se f.eks. *Stummer v. Østerrike* (2011) avs. 89; *Carson og andre v. Storbritannia* (2010) avs. 61; *Andrejeva v. Latvia* (2009) avs. 83; *Garib v. Nederland* (2017) avs. 138.

¹⁷⁷ *Stummer v. Østerrike* (2011) avs. 89. Vår kursivering.

¹⁷⁸ Bakgrunnen for skjønnsmarginen er at EMD og andre domsorganer ikke skal overprøve myndighetenes vurderinger i detalj dersom myndighetene har foretatt en grundig og samvittighetsfull avveiging av relevante kriterier. For nærmere omtale av skjønnsmarginen, se bl.a. Kjølbros (2017) s. 768 flg.

gunstig med hensyn til pensjonsutbetalinger enn dem som var bosatt i Storbritannia. EMD ga britiske myndigheter en vid skjønnsmargin, og viste blant annet til en internasjonal konsensus i rettsstilstanden på området ved at det er relativt vanlig blant ulike land at pensjonssystemer er utformet for å møte behovet til dem som har bopel i staten.¹⁷⁹

4.3.5 Nærmere om rommet for å stille vilkår

Som en del av statenes vide skjønnsmargin til å utforme systemer for økonomiske og sosiale tiltak, vil statene normalt også ha en vid margin til for eksempel å stille vilkår til at en person skal kunne motta sosiale tjenester og ytelser. Et eksempel fra EMDs praksis kan nevnes: I *Schuitemaker v. Nederland*, behandlet EMD en klage fra en nederlandsk kvinne, som mottok arbeidsledighetsytelser, og som etter lovendring var påkrevd å ta "generally accepted" arbeid som et vilkår for å fortsette å motta sine ytelser.¹⁸⁰ Hvis kvinnen nektet, ville det kunne føre til reduksjon i ytelsene. Kvinnen mente at et vilkår om "generally accepted" arbeid for henne, til forskjell fra "suitable" arbeid, ville utgjøre et brudd på EMK artikkel 4 nr. 2 om forbud mot påtvunget arbeid. EMD var ikke enig i dette og avviste klagen uten behandling, men ga en kort begrunnelse for avvisningen. EMD fastholdt:

"In the view of the Court, it must *in general be accepted* that where a State has introduced a system of social security, it is *fully entitled to lay down conditions* which have to be met for a person to be eligible for benefits pursuant to that system. In particular a condition to the effect that a person must make demonstrable efforts in order to obtain and take up generally accepted employment *cannot be considered unreasonable in this respect*. This is the more so given that Dutch legislation provides that recipients of benefits pursuant to the Work and Social Assistance Act are not required to seek and take up employment which is not generally socially accepted or in respect of which they have conscientious objections."¹⁸¹

Av EMDs kommentarer synes en å kunne utlede at når en stat har innført et ytelsessystem, vil staten ha en vid skjønnsmargin til å fastsette vilkår for slik støtte. Vilkårsadgangen vil kunne begrenses dersom vilkår er urimelige, men generelt vil det nok være en høy terskel for at et vilkår anses urimelig – og et vilkår om at en måtte akseptere generelt akseptert arbeid, var klart nok ikke urimelig ifølge EMD. Dette understrekes av at saken ble avvist, og ikke vurdert materielt, noe som viser at en er et godt stykke fra en situasjon som kan utgjøre et brudd på EMK. Det er også verdt å merke seg at EMD fremhever betydningen av at det også legges opp til en mer konkret unntaksadgang i form av at en person ikke må påta seg arbeid som vedkommende har samvittighetskvaler mot.

Også en annen sak fra Nederland illustrerer rommet for å stille vilkår på dette området, også der vilkårene kan ramme den det gjelder på en inngripende måte og for eksempel kan ha sider til bevegelsesfriheten. EMK gir ingen rett til å bo på en bestemt lokasjon, men eventuelle begrensninger på særlig muligheten til å velge bosted må være nødvendige og forholdsmessige for å være i samsvar med privatlivsvernet i EMK artikkel 8 og særlig bevegelsesfriheten i EMK TP 4 artikkel 2.¹⁸² I *Garib v. Nederland* var det stilt vilkår til å kunne få bolig i et bestemt område ("housing permit"), og en kvinne som mottok sosialhjelp ble nektet slik tillatelse som følge av hun ikke møtte minimumsinntektskrav eller botidskrav. Kravene var stilt av hensyn til å motvirke sosiale problemer, forfall og stigmatisering

¹⁷⁹ *Carson v. Storbritannia* avs. 70, se også Aall (2018) s. 84.

¹⁸⁰ *Schuitemaker v. Nederland* (2010). Det var et spørsmål i saken om klageren overhodet hadde klagerett eller rettslig interesse på tidspunktet, ettersom det ikke var klart at hun faktisk hadde fått ytelsene redusert som følge av at hun nektet å akseptere arbeid. EMD trengte likevel ikke gå nærmere inn på dette, siden de uansett mente at saken måtte avvises.

¹⁸¹ Ibid. Vår kursivering

¹⁸² *Garib v. Nederland* (2017) avs. 141.

(begrepet "ghettofisering" nevnes) i enkelte områder av Rotterdam. Dette selv om kvinnen tidligere hadde bodd like i nærheten av leiligheten hun nå ble nektet tillatelse til å bo i.

EMDs flertall (12-5) kom til at myndighetene hadde opptrådt innenfor skjønmarginen og at nektelsen ikke var uforholdsmessig. Følgelig forelå det ikke noen krenkelse av EMK TP 4 artikkel 2. I vurderingen vektla EMD blant annet myndighetenes prosess, begrunnelse og rettssikkerhetsgarantier for å sikre rettighetene og interessene til personer som ble berørt, herunder at tilstrekkelige alternative bostedstilbud var tilgjengelige for dem som ikke kvalifiserte til tillatelsen, samt at områdeutpekingen og vilkår skulle evalueres jevnlig og at det eksisterte en unntaksadgang for å fange opp konkrete urimelige resultater.¹⁸³

4.3.6 Betydningen av lovgivningen, prosess og "good governance"

Slik ovennevnte *Garib v. Nederland* er et eksempel på, legger EMD gjerne vekt på prosess og begrunnelse i sine vurderinger, herunder betydningen av "good governance" og om myndighetene har opptrådt samvittighetsfullt og forsvarlig med hensyn til både utformingen og forvaltningen av reguleringen. Dette gjelder særlig når reguleringene rammer enkeltindivider hardt eller er av stor betydning for den det gjelder.¹⁸⁴ Om lovgivningsprosessen uttaler for eksempel EMD i den nederlandske saken at:

"[i]t falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices."¹⁸⁵

Det er et generelt og tiltagende trekk fra EMDs praksis at kvaliteten på prosessen og avveiningene som ligger grunn for myndighetenes valg, differensieringer og begrensninger når det kommer til individenes rettigheter, vil ha relevans i en eventuell etterfølgende rettslig prøving, og særlig da betydning for statens skjønmargin.¹⁸⁶ Grovt sagt: jo bedre prosess, jo bredere skjønmargin for myndighetene. Dette gjelder både for den bakenforliggende regelprosessen og prosessen med hensyn til forvaltningsutøvelsen av regelverket.¹⁸⁷

I slike vurderinger av prosessen vil det ha betydning om myndighetene har sett og avveid ulike relevante hensyn på begge sider, og for eksempel om regelverket ikke bare er veloverveid, men også fleksibelt og åpner for unntak for å unngå konkrete urimelige utslag. I prosessvurderingen vil det også ha betydning hvordan regelverket praktiseres i møte med enkeltmennesker, for eksempel hvordan unntaksbestemmelser praktiseres.

På motsatt kant vil det ha betydning om en eller få individer blir satt i en posisjon – for eksempel ved en regelendring – som gjør at vedkommende eller denne minoriteten må bære en "excessive and unproportional burden" ved endringen. Dette var for eksempel tilfellet i *Kjartan Ásmundsson v. Island*, der EMD kom til at det forelå et brudd på eiendomsvernet i EMK TP 1 artikkel 1 da islandske myndigheter gjorde endringer i en uførepensjonsordning, som stilte et fåtall personer, deriblant klageren, i en svært ugunstig posisjon etter endringen sammenlignet med det store flertallet knyttet til

¹⁸³ Ibid., særlig avs. 142 flg.

¹⁸⁴ Se f.eks. *Moskal v. Polen* (2009) avs. 72–73.

¹⁸⁵ *Garib v. Nederland* (2017) avs. 138, med videre henvisninger til bl.a. *Animal Defenders International v. Storbritannia* (2013) avs. 108.

¹⁸⁶ Slik påpekt av f.eks. Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) i årsmelding 2018, Dokument 6 (2018–2019), s. 61, med videre henvisninger til EMDs praksis.

¹⁸⁷ Ibid., der det vises til *Osmanoğlu og Kocabaş v. Sveits* (2017).

ordningen. Klageren mistet hele uføreytelsen sin etter endringen, som utgjorde 1/3 av hans månedlige inntekt. EMD vurderte det slik at klager måtte bære en overdreven og uforholdsmessig byrde ved endringen, og at denne begrensningen av klagerens ytelser, som var en rettsposisjon vernet under EMK TP 1 artikkel 1, ikke var tilstrekkelig begrunnet som nødvendig. Det forelå dermed et brudd på EMK til tross for statens vide skjønnsmargin på det sosiale området.¹⁸⁸

Videre vil EMK generelt kunne stille særskilte krav til prosess i tilknytning til en rettferdig rettergang, frihetsberøvelse eller straff, tilnærmet uavhengig av hvilken person det angår, også da for eksempel personer uten lovlig opphold.¹⁸⁹ I reguleringer og praktiseringen av reguleringene må en også forholde seg til generelle krav knyttet til rettferdig rettergang og prosesskrav i denne forbindelse. Dette gjelder også hvis en fratrukker noen ytelser. Undertiden kan dette gi spørsmål om dobbelstraff, for eksempel hvis ytelsen tas bort som et resultat av et lovbrudd som vedkommende alt har blitt straffet for i det straffeprosessuelle sporet. Wiersholm bemerker kort at det nok generelt sett skal svært mye til før utredningens spørsmål vil reise slike problemstillinger, og finner ikke grunn til å komme nærmere inn på dette her.¹⁹⁰

I vurderingen av prosess og myndighetens tiltak og vurderinger, må situasjonen også vurderes helhetlig. Selv om en person for eksempel fratrukker eller ikke oppfyller vilkårene for en ytelse, kan det likevel være at situasjonen helhetlig sett innebærer at hans rettigheter er ivaretatt på en slik måte at det ikke er grunnlag for å anse det som et brudd på EMK. Lignende vil vurderingen i utgangspunktet også knytte seg til hvilke tiltak eller muligheter myndighetene har iverksatt eller lagt til rette for – og normalt vil det ikke kunne holdes mot myndighetene at vedkommende selv ikke har valgt å anvende seg av disse mulighetene.¹⁹¹

Saken *Hudorovic og andre v. Slovenia* er et eksempel på at både klagerens situasjon og myndighetenes tiltak må vurderes helhetlig. Saken gjaldt påståtte brudd på EMK artikkel 8, og klagerne anførte at tiltakene staten hadde iverksatt for å sikre tilgang til sanitær og trygt drikkevann for romsamfunnet i ulovlige bosetninger var utilstrekkelig. EMD fant at staten ikke kunne bære hele ansvaret for å frakte vann til klagerens hjem, spesielt ikke i en situasjon hvor det ikke var noen økonomiske eller andre hindringer som hindret klagerne i å forbedre sine levekår. I tillegg mottok klagerne sosiale ytelser samtidig som staten hadde lagt til rette for at klagerne kunne hente rent vann selv, og domstolen fant derfor at staten hadde tatt tilstrekkelig hensyn til klagerne i den sårbare situasjonen de befant seg i og derfor hadde oppfylt kravene i artikkel 8.¹⁹² Videre kom EMD til at det heller ikke forelå noe brudd på EMK artikkel 3, og EMD uttalte at selv for det tilfellet at situasjonen skulle ha et slikt alvor at den nådde terskelen for umenneskelig behandling etter EMK artikkel 3, så ville ikke EMK artikkel 3 være brutt som følge av at myndighetene alt hadde iverksatt tiltak som gjorde

¹⁸⁸ *Kjartan Ásmundsson v. Island* (2004) avs. 45 og 46. I saken ble det også anført at det forelå brudd på diskrimineringsvernet etter EMK art. 14, men EMD mente at det ikke var nødvendig å gå inn på denne anførselen siden de alt hadde kommet til at det forelå brudd på EMK TP 1 art. 1, der "unjustified differential treatment" inngikk som en del av vurderingen, se avs. 40 og avs. 47. Se også *Moskal v. Polen* (2009) avs. 72–73.

¹⁸⁹ Jf. EMK art. 5 og EMK art. 6. Dette er imidlertid generelle spørsmål som ikke gjelder for sosiale rettigheter spesielt.

¹⁹⁰ Se nærmere om forholdet til dobbelstraff i f.eks. Prop. 32 L (2017-2018) og departementets drøftelse av hvorvidt et forslag om at en siktet mister rådigheten over forestående betalinger når formuen er satt under forvaltning. I pkt. 6.3 legger departementet til grunn at forbudet mot dobbelstraff i EMK tilleggsprotokoll 8 art. 4 nr. 1 ikke var til hinder for forslaget. Se også JDLOV-2010-3126 for drøftelse av tilsvarende problemstilling i tilknytning til tilbakeholdelse av offentlige ytelser ved barne bortføring og forholdet til ØSK-konvensjonen.

¹⁹¹ Se f.eks. *O'Rourke v. Storbritannia* (2001) og *Hudorovic og andre v. Slovenia* (2020).

¹⁹² *Hudorovic og andre v. Slovenia* (2020) avs. 149-159.

at klagerne hadde mulighet til å få tilgang til rent drikkevann, og da var det ikke av betydning hvordan og hvorvidt denne muligheten faktisk ble realisert.¹⁹³

4.3.7 Kort om forholdet til diskrimineringsvernet

EMDs praksis viser at EMD på sosialområdet særlig vil være opptatt av et systems forhold til diskrimineringsvernet, og vurderingen av om en eventuell forskjellsbehandling i gjennomføringen av ytelser er saklige og rimelige, herunder forholdsmessige.¹⁹⁴ En lang rekke av EMDs saker på området angår spørsmål om forskjellsbehandling og forholdet til diskrimineringsvernet, der EMDs inngang vil være å vurdere om saken ligger an slik at lovgivningen eller praktiseringer i landet diskriminerer ulovlig mellom personer som er i analoge situasjoner – til forskjell fra en inngang der EMD inngående vurderer de individuelle omstendighetene i saken.¹⁹⁵

Det er flere saker fra EMD der domstolen har kommet til at det foreligger brudd på diskrimineringsvernet som følge av at en stat har behandlet utlendinger dårligere enn egne statsborgere med hensyn til ulike velferdsytelser. EMD har holdt fast at statene må vise til "*very weighty reasons*" for å forskjellsbehandle basert på statsborgerskap alene. Merk at dette da er et noe annet spørsmål enn å forskjellsbehandle basert på ulike typer oppholdsgrunnlag, der EMD i relativt stor utstrekning har akseptert at forskjellsbehandling vil være legitimt, for eksempel når det kommer til å forskjellsbehandle personer med og uten lovlig opphold.

Et gjennomgående trekk fra sakene der EMD har kommet til at det foreligger brudd på diskrimineringsvernet er at det dreier seg om forskjellsbehandling av utlendinger med normalt langvarig lovlig opphold i landet, og som har en sterk tilknytning til landet, og der det er få forskjeller mellom dem og statsborgere, ut over at de ikke har statsborgerskap. I den type saker har for eksempel EMD kommet til at det ikke har vært saklig og forholdsmessig å forskjellsbehandle dem på det grunnlag med hensyn til pensjonsytelser, foreldrepenger eller skoletilbud. Sakene har følgelig også noe mindre overføringsverdi til utredningens sentrale problemstillinger knyttet til rettighetene til personer uten lovlig opphold og/eller svak tilknytning til landet. Vi kommer nærmere inn på dette under den samlede behandlingen av diskrimineringsvernet under punkt 5 nedenfor.

4.3.8 Spørsmål om minimumsrettigheter (sosial nødhjelp, sikre husly mv.)

EMK gir ingen rett til bolig, og EMD har fastslått at noen slik rett kan ikke utledes av EMK artikkel 8 om at statene skal respektere den enkeltes rett til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse.¹⁹⁶ EMK gir altså rett til vern om hjemmet ditt, men det forutsetter normalt at du har et hjem, og gir ingen rett til at staten skal tilby et hjem.

Ei heller gir EMK noen rett til en levestandard av et visst nivå.¹⁹⁷ EMD har fastholdt at rekkevidden av en stats positive plikt til å gi hjemløse husly må være begrenset.¹⁹⁸ I *O'Rourke v. Storbritannia* hadde klageren, som var plaget av sykdom, tilbragt 14 måneder på gaten etter at han var kastet ut av midlertidig husvære. EMD avviste saken og anså at klagerens lidelser ikke var tilstrekkelige til å bryte terskelen etter EMK artikkel 3 og ei heller EMK artikkel 8. I vurderingen opp mot EMK artikkel 3 viste EMD også til at klager selv også var uvillig til å akseptere midlertidig husvære som han var tilbudt, og

¹⁹³ *Hudorovic og andre v. Slovenia* (2020) avs. 166 og 167.

¹⁹⁴ Se f.eks. *Stummer v. Østerrike* (2011) avs. 87.

¹⁹⁵ Se f.eks. *Carson v. Storbritannia* (2010) avs. 62 med videre henvisninger. Se også EMDs tilnærming i *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 42 og 43.

¹⁹⁶ Se f.eks. *Chapman v Storbritannia* (2001) avs. 99.

¹⁹⁷ Se f.eks. *N. v Storbritannia* (2008).

¹⁹⁸ *O'Rourke v. Storbritannia* (2001); *Hudorovic og andre v. Slovenia* (2020) avs. 114.

derfor var "largely responsible for his own deterioration following his eviction". Samtidig har EMD uttalt at en forpliktelse til å sikre husly ("shelter") for særlig sårbare individer ("particularly vulnerable individuals") kan utledes av EMK artikkel 8 i "exceptional cases", som gjaldt en spesiell sak knyttet til bortvisning av romfolk i Bulgaria.¹⁹⁹

Dersom en stat først innfører et bostedstilbud til noen personer, men ikke alle, vil dette måtte gjennomføres på en måte som er i samsvar med diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14. For eksempel har EMD akseptert at statene innfører kriterier knyttet til bostedstilbud når etterspørselen er høyere enn tilgjengelig tilbud, så lenge kriteriene ikke er vilkårlige eller diskriminerende. Et eksempel på sistnevnte er *Bah v. Storbritannia*, der det ble ansett saklig og rimelig å ta hensyn til oppholdsstatus og å skille mellom ulike kategorier innvandrere med hensyn til offentlige tjenester som offentlig botilbud.²⁰⁰

Undertiden kan spørsmål også oppstå om hvorvidt en stats mangel på hjelp kan utgjøre en trussel mot liv (artikkel 2) eller utgjøre umenneskelig behandling (artikkel 3). Dersom dette er tilfellet, vil staten kunne få en positiv plikt til å yte sosial nødhjelp eller oppfylle visse minimumsrettigheter for sikre retten til liv og mot en umenneskelig behandling. Det skal imidlertid svært mye til før en slik situasjon aktualiseres etter EMK, og etter Wiersholms syn vil formodentlig pliktene etter ØSK, Sosialpakten²⁰¹ eller FNs barnekonvensjon sette en høyere terskel og dermed konsumere EMK-vernet her, selv om det understrekes at pliktene etter nevnte konvensjoner er usikre etter vårt syn.²⁰²

I praksis vil spørsmålet antagelig særlig komme på spissen for personer uten lovlig opphold eller en svak tilknytning til landet. Omfanget av forpliktelsene eller vernet vil være situasjonsavhengig og også avhenge av personens status. For eksempel er det forskjell på å være asylsøker og å være en person som har kommet til landet uten asylgrunnlag eller som har fått asylsøknaden avslått, og som forblir i landet selv om vedkommende kan reise tilbake til sitt eget hjemland. Statens forpliktelser vil være strengere overfor dem som er asylsøkere, og EMD har uttalt at forskjellen mellom å være asylsøker på den ene siden og faktisk forbli ulovlig i landet etter en har fått avslag på asylsøknad på den andre siden, utgjør en "crucial difference".²⁰³ Dette vil ha betydning for EMDs vurderinger av hvilke forpliktelser staten har overfor personen med hensyn til "social assistance" i mottakslandet.²⁰⁴

Lignende vil det i vurderingen kunne vektlegges om en situasjon er fremkalt av og/eller kan avverges av den som mener seg krenket.²⁰⁵ For personer som er asylsøkere, og særlig når barn er involvert, vil EMK normalt stille strengere krav til statens plikt til å sikre at disse personene ikke blir utsatt for forhold som er umenneskelige og dermed utfordrer EMK artikkel 2 eller EMK artikkel 3. Men praksis fra EMD viser også her at det skal mye til før en er i en situasjon som utgjør brudd på EMK, og saker fra EMD handler gjerne om asylsøkere som har måttet leve på gaten uten midler til livsopphold, slik for

¹⁹⁹ *Yordanova og andre v. Bulgaria* (2012) avs. 130, der EMD også viser til avvisningsavgjørelsen *Budina v. Russland* (2009).

²⁰⁰ *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 49. Se nærmere omtale nedenfor.

²⁰¹ Forutsatt at personen er innenfor kretsen av personer som Sosialpakten gir forpliktelser overfor, se nærmere under punkt 4.4.3.

²⁰² Se bl.a. også punkt 6.5.

²⁰³ Se *Hunde v. Nederland* (2016) avs. 55, noe nærmere omtalt under bl.a. punkt 5.6.5.2.

²⁰⁴ *Ibid.* EMD viser i *Hunde v. Nederland* til bl.a. *N v. Storbritannia* (2008), som gjaldt spørsmål om utvisning av en HIV-smittet person til Uganda. EMD kom til at utvisningen ikke utgjorde et brudd på EMK art. 3. EMD uttaler bl.a. at utviste utlendinger ikke i prinsippet kan kreve å bli værende på statens territorium for å fortsette medisinsk, sosial eller annen form for behandling. Det ble videre uttalt at det ikke i seg selv er nok til å gi opphav til brudd på art. 3 at "the applicant's circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be removed", og at utvisningsbeslutningen "only in a very exceptional case" kan utfordre art. 3 (avs. 42). Vår kursivering.

²⁰⁵ *Ibid.*, se også *O'Rourke v. Storbritannia* (2001), samt Rt. 2005 s. 1.

eksempel situasjonen var i *M.S.S. v. Belgia og Hellas* samt *N.H og andre v. Frankrike*.²⁰⁶ Dette er også spørsmål vil komme tilbake til under punkt 5 om diskrimineringsvernet nedenfor.

4.3.9 Europeisk konsensus

Opp mot EMK-vurderingene, men også opp mot forpliktelsene etter andre konvensjoner,²⁰⁷ vil andre lands praksis kunne ha betydning – mer bestemt er gjerne spørsmålet om og i hvilken grad det foreligger en konsensus blant medlemsstatene med hensyn til gjennomføringen av konvensjonsforpliktelsene. For eksempel vil det kunne ha betydning for de norske vurderingene dersom det kan identifiseres en gjennomgående europeisk trend, for eksempel om medlemsstatene har lagt seg på et visst nivå av minimumsrettigheter for personer uten lovlig opphold.

Så vidt Wiersholm har kunnet klarlegge, foreligger det ikke noen europeisk konsensus på dette området av en slik karakter at det påvirker skjønnsmarginen til medlemsstatene. Både praksis opp mot EMK og Sosialpakten tilsier at flere vest- og sentral-europeiske land, som Frankrike, Nederland, Belgia og Storbritannia, har lagt seg på en stram linje overfor personer uten lovlig opphold eller med svak tilknytning til landet, og en strammere linje enn i Norge. Andre lands statsrapporteringer under ØSK kan tyde på det samme, og også danske og svenske reguleringer tyder på en stram linje. For eksempel blir personer hvis asylsøknad har blitt avvist og som ikke forlater Sverige innen den fastsatte fristen på fire uker for "frivillig" avreise, fratatt sin daglige godtgjørelse og tilgang til innkvartering.²⁰⁸ Familier med barn, enslige mindreårige og personer som trenger akutt helsehjelp er imidlertid unntatt fra regelen, men loven oppfordrer svenske myndigheter til å praktisere unntaket strengt.²⁰⁹ I praksis ser man at slike personer blir avhengig av støtte fra ikke-statlige organisasjoner for å overleve.²¹⁰

Generelt sett spriker reguleringen og omfanget av sosiale og økonomiske ytelser en god del fra land til land, og etter Wiersholms syn gir det lite mening å se på det som at det foreligger noe europeisk konsensus på dette området som skulle påvirke statenes skjønnsmargin i en strengere retning. Samtidig bemerkes det at dette er et spørsmål som kan henge vel så mye sammen med praktiseringen av regelverket som regelverket på papiret, og at eventuelle forskjeller mellom statene slik sett kan være krevende å klarlegge fullt ut.

4.4 Den europeiske sosialpakt

4.4.1 Innledning

Den europeiske sosialpakt er fra 1961, og trådte i kraft for Norge i 1965. Europarådet undertegnet i 1996 en revidert versjon av sosialpakten, som Norge ratifiserte i 2001.²¹¹ Sosialpakten er på sett og vis Europarådets parallell til FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), mens EMK altså er Europarådets parallell til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Men der EMK har fått stor rettslig betydning i praksis for Norge så vel som for andre av Europarådets land, så kan ikke det samme sies for Sosialpaktens del.

²⁰⁶ *M.S.S. v. Belgia og Hellas* (2011), bl.a. avs. 263–264 og *N.H og andre v. Frankrike* (2020), bl.a. avs. 165–186.

²⁰⁷ Jf. Wien-konvensjonen art. 31 nr. 3 bokstav b).

²⁰⁸ Se Lindberg (2020) s. 94 med videre henvisninger.

²⁰⁹ Se Migrationsverket, SR 13/2016.

²¹⁰ Se Lindberg (2020) s. 95 med henvisning til en rapport publisert av Europarådets menneskerettskommisær.

²¹¹ Den reviderte sosialpakten samler i ett dokument, med noen endringer og suppleringer, rettighetene i den opprinnelige pakten og en tilleggsprotokoll. For Norges del vil det være reguleringene i den reviderte sosialpakten som nå er relevante. I det videre omtales den opprinnelige sosialpakten og den reviderte sosialpakten begge som "Sosialpakten" ut fra hvilken versjon som var gjeldende for Norge på tidspunktet, med mindre annet presiseres. I forarbeidene til menneskerettsloven er det f.eks. den opprinnelige sosialpakten som diskuteres.

Til forskjell fra EMK inneholder ikke Sosialpakten noen *individklagemekanisme*. Paktens primære overvåkningsmekanisme består av periodisk statsrapportering til Den europeiske komité for sosiale rettigheter (Sosialrettskomiteen). Sosialrettskomiteen er en uavhengig ekspertkomité valgt av Europarådets ministerkomité. Sosialrettskomiteen kan påpeke manglende gjennomføring av konvensjonsforpliktelser. Hvis dette ikke rettes opp i, kan saken til sist ende opp hos ministerkomiteen, der medlemslandenes utenriksministre møtes.²¹² Rapporteringen i desember 2023 er Norges 20. rapportering etter den reviderte sosialpakten.²¹³

I tillegg til statsrapporteringssystemet er Norge bundet av en kollektiv klagemekanisme, som kan anvendes av for eksempel fagforeninger. Fraværet av en individklagemekanisme innebærer imidlertid at det er langt mindre praksis knyttet til Sosialpakten enn hva tilfellet er for EMK. Dette bidrar til usikkerhet om innholdet og rekkevidden av Sosialpaktens forpliktelser. Det samme gjør bestemmelsenes vage utforming, noe vi kommer tilbake til nedenfor.

Generelt sett er følgelig Sosialpakten et langt mer utforsket og uklart område enn EMK, og i likhet med hva som gjelder for parallellkonvensjonen ØSK, vil Sosialpaktens bestemmelser som et klart utgangspunkt være av en langt mindre rettslig forpliktende karakter enn EMK-rettighetene. Vi viser til den generelle redegjørelsen for særtrekk ved de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene under punkt 3.2 samt omtalen av de lignende ØSK-rettighetene under punkt 4.2.

Samtidig har Sosialpakten, sammenlignet med utredningens andre aktuelle konvensjoner, i mindre grad vært behandlet i juridisk teori mv. Wiersholm har derfor funnet grunn til å kommentere Sosialpakten noe nærmere i det videre, blant annet paktens særtrekk ved at den har et avgrenset virkeområde etter sin ordlyd, samt betydningen av at Sosialpakten, ulikt ØSK og EMK, ikke er inkorporert i norsk rett.

4.4.2 Sosialpaktens rettskildevækt i norsk rett

Socialpakten er *ikke* inkorporert i norsk rett, verken gjennom menneskerettsloven eller sektorlovgivningen. Ved vedtakelsen av menneskerettsloven ble det vurdert hvilke konvensjoner som skulle inkorporeres i norsk rett, og da med forrang fremfor andre lover. Resultatet ble at Sosialpakten ikke ble inkludert.

I forarbeidene til menneskerettsloven vises det til at Sosialpakten ikke hadde oppnådd den status og praktiske betydning som den var tiltenkt.²¹⁴ Det vises også til at konvensjonen – herunder sammenlignet med andre konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter – er særlig vagt utformet, og at ulike syn mellom organer som inngår i konvensjonens håndhevelssystem har bidratt til uklarhet om hva forpliktelsene innebærer.²¹⁵ Det ble også vist til at konvensjonen, den gang, var under revisjon. Wiersholm er ikke kjent med senere vurderinger fra myndighetene vedrørende inkorporering av den reviderte sosialpakten.²¹⁶ Etter revisjonen er Sosialpakten behandlet av Høyesterett, og Høyesterett har da løftet frem nevnte forarbeidsuttalelser i premissene, selv om Høyesterett da altså vurderte den reviderte versjonen – og kan slik sies å ha gitt de eldre forarbeidsuttalelsene betydning også for den reviderte versjonen.²¹⁷

²¹² Rapporterings- og klagesystemet under Sosialpakten omtales også noe nærmere i NIMs utredning – se NIM (2023), særlig s. 16 flg.

²¹³ For nærmere oversikt, se Europarådets nettsider. Bl.a. er et faktaark tilgjengelig her: <https://rm.coe.int/16806b795f>.

²¹⁴ Jf. Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 36.

²¹⁵ Jf. NOU 1993: 18 pkt. 9.2.2.

²¹⁶ Se tilsvarende hos NIM (2023) s. 11. NIM omtaler også Sosialpaktens system noe nærmere i deres utredning.

²¹⁷ HR-2016-00296-A avs. 54 og 55.

Mangelen på inkorporasjon har betydning for traktatens gjennomslagskraft i norsk rett og i hvilken grad Sosialpakten kan påberopes for og prøves av norske domstoler, se også punkt 3.4 for en mer generell beskrivelse av dette. Som det fremgår der, innebærer imidlertid presumsjonsprinsippet at norsk rett så langt det er mulig skal tolkes i overenstemmelse med Sosialpaktens bestemmelser. Høyesterett presiserte i nevnte sak om Sosialpakten hva som er rettssituasjonen ved manglende inkorporasjon eller implementering:

"Utgangspunktet er klart nok; ratifisering av en konvensjon eller inngåelse av en traktat påfører staten en folkerettslig forpliktelse, men ved klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk lov, vil den interne rett gå foran."²¹⁸

Uavhengig av Sosialpaktens gjennomslagskraft for en norsk domstol, så forplikter Sosialpakten altså norske myndigheter folkerettslig sett – og myndighetene er folkerettslig forpliktet til å forholde seg til konvensjonens bestemmelser og rammer. I tolkningen av myndighetenes forpliktelser må folkerettslig metode anvendes. En naturlig forståelse av konvensjonens ordlyd danner utgangspunktet for tolkningen, lest i den sammenheng den inngår i og i lys av konvensjonens formål.²¹⁹ Se nærmere om tolkningen, herunder betydningen av uttalelser fra overvåkningsorganer, under punkt 3.5 ovenfor.

Sosialpakten har i liten grad vært gjenstand for prøving for norske domstoler. Noen eksempler finnes likevel fra Høyesterett. En av sakene angår myndighetenes mulige erstatningsansvar som følge av mangelfull implementering av Sosialpakten. Saken fra 2016 gjaldt et erstatningskrav fra Fellesforbundet for sjøfolk for kostnader de hadde pådratt seg i tilknytning til en oppsigelsessak, herunder en etterfølgende klage til Sosialrettskomiteen. Om mulig erstatningsansvar uttalte Høyesterett at det ikke kan være aktuelt å vurdere spørsmålet om et mulig ansvar, med mindre en motstrid mellom norsk lov og konvensjonen utgjør en kvalifisert svikt i den plikt som eventuelt måtte foreligge.²²⁰

Ulikt EMDs dommer, er Sosialrettskomiteens uttalelser ikke folkerettslig bindende. Samtidig som komiteuttalelser kan ha vekt, og endog mye vekt, som rettskilde i tolkningen av konvensjoner, vil uttalelsens vekt måtte vurderes konkret blant annet ut fra om det anses å være en tolkningsuttalelse eller mer som en anbefaling om en optimal praksis på konvensjonens område, se også punkt 3.5 ovenfor. Til forskjell fra en del av FNs overvåkningsorganer, er vekten av Sosialrettskomiteens uttalelser ikke kommentert i noen særlig grad i norsk rett, verken i forarbeidene til menneskerettsloven eller annen lovgivning, så vidt Wiersholm er kjent med, eller i praksis fra Høyesterett. I utredningen om bostedsløse EØS-migrantere rett til husly antar NIM at Høyesterett "langt på vei vil anvende tilsvarende tilnærming som ved de andre komiteenes uttalelser ved vurderingen av hvilken vekt Sosialrettskomiteens uttalelser skal ha. Det kan imidlertid tenkes at vektlegging av komiteens uttalelser vil modifieres noe på grunn av at bruk av uttalelsene ikke har samme lovgiverforankring som for andre komiteer".²²¹ Wiersholm er i utgangspunktet enig i denne vurderingen og antakelsen i siste setning. Fraværet av en ren individklageordning kan også ha betydning i denne sammenheng, ved at komiteens praksis kanskje ikke får det innslaget av en skjerpet vurdering – og korreksjon fra partene – som skapes gjennom mer mengdebehandling.

²¹⁸ HR-2016-00296-A avs. 44.

²¹⁹ Jf. tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 art. 31 og 32, som er ansett for å gi uttrykk for folkerettslig sedvane. Det fremgår at andre kilder vil ha begrenset plass i tolkningen. Se også f.eks. HR-2017-569-A avs. 44.

²²⁰ HR-2016-00296-A avs. 52. Høyesterett bygger her på erstatningsnormen fastlagt i tilknytning til manglende implementering av EØS-avtalen, jf. Rt. 2005 s. 1365 (*Finnanger II*). I saken kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for erstatningskrav.

²²¹ NIM (2023) s. 13.

I denne sammenheng er det også verdt å bemerke at Høyesterett i de få sakene som vedgår Sosialpakten ved mer enn en anledning synes å ha vært uenig med Sosialrettskomiteens tolkning, og ikke ansett seg bundet av komiteens syn.²²² Dette gjaldt tilsynelatende både nevnte sak fra 2016 og i en sak fra 1997 om spørsmål om streikeforbud kombinert med tvungen lønnsnemnd stred mot Sosialpakten. Høyesterett la den gang vekt på at det ikke var enighet mellom Sosialrettskomiteen og Ministerkomiteen, og tolket den aktuelle bestemmelsen på samme måte som sistnevnte.²²³ Det er også nyttig å merke seg at EMD har vist til og vektlagt uttalelser fra Sosialrettskomiteen i tidligere praksis i sin tolkning av EMK, uten at det nødvendigvis har betydning for vekten av Sosialrettskomiteens uttalelser i seg selv.²²⁴

4.4.3 Sosialpaktens avgrensede virkeområde

Til forskjell fra ØSK og EMK, som i utgangspunktet gjelder for enhver person innenfor en stats jurisdiksjon, og der en eventuell forskjellsbehandling av personer innen jurisdiksjonen basert på statsborgerskap eller oppholdsgrunnlag i grove trekk vil kunne ut i en vurdering av om en slik forskjellsbehandling er saklig, rimelig og forholdsmessig i tråd med konvensjonenes diskrimineringsvern, så inneholder Sosialpakten et definert og avgrenset virkeområde.

Sosialpaktens virkeområde for utlendinger fremgår av vedlegg til Sosialpakten.²²⁵ I vedlegget heter det at utlendinger bare er omfattet i den grad de for det første er *borgere av andre konvensjonsparter*, og for det andre enten er *lovlig bosatt* ("lawfully resident") eller *arbeider regelmessig* ("working regularly") på statens territorium. Det første vilkåret er altså at virkeområdet er begrenset til statsborgere av andre konvensjonsparter. De fleste av Europarådets medlemsland er konvensjonsparter, men ikke alle.²²⁶ Utlendinger som kommer fra land utenfor Europa vil i alle tilfeller ikke være omfattet av virkeområdet. Det andre vilkåret er at vedkommende enten er lovlig bosatt eller arbeider regelmessig på statens territorium. Dette vil for eksempel si at personer uten lovlig opphold i alle tilfeller faller utenfor konvensjonens virkeområde i henhold til Sosialpaktens ordlyd. Merk imidlertid at Sosialkomiteen i sin praksis har ment at slike personer vil ha visse minimumsrettigheter, men det er nok en tolkning som etter Wiersholms syn i første rekke må forstås som en anbefaling om optimal praksis og ikke som rettslig bindende, se punkt 4.4.5 nedenfor.

Avgrensningens ordlyd kan sies å være noe usikker med hensyn til hva som skal til for å oppfylle vilkåret. Dette gjelder både for "lawfully resident" og "working regularly" – og spørsmålet kan avhenge av en konkret vurdering. I utgangspunktet trekker ordlyden "resident" i retning av at det kreves mer enn at en har lovlig opphold i et land. En naturlig forståelse av ordlyden "resident" tilsier etter Wiersholms syn at en bor i landet enten permanent eller i det minste for en viss varighet. Nøyaktig hvor lang varighet er uklart. Videre trekker ordlyden etter Wiersholms syn i retning av at også bostedet må ha noe permanent ved seg, altså at en faktisk har en bopel og er bosatt i landet.

Sammenhengen med øvrige deler av vedlegget om virkeområde understøtter ovennevnte tolkning etter vårt syn. I vedleggets punkt nr. 2 og punkt nr. 3 omtales forholdet til henholdsvis flykninger og statsløse, og der anvendes begrepet "lovlig oppholder seg" ("lawfully staying"). En naturlig tolkning av sammenhengen tilsier at det ikke er tilstrekkelig at en lovlig oppholder seg på territoriet for å falle inn

²²² Se forutsetningsvis HR-2016-00296-A avs. 75 og Rt. 1997 s. 580, særlig s. 590.

²²³ Ibid.

²²⁴ Se f.eks. *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. Storbritannia* (2014) avs. 94.

²²⁵ Vedlegg til den reviderte europeiske sosialpakt: Den reviderte europeiske sosialpakts virkeområde med hensyn til vernede personer, pkt. 1. Merk at virkeområdet har et par forbehold som ikke er materielt viktige i denne sammenheng.

²²⁶ En oversikt over konvensjonspartene er tilgjengelig på Europarådets nettsider, her: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/signatures-ratifications>.

under ordlyden "lawfully resident", det vil for sistnevntes del kreves noe mer. Sammenhengen med det andre alternativet om "arbeider regelmessig" trekker også i retning av en tilknytning som er sterkere enn et lovlig opphold, og situasjonen dreier seg om utlendinger som bor i landet i en mer tradisjonell forstand.

Merk samtidig at NIM i sin utredning om bostedsløse EØS-migranternes rett til husly har kommet til at ordlyden er noe mer uklar enn hva Wiersholm tolker den som. NIM har gått videre til å tolke ordlyden i lys av Sosialpaktens formål, og konkluderer med en noe bredere forståelse av anvendelsesområdet enn hva Wiersholm mener at ordlyden, også lest i sammenheng med konvensjonen og formålet for øvrig, gir dekning for.²²⁷

Basert på sin tolkning, antar NIM at EØS-migranter som er i Norge på kortvarig opphold (inntil 3 måneder) etter utlendingsloven § 111, etter forholdene vil kunne anses som "lawfully resident or working regularly" og da omfattes av Sosialpaktens virkeområde. Dette tilsynelatende selv om disse personene ikke har bolig eller arbeid i Norge. I henhold til Wiersholms tolkning av virkeområdet vil slike EØS-migranter som et klart utgangspunkt falle utenfor Sosialpaktens virkeområde. Etter vårt syn støttes en slik tolkning også av forutsetningen i utlendingsloven § 111 om at vedkommende ikke skal bli en "urimelig byrde for offentlige velferdsordninger".²²⁸ Dersom denne forutsetningen faller bort, så kan det bli et spørsmål om vedkommende person overhodet oppfyller vilkåret om "lawfully" i Sosialpaktens forstand, i tillegg til at en etter vårt syn altså neppe oppfyller vilkåret om "resident" eller "working regularly".²²⁹

4.4.4 Relevante bestemmelser i sosialpakten, særlig artikkel 13 og 31

Sosialpaktens innhold tilsvarer langt på vei ØSK, selv om utformingen og oppbyggingen er annerledes. Etter Sosialpakten skal staten ha som målsetting for sin politikk å virkeliggjøre sosialpolitiske rettigheter og prinsipper som rett til arbeid, rettfærdige arbeidsvilkår, trygge og sunne arbeidsforhold mv. For utredningens del er det særlig artikkel 13 (sosial og medisinsk hjelp), artikkel 17 (om barn) og artikkel 31 nr. 2 (midlertidig botilbud) som er relevante. I tillegg inneholder Sosialpakten en bestemmelse om ikke-diskriminering i Del V artikkel E. Vi kommer tilbake til sistnevnte under den samlede behandlingen av diskrimineringsvernet under punkt 5.

Etter artikkel 13 nr. 1 skal statene "ensure that any person who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his own efforts or from other sources, in particular by benefits under a social security scheme, be granted adequate assistance, and, in case of sickness, the care necessitated by his condition", og videre følger det av artikkel 13 nr. 3 at statene skal "provide

²²⁷ NIM (2023) s. 19–21. NIM viser bl.a. til uttalelser fra Sosialrettskomiteen om at formålet med pakten er at den skal fungere "[...] as a living instrument dedicated to the values of dignity, equality and solidarity, is to give life and meaning in Europe to the fundamental social rights of all human beings", jf. *EUROCEF v. Frankrike* (2015) avs. 53. Dette er imidlertid en uttalelse som etter Wiersholms syn ikke knytter seg til et spørsmål om virkeområdet spesielt med hensyn til statsborgere av andre konvensjonsland, men med hensyn til minimumsrettigheter for ikke-europeiske mindreårige migranter. I hvilken grad denne uttalelsen rokker ved eller har betydning for ordlydstolkningen av virkeområde med hensyn til statsborgere av andre konvensjonsland, er Wiersholm usikker på.

²²⁸ Bestemmelsen er en gjennomføring av EUs unionborgerdirektiv art. 14 nr. 1.

²²⁹ NIMs synspunkt om at det er naturlig at EØS-regelverket og Sosialpakten her utfyller hverandre som følge av ulike formål, er heller ikke opplagt etter Wiersholms syn. Med hensyn til et spørsmål om fordelingen av et sosialt ansvar for borgerne mellom ulike stater, mener Wiersholm at det kan være vel så naturlig å tolke disse regelverkene i tråd med hverandre, og at begge regelverkene gir uttrykk for at konvensjonspartene ikke ønsker å flytte på eller overta et slikt ansvar i noen større grad enn det som uttrykkelig er regulert. Den skarpe og relativt ekstraordinære reguleringen av virkeområdet til Sosialpakten er etter vårt syn mest nærliggende å forstå i lys av et formål om at partenes forpliktelser på det økonomiske og sosiale området ikke skulle bli for vidtrekkende. Samtidig bemerker Wiersholm at spørsmålet må anses som noe usikkert, all den tid det foreligger få kilder for vurderingene.

that everyone may receive by appropriate public or private services such advice and personal help as may be required to prevent, to remove, or to alleviate personal or family want".

Etter artikkel 31 skal statene iverksette tiltak for å "promote access to housing of an adequate standard" og "prevent and reduce homelessness with a view to its gradual elimination".

Ordlydene "any person" og "everyone" må forstås avgrenset til personer som omfattes av Sosialpaktens virkeområde, se forrige punkt. I lys av dette antar Wiersholm at det for utredningens del er noe mindre viktig å gå nærmere inn på hva disse bestemmelsene krever for dem som faktisk er omfattet av virkeområdet, og vil derfor holde dette kort.

Særlig artikkel 31 bærer etter sin ordlyd klart preg av å være en innsatsforpliktelse, og ikke en resultatforpliktelse.²³⁰ Bestemmelsene vil nok ha liten selvstendig rettslig betydning for norske myndigheter ut over det som allerede følger av forpliktelsene etter for eksempel ØSK, Grunnloven og EMK. Det samme vil nok langt på vei være tilfellet for artikkel 13, og også denne bestemmelsen vil nok i liten grad ha en selvstendig rettslig betydning ved siden av det som alt følger av andre forpliktelser. Bestemmelsen har en vag og lite forpliktende utforming og etter Wiersholms syn er det ikke tvilsomt at myndighetene, i likhet med under ØSK-rettighetene,²³¹ vil ha et vidt handlingsrom når det kommer til hvordan en velger å oppfylle begge bestemmelsene for dem som faktisk omfattes av Sosialpaktens vern, se punkt 4.4.3 om virkeområdet. Dette inkluderer et handlingsrom til å velge hvilke tiltak en innfører, hvem disse gjelder for og hvilke vilkår en eventuelt må oppfylle for å være omfattet etc. Dette gjelder særlig så lenge gjennomføringen skjer på en måte som er i overenstemmelse med diskrimineringsvernet i Sosialpakten Del V artikkel E, med andre ord at en eventuell forskjellsbehandling må være saklig, rimelig og forholdsmessig for å være lovlig, se nærmere under punkt 5 nedenfor.²³²

Til sist kan det nevnes at Sosialpakten artikkel 17 inneholder en selvstendig regulering om barn og ungdoms rett til sosial, juridisk og økonomisk vern.

4.4.5 Minimumsrettigheter for utlendinger som faller utenfor Sosialpaktens virkeområde?

Til tross for Sosialpaktens avgrensede virkeområde,²³³ har Sosialrettskomiteen i sin praksis innfortolket minimumsrettigheter også til utlendinger som faller utenfor paktens virkeområde når grunnleggende rettigheter som retten til liv eller menneskelig verdighet står på spill. Dette gjelder da i første rekke såkalte irregulære migranter og personer uten lovlig opphold i landet. Komiteen har ansett at Sosialpakten må tolkes dynamisk i tråd med minimumsforpliktelsene som de mener følger av andre menneskerettighetskonvensjoner,²³⁴ og at disse minimumsforpliktelsene utgjør folkerettslig sedvane (jus cogens) som har forrang over andre internasjonale normer.²³⁵

²³⁰ Se bl.a. *International Movement ATD Fourth World v. Frankrike* (2006) avs. 58, se også Lukas (2021) s. 330 med videre henvisninger til Sosialrettskomiteens praksis. NIM (2023) redegjør også for innholdet i bestemmelsene på s. 22 flg.

²³¹ Se særlig punkt 4.2 ovenfor.

²³² NIM antar også at det er adgang til å differensiere mellom hvilke forpliktelser statene har til å sikre enhver sine økonomiske rettigheter, som retten til husly, se NIM (2023) s. 23 med videre henvisninger.

²³³ Se punkt 4.4.3 ovenfor.

²³⁴ I første rekke viser Sosialrettskomiteen til FNs verdenserklæring for menneskerettigheter fra 1948, som ikke er et bindende rettslig instrument, men hvis bestemmelser i all hovedsak er innført rettslig gjennom SP og ØSK. I tillegg viser Sosialrettskomiteen til forpliktelsene som følger av EMK og FNs barnekonvensjon, se *EUROCEF v. Frankrike* (2015) avs. 53 og avs. 54.

²³⁵ Se *DCI v. Belgia* (2011); *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Frankrike* (2003); *DCI v. Nederland* (2008); *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Nederland* (2012); *Conference of European Churches (CEC) v. Nederland* (2013); og *EUROCEF v. Frankrike* (2015).

På bakgrunn av dette har Sosialrettskomiteen i en klagesak mot Frankrike angående situasjonen for mindreårige ulovlige/irregulære migranter, blant annet uttalt:

"[t]he restriction of the personal scope included in the Appendix should not be read in such a way as to deprive foreigners coming within the category of unlawfully present migrants of the protection of *the most basic rights* enshrined in the Charter or to impair their fundamental rights such as *the right to life* or to *physical integrity* or the *right to human dignity*."²³⁶

I saken kom komiteen til at Frankrike hadde brutt disse forpliktelsene på bakgrunn av blant annet manglene ved bostedstilbudet ("shortcomings identified in the national shelter, assessment and allocation system of unaccompanied foreign minors").²³⁷ Det ble også pekt på at barn er i en særlig sårbar situasjon, og at "the risk of impairing fundamental rights is all the more likely where children – a fortiori migrant children unlawfully present in a country – are concerned".²³⁸ Komiteen bygger på vurderingene fra tidligere saker, blant annet *CEC v. Nederland*, som gjaldt spørsmål om hvorvidt nederlandsk lovgivning og praksis knyttet til irregulære migranter var i strid med blant annet Sosialpakten artikkel 13 som følge av at de involverte personene utvilsomt befant seg i fare for alvorlig og uopprettelig skade på liv og menneskelig verdighet når de ble utelukket fra tilgang til ly, mat og klær.²³⁹ Dette ble ansett som uforholdsmessig og i strid med minimumsrettighetene.²⁴⁰

I saken understreker Sosialrettskomiteen også at vurderingen av hvilke rettigheter som eventuelt gjelder for utlendinger som egentlig faller utenfor Sosialpaktens virkeområde, må vurderes konkret fra sak til sak.²⁴¹ Dette er et synspunkt som harmonerer med vurderinger fra for eksempel EMD vedrørende EMK, der en ser at forhold ved migranten selv og hvorvidt vedkommende selv har et valg i tilknytning til situasjonen vedkommende står i, er av betydning for den rettslige vurderingen av forholdsmessighet og minimumskrav.²⁴² Det er også verdt å merke seg at Sosialrettskomiteen i en annen klagesak mot Belgia om irregulære migranter har lagt til grunn at et vern mot fattigdom og sosial utestengning etter Sosialpakten artikkel 30 ikke var en del av slike minimumsrettigheter.²⁴³

Ut fra hva Wiersholm har kunnet gjøre rede for er det også noe usikkert hvorvidt statene som har blitt ansett for å bryte Sosialpakten på dette punkt har ansett seg rettslig bundet til å følge opp dette og faktisk har fulgt det opp.²⁴⁴ Nederland uttrykte blant annet kritikk og bekymring i etterkant av *CEC*-klagesaken, og en lignende klagesak fra en annen organisasjon, FEANTSA, som følge av at Sosialrettskomiteen ignorerte en klar ordlyd med hensyn til Sosialpaktens virkeområde i sin vurdering. Nederlandske myndigheter viste til at "a straightforward provision of the European Social Charter to which we are all parties, is being ignored", og uttalte videre:

²³⁶ *EUROCEF v. Frankrike* (2015) avs. 51. Vår kursivering.

²³⁷ *Ibid.* se bl.a. konklusjonen etterfølgende avs. 186.

²³⁸ *Ibid.* avs. 56.

²³⁹ *Conference of European Churches (CEC) v. Nederland* (2013) avs. 122.

²⁴⁰ *Ibid.* avs. 124.

²⁴¹ *Ibid.* avs. 70.

²⁴² Se f.eks. *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 51-52.

²⁴³ *DCI v. Belgia* (2011) avs. 144. Selv om komiteen anerkjente at å leve i fattigdom og å lide fra sosial eksklusjon åpenbart undergraver menneskelig verdighet, anså den det slik at tiltak for å avhjelpe dette etter art. 30 ikke kunne gjelde i denne sammenheng. Begrunnelsen var at art. 30 ikke var en bestemmelse hvis grunnleggende formål var nært knyttet til kravet om å sikre de mest grunnleggende menneskerettighetene.

²⁴⁴ Se f.eks. Sosialrettskomiteens rapport fra 20. mai 2016, *Assessment of the follow-up: Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands, Complaint No. 90/2013*, tilgjengelig på saksidene til Europarådet.

"[t]his provision is fully coherent with the sovereign right of States to decide on the entry of foreigners on their territory.

It is unchallenged that by introducing this provision, State Parties had in mind a limited personal scope of the Charter. And they still do so, given the lack of favourable response to a letter dated 13 July 2011 of the President of the ECSR, by which States Parties were invited to abandon the provision.

The ECSR's unwarranted interpretation risks jeopardising the trust that States place in what they have agreed upon in treaty law. Any interpretation of a treaty should be in good faith and cannot unilaterally impose completely new obligations upon member States. The decisions by the ECSR do not merely contain an extensive interpretation of the treaty provisions; they contain an interpretation which is simply contra legem."²⁴⁵

Frankrike viser kort til det samme i oppfølgingen av den nevnte saken knyttet til mindreårige.²⁴⁶ Ut fra hva Wiersholm er kjent med er det lite som tyder på at Sosialpaktens parter har vært villige til eller ønsket eksplisitt å utvide virkeområde under Sosialpakten, jf. blant annet kommentaren fra nederlandske myndigheter ovenfor. I juridisk teori beskrives dette som et tvistepunkt mellom statene og Sosialrettskomiteen.²⁴⁷

Etter Wiersholms syn går Sosialrettskomiteen i sine vurderinger alt for langt bort fra en klar ordlyd, om traktatens virkeområde, til at komiteens vurderinger lar seg forene med folkerettslig metode for traktatolkning, der traktatens ordlyd danner det klare utgangspunktet og rammene for tolkningen. Etter vårt syn må derfor Sosialrettskomiteens tolkning av minimumsrettigheter for utlendinger som ikke omfattes av Sosialpaktens virkeområde, forstås mer som anbefalinger om en *optimal praksis* snarere enn å gi uttrykk for rettslig bindende rammer for statene.²⁴⁸

Sosialrettskomiteens resonnement kan etter vårt syn i alle tilfeller ikke rekke lengre enn de minimumsrettighetene som eventuelt måtte følge av andre konvensjoner, som ØSK, EMK og FNs barnekonvensjon, ettersom dette er forutsetningen for Sosialrettskomiteens resonnement. I denne sammenheng er det verdt å bemerke at EMD tilsynelatende legger terskelen høyere for hva som anses å utgjøre brudd på minimumsrettigheter etter EMK i saker om irregulære/ulovlige migranter enn det Sosialrettskomiteen har gjort.²⁴⁹ Opp mot ØSK og barnekonvensjonen er det noe mer uklart hvor terskelen for eventuelle minimumsrettigheter ligger, men at terskelen skulle ligge der Sosialrettskomiteen har lagt den, er ikke opplagt etter vårt syn. I fraværet av konkrete saker opp mot disse konvensjonene er Sosialrettskomiteens saker interessante siden de kan bidra til å konkretisere visse hensyn og argumenter på sosialtjenesteområdet, men en bør nok også være varsom med å tillegge Sosialrettskomiteens synspunkter noe særlig vekt med hensyn til den rettslige tolkningen av ØSK og barnekonvensjonen.²⁵⁰

²⁴⁵ CM/ResChS(2015)4 og CM/ResChS(2015)5. Vår kursivering.

²⁴⁶ Resolution CM/ResChS(2018)8 on European Committee for Home-Based Priority Action for the Child and the Family (EUROCEF) v. France Complaint No. 114/2015.

²⁴⁷ Lukas (2021) s. 365.

²⁴⁸ NIM synes å ha samme forståelse i NIM (2023) s. 28.

²⁴⁹ Se nærmere i punkt 4.3.8 ovenfor, og f.eks. situasjonen i *Hunde v. Nederland* (2016) om en etiopisk asylsøker som hadde fått asylsøknaden sin avslått og etter dette blitt henvist til å bo i en form for innendørs garasjeanlegg. Klageren anførte brudd på EMK art. 2 og 3, men EMD avviste klagen.

²⁵⁰ Det kan også nevnes at Europarådets parlamentarikerforsamling har fattet en resolusjon direkte rettet mot irregulære immigranter, Resolution 1509 (2006) on Human Rights of irregular migrants. Resolusjonens pkt. 2 vedkjenner at det er opp til hver enkelt medlemsstat å regulere innreisen av utenlandske statsborgere og returnere irregulære/ulovlige immigranter til deres

I periodiske rapporteringer har enkelte relevante temaer for utredningen blitt berørt av Sosialrettskomiteen. Ettersom Norge er midt i en rapporteringssyklus i skrivende stund, der Sosialrettskomiteen etter planen skal komme med avsluttende merknader i mars 2024,²⁵¹ nøyer vi oss her med å nevne at komiteen i for eksempel 2013 vurderte det slik at situasjonen for irregulære immigranternes rett til sosial nødhjelp i Norge er i henhold til konvensjonen,²⁵² mens det senere særlig har blitt stilt spørsmål ved om Norge oppfyller retten til husly for personer uten lovlig opphold.²⁵³ Vi viser også til punkt 3.5 ovenfor om den generelle betydningen av slike statsrapporteringer og avsluttende merknader, som stort sett vil ha begrenset vekt rettslig sett, men som kan ha betydning av andre grunner.

4.5 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) ble vedtatt i 1966 og trådte i kraft i 1976. Norge ratifiserte konvensjonen i 1972. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven, og bestemmelsene i konvensjonen går foran annen norsk lovgivning ved eventuell motstrid.²⁵⁴

Gjennomføringen av konvensjonen blir overvåket av FNs menneskerettighetskomité, og statspartene rapporterer jevnlig til komiteen. Sivilt samfunn utarbeider skyggerapporter om statens gjennomføring av konvensjonsforpliktelsene. Komiteen utarbeider anbefalinger til statsparten etter å ha diskutert statens periodiske rapport og eventuelle skyggerapporter med statsparten. FNs menneskerettighetskomité fungerer også som klageorgan for individklager etter konvensjonen.

SP er på mange måter FNs parallell til EMK, og inneholder sivile og politiske rettigheter som langt på vei tilsvarer EMKs bestemmelser. På samme måte som for EMKs del vil SPs betydning på området for sosiale og økonomiske rettigheter være noe avledet. For FNs konvensjoners del ivaretas dette området i første rekke av SPs søsterkonvensjon ØSK. Som for EMKs del er det også saker med sider til utredningens problemstillinger i SPs praksis, men det dreier seg om langt færre saker og også saker som er noe mer avledet fra utredningens kjerne. Sakene dreier seg hovedsakelig om forskjellsbehandling av ulike grupper ved pensjons- eller trygdeutbetalinger.²⁵⁵

Fraværet av praksis knyttet til SP er en av grunnene til at EMK i norsk rett har fått en langt større praktisk betydning enn SP, som følge av EMDs rikholdige praksis som bidrar til å utkrystallisere EMK-rettighetenes innhold i konkrete spørsmål. Til dels kan nok forskjellen også forklares i at EMDs dommer har en tyngre rettslig vekt ved at de er bindende for medlemsstatene.

opprinnelsesland i samsvar med internasjonal menneskerettighetslov, men fastsetter i pkt. 5 og 12 visse minimumsrettigheter, herunder retten til liv og beskyttelse mot inhuman behandling og slaveri, som bør gjelde for alle uavhengig av nasjonalitet og status. Se også nærmere i *Mikkola* (2010) s. 73-74 og 587-588.

²⁵¹ Norges 20. rapport ble levert 22. desember 2022, tilgjengelig her: [1680aa5262 \(coe.int\)](https://rm.coe.int/1680aa5262), se også Norway Factsheet for mer generell info om rapporteringer mv., tilgjengelig her: <https://rm.coe.int/norway-september2023-en-2769-5962-8552-1/1680ad39dd>. Sist oppdatert i september 2023.

²⁵² Sosialrettskomiteens konklusjoner til Norges statsrapport fra 2013, 2013/DEF/NOR/28.

²⁵³ Et spørsmål som er løftet frem av NIM i deres supplerende rapport til Sosialrettskomiteen i tilknytning til årets rapportering, se NIMs supplerende rapport til Sosialrettskomiteen av 30. juni 2023. Tilgjengelig her: <https://rm.coe.int/comments-nhri-norway-20-nr-2023/1680ac5407>.

²⁵⁴ Jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

²⁵⁵ Se f.eks. *Love m.fl. v. Australia* (2003) og *Gueye m.fl. v. Frankrike* (1989). Førstnevnte gjaldt spørsmål om aldersdiskriminering som følge av obligatorisk pensjonsalder ved 60 år i et flyselskap (forskjellsbehandling rettfærdiggjort, ikke brudd på SP). Sistnevnte gjaldt forskjellsbehandling ifm. pensjonsrettigheter av senegalesiske soldater som hadde tjenestegjort i den franske hæren før Senegals uavhengighet sammenlignet med franske soldater (forskjellsbehandling ikke rettfærdiggjort, brudd på SP).

Grovt sagt vil SPs rettigheter ofte konsumeres av rettighetsvernet som følger av EMK, og for eksempel en vurdering av om et rettighetsinngrep er lovlig eller ikke vil følge samme mønster, der samme type forholdsmessighetsvurdering mellom formål og inngrep ofte blir avgjørende etter begge konvensjoner. I norsk rettspraksis er det vanlig at Høyesterett og andre domstoler nøyer seg med å vurdere et spørsmål opp mot EMK, og enten eksplisitt eller implisitt antar at EMK-vurderingen også dekker SP.²⁵⁶

For utredningens problemstillinger antar også Wiersholm at SP ikke vil ha en selvstendig rettslig betydning ved siden av vernet som alt følger av EMK, i tillegg til særlig ØSK. Et lite forbehold kan imidlertid nevnes: Praksis fra FNs menneskerettighetskomité kan tilsa at komiteen har lagt seg på en noe mer restriktiv linje enn EMD med hensyn til å akseptere hvilke inngrep og begrensninger av rettighetene som anses som nødvendige, og at komiteen kan stille noe strengere krav til statenes begrunnelse for hvorfor et inngrep er nødvendig og forholdsmessig.²⁵⁷ Wiersholm er likevel noe tvilende til at dette trekket fra menneskerettighetskomiteens praksis vil ha betydning for utredningens problemstillinger.

Til forskjell fra EMK og de andre konvensjonene har SP også et generelt diskrimineringsvern, og ikke kun et aksessorisk vern, men heller ikke denne forskjellen antas å ha en praktisk betydning. Som vi kommer tilbake til under punkt 5 er det aksessoriske vernet i praksis så omfattende etter for eksempel både EMK og ØSK at det er vanskelig å se at forskjellen kan komme på spissen i praksis. Det kan også legges til at Grunnlovens diskrimineringsvern er generelt, jf. Grunnloven § 98.

4.6 FNs barnekonvensjon og barns særlige rettigheter

4.6.1 Overordnet

Menneskerettighetene som følger av Grunnloven, EMK, ØSK, Sosialpakten og SP gjelder uavhengig av en persons alder, herunder barn. Barns menneskerettigheter suppleres imidlertid også av FNs barnekonvensjon og Grunnloven § 104. Disse bestemmelsene står på egne ben og bidrar til å sikre at barns særlige behov ivaretas ved å fremheve barnet som en selvstendig rettighetshaver, ved siden av for eksempel barnas foreldre. Den spesielle reguleringen i Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum om barns økonomiske og sosiale trygghet, omtales under punkt 4.1.6 ovenfor.

FNs barnekonvensjon er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og bestemmelsene i konvensjonen går foran annen norsk lovgivning ved eventuell motstrid.²⁵⁸ FNs barnekomité er barnekonvensjonens overvåkningsorgan, og overvåker statenes gjennomføring gjennom periodisk statsrapportering – lignende systemet som følger av SP og ØSK. Barnekonvensjonen har også en individklageordning, men Norge er ikke tilsluttet denne.

4.6.2 Grunnloven § 104, barnekonvensjonens prinsipper og særlig om barnets beste

I 2014 ble vernet av barns særlige rettigheter tatt inn i Grunnloven § 104, noe som har bidratt til å gi ytterlige oppmerksomhet på barns rettigheter, selv om det nok er usikkert i hvilken grad dette har ført

²⁵⁶ Se f.eks. HR-2015-00206-A (Maria) og HR-2018-1958-A. Sistnevnte omhandlet spørsmål om religionsfriheten, men kun opp mot EMK art. 9.

²⁵⁷ Et par saker fra religionsfrihetsfeltet kan trekkes frem til illustrasjon. Sakene *Mann Singh v. Frankrike* (EMDs sak 24479/07 og FNs menneskerettighetskomites sak 1928/2010), gjaldt spørsmålet om et fransk påbud om å være barhodet på identitetsbevisfotografier (hhv. førerkort i spørsmålet for EMD og pass i spørsmålet for menneskerettighetskomiteen) var i samsvar med religionsfriheten etter hhv. EMK og SP. EMD kom til at påbudet var i samsvar, mens menneskerettighetskomiteen kom til motsatt resultat – selv om det gjaldt den samme klageren med tilnærmet samme klage. EMD og menneskerettighetskomiteen har også kommet til motsatt resultat både i vurderingen av det franske forbudet mot henholdsvis religiøs bekledding/symboler i offentlig skole og mot ansiktsdekkende plagg på offentlig sted, se hhv. *Aktas v. Frankrike* (2009) og *Bikramjit Singh v. Frankrike* (2013) samt *S.A.S. v Frankrike* (2014) og *Yaker v. Frankrike* (2018).

²⁵⁸ Jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

til endring i rettstilstanden i seg selv.²⁵⁹ Grunnloven § 104 grunnlovsfester to av barnekonvensjonens fire prinsipper. Dette er prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som vedgår barn, og at barn har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv.²⁶⁰ Barns mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling. De to andre prinsippene i barnekonvensjonen er barnets rett til liv og utvikling og prinsippet om ikke-diskriminering.²⁶¹ Sistnevnte behandler vi nærmere under punkt 5 samlet. For utredningens problemstillinger står dette prinsippet sentralt, og særlig da spørsmål om handlingsrommet til å differensiere rettighetsvernet basert på oppholdsgrunnlag.²⁶²

Høyesterett har omtalt barnets beste-prinsippet som bærebjelken i paragraf 104.²⁶³ Barnets beste-prinsippet har flere sider, og fungerer både som et tolkningsprinsipp, en rettighet og en prosedyrebestemmelse.²⁶⁴ Sistnevnte viser at barnets beste har betydning for forvaltningens saksbehandling, og innebærer at barnets interesser skal identifiseres og vektlegges mot øvrige hensyn i vurderinger og avgjørelser som vedgår barn. Dette gjelder også når en avgjørelse i seg selv vedgår barnet mer indirekte, for eksempel ved at et vedtak om sosialtjenester knytter seg til barnets forelder direkte. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som gjelder barn, og må derfor også vektlegges der det er tale om for eksempel barn uten tillatelse til å oppholde seg i riket.²⁶⁵

Mens hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn som skal gis "stor vekt" i vurderingene,²⁶⁶ vil det samtidig ikke være det eneste hensynet og vil ikke nødvendigvis bli avgjørende. Høyesteretts praksis viser for eksempel at innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de kan gå foran hensynet til barnets beste i utvisningssaker, men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn i forholdsmessighetsvurderingen.²⁶⁷ FNs barnekomité har i sine generelle kommentarer vist til at barnets beste kan kollidere med andre interesser eller rettigheter (f.eks. andre barns, samfunnets, foreldres etc.), og det må da foretas en konkret avveining for å finne et rimelig kompromiss ("suitable compromise"). Hvis et kompromiss ikke er mulig, må det foretas en forholdsmessighetsvurdering der barnets beste skal ha høy prioritet og generelt gis en tyngre vekt i vurderingen.²⁶⁸

Hensynet til barnets beste kan spille inn i alle myndighetsvurderinger, herunder områder relevante for utredningen, la det seg være levestandard, asyl, immigrasjon, statsborgerskap etc.²⁶⁹ Tidligere har det vært noe uklart om og i hvilken grad mer generelle samfunnshensyn, som innvandringsregulering, kan

²⁵⁹ Se f.eks. Haugli, Trude i Mestad (2021), der det på s. 1176 heter at "[d]en selvstendige og reelle betydningen av grunnlovsbestemmelsen ved individuelle avgjørelser kan være vanskelig å få tak på. Hovedinntrykket er at § 104 i liten grad har medført endring av gjeldende rett, og det var da heller ikke hovedhensikten med bestemmelsen".

²⁶⁰ Grunnloven § 104 første og andre ledd, jf. også FNs barnekonvensjon art. 3 og art. 12.

²⁶¹ Jf. FNs barnekonvensjon art. 2.

²⁶² Allerede her nevnes likevel at det er fastsatt i barnekonvensjon art. 2 at statene er forpliktet til å respektere og sikre konvensjonens rettigheter for ethvert barn innenfor deres jurisdiksjon, "uten diskriminering av noe slag".

²⁶³ HR-2015-206-A avs. 63.

²⁶⁴ FNs barnekomité General Comment No. 14 (2013), bl.a. avs. 36 flg., som også referert til i Rt. 2015 s. 93 avs. 64–65.

²⁶⁵ Se også Dokument 16 (2011–2012) s. 143.

²⁶⁶ Ibid. Se f.eks. også EMDs dom i *Jeunesse v. Nederland* (2014) avs. 109.

²⁶⁷ HR-2019-2286-A avs. 61 med henvisning til HR-2012-2398-P avs. 134. I begge disse sakene kom Høyesterett til at hensynet til barnets beste, selv om det var et grunnleggende hensyn i vurderingene, ikke rokket ved utlendingsmyndighetenes vedtak om utvisning.

²⁶⁸ FNs barnekomité General Comment No. 14 (2013) avs. 39.

²⁶⁹ Ibid. avs. 30.

veie tyngre enn hva som er til det beste for barnet,²⁷⁰ men i lys av Høyesteretts praksis er dette etter Wiersholms syn ikke lenger et uklart spørsmål.²⁷¹ Barnekomiteens siterte generelle kommentar nr. 14 tilsier det samme.²⁷² Spørsmålet kan imidlertid komme noe mer på spissen i saker som gjelder enslige mindreårige som kommer til Norge, der FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 6 om behandlingen av slike mindreårige spesielt kan tale for motsatt resultat for slike barn, som er i en særlig sårbar posisjon.²⁷³ Men denne (spesielle) kommentaren kan ikke gis anvendelse utenfor sitt område.²⁷⁴

Barns særlige behov og vern er også anerkjent i praksis etter de andre konvensjonene. Selv om barns vern ikke nødvendigvis fremgår eksplisitt av konvensjonenes ordlyd, så gis barneperspektivet fortsatt til dels stor vekt i konkrete vurderinger. For eksempel følger det av EMDs praksis at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som angår barn, og at dette kan få en sentral plass i for eksempel den helhetlige forholdsmessighetsvurderingen i saker som angår EMK artikkel 8 om retten til privat- og familieliv.²⁷⁵ Generelt er det en nær forbindelse mellom vernet av privat- og familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og dette er bestemmelser som vil kunne overlape og komplementere hverandre.²⁷⁶ Sosialpakten har som nevnt en egen bestemmelse i artikkel 17 som angår barn og ungdoms rett til sosial, juridisk og økonomisk vern.

4.6.3 Barnekonvensjonens artikkel 26 og 27 om sosial trygghet og tilfredsstillende levestandard

I tillegg til de fire prinsippene inneholder FNs barnekonvensjon en lang rekke bestemmelser om barns menneskerettigheter. Konvensjonen omfatter ulikeartede bestemmelser, der mange er omhandlet i generelle konvensjoner.²⁷⁷ Dette er en blanding av sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Mange av bestemmelsene har paralleller i enten SP (og EMK) eller ØSK. Noen av rettighetene har følgelig en mer rettslig forpliktende ordlyd og karakter enn andre av rettighetene, og det følger av FNs barnekonvensjon artikkel 4 at de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene er underlagt et generelt ressursforbehold lignende det som gjelder for oppfyllelsen av rettighetene i ØSK.

FNs barnekonvensjon opprettholder dermed det velkjente skillet mellom sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Dette reflekteres også i utformingen av de ulike bestemmelsene i konvensjonen. På den ene siden heter det for eksempel at "barnet skal ha rett til ytringsfrihet" og "ingen barn skal utsettes for vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv".²⁷⁸ Dette er rettigheter som innebærer en klar rettslig forpliktelse på linje med kravene etter SP og EMK. På den

²⁷⁰ Se Søvig (2009) s. 115, som viser til General Comment No. 6 (2005) avs. 86 vedrørende "Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin". Merk imidlertid at utredningen fra Søvig ligger noe tilbake i tid og før en del relevante dommer og rettsutvikling.

²⁷¹ Jf. også Rt. 2012 s. 1985 avs. 139.

²⁷² At mer generelle samfunnshensyn kan vektlegges kjenner en også igjen fra EMDs praksis knyttet til begrensninger eller forskjellsbehandlinger med hensyn til EMK art. 8.

²⁷³ Jf. General Comment No. 6 (2005) avs. 86, der det heter at "[n]on-rights-based arguments such as those relating to *general migration control*, cannot override best interests considerations" [vår kursivering]. Se også omtale i Rt. 2012 s. 1985 avs. 137.

²⁷⁴ Jf. også Rt. 2012 s. 1985 avs. 138.

²⁷⁵ Se f.eks. *Jeunesse v. Nederland* (2014) avs. 109, som også referert til i Rt. 2015 s. 93 avs. 67. I *Vavříčka og andre v. Tsjekkia* (2021) avs. 287 understrekes at "in all decisions concerning children, their best interests must be of paramount importance". Fra Sosialrettskomiteens praksis opp mot Sosialpakten, se *EUROCEF v. Frankrike* (2015) avs. 51.

²⁷⁶ Jf. også Rt. 2015 s. 93 avs. 67.

²⁷⁷ Se også NOU 1993: 18 s. 135.

²⁷⁸ Jf. hhv. FNs barnekonvensjon art. 13 og 16.

andre siden ligger bestemmelsene om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, herunder de to bestemmelsene som er mer relevante for utredningens problemstillinger.

Dette dreier seg for det første om FNs barnekonvensjon artikkel 26 som fastsetter:

"States Parties shall recognize for every child the right to benefit from social security, including social insurance, and shall take the necessary measures to achieve the full realization of this right in accordance with their national law.

The benefits should, where appropriate, be granted, taking into account the resources and the circumstances of the child and persons having responsibility for the maintenance of the child, as well as any other consideration relevant to an application for benefits made by or on behalf of the child."

Bestemmelsen er langt på vei en parallell til den langt mer kortfattede ØSK artikkel 9. FNs barnekomité har ikke gitt ut noen generell kommentar om artikkel 26, men det er naturlig å anta at ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 19 om retten til sosial trygghet vil være relevant.²⁷⁹ Bestemmelsen er også berørt i en tolkningsuttalelse fra Lovavdelingen, der også Lovavdelingen antar at forståelsen av ØSK artikkel 9 vil ha overføringsverdi til tolkningen av barnekonvensjonen artikkel 26. Blant annet antar Lovavdelingen at også artikkel 26 må forstås å inneholde en inngrepsadgang i likhet med ØSK artikkel 9, og at for å være lovlig må et inngrep ha hjemmel, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig.²⁸⁰

I likhet med Lovavdelingen er ikke Wiersholm kjent med kilder som tilsier at motsatt tolkning må legges til grunn. Til bildet hører det også at bestemmelsen er vag og relativt uforpliktende utformet, og generelt sett vil myndighetene antagelig ha et vidt handlingsrom når det kommer til valg av tiltak og hvordan bestemmelsen oppfylles. Bestemmelsens ordlyd kan i seg selv sies å gi et skjønnsrom til deriblant å begrense rettigheten dersom myndighetene anser dette nødvendig og det er forholdsmessig. Videre vil diskrimineringsvernet utgjøre en skranke for begrensning eller forskjellsbehandling av grupper, hvis forskjellbehandlingen ikke er saklig og forholdsmessig. I praksis vil nok ofte diskrimineringsvernet utgjøre den reelle rettslige skranken.

Generelt sett gir bestemmelsen neppe noe større vern enn det som allerede følger av ØSK, ut over at en skal merke seg at barns rettigheter på dette punkt er særskilt vernet; et vern som også følger av prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Samlet tilsier nok dette at det i alminnelighet skal mer til for å begrunne begrensninger eller forskjellsbehandlinger som saklige og forholdsmessige når barn er involvert. For barn gjør altså spesielle hensyn seg gjeldende, og de vil for eksempel sjelden kunne holdes ansvarlige for situasjonen de er havnet i; et argument som kan ha mer for seg når voksne er involvert.²⁸¹

For det andre vil FNs barnekonvensjon artikkel 27 kunne være relevant, som fastholder at:

"States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development.

[...]

²⁷⁹ Se også Kvalø (2021), i note 1 til barnekonvensjonen art. 26. Kvalø omtaler bestemmelsen nærmere.

²⁸⁰ Se JDLOV-2010-3126 pkt. 4. Se også nærmere under punkt 4.2.5

²⁸¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 239. Se også f.eks. *Bah v. Storbritannia* (2011), særlig avs. 47. Se også nærmere omtale under punkt 5.6.5.3.

States Parties, in accordance with national conditions and within their means, shall take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing. [...]"

Artikkel 27 bygger i likhet med artikkel 26 på en grunnleggende tanke om at foreldre som ikke har tilstrekkelige midler skal få hjelp, slik at barna får en tilfredsstillende levestandard og en trygg oppvekst. Som eksempler nevnes særlig hensyn til mat, klær og bolig i artikkel 27. Dette er imidlertid også en bestemmelse som er vagt og uforpliktende utformet, og der det generelt må antas at statene har et vidt handlingsrom når det kommer til valg av tiltak for å oppfylle bestemmelsen. Videre er det naturlig å anta at heller ikke artikkel 27 er absolutt, og at den kan begrenses på vilkår som nærmere redegjort for under behandlingen av artikkel 26 ovenfor.

Som for artikkel 26, har også artikkel 27 en parallell i ØSK. Dette er ØSK artikkel 11, som også angår retten til en tilfredsstillende levestandard. Det er også grunn til å anta at artikkel 27 i praksis vil ha en begrenset betydning ved siden av reguleringen i ØSK, ut over at den bidrar til å sette fokus på barns selvstendige rettigheter på dette punkt.²⁸² I tillegg kan det nevnes at FNs barnekonvensjon har en egen bestemmelse om barn som er flyktninger i artikkel 22.

FNs barnekomité har gitt flere tilbakemeldinger til Norge knyttet til ivaretagelsen av artikkel 26 og artikkel 27 i tilknytning til periodiske rapporteringer. Disse uttalelsene må nok i all hovedsak forstås som anbefalinger om optimal praksis.²⁸³ Flere av barnekomiteens tilbakemeldinger knytter seg til retten til en tilfredsstillende levestandard, herunder at Norges desentralisering av tjenester fører til forskjeller mellom barn basert på hvilken kommune de bor i,²⁸⁴ bekymringen for det høye antallet barn i innvandrersfamilier som bor i husholdninger med vedvarende lav inntekt,²⁸⁵ og at kommunale boliger ikke er omgjort til mer barnevennlige miljøer.²⁸⁶ Komiteen har dessuten anbefalt Norge å bruke mer ressurser på å bekjempe barnefattigdom, herunder ved å øke satsene for barnetrygd.²⁸⁷

Barns rettigheter berøres også nærmere under utredningens konkrete problemstillinger under punkt 6.3 og 6.6.

4.7 Andre relevante konvensjoner

I tillegg til de gjennomgåtte bestemmelsene og konvensjonene, er det også visse andre menneskerettskonvensjoner på mer konkrete områder som kan ha relevans for utredningens problemstillinger, avhengig av omstendighetene. Av eksempler kan FNs konvensjon om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD),²⁸⁸ FNs rasediskrimineringskonvensjon (CERD), FNs kvinnekonvensjon, FNs flykningskonvensjon og ILOs konvensjon nr. 169 om urfolks rettigheter nevnes. Dette er konvensjoner med formål å verne om visse særskilte grupper og blant annet verne

²⁸² Bestemmelsen omtales nærmere av Kvalø (2021) i noter til bestemmelsen, med videre henvisninger til annen litteratur, bl.a. omtalen i Oppedal (2020). Kvalø (2021) viser til barnekomiteens merknader gjengitt nedenfor.

²⁸³ Se også punkt 3.5 om betydningen av slike uttalelser generelt sett.

²⁸⁴ Se barnekomiteens merknader til Norges fjerde rapport avs. 47, samt nærmere omtale i Søvig (2009) s. 87 flg.

²⁸⁵ Se barnekomiteens merknader til Norges tredje rapport avs. 37 og 38.

²⁸⁶ Se barnekomiteens merknader til Norges fjerde rapport avs. 46.

²⁸⁷ Se barnekomiteens merknader til Norges femte og sjette rapport avs. 28.

²⁸⁸ For ordens skyld bemerkes det at det nylig er lagt frem en ny utredning om mulig inkorporering av CRPD i norsk lov. Utredningen ble gjennomført på oppdrag av Kultur- og likestillingsdepartementet og lagt frem 15. januar 2024. Et flertall i utvalget gikk inn for slik inkorporering.

mot diskriminering. Norge har ratifisert alle konvensjonene, men de er noe ulikt gjennomført i norsk rett.

For utredningens vedkommende vil disse konvensjonsforpliktelsene i all hovedsak konsumeres av allerede gjennomgåtte forpliktelser etter ØSK, EMK mv. Etter disse mer generelle reglene vil det også være et viktig moment i de rettslige vurderingene om hvorvidt en situasjon angår en særlig sårbar gruppe, som flyktninger, personer med nedsatt funksjonsevne, minoriteter eller urfolk.²⁸⁹ Særlig sentralt vil også diskrimineringsvernet stå i vurderingene opp mot disse mer konkrete konvensjonene, og dette er et tema vi kommer tilbake til under punkt 5 nedenfor. Wiersholm vil derfor ikke gå nærmere inn på disse konvensjonene her ut over å bemerke at det også for utredningens problemstillings vedkommende kan være sentralt å identifisere og vurdere om en står overfor en person eller en gruppe som kan være særlig sårbar eller ha særskilte behov.

Noen bestemmelser kan likevel være nyttige å trekke frem. Den første er FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 1, som fastslår at konvensjonen ikke gjelder forskjellsbehandling som en konvensjonspart gjør mellom statsborgere og ikke-statsborgere, og at konvensjonen ikke virker inn på statenes regler om statsborgerskap, forutsatt at slike regler ikke diskriminerer mot noen spesiell nasjonalitet.²⁹⁰ Den andre er FNs flyktningkonvensjon artikkel 7, som fastsetter at statene skal innrømme flyktninger samme behandling som den innrømmer utlendinger i sin alminnelighet, samt artikkel 3 om at partene ikke skal diskriminere mellom flyktninger på bakgrunn av rase, religion eller hjemland. Artikkel 7 innebærer at det skal mye til for å begrunne en forskjellsbehandling av flyktninger sammenlignet med andre utlendinger som saklig og forholdsmessig, dersom det overhodet er mulig. Sistnevnte er et noe uavklart spørsmål rettslig sett, og bestemmelsens ordlyd kan isolert tilsa at en forskjellsbehandling av flyktninger sammenlignet med andre utlendinger ikke er forenlig med flyktningkonvensjonen. Imidlertid tilsier blant annet formålet og sammenhengen med andre menneskerettslige reguleringer at det antagelig er mest nærliggende å forstå bestemmelsen som et skjerpet diskrimineringsvern for flyktninger etter Wiersholms syn; og ikke som et absolutt rettslig hinder for at det iverksettes særlige tiltak, vilkår eller regler overfor flyktninger sammenlignet med andre utlendinger, forutsatt at disse reguleringene er saklige, rimelige og forholdsmessige.²⁹¹ Samtidig vil formodentlig artikkel 7 innebære at det vil stilles strenge krav til at en forskjellsbehandling av flyktninger sammenlignet med andre utledninger er forholdsmessig.

Det er også verdt å merke seg at Norge har ratifisert en lang rekke ILO-konvensjoner om særlig grunnleggende rettigheter i arbeidslivet, i tillegg til alt nevnte ILO-konvensjon nr. 169 om urfolks rettigheter, som blant annet har en egen bestemmelse om trygd.²⁹² Enkelte av disse ILO-konvensjonene kan ha sider til utredningens problemstillinger, som for eksempel ILO-konvensjon nr.

²⁸⁹ Til illustrasjon, se f.eks. ØSK-komiteens avsluttende merknader til Norge i tilknytning til statsrapporteringen fra 2020, E/C.12/NOR/CO/6, med egne anbefalinger knyttet til bl.a. personer med funksjonsnedsettelse, personer med flyktning- eller innvandringsbakgrunn, nasjonale minoriteter, urfolk / samer, kvinner og eldre personer.

²⁹⁰ Jf. FNs rasediskrimineringskonvensjon art. 1 nr. 2 og nr. 3.

²⁹¹ Det er så vidt Wiersholm er kjent med ikke noen relevant rettspraksis som avklarer spørsmålet, men det er blant annet indirekte omtalt i kommentarutgaven til FNs flyktningkonvensjon i Zimmermann (2011). Omtalen der synes i det minste ikke å tale mot å tolke bestemmelsen som et diskrimineringsvern, se bl.a. s. 731: "The 'same treatment' clause of Art. 7, para. 1 introduces a comparison between the general status of aliens and the status of refugees, and links the latter with the former. The provision constitutes a case of implementation of the *principle of non-discrimination* between aliens and refugees with respect to treatment 'accorded to aliens generally' (vår kursivering). Merk også at FNs flyktningkonvensjon ikke er inkorporert som sådan på alle områder i norsk rett; den sentrale gjennomføringen ligger i forrangbestemmelsen i utlendingsloven § 3 som slår fast at utlendingsloven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.

²⁹² ILO-konvensjon nr. 169 art. 24 lyder i norsk oversettelse: "Sosiale trygdeordninger skal gradvis utvides til å omfatte vedkommende folk, og skal anvendes uten at vedkommende folk diskrimineres."

102 om minstestandard for sosial sikkerhet (fra 1955) og ILO-konvensjon nr. 118 om lik behandling av utlendinger og landets egne statsborgere når det gjelder sosialtrygd (fra 1964). Statenes handlingsrom under disse konvensjonene er imidlertid av en slik karakter at Wiersholm anser det lite sannsynlig at konvensjonene vil legge sterkere materielle rettslige forpliktelser på Norge enn det som alt følger av ØSK, EMK mv. For eksempel ser en at ØSK-komiteen i sine kommentarer til statene ofte viser til ulike ILO-konvensjoner med hensyn til statenes ivaretagelse av ØSK artikkel 9 om sosial trygghet.²⁹³

²⁹³ Se Saul (2014) s. 614, se også punkt 4.2.3 ovenfor.

5. Særlig om diskrimineringsvernet

5.1 Innledning

Sentralt for utredningens problemstillinger står vernet mot diskriminering. Både ØSK, EMK, SP, Sosialpakten og Grunnloven inneholder et diskrimineringsvern. I tillegg til disse bestemmelsene om generelt diskrimineringsvern, har også flere konvensjoner oppstilt et særskilt diskrimineringsvern for spesielle personer eller grupper. Disse instrumentene inkluderer FNs barnekonvensjon, FNs kvinnekonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon, FNs flyktningkonvensjon og FNs konvensjon om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne, for å nevne noen.²⁹⁴

Vernet er noe ulikt utformet i de ulike konvensjonene, men til felles har de at de ikke inneholder noen definisjon av "diskriminering". Til tross for den noe ulike utformingen kan diskrimineringsvernet – for praktiske formål – oppsummeres som et vern mot usaklig, urimelig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling av sammenlignbare tilfeller. Dette innebærer altså at det er en forskjell på diskriminering og forskjellsbehandling, og at det (kun) er den forskjellsbehandlingen som ikke lar seg begrunne som saklig/rimelig/forholdsmessig som utgjør diskriminering.

Grunnloven og SP inneholder et generelt vern mot diskriminering uansett årsak, men flere av de andre konvensjonene krever at diskrimineringen er knyttet opp mot et relevant diskrimineringsgrunnlag og/eller en av rettighetene i konvensjonen, og inneholder et såkalt aksessorisk diskrimineringsvern. Sistnevnte er for eksempel tilfellet for diskrimineringsbestemmelsene i ØSK, EMK, Sosialpakten og FNs barnekonvensjon. Imidlertid vil disse forskjellene sjelden komme på spissen i praksis, ettersom både kravet til diskrimineringsgrunnlag og kravet til at diskrimineringen må gjelde konvensjonsrettighetenes anvendelsesområde, praktiseres og tolkes relativt vidt, slik vi kommer tilbake til.

5.2 Nærmere om reguleringene

Grunnloven § 98 slår fast at "[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling". Bestemmelsen gir et selvstendig og generelt diskrimineringsvern, og er ikke knyttet til bestemte diskrimineringsgrunnlag. Formålet med et generelt forbud fremfor å liste opp spesifikke diskrimineringsgrunnlag er å sikre at all diskriminering som åpenbart er usaklig og har sammenheng med vesentlige forhold ved en person, omfattes.²⁹⁵ SP inneholder også et generelt diskrimineringsvern i SP artikkel 26, i tillegg til et aksessorisk vern i SP artikkel 2 nr. 1.²⁹⁶

ØSK artikkel 2 nr. 2 lyder:

"The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

Bestemmelsen er materielt sett lik det diskrimineringsvernet som følger av den korresponderende bestemmelsen i SP artikkel 2 nr. 1. For ØSK spesielt er diskrimineringsvern beskrevet som "the

²⁹⁴ Se også Saul (2014) s. 175 med videre henvisninger.

²⁹⁵ Jf. Innst. 186 S (2013–2014) kap. 2.1.6 på s. 25. For en mer generell redegjørelse for Grunnloven § 98, se forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven i Prop. 81 L (2016–2017) pkt. 4.3.

²⁹⁶ Bestemmelsen lyder (i norsk oversettelse): "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 forøvrig."

dominant single theme of the Covenant" i juridisk teori.²⁹⁷ Ulikt ØSK-rettighetene generelt, så skal forpliktelsen etter ØSK artikkel 2 nr. 2 omgående og alltid ivaretas, og diskrimineringsvernet er ikke underlagt det generelle prinsippet om gradvis realisering av ØSK-rettighetene som følger av ØSK artikkel 2 nr. 1.²⁹⁸ Både bestemmelsens innretning og forarbeidene tilsier en slik tolkning.²⁹⁹ Dette fastholdes også av ØSK-komiteen i deres generelle kommentarer.³⁰⁰

EMK artikkel 14 lyder:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

Felles for nevnte diskrimineringsvern i ØSK og EMK er altså at de er såkalte aksessoriske diskrimineringsvern. Det samme gjelder vernet som følger av Sosialpakten og FNs barnekonvensjon.³⁰¹ Det vil si at diskriminering kun er forbudt dersom diskrimineringen skjer med hensyn til ivaretagelsen av rettighetene i konvensjonen. Samtidig vil denne forskjellen fra Grunnloven og SP neppe få stor praktisk betydning, ettersom sistnevnte vilkår praktiseres relativt vidt. Det skal nemlig mindre til for at en situasjon ligger innenfor virkeområdet av en rettighet med hensyn til spørsmål om diskriminering, sammenlignet med at denne rettigheten faktisk har blitt brutt. Et eksempel på dette knytter seg til såkalt overoppyllelse av en rettighet. Dersom en stat først gir individene noe mer enn hva konvensjonen krever, for eksempel med hensyn til sosiale ytelser, så må denne praksisen, eller overoppyllelsen, skje på en ikke-diskriminerende måte og i overensstemmelse med diskrimineringsvernet. For eksempel har EMD fastholdt at en stat ikke har en plikt til å tilby foreldrepenger som en ytelse, men dersom en først oppretter et foreldrepengesystem, så må dette systemet innrettes på en måte som er i overensstemmelse med diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14, lest i sammenheng med retten til familieliv etter EMK artikkel 8.³⁰²

I en annet sak har EMD vist til at en stat ikke er pliktig å tilby gratis videregående utdanning i henhold til EMK, men når staten som i dette tilfellet først tilbydde gratis skolegang til befolkningen generelt, kunne en ikke kreve at en person som ikke var bulgarsk statsborger, men hadde opphold i landet og hadde gått på skole i Bulgaria i alle år, måtte betale skoleavgifter. Denne forskjellsbehandlingen ble ikke sett på som godt nok begrunnet, og EMD kom til at det da forelå brudd på diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14, lest i sammenheng med retten til utdanning i EMK TP 1 artikkel 2.³⁰³ Til bildet

²⁹⁷ Se Saul (2014) s. 174 med videre henvisninger.

²⁹⁸ Se nærmere om ØSK art. 2 nr. 1 og prinsippet om gradvis realisering i punkt 4.2.5 ovenfor.

²⁹⁹ Se Saul (2014) s. 203–204 med videre henvisninger

³⁰⁰ Se ØSK-komiteen, General Comment No. 3 avs. 1. ØSK-komiteen anerkjenner i General Comment No. 20 avs. 13 at det i "exceptional circumstances" kan være akseptabelt at ressursmangel kan forklare en diskriminerende praksis, men det heter at "every effort" skal ha vært tatt for å adressere og eliminere diskrimineringen.

³⁰¹ Sosialpakten del V, art. E lyder: "The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status." Bestemmelsen er utformet likt som EMK art. 14 med unntak av at eiendom ("property") ikke er inkludert blant diskrimineringsgrunnlagene eksplisitt, samtidig som en fortsatt har sekkeposten "other status" til sist. Videre lyder FNs barnekonvensjon art. 2 nr. 2 slik: "States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members."

³⁰² *Konstantin Markin v. Russland* (2010) avs. 130. Se også nærmere i EMDs guide til rettspraksis på sosialtjenesteområdet s. 39, tilgjengelig her: [Guide on the case-law - Social rights \(coe.int\)](#)

³⁰³ *Ponomaryovi v. Bulgaria* (2011) avs. 51.

hører det at EMD vektla at det i saken dreide seg om utdanning, som til forskjell fra de fleste andre sosiale rettigheter og ytelser, er en vernet rettighet etter EMK.

Også ØSK-komiteen har tilsynelatende valgt en lignende tilnærming som EMD med hensyn til "overoppfyllelse" og at dette vil ha betydning for diskrimineringsvernet etter ØSK. Dette er det flere eksempler på fra ØSK-komiteens avsluttende merknader til ulike stater i tilknytning til deres periodiske statsrapporter.³⁰⁴ På et generelt grunnlag er dette en tilnærming som ikke nødvendigvis er uten utfordringer i praksis, ettersom en for streng praktisering kan føre til en såkalt "levelling down"-effekt hos medlemsstatene ved at statene snarere enn å heve vernet eller ytelsene til gruppen som ikke har fått noe "ekstra" heller senker vernet/ytelsene generelt.³⁰⁵

5.3 Relevante diskrimineringsgrunnlag

Til forskjell fra Grunnloven § 98 har konvensjonsbestemmelsene også et krav om at diskrimineringen må knytte seg til et angitt diskrimineringsgrunnlag, som kjønn, hudfarge etc. Denne forskjellen i utforming har neppe heller noen vesentlig betydning i praksis. For det første har konvensjonsbestemmelsene inkludert en sekkebestemmelse som "other status", som gjør at vernet i praksis kan bli svært vidt og som understreker at de eksplisitte grunnlagene kun dreier seg om eksempler.³⁰⁶ Blant annet har ØSK-komiteen fastholdt at hva som utgjør "other status" ikke lar seg angi uttømmende og kan variere over tid – og at det derfor kreves en fleksibel tilnærming til begrepet.³⁰⁷ Lignende synspunkter kjenner en igjen fra EMDs praksis.

I en vurdering opp mot Grunnloven § 98 vil også diskrimineringsgrunnlaget stå sentralt ved saklig- og forholdsmessighetsvurderingen. Grunnlag nevnt uttrykkelig i for eksempel ØSK eller EMK vil typisk kunne ha tyngre vekt. Det vil også være en forskjell mellom ulike opplistede grunnlag.³⁰⁸ Generelt sett skal det mer til for at en forskjellsbehandling basert på hudfarge eller andre medfødte og uforanderlige karakteristikk kan begrunnes som saklig og forholdsmessig, sammenlignet med hva tilfellet er for eksempelvis språk eller alder eller for den del bopel, nasjonal opprinnelse eller oppholdsgrunnlag, som står sentralt for utredningens problemstillinger.³⁰⁹ Oppholdsgrunnlag er heller ikke eksplisitt nevnt som et diskrimineringsgrunnlag, noe som altså også har betydning for vurderingen. Vi kommer nærmere tilbake til forskjellsbehandling basert på oppholdsgrunnlag under punkt 5.6.

³⁰⁴ Se Saul (2014) s. 186–187 med videre henvisninger.

³⁰⁵ En problemstilling som f.eks. ble diskutert i tilknytning til EMDs dom i *Biao v. Danmark* (2016) fra utlendingsfeltet, som gjaldt et unntak i dansk lovgivning knyttet til oppholdstillatelse der unntaket relaterte seg til botid i Danmark. Dette unntaket ble ansett for å utgjøre et brudd på diskrimineringsvernet i EMK art. 14, lest i sammenheng med retten til privatliv og familieliv etter EMK art. 8, ved at vilkåret ble ansett å være diskriminerende overfor personer som ikke var født som danske statsborgere. Dommen gjaldt spørsmål om familieliv og oppholdstillatelse, og omhandler følgelig temaer som ligger nærmere EMKs kjerne enn det en står overfor med tanke på denne utredningens problemstillinger. Generelt sett skal det nok mer til for å rettferdiggjøre en forskjellsbehandling på et slikt område som saklig og rimelig, sammenlignet med på sosialtjenesteområdet.

³⁰⁶ ØSK art. 2 nr. 2 bruker formuleringen "as to" til forskjell fra "such as" i EMK, Sosialpakten og SP. Det har blitt stilt spørsmål ved om førstnevnte innebærer at ØSKs grunnlag, til forskjell fra de andre, skal leses som uttømmende grunnlag og ikke som eksempler. ØSK-komiteen har imidlertid fastholdt at også ØSKs grunnlag kun utgjør eksempler, noe som forklares med inkluderingen av sekkebegrepet "other status" til sist, som viser at også andre grunnlag kan inkluderes, jf. bl.a. ØSK-komiteen, General Comment No. 20 avs. 15.

³⁰⁷ ØSK-komiteen, General Comment No. 20 avs. 27.

³⁰⁸ Se også Aall i Mestad (2021) s. 1040 flg.

³⁰⁹ Se f.eks. EMD i *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 37. Se lignende hos Aall i Mestad (2021) om Grunnloven § 98 pkt. 4: "Forbudet mot diskriminering på grunnlag av rase og hudfarge er absolutte forbud. Også ved forskjellsbehandling på grunn av kjønn stilles det svært strenge krav til begrunnelsen, om konklusjonen usaklig eller uforholdsmessig skal unngås. Ved andre diskrimineringsgrunnlag, som alder, nasjonal opprinnelse, bopel eller fange-status, må det antas at lovgivers frihet er noe større. En forskjellsbehandling på disse grunnlag vil med andre ord noe lettere kunne la seg begrunne og forsvare."

Vurderingen må imidlertid foretas konkret, slik for eksempel kjønn som grunnlag kan være et eksempel på. I mange tilfeller vil det være helt urimelig å forskjellsbehandle basert på kjønn, slik som når det kommer til hvem som har rett til skolegang i et land, mens det i andre tilfeller kan være rimelig, for eksempel med hensyn til en fordelaktig pensjonskalkulering for kvinner for å rette opp i historiske skjevheter mellom kjønn i arbeids- og pensjonsforhold.³¹⁰ For alders vedkommende vil det for eksempel ofte kunne være rimelig og forholdsmessig å avgrense visse ytelser til personer over eller under en viss alder, for eksempel med hensyn til barnetrygd eller alderspensjon. Alder er også et kriterium av en noe annen valør enn for eksempel hudfarge, ettersom det er skiftende for alle mennesker på samme måte og slik sett rammer mer objektivt. Slik sett kan en si at diskrimineringsvernet omfatter et krav om lik behandling av like tilfeller, og undertiden også at ulike tilfeller må behandles ulikt.³¹¹

5.4 Krav til sammenlignbarhet eller analoge situasjoner

Det vil kunne variere hvilken konvensjon og hvilket vern som er mest aktuelt for utredningens problemstillinger. Under alle konvensjonene, og etter Grunnloven, er det uansett også nødvendig å ta stilling til om det foreligger diskriminering av et sammenlignbart tilfelle, noen ganger også omtalt som et analogt eller likeartet tilfelle. Sistnevnte kan problematiseres på ulike måter. Høyesterett har for eksempel opp mot diskrimineringsvernet i SP artikkel 26 oppsummert det som at "[d]et må være slik grad av sammenlignbarhet mellom de tilfeller som sammenlignes at ulikhetene ikke kan forklare den ulike behandling".³¹² I praksis kommer imidlertid dette spørsmålet sjeldnere på spissen, ettersom vurderingen uansett ofte vil ivaretas av vurderingen av om det foreligger diskriminering og følgelig om forskjellsbehandlingen har vært saklig, rimelig og forholdsmessig, se neste punkt nedenfor.

Et trekk fra EMDs praksis om begrensninger eller forskjellsbehandling knyttet til sosiale ytelser er verdt å nevne allerede her. EMDs inngang synes å være at en gjerne løfter blikket fra den konkrete saken, og typisk vurderer om saken ligger an slik at lovgivningen eller praktiseringen diskriminerer mellom personer som er i analoge situasjoner – til forskjell fra en inngang der EMD inngående vurderer de individuelle omstendighetene i saken.³¹³ Med andre ord vil det si at et spørsmål normalt vurderes ut fra om det foreligger en ulovlig eller lovlig forskjellsbehandling i oppfyllelsene av rettighetene, snarere enn en vurdering av om det foreligger et lovlig inngrep i en vernet rettighet. Samtidig er ikke EMDs tilnærming helt stringent, og disse to inngangene kan både bli glidende og overlappende, slik vi også kommer tilbake til under neste punkt.³¹⁴

5.5 Kravene til at forskjellsbehandlingen må være saklig, rimelig og forholdsmessig

5.5.1 Overordnet om vilkårene

Diskriminering er ikke definert i noen av konvensjonene. Av praksis, kommentarer og andre kilder til konvensjonene ser en likevel at diskrimineringsvernet kan oppsummeres langs samme linjer og at vurderingene vil følge samme mønster. For eksempel ser en at ØSK-komiteen har latt seg inspirere av praksis fra EMD og FNs menneskerettighetskomité i valg av formuleringer.³¹⁵

³¹⁰ Se f.eks. *Pearson v. Storbritannia* (2006) avs. 26, med henvisning til *Stec og andre v. Storbritannia* (2006) avs. 61 flg.

³¹¹ Som anerkjent i EMDs praksis, se bl.a. *Thlimmenos v. Hellas* (2000), se bl.a. avs. 44 om at det vil utgjøre en krenkelse av EMK art. 14 om staten uten en objektiv og rimelig begrunnelse unnlater å forskjellsbehandle personer som er i en "significantly different" situasjon.

³¹² Rt. 2010 s. 1565 avs. 31.

³¹³ Se f.eks. *Carson og andre v. Storbritannia* (2010) avs. 62 med videre henvisninger. Se også EMDs tilnærming i *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 42 og 43.

³¹⁴ Se også mer generelt om EMK under punkt 4.3 ovenfor.

³¹⁵ Saul (2014) s. 179 med videre henvisninger.

Lignende er Grunnloven § 98 å forstå som et forsøk på en oppsummering av det vernet som følger av de internasjonale konvensjonene. Bestemmelsens generelle utforming gir den et relativt svakt rettighetspreg, og ifølge forarbeidene til bestemmelsen vil den nærmere grenseoppgangen for hva som er å anse som diskriminering først og fremst måtte trekkes av de politiske myndigheter.³¹⁶ Sistnevnte vil naturlig forstås som at diskrimineringsvernet i første rekke vil ivaretas gjennom alminnelig lovgivning og at denne følges. Særlig relevant er reguleringen i likestillings- og diskrimineringsloven, men også flere andre lover, herunder straffeloven og arbeidsmiljøloven, har relevans for diskrimineringsspørsmål. Likevel vil Grunnloven § 98 kunne gi selvstendige rettigheter som kan påberopes ut over den alminnelige diskrimineringslovgivningen hvis denne ikke er tilstrekkelig omfattende.³¹⁷ Samtidig er det verdt å merke seg at det presiseres i forarbeidene at bestemmelsene er ment som et "tolkningsprinsipp for rettsanvenderen mer enn som en skranke for lovgiver".³¹⁸ Generelt sett er det nok grunn til å anta at diskrimineringsvernet etter Grunnloven vil konsumeres av rettighetsvernet som følger av konvensjonene, samtidig som formuleringen i Grunnloven § 98 gir en god pekepinn på vurderingstermene.³¹⁹

Praktisk kan da vernet oppsummeres som et spørsmål om det foreligger en usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling av sammenlignbare tilfeller (basert på et relevant diskrimineringsgrunnlag). Ofte ser en at begrepet *urimelig* gjerne også brukes som et vurderingstema, og for eksempel at *uforholdsmessig* brukes som en måte å utbrodere *urimelig* på. Hvilket begrep som anvendes er ikke nødvendigvis avgjørende, ettersom de underliggende vurderingstemaene gjerne vil være like.

ØSK-komiteen har for eksempel utbrodert diskrimineringsvernet slik:

"Differential treatment based on prohibited grounds will be viewed as discriminatory unless the justification for differentiation is *reasonable and objective*. This will include an assessment as to whether the aim and effects of the measures or omissions are *legitimate*, compatible with the nature of the Covenant rights and solely for *the purpose of promoting the general welfare in a democratic society*. In addition, there must be a clear and reasonable relationship of *proportionality* between the aim sought to be realized and the measures or omissions and their effects."³²⁰

Det er grunn til å anta at ØSK-komiteen har latt seg inspirere av EMDs definisjon, som kom noen år tidligere og som har sterke likhetstrekk.³²¹ EMD oppsummerer diskrimineringsvernet på ulike måter, men en tilnærming fra sosialtjenesteområdet er denne:

"Discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations. 'No objective and reasonable justification' means that the distinction in issue does not pursue a 'legitimate aim' or that there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised' [...] The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a

³¹⁶ Jf. Dokument 16 (2011–2012) kap. 26.6.2.3 s. 147 og Innst. 186 S (2013–2014) kap. 26.6.2.3 s. 25.

³¹⁷ Se også Barne- og familiedepartementets redegjørelse i Prop. 81 L (2016–2017) punkt 4.3 på s. 36 i forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven.

³¹⁸ Innst. 186 S (2013–2014) kap. 2.1.6 s. 25.

³¹⁹ For Grunnloven § 98 sin del har bl.a. Aall vist til at praksis fra EMD, så langt bestemmelsene overlapper, vil være av betydning for tolkningen av grunnlovsbestemmelsen, se Aall i Mestad (2021) om Grl. § 98.

³²⁰ ØSK-komiteen, General Comment No. 20 avs. 13. Vår kursivering.

³²¹ Saul (2014) s. 179 med videre henvisninger.

different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and its background."³²²

Som en ser av EMDs uttalelse, har vurderingsmønsteret klare likhetstrekk med vurderingsmønsteret som generelt gjelder for å gripe inn i eller begrense menneskerettigheter som ikke er absolutte, slik som retten til privatliv eller eiendomsvernet. Sentrale vilkår og vurderinger vil da også handle om nødvendighet og forholdsmessighet mellom inngrepets formål og de negative konsekvensene for de berørte. Fra EMDs praksis ser en også at disse vurderingene kan bli glidende med hensyn til om EMD vurderer et spørsmål som et inngrep i en rettighet eller som et spørsmål om diskriminering. Det avgjørende vurderingstemaet blir gjerne uansett om inngrepet eller forskjellsbehandlingen var nødvendig og forholdsmessig.³²³ Samme vurderingsmønster kjenner en igjen fra for eksempel reguleringen i den norske likestillings- og diskrimineringsloven § 9.

5.5.2 Særlig om forholdsmessighetsvurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen, som ofte får størst betydning i praksis, legger opp til en helhetlig interesseavveining av de mulige positive effektene ved forskjellsbehandlingen sett opp mot de negative konsekvensene for den eller de som forskjellsbehandles. Jo mer inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som forskjellsbehandles, jo viktigere må det aktuelle formålet og behovet for forskjellsbehandlingen være. Kravet til forholdsmessighet innebærer at løsningen samlet sett må fremstå som rimelig.³²⁴ I denne vurderingen vil som nevnt "diskrimineringsgrunnlaget" også ha betydning, ettersom det overfor noen grunnlag, som hudfarge, vil kreves langt mer vektige hensyn for å forsvare en forskjellsbehandling sammenlignet med en del andre grunnlag.³²⁵

Som omtalt flere steder i utredningen kan de sivile og politiske rettighetene generelt sett sies å ha et sterkere rettslig vern enn de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene, og statene vil normalt ha et større handlingsrom når det kommer til å foreta begrensninger, reguleringer eller fordelinger på sistnevnte område.³²⁶ Dette vil også ha betydning med hensyn til spørsmål om forskjellsbehandling og diskriminering. I alminnelighet skal det mindre til for at en forskjellsbehandling knyttet til økonomiske ytelser er forholdsmessig sammenlignet med en forskjellsbehandling knyttet til sivile og politiske rettigheter. Samtidig bør en være oppmerksom på at det som i utgangspunktet ser ut til å dreie seg om økonomiske rettigheter likevel kan handle om rettigheter med et sterkere vern, slik som retten til foreldrepermisjon som kan være vernet av retten til privat- og familieliv.³²⁷

Både direkte og indirekte forskjellsbehandling omfattes av vernet.³²⁸ I alminnelighet skal det imidlertid mer til for å rettferdiggjøre direkte forskjellsbehandling som forholdsmessig. Direkte forskjellsbehandling vil si at en person behandles dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon på grunn av et relevant diskrimineringsgrunnlag. Indirekte forskjellsbehandling vil si at forskjellsbehandlingen skjer på en tilsynelatende nøytral måte, men i realiteten stiller en person i en dårligere stilling enn andre på grunn av et relevant diskrimineringsgrunnlag.³²⁹

³²² *Stummer v. Østerrike* (2011) avs. 87 og 88; se også *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 36.

³²³ Se f.eks. *Burden v. Storbritannia* (2006) avs. 55 og 60.

³²⁴ Se også oppsummeringen i Prop. 81 L (2016–2017) s. 119 vedrørende diskrimineringsvernet i likestillings- og diskrimineringsloven.

³²⁵ Høyesterett har f.eks. stilt spørsmålet om en befinner seg i kjerneområdet for diskrimineringsvernet, se HR-2018-872-A avs. 70 med videre henvisninger. Se også punkt 5.3 ovenfor.

³²⁶ Se f.eks. utredningens punkt 3.2.

³²⁷ Se Aall i Mestad (2021) s. 1045. Se f.eks. EMDs inngang til spørsmål om sosiale ytelser omtalt under punkt 4.3.2.

³²⁸ Jf. f.eks. ØSK-komiteens General Comment No. 20 avs. 10.

³²⁹ Se også definisjonene i likestillings- og diskrimineringsloven §§ 7 og 8.

5.5.3 Sikringsplikt, positiv forskjellsbehandling mv.

Som på en rekke andre områder, er det også på diskrimineringsområdet oppfordret til, forventet og tidvis påkrevd at myndighetene søker å sikre likebehandling og forebygge diskriminering i praksis gjennom lovgivning, handlingsplaner, oppfølging, tiltak mv.³³⁰

Forpliktelsene kan altså kreve at statene tar positive skritt for å sikre en reell likestilling mellom ulike grupper og motvirke diskriminering som følge av for eksempel systemiske eller historiske årsaker.³³¹ Et eksempel er en stats forskjellsbehandling av menn og kvinner opp mot trygdeytelser for å rette opp historiske skjevheter med hensyn til kvinners økonomiske posisjon i Storbritannia og for å kompensere for at kvinner gjerne hadde hatt en kortere opptjeningsperiode på arbeidsmarkedet historisk, inntil det ikke lenger var nødvendig med en slik særbehandling av kvinner, slik situasjonen var i *Stec og andre v. Storbritannia*. En slik særbehandling av kvinner utgjorde derfor ikke et brudd på EMK artikkel 14 lest i sammenheng med EMK TP 1 artikkel 1.³³² Et lignende resultat kom EMD til i *Andrle v. Tsjekia*, der det ble ansett som akseptabelt å ha en lavere pensjonsalder for kvinner som hadde oppdratt barn, uten å innføre det samme for menn, som et tiltak for å bøte på manglende likestilling mellom menn og kvinner.³³³

Opp mot alle konvensjonene vil det ha relevans om en står overfor særlig sårbare eller utsatte grupper, og dette er noe som vil kunne ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen eller opp mot statens forpliktelser til å ta aktive skritt for å sikre at disse gruppene i realiteten får samme rettigheter som majoritetsbefolkningen. Typisk innebærer dette at det vil kunne ha betydning om en situasjon involverer barn, slik også hensynet til "barnets beste" vil kreve,³³⁴ eller grupper som flyktninger, personer med funksjonsnedsettelse,³³⁵ minoriteter etc.³³⁶ Dette vil også ha en side til de særskilte konvensjonene som verner om rettighetene til visse grupper, slik som flyktninger, personer med funksjonsnedsettelse, minoriteter eller urfolk, se også punkt 4.7 ovenfor.

Motsatsen av ovennevnte er at andre personer ikke nødvendigvis kan anse seg diskriminert som følge av at enkelte grupper særbehandles, slik som nevnte særbehandling av kvinner, der formålet er å rette opp historiske skjevheter med hensyn til likestilling i arbeidsmarked, pensjons- eller trygdeytelser.³³⁷

³³⁰ Se bl.a. ØSK-komiteen, General Comment No. 20, avs. 16, 34 og 36. Dette er også gjentatt i en rekke avsluttende kommentarer i statsrapporteringer til ulike land, også til Norge.

³³¹ Se f.eks. ØSK-komiteens General Comment No. 20 avs. 8 og avs. 12; se også *Stummer v. Østerrike* (2011) avs. 88 med videre henvisninger.

³³² *Stec og andre v. Storbritannia* (2006) avs. 54–66.

³³³ *Andrle v. Tsjekia* (2011) avs. 54–61.

³³⁴ Se nærmere under punkt 4.6 ovenfor.

³³⁵ F.eks. *Kjartan Ásmundsson v. Island* (2004) som gjaldt endringen av en uførestønad, som rammet klager og en liten gruppe langt hardere enn det store flertallet som fortsatt fikk ytelsen. I vurderingen la EMD vekt på at "the applicant, as an individual, was made to bear an excessive and disproportionate burden" på grunn av denne endringen, og kom til at det dette utgjorde et brudd på eiendomsvernet i EMK TP 1 art. 1.

³³⁶ Fra EMDs praksis, se f.eks. *Hudorovic og andre v. Slovenia* (2020) avs. 142 og *Yordanova og andre v. Bulgaria* (2012) avs. 132 og 133, som begge gjaldt behandling av romfolk. I sistnevnte sak om bortvisningen av hjemløse romfolk fra ulovlige bosteder, uttaler EMD: "The relevant point in this case is, nonetheless, that the disadvantaged position of the social group to which the applicants belong could and should have been taken into consideration, for example, in assisting them to obtain officially the status of persons in need of housing which would make them eligible for the available social dwellings on the same footing as others. This has been recognised by the Bulgarian authorities in their national and regional programmes but that did not result in practical steps being taken in the present case (see paragraphs 55-59 and 61-65 above). In general, *the underprivileged status of the applicants' group must be a weighty factor in considering approaches to dealing with their unlawful settlement* and, if their removal is necessary, in deciding on its timing, modalities and, if possible, arrangements for alternative shelter. This has not been done in the present case." Vår kursivering.

³³⁷ Se f.eks. *Stec og andre v. Storbritannia* (2006) avs. 54–66 og *Andrle v. Tsjekia* (2011) avs. 54–61.

For asylsøkere spesielt, har blant annet EMD flere ganger fastholdt at dette kan være en sårbar gruppe som følge av situasjonen de står i og deres erfaringer.³³⁸ Dette gjelder spesielt når barn er involvert. Sistnevnte kan være i en situasjon EMD har beskrevet som "extreme vulnerability", enten barnet er alene eller sammen med voksne, og i slike situasjoner vil hensynet til barnets beste veie tyngre ved vurderinger knyttet til barnets status som en ulovlig migrant.³³⁹ Dette innebærer ikke at migranter og asylsøkere har krav på et hjem eller finansiell støtte til å oppnå en viss levestandard, men sårbarheten er momenter som statene må ta inn i vurderingen av for eksempel om minimumsrettigheter etter EMK artikkel 2 eller artikkel 3 utløses, eller av om en forskjellsbehandling er saklig og forholdsmessig. Som vi kommer tilbake til nedenfor, har blant annet EMD dratt et skille mellom hvorvidt vedkommende er asylsøker eller alt har fått avgjort asylsøknaden sin og oppholder seg ulovlig i landet av et mer eget valg.³⁴⁰

5.6 Nærmere om forskjellsbehandling på bakgrunn av oppholdsgrunnlag eller statsborgerskap

5.6.1 Enkelte utgangspunkter

Utredningen aktualiserer særlig spørsmål om forskjellsbehandling på bakgrunn av oppholdsstatus eller statsborgerskap som diskrimineringsgrunnlag. Dette er tema i det følgende.

Oppholdsstatus er ikke uttrykkelig nevnt som diskrimineringsgrunnlag i konvensjonene, men normalt må det antas at det vil falle inn under sekkebetegnelsen "other status". Dette ser en følger av i rettspraksis fra EMD, samt kommentarer fra både FNs barnekomité og ØSK-komiteen.³⁴¹ Statsborgerskap kan undertiden ligge innenfor det eksplisitte grunnlaget om "national [...] origin", men det er ikke nødvendigvis noen automatikk i at det er det samme.³⁴² Uansett er ikke dette spørsmålet avgjørende, all den tid også statsborgerskap naturlig vil omfattes av "other status". Grunnlagene vil også omfattes av Grunnloven § 98, som altså ikke har en avgrensning til gitte diskrimineringsgrunnlag.

Utgangspunktet er derfor at en forskjellsbehandling på bakgrunn av oppholdsstatus eller statsborgerskap må være saklig, rimelig og forholdsmessig for å være lovlig. Avhengig av rettighetene som berøres, vil en slik forskjellsbehandling i mange tilfeller kunne være saklig begrunnet og forholdsmessig.³⁴³ Som nevnt vil rommet til å forskjellsbehandle på et slikt grunnlag generelt sett være av en annen valør og videre enn når det gjelder forskjellsbehandling basert på karakteristikk som er medfødte eller uforanderlige, som hudfarge, og som ikke dreier seg om en situasjon der individet har et valg.³⁴⁴

Videre vil rommet for å forskjellsbehandle kunne avhenge av omstendighetene og hvilke rettigheter som berøres. En kan for eksempel neppe begrunne en begrensning av retten til en offentlig oppnevnt

³³⁸ *M.S.S. v. Belgia og Hellas*, 2011, avs. 232 og 251.

³³⁹ *N.T.P. m.fl. v. Frankrike* (2018) avs. 44; *Khan v. Frankrike* (2019) avs. 73-74 og avs. 92-93; *B.G. m.fl. v. Frankrike* (2020) avs. 79.

³⁴⁰ Se *Hunde v. Nederland* (2016). Spørsmålet om minimumsrettigheter etter EMK kommenteres under punkt 4.3.8 ovenfor.

³⁴¹ Se f.eks. *Bah v. Storbritannia* (2011). Se også vurderinger fra Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling i JDLOV-2015-4608.

³⁴² Til illustrasjon, se ICJs vurdering i *Qatar v. De forente arabiske emirater* (2021), der ICJ kom til at "national origin" i CERD art. 1 nr. 1 ikke omfattet nåværende nasjonalitet, se konklusjonen i avs. 105. Merk imidlertid at CERD art. 1 nr. 2 inneholder en eksplisitt regulering eller avgrensning knyttet til statsborgere versus ikke-statsborgere, som bidrar til å underbygge denne tolkningen for spesielt CERDs del, se også ICJs vurdering i avs. 82–83.

³⁴³ Se lignende vurdering fra Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling med hensyn til spørsmål om diskriminering basert på oppholdsgrunnlag i høringsnotat om "Midlertidige endringer i lovverket som følge av ankomst av fordrevne fra Ukraina med rett til midlertidig kollektiv beskyttelse", (2022), s. 23.

³⁴⁴ *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 47.

forsvarer for norske domstoler i større grad for en siktet utlending, uansett oppholdsstatus, enn for en nordmann.³⁴⁵ På motsatt side er det åpenbart at det er saklig og forholdsmessig å begrense retten til å stemme ved stortingsvalg.³⁴⁶ Tilsvarende må gjelde for selve retten til å oppholde seg i riket ut over for egne borgere. Som et utslag av det folkerettslige suverenitetsprinsippet, har statene i alminnelighet en svært vid rett til selv å vurdere tilgang og opphold.³⁴⁷

Statenes handlingsrom på dette området må også forstås i lys av at statene normalt har en vid skjønnsmargin på sosialtjenesteområdet, slik dette for eksempel fremgår av rettighetenes vage og uforpliktende utforming, slik tilfellet er for eksempelvis ØSK-rettighetene, eller praksis fra særlig EMD med hensyn til rettighetene etter EMK. EMD har flere ganger anerkjent at statene vil ha en vid skjønnsmargin når det kommer til å vurdere innvandreres tilgang til sosiale tjenester, og har for eksempel anerkjent at en stat kan ha legitime grunner til å begrense bruken av ressurskrevende offentlige tjenester – som velferdsytelser og helsehjelp – til korttids- og ulovlige innvandrere, som er en gruppe som ikke har bidratt til tjenestenes finansiering.³⁴⁸

5.6.2 Formål som kan begrunne forskjellsbehandling

For det første vil en manglende eller svak tilknytning til riket kunne være et saklig formål som vil kunne begrunne forskjellsbehandling med hensyn til å ta del i en stats sosialtjenester. Oppslutningen til og legitimiteten av et slikt system vil kunne avhenge av at systemet opererer med visse tilknytningskrav, og dette er hensyn som typisk forklarer EMDs syn om at staten har en vid skjønnsmargin på dette området. Justis- og beredskapsdepartementets lovavdeling har tidligere uttalt at "[d]et er utvilsomt et lovlig formål å legge vekt på en slik svak tilknytning til riket som begrunnelse for å avskjære velferdsytelser".³⁴⁹

Menneskerettighetsutvalget er også inne på noen av disse spørsmålene i tilknytning til revisjonen av Grunnloven i 2014, der det blant annet heter at det må "være klart at det ved gjennomføringen av økonomiske og sosiale rettigheter kan være saklig å legge vekt på hva slags tilknytning en person har til riket, for eksempel om oppholdet er varig eller forbigående, lovlig eller ulovlig".³⁵⁰ Merk også at utvalget et annet sted kommenterer at "[i] henhold til de internasjonale konvensjonene er det på det rene at statene har en vid skjønnsmargin knyttet til hvordan de sosiale rettighetene skal oppfylles".³⁵¹ Videre kan det være interessant å merke seg at Menneskerettighetsutvalget i forlengelsen diskuterer den norske tilnærmingen til personer uten lovlig opphold. Menneskerettighetsutvalget skriver den gang:

"Når det gjelder personer uten lovlig opphold har den norske tilnærmingen vært at sosialtjenesten må yte livsnødvendig hjelp i en akutt krisesituasjon, se Arbeids- og inkluderingsdepartementet brev av 4. oktober 2004 til landets kommuner. Hvorvidt dette er tilstrekkelig, er ikke nærmere kommentert av ØSK-komiteen. Men komiteen har i sine konklusjoner etter gjennomgåelse av Norges fjerde rapport i 2005 sterkt oppfordret til at personer som har fått avslag på sin asylsøknad uten å kunne returneres til hjemlandet, tilbys

³⁴⁵ I EMDs sak *Anakomba Yula v. Belgia* (2009), som gjaldt en person uten lovlig opphold, kom EMD til at det var en krenkelse at vedkommende ikke fikk fri sakførsel i farskapssak, noe som ble gitt i alminnelighet.

³⁴⁶ Se også Aall på s. 1045 i Mestad (2021).

³⁴⁷ Se f.eks. EMDs dom i *Jeunesse v. Nederland* (2014), avs. 100. Unntak gjelder særlig hvis en utvisning vil innebære umenneskelig behandling (EMK art. 3) eller et uforholdsmessig inngrep i familielivet (EMK art. 8), men det innebærer en høy terskel, jf. f.eks. HR-2015-206-A.

³⁴⁸ *Ponomaryovi v. Bulgaria* (2011) avs. 51.

³⁴⁹ Se JDLOV-2015-4608 punkt 3.2.5.

³⁵⁰ Dokument 16 (2011–2012) s. 142–143

³⁵¹ *Ibid.* s. 239.

alternativ bolig i påvente av retur. For barn gjør spesielle hensyn seg gjeldende. De kan sjelden holdes ansvarlige for den situasjonen de er kommet i, og deres utvikling er avhengig av at de ikke går glipp av skolegang eller helsehjelp over særlig lang tid. Barnekonvensjonens prinsipp om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som gjelder barn, jf. artikkel 3, må derfor tas for øye også der det er tale om asylsøkerbarn eller barn uten tillatelse til å oppholde seg i riket."³⁵²

Et annet, noe tilknyttet, hensyn kan være innvandringsregulerende hensyn. Dette berøres også av Lovavdelingen i nevnte uttalelse, som peker på at velferdsytelser kunne skape et insentiv for å komme til landet og bli værende, til tross for at man ikke har grunnlag for lovlig opphold.³⁵³ Wiersholm deler i utgangspunktet Lovavdelingens syn om at staten bør ha et visst spillerom til å regulere forhold som kan påvirke ikke-statsborgeres vurdering av om de skal reise til og eventuelt bli værende i landet, særlig i en situasjon der deres opphold er ulovlig. Både Høyesteretts og EMDs praksis viser at innvandringsregulerende hensyn vil være et legitimt formål opp mot menneskerettslige vurderinger, også når for eksempel hensynet til familielivet eller "barnets beste" taler for motsatt resultat i en forholdsmessighetsvurdering.³⁵⁴ Opp mot utlendingslovgivningen og innvandrings-/utlendingspolitikken er dette hensyn og argumenter en kjenner igjen, og som danner et bakteppe for deler av eksisterende lovgivning og politikk.³⁵⁵ Det er også et område der det vil være ulike syn i samfunnet om hva som utgjør en riktig avveining eller regulering.

Samtidig er det verdt å bemerke at den menneskerettslige gjennomslagskraften av et argument om at velferdsytelser utgjør et insentiv for ulovlig innvandring og opphold, vil henge noe sammen med hvorvidt dette faktisk gjør seg gjeldende i praksis og for eksempel påvirker migrasjonsstrømmer.³⁵⁶ I høringsnotatet til forskrift om sosiale tjenester for personer uten fast bopel i Norge fra 2011, heter det at departementet "ikke [har] grunnlag for å tro at en begrenset rett til hjelp fra NAV-kontoret bidrar til å opprettholde ulovlig opphold i Norge, eller at man ved å nekte all bistand initierer eller fremskynder en utreise".³⁵⁷ Dette er imidlertid vurderinger som kanskje særlig henger sammen med hvor langt en kan gå i forskjellsbehandlingen og spørsmål om minimumsrettigheter, som er også det uttalelsen i høringsnotatet knytter seg til.

Lignende vil integreringshensyn kunne begrunne forskjellsbehandling. Dette er også et hensyn som trekkes frem i nevnte høringsnotat, der det heter at "[a]v integreringshensyn ønsker myndighetene en spredt bosetting av flyktninger. En åpen adgang til flytting i bosettingsfasen vil gjøre det vanskelig for kommunene å lage gode opplegg for opplæring og integrering, og kan dermed være til hinder for mulighetene til selvforsørgelse". Dette er også et hensyn en kjenner igjen fra utlendings-/innvandringspolitikken generelt,³⁵⁸ og som også trekkes frem i rundskriv R35-00 til sosialtjenesteloven.³⁵⁹

Integreringshensyn kan ha to sider, både av hensyn til samfunnet og av hensyn til individet. Fra EMDs praksis ser en også at det er anerkjent at statene vil ha rom for å stille vilkår og krav til bosettelse for

³⁵² Ibid. s. 142–143.

³⁵³ Se også lovavdelingens tolkningsuttalelse i JDLOV-2015-4608 pkt. 3.2.5.

³⁵⁴ Se nærmere under punkt 4.6 ovenfor med henvisning til bl.a. HR-2019-2286-A avs. 61.

³⁵⁵ Se f.eks. utlendingsloven § 38 fjerde ledd

³⁵⁶ Slik påpekt av f.eks. Søvig (2013) pkt. 3.3.

³⁵⁷ Arbeids- og inkluderingsdepartementet. "Høring: Utkast til forskrift til lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen" (2011), s. 6.

³⁵⁸ Se f.eks. Meld. St. 30 (2015–2016) s. 29 flg.

³⁵⁹ R35-00 pkt. 1.2.2.6

å motvirke at noen områder blir utsatt for mer fattigdom og sosiale problemer.³⁶⁰ Hensynet til å bidra til selvforsørgelse og å bidra til at flest mulig er i jobb og bidra til den såkalte arbeidslinjen, er et generelt hensyn en kjenner igjen fra sosialtjenesteområdet, herunder sosialtjenestelovens formål, og det er et hensyn som etter Wiersholms syn klart nok vil være legitimt å vektlegge.

5.6.3 Suverenitetsprinsippet og retten til å bestemme over egne grenser

Det folkerettslige suverenitetsprinsippet er et viktig bakteppe med hensyn til handlingsrommet for å forskjellsbehandle basert på oppholdsgrunnlag, og at statenes forpliktelser i dette henseendet er begrensede sammenlignet med særlig egne statsborgere. Retten til å bestemme over egne grenser er lagt til grunn av EMD i en rekke saker.³⁶¹ Det fremgår også av forarbeidene til ØSK at partene ikke ønsket å rokke ved prinsippet om at enhver stat selv bestemmer over egne landegrenser, herunder i hvilken grad og på hvilke vilkår utlendinger kan reise inn i, oppholde seg eller arbeidet i landet. Flere stater tok opp slike spørsmål i forberedelsene av ØSK og innføringen av diskrimineringsvernet i artikkel 2 nr. 2, den gang særlig i relasjon til utlendingers rett til arbeid og regulering av dette.³⁶²

I forberedelsene brukte blant annet et første utkast av artikkel 2 begrepet "distinction" snarere enn "discrimination". Denne ordlyden ble imidlertid ansett for å være for vid, og et flertall av statene ville heller bruke begrepet "discrimination".³⁶³ Formålet med endringen var å vise at visse tiltak for å fremme eller forbedre situasjonen til utsatte grupper ville være tillatt, og for å vise at ikke alle forskjeller (distinctions) er i strid med konvensjonen, men kun den forskjellsbehandlingen som ikke er rettfærdiggjort (som saklig og forholdsmessig). For øvrig gir forarbeidene lite veiledning om begrepet "diskriminering".³⁶⁴

Flere stater har også inntatt tolkningserklæringer til ØSK om at en ikke tolker Artikkel 2 (2) som å innebære at utlendinger må behandles likt som statsborgere i alle henseender.

Belgias tolkningserklæring lyder eksempelvis:

"With respect to Article 2, paragraph 2, the Belgian Government interprets non-discrimination as to national origin as not necessarily implying an obligation on States automatically to guarantee to foreigners the same rights as to their nationals. The terms should be understood to refer to the elimination of any arbitrary behaviour but not of differences in treatment based on objective and reasonable considerations, in conformity with the principles prevailing in democratic societies."³⁶⁵

Frankrikes tolkningserklæring lyder:

"The Government of the Republic [of France] declares that Articles 6, 9, 11 and 13 are not to be interpreted as derogating from provisions governing the access of aliens to employment or establishing residence requirements for the allocation of certain social benefits."³⁶⁶

³⁶⁰ Se f.eks. *Garib v. Nederland* (2017).

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Se Saul (2014) s. 196 med videre henvisninger til uttalelser fra Australia, New Zealand og Egypt.

³⁶³ UNGA (1962) s. 18–19. Merk at SP art. 2 (1) bruker begrepet "distinction". Dette har neppe noen materiell forskjell ettersom vernets rekkevidde er utbrodert i praksis og kommentarer fra FNs menneskerettighetskomité på en måte som harmonerer med EMK og ØSK, der begrepsbruken altså er "discrimination", se også Saul (2014) s. 180. SP art. 26, som inneholder et generelt diskrimineringsvern, bruker derimot begrepet "discrimination".

³⁶⁴ Se Saul (2014) s. 177–178.

³⁶⁵ Ulike lands tolkningserklæringer til ulike konvensjoner er tilgjengelig på FNs høykommissær for menneskerettigheters nettside, her: - [OHCHR Dashboard](#).

³⁶⁶ Art. 6 angår retten til arbeid, art. 9 angår sosiale tjenester, art. 11 angår levestandard og bl.a. bolig, og art. 13 angår utdanning.

Norge er ikke blant landene som har inntatt en slik tolkningserklæring. Fraværet av en erklæring er imidlertid ikke avgjørende for tolkningen, verken for Norge eller for andre staters del. I tillegg til forarbeidene, følger det av ØSK-komiteens General Comment No. 20 at det er rom for saklig og forholdsmessig forskjellsbehandling.

Prinsippet om at statene har en rett til å råde over egne grenser har som nevnt også kommet svært klart til uttrykk i Sosialpakten, ved at konvensjonens virkeområde formelt sett er eksplisitt avgrenset til kun å gjelde for personer fra andre konvensjonsstater som enten er bosatt eller arbeider regelmessig i landet.³⁶⁷

5.6.4 Særlige spørsmål knyttet til uttalelser fra ØSK- og barnekomiteen

Det har vært noen særlige spørsmål opp mot ØSK og FNs barnekonvensjon med hensyn til rommet til å forskjellsbehandle personer, og kanskje særlig barn, basert på oppholdsgrunnlag. Det er enkelte kommentarer fra ØSK-komiteen og FNs barnekomité, både i generelle kommentarer og i avsluttende merknader til landrapporteringer, som har gjort dette noe uklart. Uttalelsene knytter seg særlig til helseområdet,³⁶⁸ men til dels også til sosialtjenester mer generelt.³⁶⁹ Opplæring er et annet område som har vært i fokus. Lovavdelingen har tidligere vurdert rekkevidden av disse uttalelsene sett opp mot diskrimineringsvernet, og kommet til at disse enkeltuttalelsene fra komiteene ikke kan forstås som å gjelde ubetinget, men må forstås i lys av det generelle diskrimineringsvernet – og at forskjellsbehandling fortsatt vil være tillatt så langt den kan begrunnes som saklig og forholdsmessig.³⁷⁰ Dette er et syn Wiersholm deler.

Samtidig er det verdt å merke seg at rommet for forskjellsbehandling kan være snevrere jo mer grunnleggende tjenester det er tale om, som helse og utdanning. I tilknytning til henholdsvis retten til opplæring for barn uten lovlig opphold og retten til helsehjelp for personer uten fast opphold har Lovavdelingen i to ulike tolkningsuttalelser uttalt at hensynet til barnets beste innebærer at "det skal mye til for å kunne si at forskjellsbehandling til barns ugunst er rettmessig etter konvensjonen".³⁷¹ Generelt skal det nok mer til for å begrunne forskjellsbehandling med hensyn til opplæring og helse sammenlignet med sosialtjenester i sin alminnelighet. Opplæring er for eksempel en uttrykkelig vernet

³⁶⁷ Se nærmere under punkt 4.4.3 ovenfor.

³⁶⁸ ØSK-komiteen har i General Comment No. 14 om retten til høyest oppnåelige helsestandard uttalt: "In particular, States are under the obligation to respect the right to health by, inter alia, refraining from denying or limiting equal access for all persons, including prisoners or detainees, minorities, *asylum seekers and illegal immigrants*, to preventive, curative and palliative health services; abstaining from enforcing discriminatory practices as a State policy; and abstaining from imposing discriminatory practices relating to women's health status and needs" (avs. 34). Vår kursivering.

³⁶⁹ ØSK-komiteen, General Comment No. 20 avs. 30. Se også Søvig (2009) s. 127, som vurderer det slik at rommet til å forskjellsbehandle barn uten lovlig opphold med hensyn til velferdstjenester er snevert, basert på kommentarene fra særlig FNs barnekomité. Utredningen ligger som kjent noe tilbake i tid, og det har skjedd en viss utvikling siden den gang, se utredningens punkt 4.6 ovenfor. Søvig oppsummerer slik: "Ut fra komiteens praksis er det rettslige utgangspunktet klart: Barn uten lovlig opphold har krav på velferdstjenester i samme omfang som andre barn. Tvilsspørsmålene knytter seg [til] velferdstjenester ut over grunnleggende tjenester. Her er komiteens utsagn tvetydige. Samtidig skal en være varsom med å legge for mye i komiteens ordvalg. Komiteen har ikke uttrykkelig akseptert at barn uten lovlig opphold får et redusert helsetilbud i forhold til andre barn, men etter mitt skjønn er en slik tolking mest nærliggende, så lenge ytelsen ikke kan sies av sentral karakter". På s. 126 viser Søvig til uttalelser i tilknytning til landrapporteringer til både Norge, Sverige og Nederland.

³⁷⁰ JDLOV-2010-8029 og JDLOV-2015-4608.

³⁷¹ JDLOV-2010-8029 pkt. 3.2.1, også gjengitt i JDLOV-2015-4608 pkt. 3.2.1.

rettighet under EMK,³⁷² mens både ØSK-komiteen og FNs barnekomité har viet en særskilt oppmerksomhet til retten til helse.³⁷³

For FNs barnekonvensjons del er det kanskje særlig rettighetene til barn som kommer til et annet land alene eller uten foreldre, som det er verdt å være oppmerksom på og der FNs barnekomité har hatt særlig strenge uttalelser, særlig da opp mot retten til helse.³⁷⁴ I likhet med Lovavdelingen mener Wiersholm at den mest nærliggende tolkningen er at selv for denne gruppen vil det ikke gjelde noe ubetinget forbud mot forskjellsbehandling, men at diskrimineringsvernet må tolkes strengere, og særlig når det gjelder retten til helse og utdanning.

Det er også verdt å bemerke at ØSK artikkel 2 nr. 3 gir en eksplisitt rett til utviklingsland til å begrense rettighetene som de gir personer som ikke er statsborgere. Dette er imidlertid en rett som gjelder for utviklingsland spesielt og ikke på generell basis. Et spørsmål er om denne bestemmelsen kan eller bør tolkes motsetningsvis, slik at det motsatte gjelder for industriland. Etter Wiersholms syn er det neppe grunnlag for en slik motsetningsvis tolkning, og bestemmelsen kan nok like gjerne forstås som en anerkjennelse av rommet for å forskjellsbehandle basert på nasjonalitet, slik dette da understøttes av ØSKs tilblivelse og forarbeider, samtidig som det må forstås slik at industriland ikke har noen ubetinget rett til å begrense rettighetene for utlendinger – det kreves at begrensningene er saklige og forholdsmessige.³⁷⁵

5.6.5 Momenter og trekk fra praksis ifm. forholdsmessighetsvurderingen

5.6.5.1 Innledning

I det videre vil Wiersholm peke på enkelte momenter og trekk fra praksis, som er egnet til å belyse forholdsmessighetsvurderingene og momenter som kan få betydning i vurderingen av om en forskjellsbehandling er forholdsmessig eller ikke. Gjennomgangen er konsentrert om EMDs praksis. Dette er praktisk begrunnet som følge av det store omfanget av EMD-dommer sammenlignet med praksis knyttet til øvrige konvensjoner.³⁷⁶ EMDs praksis er etter vårt syn likevel egnet til å belyse vurderingene mer generelt og vil normalt også ha overføringsverdi til andre konvensjoner.

5.6.5.2 Betydningen av relevante forskjeller innad i gruppen

Generelt sett vil nok en forskjellsbehandling basert på oppholdsgrunnlag enklere kunne la seg forsvare enn en forskjellsbehandling kun basert på statsborgerskap, selv om grunnlagene ofte også vil henge sammen. Det vil også kunne være forskjell mellom ulike kategorier av oppholdsstatus. I første rekke er det en forskjell mellom dem som har lovlig opphold versus dem som ikke har lovlig opphold.³⁷⁷

³⁷² Jf. EMK TP 1 art. 2, se bl.a. *Ponomaryovi v. Bulgaria* (2011), der EMD gjør et poeng av at statens handlingsrom etter EMK er snevrere med hensyn til opplæring enn andre sosiale og økonomiske rettigheter, siden opplæring er eksplisitt regulert og vernet under EMK.

³⁷³ Se f.eks. ØSK-komiteens avsluttende merknader til Norge i 2020 i E/C.12/NOR/CO/6 avs. 38–39, der det bl.a. anbefales at myndighetene tar "effective measures to ensure that all persons in the State party have access to primary health-care services, regardless of their residence status". Se også Saul (2014) s. 198 med videre henvisninger for ØSK-komiteens uttalelser til andre land med hensyn til rettighetene til flyktninger og migranter. Selv om disse uttalelsene nok i første rekke må forstås som anbefalinger om en optimal praksis, så er det verdt å merke seg at ØSK-komiteen vier disse gruppene særskilt oppmerksomhet.

³⁷⁴ F.eks. FNs barnekomité, General Comment No. 6, avs. 46. Se også omtale under punkt 4.6.2 ovenfor.

³⁷⁵ Se Saul (2014) s. 198, der det legges til grunn en lignende forståelse.

³⁷⁶ Se bl.a. omtalen i punkt 3.2 ovenfor.

³⁷⁷ Se f.eks. EMDs dom i *Jeunesse v. Nederland* (2014) avs. 100 og avs. 104, der EMD viser til at saker der noen ikke har lovlig opphold må skilles fra saker som angår "settled migrants", som i første rekke er personer som har blitt gitt en formell rett til å oppholde seg i landet.

Lignende vil det også kunne være relevant å skille mellom dem som har permanent opphold versus dem som har midlertid opphold.³⁷⁸

Andre relevante faktorer kan være om vedkommende har asylgrunnlag, og ikke kan returnere til eget hjemland som følge av velbegrunnet frykt for eget liv og forfølgelse, og en migrant som ikke har en slik status, og som mer av eget fritt valg befinner seg i landet, og kan returnere til eget land.³⁷⁹ Lignende vil det også være en forskjell mellom hvorvidt vedkommende er asylsøker eller alt har fått avslått asylsøknaden.³⁸⁰ Denne forskjellen har blitt ansett av EMD som å utgjøre en "crucial difference", og dette har hatt betydning for EMDs vurderinger av hvilke forpliktelser staten har overfor personen med hensyn til "social assistance" i mottakslandet.³⁸¹ Lovavdelingen har i en av sine ovennevnte uttalelser vist til at diskrimineringsvernet må nyanseres ut fra situasjon, og har uttalt at "[f]or eksempel vil vernet trolig være sterkere for barn som har rett til å søke familiegjennforening fra Norge, enn for barn som har tatt seg ulovlig inn i riket, eller som ikke innretter seg etter et utvisningsvedtak".³⁸²

Innenfor samme kategori, for eksempel kategorien "personer uten lovlig opphold", vil det altså også kunne være relevante forskjeller. Det er langt fra opplagt at det vil være saklig og forholdsmessig at alle utlendinger som oppholder seg ulovlig i landet behandles likt. Forholdsmessighetskravet vil nødvendigvis innebære at det kan kreves nyanseringer ut fra hvilken situasjon vedkommende befinner seg i, se også nærmere under neste punkt 5.6.5.3.³⁸³

Samtidig vil det være et rom til å foreta relativt brede kategoriseringer i regelverket, så lenge disse da er saklige og forholdsmessige – men generelt sett vil det være en fordel at regelverket er utformet slik at det kan ta hensyn til relevante forskjeller. I regelverket vil det for eksempel også kunne være saklig og forholdsmessig å skille mellom personer med ulike grunnlag for oppholdsstatus eller å stille vilkår for opphold. Rommet for vilkårsstillelse reflekteres både i praksis fra traktatorganene og følger ut fra en ren fra det mer til det mindre-tankegang ved at rettighetene i all hovedsak må forstås som subsidiære, så fremt vilkårene da i seg selv er saklige og forholdsmessige. I takt med at vedkommende får en sterkere tilknytning til landet gjennom tiden som har gått og på andre måter har tilknyttet seg landet, så vil det normalt kunne kreves mer for å begrunne en forskjellsbehandling som saklig og forholdsmessig. Dersom en har en relativt sterk tilknytning til landet og har lovlig opphold, så vil det normalt kreves sterke grunner for å forskjellsbehandle en person fra egne statsborgere tilnærmet kun fordi vedkommende er utlending, se også punkt 5.6.5.4.

5.6.5.3 Nærmere om hensyn ved personen selv og egne valgmuligheter

Praksis fra særlig EMD viser videre at det for eksempel kan være av betydning hvorvidt vedkommende person har et valg med hensyn til situasjonen vedkommende befinner seg i landet eller selv har satt seg i en gitt situasjon.³⁸⁴ Det samme har blitt vektlagt i praksis fra Høyesterett.³⁸⁵ Dette innebærer at det normalt vil være av betydning hvorvidt en har en reell mulighet til å reise hjem eller til et annet land. Lignende vil det kunne ha betydning hvorvidt en har akseptert visse vilkår for oppholdet, slik som

³⁷⁸ F.eks. *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 47.

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ F.eks. *Hunde v. Nederland* (2016).

³⁸¹ Ibid. avs. 55.

³⁸² JDLOV-2010-8029 pkt. 3.2.1

³⁸³ Se lignende hos Lovavdelingen i JDLOV-2010-8029 pkt. 3.2.1, der det bl.a. heter: "Kravet til forholdsmessighet kan også tilsi at vernet mot forskjellsbehandling må nyanseres etter hvilken situasjon barnet er i. For eksempel vil vernet trolig være sterkere for barn som har rett til å søke familiegjennforening fra Norge, enn for barn som har tatt seg ulovlig inn i riket, eller som ikke innretter seg etter et utvisningsvedtak".

³⁸⁴ Se f.eks. *Bah v. Storbritannia* (2011) særlig avs. 47 og *O'Rourke v. Storbritannia* (2001).

³⁸⁵ Rt. 2005 s. 1 avs. 21 flg., der det vises til *O'Rourke v. Storbritannia* (2001).

at en skal være selvfinansiert eller ikke utgjøre en økonomisk byrde, slik tilfellet var i EMDs sak *Bah v. Storbritannia* som omtales nedenfor.³⁸⁶

For noen personer med ulovlig opphold i Norge kan det være vanskeligere enn for andre, og utgjøre en relevant forskjell for mennesker som befinner seg under merkelappen "uten lovlig opphold".³⁸⁷ I vurderingen er det også av betydning hvorvidt vedkommende er voksen eller barn. Dette trenger ikke være utslagsgivende, men generelt sett vil barn i langt mindre grad enn voksne kunne holdes ansvarlige for den situasjon de har havnet i.³⁸⁸ Dette vil også avhenge av hvorvidt barnet er sammen med foreldre eller ikke.³⁸⁹ Slike faktorer og forskjeller vil kanskje særlig kunne ha betydning i vurderingen av minimumsrettigheter.³⁹⁰

I *Bah v. Storbritannia* anså EMD det slik at klagerne selv hadde satt seg i en situasjon av et eget valg ved å komme og søke om oppholdsgrunnlag i Storbritannia, og at en forskjellsbehandling av dem basert på immigrasjonsgrunnlaget (der de ikke hadde flyktningsstatus) krevde mindre vektige grunner å rettferdiggjøre enn dersom forskjellsbehandlingen var basert på, for eksempel, hudfarge. Selv om det gjaldt en mor og hennes mindreårige sønn, var det moren som hadde søkt om at sønnen skulle få oppholdstillatelse i Storbritannia, og slik tillatelse var også gitt med vilkåret at sønnen ville kunne bli forsørget uten behov for offentlige midler. Videre anså EMD at myndighetene ville ha en relativt vid skjønnsmargin basert på det faktum at det dreide seg om forhold av en sosioøkonomisk karakter (botilbud til dem i nød).³⁹¹ EMD kom deretter til at forskjellsbehandlingen var saklig og rimelig begrunnet i hensynet til å fordele et begrenset offentlig botilbud i Storbritannia. EMD viste også til at selv om de ikke kvalifiserte til det relevante offentlige botilbudet, så hadde de vært hjemløse de facto, og det fantes også andre ordninger for midlertidige botilbud, også innen privat sektor. Forskjellsbehandlingen utgjorde følgelig ikke brudd på diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14 lest i sammenheng med EMK artikkel 8.

EMD uttalte blant annet følgende om at Storbritannias forskjellsbehandling av ulike utlendinger basert på oppholdsgrunnlag ikke var diskriminerende:

"The Court further notes that these classes cannot be considered as arbitrary or discriminatory. Those who have a fixed right to be in the United Kingdom, such as refugees or those with permanent, unconditional leave to remain, are entitled both to social housing and to housing assistance. Those whose leave to remain in the United Kingdom is conditional on their ability to support themselves without recourse to public funds are not. The Court notes in this regard the applicant's argument that it is inconsistent that she should be eligible for social housing but not considered to be in priority need should she and her son become homeless. However, there is nothing arbitrary in the denial of priority need to the applicant when it would be based solely on the presence in her household of her son, a person whose leave to enter the United Kingdom, granted only a few months before the applicant's request for housing assistance, was expressly conditional upon his having no recourse to public funds. By bringing her son into the United Kingdom in full awareness of the condition attached to his leave to enter, the applicant accepted this condition and effectively agreed not to have recourse to public funds in order to support her son. The Court

³⁸⁶ *Bah v. Storbritannia* (2011).

³⁸⁷ Se også Søvig (2009) s. 132.

³⁸⁸ Slik også pekt på i Dokument 16 (2011–2012) s. 239.

³⁸⁹ Se f.eks. *Bah v. Storbritannia* (2011).

³⁹⁰ Se bl.a. også omtalen under punkt 6.5 nedenfor.

³⁹¹ *Bah v. Storbritannia* (2011) med henvisning til *Stec og andre* (2006) avs. 52.

upholds the Government's argument that it is justifiable to differentiate between those who rely for priority need status on a person who is in the United Kingdom unlawfully or on the condition that they have no recourse to public funds, and those who do not, and finds that the legislation in issue in this case pursued a legitimate aim, namely allocating a scarce resource fairly between different categories of claimants."³⁹²

I en tidligere avvisningssak som det refereres til i senere praksis, *O'Rourke v. Storbritannia*, vektlegger også EMD at klageren i stor grad selv hadde ansvar for at han bodde på gaten og for forverring av sine sykdomsplager etter en utkastelse, ved at han hadde takket nei ulike andre botilbud. Denne EMD-saken er senere vist til av Høyesteretts kjæremålsutvalg i forkastelsen av et kjæremål som knyttet seg til en sak der en asylsøker som hadde fått avslag på asylsøknad, måtte forlate asylmottaket. Kjæremålsutvalget mente i lys av nevnte EMD-sak at det var berettiget å legge vekt på at situasjonen som hevdes å være en krenkelse av EMK artikkel 3, er et resultat av personens eget valg, og at vedkommende kan bringe situasjonen til opphør ved å forlate landet (lagmannsretten hadde allerede vurdert at retursituasjonen ikke ville utgjøre et brudd på EMK artikkel 3). Utvalget bemerker dog at dersom forholdene "helt unntaksvis" skulle være så vidt spesielle at det allerede på tidspunktet var klart at ethvert annet alternativ for A – enten i Norge eller i Etiopia – ville innebære en krenkelse av EMK artikkel 3, så ville også en utkastelse av asylmottaket være en slik krenkelse, men dette hadde da lagmannsretten kommet til at ikke var tilfellet. Sentralt i lagmannsrettens vurdering er hvilke forhold A må leve under dersom hun må forlate asylmottaket. Retten legger til grunn at hun ikke vil ha rett til økonomisk stønad etter daværende sosialtjenestelov, men at norske myndigheter ut fra alminnelige nødrettsbetraktninger har et generelt ansvar for å yte nødvendig hjelp i en nødssituasjon, også overfor utlendinger med ulovlig opphold i Norge.³⁹³ Sistnevnte formuleringen kjenner en fortsatt igjen fra retningslinjer på sosialtjenesteområdet i dag.³⁹⁴

5.6.5.4 *Betydningen av tilknytningen til landet og forskjellsbehandling tilnærmet kun basert på statsborgerskap*

Rommet til å forskjellsbehandle en utlending tilnærmet kun basert på at vedkommende er utlending og ikke statsborger, vil imidlertid typisk være snevrere, og det er flere eksempler på at EMD har slått ned på slik forskjellsbehandling. EMD har fastholdt at det kreves "*very weighty reasons*" for å begrunne forskjellsbehandling på bakgrunn av det som i praksis fremstår som en forskjellsbehandling basert på nasjonalitet alene.³⁹⁵ Selv om diskriminerings spørsmål kan oppstå uavhengig av om personen det gjelder selv har "opptjent" ytelsene eller rettighetene i landet, så er det verdt å merke seg at et gjennomgående trekk i EMDs praksis er at det dreier seg om utlendinger med langvarig og lovlig opphold i landet, og der en typisk har en sterk tilknytning gjennom for eksempel arbeid, familie, skattebetaling etc. I flere slike saker har EMD kommet til at det ikke har vært rimelig å forskjellsbehandle en utlending med hensyn til for eksempel rett til foreldrepenger, barnetrygd, pensjonsordninger eller gratis skoleplass, mer eller mindre kun fordi at vedkommende ikke er statsborger, men ellers har lovlig opphold og en sterk og langvarig tilknytning til landet.³⁹⁶

³⁹² *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 50.

³⁹³ Rt. 2005 s. 1 avs. 21 flg.

³⁹⁴ Se også omtale under punkt 6.5 nedenfor.

³⁹⁵ F.eks. *British Gurkha Welfare Society m.fl. v. Storbritannia* (2016) avs. 81.

³⁹⁶ Se f.eks. *Weller v. Ungarn* (2009), der en rumensk kvinne gift med ungarsk mann og bosatt i Ungarn fikk ikke barselytelse, selv om en ungarsk kvinne gift med en utledning fikk det (brudd på EMK art. 8, jf. art. 14), *Rangelov v. Tyskland* (2012), som gjaldt en rumensk person som ikke fikk delta i sosialterapi og slik oppnå lempelse under soning med begrunnelse i at vedkommende var utlending og skulle utvises (brudd på EMK art. 5, jf. art. 14), *Gayguz v. Østerrike* (1996), som gjaldt en utlending som hadde bodd, arbeidet og skattet i landet i en årrekke, men ble forskjellsbehandlet i tilknytning til sosial bistand på en måte som ikke ble ansett for å være i tråd med diskrimineringsvernet (brudd på EMK TP 1 art. 1, jf. art. 14), *Luczak v. Polen*

En fellesnevner for disse sakene er altså at det dreier seg om saker med en noe mindre overføringsverdi til utredningens problemstillinger, særlig fordi det ofte dreier seg om individer med en sterk tilknytning til landet, og der skillelinjen går på at de ikke er statsborgere, eller andre forhold som skiller situasjonen fra utredningens mest sentrale problemstillinger om forskjellsbehandling av utlendinger med ulovlig opphold og/eller en slik (svak) tilknytning til landet at en ikke har fulle rettigheter etter sosialtjenesteloven.

Det er også verdt å merke seg at EMD i noen saker har akseptert at det foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner for en forskjellsbehandling som relaterer seg til statsborgerskap eller landtilknytning. I storkammerdommen *Savickis og andre v. Latvia* fra 2022, som gjaldt beregning av statlig pensjon for fastboende ikke-statsborgere, ble ikke arbeidsperioder i andre tidligere sovjet-stater innberegnet på samme måte som arbeidsperioder i Latvia. EMD ga latviske myndigheter en bred skjønnsmargin i vurderingene og konkluderte med at myndighetenes anførte behov kunne anses for å utgjøre slike svært tungtveiende grunner.³⁹⁷

Av EMDs praksis ser en videre at det er relevant å vurdere i hvilken grad en person eller gruppe har bidratt til velferdstjenestenes finansiering, og at det altså er en forskjell mellom en person som har vært kort eller lenge i et land, og hvilket oppholdsgrunnlag en har. EMD har videre anerkjent at statene etter omstendighetene også kan rettferdiggjøre at en skiller mellom ulike kategorier av utlendinger som bor i landet. For eksempel har EMD akseptert at statene gir utvidede rettigheter til andre EU-borgere sammenlignet med andre utlendinger – og at denne forskjellsbehandlingen må sies å være basert på en saklig og rimelig begrunnelse som følge av det særlige EU-samarbeidet og dets rettslige innretning.³⁹⁸ Så vidt Wiersholm bekjent har ikke EMD behandlet spørsmål opp mot EØS spesielt, men etter vårt syn bør det gjelde likt. Det er likevel ingen automatikk i at et skille mellom EU-borgere og andre utlendinger vil stå seg som saklig og forholdsmessig – dette må vurderes konkret.³⁹⁹

I *Ponomaryovi v. Bulgaria* gjaldt det spørsmål om utdanning og hvorvidt det var tillatt etter EMK å kreve skolepenger for videregående utdanning for en utlending, som ikke var EU-borger, men som hadde permanent oppholdstillatelse og som hadde gått på skole i alle år i Bulgaria. Retten til utdanning er vernet direkte under EMK, til forskjell fra andre sosiale rettigheter og ytelser, jf. i EMK TP 1 artikkel

(2007) der en utlending ble utelukket fra en sosialytelsesordning alene basert på nasjonalitet, der klager tidligere hadde vært omfattet av en generell ordning og at vedkommende også gjennom betaling av skatt hadde vært med på å finansiere ordningen (krenkelse). *Koua Poirrez v. Frankrike* (2003) gjaldt en ivoriansk statsborger, som hadde bodd i Frankrike siden barndommen og var adoptert av en fransk statsborger. Han var sterkt fysisk handikappet og hadde etter en lovendring mistet retten til handikapppensjon, der det ble stilt vilkår for pensjon som vedkommende ikke oppfylte som følge av at han var ivoriansk statsborger. Dette forholdet alene var ikke tilstrekkelig til å veie tyngre enn forhold på andre siden i forholdsmessighetsvurderingen – at han hadde bodd og arbeidet i Frankrike, hadde blitt adoptert av en fransk statsborger og at han tidligere hadde fått sosialhjelp i Frankrike. Det ble også lagt vekt på at Frankrike kort tid etter hadde endret lovgivningen sin slik at klager likevel fikk pensjon (krenkelse av EMK TP 1 art. 1, jf. art. 14). Et annet eksempel er *Fábián v. Ungarn* (2017). *Biao v. Danmark* (2016) er en sak som viser at visse vilkår i lovverket, som tilsynelatende ikke knytter seg til statsborgerskap, likevel kan ha den type virkning indirekte, og diskriminerer utlendinger sammenlignet med egne statsborgere. For en nærmere omtale av EMDs praksis se *Kjøbro* (2017) s. 1164 flg. Se også andre saker inntatt i EMDs guide til rettspraksis på sosialtjenesteområdet (2022) s. 39 flg.

³⁹⁷ *Savickis og andre v. Latvia* (2022) avs. 206–221.

³⁹⁸ Se f.eks. *C. v. Belgia* (1996) avs. 38. Se også vurderingene i Prop. 138 L (2010–2011) angående endringer i utlendingsloven, om bruk av tvangsmidler overfor utlendinger som begår kriminalitet, se pkt. 7.2.4.4.

³⁹⁹ I *Dhabbi v. Italia* (2014) kom EMD til at det forelå en krenkelse av EMK art 8, jf. art. 14, der en tunisier med oppholds- og arbeidstillatelse i Italia ikke fikk innvilget en ytelse om økonomisk hjelp til store familier med begrunnelse i at han ikke var italiensk statsborger eller EU-borger. Se lignende i *Fawsie v. Hellas* (2010) som gjaldt en politisk flyktning med permanent oppholdstillatelse som ikke hadde rett til sosial ytelse til mødre med store familier, som var begrenset til statsborgere og EU-borgere. Se også *Bigaeva v. Hellas* (2009) som gjaldt en russisk statsborgers rett til å kunne oppnevnes som advokat (krenkelse), samt ovennevnte *Koua Poirrez v. Frankrike* (2003).

2. Av den grunn var dette en type tjeneste som det ville kreves noe mer for staten å begrense eller differensiere fra sammenlignet med en del andre offentlige tjenester.⁴⁰⁰ EMD kom i saken til at forskjellsbehandlingen ikke var rettferdiggjort, og at det forelå et brudd på diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14 sammenholdt med EMK TP 1 artikkel 2.

Det vil også være forskjell på om en forskjellsbehandler basert på oppholdsgrunnlaget generelt, eller om en forskjellsbehandler basert på nasjonalitet. Hvis det dreier seg om personer med samme oppholdsgrunnlag i et land, for eksempel flyktninger med samme oppholdsgrunnlag, vil det være vanskeligere å begrunne en forskjellsbehandling av for eksempel en iraner og eritreer som saklig og forholdsmessig, enn dersom det dreier seg om en forskjellsbehandling av en person som har flyktningstatus og en person ikke har krav på flyktningstatus.⁴⁰¹

Ulikt oppholdsgrunnlag kan begrunne en forskjellsbehandling, men det må vurderes konkret om forskjellsbehandlingen er saklig og forholdsmessig. I en sak mot Tyskland kom EMD til at det forelå en krenkelse av diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 lest i sammenheng med retten til familieliv i EMK artikkel 8 for klagerne, som kom fra Polen og bodde i Tyskland, og som ikke hadde fått en barnefamilieytelse som var forbeholdt dem som hadde noen typer oppholdstillatelse (tidsbegrenset eller midlertidig), mens klagerne hadde en annen type oppholdstillatelse basert på særlige grunner.⁴⁰²

5.6.5.5 Avsluttende betraktninger

Avslutningsvis er det grunn til å bemerke at individenes situasjon og myndighetenes tiltak alltid må underlegges en viss helhetlig vurdering. En forskjellsbehandling med hensyn til en bestemt ytelse kan kompenseres ved at vedkommende får en annen type ytelse, enten dette dreier seg om en økonomisk ytelse eller andre typer støtteordninger.⁴⁰³

Ovennevnte gjennomgang av oppsummerende punkter og momenter i dette punkt [5.6.5], er i all hovedsak basert på EMDs praksis, ettersom denne er langt mer rikholdig enn hva situasjonen er for øvrige relevante konvensjoner, og dermed mer egnet til å belyse vurderingsmomenter i praksis. Etter Wiersholms syn er det grunn til å anta at disse vurderingsmomenter fra EMDs praksis med hensyn til om en forskjellsbehandling er lovlig eller ikke, også vil ha relevans opp mot en forskjellsbehandling etter de andre konvensjonene. I store trekk vil vurderingsmønstrene være like etter de ulike konvensjonene med hensyn til om noe utgjør diskriminering eller ikke. Som nevnt ser en for eksempel at ØSK-komiteen har basert sin definisjon av diskrimineringsvernet på EMDs formuleringer, og slik Wiersholm vurderer ordlyden i de andre konvensjonene og andre kilder, er det få holdepunkter for å tro at dette ikke skal være momenter av betydning også under de andre konvensjonene. Samtidig skal det legges til at det i den grad det er en forskjell, så tyder i det minste ØSK-komiteens og FNs barnekomité's uttalelser på at vernet vil være strengere etter disse konvensjonene. Hva dette eventuelt vil innebære i praksis er mer usikkert, og momentene vil uansett kunne ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen. Etter Wiersholms syn er det nok særlig opp mot eventuelle minimumsrettigheter at disse forskjellene mellom konvensjoner kan ha størst utslag, som vi kommer nærmere tilbake til under punkt 6.5 nedenfor.

⁴⁰⁰ Jf. også skillet som EMD drar i *Bah v. Storbritannia* (2011) avs. 49.

⁴⁰¹ Dette vil også ha en side til kravene etter f.eks. FNs flyktningkonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon.

⁴⁰² *Okpiz v. Tyskland* (2005).

⁴⁰³ Til illustrasjon se *Hudorovic og andre v. Slovenia* (2020) omtalt under punkt 4.3.6.

6. Særlige problemstillinger på sosialtjenesteområdet

6.1 Innledning

AID har fremhevet enkelte temaer eller problemstillinger som en antar kan være aktuelle å belyse i utredningen.⁴⁰⁴ Disse problemstillingene er alt berørt i større eller mindre grad som en del av den generelle gjennomgangen av menneskerettslige rammer, relevante konvensjoner og diskrimineringsvernet ovenfor, men av blant annet pedagogiske hensyn vil Wiersholm i det videre knytte noen mer samlede kommentarer til hver av de opplistede problemstillingene. Dette punktet kan følgelig også fungere som en viss oppsummering av rapporten.

6.2 Handlingsrommet til å differensiere rettigheter mellom grupper

Den første problemstillingen angår en stats handlingsrom etter menneskerettighetene til å differensiere rettigheter mellom grupper på sosialtjenesteområdet, for eksempel på bakgrunn av nasjonalitet, alder, livssituasjon og oppholdsstatus, herunder eventuell asyl-/flyktningstatus.

Menneskerettighetene gjelder som et generelt utgangspunkt for enhver person som befinner seg innenfor statens jurisdiksjon, som for praktiske formål her i all hovedsak vil si innenfor statens landegrenser. For problemstillingens vedkommende vil dette bety at menneskerettighetene gjelder for alle som oppholder seg i Norge, og norske myndigheter kan ikke frigjøre seg fra sitt menneskerettslige ansvar ved for eksempel selv å definere visse personer eller grupper som å ligge utenfor statens ansvarsområde. En slik tilnærming vil være i strid med menneskerettighetene.

Fra utgangspunktet om at menneskerettighetene gjelder for alle som oppholder seg i landet, gjelder det imidlertid flere nyanseringer eller unntak. For selv om menneskerettighetene gjelder for alle, er det et rom for å differensiere eller forskjellsbehandle mellom grupper i henhold til menneskerettighetene. Etter forholdene vil det kunne være tillatt å forskjellsbehandle ut fra for eksempel nasjonalitet, oppholdsstatus og øvrige grunnlag som nevnes ovenfor. Oppsummert vil en slik forskjellsbehandling, eller differensiering, være tillatt om den er saklig, rimelig og forholdsmessig opp mot formålet eller hensynene en søker å ivareta, slik dette er nærmere redegjort for under punkt 5 om diskrimineringsvernet ovenfor.⁴⁰⁵ Det som derimot ikke er tillatt er altså usaklig, urimelig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, og det er dette som kort fortalt utgjør diskriminering i menneskerettighetenes forstand.

Forholdsmessighetsvurderingen, som ofte får størst betydning i praksis, legger opp til en helhetlig interesseavveining av de mulige positive effektene ved forskjellsbehandlingen sett opp mot de negative konsekvensene for den eller de som forskjellsbehandles. Jo mer inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som forskjellsbehandles, jo viktigere må det aktuelle formålet og behovet for forskjellsbehandlingen være. Som omtalt flere steder i utredningen kan de sivile og politiske rettighetene generelt sett sies å ha et sterkere rettslig vern enn de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene, og statene vil normalt ha et større handlingsrom når det kommer til å foreta begrensninger, reguleringer eller fordelinger på sistnevnte område. Dette vil også ha betydning med hensyn til spørsmål om forskjellsbehandling og diskriminering, og i alminnelighet skal det mindre til for at en forskjellsbehandling med hensyn til økonomiske ytelser er forholdsmessig.

Generelt sett vil altså statenes handlingsrom på sosialtjenesteområdet være stort etter menneskerettighetene, og i utgangspunktet må det aksepteres at statene vil ha behov for generelle reguleringer for å sikre at et velferdssystem fungerer i praksis, herunder at statene differensierer

⁴⁰⁴ Se punkt 1.1 om utredningens bakgrunn med videre henvisning.

⁴⁰⁵ Diskrimineringsvernet er ulikt regulert i de ulike bestemmelsene/konvensjonene og kan oppsummeres på ulike måter, men vurderingsmønsteret vil for praktiske formål i all hovedsak bli likt, se punkt 5.1–5.5 ovenfor.

mellom ulike grupper med hensyn til ytelser gjennom bruken av brede kategoriseringer. Dette er som nevnt særlig anerkjent i EMDs praksis, og statens handlingsrom til å foreta differensieringer og prioriteringer på området underbygges av den vage og uforpliktende ordlyden i relevante rettigheter etter Grunnloven, ØSK, Sosialpakten og FNs barnekonvensjon. Bestemmelsene overlater en betydelig grad av skjønn til myndighetene i hvordan statene oppfyller rettighetene, så lenge oppfyllelsen skjer innenfor diskrimineringsvernets rammer (og eventuelle minimumsrettigheter ivaretas).⁴⁰⁶

Utgangspunktet er derfor at en forskjellsbehandling på bakgrunn av for eksempel oppholdsstatus må være saklig, rimelig og forholdsmessig for å være lovlig. Noe avhengig av rettighetene som berøres, vil en slik forskjellsbehandling i mange tilfeller kunne være saklig begrunnet og forholdsmessig etter Wiersholms syn.⁴⁰⁷ Formål som kan begrunne forskjellsbehandling kan etter forholdene være en manglende eller svak tilknytning til riket, hensynet til å opprettholde et velfungerende sosialtjenestesystem (med tilstrekkelig legitimitet i befolkningen), innvandringsregulerende hensyn, integreringshensyn eller hensynet til å fremme selvforsørgelse.⁴⁰⁸ Suverenitetsprinsippet er også et viktig bakteppe med hensyn til statens handlingsrom for å forskjellsbehandle på dette området.⁴⁰⁹ Videre vil som nevnt en forskjellsbehandling basert på for eksempel oppholdsstatus være av en annen valør enn forskjellsbehandling basert på karakteristikker som er medfødte eller uforanderlige, som hudfarge, og som ikke dreier seg om en situasjon der individet har et valg, slik situasjonen ofte vil være for personer med immigrasjonsstatus. Lignende skal det for eksempel mindre til for at alder, som er forbigående og slik sett et kriterium som rammer mer objektivt for alle mennesker, vil være et saklig og rimelig kriterium for forskjellsbehandling

Samtidig som det er rom for brede kategoriseringer, bør en være oppmerksom på individuelle variasjoner som kan spille inn i forholdsmessighetsvurderingen. Et eksempel er om vedkommende forsørger barn eller ikke, se også punkt 6.3 nedenfor. Vedrørende oppholdsstatus vil det for eksempel være forskjell på en flyktning som er i et land på asylgrunnlag (eller venter på å få asylsøknaden behandlet), som ikke kan returnere til sitt hjemland som følge av en velbegrunnet frykt for eget liv eller forfølgelse, og en migrant som ikke har, eller ikke lenger har, en slik status, men som mer av eget fritt valg befinner seg i landet, og kan returnere til et annet land.⁴¹⁰ Se også nedenfor under punkt 6.4 om at rommet for å forskjellsbehandle utlendinger på dette området i alminnelighet vil bli snevrere i takt med tiden som går og at personen får en sterkere tilknytning til landet.

Under menneskerettighetene vil statene også ha et rom for å innføre spesielle tiltak, eller særbehandle, visse grupper for eksempelvis å rette opp i historiske eller systemiske skjevheter mellom menn og kvinner eller for å fremme likestilling. Dette vil også kunne medføre at positiv forskjellsbehandling av andre grupper, som personer med funksjonsnedsettelse eller flyktninger, ofte vil kunne være saklig og forholdsmessig, og ofte endog forventet eller påkrevd.⁴¹¹

⁴⁰⁶ Fra EMDs praksis, se f.eks. i *Runkee og White v. Storbritannia* (2007) avs. 39. Her uttaler EMD at "[...] any system, to be workable, may have to use broad categorisations to distinguish between different groups in need", også punkt 4.3.4 ovenfor. Se også punkt 5.6.5.5 om at i den grad det er en forskjell, så vil det nok være ØSK eller FNs barnekonvensjon som her stiller de strengeste forpliktelsene, selv om Wiersholm som nevnt vil anta at momenter som en kjenner igjen fra EMDs praksis også vil ha betydning i en eventuell diskrimineringsvurdering etter de andre konvensjonene/bestemmelsene.

⁴⁰⁷ Se punkt 5.6 ovenfor.

⁴⁰⁸ Se punkt 5.6.2 ovenfor.

⁴⁰⁹ Se punkt 5.6.3 ovenfor.

⁴¹⁰ Se nærmere under særlig punkt 5.6.5.3 ovenfor.

⁴¹¹ Se nærmere under særlig punkt 5.5.3 ovenfor.

Denne problemstillingen har også sider til temaet om minimumsrettigheter under punkt 6.5. Dette knytter seg særlig til personer uten lovlig opphold. Samtidig er det verdt å understreke at det ikke nødvendigvis vil dreie seg om et enten eller her i henhold til menneskerettighetene. Det trenger ikke være slik at en enten har krav på fulle rettigheter etter sosialtjenesteloven på den ene siden eller minimumsrettigheter på den andre, men det kan være glideskalaer, og begrensninger og forskjeller kan måtte begrunnes konkret – samtidig som en altså har rom for å foreta generelle reguleringer og bredere kategoriseringer mellom grupper som et utgangspunkt.⁴¹²

6.3 Betydningen av at en tjenestemottaker uten fulle rettigheter etter loven har barn

Den andre problemstillingen angår betydningen av at en tjenestemottaker uten fulle rettigheter etter loven (mangler bopel/lovlig opphold), har mindreårige barn. Dette kan for eksempel gjelde utenlandsstudenter som har lovlig opphold i Norge over lengre tid, eller personer uten lovlig opphold som oppholder seg lenge i Norge.

Menneskerettslig sett er det av betydning hvorvidt en situasjon involverer barn eller ikke. Barn er vernet under de generelle menneskerettighetene etter EMK og ØSK, som ethvert annet menneske, og deres vern suppleres også av egne rettighetsbestemmelser i FNs barnekonvensjon, og Grunnloven § 104, som har en viktig betydning ved at barnets rettigheter settes i sentrum. Se nærmere omtale av barnets rettigheter under punkt 4.6 ovenfor.

Sentralt står hensynet til barnets beste, som skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som vedrører barn. Kravet om barnets beste fungerer både som en materiell rettighet/skranke, et generelt tolkningsprinsipp og en prosedyrebestemmelse.

Hensynet til barnets beste er imidlertid ikke det eneste relevante hensynet, og heller ikke alltid det avgjørende, men skal ha "stor vekt". Menneskerettighetene tilsier altså ikke en bestemt løsning når barn er involvert, men generelt sett vil det kreves en sterkere begrunnelse for hvorfor en forskjellsbehandling eller et inngrep som (også) går ut over barn vil være forholdsmessig – og det bør alltid gis en sentral plass i forholdsmessighetsvurderingen, men i konklusjonen vil altså også barnets beste kunne måtte vike for andre legitime formål og hensyn.⁴¹³

Barnets behov og situasjon (les: det enkelte barn, dersom det dreier seg om flere, se også punkt 6.6 nedenfor) vil altså kunne påvirke resultatet og kreve individuelle vurderinger, men ut over dette må vurderingen bli konkret ut fra ulike faktorer, slik vi også kommer tilbake til under punkt 6.5 om minimumsrettigheter. Det er også verdt å bemerke at myndighetene som et utgangspunkt fortsatt vil ha et vidt handlingsrom på sosialtjenesteområdet selv om det dreier seg om en forskjellsbehandling som involverer barn,⁴¹⁴ men det vil altså generelt kunne kreves noe mer for å begrunne en slik forskjellsbehandling som saklig og forholdsmessig, og det vil også kunne skjerpe vurderingen av eventuelle minimumsrettigheter og hva som skal til for å sikre det livsnødvendige.⁴¹⁵

⁴¹² Reguleringen i forskrift om sosiale tjenester (bopelsløse) §§ 1 til 4, der det til dels differensieres mellom ulike grupper, kan ses på som et utslag av en slik tilnærming. Se også omtalen under bl.a. punkt 6.5.

⁴¹³ Se nærmere under punkt 4.6 ovenfor.

⁴¹⁴ Se bl.a. omtalen under punkt 6.2.

⁴¹⁵ Se også Søvig (2009) pkt. 6 vedrørende avskjæring av velferdsytelser til barn uten lovlig opphold. Søvig var den gang kritisk til flere deler av den norske reguleringen på velferdsfeltet, og behandler da bl.a. også spørsmål om helse og utdanning i tillegg til spørsmål om velferdsytelser og sosialtjenester. Det er verdt å bemerke at de tydeligste kravene overfor myndighetene på velferdsfeltet nok nettopp vil dreie seg om helsehjelp og utdanning, og selv om rekkevidden er usikker der også, vil den nok være mer tydelig enn på sosialtjenesteområdet etter vårt syn. Søvig anbefalte bl.a. at lovgivningen i større grad eksplisitt bør regulere rettsstillingen til barn uten lovlig opphold med sikte på å sikre at rettighetene som barna er tilstått også faktisk tilkommer dem, se s. 131–132. Dette er et tema vi kommer noe tilbake til under punkt 6.9 nedenfor.

Med hensyn til prosess, er det særlig verdt å merke seg at barn har en selvstendig rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv. Videre vil et argument om at en person selv har satt seg i en situasjon, og har et eget valg til hvorvidt en for eksempel har reist til eller velger å forlate et land, generelt sett ha mindre vekt når det gjelder et barn, som normalt ikke vil ha denne valgfriheten, men ofte være prisgitt foreldres eller andre personers valg og vurderinger. Dette er imidlertid et moment som nok særlig vil ha betydning for barn som oppholder seg eller kommer alene til Norge.⁴¹⁶

6.4 Adgangen til å kreve at en flyktning må bo i bosettingskommunen for å beholde retten til økonomisk sosialhjelp og hvor lenge man eventuelt kan opprettholde et slikt krav. Vil denne analysen forandre seg når den utenlandske borgeren f.eks. får permanent opphold eller norsk statsborgerskap?

Den tredje problemstillingen angår myndighetens handlingsrom til å kreve at en flyktning må bosette seg i en bestemt bosettingskommune for å beholde retten til økonomisk sosialhjelp, og hvor lenge et slikt krav eventuelt kan opprettholdes.

Spørsmålet om et slikt krav, eller vilkår, om å bo i bosettingskommune, er lovlig etter menneskerettighetene, vil oppsummert kunne ut i en vurdering av om vilkåret er saklig, rimelig og forholdsmessig opp mot formålet eller hensynene en søker å ivareta. Dette gjelder i grove trekk både om en tilnærmer seg vurderingen som et spørsmål om diskriminering eller som et spørsmål om det er lovlig å gripe inn i rettighetene til vedkommende. Myndighetenes menneskerettslige handlingsrom på sosialtjenesteområdet er som et utgangspunkt vidt – og det samme gjelder i utgangspunktet adgangen til å stille vilkår, forutsatt at slike vilkår er rimelige og forholdsmessige.⁴¹⁷

Kravet som problemstillingen tar opp fremgår av forskrift om sosiale tjenester for personer uten fast bopel i Norge, og ikke direkte av sosialtjenesteloven.⁴¹⁸ Forarbeidene til sosialtjenesteloven berører i liten grad, om noen, spørsmål om sosialtjenestehjelp for flykninger eller hvordan en vurderer ulike hensyn på dette området. Høringsnotatet til forskriften fra 2011 er noe innom hensynene bak forskriftens reguleringer av flykninger, der det vises relativt kort til integreringshensyn.⁴¹⁹ Lignende hensyn vises det til i rundskriv R35-00 til sosialtjenesteloven, som også omhandler forskriften. Her fremgår det at begrunnelsen for regelen er "at bosettingskommunen skal få anledning til å lage gode opplegg for opplæring og integrering for den enkelte, slik at mulighetene til selvforsørgelse øker".⁴²⁰ Integreringshensyn, hensyn til selvforsørgelse (og arbeidslinjen), samt hensynet til kommunene og fordelingen dem imellom for å kunne opprettholde et fungerende asylsystem, er hensyn som en også finner igjen mer generelt i asyl- og bosettingspolitikken, for eksempel i stortingsmeldinger.⁴²¹

Etter Wiersholms syn vil et krav om at en flyktning må bo i bosettingskommunen for å beholde retten til økonomisk sosialhjelp som et utgangspunkt være tillatt menneskerettslig sett. Hensynene bak et slikt vilkår er etter vårt syn saklige og rimelige, og som et utgangspunkt synes et slikt krav forholdsmessig sett hen til hensynene en søker å ivareta. Samtidig kan det tenkes unntak der et slikt krav vil være så inngripende overfor den det gjelder at det kan bli uforholdsmessig ut fra de konkrete omstendighetene. Til bildet hører det dessuten at kravet ikke bare kan aktualisere rettigheter som vedrører positive rettigheter til sosiale tjenester, men også rettigheter knyttet til bevegelsesfriheten

⁴¹⁶ Til illustrasjon, se f.eks. EMDs vurdering i *Bah v. Storbritannia* nærmere omtalt i punkt 5.6.5.3.

⁴¹⁷ Se bl.a. punkt 4.3.5 ovenfor.

⁴¹⁸ Se forskriften § 3, og nærmere omtale under punkt 2 ovenfor.

⁴¹⁹ Se nærmere under punkt 5.6.2.

⁴²⁰ R35-00 pkt. 1.2.2.6

⁴²¹ Se f.eks. Meld. St. 30 (2015–2016) s. 29 flg.

eller retten til vern av privatliv, familieliv og hjem.⁴²² Samtidig bemerkes det at inngrepets form her er mer indirekte, ettersom kravet i seg selv ikke hindrer en person fra å flytte eller bosette seg der en vil. Men siden dette kan diskvalifisere vedkommende fra ytelser, er det et relativt sterkt negativt incitament mot å flytte og kan gjøre at en de facto opplever seg som stedbunden.

Menneskerettslig sett er det derfor positivt at reguleringen i forskriften § 3 har en unntaksadgang som knytter seg til situasjoner der et slikt krav vil være "åpenbart urimelig". I rundskrivet eksemplifiseres dette med tilfeller der "vedkommende har nær familie i tilflyttingskommunen, eller er offer for tvangsekteskap. Det samme gjelder hvis personen er selvforsørget i tilflyttingskommunen, men søker økonomisk stønad i en nødssituasjon eller hvis vedkommende trenger hjelp etter å ha vært selvforsørget i noe tid."⁴²³ Etter vårt syn er unntaket i forskriften i utgangspunktet egnet til å sikre at reguleringen ivaretar menneskerettslige krav. Samtidig kan det nok diskuteres om ordlyden "åpenbart urimelig" setter en for høy terskel, men dette henger sammen med den konkrete praktiseringen. En bør i alle tilfeller være særlig oppmerksom på situasjoner der familierelasjoner kan gjøre praktiseringen av bostedskravet urimelig.

Slik problemstillingen etterspør, vil vurderingen kunne utvikle seg over tid, og generelt sett vil rommet for å forskjellsbehandle bli snevrere i takt med oppholdsgrunnlaget og/eller tilknytningsgrunnlaget.⁴²⁴ I alminnelighet vil det kreves mer for å begrunne kravet i takt med tiden som har gått. Imidlertid tilsier andre nevnte hensyn, som integreringshensyn, at tid alene ikke kan være avgjørende, men at tid generelt vil spille inn som et viktig moment. Særlig vil dette gjelde dersom oppholdsstatusen endrer seg, og vedkommende får permanent opphold eller endog statsborgerskap. Som et utgangspunkt fremstår det etter Wiersholms syn som vanskelig å begrunne et slikt krav som forholdsmessig overfor noen som har (fått) statsborgerskap. Likevel vil vi ikke utelukke at det kan la seg forsvare avhengig av omstendighetene og nødvendigheten i lys av myndighetenes skjønnsmargin på området, forutsatt at det foreligger tilstrekkelig hjemmel for å stille et slikt krav overfor noen med statsborgerskap.⁴²⁵ Spørsmålet vil også måtte vurderes helhetlig opp mot samlede tiltak og ytelser overfor personene det angår. Hvis en for eksempel mottar visse særlige ytelser, vil det kunne veies inn i vurderingen av kravets forholdsmessighet. Fremtidig utvikling på asylområdet, rettslig eller faktisk, er en annen faktor som kan spille inn i vurderingene. Det er også verdt å bemerke at spørsmål om behandlingen av flyktninger kan ha en særlig side til FNs flyktningkonvensjon artikkel 7, som etter sin ordlyd forplikter statene til å gi flyktninger samme behandling som den innrømmer utlendinger i sin alminnelighet.⁴²⁶

6.5 Minimumsrettigheter for personer uten lovlig opphold

Den fjerde problemstillingen angår spørsmålet om hvilke minimumsrettigheter menneskerettighetene oppstiller på sosialtjenesteområdet for personer uten lovlig opphold i Norge.

Etter dagens regulering følger det at dersom en person uten lovlig opphold ikke kan sørge for sitt livsopphold, og heller ikke kan få statlig innkvartering, har vedkommende i en nødssituasjon rett til

⁴²² Se punkt 4.3.2 ovenfor om disse rettighetene.

⁴²³ Se R35-00 pkt. 1.2.2.6.

⁴²⁴ Se også bl.a. punkt 5.6.5.4 ovenfor.

⁴²⁵ Etter Wiersholms syn fremstår det noe tvilsomt om det i dag er rom for å stille et slikt krav overfor noen med statsborgerskap i lys av ordlyden i sosialtjenesteloven § 2, jf. lovkravet som både følger av Grunnloven § 113 i sin alminnelighet og en rekke spesielle menneskerettighetsbestemmelser, som f.eks. EMK art. 8 (privatliv) og EMK TP4 art. 2 (bevegelsesfrihet). Se også noen kommentarer om dagens lov- og forskriftsregulering under punkt 6.9 nedenfor. Se også bl.a. punkt 4.2.5 om ØSKs regulering av såkalte "retrogressive measures", og at denne reguleringen etter vårt syn ikke er til hinder som sådan for at foretas en reduksjon eller svekkelse i rettighetstilbudet, så fremt dette skjer i tråd med diskrimineringsvernet.

⁴²⁶ Se nærmere under punkt 4.7 ovenfor om tolkningen av FNs flyktningkonvensjon artikkel 7, som er usikker, men som etter Wiersholms syn mest nærliggende er å forstå som et (skjerpet) diskrimineringsvern for flyktninger.

økonomisk stønad og hjelp til å finne midlertidig botilbud i en kort periode i henhold til loven. Hjelp gis inntil vedkommende i praksis kunne forlatt landet. Det kan stilles krav om at vedkommende aktivt bidrar til egen utreise, blant annet kan det stilles krav om å skaffe nødvendige reisedokumenter, jf. forskrift om sosiale tjenester for personer uten fast bopel i Norge § 4.⁴²⁷

I rundskriv R35-00 utbroderes denne reguleringen. Det heter at vilkåret "i praksis kunne forlatt landet" i de fleste tilfeller vil "dreie seg om noen dager". Videre heter det at for personer som ikke kan få statlig innkvartering eller som av ulike grunner ikke har praktisk mulighet til å dra fra landet, og dette skyldes forhold som ligger utenfor den enkeltes kontroll, for eksempel fordi vedkommende ikke har noe reelt annet land å reise til, så har personen "rett til nødvendige tjenester til det blir praktisk mulig å forlate landet".⁴²⁸ I rundskrivet vises det også til at kommunen har en hjelpeplikt overfor personer i en nødsituasjon, også utover den lov- og forskriftsregulerte plikten til å yte hjelp.⁴²⁹

Det er ingen menneskerettslige konvensjoner eller bestemmelser som direkte regulerer spørsmål om for eksempel sosiale tjenester til personer uten lovlig opphold. Det er heller ingen konkrete reguleringer av for eksempel minimumsrettigheter. Vurderingen må foretas ut fra de generelle bestemmelsene vist til i gjennomgangen under punkt 4 ovenfor, og med hensyn til diskrimineringsvernet.

Etter Wiersholms syn vil personer som ikke har lovlig opphold og *kan* reise ut fra Norge, ha svært begrensede rettigheter på sosialtjenesteområdet. Rettslig sett vil en forskjellsbehandling fra de med lovlig opphold i all hovedsak la seg begrunne som saklig og forholdsmessig. Dette er et område hvor statene antagelig vil ha et vidt handlingsrom, blant annet på bakgrunn av det folkerettslige suverenitetsprinsippet, som i sin kjerne innebærer at statene styrer over eget territorium og grenser.

Det foreligger imidlertid en nedre grense, og etter Wiersholms syn er det mest nærliggende å forstå menneskerettslige krav dithen at også personer uten lovlig opphold vil ha krav på hjelp i en reell nødssituasjon, og at en vil kunne ha krav på visse minimumsrettigheter for å sikre seg det livsnødvendige, som etter forholdene kan være mat, klær og overnattingsmulighet.⁴³⁰ Nøyaktig hvor listen skal legges er vanskelig å fastsette konkret, og vil også kunne avhenge av en konkret vurdering, men det er for eksempel etter vårt syn ikke grunn til å legge listen så høyt at det bidrar til å forlenge et ulovlig opphold.

Vurderingen må også foretas helhetlig ut fra den faktiske situasjon til vedkommende og for eksempel hvilken støtte en kan bidra med, eller få gjennom andre eller øvrige tiltak fra myndighetene, slik som helsehjelp.⁴³¹ Også opp mot menneskerettighetene vil det være naturlig å anse sosialtjenester som en subsidiær ytelse, slik dette følger av sosialtjenestelovgivningen i alminnelighet. På menneskerettighetsområdet generelt ser en at det er særlig liv og helse som vies oppmerksomhet, og spesielt opp mot EMK vil nok hensynet til liv utgjøre den viktigste skranken når en taler om minimumsrettigheter på dette området. Det skal generelt mye til før EMK-rettigheter vil aktualiseres her.⁴³² Etter vårt syn vil antagelig kravene etter ØSK og FNs barnekonvensjon stille de strengeste kravene med tanke på minimumsrettigheter, i den grad det er forskjeller mellom forpliktelsene. Her

⁴²⁷ Se også omtale under punkt 2 ovenfor.

⁴²⁸ R35-00 pkt. 1.2.2.7.

⁴²⁹ R35-00 pkt. 1.2.1.1

⁴³⁰ Se bl.a. punkt 4.2 ovenfor om reguleringen etter ØSK.

⁴³¹ Se bl.a. forskrift om rett til helse- og omsorgstjenester til personer uten fast opphold i riket, FOR-2011-12-16-1255, §§ 3 til 5, der det fremgår at også personer uten lovlig opphold vil ha rett til bl.a. øyeblikkelig helsehjelp og hjelp som er helt nødvendig og ikke kan vente.

⁴³² Se punkt 4.3.8 ovenfor.

som ellers vil det også ha betydning om barn er involvert, og myndighetenes forpliktelser vil nok i alminnelighet skjerpes når det gjelder barn, se punkt 6.3 ovenfor.

Som for utredningens tema mer generelt, er spørsmål om og rekkevidden av eventuelle minimumsrettigheter etter disse konvensjonene ikke fullt ut klarlagt rettslig sett, og det er visst fravær av autoritative kilder. Både ØSK-komiteen og FNs barnekomité har imidlertid uttalelser som klart tilsier at deres syn og forventninger er at en også sikrer livsnødvendigheter for personer på territoriet, uavhengig av juridisk status.⁴³³ At minimumsrettigheter uavhengig av juridisk status følger av menneskerettighetene har også flere tatt til orde for i juridisk teori, selv om det ikke er noe klart eller samstemt syn på hva som eventuelt anses som tilstrekkelig for å møte slike minimumskrav.⁴³⁴

Ettersom Sosialpakten har et avgrenset virkeområde og kun gjelder for dem som er borgere av andre konvensjonsparter og lovlig bosatt eller arbeider regelmessig i landet, så vil paktens bestemmelser etter Wiersholms syn neppe få betydning for denne problemstillingen om minimumsrettigheter for personer uten lovlig opphold rent rettslig sett.⁴³⁵ Samtidig er det verdt å merke at Sosialrettskomiteen i sin praksis har utvidet virkeområdet og oppstilt minimumsrettigheter også for personer som ikke har lovlig opphold. Etter vårt syn er dette er imidlertid en praksis uten forankring i Sosialpaktens ordlyd, og som slik sett må forstås som anbefalinger om en optimal praksis og ikke som rettslig bindende.⁴³⁶

I vurderingen av hva en har krav på og overfor hvem, er den konkrete situasjonen til vedkommende av betydning etter Wiersholms syn. Et vurderingstema er hvorvidt personen selv har satt seg i en situasjon av mer fri vilje og har et valg knyttet til hvorvidt vedkommende forblir i en nødsituasjon i Norge fremfor å returnere til for eksempel sitt hjemland, eller hvorvidt vedkommende ikke har en reell mulighet til en slik retur, for eksempel fordi vedkommende ikke har noe reelt annet land å reise til, slik situasjonen kan være for såkalte "ureturnerbare asylsøkere". Dette tilsier at en nok både kan og bør foreta visse differensieringer for eksempel innenfor gruppen personer uten lovlig opphold, som kan bestå av en relativt fasettert gruppe mennesker med relevante forskjeller.⁴³⁷

Ovennevnte innebærer at det etter Wiersholms syn ikke er usaklig å inkludere et vilkår i regelverket om hvorvidt en selv kan forlate landet i praksis eller ikke, og spørsmålet vil kanskje i første rekke handle om praktiseringen av vilkåret. Dersom vilkåret ikke praktiseres for snevert, men at en også tar hensyn til at noen personer, til tross for at de for eksempel har fått avslag på asylsøknad, vil kunne ha reelle utfordringer med å returnere til et annet land, og at dette ses på som å falle utenfor vilkåret, vil det bidra til å sikre at menneskerettslige krav ivaretas. Etter Wiersholms syn synes følgelig uttalelsene i rundskriv R35-00 å kunne harmonere med menneskerettslige krav, noe avhengig av den konkrete praktiseringen. Til bildet hører da også rundskrivets presisering om at en har en hjelpeplikt overfor personer i en nødsituasjon, også ut over den lov- og forskriftregulerte plikten til å yte hjelp.⁴³⁸

⁴³³ Se punkt 4.2 og punkt 4.6 ovenfor.

⁴³⁴ Se f.eks. Kjellevold (2012) s. 24, Saul (2014) s. 242 og Søvig (2009) s. 131 vedrørende barn spesielt, se også f.eks. Dokument 16 (2011–2012) bl.a. s. 241–242 og NIM (2023) s. 10.

⁴³⁵ Se nærmere under punkt 4.4.3.

⁴³⁶ Se punkt 4.4.5 ovenfor.

⁴³⁷ Se også Søvig (2009) s. 131–132. Se også nærmere under punkt 5.6.5 ovenfor.

⁴³⁸ Merk samtidig punkt 6.9 nedenfor om et eventuelt forbedringspotensial ved dagens lov- og forskriftsregulering.

6.6 Muligheten for å innføre regler om, eller en praksis med, øvre økonomisk grense for tildeling av stønad, uavhengig av hvor mange medlemmer en familie som mottar stønad består av

Den femte problemstillingen angår det menneskerettslige handlingsrommet for å operere med en øvre økonomisk grense for tildeling av stønad, uavhengig av størrelsen på familien.

I utgangspunktet har myndighetene etter menneskerettighetene et relativt vidt handlingsrom både med hensyn til å stille vilkår for ytelsene og til å foreta generelle reguleringer med brede kategoriseringer.⁴³⁹ For å oppfylle menneskerettslige krav må likevel slike vilkår være saklige, rimelige og forholdsmessige. En øvre økonomisk stønadsgrense, uavhengig av om en familie består av for eksempel tre, fire, fem, seks eller syv barn, er etter Wiersholms syn noe vanskelig å forene med menneskerettslige krav. Særlig gjelder dette ettersom barn har selvstendige rettigheter og barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i vurderingene som vedgår barn – og dette knytter seg til hvert enkelt barns behov, se punkt 6.3 ovenfor.

På bakgrunn av dette synes det vanskelig å kunne begrunne at en *de facto* ikke tar hensyn til hvert enkelt barns behov og situasjon i stønadsvurderingen, slik Wiersholm forstår at den ovennevnte ordningen i realiteten vil innebære. En regulering som legger opp til en forholdsmessig reduksjon ut fra en begrunnelse om at det er visse stordriftsfordeler knyttet til å være en stor familie som en ikke får ved en liten, for eksempel gjennom arv mellom søsken eller å kunne gjøre større innkjøp, kan derimot være enklere å begrunne som saklig og forholdsmessig – men en ren grense der en ikke tar hensyn til barn over grensen og automatisk legger til grunn stordriftsfordeler uten å foreta individuelle eller konkrete vurderinger, er en noe annen sak. Etter Wiersholms syn vil sistnevnte være vanskelig å forene med menneskerettslige krav om særlig barns rettigheter og forbudet mot diskriminering.

For ordens skyld bemerker Wiersholm at en slik praksis også synes vanskelig å forene med gjeldende nasjonale lov- og regelverk, der det for eksempel i rundskriv R35-00 til sosialtjenesteloven pkt. 4.18.2.36 heter at "[d]et skal ikke uten videre legges til grunn at barn arver klær av eventuelle søsken. I tilfelle dette gjøres må det foretas en konkret og individuell vurdering av barnas alder, kjønn, fritidsaktiviteter og lignende." Videre har Helsetilsynet tatt opp denne praksisen i senere tid og ansett den som lovstridig. I deres veileder for landsomfattende tilsyn 2022–2023 om NAV-kontorenes ansvar for å ivareta barns behov når familien søker økonomisk stønad, heter det at det "må tas hensyn til hvert enkelt barn", og at det "må foretas en individuell vurdering hvor det tydelig tas konkret stilling til hvordan en eventuell stordriftsfordel vil slå ut i det konkrete tilfellet", og videre at "[e]n praksis hvor det automatisk legges til grunn stordriftsfordeler vil være lovstridig".⁴⁴⁰

6.7 Adgangen til å redusere stønaden ved brudd på vilkår

Den sjettede problemstillingen angår den menneskerettslige adgangen til å redusere stønaden ved brudd på vilkår.

⁴³⁹ Se bl.a. punkt 6.2 ovenfor.

⁴⁴⁰ Helsetilsynet (2022) s. 19. Veilederen ligger til grunn for et landsomfattende tilsyn på feltet utført av statsforvalterne, og veilederen viser andre relevante problemstillinger og temaer når det kommer til å ivareta det enkelte barns behov ved søknad om økonomisk stønad. En oppsummering av resultatene og tilsynet forventes å være klar i 2024. Flere andre har også seneste år tatt opp spørsmål knyttet til ivaretagelsen av barns behov og rettigheter i tilknytning til økonomiske stønader, se f.eks. Barneombudets brev om "Barneperspektiv i NAV – Barneombudets innspill og anbefalinger", 14. februar 2022, Røde Kors' rapport "Til barnets beste? NAVs ivaretagelse av barns behov når foreldre søker om økonomisk sosialhjelp", august 2023, samt en tidligere rapport utarbeidet av Wiersholm som ledd i vårt Responsible Business Trainee-samarbeid med Redd Barna, "Ivaretagelsen av barns rettigheter i forvaltningen av økonomiske stønadsordninger", august 2022. Dette har også vært bakteppe for et prosjekt om barneperspektivet i NAV fra 2018, der Statsforvalteren (den gang Fylkesmannen) i Troms og Finnmark i 2019 laget en sluttrapport.

Det følger av sosialtjenesteloven §§ 20 at det kan, og skal etter § 20a for personer under 30 år, stilles vilkår ved tildeling av sosialstønad, og at det ved brudd på vilkårene kan fattes vedtak om reduksjon i stønaden. Vilkår kan kun oppstilles innenfor rammene av den forvaltningsrettslige vilkårlæren, slik dette også er kodifisert i § 20 andre ledd og § 20a tredje ledd. Kravene er at vilkårene for det første må ha en nær sammenheng med vedtaket (kan også ses på som et krav om saklighet). For det andre må vilkårene ikke være uforholdsmessig byrdefulle eller begrense handle- eller valgfriheten til vedkommende på en urimelig måte. For det tredje må ikke vilkårene være rettsstridige.

I henhold til menneskerettighetene vil myndighetene som et utgangspunkt ha et relativt vidt handlingsrom for å stille vilkår på dette området, så lenge vilkårene er saklige, rimelige og forholdsmessige sett hen til formålet en søker å ivareta, herunder at de ikke utgjør brudd på diskrimineringsvernet. Dette følger av EMDs praksis opp mot EMK og det kan også tolkes inn i rettighetene som følger av ØSK, FNs barnekonvensjon og Grunnloven på bakgrunn av blant annet deres vage og vide utforming.⁴⁴¹ I vurderingene må det også sikres at hensynet til barnets beste vurderes og ivaretas.⁴⁴²

Etter Wiersholms syn vil de skrankene og rammene som menneskerettighetene innebærer for vilkårsstillelsen, langt på vei operasjonaliseres og dekkes av de nevnte skrankene som alt følger av sosialtjenesteloven, utbroderinger i rundskriv R35-00 og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper om vilkårsstillelse. Så lenge loven praktiseres innenfor og i tråd med disse rammene og føringene, vil altså menneskerettslige krav i utgangspunktet også være ivaretatt. Menneskerettslig sett vil det også være adgang til å gi brudd på vilkårene konsekvenser i form av reduksjon av stønad, men igjen vil det være en begrensning av hensyn til hva som er rimelig og forholdsmessig – og det vil nok også eksistere en nedre grense for hva som er tillatt, ved at nødvendige behov bør ivaretas. Hensynet til eventuelle barn må også vurderes og veies inn her. Det er langt fra opplagt at foreldres vilkårsbrudd kan gå ut over deres barn.

Også med hensyn til konsekvenser av vilkårsbrudd, synes uttalelser i forarbeidene til sosialtjenesteloven og rundskriv R35-00 etter vårt syn å sammenfatte menneskerettslige rammer på en adekvat måte, og en praktisering i tråd med dette vil etter vårt syn ligge innenfor menneskerettslige krav som et utgangspunkt. For eksempel fremgår det både av rundskrivet og lovens forarbeider at stønaden ikke vil kunne reduseres til et uforsvarlig lavt nivå, men at reduksjonen ikke nødvendigvis skaper en nødsituasjon hos stønadsmottaker, selv om reduksjonen er betydelig.⁴⁴³ Det heter videre at hensynet til familie og barn bør begrunne forsiktighet ved vurdering av en eventuell reduksjon, og at dersom stønadsmottaker forsørger barn, så bør det tas særlige hensyn.⁴⁴⁴ I rundskrivet presiseres det at hva som er uforsvarlig nivå vil avhenge av den enkeltes situasjon og behov, og at det må foretas en konkret individuell vurdering, men at tjenestemottakeren alltid må ha tilstrekkelige midler til å kunne dekke de aller mest nødvendige behovene, som mat, strøm og boligutgifter.⁴⁴⁵ Av rundskrivet følger det også at NAV-kontoret alltid skal sikre at barns behov blir ivaretatt, og det må derfor foretas en konkret og individuell vurdering av hvilken betydning konsekvensene av vilkårsbruddet får for barna.⁴⁴⁶ Det presiseres videre at vilkår ikke skal settes ut fra rene strafferettsbetraktninger. Selv om det nok skal mye til, så kan vilkårsstillelse ha en side til spørsmål om dobbelstraff, og den type presisering kan

⁴⁴¹ Se f.eks. EMDs avgjørelse i *Schuitemaker v. Nederland* (2018), nærmere omtalt under punkt 4.3.5 ovenfor.

⁴⁴² Se bl.a. punkt 6.3 ovenfor.

⁴⁴³ Se Prop. 39 L (2014–2015) pkt. 6.6.4 og Prop. 13 L (2016–2017) pkt. 2.4.4.

⁴⁴⁴ Ibid.

⁴⁴⁵ R35-00 pkt. 4.20.2.8.

⁴⁴⁶ Ibid.

derfor være nyttig. Det heter også i rundskrivet at det ikke er anledning til å sette vilkår som for eksempel er støtende eller integritetskrenkede, eller som kan føre til ytterligere marginalisering.⁴⁴⁷

Etter Wiersholms syn vil reguleringen i sosialtjenesteloven i utgangspunktet også oppfylle kravene til hjemmel for inngrep som følger av det generelle legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 og lovkravet etter ulike spesielle menneskerettighetsbestemmelser, som EMK artikkel 8.

6.8 Omfanget av myndighetenes hjelpeplikt hvis det regulerte sikkerhetsnett har begrensninger

Den syvende problemstillingen angår omfanget av myndighetenes hjelpeplikt hvis det regulerte sikkerhetsnett har begrensninger. Problemstillingen retter seg i første rekke mot situasjonen for personer uten fulle rettigheter etter loven, og problemstillingen vil langt på vei være en annen side av problemstillingen ovenfor angående minimumsrettigheter, se punkt 6.5. Dette illustreres av at problemstillingen utbroderes av uttalelser i rundskrivet om at Norges forpliktelser i henhold til internasjonale konvensjoner gjelder for alle som oppholder seg i landet, og at kommunen har en hjelpeplikt overfor personer i en nødssituasjon, også utover den lov- og forskriftsregulerte plikten til å yte hjelp.⁴⁴⁸

Som nevnt vil myndighetenes handlingsrom på området som et utgangspunkt være vidt rent rettslig, og uttalelsen i rundskrivet om at Norges forpliktelser etter internasjonale konvensjoner gjelder, kan ikke forstås som at samme rettighetsvern gjelder, men må nok heller forstås som at de menneskerettslige rammene med hensyn til krav til å begrunne begrensninger eller forskjellsbehandling i tjenestetilbudet gjelder, samt særlig krav til at eventuelle minimumsrettigheter gjelder uavhengig av oppholdsstatus for å sikre det livsnødvendigste. Dette vil kunne måtte vurderes konkret, se nærmere omtale under punkt 6.5.

6.9 Betydningen av prosess

En åttende problemstilling, som Wiersholm fant grunn til å spille inn i tilknytning til løsningsforslaget av oppdraget, angår betydningen av prosess.

Både EMD så vel som andre overvåkningsorganer som ØSK-komiteen, er opptatt av myndighetenes prosess i sine materielle vurderinger, noe som både har kommet til uttrykk i praksis og generelle kommentarer. Grovt sagt: Jo bedre prosess, jo større handlingsrom for myndighetene; og motsatt: jo dårligere prosess, jo enklere vil det være at menneskerettslige krav anses brutt i en eventuell etterfølgende rettslig prøving.⁴⁴⁹

Betydningen av en god prosess kan for det første knytte seg til lovprosessen bak reguleringer, for eksempel med hensyn til hvordan og hvorfor en har innrettet sosialtjenestesystemet i lovverket som en har, herunder eventuelle vilkår, kategoriseringer, differensieringer, unntaksbestemmelser mv. For det andre kan det knytte seg til den konkrete praktiseringen av regelverket og systemet, for eksempel hvorvidt en er oppmerksom på situasjoner som er særlig inngripende eller urimelige for enkeltmennesker, at situasjoner som involverer barn eller andre sårbare grupper fanges opp, og at individuelle vurdering foretas når nødvendig. Informasjon og veiledning til berørte vil også kunne ha relevans i vurderingen av om en prosess har vært god eller ikke. Det kan også dreie seg om å sikre mer uttrykkelige prosesskrav, som for eksempel barns rett til å bli hørt eller rett til tolk i visse situasjoner.

⁴⁴⁷ R35-00 pkt. 4.20.2.5.

⁴⁴⁸ R35-00 pkt. 1.2.1.1.

⁴⁴⁹ Se også omtale under bl.a. punkt 3.3 ovenfor.

I dette bildet kan for eksempel rundskriv, rutiner og veiledninger være av betydning, samt opplæringstiltak og ulike mekanismer for å sikre at regler praktiseres på en god måte. Ulike prosjekter for å bevisstgjøre og bedre sikre ivaretagelsen av ulike personers rettigheter vil være positivt.⁴⁵⁰ Tidvis kan det være slik at lover og reguleringer kan være gode på papiret, men at problemene oppstår i praktiseringen, for eksempel ved at unntak ikke anvendes på den måten som er tiltenkt.⁴⁵¹

Videre er det verdt å bemerke at det har blitt stilt spørsmål ved om det er behov for lovendringer på feltet, for eksempel for å styrke ivaretagelsen av barns rettigheter.⁴⁵² For denne utredningens særlige problemstillinger knyttet til forpliktelser overfor utlendinger og særlig dem uten lovlig opphold, kan det også pekes på at dagens regulering kan anses for å være noe spesiell. Utgangspunktet som sosialtjenesteloven oppgir, om at loven gjelder for alle som oppholder seg i riket, er et utgangspunkt med kraftige modifikasjoner for personer uten lovlig opphold og bopel. Slik utredningen har redegjort for, er ikke denne reguleringen nødvendigvis problematisk med hensyn til menneskerettighetene rent materielt, men sett fra ovennevnte prosessperspektiv kunne det være en fordel – også menneskerettslig – dersom disse unntaksreguleringene og begrunnelsene for dem i større grad enten fremgikk av lov eller forarbeider til lov. Dagens regulering fremgår av forskrift, og selv om forskriften bygger på et høringsnotat, så ligger dette høringsnotatet noe tilbake i tid, fra 2011, og det er noe knapt med hensyn til hvilke formål som begrunner reguleringene og hvilke avveininger som har blitt gjort. Forskriftsreguleringene er også i seg selv noe knappe og maler tidvis med en bred pensel. For eksempel har Søvig tidligere stilt spørsmål ved og anbefalt at en i større grad bør differensiere mellom ulike kategorier av dem som har ulovlig opphold, herunder slik at regelverket i best mulig grad reflekterer den reelle praktiseringen. Slik dagens regulering er lagt opp, så behandles denne gruppen under ett i regelverket selv om det i praksis er relevante forskjeller innad i gruppen.⁴⁵³ Søvig peker også på betydningen av at gruppene da i større grad kan få veiledning om hvilke muligheter som finnes for dem.⁴⁵⁴ Dette kan også ha en side til den informasjons- og veiledningsretten som alt følger av forskriften i dag, og veiledning kan som nevnt også ha betydning for eventuelle etterfølgende menneskerettslige vurderinger.

Wiersholm understreker at det ikke er slik at det menneskerettslig sett er påkrevd med en lov- eller forskriftsgjennomgang på dette området, men i lys av tiden som har gått siden reguleringene ble til, kan det være en fordel om dette er reguleringer som evalueres og eventuelt revideres dersom ansett nødvendig. Fra et menneskerettslig perspektiv vil det alltid være en fordel om reguleringer som griper inn i enkeltmenneskers rettigheter underlegges lovgivers blikk og vurderinger, gjerne med jevne mellomrom, og at de hensynsavveininger som er gjort reflekteres i lov eller forarbeider. En ny høringsprosess på området, i form av et lovarbeid eller alternativt et forskriftsarbeid, vil også kunne bidra til å løfte og belyse ulike hensyn, og slik bidra til å styrke eventuelle avveininger, begrunnelser, prioriteringer og differensieringer. Selv om en slik lov- eller forskriftsgjennomgang altså ikke er noe krav etter menneskerettighetene, kan det være et tiltak for bedre å sikre at menneskerettslige krav ivaretas i det konkrete, og det vil generelt sett kunne være en styrke for eventuelle fremtidige

⁴⁵⁰ Slik prosjektet om barneperspektivet i NAV eller tilsynet på feltet fra statsforvalterne med hensyn til NAV-kontorenes ansvar for å ivareta barns behov når familie søker sosial stønad, kan sies være eksempler på, se omtale under punkt 6.3 og punkt 6.6.

⁴⁵¹ Et eksempel kunne vært praktiseringen av unntaket fra å måtte bo i bosettingskommune for å beholde retten til økonomisk sosialhjelp etter forskriften § 3, se omtale under punkt 6.4 ovenfor. Wiersholm understreker at dette kun var et hypotetisk eksempel, og at vi ikke har noen kjennskap til hvordan dette unntaket praktiseres og om det eventuelt skulle være noe forbedringspotensial.

⁴⁵² Se f.eks. Statsforvalteren (den gang Fylkesmannen) i Troms og Finnmarks sluttrapport i tilknytning til "Barneperspektivet i NAV" pkt. 5.3 og Barneombudets brev om "Barneperspektiv i NAV – Barneombudets innspill og anbefalinger", 14. februar 2022 s. 3–4.

⁴⁵³ Søvig (2009) s. 131–132. Se også bl.a. punkt 6.5 ovenfor.

⁴⁵⁴ Ibid.

menneskerettslige problemstillinger, tvister eller klager på feltet om en har en fersk regelprosess og ferske og gode avveiiinger i bunn.

7. Forkortelser

AID	Arbeids- og inkluderingsdepartementet
CERD	FNs rasediskrimineringskonvensjon
CRPD	FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstolen
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon
EU	Den europeiske union
EØS	Den europeisk økonomiske samarbeidsområde
FN	De forente nasjoner
ICJ	International Court of Justice / Den internasjonale domstolen i Haag
ILO	International Labour Organization
Sosialpakten	Den reviderte europeiske sosialpakt
Sosialrettskomiteen	Den europeiske sosialrettskomité (Sosialpaktens traktatorgan)
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
Wiersholm	Advokatfirmaet Wiersholm AS
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter
ØSK-komiteen	FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSKs traktatorgan)

8. Kilder

Lover og forskrifter

1814	Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
2006	Lov 16. juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven) [NAV-loven].
2008	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
2009	Lov 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven).
2011	Forskrift 16. desember 2011 nr. 1251 om sosiale tjenester for personer uten fast bopel i Norge (FOR-2011-12-16-1251).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

Forarbeider

Innst. 186 S (2013–2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.
Innst. 187 S (2013–2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter.
Innst. 129 S (2018–2019)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Karin Andersen, Heikki Eidsvoll Holmås, Torgeir Knag Fylkesnes og Kirsti Bergstø om ny § 107 (grunnlovfesting av retten til bolig).
NOU 1993: 18	Lovgivning om menneskerettigheter.
NOU 2011: 15	Rom for alle – en sosial boligpolitikk for framtiden.
Ot. Prp. Nr. 29 (1990–1991)	Om lov om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven).

Ot. Prp. Nr. 3 (1998–1999)	Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Ot. Prp. Nr. 33 (2004–2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).
Ot. Prp. Nr. 44 (2007–2008)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
Ot. Prp. Nr. 93 (2008–2009)	Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen).
Ot. Prp. Nr. 103 (2008–2009)	Om lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen.
Ot. Prp. Nr. 104 (2008–2009)	Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.).
Prop. 138 L (2010–2011)	Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.).
Prop. 39 L (2014–2015)	Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold).
Prop. 13 L (2016–2017)	Endringer i sosialtjenesteloven, folketrygdloven og enkelte andre lover (aktivitetsplikt for unge mottakere av stønad til livsopphold mv.).
Prop. 81 L (2016-2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
Prop. 32 L (2017–2018)	Endringer i straffeprosessloven og folketrygdloven (tilgang og rett til offentlige ytelser ved unndragelse fra straff eller strafforfølgning).

Andre offentlige dokumenter

Dokument 16 (2011–2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
Dokument 12:27	Grunnlovsforslag fra Karin Andersen, Heikki Eidsvoll Holmås, Torgeir Knag Fylkesnes og Kirsti Bergstø om ny § 107 (grunnlovsfesting av retten til bolig).
JDLOV-2010-3126	Tolkningsuttalelse fra Justis- og beredskapsdepartementet ved lovavdelingen. "Generelt – Tilbakeholdelse av offentlige ytelser ved barne bortføring – forholdet til ØSK."

JDLOV-2010-8029	Tolkningsuttalelse fra Justis- og beredskapsdepartementet ved lovavdelingen. "Rett til opplæring for barn med ulovlig opphold eller uavklart oppholdsstatus – forholdet til barnekonvensjonen."
JDLOV-2015-4608	Tolkningsuttalelse fra Justis- og beredskapsdepartementet ved lovavdelingen. "Rett til helsehjelp for personer uten fast opphold i riket – forholdet til internasjonale forpliktelser."
Meld. St. 39 (2015–2016)	Individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.
Meld. St. 30 (2015–2016)	Fra mottak til arbeidsliv – en effektiv integreringspolitikk.

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1990 s. 874

Rt. 1997 s. 580

Rt. 2005 s. 1

Rt. 2005 s. 1365

Rt. 2007 s. 1573

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2010 s. 1565

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2015 s. 1388

HR-2012-2398-P

HR-2015-206-A

HR-2015-342-A

HR-2015-2524-P

HR-2016-00296-A

HR-2016-2554-P

HR-2016-2591-A

HR-2017-569-A

HR-2017-1127-U

HR-2018-872-A

HR-2018-1958-A

HR-2018-2096-A

HR-2019-2286-A

HR-2019-2301-A

HR-2020-601-S

HR-2020-1167-A

HR-2020-2472-P

HR-2021-1975-S

HR-2022-718-A

HR-2023-491-P

Lagmannsretten

LB-2018-190115

Tingretten

TOSLO-2019-59563

Forvaltningspraksis

Arbeids- og
inkluderingsdepartementet
(2011)

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. "Høring: Utkast til forskrift til lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen." (2011).

A-2022-1

Rundskriv fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet om statlige veiledende retningslinjer for 2022, A-2022-1.

A-2022-2

Rundskriv fra Arbeids- og sosialdepartementet om statlige veiledende retningslinjer for økonomisk stønad for 2022, A-2022-2.

A-3/2023

Rundskriv fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet om statlige veiledende retningslinjer for økonomisk stønad for 2024, A-3/2023.

Barneombudet (2022)	Barneombudet. "Barneperspektiv i NAV – Barneombudets innspill og anbefalinger." (2022).
GI-05/2023	Rundskriv til Utlendingsdirektoratet om innkvartering av asylsøkere, GI-05/2023. Sist oppdatert 22. mars 2023.
Helsetilsynet (2022)	Helsetilsynets veileder for landsomfattende tilsyn 2022-2023. Nav-kontorenes ansvar for å ivareta barns behov når familiens øker økonomisk stønad. Internserien 4/2022.
Justis- og beredskapsdepartementet (2022)	Justis- og beredskapsdepartementet. "Høring – midlertidige endringer i lovverket som følge av ankomst av fordrevne fra Ukraina med rett til midlertidig kollektiv beskyttelse." (2022).
Fylkesmannen i Oslo og Viken (2018).	Fylkesmannen i Oslo og Viken. "Barneperspektivet i NAV." (2018).
Fylkesmannen i Troms (2018)	Fylkesmannen i Troms. "Sluttrapport: Barneperspektivet i NAV." Sjumilssteget (2018).
RUDI-2011-35	Retningslinje fra Utlendingsdirektoratet. Rutiner for EØS-regelverket av 20. juli 2011.
R35-00	Rundskriv til Lov om sosiale tjenester i NAV, R35-00. Sist oppdatert 16. august 2023.
R45-00	Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd fra NAV, R45-00. Sist oppdatert 20. desember 2023.
U-5/2003	Veileder for kvalitetskrav til midlertidig husvære etter lov om sosiale tjenester § 4-5 av 04. juni 2003, U-5/2003.
Veileder for NAV-kontoret (2018).	Veileder for NAV-kontoret ved vurdering av lovlig opphold for EØS-borgere. Vurdering av lovlig opphold for EØS-borgere ved søknad om tjenester etter sosialtjenesteloven og arbeidsrettet oppfølging og tiltak etter arbeidsmarkedsloven – utarbeidet av Arbeids og velferdsdirektoratet ved virkemiddelseksjonen (2018).

Konvensjoner, direktiver, forordninger, resolusjoner mv.

1945	Vedtekter for den internasjonale domstol av 26. juni 1945 [ICJs statutter].
1950	Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).
1951	FNs konvensjon om flyktningers stilling av 28. juli 1951.

1955	ILO-konvensjon nr. 102 om minstestandard for sosial sikkerhet av 1955.
1961	Den europeiske sosialpakt – ETS nr. 35.
1964	ILO-konvensjon nr. 118 om lik behandling av utlendinger og landets egne statsborgere når det gjelder sosialtrygd av 1964.
1966	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (rasediskrimineringskonvensjonen) av 07. mars 1966.
1966	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP-konvensjonen).
1966	Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-konvensjonen).
1969	Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.
1979	FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. desember 1979.
1988	Tilleggsprotokoll til Den europeiske sosialpakt – ETS nr. 128.
1989	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.
1989	ILO-konvensjon nr. 169 om urfolks rettigheter av 1989.
1996	Den reviderte europeiske sosialpakt – ETS nr. 163.
2004	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF [Unionsborgerdirektivet, Oppholdsrettsdirektivet].
2004	Trygdeforordning (EF) Nr. 883/2004.
2006	FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne av 13. desember 2006.
2006	Europarådets parlamentarikerforsamling resolution 1509 (2006) on Human Rights of irregular migrants.

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

1979	Airey v. Irland
------	-----------------

1980	Artico v. Italia
1996	C. v. Belgia
1996	Gayguz v. Østerrike
2000	Thlimmenos v. Hellas
2001	Chapman v. Storbritannia
2001	O'Rourke v. Storbritannia
2003	Koua Poirrez v. Frankrike
2004	Kjartan Ásmundsson v. Island
2005	Okpiz v. Tyskland
2006	Burden v. Storbritannia
2006	Pearson v. Storbritannia
2006	Tüm Haber Sen og Cinar v. Tyrkia
2006	Stec og andre v. Storbritannia
2007	Luczak v. Polen
2007	Runkee og White v. Storbritannia
2008	Centre for legal resources on behalf of Valtin Campeanu v. Romania
2008	Demir og Baykara
2008	Mann Singh v. Frankrike
2008	N. v. Storbritannia
2009	Aktas v. Frankrike
2009	Anakomba Yula v. Belgia
2009	Andrejeva v. Latvia
2009	Bigaeva v. Hellas
2009	Budina v. Russland

2009	Moskal v. Polen
2009	Varnava og andre v. Tyrkia
2009	Weller v. Ungarn
2010	Carson og andre v. Storbritannia
2010	Fawsie v. Hellas
2010	Konstantin Markin v. Russland
2010	Schuitemaker v. Nederland
2011	Andrle v. Tsjekkia
2011	Bah v. Storbritannia
2011	M.S.S v. Belgia og Hellas
2011	Palomo Sanchez og andre v. Spania
2011	Ponomaryovi v. Bulgaria
2011	Stummer v. Østerrike
2012	Yordanova og andre v. Bulgaria
2012	Rangelov v. Tyskland
2013	Animal Defenders International v. Storbritannia
2013	Efe v. Østerrike
2014	Dhahbi v. Italia
2014	Jeunesse v. Nederland
2014	National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. Storbritannia
2014	S.A.S. v. Frankrike
2016	Biao v. Danmark
2016	British Gurkha Welfare Society og andre v. Storbritannia
2016	Hunde v. Nederland
2017	Fábián v. Ungarn

2017	Garib v. Nederland
2017	Osmanoğlu og Kocabaş v. Sveits
2018	N.T.P. og andre v. Frankrike
2019	Khan v. Frankrike
2019	Rooman v. Belgia
2020	B.G. og andre v. Frankrike
2020	Hudorovic og andre v. Slovenia
2020	N.H. og andre v. Frankrike
2020	Popovic og andre v. Serbia
2021	Vavrička og andre v. Tsjekia
2022	Savickis og andre v. Latvia

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-212/05 Hartmann

Praksis og uttalelser fra ICJ

2010	Guinea v. Kongo (Ahmadou Diallo)
2012	Belgia v. Senegal
2021	Qatar v. De forente arabiske emirater
ICJ (2004)	ICJ. "Advisory opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory" General List, No. 131 (2004).

Praksis og kommentarer fra FNs komité om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

2016	Rodriguez v. Spania
E/C.12/NOR/CO/5	ØSK-komiteens merknader til Norges femte statsrapportering, E/C.12/NOR/CO/5 (2013).
E/C.12/NOR/CO/6	ØSK-komiteens merknader til Norges sjette statsrapportering, E/C.12/NOR/CO/6 (2020).

ØSK-komiteen, General
Comment No. 3

ØSK-komiteen, General
Comment No. 4

ØSK-komiteen, General
Comment No. 7

ØSK-komiteen, General
Comment No. 12

ØSK-komiteen, General
Comment No. 14

ØSK-komiteen, General
Comment No. 15

ØSK-komiteen, General
Comment No. 19

ØSK-komiteen, General
Comment No. 20

Kommentarer fra FNs barnekomité

CRC/C/15/Add.263 FNs barnekomité's merknader til Norges tredje statsrapportering, CRC/C/15/Add.263 (2005).

CRC/C/NOR/CO/4 FNs barnekomité's merknader til Norges fjerde statsrapportering, CRC/C/NOR/CO/4 (2010).

CRC/C/NOR/CO/5-6 FNs barnekomité's merknader til Norges femte og sjette statsrapportering, CRC/C/NOR/CO/5-6 (2018).

FNs barnekomité, General
Comment No. 6

FNs barnekomité, General
Comment No. 14

FNs barnekomité, General
Comment No. 21

Praksis og kommentarer fra FNs menneskerettskomité

1989 Gueye og andre v. Frankrike

1994 Ilmari Länsman et al. v. Finland

2003 Love og andre v. Australia

2007	E., B., S., C. og E. v. New Zealand
2013	Mann Singh v. Frankrike
2018	Yaker v. Frankrike
CCPR/C/NOR/CO/7	Menneskerettighetskomiteens merknader til Norges syvende statsrapportering, CCPR/C/NOR/CO/7 (2018).

FNs
menneskerettighetskomité,
General Comment No. 34

Praksis fra Sosialrettskomiteen

2003	International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Frankrike
2006	International Movement ATD Fourth World v. Frankrike
2008	DCI v. Nederland
2011	Defence for Children International (DCI) v. Belgia
2012	European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Nederland
2013	Conference of European Churches (CEC) v. Nederland
2015	EUROCEF v. Frankrike

Litteratur, utredninger, veiledninger mv.

Aall (2018)	Aall, Jørgen. "Rettsstat og menneskerettigheter." Fagbokforlaget: 5. utgave, 2018.
Aasen (2012)	Aasen, Henriette Sinding og Kjellevold, Alice. "Velferd og menneskerettigheter: "Ulovlig opphold" som grunnlag for å avskjære helse- og sosialhjelp?" i <i>Tidsskrift for velferdsforskning</i> , vol. 15 nr. 2 (2012).
Aasen (2022)	Aasen, Henriette Sinding og Bahun, Marianne Klungland. "Menneskerettigheter i helse- og omsorgstjenesten." Universitetsforlaget: 2022.
Andersen (2014)	Andersen, Njål Wang. "Den nasjonale reguleringen av retten og plikten til å yte nødhjelp til personer med ulovlig opphold i Norge – analysert ut fra et rettssikkerhetsperspektiv" i <i>Nordisk socialrättslig tidsskrift</i> (2014).

Bendixsen (2015)	Bendixsen, Synnøve, Jacobsen, Christine og Søvig, Karl Harald. "Eksepsjonell velferd? Irregulære immigranter i det norske velferdssamfunnet." Gyldendal: 2015.
Bjørgen/Köhler-Olsen (2023)	Bjørgen, Eva Annie og Köhler-Olsen, Julia. Karnov Lovkommentar til sosialtjenesteloven (2023), sist besøkt desember 2023.
Bårdsen (2017)	Bårdsen, Arnfinn. "Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker", <i>Tidsskrift for rettsvitenskap</i> , 2017/2-3, vol. 130 (2017).
Chloewinski (2006)	Chloewinski, Ryszard. "Irregular migrants: access to minimum social rights." (2006).
Collin-Hansen (2019)	Collin-Hansen, Ragnhild. "Innføring i barnerett for sosialarbeidere." Universitetsforlaget: 2019.
Elgesem (2003)	Elgesem, Frode. "Talking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode" i <i>Lov og Rett nr. 4-5</i> (2003).
Elgesem (2013)	Elgesem, Frode. "Vurdering av fordeler og ulemper ved eventuell norsk tilslutning til FNs barnekonvensjons tilleggsprotokoll om individuell klagerett – en juridisk analyse." Avgitt til Utenriksdepartementet den 3. juni 2013.
Emberland (2022)	Emberland, Marius. "Betydningen av praksis fra FNs menneskerettighetskomiteer", <i>Lov og Rett 2022/9, årgang 61 nr. 9</i> , 2022.
EMD (2022)	EMDs guide til rettspraksis på sosialtjenesteområdet (2022).
European Social Charter (2023)	European Social Charter. "Norway and the European Social Charter" (2022).
Graver (2019)	Graver, Hans Petter. "Alminnelig forvaltningsrett." Universitetsforlaget: 2019.
Harborg (2011)	Harborg, Henning. "Valgfri protokoll til ØSK – mulige virkninger av tilslutning". Avgitt til Utenriksdepartementet den 16. september 2011.
Harris (2014)	Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C.M. "Law of the European Convention on Human Rights." Oxford University Press: 2014.
Hellerslia (2018)	Hellerslia, Thom Arne. "Uttalelser fra FN-komiteene – en strukturell analyse", <i>Jussens Venner vol. 53</i> , 2018.

Høstmølingen (2012)	Høstmølingen, Njål. "Internasjonale menneskerettigheter." Universitetsforlaget: 2012.
ILO (2022)	International Labour Organization, "Report VI – Decent work and the social and solidarity economy" (2022).
Kjellevold (2006)	Kjellevold, Alice. "Sosiale menneskerettigheter – av betydning for norsk helse- og sosialrett?" i <i>Nordic Journal of Human Rights</i> 2006/4, Årgang 24 (2006).
Kjellevold (2012)	Kjellevold, Alice. "Lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen. Med kommentarer." Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS. Stavanger: 2012.
Kjølbrot (2017)	Kjølbrot, Jon Fredrik. "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere." Jurist- og Økonomforbundets Forlag: 2017.
Kjønstad (2018)	Kjønstad, Asbjørn. "Innføring i trygderett." Universitetsforlaget: 2018.
Kjønstad (2022)	Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten. "Velferdsrett II. Barneverns- og sosialrett." Gyldendal Norsk Forlag: 2022.
Kjønstad, Syse og Kjelland (2022)	Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten. "Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang." Gyldendal Norsk Forlag: 2022.
Köhler-Olsen (2019)	Köhler-Olsen, Julia og Pedersen, Eivind. "Kampen for bedre livsvilkår" i <i>Barnekonvensjonen i praksis. Fra barnets behov til barnets rettigheter</i> . Fagbokforlaget: 2019.
Kvalø (2021)	Kvalø, Kirsten Kolstad. Karnov Lovkommentar til barnekonvensjonen (2021), sist besøkt desember 2023.
Lindberg (2020)	Lindberg, Annika. "Minimum rights policies targeting people seeking protection in Denmark and Sweden" i Abdelhady, Dalia, Gren, Nina og Joormann, Martin. "Refugees and the violence of welfare bureaucracies in Northern Europe." Manchester University Press: 2020.
Lukas (2021)	Lukas, Karin. "The Revised European Social Charter" (2021).
Magnussen (2017)	Magnussen, Lola. Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2017), sist besøkt desember 2023.
Mestad (2021)	Mestad, Ola, Dag Michalsen. "Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814-2020". Universitetsforlaget: 2021.Særlig

	bruk av kapitlene skrevet av Aall (Grl. § 98), Haugli (§ 104) og Sinding Aasen (§ 110).
Mikkola (2010)	Mikkola, Matti. "Social Human Rights in Europe." Porvoo: 2010.
NIM (2018)	Norges institusjon for menneskerettigheter. "Menneskerettighetene i Norge 2018". NIMs årsmelding, Dokument 6 (2018-2019).
NIM (2023)	Norges institusjon for menneskerettigheter. "Bostedsløse EØS-migranternes rett til husly – Utredning" (2023).
NIM (okt. 2023)	Norges institusjon for menneskerettigheter. "Veileder for utredning av menneskerettslige problemstillinger. Kilder, tolkning, metode." Utgitt 24. oktober 2023.
Noll (2010)	Noll, Gregor. "Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants" i <i>European Journal of Migration and Law</i> (2010).
Normannseth (2020)	Normannseth, Kajsja Louise Tafjord. "EMDs utvikling av retten til privatliv i arbeidsforhold etter EMK artikkel 8" i <i>Arbeidsrett 2020/2, Årgang 17</i> (2020).
OHCHR (2010)	Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR). "The Right to Adequate Food", Fact Sheet 34 (2010).
Oppedal (2020)	Oppedal, Mons. "Retten til materiell velferd", i <i>Høstmælingen</i> , Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red.), "Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge". 4. utg. Oslo, Universitetsforlaget: 2020.
Ruud/Ulfstein (2018)	Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. "Innføring i folkerett", 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2018.
Saul (2014)	Saul, Ben, David Kinley and Jacqueline Mowbray. "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials." Oxford University Press: 2014.
Statsforvalteren i Trøndelag (2022)	Statsforvalteren i Trøndelag. "Rapport etter tilsyn Trondheim kommune – økonomisk stønad som nødhjelp – NAV Falkenberg og NAV Lerkendal" (2022).
Søvig (2009)	Søvig, Karl Harald. "Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett." En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet. Bergen: 2009.

- Søvig (2013) Søvig, Karl Harald. "Hvorfor nekte, eller gi, irregulære immigranter tilgang til velferdsytelser?" i *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år* (2013).
- Thorsnes (2014) Thorsnes, Ingrid. "Vil ei individklageordning til FNs barnekonvensjon innskrenke det demokratiske handlingsrommet til norske myndigheter?", *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2014/3, Årgang 12.
- Tobin (2019) Tobin, John. "The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary." *Oxford Commentaries on International Law*: 2019.
- Uggerud (1997) Uggerud, Ken. "Internasjonale menneskerettigheter og Høyesteretts dom i Rt. 1997 s. 580 – særlig om bruk av ILO-konvensjoner og Sosialpakten" i *Lov og Rett vol. 36*, 1997.
- UNGA (1962) UNGA. Draft International Covenants on Human Rights: Report of the Third Committee (Rapporteur Mrs Marie Sivomey (Togo), A/5365 (1962).
- Van Dijk (2006) Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A., Zwaak, L. "Theory and Practice of the European Convention on Human Rights." Intersentia: 2006.
- White (2010) White, R. C. A., Ovey, C. "The European Convention on Human Rights." Oxford University Press: 2010.
- Wiersholm (2021) Rapport om ivaretagelsen av barns rettigheter i forvaltningen av økonomiske stønadsordninger. Utarbeidet i samarbeid med Redd Barna.
- Wille (2023) Wille, Petter. Norsk Lovkommentar til ØSK-konvensjonen (2023).
- Zimmermann (2011) Zimmermann, Andreas (ed.), Jonas Dörschner og Felix Machts. "The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1976 Protocol – a commentary." Oxford University Press: 2011.