

REGJERINGSADVOKATEN

Utenriksdepartementet
Postboks 8114 Dep
0032 Oslo

Deres ref
05/12167

Vår ref
2005-0926 THS/-

Dato
06.01.2006

FNs KONVENSJON OM ØKONOMISK SOSIALE OG KULTURELLE RETTIGHETER (ØSK) – SPØRSMÅL OM TILLEGGS PROTOKOLL OM INDIVIDKLAGEORDNING

1 INNLEDNING

Det vises til Utenriksdepartementets brev av 24. november 2005. Vedlagt brevet var kopi av Utenriksdepartementets interne notat av 10. november 2005 og av et udatert arbeidsnotat om noen hovedspørsmål vedrørende utformingen av en mulig klageordning.

I departementets interne notat omtales under pkt 2 spørsmålet om det er grunn for Norge til å gå inn for forslaget om en individklageordning etter ØSK. ØSK-komiteén står bak et forslag om tilleggsprotokoll. Komiteéns viseformann, prof Eibe Riedel, besøkte Oslo den 12. desember 2005 i egenskap av formann for en arbeidsgruppe oppnevnt av MR-kommisjonen, hvis oppgave det har vært å vurdere spørsmålet. Arbeidsgruppen ventes å be om et utvidet mandat under gruppens neste sesjon i februar 2006. Utvidelsen forutsettes å innebære at gruppen gis i oppgave å utforme et utkast til tilleggsprotokoll for en individklageordning.

Under møtet 12. desember 2005 ble departementene og Regjeringsadvokaten bedt om å fremme sitt syn skriftlig til Utenriksdepartementet innen årsskiftet, jf. også senere e-post fra departementet til møtedeltakerne.

Som Utenriksdepartementet påpeker, er ØSK gjort til norsk rett gjennom henvisningen i menneskerettsloven. Vi finner imidlertid ikke at dette bør være styrende for spørsmålet om det bør legges slik myndighet som foreslått til et internasjonalt organ gjennom opprettelsen av en individklageordning. Etter Regjeringsadvokatens syn bør Norge *ikke* gå inn for at det arbeides videre med tanken om en tilleggsprotokoll til ØSK om individklageordning. Vi vil

i dette brevet begrunne nærmere dette synet og ikke beskjeftige oss her med utformingen av en eventuell tilleggsprotokoll.

2 ALLE MENNESKERETTIGHETER LIKEVERDIGE OG UDELELIGE?

Utenriksdepartementet tar under pkt 1 i sitt interne notat av 10.11.2005 utgangspunktet at:

”[det] ... i dag [er] alminnelig anerkjent at alle menneskerettigheter er likeverdige og udelelige. ...”

Vi kan ikke slutte oss til dette. Tvert om vil vi peke på at gjennom de senere år, i stigende grad, har vært ytret fra mange hold at bredden av de rettighetsforhold som defineres som – eller betegnes som – menneskerettigheter, er blitt særdeles vid. Selv reglene på det sivile og politiske området favner gjennom praksis og med årene meget vidt. Særlig er dette blitt synlig gjennom praksisen fra EMD. Det er blitt fremholdt at selv innenfor rammen av EMK, er det rettigheter som er mer sentrale – og som bør følges opp med sterkere kontroll- og klageordninger – enn andre. EMD er blitt kritisert for å beskjeftige seg med for mange saker som i manges øyne ”har lite med menneskerettigheter å gjøre”. Diskusjonen har også vært ført i samband med drøftelsene av hvordan EMKs voldsomme restansmengde skal overkommes.¹

Når man så beveger seg til reglene i ØSK, er potensialet enda mye større for at spørsmål som ikke oppfattes som ”menneskerettigheter i egentlig forstand”, kommer opp. Avgjørelsen av klager fremmet under henvisning til ØSK-regler, vil i atskillig høyere grad enn etter reglene om sivile og politiske rettigheter dreie seg om hvordan samfunnets ressurser bør fordeles mellom svært mange og legitime formål. Ressursfordeling både innenfor de enkelte sektorer og administrasjonsordninger, og mellom sektorene, vil lett bli et tema. Dette er avveininger som domstoler ikke er godt stillet til å foreta, og som internasjonale organer er klart dårligere rustet for å vurdere enn nasjonale.

Slik sett er det etter vårt syn forståelig, og kan ikke betegnes som en ”ubalanse”, at man siden 1966 har hatt en individklageordning på SP-området og ikke på ØSK-området. Dette må antas å ha å gjøre ikke bare med at ØSKs regler for en stor del ikke ble antatt å kunne skape grunnlag for individuelle rettigheter, jf. nedenfor. De sivile og politiske rettighetene er – i alle fall på kjerneområdene – meget mer konkrete og lettere konstaterbare.

3 IKKE BARE FORTOLKNINGER, MEN VALG BASERT PÅ RIMELIGHET

Som et utgangspunkt for vurderingen av om en individklageordning har tilstrekkelig gode grunner for seg, vil vi heller legge vekt på følgende: Prinsippene og reglene i ØSK har i svært begrenset grad så langt blitt anvendt i konkrete enkeltsaker som gjelder individers

¹ . Se art 35(3)(b) slik denne vil lyde etter Protokoll 14-endringene. Se også i denne sammenheng Lord Woolfs rapport av desember 2005 med ytterligere forslag om effektivisering

rettsstilling. I Utenriksdepartementets internnotat heter det at ”kartleggingen av rettighetenes materielle innhold er mer komplisert enn for sivile og politiske rettigheter”. Det som skjuler seg bak formuleringen, er at innholdet i statenes plikter etter ØSK ikke kan fastlegges med noen som helst grad av sikkerhet ved å studere traktatteksten, og at man heller ikke kommer saken noe vesentlige nærmere ved å supplere med sedvanlige rettskildefaktorer.

Dersom man i fremtiden, slik en individklageordning jo forutsetter, skal ”legge inn i” ØSK-reglene konkrete forpliktelser i statenes forhold til enkeltindivider, må det utformes fra nå av. Man har altså da svært liten hjelp å hente ved å konsultere traktatteksten, og øvrige holdpunkter vil være få og usikre.

Utenriksdepartementet uttaler under pkt 2 i det udaterte arbeidsnotatet bl.a.:

”Utvikling av relevant rettspraksis

Motforestillingerne mot en rettslig håndheving av ØSK-rettighetene har de siste årene blitt kraftig svekket gjennom utviklingen av relevant praksis både fra nasjonale og internasjonale domstoler og overvåkningsorganer. Rettspraksis fra konstitusjonsdomstolen i Sør-Afrika og India har bl.a. vist at retten til mat, retten til helse og retten til bolig kan anvendes i praktiske tilfeller gjennom en fortolkning basert på rimelighetsvurderinger. Praksis fra ILO, Det inter-amerikanske MR-systemet og Den europeiske sosialpakt gir eksempler på hvordan organisasjonsrettigheter, øvrige arbeidslivsrettigheter og retten til utdanning kan håndheves.

For samtlige ØSK-rettigheter er det klart at en individklageordning vil bidra til ytterligere klarlegging av rettighetenes materielle innhold. Dette vil muliggjøre en bedre implementering av rettighetene i samtlige medlemsland.”

Som Utenriksdepartementet skriver, vil det være tale om å basere anvendelsen av ØSK på rimelighetsvurderinger. Dette er vurderinger som ikke har rettslig preg, men som er vurderinger av typisk politisk karakter. Man skal reelt sett ikke gjennomføre noe ”klarlegging” av ØSK-rettighetenes materielle innhold; man skal *velge* innhold. De materielle reglene i ØSK er så uklare at det ikke kan sies å dreie seg om noen ”fortolkning”.²

Den rettspraksis det her vises til, er vel for øvrig den som er nevnt i rapporten fra de Albuquerque³ avsnitt 39 til 42. Det dreier seg ikke om praksis etter ØSK. Nasjonale forfatningsdomstoler har ofte en bred representasjon, og i en del tilfeller må de mer ses som en integrert del av en politisk prosess. De har i særdeleshet en nærhet til samfunns- og styringsforholdene i vedkommende stat, som gjør dem klart bedre skikket enn en komité som ØSK-komitéen (eller FNs menneskerettskomité) til å bedømme de spørsmål som vil komme opp.

² Men på andre punkter kan det dreie seg mer om sedvanlig fortolkning.

³ E/CN.4/2006/WG.23/2

4 DEMOKRATIHENSYN

I denne anledning er det fra mange hold argumentert med at demokratiensyn taler mot ytterligere utvidelser av de materielle rettighetene på det sivile og politiske området. Makt- og demokratiutredningen⁴ påviser hvordan inkorporering av bl.a. menneskerettsregler leder til at internasjonale rettsinstanser har øverste tolkingsmyndighet for regler og prinsipper som stadig får bredere anvendelse. Gruppen uttalte under tittelen ”Rettsorganene overtar politikken”:

”Domstolene og andre rettslige organer øker sin beslutningskompetanse på bekostning av politikk og forvaltning. Rettsliggjøring innebærer at rettsorganene får økende betydning på bekostning av folkevalgt myndighet, og at skillet mellom lovgivning og lov-anvendelse blir visket ut. ... ” (kap 6)

Kjernen her er at avveininger som tradisjonelt treffes av politiske organer, overføres til avgjørelse ved domstoler og andre tvisteløsningsorganer. Domstoler og andre tvisteløsningsorganer står ikke ansvarlig overfor befolkningen i valg. De har heller ikke samme totalansvar og oversikt over samfunnets ressursdisponering og budsjettpolitikk, hvilket naturligvis i særlig grad gjelder utenlandske organer.

Om (de forskjellige) domstolenes maktpolitiske stilling på bekostning av lovgiveren het det:

„... Maktpolitisk betyr dette både at norske domstoler har styrket sin posisjon i forhold til politiske organer og at domsmakt flyttes fra nasjonale til internasjonale rettsinstanser. Dermed er lovgivningsmakten – Stortinget – svekket i to retninger. Dette er myndighets-forskyvninger som Stortinget selv aktivt har medvirket til.“ (pkt 6.3)

Etter vår vurdering har observasjonen atskillig vekt. Det er liten grunn til å treffe tiltak som ytterligere svekker de demokratiske institusjonene, som i mange tilfeller er bedre stilt enn domstoler og andre organer til å treffe beslutninger av det slaget ØSK – i alle fall for en del – vil nødvendiggjøre.

5 SPØRSMÅLET OM ”SELVKRAFTIGHET”

Vi forsto prof Riedel under møtet 12. desember 2005 slik, at en individklageordning ses som en forlengelse av den eksisterende statsrapporteringsordningen (se ØSK del IV). Det ble beskrevet hvordan stater under denne ordningen blir spurt hva de har gjort ”for å bevege seg i riktig retning”. Se art 2(1) der statenes plikt er formulert slik:

“... to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means...”

⁴ NOU 2003:19 Makt og demokrati, Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen, jf. St.meld. nr. 17 (2004–2005).

Kritikk fra ØSK-komiteén kan altså lett komme fordi vedkommende stat ikke har vurdert tiltak på et område, men der det ikke kan konstateres noen konkret svikt for så vidt gjelder bestemte tilstander, nivået på bestemte ytelser eller uformingen av bestemte ordninger.

Statenes plikter etter ØSK er altså relative i mer enn én forstand. Det "relative aspektet" etter art 2 innebærer for det første at nivået for statenes gjennomføringsplikt varierer med statens ressursituasjon, hvilket vel innebærer at den enkelte stats plikter ikke nødvendigvis sier så meget om hva andre stater har av plikter.

Men ØSK-reglene blir også lett relative i den forstand at selv om det skulle foreligge et brudd, så er enkeltindividets rettsstilling ikke dermed nødvendigvis avklart. Dette har vært uttrykt slik at ØSK da ikke inneholder "selvkraftige" regler, regler som er "justiciable". Dette har sammenheng med at mange av pliktene som er formulert i ØSK, kan oppfylles av vedkommende stat på mer enn én måte. Dvs. at brudd på pliktene ikke uten videre kan konkretiseres i form av en bestemt rettighet som bæres av vedkommende klager. Problemet kan da bli hva konklusjonen i individklagesaken skal gå ut på. Mange klagere vil bli skuffet dersom det ender med en abstrakt "finding of a violation", når de selv har sett for seg penger eller bestemte realytelser. Man kan komme i den situasjon at komitéén på den ene side er misfornøyd med vedkommende stats håndtering innen et område og uttaler at staten derfor er "in breach of its obligations under the covenant", men slik at komitéén på den annen side ikke kan konkludere med at det er begått noen urett mot klageren i den forstand at han har noe konkret krav mot staten. Det vil lede til at man ikke kan identifisere noe materielt krav han har. En slik konklusjon synes å harmonere dårlig med at det dreier seg om en individklageordning.

6 "VIEWS", IKKE RETTSLIG BINDENDE AVGJØRELSER

Til støtte for forslaget om individklageordning henvises det til at ordningen – på samme måte som statsrapporteringsordningen – kun skal dreie seg om "communications", altså slik at klageorganet kun uttrykker sitt syn (i for av "views"). Intet avgjøres med rettslig bindende virkning for statene. Imidlertid har få kjennskap til dette, og norsk og nordvest-europeisk tilnærming er nærmest alltid å legge til grunn uttalelsene, det være seg for domstolene, ved lovgivning eller i forvaltning. Organer av dette slaget viser også selv at de forventer at statene følger organenes syn. I praksis blir slike organers uttalelser oftest politisk så vel som rettslig avgjørende. Man kan også spørre om det at det kun er tale om "views", faktisk utgjør en særskilt betenkelighet, fordi organet ikke kommer til å følge den samme prosedyre (hva gjelder grundighet og kontradiksjon) som domstoler gjør, til tross for at virkningen langt på vei blir den samme.

7 RESSURSSPØRSMÅL – BARE "A SURVIVAL KIT"?

En sentral side av debatten, som også er berørt ovenfor, er hvilke krav som i medhold av ØSK måtte bli stilt til statenes ytelser på de mange og forskjellige områder som ØSK-

reglene kan tenkes å berøre. Kan man oppleve uttalelser om hvilke stønads- eller tilskuddsbeløp den enkelte etter organets syn har krav på, eller om hvilken realytelse – for eksempel hvilken medisinsk behandling eller hvilket botilbud – den enkelte skal gis? Som departementet sier, innebærer ”det relative aspektet” som kommer til syne i art 2, at nivået for statenes gjennomføringsplikt varierer med statenes ressursituasjon. Hvilken betydning kan det ha for stater som Norge?

Prof Riedel gikk under møtene 12. desember et godt stykke i å forsikre at de materielle krav som ØSK vil stille, i det vesentlige et ”survival kit” for individet, dvs. bare det aller nødvendigste som enhver må ha for å overleve. Derfor har man i stater som Norge stort sett intet å frykte for så vidt angår konstatering av brudd på minimumsstandarder. En slik anvendelse av ØSK-reglene har gode grunner for seg. Men noen sikkerhet for at dette vil være tilnærmingen i fremtiden, har man langt fra. Vi peker i denne sammenheng på ordlyden i art 11 og art 12:

"1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. ..."

"1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. ..."

Det ligger godt innenfor det mulige at fremtidige komitéer eller andre klageorganer – i konkrete individklager – under henvisning til ordlyden uttaler at det følger av en naturlig og uanstrengt fortolkning at for eksempel en bestemt, kostbare medisinsk spesialbehandling pliktes gitt, selv om dette må skje i utlandet.

Dersom klageorganene skjerper kravene de stiller, vil det lett kunne få stor betydning for vedkommende stats frihet til å benytte budsjettene til andre formål. De pliktene som oppstilles, vil lett kunne gjelde store grupper. Konsekvensene kan bli meget store, og de kan – både de øyeblikkelige og de på lenger sikt – bli vanskelige å få oversikt over. På dette punktet er det god grunn til å regne med at konsekvensene blir større enn på området for de sivile og politiske rettighetene. Hvor store konsekvensene blir, avhenger selvsagt av hvilket innhold som gjennom (ti)årene blir lagt inn i ØSK. Hovedpoenget er i denne sammenheng at politiske myndigheter, som har et totalansvar for samfunnet, vil kunne miste kontrollen med ressursbruken.

På dette punktet vil vi tilføye at vi ikke finner avsnitt 36 i de Alberquerque rapport overbevisende. Det vil finnes brudd på ØSK som ikke nødvendigvis leder til budsjettvang for vedkommende stat. Imidlertid vil en rekke av de tiltakene som vedkommende stat må treffe som følge av de situasjoner som i rapporten betegnes som potensielle brudd, måtte lede til budsjettutlegg.⁵ Rapportens liste med eksempler (som ikke på noen måte er uttøm-

⁵ (1) diskrimineringsgrunnlag – da må jo gruppen som skal nyte godt av noe, utvides; (2) klager som krever erklæring om at en myndighet skal avstå fra tiltak som ville krenke en rettighet (eksempelvis tvangsmessige utkastelser eller riving av hus) – da må det oftest skaffes annet husvære; (3) tiltak som hindrer tilgang til nødvendige medisiner eller til utdanning – har regulært budsjettkonsekvenser; (4) klager som krever

mende) illustrerer godt hvor vid slagvidde ØSK potensielt kan gis. Avgjørelsen av om traktaten har vid rekkevidde, vil i praksis vil bli tatt av vedkommende organ, til fortrengsel for nasjonal myndighet med budsjettansvar.

8 STATENES SKJØNNSMARGIN

I internnotatets pkt 2 vises det på s 3 til at ØSK-komiteén:

”... ved gjentatte anledninger har presisert at statene vil beholde en vid skjønnsmargin ved gjennomføringen av konvensjonsrettighetene. Statenes begrunnelse for sine prioriteringer vil stå sentralt i ØSK-komiteens kontroll med gjennomføringen. Så fremt det foreligger en rimelig forklaring bak statenes disposisjoner, vil det ikke være ønskelig eller formålstjenelig for ØSK-komiteen å anbefale endret praksis.”

Til dette skal fremheves at hva som i dag uttales fra komitéens nåværende medlemmer om hva man antar at fremtidige medlemmer vil legge inn i ØSK-reglene, er av begrenset interesse. Med de uskarpe og til dels vidt formulerte artiklene, vil det i høy grad være opp til de som i fremtiden skal gjøre bruk av ØSK, selv å avgjøre hvilken margin statene måtte få beholde. Og som nevnt i Utenriksdepartementets internnotat nederst s 2, er tradisjonen med en dynamisk fortolkningslære mer utbredt på MR-området enn på øvrige internasjonale rettsområder. Det innebærer at ingen med noen sikkerhet kan uttale seg om hva normene i fremtiden vil inneholde.

Rent subsidiært, for det tilfelle at Norge går inn for vedtakelsen av en individklageordning, bør denne inneholde en eksplisitt artikkel om at klageorganet skal håndheve en klar skjønnsmargin.

9 AVSLUTNING

Selv om regelen i ØSK gjennom menneskerettsloven er gjort til norsk lov, og reglene derav kan håndheves av norske domstoler, er det etter Regjeringsadvokatens syn ikke grunn for Norge til å gå inn for tanken om en individklageordning.

Det vil slik vi ser det ikke være et fremskritt dersom avgjørelser om fordelingen av samfunnets ressurser besluttet av organer utenfor landet, (a) som er organer uten videre kjennskap til det norske samfunn, (b) som ikke har forutsetninger for å se helhetsbildet på samme måte som nasjonal lovgiver, (c) som er annerledes stilt enn nasjonale domstoler som tross alt kjenner samfunnet vesentlig bedre enn et organ som har ansvaret for ca

erklæring om at en myndighet skal pålegges å lovgi eller treffe andre tiltak for å skaffe beskyttelse mot krenkelser begått av tredjepart – kan nok lede til ekpropriasjonserstatningsansvar; (5) når en allerede eksisterende politikk eller program søkes iverksatt i favør av klageren – dette vil ofte innebære en utvidelse av ordningen.

140 stater, og (d) som følger en saksbehandling som nødvendigvis må bli atskillig mer begrenset enn den som vil være tilgjengelig nasjonalt, uten direkte bevisførsel.

Vi ser at en individklageordning i visse tilfeller, i visse områder av verden, vil kunne bidra til beskyttelse av svakerestilte grupper. Men vårt hovedinntrykk er at svakere grupper er bedre tjent med regler konkret utformet av lovgiver, enn med at uskarpe og generelle prinsipper blir konkretisert gjennom langtrukne og kostbare rettslige prosesser. Som i andre MR-saker, skal nasjonale rettssaker som føres til topps etterfølges av internasjonal sak. Slike prosesser har svakerestilte grupper oftest ikke råd til. Rettsprosesser fremmer jevnt over ikke likhetskravet på noen god måte.

Ratifikasjonen av en tilleggsprotokoll vil her, som ellers på MR-området, politisk sett representere en irreversibel ordning.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Tolle Stabell
advokat